

Dr. Clemens Latzel und Dr. Daniel Dommermuth-Alhäuser,
München*

Zu gute Arbeitsbedingungen als Untreue

Kann die Gewährung zu guter Arbeitsbedingungen Untreue i.S.d. § 266 StGB sein? Die Strafgerichte erachten zu hohe Vergütungen im öffentlichen Dienst, insbesondere zu hohe Eingruppierungen und Einstufungen wegen des öffentlich-rechtlichen Sparsamkeitsprinzips als Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht. Setzen TVöD und TV-L deshalb generell Höchsttarifbedingungen? Zwingt bei privatwirtschaftlichen Kapitalgesellschaften die Pflicht zur Wahrung des Gesellschaftsvermögens zumindest zu tarifnahen Arbeitsbedingungen?

- I. Arbeitsmarktwettbewerb im öffentlichen Dienst unter Sparzwang
 1. Ausgangsfall: Erfahrungsstufe 5 als Dankeschön
 2. Sparsamkeitsprinzip im öffentlichen Sektor
 3. Sparsamkeit bei Arbeitsbedingungen
- II. Arbeitsmarktwettbewerb in der Privatwirtschaft unter Verschwendungsvorbehalt
 1. Verschwendungsverbot als Rationalitätsgebot
 2. Vermögensverschwendung durch zu gute Arbeitsbedingungen
- III. Sparsamkeitsverstoß oder Vermögensverschwendung als Untreue
 1. Objektiver Tatbestand: mehr als bloße Pflichtverletzung
 2. Schwelle zur Strafbarkeit unwirtschaftlicher Maßnahmen
 3. Zufügung eines Vermögensnachteils
- IV. Zusammenfassung

I. Arbeitsmarktwettbewerb im öffentlichen Dienst unter Sparzwang

Öffentliche Arbeitgeber konkurrieren untereinander sowie mit privaten Arbeitgebern um qualifizierte Arbeitskräfte. Allerdings kann der Wettbewerb im öffentlichen Sektor wegen des dort geltenden Sparsamkeitsprinzips nur sehr eingeschränkt über die Arbeitsbedingungen ausgetragen werden. In der Privatwirtschaft bestehen insoweit bedeutend größere Spielräume (dazu unten II.).

1. Ausgangsfall: Erfahrungsstufe 5 als Dankeschön

Der frischgewählte Oberbürgermeister (OB) der Stadt Halle (Saale) stellte am Tage seines Dienstantritts eine Büroleiterin sowie zwei Referenten befristet auf seine Amtszeit ein und sicherte ihnen einzelvertraglich jeweils eine Vergütung nach der Erfahrungsstufe 5 zu. Die Staatsanwaltschaft hielt das für Untreue i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB zulasten des Stadthaushalts, weil die Einstufung in eine so hohe Erfahrungsstufe für keinen der drei Mitarbeiter sachlich gerechtfertigt sei.

Das LG Halle (Saale) sprach den OB frei, weil ihm eine Verletzung seiner Vermögensbetreuungspflicht nicht nachzuweisen sei¹. Der OB habe zwar ohne förmliche Ausschreibung die Stellen mit „ihm genehmen Personen“ besetzt und sich bei deren Einstufung jedenfalls auch von sachfremden Erwägungen (u.a. Belohnung für Wahlkampfhilfe) leiten lassen². Allerdings sei ihre Einstufung in Erfahrungsstufe 5 – obwohl sie auch mit Erfahrungsstufe 4 einverstanden gewesen wären und Neueingestellte bei der Stadt üblicherweise nicht höher als in Erfahrungsstufe 3 eingestuft werden³ – durch das gemäß § 16 Abs. 2 Satz 3 TVöD eingeräumte Ermessen gerechtfertigt⁴. Jedenfalls wurde die Vermögensbetreuungspflicht nicht hinreichend gravierend verletzt⁵. Der BGH sah hingegen weder den Anwendungsbereich der Ermessensvorschrift eröffnet, noch das Ermessen korrekt ausgeübt und hielt deswegen die Einstufung für unangemessen, hat den Freispruch samt Feststellungen aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung an das LG Magdeburg verwiesen⁶.

2. Sparsamkeitsprinzip im öffentlichen Sektor

Der Wettbewerb um gute Arbeitsbedingungen ist im öffentlichen Dienst durch das Sparsamkeitsprinzip, einem Aspekt des Wirtschaftlichkeitsprinzips⁷, stark eingeschränkt.

a) Sparsamkeit als Auslegungsmaxime

Im gesamten öffentlichen Sektor in Deutschland ist die Haushaltswirtschaft sparsam und wirtschaftlich zu führen⁸, d.h. alle Träger hoheitlicher Gewalt müssen – unabhängig von der Grundlage ihres Tätigwerdens – sowohl bei der Aufstellung der Haushaltspläne als auch ihrer Ausführung die staatlichen Ziele mit möglichst geringem Mitteleinsatz erreichen (Minimalprinzip) und mit den verfügbaren Mitteln das bestmögliche Ergebnis erzielen (Maximalprinzip)⁹. Kurz: Die öffentlichen Ressourcen (Steuergelder) sollen optimal genutzt werden¹⁰ und der Staat darf nichts verschenken¹¹. Das Wirtschaftlichkeitsprinzip ist ein Auslegungsgrundsatz, der bei Ermessens- wie Beurteilungsspielräumen berücksichtigt werden muss.

b) Konkretisierte Sparsamkeit

Um den „Vertretbarkeitsspielraum zwischen Verschwendung und Kleinlichkeit“¹² abzustechen, ist der Ertrag staatlicher Ausgaben gemeinwohlbezogen, d.h. in Relation zu den staatlichen Zielen, zu ermitteln¹³. Nur wann ist die Relation defizitär, d.h. eine Ausgabe unwirtschaftlich? Dafür werden wenig hilfreiche Generalklauseln wie Notwendigkeit¹⁴, Vertretbarkeit¹⁵, Brauchbarkeit¹⁶ oder Angemessenheit (dazu sogleich) angeführt. Nur partiell helfen der Verwaltung konkrete Wirtschaftsregeln (etwa bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die §§ 97 ff. GWB). Generell unwirtschaftlich ist nur das Überschreiten des eigenen Aufgabenkreises, wozu vor allem der missbräuchliche (absichtsvoll verdeckte) Einsatz staatlicher Mittel für aufgabenfremde Zwecke zählt¹⁷.

3. Sparsamkeit bei Arbeitsbedingungen

Können zu gute Arbeitsbedingungen (vor allem übertarifliche Leistungen, zu hohe Eingruppierungen und Einstufungen) gegen das Sparsamkeitsprinzip verstoßen? Die Gerichte sehen das Sparsamkeitsprinzip verletzt, wenn unangemessen gute Arbeitsbedingungen gewährt werden; als unangemessen soll gel-

* Der Autor Dommermuth-Alhäuser war bis Oktober 2016 Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft München I und ist nunmehr Rechtsanwalt bei Noerr LLP; der Autor Latzel ist Habilitand am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

1) LG Halle (Saale) v. 9.2.2015 – 2 KLs 901 Js 14285/13 (3/14), n.v.
 2) LG Halle (Saale) v. 9.2.2015 – 2 KLs 901 Js 14285/13 (3/14), n.v. (III.1.b.dd., S. 19 f., III.2.a.dd., S. 39).
 3) LG Halle (Saale) v. 9.2.2015 – 2 KLs 901 Js 14285/13 (3/14), n.v. (III.1.b.cc-ee., S. 19 ff.).
 4) LG Halle (Saale) v. 9.2.2015 – 2 KLs 901 Js 14285/13 (3/14), n.v. (III.1.b.aa., S. 17).
 5) LG Halle (Saale) v. 9.2.2015 – 2 KLs 901 Js 14285/13 (3/14), n.v. (IV.1., S. 58 ff.).
 6) BGH v. 24.5.2016 – 4 StR 440/15, wistra 2016, 311.
 7) Von Lewinski/Burbar, BHO, 2013, § 7 Rn. 9.
 8) § 6 Abs. 1 HGrG, § 7 Abs. 1 Satz 1 BHO, § 98 Abs. 2 KVG-LSA, Art. 7 Abs. 1 BayHO etc.; vgl. Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG, § 69 Abs. 2 SGB IV.
 9) BGH v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, ZIP 2016, 966, Rn. 82; Krell, Untreue durch Stellenbesetzungen, 2015, S. 69; von Lewinski/Burbar (Fn. 7), § 7 Rn. 5 ff.; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, § 7 Rn. 34.
 10) von Lewinski/Burbar (Fn. 7), § 7 Rn. 3.
 11) BGH v. 24.5.2016 – 4 StR 440/15, wistra 2016, 311, Rn. 11.
 12) P. Kirchhof, NVwZ 1983, 505, 515.
 13) Merten, Zum Selbstverwaltungsrecht Kassenärztlicher Vereinigungen, 1995, S. 31.
 14) Krell (Fn. 9), S. 69.
 15) Merten (Fn. 13), S. 36, 42.
 16) Luhmann, VerwArch 1960, 97, 105 ff.
 17) Merten (Fn. 13), S. 40 ff.

ten, was sachlich nicht gerechtfertigt ist¹⁸. Durch diesen Eingrenzungsversuch ist freilich wenig gewonnen. Konkretisiert wird die Angemessenheit von Arbeitsbedingungen vor allem durch Tarifverträge.

a) Tarifbindung und Günstigkeitsprinzip

An sich stehen die im öffentlichen Sektor weit verbreiteten Tarifbindungen, insbesondere an TVöD und TV-L, einem Wettbewerb um die besten Arbeitsbedingungen nicht entgegen, denn Tarifverträge gewähren generell nur Mindestarbeitsbedingungen. Gem. § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG sind vom Tarifvertrag abweichende Vereinbarungen zulässig, wenn sie *zugunsten* der Arbeitnehmer gehen. Das Günstigkeitsprinzip ist seinerseits tariffest, d.h. durch Tarifvertrag können keine Vorgaben zu übertariflichen Arbeitsbedingungen gemacht werden¹⁹. Indem über den Tarif hinausgehende Arbeitsbedingungen (auch zu hohe Eingruppierungen und Einstufungen) stets möglich bleiben, können auch tarifgebundene Arbeitgeber am Leistungswettbewerb um qualifizierte Arbeitskräfte teilnehmen, was die Kartellwirkung des Tarifvertrags begrenzt²⁰.

b) Partielles Günstigkeitsprinzip im öffentlichen Dienst

Allerdings verdrängt das Sparsamkeitsprinzip bei der Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen im öffentlichen Dienst weitgehend das Günstigkeitsprinzip. Das ergibt sich nicht unmittelbar aus § 51 BHO, § 28 Abs. 2 HGrG und entsprechenden Vorschriften der Länder, wonach Personalausgaben, die nicht auf Gesetz oder Tarifvertrag beruhen, nur getätigt werden dürfen, wenn dafür Ausgabemittel besonders zur Verfügung gestellt sind. Ein Gesetz, das zu Personalausgaben legitimiert, ist nämlich auch das Haushaltsgesetz, nur sagt die Ausweisung eines Personaletats samt Planstellen im Haushaltsplan nichts über dessen Nutzung aus. Der öffentliche Arbeitgeber muss nicht die vom Haushaltsgesetzgeber zur Verfügung gestellten Planstellen in Anspruch nehmen²¹, sondern kann die verfügbaren Mittel in den Grenzen des Rechts (insbesondere des Sparsamkeitsprinzips) anderweitig für Personal ausgeben. Tarifverträge sind im öffentlichen Dienst nur deshalb faktisch Höchstarbeitsbedingungen²², weil sie als Maßstab dafür gelten, welche Arbeitsbedingungen angemessen sind und damit dem Sparsamkeitsprinzip entsprechen²³.

Die Tarifparteien im öffentlichen Dienst sollen faktisch Höchstarbeitsbedingungen setzen dürfen, weil das Günstigkeitsprinzip nicht verfassungsrechtlich garantiert sei und es im öffentlichen Interesse liege, dass nicht nur finanzstarke öffentliche Arbeitgeber an qualifizierte Arbeitskräfte gelangen („gleichmäßige personalpolitische Stabilität“). Das hat das BVerwG 1964 entschieden²⁴. Ob das heute noch gerechtfertigt ist, kann bezweifelt werden, denn längst konkurriert der Staat mit der Privatwirtschaft oftmals um die gleichen Arbeitskräfte, weshalb tarifvertragliche Höchstarbeitsbedingungen eher für gleichmäßigen Fachkräftemangel im öffentlichen Sektor als für gleichmäßige Personalstabilität sorgen. Das haben auch die Tarifparteien erkannt und das Günstigkeitsprinzip durch einige Tariföffnungsklauseln (wie durch § 16 Abs. 2 Satz 3 TVöD für die Einstufung neu eingestellter Arbeitnehmer, dazu unten I.3.c)bb)) partiell reaktiviert.

c) Tarifanwendung nach Sparsamkeit

aa) Sparsamkeit als ermessensleitende Maxime

Wenn ein Tarifvertrag den Arbeitgebern erlaubte, *beliebige* Löhne zu zahlen, wären öffentliche Arbeitgeber trotz § 51 BHO, § 28 Abs. 2 HGrG und den entsprechenden Vorschriften der Länder nicht zu beliebiger Lohnfestsetzung legitimiert. Jede Rechts- und Tarifvertragsnorm, die öffentlichen Arbeitgebern Beurteilungs- oder Ermessensspielräume einräumt, ist von ihnen getreu dem Sparsamkeitsprinzip anzuwen-

den und nur der Vollzug *zwingender* (Tarif-)Vorgaben gilt *per se* als sparsam²⁵.

Das gilt nicht nur im Innenverhältnis, sondern darf auch auf das Außenverhältnis zu den Arbeitnehmern durchschlagen. Selbst wenn eine Tarifklausel dem Arbeitgeber Ermessen einräumt, das nicht frei²⁶, sondern – wie im Regelfall²⁷ – *billig* i.S.d § 315 BGB auszuüben ist²⁸, und der Arbeitgeber folglich die wesentlichen Umstände des Einzelfalls und die beiderseitigen Interessen berücksichtigen muss²⁹, darf er dabei arbeitsrechtlich (und *miss* haushaltsrechtlich) das Sparsamkeitsprinzip berücksichtigen. Arbeitgeber dürfen zwar prinzipiell keine ermessensleitenden oder gar -ausschließenden Vorentscheidungen treffen³⁰, doch können Maßgaben, die Arbeitgeber generell (gleich auf welcher Rechtsgrundlage) binden, auch bei Entscheidungen nach billigem Ermessen berücksichtigt werden, was bei öffentlichen Arbeitgebern die Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze umfasst³¹.

Öffentliche Arbeitgeber dürfen deshalb aus arbeitsrechtlicher Sicht bei der Ausübung tarifvertraglichen Ermessens auch das haushaltsrechtliche Sparsamkeitsprinzip und sonstige Haushaltsbeschränkungen berücksichtigen³², selbst wenn die konkrete Ermessensvorschrift nicht ausdrücklich unter Finanzierungsverbote steht³³. Der Sparsamkeitsgrundsatz darf öffentliche Arbeitgeber nur nicht *per se* zur sparsamsten Ermessensausübung zwingen, sondern muss Einzelfallabwägungen möglich lassen³⁴.

bb) Zum Ausgangsfall: sparsame Einstufung bei Neueinstellungen

Wie der Ausgangsfall zeigt, ist der „sparsame“ Gebrauch tarifvertraglicher Öffnungsklauseln mitunter komplex: Der OB hatte die hohen Einstufungen der drei neuen Angestellten mit § 16 Abs. 2 Satz 3 TVöD gerechtfertigt. Nach dieser Norm können bei „Neueinstellungen zur Deckung des Personalbedarfs“ – unabhängig von den allgemeinen Einstufungsregeln³⁵ – Zeiten einer vorherigen beruflichen Tätigkeit ganz oder teilweise für die Zuordnung zu den Erfahrungsstufen berücksich-

18) BGH v. 29.8.2007 – 5 StR 103/07, NStZ 2008, 87, Rn. 13 – Flutkoordinator; BGH v. 24.5.2016 – 4 StR 440/15, wistra 2016, 311, Rn. 12.

19) BAG v. 26.8.2009 – 4 AZR 294/08, NZA-RR 2010, 305, Rn. 49; Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 4 Rn. 494 ff.

20) Löwisch/Rieble (Fn. 19), § 4 Rn. 478.

21) BVerwG v. 25.9.2014 – 2 C 16/13, NVwZ-RR 2015, 138, Rn. 15 – zu § 46 BBesG.

22) Löwisch/Rieble (Fn. 19), § 1 Rn. 671.

23) BayVG v. 26.6.1991 – 3 B 90.2689, NVwZ-RR 1992, 91 f.: Durch tarifliche Vergütung tragen öffentliche Arbeitgeber „ihrer gesetzlichen Verpflichtung Rechnung, ihre Haushaltswirtschaft sparsam und wirtschaftlich zu planen und zu führen“ – zu Art. 43 Abs. 4 BayGO.

24) BVerwG v. 13.3.1964 – VII C 87/60, NJW 1964, 1537, 1539; ähnlich BayVG v. 26.6.1991 – 3 B 90.2689, NVwZ-RR 1992, 91, 92: „Ausdruck der Einheitlichkeit der Besoldung bzw. Vergütung im öffentlichen Dienst“.

25) Das Sparsamkeitsprinzip verlangt also keinen Rechts- oder Tarifvertragsbruch.

26) Selbst dann gelten die allgemeinen Schranken der Rechtsausübung und der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, BAG v. 13.11.2013 – 10 AZR 848/12, NZA 2014, 368, Rn. 38.

27) BAG v. 31.7.2014 – 6 AZR 822/12, ZTR 2015, 16, Rn. 12.

28) Der Arbeitnehmer hat gegen den Arbeitgeber einen Anspruch darauf, dass dieser eine Ermessensentscheidung trifft, Staudinger-Rieble, 2015, § 315 BGB, Rn. 89 ff.

29) BAG v. 17.8.2010 – 9 AZR 401/09, NZA 2011, 161, Rn. 39; BAG v. 31.7.2014 – 6 AZR 822/12, ZTR 2015, 16, Rn. 19.

30) BAG v. 17.8.2010 – 9 AZR 401/09, NZA 2011, 161, Rn. 39.

31) BAG v. 31.7.2014 – 6 AZR 822/12, ZTR 2015, 16, Rn. 30.

32) BAG v. 5.6.2014 – 6 AZR 1008/12, ZTR 2014, 530, Rn. 20; BGH v. 24.5.2016 – 4 StR 440/15, wistra 2016, 311, Rn. 13.

33) BAG v. 13.12.2001 – 8 AZR 94/01, NJOZ 2003, 1524, 1529; BAG v. 31.7.2014 – 6 AZR 822/12, ZTR 2015, 16, Rn. 34.

34) Vgl. BAG v. 17.8.2010 – 9 AZR 401/09, NZA 2011, 161, Rn. 40.

35) Nach § 16 Abs. 2 Sätze 1, 2 TVöD dürfen Neueinstufungen max. bis Stufe 3 erfolgen.

tigt werden, wenn die vorherige Tätigkeit für die vorgesehene Beschäftigung förderlich war. Dadurch soll es öffentlichen Arbeitgebern leichter gemacht werden, bei Personalgewinnungsschwierigkeiten im Wettbewerb mit der Privatwirtschaft um Fachkräfte nicht den Anschluss zu verlieren („marktgerechte Flexibilität“³⁶). Die Norm hat es freilich in sich:

- Tatbestand: Ob Personalgewinnungsbedarf i.S.d. § 16 Abs. 2 Satz 3 TVöD besteht, liegt zwar primär im Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers, den das LG Halle „weit“ gezogen hat³⁷. Das BAG ist hingegen deutlich restriktiver, weil eine freie Beurteilung des Personalgewinnungsbedarfs „abgesehen von haushaltsrechtlichen Beschränkungen“ das Tor zum Günstigkeitsprinzip aufstößt³⁸. Wie schon vom BVerwG 1964 proklamiert³⁹ soll im öffentlichen Dienst aber nicht um die besten Arbeitsbedingungen konkurriert werden, sondern durch gleichförmige Tarifanwendung die „Objektivierung und Vereinheitlichung der Arbeitgeberpraxis“ erreicht werden⁴⁰. Deswegen müssen öffentliche Arbeitgeber *objektiv feststellbare* Schwierigkeiten bei der Besetzung einer Stelle haben, um bei der Einstufung Vorbeschäftigten berücksichtigen zu dürfen⁴¹. Das wird etwa für „Mangelfächer“ im Schuldienst angenommen⁴² oder wenn eine Fachkraft die Stelle nicht unter einer bestimmten Erfahrungsstufe antreten will⁴³. Im Ausgangsfall hat der BGH keinen qualifizierten Personalgewinnungsbedarf erkennen können⁴⁴.
- Rechtsfolge: Wenn objektiv Personalgewinnungsbedarf besteht und die Vorbeschäftigung des einzustellenden Arbeitnehmers für seine Tätigkeit objektiv förderlich ist⁴⁵, kann er höher als Erfahrungsstufe 3 eingestuft werden. Bei dieser Ermessensentscheidung gilt zwar auch das Sparsamkeitsprinzip, doch ist hierbei eine unwirtschaftliche, da unangemessen starke, Berücksichtigung von Vorkenntnissen kaum möglich, solange die Entscheidung nicht offensichtlich auf sachfremden Motiven beruht. Das LG sah sich im Ausgangsfall deshalb auch nur in der Lage, die Einstufungen darauf zu prüfen, „ob die angegebenen Gründe der tatsächlichen Einschätzung seitens des Angeklagten entsprachen und nicht etwa nur vorgeschoben waren, um eine in Wahrheit allein oder maßgeblich aus anderen Beweggründen beruhende Entscheidung zu rechtfertigen“⁴⁶. Das konnte das LG nicht mit einer für die Verurteilung ausreichenden Sicherheit feststellen, weil es sich *nicht* um offensichtlich ungeeignete Personen handelte, die „in Folge der Ämterpatronage in gut besoldete Arbeitsverhältnisse verbracht werden sollten“⁴⁷.

d) Sparsamkeit bei übertariflichen und tariffreien Arbeitsbedingungen

Soweit Arbeitsbedingungen im öffentlichen Dienst zwingenden tarifvertraglichen Vorgaben entsprechen, steht nicht zu befürchten, dass sie zu gut sind (§ 51 BHO, § 26 Abs. 2 HGRG *e contrario*). Aber sind im Umkehrschluss übertarifliche Arbeitsbedingungen (einschließlich zu hoher Einstufungen und Eingruppierungen) haushaltsrechtlich unzulässig? Und welche Arbeitsbedingungen sind im tariffreien Bereich angemessen?

aa) Kein Kleinlichkeitsgebot

Öffentliche Arbeitgeber ohne Tarifbindung sind nicht auf die Minimalarbeitsbedingungen festgelegt, wie sie § 138 Abs. 2 BGB, das MiLoG oder allgemeinverbindliche Tarifverträge vorgeben. Wer besondere Arbeitskräfte sucht, darf ihnen besondere Arbeitsbedingungen gewähren und wer überdurchschnittliche Leistungen erwartet, darf überdurchschnittlich entlohnen⁴⁸. Bei ungünstigen Verhältnissen am Arbeitsmarkt, Sonderbedürfnissen in Ballungsgebieten oder Fachkräftemangel dürfen geeignete Angestellte durch höhere Vergütung, mehr Urlaub oder andere Vergünstigungen gewonnen werden⁴⁹.

Auch soweit öffentliche Arbeitgeber tarifgebunden sind, dürfen sie selbst von zwingenden Tarifvorgaben partiell zugunsten der Arbeitnehmer abweichen. Trotz des Sparsamkeitsprinzips kann „im Einzelfall ausnahmsweise eine übertarifliche Entlohnung angemessen“ sein, wenn eine zur Erfüllung staatlicher Aufgaben notwendige Stelle „bei nur tarifgerechter Entlohnung nicht besetzt werden kann“ und wenn dadurch die Erfüllung dieser Aufgabe bei Ausschöpfung aller sonstigen Maßnahmen nicht gewährleistet ist⁵⁰. Der Einsatz tariflich bezahlter Arbeitskräfte mag zwar finanziell günstiger sein, aber die staatlichen Ziele verfehlen (nämlich bei Mangel an fachlich geeigneten „tarifgenügsamen“ Arbeitnehmern) und deshalb unwirtschaftlich sein⁵¹.

Auch die Straferichte konzidieren, dass der Sparsamkeitsgrundsatz keine Kostensenkung um jeden Preis verlangt⁵². So ist die Erhöhung einer Vergütung nicht schon deshalb unwirtschaftlich, weil der Betreffende auch zu den ursprünglichen Bedingungen seine Leistung erbracht hätte⁵³. Vielmehr können im Interesse einer „effektiven und qualitativ befriedigenden“ Aufgabenerfüllung bei der Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen auch im öffentlichen Dienst „Mitarbeiterzufriedenheit, Motivation, Verantwortungsbewusstsein, Fortbildungsbereitschaft oder innerbetriebliche Harmonie“ berücksichtigt werden⁵⁴. Eine nicht näher präzierte Grenze existiert freilich, denn die öffentliche Hand darf nach Meinung des BAG etwa keine (Alters-)Versorgungsleistungen „in beliebiger Höhe“ versprechen⁵⁵, „die außerhalb des Angemessenen stehen und dem Gebot sparsamen und wirtschaftlichen Handelns zuwiderlaufen“⁵⁶.

bb) (Un-)Angemessene Rechtsunsicherheit

Mit der Umformulierung der Sparsamkeit zur Angemessenheit betrachtet die Rechtsprechung ihre Arbeit als erledigt⁵⁷. Über jeder *Ex-ante*-Beurteilung der wirtschaftlichen Angemessenheit hängt somit das Damokles-Schwert der abweichenden *Ex-post*-Beurteilung durch die Richter, insbesondere durch Strafrichter: Wer Beschäftigten im öffentlichen Dienst eine „sachlich nicht gerechtfertigte, unangemessene Vergütung“ ge-

36) BAG v. 5.6.2014 – 6 AZR 1008/12, ZTR 2014, 530, Rn. 19 – zum gleichlautenden § 16 Abs. 2 Satz 4 TV-L.

37) LG Halle (Saale) v. 9.2.2015 – 2 KLs 901 Js 14285/13 (3/14), n.v. (IV.2., S. 61).

38) BAG v. 5.6.2014 – 6 AZR 1008/12, ZTR 2014, 530, Rn. 19.

39) BVerwG v. 13.3.1964 – VII C 87/60, NJW 1964, 1537, 1539; ähnlich BayVG v. 26.6.1991 – 3 B 90.2689, NVwZ-RR 1992, 91, 92.

40) BAG v. 5.6.2014 – 6 AZR 1008/12, ZTR 2014, 530, Rn. 19.

41) BAG v. 26.6.2008 – 6 AZR 498/07, ZTR 2008, 547, Rn. 29.

42) BAG v. 26.6.2008 – 6 AZR 498/07, ZTR 2008, 547, Rn. 28.

43) LAG Baden-Württemberg v. 21.3.2011 – 22 Sa 76/10, ZTR 2011, 426, 427.

44) BGH v. 24.5.2016 – 4 StR 440/15, wistra 2016, 311, Rn. 18 f.

45) Dazu BAG v. 5.6.2014 – 6 AZR 1008/12, ZTR 2014, 530, Rn. 30 f.

46) LG Halle (Saale) v. 9.2.2015 – 2 KLs 901 Js 14285/13 (3/14), n.v. (III.2.c.aa., S. 42).

47) LG Halle (Saale) v. 9.2.2015 – 2 KLs 901 Js 14285/13 (3/14), n.v. (III.2.c.bb., S. 46).

48) Merten (Fn. 13), S. 42 f.

49) Merten (Fn. 13), S. 52.

50) BayVG v. 26.6.1991 – 3 B 90.2689, NVwZ-RR 1992, 91, 92.

51) Vgl. Merten (Fn. 13), S. 32.

52) BGH v. 29.8.2007 – 5 StR 103/07, NStZ 2008, 87, Rn. 11 – Flutkoordinator.

53) BGH v. 29.8.2007 – 5 StR 103/07, NStZ 2008, 87, Rn. 13 – Flutkoordinator; BGH v. 24.5.2016 – 4 StR 440/15, wistra 2016, 311, Rn. 12.

54) BGH v. 29.8.2007 – 5 StR 103/07, NStZ 2008, 87, Rn. 13 – Flutkoordinator.

55) BAG v. 13.1.2015 – 3 AZR 897/12, NZA 2015, 1192, Rn. 46.

56) BAG v. 3.9.1991 – 3 AZR 369/90, NZA 1992, 515, 518.

57) Anders etwa im Vergaberecht, wo die Gerichte z.B. den Ausschluss „ungewöhnlich niedriger“ Angebote mit 10–20 % Preisabstand zum nächsthöheren Angebot konkretisieren, OLG Düsseldorf v. 31.10.2012 – VII-Verg 17/12, NZBau 2013, 333, 336.

währt, verwirklicht prinzipiell den Tatbestand der Untreue⁵⁸ (dazu unten III.). Die Rechtsunsicherheit stärkt das Vorsichtsprinzip, benachteiligt die öffentlichen Arbeitgeber im Wettbewerb um geeignete Fachkräfte und kann letztlich sogar die wirtschaftliche Erfüllung hoheitlicher Aufgaben behindern.

Um die Grenzen der Angemessenheit praktikabel zu gestalten, bietet es sich an, im tariffreien Bereich eine prozentuale Abweichung vom Marktüblichen als Indikator für Unangemessenheit zu setzen, bei dessen Überschreitung sich der Entscheidungsträger rechtfertigen muss. Da das Sparsamkeitsprinzip Steuergelder schonen soll, ist die Grenze hier deutlich niedriger anzusetzen als beim gesellschaftsrechtlichen Verschwendungsverbot (dazu unten II.2.a)aa): Mehr als 30% Marktpreisüberschreitung, d.h. mehr als 130% des Marktüblichen, sollten der öffentlichen Hand als rechtfertigungsfreier Spielraum bei der tariffreien Festlegung von Arbeitsbedingungen nicht bleiben. Darüberhinausgehende Ausgaben verstoßen gegen das Sparsamkeitsprinzip (und begründen den Anfangsverdacht der Untreue), sofern sie nicht durch einen von der Rechtsprechung akzeptierten Sachgrund (dazu soeben I.3.d) aa)) gerechtfertigt sind. Wie Marktüblichkeit ermittelt wird, zeigt die Praxis zu § 138 Abs. 2 BGB⁵⁹.

Im tarifgebundenen Bereich können übertarifliche Zulagen (auch zu hohe Eingruppierungen und Einstufungen) indes nur gewährt werden, wenn kein geeigneter Arbeitnehmer die Stelle zum Tariflohn antreten will und ohne die Besetzung der Stelle die Erfüllung staatlicher Aufgaben – trotz Ausschöpfung aller sonstigen Maßnahmen – nicht gewährleistet ist⁶⁰. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, bietet es sich auch hier an, bis zu 30% Tariflohnüberschreitung noch als angemessen anzusehen. Darüberhinausgehende Vergütungen werden nur bei äußerst ausgeprägten Schwierigkeiten bei der Personalgewinnung angemessen sein (und offenbaren marktferme Tarifpolitik).

II. Arbeitsmarktwettbewerb in der Privatwirtschaft unter Verschwendungsvorbehalt

In der Privatwirtschaft gilt zwar das öffentlich-rechtliche Sparsamkeitsprinzip nicht, aber Vorstand und Geschäftsführung jeder Kapitalgesellschaft müssen bei ihren unternehmerischen Entscheidungen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftleiters walten lassen (§ 93 Abs. 1 AktG, § 43 Abs. 1 GmbHG), d.h. Vorteile der Gesellschaft wahren und Schaden von ihr abwenden⁶¹.

1. Verschwendungsverbot als Rationalitätsgebot

Die Vermögenswahrungspflicht verlangt keine strikte Sparsamkeit wie in der öffentlichen Verwaltung⁶². Vielmehr endet die unternehmerische Entscheidungsfreiheit erst, wenn das Verhalten der Unternehmensleitung auch nach allen mittel- und langfristigen Strategieerwägungen nicht mehr als sorgsamer Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen betrachtet werden kann, sondern nur noch als dessen Verschwendung⁶³. Nur wo verläuft die Grenze zur Verschwendung?

Um eine Verschwendung festzustellen, ist im Ausgangspunkt die Abweichung von marktüblichen Konditionen maßgeblich⁶⁴. Doch deswegen ist nicht jedes marktunübliche Geschäft verschwenderisch. Die Unternehmensleitung ist – soweit es unternehmerische Entscheidungen wie die Aushandlung und Festsetzung von Vertragskonditionen betrifft⁶⁵ – vielmehr durch die *Business Judgment Rule* (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG⁶⁶) geschützt. Die Verschwendung des Gesellschaftsvermögens durch den Abschluss „überteuerter“ Verträge ist also ausgeschlossen, wenn die Unternehmensleitung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Folglich dürfen nur solche Geschäfte nicht getätigt werden, die *ausschließlich* nachteilig sind⁶⁷. Die Unternehmensleitung verschwendet das ihr anvertraute Vermögen – vorbehaltlich des Einverständnisses

der Anteilseigner⁶⁸ –, wenn sie Zahlungen vornimmt, aus denen dem Unternehmen keinerlei Vorteil erwächst, vor allem keine Verbindlichkeit getilgt wird.

Der Vorteilsbegriff ist allerdings denkbar weit, so dass auch Sponsoring und Spenden wegen der von ihnen zumindest erhofften Vorteile für das Unternehmen prinzipiell zulässig sind⁶⁹. Jede scheinbar verschwenderische Geschäftshandlung kann einen (idealerweise dokumentierten) sachlichen Bezug zum Gesellschaftswohl aufweisen⁷⁰, auch eine höhere Vergütung als eigentlich notwendig⁷¹. Somit wirkt das Verschwendungsverbot faktisch als Rationalitätsgebot und wendet sich damit nur gegen solche unternehmerischen Entscheidungen, die sich *in keiner Weise* auf einen unternehmensbezogenen Sachgrund zurückführen lassen. In diesem Sinne verschwenderisch kann etwa der Abschluss von hochrisikanten Verträgen sein, auf die im Voraus und ohne Sicherheit zu leisten ist, während die Gegenleistungspflicht nicht einmal konkretisiert ist⁷². Ebenso pflichtwidrig sind Zahlungen, die ohne erfüllende Wirkung erbracht werden, etwa ohne Rechtsgrund und ohne entsprechende Gegenleistung⁷³.

2. Vermögensverschwendung durch zu gute Arbeitsbedingungen

Können zu gute Arbeitsbedingungen Gesellschaftsvermögen verschwenden?

a) Sachlicher Bezug der Arbeitsbedingungen zum Unternehmensinteresse

Es stehen nicht *per se* jegliche Arbeitsbedingungen unter dem Schutz der *Business Judgment Rule*. Auch das tarifrechtliche Günstigkeitsprinzip (dazu oben I.3.a)) kann an die Grenzen des Verschwendungsverbots stoßen. Das ist der Fall, wenn die Unternehmensleitung die Arbeitsbedingungen nicht mehr mit einem sachlichen Bezug zum Unternehmensinteresse rechtfertigen kann. Die potentiellen Rechtfertigungsgründe sind indes zahlreich.

aa) Leistungsrechtfertigung

In aller Regel sind die Arbeitsbedingungen durch eine entsprechende, d.h. ungefähr angemessene Gegenleistung (Arbeitsleistung) gerechtfertigt. Sieht man von Arbeitsleistungen ab, denen objektiv gar kein Wert zukommt (dazu unten II.2.b) cc)), ermöglicht das Verschwendungsverbot keine allgemeine Entgeltkontrolle. Den Wert einer Arbeitsleistung bestimmen die Parteien des Arbeitsvertrages. Es ist Ausdruck ihrer Privatautonomie, dass Leistung und Gegenleistung sowie ihr Verhältnis zueinander vorbehaltlich gesetzlicher Rahmenbedin-

58) BGH v. 29.8.2007 – 5 StR 103/07, NStZ 2008, 87, Rn. 13 – Flutkoordinator; BGH v. 24.5.2016 – 4 StR 440/15, wistra 2016, 311, Rn. 14.

59) Zur Ermittlung des beim Lohnwucher maßgeblichen Referenzentgelt: Rieble/C. Picker, ZfA 2014, 153, 164 ff.

60) BayVGH v. 26.6.1991 – 3 B 90.2689, NVwZ-RR 1992, 91, 92.

61) MünchKomm-AktG/Spindler, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 26.

62) MünchKomm-AktG/Spindler (Fn. 61), § 93 Rn. 47.

63) BGH v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, NJW 2006, 522, Rn. 19 – Mannesmann; Bachmann, NZG 2013, 1121 m.w.N.

64) MünchKomm-AktG/Spindler (Fn. 61), § 93 Rn. 71.

65) Bachmann, NZG 2013, 1121, 1122.

66) Zuvor bereits BGH v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, NJW 1997, 1926 – ARAG/Garmenbeck.

67) MünchKomm-AktG/Spindler (Fn. 61), § 93 Rn. 26.

68) BGH v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, NJW 2006, 522, Rn. 31 – Mannesmann.

69) Grundlegend BGH v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01, NJW 2002, 1585, 1586 f.

70) Bachmann, NZG 2013, 1121, 1125.

71) BGH v. 18.6.2013 – II ZR 86/11, NZG 2013, 1021, Rn. 29: Honorarvereinbarung mit Anwalt trotz möglicher und günstigerer RVG-Abrechnung zulässig.

72) BGH v. 14.2.1985 – IX ZR 145/83, ZIP 1985, 529, 536 f.

73) KG v. 4.11.2014 – 2 Ws 298/14 – 161 AR 16/14, wistra 2015, 71, Rn. 38.

gungen (vor allem Untergrenzen) kontrollfrei bleiben. Es obliegt weder den Gerichten für Arbeitsachen, den „gerechten Preis“ festzulegen⁷⁴, noch den Strafgerichten über den Weg der Untreue.

Während zu niedrige Arbeitsvergütungen die Lohnwucherkontrolle nach § 138 Abs. 2 BGB aktivieren, wenn die Vergütung nicht wenigstens zwei Drittel des üblicherweise für die Tätigkeit gezahlten Entgeltes erreicht⁷⁵, stößt eine zu hohe Vergütung nur in Extremfällen an die Grenzen des Verschwendungsverbots. Um hier für Rechtssicherheit zu sorgen (zur Strafbarkeit wegen Untreue unten III.), bietet es sich an, erst die Gewährung von bspw. mehr als 300 % des für die jeweilige Tätigkeit marktüblichen Lohns als Grenzwert festzulegen, bei dessen Überschreiten die Verschwendung indiziert (und der Anfangsverdacht der Untreue begründet) ist. Die Unternehmensleitung muss dann durch leistungsunabhängige Sachgründe (dazu sogleich) den Verschwendungsvorwurf für den überschießenden Vergütungsteil widerlegen.

bb) Leistungsunabhängige Sachgründe

Arbeitsbedingungen, die weit über das marktübliche Niveau hinausgehen, können auch aus leistungsunabhängigen Gründen gerechtfertigt sein. Solange Unternehmen Geld für Sponsoring und Spenden ausgeben dürfen, müssen auch Arbeitnehmer mit nicht durch ihre Leistung zu rechtfertigenden Arbeitsbedingungen bedacht werden können, wenn damit wenigstens die Hoffnung auf irgendeinen, nicht notwendig monetär messbaren Vorteil für das Unternehmen verbunden ist. Bei Leistungsträgern und High Potentials rechtfertigt etwa schon das Abhalten von einer Konkurrenztaetigkeit extrem gute Arbeitsbedingungen, auch wenn sie die tatsächlichen Arbeitsleistungen nicht ansatzweise aufwiegen. Wettbewerbsverbote können selbst über die Laufzeit des Arbeitsverhältnisses hinaus hohe Karenzentschädigungen rechtfertigen (§ 74 HGB). Und wer will es einem Unternehmen verbieten, seine Arbeitnehmer nur deshalb mit sagenhaft guten Arbeitsbedingungen zu bedenken, um eine Top-Platzierung im Ranking „beliebtester Arbeitgeber“ zu erreichen?

b) Unsachlich gute Arbeitsbedingungen

Sind Arbeitsbedingungen weder aus leistungsabhängigen noch -unabhängigen Gründen gerechtfertigt, wird Gesellschaftsvermögen verschwendet.

aa) Ämterpatronage

Eine klassische Fallgruppe für unsachlich gute Arbeitsbedingungen ist die Ämterpatronage. Es wird regelmäßig das Rationalitätsgebot verletzt sein, wenn die durchschnittlich begabte Tochter eines Vorstandsmitglieds im Unternehmen als Sekretärin zum mehr als dreifachen Gehalt vergleichbarer Kolleginnen angestellt wird, ohne dass Fachkräftemangel oder individuelle Leistungsfähigkeit das rechtfertigen würden. Bei solcher sachfremden Personalpolitik ist der Verschwendungsverdacht indiziert und können ihn die Verantwortlichen nur noch mit leistungsunabhängigen Sachgründen ausräumen. So kann etwa – um im Beispiel zu bleiben – die Tochter des Vorstandsmitglieds im Unternehmen für Höheres vorgesehen sein und soll durch „Überbezahlung“ an das Unternehmen gebunden werden. Zwar ist im Einzelfall kaum abzugrenzen, welche unternehmerischen Erwägungen noch legitimerweise verfolgt werden dürfen und welche bereits wirtschaftlich unverträglich sind (Was wäre, wenn die einzige Vorstandstochter kein besonderes Führungstalent hat, aber das Unternehmen dennoch in Familienhand bleiben soll?). Doch gerade deswegen gibt es die Business Judgement Rule als Zweifelsregelung zugunsten der unternehmerischen Selbstbestimmungsfreiheit, die auch „(scheinbar) kompensationslose Leistungen“ rechtfertigen kann, wenn die Unternehmensleitung „vernünftigerwei-

se annehmen durfte, damit dem Wohl der Gesellschaft zu dienen“⁷⁶. In Fällen der Ämterpatronage kann es indes schon an der für die Anwendung der Business Judgement Rule nötigen⁷⁷ sachlichen Unbefangenheit der Verantwortlichen fehlen.

bb) Verstoß gegen rechtliche Höchstarbeitsbedingungen

Soweit ausnahmsweise auch in der Privatwirtschaft gesetzliche Höchstarbeitsbedingungen gelten, ist deren Überschreitung in jedem Fall unsachlich, weil das Legalitätsprinzip der Pflicht zur Wahrung des Gesellschaftsvermögens vorgeht⁷⁸. Das betrifft vor allem die Vergütung von Betriebsratsmitgliedern, die gemäß § 37 Abs. 1 BetrVG dem Ehrenamtsprinzip verpflichtet ist, also jegliche Sondervergütungen für die Betriebsrats-tätigkeit ausschließt. Weil Betriebsratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden dürfen (§ 78 Satz 2 BetrVG), ist jede Vergütung von Betriebsratsmitgliedern, die über das arbeits- oder tarifvertraglich geschuldete Entgelt und die zur Betriebsratsvergütung von der Rechtsprechung entwickelten Regeln⁷⁹ hinausgeht, rechtswidrig und folglich verschwenderisch⁸⁰.

cc) Erfüllung „leerer“ Arbeitsverträge

Die Grenze zur Vermögensverschwendung wird auch überschritten, wenn Arbeitgeber auf einen nichtigen Arbeitsvertrag leisten, ohne dass die Grundsätze über das fehlerhafte Arbeitsverhältnis⁸¹ greifen. Auch wenn nichtgeschuldete Zahlungen für bereits erbrachte Dienste geleistet werden, ohne dass aus der nachträglichen Vergütung ein künftiger (materieller oder immaterieller) Nutzen für das Unternehmen erwartet werden könnte, wird Gesellschaftsvermögen verschwendet⁸². Das hat der BGH zwar für die Vorstandsvergütung entschieden, gilt aber ohne weiteres auch für die Arbeitnehmervergütung. Wenn die (Weiter-)Beschäftigung eines Arbeitnehmers aus keinem Sachgrund zu rechtfertigen ist, ist seine fortwährende Anstellung egal zu welchen Arbeitsbedingungen verschwenderisch. Das kann der Fall sein, wenn die Arbeitsleistung für das Unternehmen objektiv wertlos ist, wie etwa die Weiterbeschäftigung von Berufssportlern nach der Aufdeckung ihrer Dopingpraktiken⁸³.

III. Sparsamkeitsverstoß oder Vermögensverschwendung als Untreue

Wann erfüllen zu gute Arbeitsbedingungen, die gegen das öffentlich-rechtliche Sparsamkeitsprinzip oder privatrechtliche Verschwendungsverbot verstoßen, den Tatbestand der Untreue, § 266 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 StGB?

1. Objektiver Tatbestand: mehr als bloße Pflichtverletzung

Angesichts der Unbestimmtheit des Untreuetatbestandes ist es für Strafgerichte verlockend, aus Verstößen gegen (meist ohne Beweisaufnahme leicht zu ermittelnde) Regeln und Ge-

74) BAG v. 17.10.2012 – 5 AZR 792/11, NZA 2013, 266, Rn. 15.

75) BAG v. 17.10.2012 – 5 AZR 792/11, NZA 2013, 266, Rn. 19.

76) Bachmann, NZG 2013, 1121, 1126; ähnlich Goette, ZHR 176 (2012), S. 588, 593; zur Bedeutung der Business Judgement Rule für die Duldung von Rechtsverstößen Rieble/Junker/Giesen/Latzel, Compliance im kollektiven Arbeitsrecht, 2014, S. 121, 144 ff.

77) Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 93 Rn. 25; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 14 Rn. 75.

78) BGH v. 13.9.2010 – 1 StR 220/09, NJW 2011, 88, Rn. 37 – Siemens/AUB; Hüffer/Koch (Fn. 77), § 93 Rn. 16.

79) BAG v. 5.5.2010 – 7 AZR 728/08, NZA 2010, 1025, Rn. 28 ff.

80) BGH v. 17.9.2009 – 5 StR 521/08, NJW 2010, 92, Rn. 36 ff. – Volkert; Rieble, NZA 2008, 276, 279 f.

81) Dazu BAG v. 15.1.1986 – 5 AZR 237/84, NZA 1986, 561, 562.

82) Für die Vorstandsvergütung BGH v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, NStZ 2006, 214, 216 – Mannesmann.

83) OLG Stuttgart v. 29.9.2011 – 2 Ws 33/11, ZWH 2012, 113 – für betrügerisch verursachten Vermögensschaden.

setze, die für das betreute Vermögen finanziell nachteilig sind, auf die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht zu schließen⁸⁴. Es scheint der Eindruck zu herrschen, ohne Strafurteil den Regelverstoß zu legalisieren, weil die sonstigen Sanktionen für defizitär befunden werden⁸⁵ (§ 266 StGB als „sola ratio“ des Vermögensschutzes⁸⁶). Damit die Untreue nicht zur Generalsanktion für jeden finanziell nachteiligen Fachrechtsverstoß wird, ist der Tatbestand einzuschränken.

a) Objektive Pflichtwidrigkeit durch Verletzung von Wirtschaftlichkeitsprinzipien

Die Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 StGB ist prinzipiell fachrechtsakzessorisch, setzt also die Verletzung des öffentlich-rechtlichen Sparsamkeitsprinzips oder privatrechtlichen Verschwendungsverbots voraus. Weil die Strafsenate des BGH den Sparsamkeitsgrundsatz und das Verschwendungsverbot schon im Lichte des Untreuetatbestandes auslegen, schließen sie von der Verletzung der Grundsätze direkt auf die Pflichtwidrigkeit i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB⁸⁷. Wenn also ein Oberbürgermeister entgegen dem Sparsamkeitsprinzip (in seiner Konkretisierung durch den TVöD) neue Arbeitnehmer ohne objektiven Personalgewinnungsbedarf höher als Erfahrungsstufe 3 einstellt, handelt er ebenso pflichtwidrig i.S.d. § 266 StGB, wie wenn der Vorstandsvorsitzende einer Aktiengesellschaft seinen Pflichten aus §§ 76, 82, 93 AktG nicht gerecht wird⁸⁸, indem er etwa Gesellschaftsvermögen durch die extrem hohe, sachlich nicht zu rechtfertigende Vergütung seiner im Unternehmen angestellten Tochter verschwendet.

b) Besondere Strafbarkeitsschwelle erforderlich

Jeder Verstoß gegen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit ist ein Verstoß gegen Amts-, Dienst- oder Organpflichten. Aber erfüllt deswegen jede unsachgemäße Tarifierung zugunsten von Angestellten im öffentlichen Dienst oder jede besonders großzügige Urlaubsgewährung zugunsten von unternehmensangehörigen Verwandten den Tatbestand der Untreue? Die Grenzen des Sparsamkeitsprinzips wie des Verschwendungsverbots sind – vorbehaltlich von Konkretisierungen – bislang zu allgemein, um ihre Überschreitung sogleich mit der Härte des Strafrechts zu sanktionieren. Die Strafgerichte sehen sich freilich gleichwohl in der Lage, alles als Untreue zu bestrafen, was ihrer Meinung nach mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens „schlicht unvereinbar“ ist⁸⁹. Das BVerfG verlangt wegen Art. 103 Abs. 2 GG aber vollkommen zu Recht, den Untreuetatbestand „auf Fälle klarer und deutlicher (evidenter) Fälle pflichtwidrigen Handelns“ zu beschränken⁹⁰.

2. Schwelle zur Strafbarkeit unwirtschaftlicher Maßnahmen

Zusätzlich zum Fachrechtsverstoß muss also eine spezifisch strafrechtliche „Höhenmarke“⁹¹ gerissen werden⁹², die Geld- und Gefängnisstrafe auch beim Vermögensschutz *ultima ratio* bleiben lässt⁹³.

a) „Gravierende“ Pflichtverletzung?

Die Schwelle zur Untreuestrafbarkeit hat der Erste Strafsenat des BGH einst bei einer „gravierenden“ Pflichtverletzung gezogen: Entscheidend sei eine Gesamtschau des einschlägigen Fachrechts sowie der wirtschaftlichen Angemessenheit, der Transparenz und der Sachlichkeit der Motive⁹⁴. In diesem Sinne hat das LG Halle im Ausgangsfall für die Bestrafung des OB eine gravierende Verletzung des Sparsamkeitsprinzips verlangt und abgelehnt, weil der OB tarifvertragliche Spielräume nutzen konnte und musste⁹⁵. Der Vierte Strafsenat des BGH ist in seiner Revisionsentscheidung darauf nicht eingegangen, was nicht nur angesichts der Kritik an der Chiffre „gravierend“⁹⁶ berechtigt scheint, sondern auch, weil sich der Dritte Strafsenat bereits in seiner Mannesmann-Ent-

scheidung von dieser Tatbestandseinschränkung distanziert hat⁹⁷. Seit der AUB-Entscheidung verlangt der Erste Strafsenat nunmehr, dass das unmittelbar verletzte Fachrecht wenigstens mittelbar *vermögensschützenden Charakter* für das zu betreuende Vermögen hat⁹⁸.

b) Vermögensschutz durch Sparsamkeitsprinzip und Verschwendungsverbot

Prinzipiell hat das öffentlich-rechtliche Sparsamkeitsprinzip vermögensschützenden Charakter. Im tarifgebundenen öffentlichen Dienst schützt daher nur rigorose Tariftreue vor Untreue. Bei Ermessensentscheidungen, übertariflichen Zulagen sowie im tariffreien Bereich bleibt die Angemessenheitskontrolle indes eine äußerst vage Tatbestandseinschränkung (zur vorgeschlagenen 130-Prozent-Schwelle oben I.3.d)bb)).

In der Privatwirtschaft kommt – vorbehaltlich strengerer vermögensschützender Normen – prinzipiell erst dem Verschwendungsverbot vermögensschützender Charakter zu. Das tarifrechtliche Günstigkeitsprinzip und die durch die Business Judgement Rule geschützte unternehmerische Freiheit verhindern, dass auch weit übertarifliche Arbeitsbedingungen *eo ipso* die Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB aktivieren (zur vorgeschlagenen 300-Prozent-Schwelle oben II.2.a)aa)).

c) Entscheidend: Vorsatz

Der pragmatische Weg zur Identifizierung strafwürdiger Verletzungen der Wirtschaftlichkeitsprinzipien liegt im subjektiven Tatbestand, denn die „strafrechtliche Gravität“ der Untreue folgt gerade aus der *vorsätzlichen* Vermögensschädigung⁹⁹.

84) Etwa bei Kreditvergabe unter Verstoß gegen § 18 KWG: BGH v. 13.8.2009 – 3 StR 576/08, wistra 2010, 21, Rn. 27 f.; vgl. Krell (Fn. 9), S. 80; ders., NStZ 2014, 62, 63. Das Phänomen zeigt sich auch bei der Verwechslung der konkreten Fahrlässigkeit beim Erfolgsdelikt (wie der deliktischen Haftung) mit der Verletzung abstrakter Sorgfaltsnormen: Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 15 Rn. 16 a – für das Strafrecht; Münch-Komm-BGB/Wagner, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 36 ff., 309 f. – für das Deliktsrecht.

85) Nachw. bei Krell (Fn. 9), S. 82 f.

86) Schünemann, ZIS 2012, 183.

87) BGH v. 29.8.2007 – 5 StR 103/07, NStZ 2008, 87, Rn. 17 – Flutkoordinator (für den Sparsamkeitsgrundsatz); BGH v. 10.10.2012 – 2 StR 591/11, NJW 2013, 401, Rn. 30 ff. – Telekom (für das Verschwendungsverbot).

88) BGH v. 22.11.2005 – 1 StR 571/04, NJW 2006, 453, 454 f. – Kinowelt; Fischer (Fn. 84), § 266 Rn. 59; Seibt/Schwarz, AG 2010, 301, 304.

89) BGH v. 29.8.2007 – 5 StR 103/07, NStZ 2008, 87, Rn. 11 – Flutkoordinator; BGH v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15, ZIP 2016, 966, Rn. 82; BGH v. 24.5.2016 – 4 StR 440/15, wistra 2016, 311, Rn. 11.

90) BVerfG v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., NJW 2010, 3209, Rn. 111.

91) Schünemann, ZIS 2012, 183, 188.

92) Grundlegend zur Zwei-Stufen-Prüfung (asymmetrische Fachrechtsakzessorität) Lüderssen, in: Festschrift Esber (2005), S. 163, 170.

93) Vgl. LG Halle (Saale) v. 9.2.2015 – 2 KLs 901 Js 14285/13 (3/14), n.v. (IV.1., S. 58); Krell (Fn. 9), S. 68, der die Fachrechtsakzessorität der Untreue aufgeben und auf die Schaffung eines rechtlich missbilligten Risikos (Gefährlichkeit des Risikoeintritts gemäß der vom Treugeber vorgegebenen Risikotoleranz) abstellen will (S. 90 ff.); ähnlich Schünemann, ZIS 2012, 183, 189 ff.

94) BGH v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01, NJW 2002, 1585, 1587 – Sponsoring (zum Gesellschaftsrecht); zust. Lüderssen, in: Festschrift Lampe (2003), S. 727, 729; Rojas, Grundprobleme der Haushaltsuntreue, 2011, S. 161 f.; weitere Nachw. bei Schünemann, ZIS 2012, 183, 188 (mit Fn. 49), der allerdings die Zwei-Stufen-Prüfung ablehnt (vgl. Fn. 93).

95) LG Halle (Saale) v. 9.2.2015 – 2 KLs 901 Js 14285/13 (3/14), n.v. (IV.1., S. 59).

96) Nur Schünemann, ZIS 2012, 183, 191: bloße Umschreibung eines Ermessensspielraums.

97) BGH v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, NJW 2006, 522, Rn. 33 ff. – Mannesmann; hingegen argumentiert der Vierte Strafsenat jüngst abermals mit „gravierend“, BGH v. 16.8.2016 – 4 StR 163/16, NJW 2016, 3253, Rn. 32.

98) BGH v. 13.9.2010 – 1 StR 220/09, NJW 2011, 88, Rn. 36 – AUB; ebenso BGH v. 16.8.2016 – 4 StR 163/16, NJW 2016, 3253, Rn. 31.

99) Schünemann, ZIS 2012, 183, 194.

Der Vorsatz muss sich sowohl auf die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht als auch auf die damit verbundenen nachteiligen Folgen für das betreute Vermögen (dazu sogleich III.3.) erstrecken. Wer nicht wenigstens billigend in Kauf nimmt, gegen die Wirtschaftlichkeitsprinzipien zu verstoßen und dadurch das betreute Vermögen zu schädigen¹⁰⁰, begeht keine Untreue. Mag im öffentlichen Dienst die falsche Tarifanwendung „nach oben“ den objektiven Tatbestand des § 266 Abs. 1 StGB und „nach unten“ den objektiven Tatbestand des § 266a Abs. 1, 2 StGB erfüllen, sind gutgläubige Arbeitgeber gleichwohl solange sicher, wie die *fahrlässig* falsche Tarifanwendung straflos ist.

Für eine vorsätzliche Verletzung seiner gegenüber dem Staat oder einer Kapitalgesellschaft bestehenden Vermögensbetreuungspflicht muss der Täter die rechtlichen Wertungen in seiner Laiensphäre nachvollzogen haben und ihre Verletzung zumindest billigend in Kauf genommen haben. Hier kommt der vom LG Halle zu Recht angeführte Umstand zum Tragen, dass komplexe rechtliche Rahmenbedingungen (hier: ausübungsbedürftige Entscheidungsspielräume) die Grenze zur Illegalität verwischen, sodass ihre *vorsätzliche* Übertretung unwahrscheinlich wird. Bloß weil der Täter alle Umstände kennt, muss er sie noch lange nicht zutreffend rechtlich bewerten¹⁰¹. Wer von der Rechtmäßigkeit seines Handelns ausgeht, handelt – auch im Falle grob fahrlässiger Fehlbeurteilung – nicht vorsätzlich (§ 16 Abs. 1 StGB)¹⁰².

Wer explizit angewiesen ist, einen Arbeitnehmer in Erfahrungsstufe 3 einzustufen, und ihn gleichwohl in Erfahrungsstufe 4 einstuft, der begeht Untreue – objektiv wie subjektiv. Wem aber erlaubt wird, Arbeitnehmer „zur Deckung des Personalbedarfs“ neu einzustellen und danach einzustufen, wie ihre vorherige berufliche Tätigkeit für die vorgesehene Tätigkeit „förderlich“ ist, dem wird eine *vorsätzlich* fehlerhafte Subsumtion unter all diese Merkmale (dazu oben I.3.c)bb)) kaum nachzuweisen sein. Der Untreuetäter muss nämlich die Übertretung der Grenzen des Erlaubten in seiner Laiensphäre als möglich und nicht ganz fernliegend angesehen haben. Von keinem Laien kann aber eine zutreffende Parallelwertung erwartet werden, wenn die „richtige“ Rechtslage unklar ist¹⁰³. *Ex post* kann jeder die wirtschaftliche Vertretbarkeit besonders großzügiger Arbeitsbedingungen als unangemessen geißeln, wenn die damit *ex ante* verbundenen Hoffnungen nicht eingetreten sind¹⁰⁴. Maßgeblich ist aber die Sach- und Rechtslage, wie sie sich dem Täter im *Tatzeitpunkt* darstellte (§ 16 Abs. 1 i.V.m. § 8 StGB).

3. Zufügung eines Vermögensnachteils

Die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht muss *stets* (versuchte Untreue ist nicht strafbar) zu einem Nachteil für das betreute Vermögen geführt haben.

a) Verschleifungsverbot

Der Schluss von der Pflichtwidrigkeit auf den Vermögensnachteil ist trotz der vom BGH geforderten Verletzung *vermögensschützender* Regeln (dazu oben III.2.b)) unzulässig (Verschleifungsverbot)¹⁰⁵. So handelt zwar pflichtwidrig i.S.d. § 266 StGB, wer Schwarzarbeiter bezahlt, da er wegen des nichtigen Dienst- oder Werkvertrages (§ 134 BGB i.V.m. § 1 Abs. 2 SchwarzArbG) ohne Rechtsgrund leistet¹⁰⁶. Wegen des Gesetzesverstoßes hilft hier auch die Business Judgement Rule nicht. Der Treugeber erleidet indes keinen Vermögensnachteil, wenn der Schwarzarbeiter eine halbwegs adäquate Leistung erbracht hat¹⁰⁷. Bei „schwarz“ angestellten Arbeitnehmern macht die vereinbarte Hinterziehung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen den Arbeitsvertrag ohnehin nur dann insgesamt nichtig, wenn sie ausnahmsweise den Hauptzweck des Vertrags darstellt¹⁰⁸. Wenn auch die Grundsätze des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses – etwa wegen eines beidseitigen

Verstoßes gegen Strafgesetze¹⁰⁹ – keine Anwendung finden, ist eine Zahlung aufgrund des nichtigen Vertrages zwar pflichtwidrig, führt indes nur bei „leeren“ Arbeitsverhältnissen (dazu oben II.2.b)cc)) zu einem Vermögensnachteil.

b) Nachteilsermittlung durch Gesamtsaldierung

Zur Verurteilung muss sich – unter Beachtung des Zweifelsatzes – wenigstens ein zahlenmäßig fassbarer Mindestschaden schätzen lassen¹¹⁰. Dafür ist eine Gesamtsaldierung von Kosten und Nutzen anzustellen¹¹¹. Ein Schaden für das betreute Vermögen ist gegeben, soweit der Wert der Arbeitsbedingungen den Wert des Arbeitgebervorteils übersteigt¹¹². Deswegen kommen die Kosten der Arbeitsbedingungen als Schaden nur insoweit in Betracht, als sie unangemessen (im öffentlichen Dienst) bzw. nicht mehr mit dem Unternehmenswohl zu rechtfertigen sind (in der Privatwirtschaft):

- In der Privatwirtschaft und im tariffreien öffentlichen Dienst sind zur Schadensberechnung die vertraglich zugesagten Arbeitsbedingungen (Vergütung, Urlaubstage, Dienstwagen etc.) mit den Vorteilen, die der Arbeitgeber aus dem Arbeitsverhältnis ziehen kann (in erster Linie die erbrachte Arbeitsleistung), zu vergleichen. Hier droht sich das von der Pflichtwidrigkeit (dazu oben II.2.) bekannte Problem zu verschärfen, wie der Arbeitgebervorteil aus der Anstellung objektiv zu bewerten ist. Doch sind die Arbeitsbedingungen schon zur Feststellung der Pflichtwidrigkeit in einen legitimen und (im Umfang wohl nur zu schätzenden) illegitimen, da verschwenderischen bzw. unangemessenen Teil aufzuteilen. Die geschätzten Kosten für den (seinerseits geschätzten) illegitimen Teil begründen den Mindestschaden, ohne dass die mit den zu guten Arbeitsbedingungen erhofften Vorteile zur Schadensberechnung monetarisiert werden müssten. Schon der Abschluss eines insoweit defizitären Arbeitsvertrages stellt einen Vermögensnachteil dar („Eingehungsuntreue“), der sich durch Vertragsvollzug noch vertieft¹¹³.
- Im tarifgebundenen öffentlichen Dienst wird hingegen selbst bei vergütungsgerechter Arbeitsleistung ein Schaden für die Staatskasse angenommen, wenn der Arbeitnehmer die formalen Bedingungen für eine Anstellung oder Beförderung nicht erfüllt, denn gerade sie gelten als wertbildende Faktoren für die Arbeitsleistung¹¹⁴. Deswegen verursacht

100) BGH v. 28.5.2013 – 5 StR 551/11, NStZ 2013, 715, 716: Täter muss nicht nur konkrete Gefahr für das betreute Vermögen in Kauf nehmen, sondern auch Realisierung dieser Gefahr billigend.

101) Floeth, NZS 2016, 771, 773; Latzel, wistra 2013, 334, 338.

102) OLG Düsseldorf v. 27.3.2008 – III-2 Ss 110/07-88/07 III, wistra 2008, 356 f.; a.A. Meyer, BB 2016, 2421, 2423 – für § 119 BetrVG; BGH v. 4.9.2013 – 1 StR 94/13, NStZ 2014, 321, Rn. 16 – für Arbeitgebervereinschaft i.S.d. § 266a StGB; dagegen zutreffend Floeth, NZS 2016, 771, 772 f. und Perron, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 266a Rn. 17.

103) Latzel, wistra 2013, 334, 340.

104) Eindringlich BGH v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01, NJW 2002, 1585, 1588 – Sponsoring: „Der Senat schließt aus, dass sich aus der Sicht des durchschnittlichen, informierten Betrachters der ‚good will‘ des Unternehmens [durch das Sponsoring] verbessert hat“.

105) BVerfG v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., NJW 2010, 3209, Rn. 113.

106) Bughardt/Bröckers, NJW 2015, 903, 904.

107) Bughardt/Bröckers, NJW 2015, 903, 905 ff.

108) BAG v. 26.2.2003 – 5 AZR 690/01, NZA 2004, 313, 315.

109) BAG v. 25.4.1963 – 5 AZR 398/62, JZ 1964, 773.

110) BVerfG v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., NJW 2010, 3209, Rn. 114.

111) Fischer (Fn. 84), § 266 Rn. 165; MünchKomm-StGB/Dierlamm, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 202.

112) BGH v. 21.7.1961 – 4 StR 93/61, NJW 1961, 2027, 2028; BGH v. 9.5.1978 – 1 StR 104/78, NJW 1978, 2042, 2043.

113) Krell, NZWiSt 2013, 370, 372, 378.

114) BGH v. 18.2.1999 – 5 StR 193/98, NJW 1999, 1485, 1486 – Stasi-Tätigkeit.

auch derjenige einen Vermögensschaden, der Neueinstellungen vornimmt, ohne dass die hierzu nötigen Planstellen vorhanden sind¹¹⁵, oder – wie im Ausgangsfall – Arbeitnehmer zu hoch einstuft, selbst wenn die mit der Anstellung erlangten Vorteile die Kosten der Arbeitsbedingungen objektiv aufwiegen sollten. Das angemessene Verhältnis von Leistung und Gegenleistung legen TVöD und TV-L, soweit sie Höchstarbeitsbedingungen setzen, abschließend fest. Der Vermögensnachteil besteht in der Differenz zwischen richtiger und falscher Tarifierung¹¹⁶.

IV. Zusammenfassung

Zu gute Arbeitsbedingungen können im öffentlichen Dienst wie in der Privatwirtschaft den Tatbestand der Untreue erfüllen:

- Im öffentlichen Dienst verlangt das Sparsamkeitsprinzip *angemessene* Arbeitsbedingungen, die primär durch Tarifverträge festgelegt werden. Übertarifliche Arbeitsbedingungen (auch zu hohe Eingruppierungen und Einstufungen) sind nur ausnahmsweise bei objektiven Schwierigkeiten bei der Personalgewinnung zulässig und in ihrem Umfang dem Sparsamkeitsprinzip verpflichtet (Vorschlag: bis zu 30 % Tariflohnüberschreitung gelten noch als angemessen). Bestehen objektiv keine Personalgewinnungsschwierigkeiten, erfüllt die Gewährung übertariflicher Arbeitsbedingungen den objektiven Tatbestand der Untreue. Im tariffreien Bereich lässt die Rechtsprechung bislang praktikable Konkretisierungen der auch hier geforderten Angemessenheit vermissen. Es bietet sich an, ab 130 % der marktüblichen Arbeitsbedingungen Unangemessenheit zu vermuten (und den Anfangsverdacht der Untreue zu bejahen). Der Entscheidungsträger kann die Vermutung durch Sachgründe widerlegen.
- Bei privatwirtschaftlichen Kapitalgesellschaften besteht keine Verpflichtung zu tarifnahen Arbeitsbedingungen, sondern setzt erst das aus dem Gesellschaftsinteresse folgende Verschwendungsverbot zu guten Arbeitsbedingungen Grenzen. Hier bietet es sich an, erst dann eine Vermögensverschwendung zu vermuten (und den Anfangsverdacht der Untreue zu bejahen), wenn die gewährten Arbeitsbedingungen mehr als 300 % der marktüblichen Arbeitsbedingungen betragen. Arbeitgeber müssen dann die überschießend guten Arbeitsbedingungen mit leistungsunabhängigen Vorteilen für das Unternehmenswohl rechtfertigen, was aber außer bei Ämterpatronage oder der Erfüllung „leerer“ Arbeitsverträge selten ein Problem sein wird. Bei gesetzlichen Höchstarbeitsbedingungen (wie der Betriebsratsvergütung) besteht freilich kein Spielraum.

In jedem Fall muss das Sparsamkeitsprinzip bzw. Verschwendungsverbot vorsätzlich verletzt werden. Schon fahrlässige Fehlbeurteilungen der teilweise äußerst unklaren rechtlichen Grenzen schließen die Strafbarkeit wegen Untreue aus. Das Betriebsausgabenabzugsverbot (§ 8 Abs. 1 KStG i.V.m. § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 10 EStG) untersagt zwar schon dann, Aufwendungen als Betriebsausgaben steuermindernd geltend zu machen, wenn sie den *objektiven* Tatbestand eines Straf- oder Ordnungswidrigkeitengesetzes erfüllen¹¹⁷. Doch muss dafür die Zuwendung an sich rechtswidrig sein, was bei der ausschließlich am Innenverhältnis anknüpfenden Untreue (im Gegensatz etwa zu Bestechungsdelikten und der Überbezahlung von Betriebsratsmitgliedern) gerade nicht der Fall ist¹¹⁸.

115) BGH v. 26.4.2006 – 2 StR 515/05, NStZ-RR 2006, 307.

116) BGH v. 24.5.2016 – 4 StR 440/15, wistra 2016, 311, Rn. 29.

117) FG Nürnberg v. 3.5.2012 – 5 V 294/11, DStRE 2013, 244, 245.

118) *Schneider/Perrar*, DB 2014, 2428, 2430.