

**HRRS-Nummer:** HRRS 2008 Nr. 541

**Bearbeiter:** Karsten Gaede

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2008 Nr. 541, Rn. X

---

**BGH 5 StR 34/08 - Urteil vom 6. Mai 2008 (LG Görlitz)**

**Untreue zulasten einer GmbH durch Herbeiführung der Überschuldung und Auszahlung des Stammkapitals (Entzug von kapitalersetzenden Darlehen; Herbeiführung einer unberechtigten Freistellung; Feststellung anhand eines Überschuldungsstatus; Bilanzverkürzung; Aktivtausch); Insolvenzverschleppung.**

§ 266 StGB; § 30 GmbHG; § 32b GmbHG; § 64 Abs. 1 GmbHG; § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG

Leitsätze des Bearbeiters

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begeht der Geschäftsführer eine Untreue zu Lasten der GmbH, wenn er das zur Erhaltung des Stammkapitals, das der Verfügungsmacht der Gesellschafter im Interesse der Gläubiger entzogen ist, erforderliche Vermögen an die Gesellschafter auszahlt (BGHSt 35, 333, 337 f.; 9, 203, 216; 3, 32, 40; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 23, 37, 45; BGH wistra 2003, 385, 387). Dies gilt auch dann, wenn das Stammkapital bereits verloren und die GmbH überschuldet ist (BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 21).

2. Hat der Gesellschafter der GmbH anstelle von Eigenkapital ein Darlehen gewährt oder dieses stehengelassen, das als eigenkapitalersetzend zu qualifizieren ist, weil es verlorenes Stammkapital ersetzt oder eine darüber hinausgehende Überschuldung abdeckt, besteht ebenfalls ein Rückzahlungsverbot im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG: Der Geschäftsführer darf das Darlehen nicht an den Gesellschafter zurückzahlen, soweit er damit in das (wiederhergestellte) Stammkapital eingreifen oder sogar die (erneute) Überschuldung der GmbH herbeiführen würde. Auszahlungen an den Gesellschafter dürfen nur geleistet werden, wenn die Aktiva die Passiva übersteigen und zudem nur in der Höhe, in welcher der sich daraus ergebende Unterschiedsbetrag den Nennwert des Stammkapitals übersteigt. Ein vorsätzlicher Verstoß gegen dieses Rückzahlungsverbot begründet die Strafbarkeit wegen Untreue.

3. Nichts anderes gilt für Rückzahlungen auf ein von einem Gesellschaftsfremden gewährtes Darlehen, das durch eine Leistung des Gesellschafters (etwa Bürgschaften oder Bestellung von Grundpfandrechten) abgesichert ist, soweit diese Leistung verlorenes Stammkapital ersetzt oder eine darüber hinausgehende Überschuldung abdeckt. Sofern der Gesellschafter in einem solchen Falle das Darlehen an den Fremdgäubiger nicht aus seinem privaten Vermögen zurückführt oder er der GmbH in Höhe seiner Befreiung weder eine gleichwertige Sicherheit stellt noch in sonstiger Weise einen Ausgleich schafft, kann die Rückzahlung seine Strafbarkeit wegen Untreue begründen.

4. Ob der Geschäftsführer durch eine Darlehensrückzahlung in das Stammkapital eingegriffen oder sogar eine darüber hinaus bestehende Überschuldung vertieft hat, lässt sich - soweit kein Fall der "Aushöhlung" der Gesellschaft vorliegt (vgl. dazu BGHSt 35, 333, 338; BGH wistra 2006, 265) - nur anhand eines Überschuldungsstatus feststellen (vgl. zu dessen Inhalt BGHSt 15, 306, 309; BGH wistra 2003, 301, 302; 1987, 28).

Entscheidungstenor

Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Görlitz vom 7. Mai 2007 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts Dresden verwiesen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten B. K. wegen vorsätzlichen Bankrotts verurteilt und die Verhängung einer 1

Geldstrafe von 70 Tagessätzen zu je 35 Euro vorbehalten. Vom Vorwurf der Untreue in zwei Fällen sowie vom Vorwurf des vorsätzlichen Unterlassens der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat das Landgericht den Angeklagten B. K. aus tatsächlichen Gründen freigesprochen, ebenso den Angeklagten D. K. vom Vorwurf der Beihilfe zur Untreue in zwei Fällen. Die zuungunsten der Angeklagten eingelegten und gegen das gesamte Urteil gerichteten Revisionen der Staatsanwaltschaft, die vom Generalbundesanwalt vertreten werden, haben jeweils mit der Sachrüge Erfolg.

## I.

Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

1. Der Angeklagte B. K. war alleiniger Geschäftsführer und Gesellschafter der F. P. GmbH, für deren Kontokorrentdarlehen er selbst gegenüber den Banken bürgte. Seit April 2000 geriet die F. P. GmbH in Zahlungsschwierigkeiten. Um ein Insolvenzverfahren über das Firmenvermögen mit der Folge eines - insbesondere wegen der Bürgschaften drohenden - eigenen Privatinsolvenzverfahrens abzuwenden, wandte sich der Angeklagte an den Zeugen Rechtsanwalt S. mit dem Auftrag, Verhandlungen über Forderungsverzichte mit den Banken zu führen.

Gleichwohl kündigten die HypoVereinsbank AG, die Commerzbank AG und die Deutsche Bank AG im Juni 2000 die jeweils gewährten Kontokorrentkredite und stellten Schuldsalden in Höhe von rund 1,04 Mio. DM, von fast 700.000 DM bzw. rund 2,01 Mio. DM fällig. Allerdings konnte der Angeklagte B. K. im Zuge der fortgeführten Verhandlungen erreichen, dass von ihm hierfür gewonnene Vertrauenspersonen, nämlich der vormals Mitangeklagte M., gegen den das Verfahren nach § 153a StPO eingestellt worden ist, und sein Vater, der Mitangeklagte D. K., mit den Banken Kaufverträge am 26. Juni 2000, 17. Juli 2000 bzw. 11. August 2000 über die ausstehenden Darlehensforderungen abschlossen.

a) Demgemäß trat die HypoVereinsbank AG an M. ihre Forderung in Höhe von 1.062.068,70 DM nebst den hierfür gewährten Sicherheiten gegen einen Kaufpreis von 500.000 DM ab. Zu den Sicherheiten gehörten neben der Bürgschaft Forderungen der F. P. GmbH gegen ihre Abnehmer. Den Kaufpreis überwies der Angeklagte B. K. von einem Konto der F. P. GmbH bei einer weiteren Bank über ein Anderkonto des Rechtsanwalts S. an die HypoVereinsbank AG und nicht, wie gegenüber der Bank vorgespiegelt, M. aus seinem Vermögen. In der Buchhaltung der F. P. GmbH ließ der Angeklagte diesen Zahlungsvorgang als Darlehen an M. über 500.000 DM erfassen.

Gemäß der vorher getroffenen Abrede "verrechneten" der Angeklagte B. K. und M. den der Firma zustehenden Darlehensrückzahlungsanspruch mit der von M. erworbenen Bankforderung. Über den Restbetrag in Höhe von 562.068,70 DM erteilte der Angeklagte B. K. dem M. am 7. Juli 2000 eine Saldenbestätigung; nach der zuvor getroffenen "Sanierungsvereinbarung" sollte M. diese Restforderung der F. P. GmbH eigentlich erlassen (Fall 1 der Anklage). Tatsächlich ließ der Angeklagte B. K. in der Folgezeit Rechtsanwalt S. gegenüber den Kunden der F. P. GmbH den Übergang der Geschäftsforderungen auf M. offen legen und die auf diese Forderungen gezahlten Beträge auf das Anderkonto einziehen.

b) In gleicher Weise erwarb der Angeklagte D. K. von der Commerzbank AG deren Forderung in Höhe von 685.863,65 DM nebst der Bürgschaft und zur Sicherheit von der F. P. GmbH an die Bank abgetretener Forderungen; der Kaufpreis in Höhe von 200.000 DM wurde vom Angeklagten B. K. in Höhe von 150.000 DM wiederum von einem Konto der F. P. GmbH bei einer weiteren Bank über das Anderkonto an die Commerzbank überwiesen. Auch diesen Geschäftsvorfall ließ der Angeklagte B. K. als Darlehen verbuchen. Nach "Verrechnung" der gegenseitigen Forderungen gab der Angeklagte B. K. am 20. Juli 2000 gegenüber seinem Vater eine Saldenbestätigung über die diesem zustehende Restforderung in Höhe von 535.863,65 DM ab, anstatt einen Erlassvertrag abzuschließen (Fall 2 der Anklage). Den Restbetrag des Kaufpreises in Höhe von 50.000 DM überwies der Angeklagte B. K. vom Bankkonto einer anderen Firma auf das Anderkonto.

In gleicher Weise sollte M. die noch offene Forderung von der Deutschen Bank AG aus dem Kontokorrentdarlehen erwerben; dieses Geschäft (als solches nicht Gegenstand der Anklage) scheiterte jedoch, weil der Angeklagte B. K. den dafür erforderlichen Kaufpreis in Höhe von 1.320.000 DM bis zum 5. Oktober 2000 nicht aufbringen konnte. Es gelang ihm lediglich, vom 8. August bis zum 18. Oktober 2000 insgesamt rund 450.000 DM auf das Anderkonto zu zahlen. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1. November 2000 ließ der Angeklagte B. K. über Rechtsanwalt S. die Herausgabe dieser Guthaben ebenso wie der Beträge, die von den Kunden auf die auf M. und D. K. übergegangenen Geschäftsforderungen gezahlt worden waren, gegenüber der Insolvenzverwalterin verweigern.

c) Mehrere Liquiditätsstaten betreffend die Zahlungsfähigkeit der F. P. GmbH ergaben nach Auffassung des Landgerichts im Zeitraum von April bis zum 30. September 2000 unter Berücksichtigung der mit den Banken

vereinbarten "Stillhalteabkommen" und der Guthaben auf dem Anderkonto Deckungsgrade von jeweils über 90 %. Erst nachdem die von der Deutschen Bank AG bis zum 5. Oktober 2000 gesetzte Zahlungsfrist nicht eingehalten werden konnte und damit die mit dieser Bank geführten Vergleichsverhandlungen gescheitert waren, sei Zahlungsunfähigkeit eingetreten; daher habe der Angeklagte B. K. am 12. Oktober 2000 rechtzeitig vor Ablauf der Dreiwochenfrist Insolvenzantrag gestellt (Fall 4 der Anklage).

d) Allerdings unterließ es der Angeklagte B. K. als Geschäftsführer der F. P. GmbH trotz der seit Frühjahr 2000 drohenden Zahlungsunfähigkeit, bis spätestens zum 30. Juni 2000 einen Jahresabschluss für das vorangegangene Geschäftsjahr 1999 aufzustellen. Am 1. November 2000 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der F. P. GmbH eröffnet (Fall 3 der Anklage). 10

2. Nach Auffassung des Landgerichts begründete auch der Umstand, dass der Angeklagte B. K. in Höhe von 650.000 DM von seinen Bürgschaftsschulden befreit wurde, nicht seine Strafbarkeit wegen Untreue zu Lasten der F. P. GmbH; denn aus § 32b GmbHG folge - anders als aus § 30 GmbHG - kein Rückzahlungsverbot. Der Erwerb der fälligen und durchsetzbaren Forderungen aus den Kontokorrentdarlehen sei wegen des Gläubigerwechsels sogar vorteilhaft gewesen, zumal es nicht bewiesen sei, dass die F. P. GmbH selbst die Kaufverträge mit den Banken hätte abschließen können. Die Überweisungen in Höhe von rund 450.000 DM sollten nach Überzeugung des Landgerichts dem Forderungserwerb von der Deutschen Bank AG dienen und nicht, wie in der Anklage zugrunde gelegt, an die Vertrauenspersonen weitergeleitet werden. Dass der Angeklagte B. K. die Herausgabe der auf dem Anderkonto befindlichen Guthaben verweigert habe, beruhe auf einem neuen, freilich zeitlich nicht genau zu bestimmenden Tatentschluss. Dieses Verhalten sei von der Anklage nicht umfasst. 11

## II.

Die Freisprüche halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. 12

1. Der Freispruch des Angeklagten B. K. vom Vorwurf der Untreue in zwei Fällen und der Insolvenzverschleppung erweist sich aus mehreren Gründen als rechtsfehlerhaft. 13

a) Hinsichtlich des Freispruchs vom Vorwurf der Untreue (§ 266 StGB) in den Fällen 1 und 2 der Anklage ist das Landgericht von unzutreffenden rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen und hat den angeklagten Sachverhalt nicht unter allen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten erschöpfend gewürdigt. 14

aa) Das Landgericht hat, worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hingewiesen hat, nicht bedacht, dass die überwiesenen Beträge in Höhe von 650.000 DM bei entsprechender Befreiung des Angeklagten von seinen Bürgschaftsschulden aus den Mitteln des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens der F. P. GmbH stammen könnten. Dadurch könnte der Angeklagte B. K. der F. P. GmbH das Stammkapital entgegen § 30 Abs. 1 GmbHG entnommen haben. Darüber hinaus könnte er im Falle eines bereits aufgezehrten Stammkapitals die Überschuldung der F. P. GmbH herbeigeführt oder vertieft haben. Eine derartige Vermögenssituation lag hier bei der Gesellschaft angesichts des festgestellten gesamten Geschehensablaufs nahe. 15

(1) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begeht der Geschäftsführer eine Untreue zu Lasten der GmbH, wenn er das zur Erhaltung des Stammkapitals, das der Verfügungsmacht der Gesellschafter im Interesse der Gläubiger entzogen ist, erforderliche Vermögen an die Gesellschafter auszahlt (BGHSt 35, 333, 337 f.; 9, 203, 216; 3, 32, 40; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 23, 37, 45; BGH wistra 2003, 385, 387; Schaal in Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG 4. Aufl. vor § 82 Rdn. 17 m.w.N.; Tiedemann, GmbH-Strafrecht 4. Aufl. vor §§ 82 ff. Rdn. 15). Dies gilt auch dann, wenn das Stammkapital bereits verloren und die GmbH überschuldet ist (BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 21). 16

Hat der Gesellschafter der GmbH anstelle von Eigenkapital ein Darlehen gewährt - oder dieses stehengelassen (vgl. dazu Pentz in Rowedder/ Schmidt-Leithoff aaO § 32a Rdn. 143 ff. m.w.N.) -, das als eigenkapitalersetzend zu qualifizieren ist, weil es verlorenes Stammkapital ersetzt oder eine darüber hinausgehende Überschuldung abdeckt, besteht ebenfalls ein Rückzahlungsverbot im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG: Der Geschäftsführer darf das Darlehen nicht an den Gesellschafter zurückzahlen, soweit er damit in das (wiederhergestellte) Stammkapital eingreifen oder sogar die (erneute) Überschuldung der GmbH herbeiführen würde (vgl. BGHZ 90, 370, 376 ff.; 76, 326, 328 ff.; BGHR GmbHG § 30 Abs. 1 Gesellschafterdarlehen 1 = BB 2005, 176, 177; BGH NJW 2006, 225). Auszahlungen an den Gesellschafter dürfen nur geleistet werden, wenn die Aktiva die Passiva übersteigen und zudem nur in der Höhe, in welcher der sich daraus ergebende Unterschiedsbetrag den Nennwert des Stammkapitals übersteigt (vgl. Maurer GmbHR 2004, 1549, 1550 m.w.N.). Ein vorsätzlicher Verstoß gegen dieses Rückzahlungsverbot begründet die 17

Strafbarkeit wegen Untreue (vgl. Hartung NJW 1996, 229, 231 f.; Maurer aaO S. 1555; Gribbohm DStR 1991, 248, 249; Hachenburg/Kohlmann, GmbHG 8. Aufl. vor § 82 Rdn. 98; Dierlamm in MünchKomm-StGB, § 266 Rdn. 139, 170; vgl. auch BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 53; BGH wistra 2006, 309; BGH, Beschlüsse vom 15. April 1977 - 2 StR 799/76 und 800/76; Muhler wistra 1994, 283, 287).

Nichts anderes gilt für Rückzahlungen auf ein von einem Gesellschaftsfremden gewährtes Darlehen, das durch eine Leistung des Gesellschafters (etwa Bürgschaften oder Bestellung von Grundpfandrechten) abgesichert ist, soweit diese Leistung verlorenes Stammkapital ersetzt oder eine darüber hinausgehende Überschuldung abdeckt. Nach ständiger Rechtsprechung der Zivilsenate des Bundesgerichtshofs sind Rückzahlungen auf einen Kredit, die eine notleidende Gesellschaft an einen Fremdgäubiger geleistet hat, als Einlagenrückgewähr an den Gesellschafter zu betrachten, wenn dieser sich für den Kredit in einer Lage verbürgt hat, in der ein unmittelbar von ihm gewährtes Darlehen als Kapitalersatz zu behandeln gewesen wäre. Eine Kreditrückführung aus Mitteln des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens stellt in Höhe der Befreiung von der Bürgschaftsschuld eine Auszahlung an den bürgenden Gesellschafter im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG dar (BGHZ 81, 252, 260; BGH GmbHR 2005, 540 f.; BGH NJW 1992, 1166; 1990, 2260, 2261; Hueck/Fastrich in Baumbach/ Hueck, GmbHG 18. Aufl. § 32a Rdn. 95). Sofern der Gesellschafter in einem solchen Falle das Darlehen an den Fremdgäubiger nicht aus seinem privaten Vermögen zurückführt oder er der GmbH in Höhe seiner Befreiung weder eine gleichwertige Sicherheit stellt noch in sonstiger Weise einen Ausgleich schafft, kann die Rückzahlung seine Strafbarkeit wegen Untreue begründen (vgl. Hartung aaO S. 234; Maurer aaO S. 1555; Hachenburg/ Kohlmann aaO vor § 82 Rdn. 190).

(2) Ob der Geschäftsführer durch die Darlehensrückzahlung in das Stammkapital eingegriffen oder sogar eine darüber hinaus bestehende Überschuldung vertieft hat, lässt sich hier - anders als in den Fällen einer "Aushöhlung" der Gesellschaft (vgl. dazu BGHSt 35, 333, 338; BGH wistra 2006, 265) - nur anhand eines Überschuldungsstatus feststellen (vgl. zu dessen Inhalt BGHSt 15, 306, 309; BGH wistra 2003, 301, 302; 1987, 28; OLG Düsseldorf wistra 1998, 360, 361; 1997, 113; Richter GmbHR 1984, 137, 139; Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht 4. Aufl. § 76 Rdn. 7 ff.).

Da das Landgericht keinen Überschuldungsstatus festgestellt hat, kann der Senat nicht nachprüfen, ob im Juni und Juli 2000 das - im angefochtenen Urteil der Höhe nach ebenfalls nicht bezifferte - Stammkapital der F. P. GmbH bereits aufgezehrt oder das Unternehmen sogar überschuldet und damit die vom Angeklagten B. K. gestellten Bürgschaften als eigenkapitalersetzend zu bewerten waren. In diesem Falle würde sich aus einem Überschuldungsstatus auch ergeben, dass es bezüglich der Frage eines Eingriffs in das Stammkapital nicht darauf ankommen kann, dass der Angeklagte B. K. mit den Überweisungen einen Teil der fälligen und durchsetzbaren Kontokorrentverbindlichkeiten tilgte. Denn die Erfüllung einer Verbindlichkeit ist für sich genommen nur eine gewinnneutrale Bilanzverkürzung durch Aktiv-/Passivminderung (vgl. Maurer aaO S. 1555; vgl. auch BGH bei Herlan GA 1971, 35; Gribbohm aaO S. 248). Im Überschuldungsstatus müsste der eigenkapitalersetzende Charakter der Bürgschaft wie folgt berücksichtigt werden:

(a) Zum Zeitpunkt vor den Darlehensgewährungen an die Vertrauenspersonen würden sich die drei Kontokorrentdarlehen in einem Überschuldungsstatus nicht zu Lasten des Stammkapitals auswirken. Denn in entsprechender Höhe stünde dem ein Freistellungsanspruch der F. P. GmbH gegen den Angeklagten B. K. gegenüber (vgl. dazu BGH NJW 1987, 1697, 1698; 1997, 3171, 3172). Dieser Freistellungsanspruch wäre nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe auch nicht wertlos. Der Angeklagte war Eigentümer mehrerer Grundstücke (UA S. 4) und wollte - nach den bisherigen, vom Landgericht freilich nicht ausreichend gewürdigten Feststellungen (vgl. unten [c]) - die Kontokorrentkredite zunächst auch mit Privatmitteln tilgen.

(b) Zum Zeitpunkt der Darlehensgewährungen vor den Kaufpreiszahlungen an die beiden Banken würde sich ebenfalls unter Berücksichtigung der neu hinzutretenden Geschäftsvorfälle keine Auswirkung auf das Ergebnis eines Überschuldungsstatus ergeben. Die Darlehensgewährungen wären für sich genommen ein bloßer Aktivtausch: Zwar wären die Geldmittel um 650.000 DM gemindert. Dem stünden jedoch die zu aktivierenden Darlehensforderungen in Höhe von 500.000 DM und 150.000 DM gegenüber. Auf der Passivseite würden die Kontokorrentkredite unverändert bleiben.

(c) Zum Zeitpunkt der Kaufpreiszahlungen vor den Aufrechnungserklärungen würde sich weiterhin keine Auswirkung auf das Ergebnis eines Überschuldungsstatus ergeben. Die Aktivseite bliebe unverändert. Auf der Passivseite würden die Banken lediglich durch M. bzw. D. K. ersetzt (vgl. § 398 Sätze 1 und 2 BGB). Der Freistellungsanspruch gegen den Angeklagten B. K. bliebe von diesem Gläubigerwechsel noch unberührt.

Entgegen der Ansicht der Angeklagten wären die Schulden aus den Kontokorrentdarlehen gegenüber dem Mitangeklagten D. K. in Höhe von 685.863,65 DM und gegenüber M. in Höhe von 1.062.968,70 DM zu passivieren. Dem stünde nicht der Einwand des Verbots widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) entgegen. Denn die

Urteilsfeststellungen belegen, dass die Angeklagten und M. zumindest seit Ende Juni 2000 einen sofortigen Erlass der nunmehr ihnen gegenüber bestehenden Schulden aus den Kontokorrentdarlehen nicht ernsthaft beabsichtigten: Statt einen Erlassvertrag im Sinne des § 397 Abs. 1 BGB abzuschließen, erteilte der Angeklagte B. K. den Zessionaren jeweils eine Saldenbestätigung. Die Angeklagten und M. ließen die neben den Bürgschaften übergebenen Geschäftsforderungen als Sicherheiten bestehen, obwohl die Zessionare, wie vom Landgericht gewertet, "nur zum Schein als Käufer der Kreditforderungen auftraten" (UA S. 26) und mangels eigener Aufwendungen kein Sicherungsbedürfnis hatten. Darüber hinaus ließ der Angeklagte B. K. (anstelle der "formalberechtigten" Zessionare) später zu seinen eigenen Gunsten die auf die Geschäftsforderungen gezahlten Erlöse auf das Anderkonto einziehen und deren Herausgabe gegenüber der Insolvenzverwalterin verweigern. Nach der vom Landgericht nicht widerlegten Aussage des Rechtsanwalts S. sollen die auf M. und D. K. übergebenen Kreditforderungen sogar im Insolvenzverfahren angemeldet worden sein (UAS. 25).

(d) Aufgrund der Aufrechnungserklärung würde sich jedoch eine Verringerung des Saldos zu Lasten der Aktiva ergeben: Die Darlehensforderungen gegen M. und D. K. wären auf Null zu stellen. Sie waren nach §§ 389, 387 f. BGB aufgrund der Aufrechnungserklärung erloschen. Zwar entsprächen dem auf der Passivseite um 650.000 DM verminderte Verbindlichkeiten aus den Kontokorrentdarlehen gegenüber den Zessionaren. Zugleich wäre aber der Freistellungsanspruch gegen den Angeklagten B. K. um 650.000 DM zu verringern. Mit der Abtretung der Forderungen der Banken waren auch die Kreditbürgschaften auf M. und D. K. übergegangen (§ 401 Abs. 1 BGB). Das Teilerlöschen der Verbindlichkeiten aus den Kontokorrentdarlehen bewirkte hier in gleicher Höhe auch das Erlöschen der Bürgschaftsschuld in Höhe von 500.000 DM bzw. 150.000 DM nach §§ 389, 387 f. BGB i.V.m. § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. dazu Sprau in Palandt, BGB 67. Aufl. § 765 Rdn. 29; Habersack in Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. § 767 Rdn. 3; Herrmann in Erman, BGB 12. Aufl. § 767 Rdn. 3; vgl. auch BGH WM 2002, 919, 922). Damit stünden zwei verringerten Passivposten drei verringerte Aktivposten gegenüber. Zum gleichen Ergebnis würde man gelangen, wenn man den Angeklagten B. K. als eigentlichen (späteren) Neugläubiger der Forderungen aus dem Kontokorrentdarlehen ansähe. Dann würden die Bürgschaftsschulden infolge des Zusammenfallens von Gläubiger und Schuldner untergehen. 25

Der Angeklagte B. K. hätte jedoch von seinen Bürgschaftsschulden in Höhe von insgesamt 650.000 DM nicht befreit werden dürfen, wenn der Freistellungsanspruch in entsprechender Höhe verlorenes Stammkapital oder eine über diesen Verlust hinaus bestehende Überschuldung abdeckte. Der Angeklagte B. K. hätte also in diesem Fall die Kreditschulden aus seinem Vermögen tilgen oder zumindest der F. P. GmbH gleichzeitig mit der Aufrechnung neue werthaltige Mittel zuführen müssen (etwa durch eine rechtsverbindliche Erklärung, dass er ihr die verauslagten Mittel erstatten werde, vgl. dazu Muhler aaO S. 287 f.). 26

(e) Ein Erlass (§ 397 Abs. 1 BGB) der nach Aufrechnung noch bestehenden Darlehensschulden in Höhe von 1.097.932,35 DM könnte in einem Überschuldungsstatus deswegen nicht berücksichtigt werden, weil die Angeklagten und M. im Juli 2000 den Abschluss eines solchen Vertrags nicht ernsthaft beabsichtigten (siehe oben [c]). Aus dem gleichen Grund könnte die Verringerung der Aktiva entgegen der Auffassung der Angeklagten nicht durch die Aktivierung eines Erstattungsanspruchs der F. P. GmbH analog § 31 Abs. 1 GmbHG gegen den Angeklagten B. K. ausgeglichen werden. Denn derartige Ausgleichsansprüche (wie gegebenenfalls auch solche aus § 32b GmbHG) sind bei der Schadensbetrachtung - ähnlich den aus der Straftat entstandenen Schadensersatzansprüchen nach §§ 823 ff. BGB (vgl. dazu Fischer, StGB 55. Aufl. § 263 Rdn. 93 m.w.N.) - jedenfalls dann nicht zu berücksichtigen, wenn der Gesellschafter leistungsunwillig ist. Dies stünde der Werthaltigkeit eines Erstattungsanspruchs entgegen (Hartung NJW 1996, 229, 234; vgl. auch Ransiek in FS für Kohlmann 2003 S. 207, 214). Eine solche Leistungsunwilligkeit wird in derartigen Fällen der Rückführung von gesicherten Bankdarlehen in der Krise der GmbH auch regelmäßig nahe liegen: Mit der Rückführung des gesicherten Darlehens aus Gesellschaftsmitteln hat der Gesellschafter gerade gezeigt, dass er für das verlorene Stammkapital oder eine darüber hinaus bestehende Überschuldung nicht mit Privatmitteln einstehen will. 27

(3) Der Umstand, dass der Angeklagte B. K. die Kreditbürgschaften ersichtlich nicht erst im Juni 2000 stellte, sondern dies wohl auf banküblichem Verhalten möglicherweise aus Zeiten vor der Krise beruhte, vermag den Angeklagten für den Fall eines aufgezehrten Stammkapitals oder einer darüber hinausgehenden Überschuldung nach den bisherigen Feststellungen nicht zu entlasten. 28

Nach der Rechtsprechung der Zivilsenate des Bundesgerichtshofs ist zur Umqualifizierung einer bei Eintritt der Krise "stehengelassenen" Kredithilfe erforderlich, dass der Gesellschafter objektiv in der Lage ist, auf den Eintritt der Krise durch Abzug der Mittel oder Liquidation der Gesellschaft zu reagieren (BGHZ 121, 31, 35 ff.; 127, 1, 6; 133, 298, 302; BGH NJW 1995, 658 f.; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG 18. Aufl. § 32a Rdn. 45 m.w.N.) und darüber hinaus "wenigstens die Möglichkeit gehabt haben muss, die Krise der Gesellschaft bei Wahrnehmung seiner Verantwortung für eine ordnungsgemäße Finanzierung der Gesellschaft zu erkennen" (BGHZ 127, 336, 344; BGH BB 29

1995, 60, 62). Demnach kann es den Gesellschafter - wie es regelmäßig bei gegenüber Banken eingegangenen Bürgschaftsverpflichtungen der Fall sein wird - nicht bereits entlasten, dass er seine Sicherheitsleistung nach dem zivilrechtlichen Vertrag und schuldrechtlichen Regeln nicht abziehen kann. Führt der Gesellschafter die ohne Eigenkapitalzuführung liquidationsreife Gesellschaft fort, statt diese unter Entzug der ihr gestellten Mittel zu liquidieren, wird er an dieser "Finanzierungsentscheidung" festgehalten.

Dabei hat er diese Entscheidung binnen angemessener Frist zu treffen, wobei die in § 64 Abs. 1 GmbHG niedergelegten Maßstäbe zu beachten sind (vgl. BGHR GmbHG § 30 u. § 31 Finanzierungsentscheidung 1 = NJW 1998, 3200, 3201; Hueck/Fastrich aaO Rdn. 41). Eine derartige, auch in strafrechtlicher Hinsicht relevante (vgl. Maurer aaO S. 1554 f.; Hartung aaO S. 233) Finanzierungsentscheidung könnte hier in dem im Juni 2000 gefassten Entschluss des Angeklagten B. K. liegen, mit den Banken Vergleichsverhandlungen zu führen, um diese vom Vorgehen aus den Bürgschaften abzuhalten und darüber hinaus sogar die Bürgschaften zum Erlöschen zu bringen. Er hätte statt dieser Verhandlungen auch sogleich Insolvenzantrag (freilich mit der Gefahr eines anschließenden Privatinsolvenzverfahrens) stellen können.

(4) Dass der Angeklagte B. K. angesichts des Umstands, dass er fällige und durchsetzbare Kredite tilgte, ohne Tatvorsatz hinsichtlich des normativen Tatbestandsmerkmals der "Pflichtwidrigkeit" gehandelt hat, liegt nicht auf der Hand. Vielmehr ging es dem Angeklagten nach den bisherigen Feststellungen gerade auch um die Abwendung des Privatinsolvenzverfahrens und damit um das Freiwerden von den Bürgschaftsschulden mit Mitteln und auf Kosten der F. P. GmbH. Insbesondere das Einziehen der von der GmbH still abgetretenen Geschäftsforderungen zum eigenen Vorteil und die Weigerung, die Guthaben vom Anderkonto herauszugeben, lassen Rückschlüsse auf die subjektive Seite im Juni und Juli 2000 zu (vgl. auch Hartung aaO S. 234, 236).

bb) Eine Untreue zu Lasten der F. P. GmbH unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in das Stammkapital oder der Herbeiführung bzw. Vertiefung einer Überschuldung könnte sich über das Vorstehende hinaus auch daraus ergeben, dass der Angeklagte B. K. über seine Mittelsmänner dem Unternehmen Geschäftsforderungen in Höhe von 1.747.932,35 DM entzog.

(1) Diese Geschäftsforderungen standen der F. P. GmbH zu, nicht etwa den "Stroh Männern" D. K. und M. oder dem Angeklagten B. K. Die F. P. GmbH war zur Einziehung dieser Geschäftsforderungen trotz der Abtretungen an die Banken befugt. Denn bei diesen Abtretungen handelte es sich um Sicherungsabtretungen (vgl. BGH NJW 2002, 1568, 1569 m.w.N.). Demgemäß hatte die F. P. GmbH als Sicherungsgeberin diese Ansprüche in ihrem Firmenvermögen zu bilanzieren (§ 246 Abs. 1 Satz 2 HGB und dazu Merk in Baumbach/Hopt, HGB 32. Aufl. § 246 Rdn. 12; Budde/Karig in Beck'scher Bilanz-Kommentar 3. Aufl. § 246 Rdn. 15).

Nach Übergang dieser Forderungen hätte der Angeklagte B. K. die Sicherungsrechte an den Ansprüchen zugunsten der F. P. GmbH bereits deswegen freigeben und diese damit rückabtreten müssen, weil er die gesicherten Bankdarlehen mit Firmemitteln beglichen und daher von vornherein keinerlei Sicherheitsbedürfnis hatte. Im Falle der Krise der GmbH hätte er diese Geschäftsforderungen nicht einmal dann zu eigenen Gunsten geltend machen dürfen, wenn er die Bankdarlehen mit Privatmitteln zurückgeführt hätte. Stattdessen machte der Angeklagte B. K. die der F. P. GmbH zustehenden Ansprüche in eigenem Interesse und auf eigene Rechnung geltend. Durch dieses Entziehen der Geschäftsforderungen könnte er nach alledem ebenfalls in das Stammkapital der F. P. GmbH eingegriffen bzw. eine Überschuldung herbeigeführt oder vertieft haben (vgl. Hartung aaO S. 236).

(2) Zum gleichen Ergebnis würde man gelangen, wenn man - abweichend von der nach den bisherigen Feststellungen nahe liegenden Würdigung - von einer fortbestehenden Gläubigerstellung des Mitangeklagten D. K. ausgehen würde. Denn auch insoweit könnte wegen der Leistung an einen nahen Familienangehörigen die Sperre des § 30 Abs. 1 GmbHG bestehen (vgl. BGHZ 81, 365, 368 f.; Hueck/Fastrich aaO § 30 Rdn. 18 m.w.N.; Maurer aaO S. 1552).

(3) Der Übergang der Geschäftsforderungen war in beiden Anklagefällen Teil des Forderungskaufs und ist damit von der Anklage umfasst.

cc) Der Freispruch kann im Hinblick auf die im Zeitraum August bis Oktober 2000 überwiesenen Beträge in Höhe von insgesamt rund 450.000 DM, die im Anklagesatz ausdrücklich erwähnt sind, auch deswegen keinen Bestand haben, weil die dem zugrunde liegende Beweiswürdigung durchgreifenden Bedenken begegnet. Denn das Landgericht hätte in seine Beweiswürdigung die nachfolgende Einziehung der Geschäftsforderungen zum Vorteil des Angeklagten B. K. und die Weigerung der Herausgabe der auf dem Anderkonto befindlichen Guthaben einbeziehen müssen. Dieser Sachverhalt war dem Landgericht mit der einleitenden Formulierung im Anklagesatz unterbreitet, dass die Angeklagten angesichts der Kreditkündigungen und der bereits vorher bestehenden Zahlungsschwierigkeiten im bewussten und

gewollten Zusammenwirken der zahlungsunfähigen GmbH soviel wie möglich an noch vorhandenen Vermögenswerten entziehen und der Insolvenzmasse vorenthalten wollten. Im Zusammenhang mit den teilweise zeitgleich zur Stellung des Eigeninsolvenzantrags und sogar noch danach erfolgten Überweisungen ist nicht nur das Geschehen bis zum Eingang der Firmengelder auf dem Rechtsanwaltsanderkonto, sondern darüber hinaus bezogen auf das Verbleiben dieser Guthaben auf diesem Konto angeklagt.

b) Der Freispruch vom Vorwurf der Insolvenzverschleppung (§ 64 Abs. 1, § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG) hat ebenfalls 38 keinen Bestand.

aa) Bereits die Darstellung der Liquiditätslage der F. P. GmbH zu drei ausgewählten Stichtagen begegnet 39 durchgreifenden Bedenken.

Denn das Landgericht beschränkt sich auf die Mitteilung der Summen aus dem Liquiditätsstatus. Damit ist dem Senat 40 die Überprüfung verwehrt, ob der vom Landgericht jeweils zugrunde gelegte Liquiditätsstatus alle relevanten kurzfristig fälligen Verbindlichkeiten und die zu ihrer Tilgung vorhandenen oder herbeizuschaffenden Mittel (also die flüssigen Mittel und kurzfristig einziehbaren Forderungen sowie gegebenenfalls die kurzfristig liquidierbaren Vermögensgegenstände) enthält (vgl. § 17 Abs. 2 InsO und BGH wistra 2007, 312; 2001, 306, 307; Müller-Gugenberger/Bieneck aaO § 76 Rdn. 57 ff.). Die lückenhaften Feststellungen zum Inhalt der "Stillhalteabkommen" lassen auch nicht die Nachprüfung zu, ob das Landgericht die drei Kontokorrentdarlehen im Liquiditätsstatus unberücksichtigt lassen durfte.

Den Urteilsgründen ist bereits nicht zu entnehmen, ob die Banken gegenüber dem Angeklagten B. K. in 41 rechtsverbindlicher Weise erklärten, von der Geltendmachung der Kreditforderungen vorübergehend abzusehen (vgl. Schaal in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze § 84 GmbHG Rdn. 14a). Erst recht belegen die Feststellungen weder genaue Zeitpunkte etwaiger Fristen noch gar die Stundung der Kreditforderungen (vgl. Müller-Gugenberger/Bieneck aaO § 76 Rdn. 57, 62; vgl. auch BGH wistra 2007, 312).

Ob ein Anspruch der F. P. GmbH gegen Rechtsanwalt S. aus einem Treuhandverhältnis auf Rückzahlung der auf dem 42 Anderkonto befindlichen Guthaben zu aktivieren war, bedurfte ebenfalls angesichts des Einzugs der Geschäftsforderungen zugunsten des Angeklagten B. K. und des Verhaltens gegenüber der Insolvenzverwalterin der eingehenden Würdigung. Insoweit fehlt eine Auseinandersetzung damit, ob der Rechtsanwalt die Guthaben treuhänderisch für den Angeklagten B. K. und nicht etwa für die F. P. GmbH verwahrte.

bb) Rechtsfehlerhaft ist der Freispruch zudem deswegen, weil sich das Urteil nicht zum Insolvenzgrund der 43 Überschuldung verhält (§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 InsO).

c) Die lückenhaften Feststellungen zu den mit den Banken in zeitlicher Nähe zu den Kreditkündigungen geführten 44 Vergleichsverhandlungen bedingen auch die Aufhebung der Verurteilung wegen vorsätzlichen Bankrotts (§ 283 Abs. 1 Nr. 7b, Abs. 6 StGB) im Fall 3 der Anklage.

aa) Dies gilt zunächst zugunsten des Angeklagten B. K. (§ 301 StPO). Sollten die Banken die Kreditforderungen 45 tatsächlich gestundet oder zumindest in rechtsverbindlicher Weise von der Geltendmachung abgesehen haben, hätte dies auch Auswirkungen auf die drohende Zahlungsunfähigkeit, die das Landgericht vor allem mit Blick auf die Kreditkündigungen angenommen hat. Diese Begründung der drohenden Zahlungsunfähigkeit widerspricht dem vom Landgericht zum 30. Juni 2000 aufgestellten Liquiditätsstatus, in dem es, wie ausgeführt, die drei Kreditverbindlichkeiten nicht passiviert hat (vgl. UA S. 27). Es ist zugunsten des Angeklagten B. K. nicht auszuschließen, dass er gegebenenfalls mit den Banken noch vor dem 30. Juni 2000 Stundungen oder zumindest ernsthafte Stillhalteabkommen vereinbaren konnte. Jedenfalls der Forderungskaufvertrag mit der HypoVereinsbank AG wurde noch im Juni 2000 abgeschlossen. Damit könnten vor Strafbewehrung des Verstoßes gegen die Aufstellungspflicht aus § 264 Abs. 1, § 267 Abs. 1 HGB mit Ablauf des 30. Juni 2000 die für die Annahme drohender Zahlungsunfähigkeit nach Ansicht des Landgerichts ausschlaggebenden Zahlungspflichten infolge einer Stundung nicht fällig gewesen sein (vgl. § 18 Abs. 2 InsO und dazu Müller-Gugenberger/Bieneck aaO § 76 Rdn. 75). Diese Verbindlichkeiten könnten dann eine drohende Zahlungsunfähigkeit zum Zeitpunkt des Ablaufs des 30. Juni 2000 nicht begründen.

Auch die vom Landgericht für die Monate April und Mai 2000 ebenfalls nur cursorisch mitgeteilten Zahlungsrückstände 46 vermögen für sich genommen eine drohende Zahlungsunfähigkeit zum Ablauf des 30. Juni 2000 nicht zu belegen, zumal der Angeklagte B. K. am 1. Juli 2000 die Löhne zahlen konnte. Im Übrigen hat das Landgericht die von Firmenlieferanten zur Beitreibung von Forderungen ergriffenen Maßnahmen als nicht ernsthaft gewertet (UA S. 20). Dass gleichwohl auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen jedenfalls ein Schuldspruch nach § 283b Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3b StGB erfolgen müsste (vgl. dazu BGH wistra 1998, 105 mit Anmerkung Doster wistra 1998,

326, 327), ändert nichts an der Notwendigkeit einer umfassenden neuen Prüfung.

bb) Mit der Aufhebung der Verurteilung nebst Feststellungen wird dem neuen Tatrichter zudem eine umfassende und widerspruchsfreie Aufklärung und Bewertung des Gesamtgeschehens ermöglicht. Insoweit hat das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft auch zu Lasten des Angeklagten B. K. Erfolg, weil sich der Schuldumfang des Bankrotts bei Annahme eines Eingriffs in das Stammkapital und Herbeiführung eines Insolvenzgrundes erhöhen könnte. 47

2. Mit der Strafbarkeit eines vom Mitangeklagten D. K. geleisteten Gehilfenbeitrags, der hier in dem Erwerb der Kreditforderung nebst Bürgschaften und Geschäftsforderungen für den Angeklagten B. K. und dem Zurverfügungstellen seines Namens bei Geltendmachung der Geschäftsforderungen bestehen könnte, hat sich das Landgericht bereits deswegen nicht auseinandergesetzt, weil es keine Haupttat angenommen hat. Auch insoweit bedarf die Sache neuer Aufklärung und Bewertung. Auch wenn der Anklage schwerlich zu entnehmen ist, warum der Angeklagte D. K. Gehilfe einer Untreue im Fall des Forderungserwerbs durch M. sein soll, kommt angesichts der engen tatsächlichen Verzahnung des Gesamtgeschehens um die Forderungsverkäufe der Banken eine Teilverwerfung der D. K. betreffenden Revision nicht in Betracht. 48

### III.

Der Senat hat von der Vorschrift des § 354 Abs. 2 Satz 1 zweite Variante StPO Gebrauch gemacht und die Sache an das Landgericht Dresden zurückverwiesen. Für die neue Hauptverhandlung weist er auf Folgendes hin: 49

Im angefochtenen Urteil ist eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung festgestellt worden, deren Ausmaß allerdings - trotz Angabe maßgeblicher Anknüpfungstatsachen, freilich bis auf die erstmalige Kenntnis der Angeklagten vom Beginn der Ermittlungen - nicht ausgewertet und bestimmt ist. Für den Fall einer Verurteilung wird der neue Tatrichter nochmals die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 MRK zu prüfen und gegebenenfalls eine Kompensation zu erwägen haben (BGH, Großer Senat, Beschluss vom 17. Januar 2008 - GSSt 1/07, NJW 2008, 860, zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen). Insbesondere hinsichtlich des Angeklagten D. K. wird gegebenenfalls eine Verfahrenserledigung nach §§ 153a, 153 StPO (vgl. dazu BGH aaO S. 866) auch mit Rücksicht auf den nach Erlass des angefochtenen Urteils verstrichenen Zeitraum zu erwägen sein. 50