



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

4 StR 294/04

vom

9. Dezember 2004

in der Strafsache

gegen

wegen Verdachts der Untreue

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 9. Dezember 2004, an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Tepperwien,

Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Kuckein,
Athing,
Richterin am Bundesgerichtshof
Solin-Stojanović,
Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Ernemann
als beisitzende Richter,

Staatsanwalt
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landgerichts Schwerin vom 17. Februar 2004 wird verworfen.
2. Die Kosten des Rechtsmittels und die dem Angeklagten im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen hat die Staatskasse zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

Die Strafkammer hat den Angeklagten vom Vorwurf der Untreue aus rechtlichen Gründen freigesprochen. Er habe sich nicht pflichtwidrig verhalten, als er als Oberbürgermeister der Stadt S. dem dortigen Hauptamtsleiter für die Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses eine Abfindung gewährte. Mit ihrer hiergegen gerichteten Revision erstrebt die Staatsanwaltschaft die Aufhebung des freisprechenden Urteils. Das auf die Sachrüge gestützte Rechtsmittel, das vom Generalbundesanwalt vertreten wird, hat keinen Erfolg.

I.

1. Nach der Wiedervereinigung wurde die Stadt S. von der Stadt W. im Rahmen ihrer bestehenden Städtepartnerschaft durch Entsendung von Personal unterstützt. Hierzu gehörte insbesondere der Verwaltungsjurist A., der im Jahr 1988 bei der Stadt W. vom Beamten- ins Angestelltenverhältnis gewechselt war, um in leitender Funktion

aufgrund eines „Privatdienstvertrages“ eine höhere, der Besoldungsgruppe B 4 BBesG entsprechende Vergütung beziehen zu können. Die Stadt W. vereinbarte am 16. bzw. 14. November 1990 in einem Vertrag mit ihrer Partnerstadt einerseits sowie im Wege einer Änderung des Dienstvertrags mit A. andererseits, daß dieser von der Stadt W. beurlaubt und auf unbestimmte Zeit zum Aufbau einer funktionsfähigen kommunalen Selbstverwaltung nach S. entsandt werde. Gemäß diesen Vereinbarungen war die Stadt gegenüber A., der die Funktion eines stellvertretenden Dezernenten für das Haupt-, Personal-, Presse-, Rechnungsprüfungs-, Wirtschaftsförderungs- und Rechtsamt sowie das Frauenbüro unter besonderer Berücksichtigung der Wahrnehmung der Aufgaben der Organisations- und Hauptverwaltung übernehmen sollte, zwar weisungsbefugt; seine Rechtstellung sollte sich jedoch weiterhin aus dem entsprechend geänderten „Privatdienstvertrag“ mit der Stadt W. ergeben, die die ihm zustehenden vertraglichen Ansprüche, insbesondere geldwerter Art, unter jeglicher Freistellung der Stadt S. erfüllen sollte. Folglich bestellte die Stadt S. den seit 1. Dezember 1990 dort zunächst nur als Berater des Oberbürgermeisters tätigen A. am 17. Januar 1991 zum Hauptamtsleiter, wobei ihm die ansonsten nicht vorgesehene Sonderstellung eines stellvertretenden Dezernenten übertragen wurde, während die Stadt W. wie bisher seine Vergütung entsprechend der Besoldungsgruppe B 4 BBesG nebst Nebenleistungen zahlte. Bis Dezember 1992 – ein Jahr länger, als zunächst vereinbart – wurde der Verwaltungsjurist der Partnerstadt unentgeltlich überlassen. In der Folgezeit mußte die Stadt S. vertragsgemäß an die Stadt W. die jeweils nach den geltenden gesetzlichen oder tariflichen Bestimmungen maßgeblichen Bezüge erstatten, die an Herrn A. gezahlt würden, wenn er dort in leitender Funktion (mindestens als Leiter des Haupt- und Organisationsamtes) in

einem Anstellungsverhältnis zur Stadt S. stehen würde, was der gegenüber B 4 deutlich niedrigeren Besoldungsgruppe A 15 BBesG zuzüglich eines Pensionssicherungsbeitrages von 30 Prozent entsprach.

Keinen Gebrauch machten die Stadt S. und A. von der in den Verträgen ebenfalls vorgesehenen Möglichkeit, daß A. in den Dienst der Stadt S. übertrat, wobei die Stadt W. auch in diesem Fall die Differenz zwischen den niedrigeren Bezügen A. s von der Stadt S. und der bisher mit der Stadt W. vereinbarten Vergütung übernommen hätte. Gleiches hätte für die Versorgungsbezüge gegolten.

Die Beendigung der Tätigkeit A. s bei der Stadt war in der Vereinbarung zwischen den Partnerstädten in § 6 wie folgt geregelt:

„Sollte die Stadt S. Herrn A. nicht in ihren Dienst übernehmen, behält sich die Stadt W. vor, diese Vereinbarung im Einvernehmen mit der Stadt S. aufzuheben und Herrn A. zur Wiederaufnahme der Dienstgeschäfte bei der Stadt W. zurückzurufen.

Entsprechendes gilt für den Fall, daß die Stadt S. auf die Beratungstätigkeit von Herrn A. verzichtet oder dieser die Beendigung der Beratungstätigkeit begehrt.“

Dementsprechend war § 1e der Änderung des „Privatdienstvertrages“ zwischen der Stadt W. und A. gefaßt:

„Endet die Beurlaubung dadurch, daß die Stadt S. Herrn A. nicht in ihren Dienst übernimmt oder auf seine Beratungstätigkeit verzichtet, wird Herr A. wieder bei der Stadt W. in einer dann festzulegenden seiner bisherigen Tätigkeit und derzeitigen Vergütung adäquaten Funktion verwendet.“

1995 zeigten sich bei einem von A. als Hauptamtsleiter eingeführten Datenverarbeitungsprogramm gravierende Mängel, die zu hohen Einnahmeverlusten bei der Stadt und zu massiver öffentlicher Kritik an der Stadtverwaltung führten. Der Angeklagte als Oberbürgermeister hielt den Hauptamtsleiter aus fachlichen und gesundheitlichen Gründen für nicht mehr geeignet, die Situation zu beherrschen. Er schlug daher im September 1995 dem inzwischen 59jährigen A. vor, dieser möge die politische Verantwortung für die aufgetretenen Pannen übernehmen und im Hinblick auf seine angeschlagene Gesundheit seine vorzeitige Versetzung in den Ruhestand beantragen. A. war hierzu aber nur bereit, wenn er finanziell keinen Nachteil gegenüber einer weiteren Beschäftigung erleiden würde. Er hatte inzwischen seinen Wohnsitz nach S. verlegt und wollte nicht nach W. zurückkehren, zumal er wußte, daß dort seine frühere Tätigkeit, bei der er die in ihn gesetzten Erwartungen nicht erfüllt hatte, durchaus als problematisch angesehen worden war. Der Angeklagte ließ Ende 1995 durch das Personalamt der Stadt errechnen, daß die Stadt S. bei Weiterbeschäftigung A. s jährlich ca. 140.000 DM, bis zu dessen 65. Lebensjahren also 700.000 DM aufzuwenden hätte, während die Differenz zwischen einer Vergütung nach B 4 BBesG und dem Ruhegehalt im Falle einer vorzeitigen Pensionierung jährlich 35.000 DM betragen würde, so daß zum Ausgleich dieser Differenz für fünf Jahre bis zum Erreichen des regulären Pensionsalters eine Abfindung in Höhe von 175.000 DM erforderlich würde.

Die gesundheitlichen Schwierigkeiten A. s steigerten sich in der Folgezeit aufgrund der beruflichen Streßsituation. Der Angeklagte teilte im März 1996 A. schriftlich mit, daß er nicht mehr gewillt sei, die von diesem offenbarten Schwächen bei der Arbeitsleistung zu akzeptieren. Schon An-

fang 1996 hatte der Angeklagte in einem Telefongespräch mit dem Stadtdirektor der Stadt W. die Frage der Weiterbeschäftigung A. s angesprochen. Hierbei wurde deutlich, daß eine Rückkehr A. s von Seiten der Stadt W. nicht erwünscht war. Der Angeklagte sah zwar die Möglichkeit, den Vertrag mit der Stadt W. über die Überlassung von A. zu kündigen. Dann müßte dieser jedoch, wie ihm der Angeklagte in einem Schreiben vom 1. April 1996 mitteilte, darauf eingestellt sein, „in W. Dienst zu tun“, wobei jedoch derzeit dort - wie ihm seitens der Stadt W. mitgeteilt worden sei - keine adäquate Einsatzmöglichkeit für ihn bestünde. Eine vorzeitige Versetzung in den Ruhestand würde hingegen von den Städten W. und S. ohne weitere Verzögerung akzeptiert werden, wobei die Stadt W. im Versorgungsfalle 75 % seiner derzeitigen Bezüge zahlen würde. Für diesen Fall sicherte der Angeklagte A. zu, daß die Stadt S. die restlichen 25 % (bis zur Vollendung seines 65. Lebensjahres) - insgesamt 175.000 DM – an ihn zahlen werde, wobei er dann das Hauptamt in seinem damaligen Bestand nicht weiterführen, sondern in Teilbereichen umorganisieren wollte.

Mit Schreiben vom 24. Juni 1996 beantragte A. beim Oberstadtdirektor der Stadt W. unter Hinweis auf eine ihm ärztlich bescheinigte Erschöpfungsdepression seine Versetzung in den Ruhestand zum 1. August 1996. Diesem Antrag wurde mit Bescheid vom 3. Juli 1996 entsprochen.

Am 23. Juli 1996 unterzeichnete der Angeklagte als Oberbürgermeister eine Vereinbarung der beteiligten Städte „zur Vermeidung von Auseinandersetzungen im Rahmen des Verfahrens zur Versetzung von Herrn Klaus A. in den Ruhestand“, nach der die Stadt S. eine Ausgleichsregelung mit A. treffen sollte, während die Stadt W. , die diese vergleichsweise Einigung ihrerseits am 4. September 1996

se Einigung ihrerseits am 4. September 1996 unterschriftlich bestätigte, sämtliche Versorgungslasten tragen und keine Rechte aus der nicht den vertraglichen Vereinbarungen entsprechenden Beschäftigung von Herrn A. als Hauptamtsleiter herleiten sollte. Am 23. August 1996 unterzeichneten der Angeklagte, sein Stellvertreter und A. eine entsprechende Vereinbarung zwischen letzterem und der Stadt, wonach dessen Tätigkeit für die Stadtverwaltung zum 31. Juli 1996 ende und er zum Ausgleich für die mit dem vorzeitigen Ausscheiden verbundenen Nachteile eine Entschädigung in Höhe von 175.000 DM brutto erhalte, womit sämtliche Ansprüche aus dem Beschäftigungsverhältnis mit der Stadt S. abgegolten seien.

Der durch die Presseberichterstattung über diesen Vorfall aufmerksam gewordene Präsident des Landesrechnungshofs wies den Angeklagten Ende August 1996 schriftlich darauf hin, daß es nach seiner Auffassung für die Gewährung einer Abfindung an A. keine Rechtsgrundlage gäbe und die äußerst angespannte finanzielle Situation der Stadt S. auch keine Zahlung als freiwillige Leistung erlaube. Er bat ihn daher Mitte September 1996 nachdrücklich, auf rechtswidriges Verwaltungshandeln zu verzichten. Dennoch ließ der Angeklagte am 18. Oktober 1996 den Betrag von 175.000 DM an A. auszahlen.

Seine Entscheidung begründete der Angeklagte am 27. September 1996 gegenüber dem Innenministerium, das ihn mit Schreiben vom 21. August 1996 darum gebeten hatte, damit, daß der gewährte Betrag auch ausweislich einer von ihm eingeholten Stellungnahme des Kommunalen Arbeitgeberverbands vom 5. September 1996 angemessen sei, A. sich gegen die Versetzung in den vorzeitigen Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit hätte widersetzen

können, was mit erheblichen zeitlichen und finanziellen Risiken verbunden gewesen wäre, und durch seine Beratertätigkeit seit 1990 „ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden (sei), der es sowohl gegenüber der Stadt W. (als auch) gegenüber A. persönlich verbiete, die sich hier ergebende Problematik auf diese beiden Vertragspartner zu übertragen.“ Der Oberstadtdirektor von W. habe zu erkennen gegeben, daß man dies auch nicht akzeptieren werde.

2. Das Landgericht hat das Verhalten des Angeklagten nicht als pflichtwidrig bewertet, da dieser bei der hier allein maßgeblichen Vereinbarung vom 23. August 1996 unter angemessener Berücksichtigung der Belange der Stadt S. den ihm als Oberbürgermeister im Rahmen der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit eröffneten Beurteilungsspielraum noch nicht überschritten habe. Er habe die „Interessenslage aller Beteiligten sowie die Rechtslage“ berücksichtigen müssen. Sein Bestreben, die Städtepartnerschaft nicht dadurch zu belasten, daß er die Stadt W. vor ein schwer lösbares Personalproblem stelle, sei dabei ein vertretbarer Aspekt. Das bisherige faktische Verhalten der Stadt S. ließe nur den Rückschluß auf eine Weiterbeschäftigung A. bis zum Erreichen seines Pensionsalters zu. Als Äquivalent zu dem vertraglich von der Stadt W. übertragenen Leistungsbestimmungsrecht als Arbeitgeberrechte hätte die Stadt S. auch „die Pflicht, ein schutzwürdiges Vertrauen der anderen Partei z. B. in die Kontinuität der bisherigen Gestaltung der Rechtsbeziehung nicht zu enttäuschen.“ Insoweit hätte A. nach fünf Jahren Tätigkeit in den Diensten der Stadt S. ein schutzwürdiges Vertrauen in seine Weiterbeschäftigung erlangt. Wegen dieses einmaligen Einzelfalls, der sich aus der einzigartigen Situation der Wiederver-

einigung und der daraus resultierenden Aufbauhilfe ergeben habe, hätte es auch nicht aus grundsätzlichen Erwägungen heraus einer gerichtlichen Klärung bedurft, die mehrere Jahre hätte dauern können, wobei offen geblieben wäre, ob die Stadt S. nicht die errechneten 700.000 DM bis zur Pensionierung A. s hätte zahlen müssen.

II.

Dieser Würdigung ist im Ergebnis, wenn auch nicht in allen Teilen der Begründung, zuzustimmen.

1. Die dem Angeklagten als hauptamtlichen Bürgermeister (§ 37 Kommunalverfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern in der Fassung vom 18. Februar 1994 [KV M-V]) der Stadt S. obliegende Treuepflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB (vgl. BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 34 m.w.N.) hat er nicht verletzt.

a) Ihm oblag es gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 KV M-V die Haushaltswirtschaft nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu führen. Diese Grundsätze sind – wie die Strafkammer zutreffend gesehen hat – als rechtliche Steuerungsnormen dazu bestimmt, einen äußeren Begrenzungsrahmen für den gemeindlichen Entfaltungs- und Gestaltungsspielraum dahin gehend zu bilden, solche Maßnahmen zu verhindern, die mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlechthin unvereinbar sind (OVG Rheinland-Pfalz DVBl. 1980, 767, 768; vgl. auch BVerwGE 59, 249, 252 f.; OVG Münster ZMR 1981, 224; OVG NRW DÖV 1991, 611 f.). Den darin enthaltenen Grundsatz, daß der Staat nichts „verschenken“ darf (BGHZ 47, 30, 39 f. m.w.N.), müssen alle staatlichen und kommunalen Stellen beachten, unabhängig davon, auf welcher Grundlage sie tätig werden. Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz führt zur Nichtigkeit von Verträgen, die eine Zuwendung an Private ohne Gegenleistung zum Gegenstand haben und unter keinem Gesichtspunkt als durch die Verfolgung legitimer öffentlicher Aufgaben im Rahmen einer an den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit orientierten Verwaltung gerechtfertigt angesehen werden

können (BGH Urt. v. 17. September 2004 – V ZR 339/03 – zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Strafrechtlich gilt insoweit kein anderer Maßstab (vgl. BGH NJW 1999, 1489, 1490).

b) Eine strafrechtlich relevante pflichtwidrige Schädigung der zu betreuenden Haushaltsmittel kommt insbesondere in Betracht, wenn ohne entsprechende Gegenleistung Zahlungen erfolgen, auf die im Rahmen vertraglich geregelter Rechtsverhältnisse ersichtlich kein Anspruch bestand (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 237 f.). So verhält es sich hier jedoch nicht; denn der Angeklagte mußte bei der vergleichweisen Einigung mit A. und der Stadt W. im Jahr 1996 damit rechnen, daß in dem von A. bereits angedrohten Arbeitsrechtsstreit möglicherweise ein Arbeitsverhältnis zwischen A. und der Stadt S. festgestellt worden wäre und diese daher höhere Zahlungen als die gewährte Abfindung ohne adäquate Gegenleistung an ihn hätte erbringen müssen.

Im Jahr 1996 bestand das Risiko, daß bei einer arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzung ein - gesetzlich fingiertes - Arbeitsverhältnis mit der Stadt S. gemäß Art. 1 § 1 Abs. 2, § 13 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz in den bis zum 31. März 1997 geltenden Fassungen (AÜG aF) der Bekanntmachung vom 14. Juni 1985 (BGBl I 1069) bzw. der Änderung durch das Gesetz vom 21. Dezember 1993 (BGBl I 2353, 2362) bejaht worden wäre.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist Art. 1 § 1 AÜG aF auf die Überlassung eines Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung bei einem öffentlichen Arbeitgeber anwendbar (vgl. BAG Urt. v. 26. Juli 1984, EzAÜG Nr. 170). Auch wenn die Überlassung des Arbeitnehmers A. an

die Stadt S. seitens der Stadt W. nicht gewerbsmäßig im Sinne des Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG aF erfolgt war, lag jedenfalls eine vertraglich unbefristete, tatsächlich mehrjährige Überlassung zur Arbeitsleistung in der Betriebsorganisation der Stadt S. unter ihrem ausschließlichen Weisungsrecht vor (vgl. BAGE 29, 7, 10, 12 f.; 80, 46, 51 f. = AP Nr. 19 zu § 1 AÜG), die die Sechs- bzw. Neunmonatsfrist des Art. 1 § 1 Abs. 2 Alt. 3, § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG aF bei weitem überschritt. Nach Art. 1 § 1 Abs. 2 Alt. 3 AÜG aF wurde vermutet, daß der Überlassende Arbeitsvermittlung betreibt, wenn Arbeitnehmer Dritten zur Arbeitsleistung überlassen werden und die Dauer der Überlassung im Einzelfall die genannte Frist i.S. des Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG aF übersteigt. Das Bundesarbeitsgericht hatte im Jahr 1990 für eine befristete, aber mehrfach verlängerte, mehrjährige Abordnung eines nach BAT vergüteten Angestellten an ein Bundesministerium entschieden, daß die nicht-gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung der Vermutung einer Arbeitnehmervermittlung nach Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG aF unterfällt, die allerdings widerlegbar ist (BAGE 65, 43 = NZA 1991, 268). Diese Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht im Jahr 1994 im Falle der Gestellung eines angestellten Lehrers durch einen eingetragenen Verein an das Bundesamt für Zivildienst bestätigt (BAGE 77, 32 = NZA 1995, 465; vgl. ferner auch BAGE 91, 200 = AP Nr. 1 zu § 13 AÜG mit Anm. Urban). Umgekehrt war Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG aF grundsätzlich auch dann anwendbar, wenn eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, etwa ein Bundesland oder eine Kommune, ihren Arbeitnehmer einem Dritten, insbesondere einem anderen Dienstherren, unter Übertragung des Weisungsrechts nicht gewerbsmäßig überließ (vgl. Blanke Der Personalrat 1996, 49, 57 f.; ders. in Blanke/Trümner, Handbuch Privatisierung, 1998, Rdn. 924; Becker/Wulfgramm, Kommentar zum AÜG, 3. Aufl. [1985] Einleitung Rdn. 35; Düwell in Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht 1. Aufl. [1997]

Abschn. 4.5 Rdn. 420; so später auch BAG Urt. v. 28. Juni 2000 – 7 AZR 45/99, BB 2001, 98 f.; Raufuß, Der Gestellungsvertrag, Diss. 2000, S. 24 f.).

bb) Die gesetzliche Vermutung nach Art. 1 § 1 Abs. 2 Alt. 3 AÜG aF konnte zwar nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in Fällen nichtgewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung im Einzelfall widerlegt werden, wenn nach der gesamten Gestaltung und Durchführung der vertraglichen Beziehungen mittels einer wertenden Gesamtbetrachtung davon auszugehen war, daß der Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses auch noch nach Ablauf der nach Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG aF maßgeblichen Überlassungsfristen im Verhältnis zum überlassenden Arbeitgeber lag. Danach kam es insbesondere darauf an, ob die Überlassung nur „vorübergehend“ (vgl. § 12 BAT, § 17 BRRG, § 29 LBG NRW) erfolgt war. Nahm der überlassene Arbeitnehmer beim Entleiher Daueraufgaben wahr, die bei einer Direktanstellung des Arbeitnehmers eine Befristung des Arbeitsverhältnisses auf die Dauer der jeweiligen Überlassung sachlich nicht rechtfertigen könnten, so sprach dies jedoch regelmäßig für eine Schwerpunktverlagerung des Arbeitsverhältnisses (BAG NZA 1991, 269, 272, 273).

Eine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung war im Falle A. s danach eher unwahrscheinlich. Dies gilt zumindest für den Beschäftigungszeitraum ab Dezember 1992, der der anfänglich auf ein Jahr befristeten, dann auf zwei Jahre verlängerten unentgeltlichen Überlassung folgte und für den die Verträge vorsahen, daß A. entweder im Einvernehmen mit der Stadt S. zur Wiederaufnahme der Dienstgeschäfte bei der Stadt W. zurückgerufen, in ein Dienstverhältnis zur Stadt S. übertreten oder aber – wie geschehen – dieser unbefristet gegen Zahlung des oben genannten Er-

stattungsbetrags überlassen werden sollte. A. hatte weiterhin die planmäßige Stelle des Hauptamtleiters der Stadt S. inne, ohne daß in den folgenden drei Jahren seine Rückkehr nach W. im Raume stand. Dies wird auch daraus deutlich, daß die Stadt W. in der Folgezeit keine offene Stelle für den hochdotierten Verwaltungsjuristen freihielt und dieser im Jahr 1994 mit Wissen der beteiligten Dienststellen sein Haus in W. verkaufte und in S. ein eigenes Haus bezog. Der grundsätzlich beachtliche Umstand, daß die Stadt W. ihrem Angestellten A. besonderen Bestandsschutz (vgl. hierzu BAG aaO; Kokemoor NZA 2000, 1077, 1082) in der Form gewährte, daß sie ihm weiterhin ein höheres Gehalt zahlte, als er im Falle des Arbeitgeberwechsels beamtenrechtlich oder tariflich von der Stadt S. erhalten hätte, kam demgegenüber nur geringeres Gewicht zu, da die Stadt W. nach den vertraglichen Regelungen vom November 1990 für den Ausgleich des Differenzbetrages – auch hinsichtlich der Versorgungsbezüge – selbst dann aufkommen wollte, wenn A. vereinbarungsgemäß in den Dienst der Stadt S. übergetreten wäre.

cc) Zwar hat das Bundesarbeitsgericht im Jahr 1997 die Anwendung des Art. 1 § 1 Abs. 2, § 13 AÜG aF auf die nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in spezialgesetzlich geregelten Fällen der Verwaltungshilfe nach § 5 Abs. 5 AsylVerfG (BAGE 85, 234 = AP Nr. 23 zu AÜG § 1) oder im Rahmen der Zusammenarbeit von öffentlicher und freier Jugendhilfe nach dem SGB VIII (BAGE 86, 113 = AP Nr. 1 zu SGB VIII § 2) wieder eingeschränkt (zu Sonderregelungen im Öffentlichen Dienst s. Düwell aaO 2. Aufl. [2000] Abschn. 4.5 Rdn. 76a ff., 415, 420). Der erkennende Senat braucht hier jedoch nicht zu entscheiden, ob und gegebenenfalls inwieweit eine entsprechende Einschränkung aus den Regelungen über die personelle Aufbauhilfe für die Länder und Ge-

meinden im Beitrittsgebiet zur Bewältigung einer außergewöhnlichen Situation nach der deutschen Wiedervereinigung (vgl. Art. 15 des Einigungsvertrages; Ziffer 7 des Beschlusses der Ministerpräsidentenkonferenz am 28. Februar 1991 zur Verwaltungshilfe für die neuen Länder und deren Finanzierung, GVBl. NRW 1991, 239; § 18 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 des Gesetzes vom 18. Dezember 1991 zur Regelung der Zuweisungen des Landes Nordrhein-Westfalen an die Gemeinden und Gemeindeverbände und zur Regelung des interkommunalen Ausgleichs der finanziellen Beteiligung der Gemeinden am Solidarbeitrag zur Deutschen Einheit im Haushaltsjahr 1992, GVBl. NRW 1991, 577, 580; bzw. die entsprechenden Gesetze für die Haushaltsjahre 1993 [GVBl. NRW 1992, 561] und 1994 [GVBl. NRW 1993, 1006]) auch für die nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung im kommunalen Bereich (vgl. hierzu Hoesch DtZ 1992, 139, 140; Meyer-Hesemann VerwArch 82 [1991], 578, 583, 586 f.) gerechtfertigt gewesen wäre. Denn dem Angeklagten kann es jedenfalls nicht als Pflichtwidrigkeit angelastet werden, bei seiner Risikoabwägung im Jahr 1996 im Einklang mit der bis dahin ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Art. 1 § 1 AÜG (aF), nach der verwaltungs- oder haushaltsrechtliche Gesichtspunkte auf die arbeitsrechtliche Beurteilung keinen Einfluß haben sollten (BAG NZA 1995, 465, 466), von dem Bestehen eines arbeitsrechtlichen Verhältnisses zwischen A. und der Stadt S. ausgegangen zu sein, dessen Aufhebung grundsätzlich die Zahlung einer Abfindung rechtfertigte.

dd) Bei nicht zu widerlegender gesetzlicher Vermutung einer Arbeitsvermittlung nach Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG aF war Art. 1 § 13 AÜG aF anwendbar, der erst durch Art. 63 Arbeitsförderungs-Reformgesetz vom 24. März 1997 (BGBl I 594, 714 f.) mit Wirkung zum 1. April 1997 gestrichen wurde. Danach konnten die arbeitsrechtlichen Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber eines Arbeitsverhältnisses nicht durch Vereinbarung

eines Arbeitsverhältnisses nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden, wenn dieses Arbeitsverhältnis auf einer entgegen § 4 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) ausgeübten Arbeitsvermittlung beruhte. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAGE 29, 7, 12 f.; 91, 200, 204 = AP Nr. 1 zu § 13 AÜG m.w.N.) begründete Art. 1 § 13 in Verbindung mit Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG aF kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen dem überlassenen Arbeitnehmer und dem Entleiher – hier also zwischen A. und der Stadt S. . In diesem Fall mußte der Angeklagte daher damit rechnen, daß A. , der bereits angekündigt hatte, sich der Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses mit der Stadt S. im Wege eines Arbeitsgerichtsstreits zu widersetzen, in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht nur der Bestandsschutz aus einem unbefristeten Arbeitsverhältnis, sondern zudem ein Vergütungsanspruch gegen die Stadt S. , der der Besoldungsgruppe B 4 BBesG zuzüglich Nebenleistungen und Versorgung entsprach, zugesprochen würde. Denn der in Fällen vermuteter Arbeitsvermittlung entsprechend (vgl. BAG NZA 1989, 358, 359 f.; 1995, 465, 467; BAG Urt. v. 13. März 2003 – 3 AZR 160/02, AP Nr. 5 zu § 13 AÜG; Schüren AÜG 1. Aufl. [1994] § 13 Rdn. 39 f. m.w.N.) angewandte Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 5 AÜG aF bestimmte, daß der Leiharbeitnehmer gegen den Entleiher mindestens Anspruch auf das mit dem Verleiher vereinbarte Arbeitsentgelt hat. Aus dem gegebenenfalls nach § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG aF und § 4 AFG i. d. F. des BeschFG v. 26. April 1985 (BGBl I 710, 713) nichtigen Überlassungsvertrag (vgl. Düwell aaO [2. Aufl.] Rdn. 323; Schüren aaO Rdn. 118) vom 16. November 1990 hätte zudem die Stadt S. keinen Anspruch gegen die Stadt W. auf Freistellung von arbeitsrechtlichen Verbindlichkeiten gegenüber A. herleiten können.

c) Eine Pflichtverletzung kann schließlich auch nicht darin gesehen werden, daß sich der Angeklagte, der als Oberbürgermeister für Personalentscheidungen nach § 22 Abs. 5 Satz 2 KV M-V i.V.m. §§ 11 Abs. 4, 6 Abs. 5 der Hauptsatzung der Stadt S. vom 20. Dezember 1994 zuständig war (vgl. Gentner in Darsow/Gentner/Glaser/Meyer, Schweriner Kommentierung der KV M-V, 1. Aufl. [1995] § 22 Rdn. 24, 26) und insoweit einen Ermessensspielraum hatte, gegen eine Weiterbeschäftigung A. s entschied. Bedenken begegnet zwar die Erwägung des Landgerichts, das Ziel des Angeklagten, eine Trennung von A. möglichst zeitnah herbeizuführen, sei auch angesichts des „politisch dringende(n) Handlungsbedarf(s)“ nicht zu beanstanden. Jedoch ist der Umstand, daß der Angeklagte A. seit Herbst 1995 aus fachlichen und gesundheitlichen Gründen nicht mehr für geeignet hielt, die Situation als Hauptamtsleiter zu beherrschen, und sich diese Situation im Jahr 1996 sogar noch verschärfte, ein – gerade mit Blick auf seine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Stadt S. – rechtlich nicht zu beanstandender Grund, sich von dem Angestellten in dieser leitenden Position gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung alsbald zu trennen.

2. Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen begründet auch die Höhe der gewährten Abfindung nicht den Untreuetatbestand. Zwar dürfen nicht – auch nicht aus Gründen der Fürsorgepflicht - Zuwendungen an Bedienstete im öffentlichen Dienst bestehende gesetzliche Regelungen außer Acht lassen oder über gesetzlich festgelegte Ansprüche hinausgehen (vgl. BGH NJW 1991, 990, 991; vgl. auch LG Berlin wistra 1996, 72 zur unzulässigen Abfindungsvereinbarung mit gekündigten Arbeitnehmern; BayObLG JR 1989, 299 zur beamtenrechtswidrigen Urlaubsabgeltung zugunsten eines Bürgermeisters). Der Angeklagte war jedoch angesichts der hier sehr schwierigen, für die Stadt

S. mit erheblichen Risiken behafteten Rechtslage im Rahmen der vergleichweisen Einigung, die nicht nur den Aufhebungsvertrag vom 23. August 1996 mit A. , sondern vor allem auch die damit zeitlich und inhaltlich verknüpfte Übereinkunft mit dessen Vertragsarbeitgeberin, der Stadt W. , vom 23. Juli bzw. 4. September 1996 umfasste, weder gesetzlich noch tariflich gebunden, sondern bei seiner Ermessensentscheidung nur dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit unterworfen. Er durfte daher in diesem Zusammenhang berücksichtigen, daß bei Annahme eines Arbeitsverhältnisses zwischen A. und der Stadt S. diese möglicherweise in der Folgezeit verpflichtet gewesen wäre, an A. Bezüge zu zahlen, die diejenigen der Besoldungsgruppe B 4 BBesG entsprachen. Auch durfte der Angeklagte dem Umstand Rechnung tragen, daß nach der getroffenen Gesamtregelung die Stadt W. sämtliche mit der Versetzung A. s in den Ruhestand verbundenen Versorgungslasten übernahm und insoweit die Stadt S. von weiteren Zahlungspflichten befreite. Zudem wurde durch die Einigung eine ansonsten drohende Streitigkeit mit der Partnerstadt W. vermieden. In Anbetracht dieser Umstände ist die Höhe der gezahlten Abfindung, die sich im Bereich der Höchstgrenze des hier nicht bindenden § 10 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 KSchG bewegte, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, zumal auch die vom Angeklagten beim Kommunalen Arbeitgeberverband eingeholte Stellungnahme vom 5. September 1996 ergeben hatte, daß „eine Summe von 168.000 DM als Untergrenze einer üblichen Abfindung“ anzusehen sei.

Tepperwien

Kuckein

Athing

Solin-Stojanović

Ernemann