



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

4 StR 561/17

vom  
20. Juni 2018  
in der Strafsache  
gegen

- 1.
- 2.

wegen zu 1.: Untreue  
zu 2.: Beihilfe zur Untreue

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung der Beschwerdeführer am 20. Juni 2018 gemäß § 349 Abs. 2, § 154 Abs. 2 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten K. gegen das Urteil des Landgerichts Essen vom 8. Juni 2017 wird das Verfahren eingestellt, soweit der Angeklagte im Fall III. 6 der Urteilsgründe verurteilt worden ist; in diesem Umfang hat die Staatskasse die Kosten des Verfahrens und die dem Angeklagten entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.
2. Die weiter gehende Revision des Angeklagten K. und die Revision des Angeklagten H. werden als unbegründet verworfen.
3. Die Beschwerdeführer haben die Kosten ihrer Rechtsmittel zu tragen; der Angeklagte K., soweit nicht anderweit über sie entschieden worden ist.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten K. wegen Untreue in sechs Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren, den Angeklagten H. wegen Beihilfe zur Untreue (Fall III. 3 der Urteilsgründe) zu der Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt und die Vollstreckung der gegen ihn verhängten Strafe zur Bewährung ausgesetzt.

2           Gegen ihre Verurteilungen richten sich die auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revisionen der Angeklagten. Das Rechtsmittel des Angeklagten K. hat in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang geringfügigen Erfolg. Im Übrigen sind die Rechtsmittel unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

3           1. Aus verfahrensökonomischen Gründen stellt der Senat das Verfahren auf Antrag des Generalbundesanwalts gemäß § 154 Abs. 2 StPO ein, soweit der Angeklagte K. im Fall III. 6 der Urteilsgründe wegen Untreue aufgrund des Vorwurfs verurteilt worden ist, als Geschäftsführer der E. GmbH (fortan: E. GmbH) ein für die Betriebszwecke des Unternehmens nicht benötigtes Fahrzeug geleast zu haben. Der Wegfall der wegen dieser Tat verhängten Einzelstrafe von sechs Monaten lässt den Ausspruch über die Gesamtstrafe unberührt.

4           2. Im Übrigen weisen die Verurteilungen der Beschwerdeführer keinen durchgreifenden Rechtsfehler zu ihrem Nachteil auf.

5           a) Die Verfahrensbeanstandungen bleiben aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts ohne Erfolg.

6           b) Im Fall III. 2 der Urteilsgründe hat das Landgericht den Angeklagten K. zu Recht wegen Untreue durch aktives Tun verurteilt.

7           aa) Nach den Urteilsfeststellungen sah der Angeklagte bis zum Verjährungseintritt davon ab, einen bestehenden und durchsetzbaren Zahlungsanspruch der E. GmbH über 92.828,77 Euro gegen das Unternehmen des mit

ihm befreundeten, nicht revidierenden Angeklagten D. (die T. GmbH) durchzusetzen. Um sein Vorgehen betriebsintern zu verschleiern, reichte er am 20. Februar 2009 von D. beschaffte Scheinrechnungen über tatsächlich nicht erbrachte Mängelbeseitigungsarbeiten in die Buchhaltung der E. GmbH ein und zeichnete am selben Tag einen Vermerk ab, mit dem er die vermeintliche Berechtigung der Gegenansprüche der T. GmbH bestätigte.

- 8           bb) Den Schwerpunkt des vorwerfbaren Verhaltens des Angeklagten K. bildeten nach den Feststellungen das Verwenden der Scheinrechnungen und das Abzeichnen des Bestätigungsvermerks jeweils am 20. Februar 2009, auf deren Grundlage die berechtigte Forderung bei der E. GmbH ausgebucht und eine rechtzeitige Geltendmachung ihrer bestehenden Ansprüche gegen die T. GmbH durch die Mitarbeiter unterhalb der Geschäftsführungsebene verhindert wurde (vgl. BGH, Urteil vom 29. August 2007 – 5 StR 103/07, BGHR StGB § 266 Abs. 1 Pflichtwidrigkeit 4; Beschlüsse vom 16. Februar 1996 – 3 StR 185/94, BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 24; vom 13. September 2010 – 1 StR 220/09, BGHSt 55, 288, 303). Durch sein Vorgehen verletzte der Angeklagte K. vorsätzlich den in § 4 Ziffer (1) der Geschäftsordnung der E. GmbH aufgestellten Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, der es ihm untersagte, Scheinrechnungen zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2012 – VI ZR 341/10, BGHZ 194, 26, 32). Zugleich verstieß er gegen die ihm gemäß § 41 GmbHG obliegende Pflicht zu ordnungsgemäßer Buchhaltung, indem er seinen Entschluss, die berechtigte Forderung der von ihm geführten E. GmbH aus sachwidrigen Gründen nicht einziehen zu lassen, durch die Vorlage und Billigung der Scheinrechnungen verschleierte (vgl. BGH, Urteile vom 29. August 2008 – 2 StR 587/07, BGHSt 52, 323, 333 f.; vom 27. August 2010 – 2 StR 111/09, BGHSt 55, 266, 275 ff.; Beschluss vom 13. September 2010 – 1 StR 220/09, BGHSt 55, 288, 303).

9 c) Die Verurteilung der Beschwerdeführer im Fall III. 3 der Urteilsgründe wegen Untreue (Angeklagter K. ) bzw. Beihilfe zur Untreue (Angeklagter H. ) hat Bestand.

10 aa) Die Annahme des Landgerichts, die im September 2011 zu Gunsten des Angeklagten H. erfolgte Anhebung der Vergütungspauschale aus dem im Dezember 2010 mit der E. GmbH geschlossenen und bis Ende 2014 befristeten Beratervertrag über IT-Dienstleistungen von 960 Euro auf 1.500 Euro pro Tag habe allein auf einer Gefälligkeit des Angeklagten K. beruht, hält revisionsrechtlicher Nachprüfung stand. Insbesondere begegnet seine Würdigung, der Angeklagte H. habe die IT-Dienstleistungen bereits zu den Bedingungen des ursprünglichen Beratervertrags und damit zu dem geringer vereinbarten Entgelt erbringen müssen und hätte sie auch entsprechend erbracht, keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

11 Ohne Erfolg machen die Revisionen geltend, das Landgericht habe bei seiner Wertung das Recht zur jederzeitigen Kündigung beider Vertragsparteien gemäß § 627 BGB und die dadurch eröffnete Möglichkeit des Abschlusses eines neuen Vertrags rechtsfehlerhaft verkannt. Das Landgericht hat das Bestehen eines Kündigungsrechts nach § 627 Abs. 1 BGB vielmehr im Ergebnis zutreffend verneint.

12 Nach dieser Vorschrift ist die Kündigung eines Dienstverhältnisses auch ohne wichtigen Grund zulässig, wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete, ohne in einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen zu stehen, Dienste höherer Art zu leisten hat, die aufgrund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen. Zwar hatte der Angeklagte H. aufgrund des IT-Dienstleistungen betreffenden Beratervertrags Dienste höherer Art zu erbrin-

gen, die üblicherweise aufgrund besonderen Vertrauens übertragen werden (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 2010 – IX ZR 114/09, NJW 2010, 1520, 1521 [zu den einem Steuerberater bei der Dienstleistung eröffneten Einblicken]; Palandt/Weidenkaff, BGB, 77. Aufl., § 627 Rn. 2; Schneider/Witzel in Schneider, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl., N. Planung und Beratung bei IT-Projekten, Rn. 14 mwN). Er stand bei der E. GmbH aber in einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen, weshalb ein Kündigungsrecht nach § 627 BGB nicht bestand.

13 (1) Ein dauerndes Dienstverhältnis war durch den als Rahmenvertrag ausgestalteten Beratervertrag im Sinne eines Dauerschuldverhältnisses begründet (vgl. BGH, Urteile vom 23. Februar 1995 – IX ZR 29/94, NJW 1995, 1425, 1430; vom 11. Februar 2010 – IX ZR 114/09, NJW 2010, 1520, 1521; MüKo-BGB/Henssler, 7. Aufl., § 627 Rn. 15).

14 (2) Feste Bezüge im Sinne des § 627 Abs. 1 BGB sind von vornherein festgelegte Beträge, mit denen der Dienstverpflichtete als nicht unerheblichem Beitrag zur Sicherung seiner wirtschaftlichen Existenz rechnen und planen darf (BGH, Urteile vom 11. Februar 2010 – IX ZR 114/09, NJW 2010, 1520, 1521; vom 18. Februar 2016 – III ZR 126/15, NJW 2016, 1578, 1580 mwN). Ein variables Entgelt, das zwar im Ergebnis bestimmbar, jedoch von ungewissen außervertraglichen und schwankenden Voraussetzungen abhängt, steht festen Bezügen nicht gleich. Vielmehr ist die Garantie eines bestimmten Mindesteinkommens erforderlich (BGH, Urteile vom 13. Januar 1993 – VIII ZR 12/92, NJW-RR 1993, 505, 506; vom 13. November 2014 – III ZR 101/14, NJW-RR 2015, 686, 688 mwN; MüKo-BGB/Henssler, 7. Aufl., § 627 Rn. 18).

- 15           Eine solche nicht nur unerhebliche Mindestvergütung stand dem Angeklagten H.           nach den Feststellungen gegenüber der E. GmbH aufgrund des Beratervertrags zu. Zwar enthielt erst dessen Neufassung aus September 2011 die ausdrückliche Bestimmung, dass der Auftragnehmer wöchentlich drei Arbeitstage zu erbringen habe. Der Senat kann den Urteilsgründen, insbesondere der monatlichen Abrechnung, dem Umfang der tatsächlichen Dienstleistung nach Abschluss des ursprünglichen Beratervertrags sowie den seinem Abschluss zugrunde liegenden Erwägungen der Vertragsparteien jedoch entnehmen, dass der Angeklagte H.           auch nach dem Ursprungsvertrag mindestens einen Arbeitstag im Monat gegen eine Vergütung von 960 Euro zu erbringen hatte.
- 16           bb) Das Landgericht hat die Erhöhung der Vergütungspauschale durch den Angeklagten K.           als Geschäftsführer der E. GmbH zutreffend auch als Verletzung seiner Geschäftsführungspflichten im Sinne des § 266 StGB gewertet. Mit der Vertragsänderung zu Lasten des von ihm geführten Unternehmens verstieß er gegen den in § 4 Ziffer (1) der Geschäftsordnung aufgestellten Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sowie das Verbot der Gewährung unberechtigter Vorteile an Dritte im Sinne der Ziffer 3.4.2 des „Public Corporate Governance Kodex“.
- 17           (1) Zwar war es dem Angeklagten K.           nicht grundsätzlich untersagt, die bestehende Rechtsposition der von ihm vertretenen E. GmbH aufzugeben und die Vergütungspauschale zu deren Ungunsten zu erhöhen. Einen durch den Untreuetatbestand strafbewehrten Grundsatz, wonach Vergütungserhöhungen durch den Sparsamkeitsgrundsatz gehindert sind, wenn der Betreffende auch zu den ursprünglichen Bedingungen seine Leistungen zu erbringen hat, kennt das deutsche Recht nicht (BGH, Urteile vom 29. August 2007

– 5 StR 103/07, BGHR StGB § 266 Abs. 1 Pflichtwidrigkeit 4; vom 24. Mai 2016 – 4 StR 440/15, NStZ 2016, 600, 601). Vielmehr bildet das Sparsamkeitsgebot lediglich den äußeren Begrenzungsrahmen des dem Unternehmer bei seinen Entscheidungen eingeräumten weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraums. Eine pflichtwidrige Verletzung des Sparsamkeitsgebots liegt regelmäßig erst vor, wenn eine sachlich nicht gerechtfertigte und damit unangemessene Gegenleistung gewährt wird (BGH, Urteile vom 29. August 2007 – 5 StR 103/07, BGHR StGB § 266 Abs. 1 Pflichtwidrigkeit 4; vom 24. Mai 2016 – 4 StR 440/15, NStZ 2016, 600, 601). Innerhalb der danach bestimmten Grenzen hat sich die Entscheidung jedoch ausschließlich am Unternehmenswohl zu orientieren (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2005 – 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331, 336).

18           (2) Zwar überschritt der Angeklagte K. die Grenzen des ihm eingeräumten unternehmerischen Ermessens nicht schon mit Blick auf die Höhe der auf 1.500 Euro pro Tag heraufgesetzten Vergütungspauschale. Denn nach den Feststellungen hielt sich der vereinbarte Tagessatz, wenn auch am obersten Rand, noch innerhalb des Vergütungsrahmens für hochqualifizierte IT-Projektleiter und -Berater. Bei der erhöhten Vergütungspauschale handelte es sich jedoch deshalb um eine sachlich nicht gerechtfertigte und damit unangemessene Gegenleistung, weil ihr die offensichtlich ermessensfehlerhafte, nicht ausschließlich am Unternehmenswohl ausgerichtete EntschlieÙung des Angeklagten K. zugrunde lag, dem Wunsch des Angeklagten H. nach einer höheren Vergütung aus bloÙer Gefälligkeit und damit aus einer sachwidrigen Erwägung heraus zu entsprechen.

19           d) In den Tatkomplexen III. 4 der Urteilsgründe hat das Landgericht den Angeklagten K. rechtlich zutreffend jeweils wegen Untreue durch aktives Tun verurteilt. Nach den Urteilsfeststellungen stellte der Angeklagte K. der



Stadt E. über mehrere Jahre zwei von der E. GmbH angestellte und von ihr mit rund 194.000 bzw. 233.000 Euro entlohnte Mitarbeiter ohne Rechtsgrund und Gegenleistung als Fahrer für ehrenamtliche Bürgermeister zur Verfügung, weil er sich einen „guten Draht zur Stadtspitze“ erhoffte.

20 Den Schwerpunkt seines pflichtwidrigen Verhaltens im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB bildete das Abzeichnen der Abordnungsverfügungen im Oktober 2006 und im Februar 2010, aufgrund derer die Mitarbeiter der E. GmbH bei fortlaufenden Entgeltzahlungen durch die GmbH den Fahrdienst für die ehrenamtlichen Bürgermeister der Stadt E. übernahmen und damit Arbeitsleistungen ausführten, die wirtschaftlich nicht der E. GmbH zu Gute kamen (vgl. BGH, Beschluss vom 10. August 1999 – 5 StR 371/99, wistra 1999, 418).

21 e) Auch die Verurteilung des Angeklagten K. im Fall III. 5 der Urteilsgründe, wonach er dem freigestellten Betriebsratsvorsitzenden der E. GmbH ein höheres Arbeitsentgelt gewähren ließ, als es ihm entsprechend § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG zustand, begegnet keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Zwar vermögen Verstöße gegen das Betriebsverfassungsgesetz für sich genommen keine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB zu begründen, weil dessen Vorschriften lediglich dem Schutz des Betriebsrats und damit der Beschäftigten dienen und keinen vermögensschützenden Charakter haben (vgl. BGH, Beschluss vom 13. September 2010 – 1 StR 220/09, BGHSt 55, 288, 299 f.; Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., Teil 5, Kap. 2, Rn. 216; Nagel, Arbeitnehmervvertretung und Strafrecht, 2016, S. 125 f.; Byers, NZA 2014, 65, 69; Bayreuther, NZA 2014, 235, 237). Indes war es dem Angeklagten sowohl gemäß § 4 Ziffer (1) der Geschäftsordnung der E. GmbH als auch nach Ziffer 3.4.2 des „Public Corporate Governance Kodex“ untersagt, dem Betriebsratsvorsitzenden Zahlungen zu

gewähren, die er nach den Vorgaben des Betriebsverfassungsgesetzes nicht beanspruchen konnte (vgl. BGH, Urteil vom 17. September 2009 – 5 StR 521/08, BGHSt 54, 148, 158 f.; Beschluss vom 13. September 2010 – 1 StR 220/09, BGHSt 55, 288, 303). Die Erwägung des Angeklagten, dem Betriebsratsvorsitzenden mit den Zahlungen einen Anreiz zu bieten, die übrigen Betriebsräte „unter der Decke“ zu halten, stellt keinen beachtlichen Belang des Unternehmenswohls dar (vgl. BGH, Urteil vom 17. September 2009 – 5 StR 521/08, BGHSt 54, 148, 159).

Sost-Scheible

Roggenbuck

Franke

Quentin

Feilcke