

HRRS-Nummer: HRRS 2021 Nr. 308

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2021 Nr. 308, Rn. X

BGH 3 StR 403/19 - Beschluss vom 17. Dezember 2020 (LG Oldenburg)

Untreue (Vermögensbetreuungspflichtverletzung durch Mitglieder der Gesellschafterversammlung einer gemeinnützigen GmbH; Beurteilungs- und Ermessensspielraum; gravierende Pflichtverletzung; Evidenz; Business Judgment Rule; Sparsamkeitsgebot).

§ 266 StGB

Leitsätze des Bearbeiters

1. Eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB liegt bei der Wahrnehmung unternehmerischer Führungs- und Gestaltungsaufgaben erst vor, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt wird oder das Verhalten des Vermögensbetreuungspflichtigen aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss. Unter diesen Voraussetzungen liegt ein Verstoß gegen gesellschaftsrechtliche Pflichten vor, der zugleich eine Pflichtwidrigkeit gemäß § 266 Abs. 1 StGB begründet. Ein solcher Pflichtenverstoß stellt sich - gleichsam „automatisch“ - als gravierend im Sinne der zur Begrenzung des Untreuetatbestands entwickelten Rechtsprechung dar.

2. Nicht jede Missachtung der gebotenen Sorgfalt bei der Entscheidungsfindung begründet eine Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB, verletzt mithin die Vermögensbetreuungspflicht als Hauptpflicht. So liegt es namentlich bei einem Verstoß gegen Informations- und Prüfungspflichten. Ihm kommt im Grundsatz nur indizielle Bedeutung zu. Wiegt er allerdings schwer, kann er - abhängig vom Charakter des zu beurteilenden unternehmerischen Handelns - schon für sich gesehen zu einer Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht führen.

3. Die Rechtsprechung zu § 266 Abs. 1 StGB korreliert mit der gesellschaftsrechtlichen Beurteilung, die als sog. Business Judgement Rule in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG für Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften kodifiziert, jedoch allgemein anwendbar ist, soweit unternehmerisches Handeln im fremden Interesse bewertet wird. Der Verstoß gegen die Business Judgement Rule, etwa die Entscheidung auf unzulänglicher Tatsachengrundlage, indiziert in der Regel Pflichtverletzung, die jedoch stets positiv festzustellen ist. Sie ist letztlich nur dann zu bejahen, wenn ein schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln vorliegt; der Leitungsfehler muss sich auch einem Außenstehenden förmlich aufdrängen.

4. Aus dem öffentlich-rechtlichen Sparsamkeitsgebot ergibt sich nichts anderes. In ihm findet ebenfalls der äußere Begrenzungsrahmen des dem Unternehmer eingeräumten weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraums Ausdruck. Eine im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB pflichtwidrige Verletzung dieses Gebots liegt regelmäßig erst dann vor, wenn eine sachlich nicht mehr zu rechtfertigende und damit - ersichtlich - unangemessene Gegenleistung gewährt wird.

Entscheidungstenor

Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Oldenburg vom 1. April 2019 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagten M., A., E. und W. wegen Untreue sowie den Angeklagten B. wegen Anstiftung zur Untreue zu Bewährungsstrafen verurteilt. Die hiergegen gerichteten, jeweils auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen der Angeklagten haben Erfolg.

I.

1. Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen: 2
- Der Angeklagte B. war seit dem Jahr 2000 Werkleiter des von der Stadt Wi. als Eigenbetrieb organisierten R. - 3
Krankenhauses. Sein Vorgesetzter war der Angeklagte M. als Oberbürgermeister der Stadt.
- Im Jahr 2003 entschied die Stadt Wi., den Betrieb des Krankenhauses auf eine gemeinnützige GmbH auszugliedern. 4
In Umsetzung der Umstrukturierung wurde das operative Geschäft des Krankenhauses auf die neugegründete R.
Städtische Kliniken gGmbH (nachfolgend: R. gGmbH) übertragen, zu deren Geschäftsführer der Angeklagte B. bestellt
wurde. Für den Abschluss sowie für die Änderung, Aufhebung und Kündigung von Anstellungsverträgen mit
Geschäftsführern war gemäß § 7 Abs. 9 Buchst. b des Gesellschaftsvertrags die Gesellschafterversammlung
zuständig, die - ab dem 22. Juni 2011 - nach § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags aus dem Oberbürgermeister der
Stadt, dem Angeklagten M., und sechs vom Rat der Stadt gewählten Mitgliedern bestand, darunter die Angeklagte A.
als Vorsitzende sowie die Angeklagten E. und W. .
- Da alle bis dahin beim Eigenbetrieb beschäftigten Mitarbeiter dem Betriebsübergang widersprochen hatten, wurde 5
zwischen dem fortbestehenden Eigenbetrieb und der R. gGmbH eine Arbeitnehmerüberlassung vereinbart. Die
Arbeitnehmerüberlassung war von der Umsatzsteuer befreit, weil der Angeklagte B. sowohl weisungsgebundener
Eigenbetriebsleiter als auch (alleiniger) Geschäftsführer der R. gGmbH war, so dass zwischen dem Eigenbetrieb als
unselbständigem Unternehmen der Stadt und der R. gGmbH eine umsatzsteuerliche Organschaft im Sinne des § 2
Abs. 2 Nr. 2 UStG bestand.
- Der mit Wirkung zum 1. Januar 2004 zwischen der R. gGmbH und dem Angeklagten B. geschlossene 6
Geschäftsführeranstellungsvertrag war bis zum 31. März 2017 befristet und nur aus wichtigem Grund kündbar.
Dadurch wurde ein Gleichlauf des Vertragsendes mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Angeklagten als
Eigenbetriebsleiter hergestellt. In dem Geschäftsführeranstellungsvertrag war vereinbart, dass ihm für die Zeit des
Ruhestands ein Anspruch auf Ruhegehalt gegenüber der R. gGmbH zusteht. Der Vertrag machte dessen Höhe von
den - als insgesamt angemessen zu bewertenden - Vergütungen als Geschäftsführer und als Eigenbetriebsleiter
abhängig, wobei bei der Berechnung die (gesetzlichen und betrieblichen) Renten in Abzug zu bringen waren, die der
Angeklagte aufgrund seiner Tätigkeit als Eigenbetriebsleiter beziehen würde.
- Am 29. September 2010 modifizierten die Angeklagten M. und B. dessen Arbeitsverhältnis im Eigenbetrieb, indem sie 7
einen auf den 15. Dezember 2006 rückdatierten Altersteilzeitvertrag schlossen. Er sah eine Beendigung des
Arbeitsverhältnisses zum 31. März 2014 und eine vorausgehende Freistellungsphase ab dem 1. Oktober 2011 vor.
Ebenfalls am 29. September 2010 äußerte der Angeklagte B. gegenüber der Gesellschafterversammlung der R.
gGmbH seinen Wunsch, auch als Geschäftsführer vorzeitig in den Ruhestand zu treten. In der Folgezeit schrieb der
Angeklagte B. dem Angeklagten M. und - teils zugleich - der Angeklagten A. mehrere Briefe und E-Mails, um sie dazu
zu bewegen, sich für den Abschluss eines auf seine Veranlassung entworfenen Änderungsvertrags zum
Geschäftsführeranstellungsvertrag einzusetzen. Spätestens seit dem 4. Februar 2011 war der Angeklagte B. an
Krebs erkrankt.
- Am 6. Juli 2011 fand eine Gesellschafterversammlung der R. gGmbH statt, in der die Angeklagten M., A., W. und E. 8
gegen die Stimmen der drei anderen Mitglieder einer Beschlussvorlage über den Abschluss des avisierten
Änderungsvertrags zustimmten. Die Vertragsurkunde wurde am 7. Juli 2011 von der durch den Beschluss hierzu
ermächtigten Angeklagten A. und dem Angeklagten B. unterschrieben. Der Vertrag sah eine Beendigung des aktiven
Dienstverhältnisses zwischen der R. gGmbH und dem Angeklagten B. mit Ablauf des 31. März 2014 sowie seine
vorherige Freistellung und Abberufung als Geschäftsführer zum 1. Oktober 2011 vor.
2. Das Landgericht hat angenommen, die Angeklagten M., A., E. und W. hätten durch ihre Zustimmung zur 9
Beschlussvorlage über den Änderungsvertrag ihre Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der R. gGmbH im Sinne
des § 266 Abs. 1 StGB verletzt und ihr dadurch einen Vermögensnachteil zugefügt. Dagegen umfasse die dem
Angeklagten B. obliegende Vermögensbetreuungspflicht nicht seine eigenen Vergütungsangelegenheiten; er habe
indes den Angeklagten M. zu dessen Tat angestiftet.
- Die Strafkammer hat die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht darin gesehen, dass die im Änderungsvertrag 10
getroffenen Regelungen über die Freistellung und Abberufung des Angeklagten B. als Geschäftsführer sowie über die
Vorverlegung seines Ruhestands nicht durch die Verfolgung legitimer öffentlicher Aufgaben gerechtfertigt gewesen
seien und der R. gGmbH keinen zukunftsbezogenen Nutzen gebracht hätten. Darüber hinaus hätten die angeklagten
Mitglieder der Gesellschafterversammlung nicht auf ausreichender Informationsgrundlage entschieden und keine
Alternativen zum Änderungsvertrag mit gegebenenfalls niedrigeren Folgekosten, namentlich einen Aufhebungsvertrag
zum Geschäftsführeranstellungsvertrag oder dessen außerordentliche Kündigung, in den Blick genommen.

Das Landgericht hat einen Gefährdungsschaden in Höhe von 1.197.762,67 € errechnet, indem es - bei Zugrundelegung einer Lebenserwartung von 80 Jahren - die ohne den Abschluss des Änderungsvertrags dem Angeklagten B. geschuldeten Gehalts- und Ruhegehaltszahlungen den geänderten Gehalts- und Ruhegehaltsverpflichtungen ihm gegenüber zuzüglich der für seine Nachfolger tatsächlich aufgewendeten Kosten gegenübergestellt hat. 11

II.

Das Urteil hält sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand, weil die vom Landgericht getroffenen Feststellungen nicht belegen, dass die Angeklagten M., A., E. und W. gemäß § 266 Abs. 1 Alternative 2 StGB ihre Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der R. gGmbH verletzt. 12

1. Allerdings ist das Landgericht auf der Grundlage der Urteilsfeststellungen im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass diese Angeklagten verpflichtet waren, die Vermögensinteressen der R. gGmbH wahrzunehmen, bei welcher der errechnete Gefährdungsschaden eingetreten war. 13

a) Zwar ist der Strafkammer nicht darin beizutreten, dass die Vermögensbetreuungspflicht auf § 7 Abs. 9 Buchst. b des Gesellschaftsvertrags zu stützen ist. Diese Regelung entspricht § 46 Nr. 5 GmbHG, der bestimmt, welche den Geschäftsführer betreffenden Angelegenheiten der Bestimmung durch die Gesellschafter vorbehalten bleiben, und die auch Änderungen des Anstellungsvertrags des Geschäftsführers umfasst (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 1991 - II ZR 169/90, NJW 1991, 1680, 1681; MüKo-GmbHG/Liebscher, 3. Aufl., § 46 Rn. 125). Als Organ der R. gGmbH hatte die Gesellschafterversammlung als solche nicht die gesellschaftsrechtliche Pflicht, „fremde“ (statt eigene) Vermögensinteressen wahrzunehmen; denn sie vertritt die Alleingesellschafterin. Bei Kapitalgesellschaften tritt deren oberstes Willensorgan für die Regelung der inneren Angelegenheiten an die Stelle der Gesellschaft als - von der Vermögensbetreuungspflicht begünstigte - Vermögensinhaberin. Dies ist bei einer GmbH die Gesamtheit ihrer Gesellschafter (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Mai 2012 - 3 StR 118/11, NJW 2012, 2366 Rn. 30) bzw. die Gesellschafterversammlung (vgl. Habersack/Casper/Löbbecke/Hüffer/Schäfer, GmbHG, 3. Aufl., § 45 Rn. 6 mwN). 14

b) Die Vermögensbetreuungspflicht der angeklagten Mitglieder der Gesellschafterversammlung ergibt sich jedoch aus den Regelungen der zur Tatzeit gültigen Niedersächsischen Gemeindeordnung (NGO). 15

aa) Den Urteilsgründen lässt sich hinreichend sicher entnehmen, dass die R. gGmbH eine Eigengesellschaft der Stadt Wi. im Sinne von § 108 Abs. 2 Nr. 2 NGO war. Der Angeklagte M. handelte „für die Stadt Wi. als Gesellschafterin“ (UA S. 95). Nach § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags bestand die Gesellschafterversammlung ausschließlich aus dem Oberbürgermeister und Mitgliedern des Stadtrats. Diese vertragliche Regelung nahm dabei ausdrücklich auf die Vorschrift des § 111 Abs. 2 Satz 1 NGO Bezug (UA S. 9), die für Unternehmen der Gemeinden im Sinne des § 108 Abs. 2 NGO galt. 16

bb) Für das Rechtsverhältnis zwischen der Stadt Wi. und ihren Vertretern in der Gesellschafterversammlung der R. gGmbH bedeutet dies: 17

Gemäß § 111 Abs. 1 Satz 2 NGO sind die Mitglieder der Gesellschafterversammlung verpflichtet, die Interessen der Gemeinde zu verfolgen. Nach § 114 Abs. 1 Satz 2 NGO hat die Gemeinde die Gesellschaft so zu steuern und zu überwachen, dass der öffentliche Zweck nachhaltig erfüllt und das Unternehmen wirtschaftlich geführt wird. Aus diesem Regelungsgefüge ergibt sich für die Gemeindevertreter in der Gesellschafterversammlung die Pflicht, ein sparsames und vernünftiges Wirtschaften des kommunalen Unternehmens sicherzustellen. 18

Die Angeklagten M., A., E. und W. waren hiernach als Mitglieder der Gesellschafterversammlung im Sinne des § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages nicht nur der Stadt Wi. als Alleingesellschafterin, sondern auch der R. gGmbH selbst gegenüber vermögensbetreuungspflichtig. 19

Die Vornahme unwirtschaftlicher oder außerhalb des Gesellschaftszwecks liegender Geschäfte, zu der die Gesamtheit der Gesellschafter bzw. die Gesellschafterversammlung von Kapitalgesellschaften nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen prinzipiell berechtigt ist (vgl. BGH, Urteil vom 27. August 2010 - 2 StR 111/09, BGHSt 55, 266 Rn. 36; Beschluss vom 15. Mai 2012 - 3 StR 118/11, NJW 2012, 2366 Rn. 30; OLG Jena, Beschluss vom 12. Januar 2011 - 1 Ws 352/10, juris Rn. 81), war ihnen daher verwehrt. Das Sparsamkeitsgebot, wonach der Staat „nichts verschenken“ darf, stellt ein allgemeines Prinzip der Haushaltsführung für den gesamten öffentlichen Bereich dar, das von allen Trägern hoheitlicher Gewalt unabhängig davon zu beachten ist, auf welcher Grundlage sie tätig werden (s. BGH, Urteil vom 24. Mai 2016 - 4 StR 440/15, NJW 2016, 3734 Rn. 11); es kommt in den Regelungen der §§ 108 ff. NGO über die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden in Unternehmen und Einrichtungen zum Ausdruck. 20

2. Die vom Landgericht getroffenen Feststellungen belegen jedoch nicht, dass die Angeklagten M., A., E. und W. ihre Vermögensbetreuungspflicht verletzt. 21
- a) Die Entscheidung über die Beendigung der Geschäftsführeranstellung stellt ein unternehmerisches Handeln dar. Hierfür gilt: 22
- aa) Nimmt der Vermögensbetreuungspflichtige unternehmerische Führungs- und Gestaltungsaufgaben wahr, ist ihm regelmäßig ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum eröffnet. Eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB liegt erst vor, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt wird oder das Verhalten des Vermögensbetreuungspflichtigen aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss (s. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2005 - 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331, 336, 344; Beschluss vom 26. November 2015 - 3 StR 17/15, BGHSt 61, 48 Rn. 57; Urteil vom 12. Oktober 2016 - 5 StR 134/15, NJW 2017, 578 Rn. 28 f.). Bewegt sich das Verhalten jenseits des äußeren Begrenzungsrahmens des unternehmerischen Entscheidungsspielraums, liegt ein Verstoß gegen gesellschaftsrechtliche Pflichten vor, der zugleich eine Pflichtwidrigkeit gemäß § 266 Abs. 1 StGB begründet. Ein solcher Pflichtenverstoß stellt sich - gleichsam „automatisch“ - als gravierend im Sinne der zur Begrenzung des Untreuetatbestands entwickelten Rechtsprechung (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Januar 2020 - 5 StR 366/19, BGHSt 64, 246 Rn. 17 mwN; ferner BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08, BVerfGE 126, 170, 210 f.) dar (s. BGH, Beschluss vom 26. November 2015 - 3 StR 17/15, BGHSt 61, 48 Rn. 60; Urteil vom 12. Oktober 2016 - 5 StR 134/15, NJW 2017, 578 Rn. 27). 23
- Nicht jede Missachtung der gebotenen Sorgfalt bei der Entscheidungsfindung begründet eine Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB, verletzt mithin die Vermögensbetreuungspflicht als Hauptpflicht. So liegt es namentlich bei einem Verstoß gegen Informations- und Prüfungspflichten. Ihm kommt im Grundsatz nur indizielle Bedeutung zu (s. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2005 - 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331, 344; Beschluss vom 26. November 2015 - 3 StR 17/15, BGHSt 61, 48 Rn. 57, 60; Urteile vom 12. Oktober 2016 - 5 StR 134/15, NJW 2017, 578 Rn. 31; vom 21. Februar 2017 - 1 StR 296/16, BGHSt 62, 144 Rn. 63). Wiegt er allerdings schwer, kann er - abhängig vom Charakter des zu beurteilenden unternehmerischen Handelns - schon für sich gesehen zu einer Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht führen (zu risikobehafteten Kreditvergaben und Fondsgeschäften von Banken vgl. BGH, Urteile vom 15. November 2001 - 1 StR 185/01, BGHSt 47, 148, 150, 152 f.; vom 21. Dezember 2005 - 3 StR 470/04, aaO; vom 13. August 2009 - 3 StR 576/08, BGHR StGB § 266 Abs. 1 Pflichtwidrigkeit 5 Rn. 27; vom 28. Mai 2013 - 5 StR 551/11, NStZ 2013, 715). 24
- Die Rechtsprechung zu § 266 Abs. 1 StGB korreliert mit der gesellschaftsrechtlichen Beurteilung, die als sog. Business Judgement Rule in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG für Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften kodifiziert (s. BGH, Urteil vom 12. Oktober 2016 - 5 StR 134/15, NJW 2017, 578 Rn. 29), jedoch allgemein anwendbar ist, soweit unternehmerisches Handeln im fremden Interesse bewertet wird (vgl. für den Geschäftsführer einer GmbH BGH, Beschluss vom 26. November 2015 - 3 StR 17/15, BGHSt 61, 48 Rn. 57). Diese Vorschrift schafft einen „Haftungsfreiraum“ (BT-Drucks. 15/5092, S. 10, 12); sie schließt eine Pflichtverletzung nach dem Maßstab des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG aus, „wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln“. Liegen die Voraussetzungen nicht vor, muss gleichwohl eine (Haupt-)Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds positiv festgestellt werden, um seine Verantwortlichkeit zu begründen. Der Verstoß gegen die Business Judgement Rule, etwa die Entscheidung auf unzulänglicher Tatsachengrundlage, indiziert allerdings in der Regel eine solche Pflichtverletzung (s. MüKo-AktG/Spindler, 5. Aufl., § 93 Rn. 47 mwN). Sie ist letztlich nur dann zu bejahen, wenn ein schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln vorliegt; der Leitungsfehler muss sich auch einem Außenstehenden förmlich aufdrängen (s. BGH, Urteil vom 12. Oktober 2016 - 5 StR 134/15, NJW 2017, 578 Rn. 31 mwN). 25
- Soweit Leitungspersonen ein unternehmerischer Entscheidungsspielraum eröffnet ist, haben die letztgenannten Kriterien - die Unvertretbarkeit des Handelns sowie die Evidenz des Leitungsfehlers - entsprechend für die Pflichtwidrigkeit gemäß § 266 Abs. 1 StGB zu gelten. 26
- bb) Aus dem Sparsamkeitsgebot ergibt sich nichts anderes. In ihm findet ebenfalls der äußere Begrenzungsrahmen des dem Unternehmer eingeräumten weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraums Ausdruck (s. BGH, Beschluss vom 20. Juni 2018 - 4 StR 561/17, NStZ-RR 2018, 349, 350 [für die privatwirtschaftlich betriebene GmbH]; ferner BGH, Beschluss vom 8. Januar 2020 - 5 StR 366/19, BGHSt 64, 246 Rn. 17 [für den Bereich der öffentlichen Verwaltung]). Eine im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB pflichtwidrige Verletzung dieses Gebots liegt regelmäßig erst dann vor, wenn eine sachlich nicht mehr zu rechtfertigende und damit - ersichtlich - unangemessene Gegenleistung gewährt wird (s. BGH, Beschluss vom 20. Juni 2018 - 4 StR 561/17, aaO; GJW/Waßmer, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., § 266 StGB Rn. 134). 27

b) An den dargelegten Maßstäben gemessen lässt sich den Urteilsfeststellungen keine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht entnehmen. Dies gilt sowohl für die Zustimmung der angeklagten Mitglieder der Gesellschafterversammlung zur Beschlussvorlage über den Änderungsvertrag (sogleich aa)) als auch für das Nichtergreifen der vom Landgericht angeführten Handlungsalternativen, von denen für die Gesellschafterversammlung aufgrund der unmissverständlichen Erklärung des Angeklagten B., für Verhandlungen nicht zur Verfügung zu stehen (vgl. UA S. 33), ernsthaft nur die außerordentliche Kündigung des Geschäftsführeranstellungsvertrags in Betracht gekommen wäre (unten bb)). 28

aa) Dass die von den Angeklagten M., A., E. und W. erklärte Zustimmung pflichtwidrig im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB war, wird von den Feststellungen nicht getragen. Die Strafkammer hat bei der Beurteilung der Pflichtwidrigkeit nicht alle maßgeblichen Gesichtspunkte bedacht. Nach den oben dargelegten Maßstäben wäre zu prüfen gewesen, ob bei einer Gesamtschau aller relevanten Umstände die Ermächtigung zum Abschluss des Änderungsvertrags gemessen am Status quo unvertretbar war; dabei kommt es für den äußeren Tatbestand grundsätzlich auf die objektive Sach- und Rechtslage, nicht die Vorstellungen der Angeklagten an. Da die Strafkammer nicht zu allen maßgeblichen Gesichtspunkten hinreichende Feststellungen getroffen hat, ist es dem Revisionsgericht verwehrt, die Pflichtwidrigkeit selbst zu beurteilen. 29

(1) Dem vom Landgericht zur Begründung der Pflichtwidrigkeit herangezogenen - unterschiedlich ausgeprägten - Informationsdefizit der Mitglieder der Gesellschafterversammlung sowie der auf der Grundlage der Feststellungen nicht abschließend beurteilbaren, möglicherweise gesetzwidrig unterbliebenen Unterrichtung des Stadtrats gemäß § 111 Abs. 4 Satz 1 NGO standen folgende gegen eine Pflichtwidrigkeit sprechende Umstände gegenüber: 30

(a) Nach den von der Strafkammer getroffenen Wertungen war die zwischen dem Eigenbetrieb der Stadt und der R. gGmbH bestehende umsatzsteuerliche Organschaft ohne den Abschluss des Änderungsvertrags „erheblich gefährdet“ (UA S. 76, 81). Es bestand die „Notwendigkeit der Personenidentität des Werkleiters mit dem Geschäftsführer der R. gGmbH für das Fortbestehen der steuerlichen Organschaft und damit (der) Umsatzsteuerfreiheit der Arbeitnehmerüberlassung von dem Eigenbetrieb an die R. gGmbH“ (UA S. 20; vgl. auch UA S. 11 f., 37). Nach den im Rahmen der Beweiswürdigung wiedergegebenen Angaben des Zeugen Rechtsanwalt Dr. En., der nachträglich mit der rechtlichen Aufarbeitung der Vorgänge rund um die den Angeklagten B. betreffenden Ruhegehaltsregelungen beauftragt worden war, hätte der Wegfall der umsatzsteuerlichen Organschaft zu jährlichen Steuerforderungen gegen die R. gGmbH von rund 10 Mio. € geführt (UA S. 81). Der Angeklagte B. hatte die Angeklagten M. und A. darauf, dass die Gesellschaft ihre „Gemeinnützigkeit verlieren“ werde, und die daraus resultierenden steuerlichen Folgen hingewiesen (UA S. 32 f.). 31

Infolgedessen ist bei der Beurteilung der Vermögensbetreuungspflichtverletzung in den Blick zu nehmen, dass die angeklagten Mitglieder der Gesellschafterversammlung durch ihre Zustimmung zur Beschlussvorlage über den Änderungsvertrag eine zeitgleiche Beendigung der Tätigkeit des Angeklagten B. sowohl als Eigenbetriebsleiter als auch als Geschäftsführer der R. gGmbH bewirkten, womit dem von der Strafkammer errechneten Gefährdungsschaden in Höhe von knapp 1,2 Mio. € der Vorteil einer nicht entstandenen Umsatzsteuerverbindlichkeit in Höhe von insgesamt 55 Mio. € gegenüberstanden haben könnte. Denn mit dem Ausscheiden des Angeklagten zum 1. Oktober 2011 trat in den zwei Unternehmen der Vertretungsfall ein; beider Geschicke waren von da an vom personenidentischen Stellvertreter, dem Zeugen K., zu bestimmen (UA S. 38). Allein hierdurch dürfte die umsatzsteuerliche Organschaft im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG aufrechterhalten worden sein; sie setzt insoweit voraus, dass der Organträger die Organgesellschaft durch die Art und Weise der Geschäftsführung beherrscht und seinen Willen in der Organgesellschaft durchsetzen kann (vgl. etwa Umsatzsteuer-Anwendungserlass vom 1. Oktober 2010, BStBl. I S. 846 [Stand 20. August 2020] S. 58). Bereits im Hinblick auf den drohenden Wegfall der umsatzsteuerlichen Organschaft ist dem Landgericht nicht darin zu folgen, dass die Regelungen im Änderungsvertrag der R. gGmbH von vornherein keinen zukunftsbezogenen Nutzen gebracht haben können, mit der Folge, dass sie per se pflichtwidrig gemäß § 266 Abs. 1 StGB wären (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2005 - 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331, 337 ff.). 32

Allerdings hätte sich die Strafkammer bei der Frage, ob die R. gGmbH ohne (faktische) Beendigung der Geschäftsführung durch den Angeklagten B. der umsatzsteuerlichen und gegebenenfalls weiterer steuerlicher Organschaften (vgl. etwa Umsatzsteuer-Anwendungserlass vom 1. Oktober 2010, BStBl. I S. 846 [Stand 20. August 2020] S. 56) verlustig gegangen wäre und welche finanziellen Konsequenzen dies nach sich gezogen hätte, nicht darauf beschränken dürfen, die Angaben des Zeugen Rechtsanwalt Dr. En. zu übernehmen. Vielmehr wären sämtliche für die umsatzsteuerliche Organschaft maßgebenden tatsächlichen Umstände festzustellen gewesen, um die aufgeworfenen Rechtsfragen eigenverantwortlich klären zu können. 33

(b) Darüber hinaus handelte es sich bei dem Angeklagten B. um einen (auch) aufgrund seiner Krebserkrankung nur noch eingeschränkt leistungsbereiten und -fähigen Beschäftigten. Nach den Urteilsfeststellungen war er im Februar 2011, also vor der Billigung des Änderungsvertrags, an Krebs erkrankt, zumindest bis zum 29. Juli 2011 arbeitsunfähig krankgeschrieben und ab Juli 2011 zu hundert Prozent schwerbehindert (UA S. 29). Die weiteren Feststellungen, 34

insbesondere die zum Teil wörtlich wiedergegebenen E-Mails des Angeklagten B., legen es nahe, dass er darüber hinaus bis mindestens zum Ende des Jahres 2011 allenfalls „tägl. ein paar Stunden“ arbeitsfähig war (UA S. 32 f.). Unter Berücksichtigung dessen ist es jedenfalls nicht ohne Weiteres sachwidrig, das Dienstverhältnis des Angeklagten unter Reduzierung der Gesamtbezüge vorzeitig zu beenden.

(2) Entgegen der Ansicht des Landgerichts (UA S. 75 f.) ist bei der Prüfung der Pflichtwidrigkeit ein etwaiges Vorverschulden der Angeklagten M. und B. durch den Abschluss des Altersteilzeitvertrags für den Eigenbetrieb nicht zu berücksichtigen. Für die Beurteilung der der Kognition der Strafkammer unterliegenden Tat kommt es maßgebend darauf an, ob das Verhalten der Mitglieder der Gesellschafterversammlung bei der Entscheidung über den Änderungsvertrag unter den gegebenen Bedingungen der Pflicht genügte, die Vermögensinteressen der R. gGmbH wahrzunehmen, nicht inwieweit eins der Mitglieder diese Bedingungen selbst vorwerfbar herbeigeführt hatte. Für eine Vorverlegung der Pflichtverletzung ist kein Raum. 35

bb) Dass die angeklagten Mitglieder der Gesellschafterversammlung es im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB pflichtwidrig unterließen, einen Beschluss über die außerordentliche Kündigung des Geschäftsführeranstellungsvertrags des Angeklagten B. herbeizuführen, wird von den Urteilsfeststellungen ebenso wenig getragen. 36

(1) Das Nichterwägen einer Handlungsalternative kann grundsätzlich nur dann zu einer Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht führen, wenn es sich als für das Vermögen des Geschäftsherrn voraussichtlich vorteilhaft erwiesen hätte, sie zu ergreifen. Für die außerordentliche Kündigung des Geschäftsführeranstellungsvertrags bedeutet dies, dass die Strafkammer deren tatsächliche Voraussetzungen und die zu erwartenden wirtschaftlichen Folgen in den Blick hätte nehmen müssen. 37

(2) Auf der Grundlage der vom Landgericht getroffenen Feststellungen und Wertungen lag zwar eine außerordentliche Kündigung des Geschäftsführeranstellungsvertrags nicht fern. Denn die erhebliche Gefährdung der umsatzsteuerlichen Organschaft, die durch den für den Eigenbetrieb geschlossenen Altersteilzeitvertrag verursacht worden war, hätte - vor dem Hintergrund von drohenden Umsatzsteuerforderungen in einer Gesamthöhe von 55 Mio. € - einen wichtigen Grund darstellen können (vgl. MüKo-BGB/Henssler, 8. Aufl., § 626 Rn. 37, 40 f.). Unter Umständen hätte auch die Krebserkrankung des Angeklagten B., gegebenenfalls in der Zusammenschau mit den Umsatzsteuerforderungen, zur außerordentlichen Kündigung berechtigen können (vgl. MüKo-BGB/Henssler aaO, Rn. 222 f.). Da der Ausübung dieses Gestaltungsrechts eine umfassende Interessenabwägung voranzugehen hat, die eine Bewertung des Einzelfalls unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfordert (s. MüKo-BGB/Henssler aaO, Rn. 88 ff.), bieten jedoch die Darlegungen in den Urteilsgründen keine ausreichende Grundlage für eine revisionsgerichtliche Nachprüfung der Wirksamkeit einer möglichen Kündigungserklärung. 38

Auch zu den wirtschaftlichen Konsequenzen einer außerordentlichen Kündigung verhalten sich die Urteilsgründe nicht. Es fehlt an einer Darstellung, ob und in welchem Ausmaß sie für das Vermögen der R. gGmbH vorteilhafter gewesen wäre; denn § 9 des Geschäftsführeranstellungsvertrags sah bei vorzeitiger Beendigung des Dienstverhältnisses ein bis zum Eintritt des Versorgungsfalls zu gewährendes Übergangsgeld vor. Hinzu kommt, dass in die Bewertung der Pflichtwidrigkeit des Absehens von der Kündigungserklärung auch hiermit verbundene tatsächliche Kosten und Risiken sowie gegebenenfalls ein längerer Zustand der Rechtsunsicherheit einbezogen werden müssten. Wäre, was naheliegt, der Angeklagte B. gegen die außerordentliche Kündigung gerichtlich vorgegangen, hätte sich der Prozess allein schon wegen seiner Dauer - gerade wegen eines drohenden Wegfalls der umsatzsteuerlichen Organschaft - finanziell nachteilig auswirken können. 39

3. Aufgrund der lückenhaften Feststellungen zur Haupttat der Angeklagten M., A., E. und W. ist auch die Verurteilung des Angeklagten B. wegen Anstiftung hierzu rechtsfehlerhaft. Deshalb ist das Urteil im gesamten Schuld- und Strafausspruch aufzuheben und die Sache zu erneuter Prüfung zurückzuverweisen. Es ist nicht sicher auszuschließen, dass die nunmehr zur Entscheidung berufene Strafkammer Tatsachen feststellen kann, die eine Strafbarkeit der Angeklagten begründen. Um ihr widerspruchsfreie Feststellungen zu ermöglichen, hebt der Senat die im ersten Rechtsgang getroffenen insgesamt auf. 40

4. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, dass, sollte sich die Strafkammer wiederum von einer Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht überzeugen, bei der Berechnung des Vermögensnachteils Folgendes zu bedenken sein wird: 41

- Wie der Generalbundesanwalt zutreffend dargelegt hat, begegnet es rechtlichen Bedenken, in der Gesamtsaldierung zusätzlich die Kosten für die Nachfolger des Angeklagten B. in der R. gGmbH als schadenserhöhende Position anzusetzen. Dies führt im Ergebnis zu einer Bewertung seiner der Gesellschaft in der Zeit zwischen dem 1. Oktober 2011 und dem 31. März 2017 entgangenen Arbeitskraft, welche die ihm nach dem Geschäftsführeranstellungsvertrag zu zahlende Vergütung übersteigt. 42

- Anders als der Generalbundesanwalt geltend gemacht hat, kann die entgangene Arbeitskraft des Angeklagten B. nicht ohne Weiteres mit dem im Geschäftsführeranstellungsvertrag vereinbarten vollen Gehalt gleichgesetzt werden, weil in Betracht zu ziehen ist, dass eine unvorhergesehene erheblich geminderte Leistungsfähigkeit den Wert der entgangenen Arbeitskraft beeinflusst. Bei deren Bewertung könnte somit die Krebserkrankung des Angeklagten B. zu berücksichtigen sein. 43

- Eine Auslegung der Regelung in § 7 Abs. 4 des Geschäftsführeranstellungsvertrags, welche die Bemessungsgrundlage für das Ruhegehalt 40 definiert, dahin, dass die „letzten fünf Zeitjahre vor Eintritt des Versorgungsfalls“ die ersten drei Rentenjahre des Angeklagten B. als Eigenbetriebsleiter vom 1. April 2014 bis zum 31. März 2017 mitumfassen, die jeweils mit 0 € anzusetzen seien, scheint im Hinblick auf § 157 BGB rechtlich bedenklich. Sie führt im Ergebnis zu einer Kürzung des Ruhegehalts, weil der nach § 7 Abs. 5 des Vertrags vorzunehmende Abzug von Versorgungsleistungen, die der Angeklagte wegen seiner Tätigkeit als Eigenbetriebsleiter beanspruchen kann, den auf diese Tätigkeit entfallenden Teil des Ruhegehaltsanspruchs deutlich übersteigt. 44