



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

6 StR 282/20

vom

14. Juli 2021

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen Untreue u.a.

Der 6. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 14. Juli 2021,
an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Sander,

Richterin am Bundesgerichtshof Dr. Schneider,

Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. König,

Richter am Bundesgerichtshof Fritsche,

Richterin am Bundesgerichtshof von Schmettau

als beisitzende Richter,

Staatsanwältin beim Bundesgerichtshof

als Vertreterin des Generalbundesanwalts,

Rechtsanwalt B.

als Verteidiger des Angeklagten S. ,

Rechtsanwalt M. ,

Rechtsanwältin Sc.

als Verteidiger des Angeklagten H. ,

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Hannover vom 23. April 2020 betreffend die Angeklagten S. und H. mit den Feststellungen aufgehoben.
2. Auf die Revision des Angeklagten H. wird das vorgenannte Urteil mit den Feststellungen aufgehoben.
3. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

- Von Rechts wegen -

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten H. wegen Betruges zu einer Geldstrafe verurteilt und eine Einziehungsentscheidung getroffen; den Angeklagten S. hat es freigesprochen. Die Staatsanwaltschaft wendet sich mit der Sachrüge gegen die Freisprechung des Angeklagten S. ; hinsichtlich des Angeklagten H. beanstandet sie dessen unterbliebene Verurteilung wegen Anstiftung zur Untreue in zwei Fällen sowie den Strafausspruch. Der Angeklagte H. wendet sich mit Verfahrensrügen und der Sachrüge gegen seine Verurteilung. Die Rechtsmittel haben Erfolg.

I.

2 1. Das Landgericht hat festgestellt:

3 Der Angeklagte S. war ab dem 11. Oktober 2013 Oberbürgermeister der Stadt H. , der Angeklagte H. war sein Geschäftsbereichsleiter. H. hatte als einziger Beamter des Leitungspersonals die Befähigung zum Richteramt und wurde intern als „Chefjurist“ bezeichnet. In Anbetracht seiner Qualifikation und der von ihm wahrgenommenen Aufgaben war er mit seiner Besoldung nach Besoldungsgruppe B 2 unzufrieden. Nachdem die Schaffung einer Dezernatsleiterstelle (Besoldungsgruppe B 7) für seinen Aufgabenbereich keine politische Mehrheit gefunden hatte, sandte er am 3. Dezember 2014 eine E-Mail an den Personaldezernenten der Stadt H. , den Verurteilten Hä. , mit den Fragen: „Kannst Du mit einer Zulage hinbekommen, dass ich netto wie B 7 bezahlt werde? (...) Welche Erhöhung der pensionswirksamen Bezüge kannst Du beim MI durchbekommen (B 4)?“. Hä. antwortete ohne Prüfung: „bekommen wir rechtlich und tatsächlich ohne Probleme hin“ sowie „ist möglich“. Dabei war ihm klar, dass die von H. konkret gewünschte Regelung „rechtlich so nicht möglich war“.

4 Im Februar 2015 zeichneten S. , H. und Hä. einen Beschlussantrag ab, der unter dem Punkt „Stellenhebung“ einen Personalmehraufwand für den Leiter des Geschäftsbereichs des Oberbürgermeisters von jährlich 15.546 Euro vorsah, was der Differenz einer Besoldung nach B 2 zu B 5 entsprach; die Ratsversammlung der Stadt H. folgte dem Antrag durch Beschluss vom 12. März 2015. Über einen innerhalb des Personalreferats auf Initiative des stellvertretenden Fachbereichsleiters K. von der Sachbearbeiterin N. erstellten Prüfvermerk zu diesem Vorgang, der zur Unzulässigkeit

der Stellenhebung gekommen und von K. an Hä. weitergeleitet worden war, waren S. und H. nicht informiert.

5 In Umsetzung des Ratsbeschlusses wies Hä. die Verwaltung am 17. April 2015 zur befristeten Auszahlung der höchstmöglichen Überstundenvergütung an. Dabei war ihm bekannt, dass seine Fachabteilung, namentlich die Zeugin N., im Zuge eines von ihm erteilten Berechnungsauftrags erneut rechtliche Bedenken geäußert hatte, weil die Zahlung einer Mehrarbeitsvergütung bei „B-Gehältern (...) gesetzlich nicht vorgesehen“ sei. Auf dieses Prüfergebnis wurde auch H., der die Rechtmäßigkeit einer solchen Zulagenzahlung selbst nicht geprüft hatte, am 20. April 2015 durch K. hingewiesen; „trotz Kenntnis seiner beamtenrechtlichen Treuepflicht gegenüber seinem Dienstherrn“ unterrichtete der Angeklagte H. den Angeklagten S. hierüber nicht.

6 Am 17. September 2015 wies Hä. den Zeugen K. an, H. anstelle der bisherigen Überstundenzulage „ab dem 01. November 2015 den Differenzbetrag zwischen B 2 und B 5 als Zulage unbefristet auszuzahlen“. Hä. äußerte hierbei wahrheitswidrig, das Vorgehen sei mit der Kommunalaufsicht abgestimmt. K. notierte die Aussage Hä. s auf der Rückseite eines Vermerks der Zeugin N. vom 17. Juli 2015, der die Unzulässigkeit einer Mehrarbeitsvergütung in einer anderen Personalangelegenheit zum Gegenstand hatte. Wegen fortbestehender Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Zulagenzahlung verfügte er eigenmächtig deren jährliche Befristung. Bedingt hierdurch stimmte Hä. in der Folgezeit jeweils jährlich deren Verlängerung zu.

7 H. war weiterhin unzufrieden mit seiner Besoldung und forderte am 5. Februar 2017 von Hä. unter anderem eine Erhöhung seiner Zulage „auf

den Differenzbetrag zu Besoldungsgruppe B 7“. Nachdem Hä. auf das neuerliche Ansinnen zunächst nicht eingegangen war, unterschrieb er auf Drängen H. s, der den Angeklagten S. in die E-Mail-Kommunikation nachrichtlich eingebunden hatte, am 19. Mai 2017 einen Ausdruck der Forderungsaufstellung. Diesen übergab er verbunden mit einem schriftlichen Prüfauftrag an K. , der ihn an die Zeugin N. weiterleitete. Sie gelangte mit Vermerk vom 29. Mai 2017 wiederum zu dem Ergebnis der Unzulässigkeit der Zulagenpraxis. Am 8. August 2017 informierte Hä. den Angeklagten S. , dass es „rechtliche Schwierigkeiten hinsichtlich der Umsetzung der neuen Forderungen“ des H. gebe, ohne S. jedoch den Vermerk zu übergeben. S. äußerte daraufhin, „wenn die Wünsche rechtlich nicht realisierbar wären, dann sei es so.“ Zu einer Erhöhung der Zulage kam es nicht.

8 Als Ende Oktober 2017 die Presse über ein im Zusammenhang mit Stellenbesetzungen gegen Hä. eingeleitetes Disziplinarverfahren berichtete und mutmaßte, dass es sich um eine „Retourkutsche“ S. s für eine durch Hä. abgelehnte Aufstockung des Gehalts eines engen Mitarbeiters handelte, forderte S. auf Rat des Angeklagten H. den Prüfvermerk vom 29. Mai 2017 an. Nachdem er den Vermerk am 24. Oktober 2017 überflogen hatte, wurde er sich bewusst, „dass die Zulagenzahlung an den Angeklagten H. offenbar nicht gesetzeskonform sei und gegen den Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung verstoßen könnte“. Er bat deshalb H. um Klärung dieser Frage. H. sprach mit dem Zeugen K. und der Zeugin D. über den Inhalt des Vermerks und seine Zulage. Zumindest einer der beiden Zeugen teilte ihm mit, es handele sich „inhaltlich um einen ‚alten Vermerk‘, dessen rechtliche Bewertung insofern überholt sei, als Hä. die Zulagenzahlung mit der Kommunalaufsicht abgestimmt habe“, was auch dem Vorstellungsbild der beiden Zeugen entsprach. H. teilte

S. das Ergebnis der von ihm erbetenen Prüfung „mit dem Tenor mit, also sei alles in Ordnung.“ Infolgedessen ging S. davon aus, die Zahlungen seien entgegen der Einschätzungen in dem Vermerk vom 29. Mai 2017 doch rechtmäßig, weil sich die in dem Vermerk geäußerte Rechtsauffassung bei der Prüfung durch die Aufsichtsbehörde nicht bestätigt habe, und wurde nicht weiter tätig.

9 Erst am 28. Mai 2018 veranlasste S. die Beendigung der Zahlungen, nachdem der für Kommunalaufsicht zuständige Abteilungsleiter im Landesinnenministerium ihm aus Anlass der Veröffentlichung des internen Prüfvermerks vom 17. Juli 2015 – mitsamt der handschriftlichen Ergänzung K. s – in der Presse mitteilte, dass das Ministerium einer Zulagenzahlung an H. nie zugestimmt habe.

10 2. a) Die Staatsanwaltschaft legt dem Angeklagten S. zur Last, spätestens im April 2017 von Hä. und H. über die Unzulässigkeit der Zahlungen informiert worden und am 4. April 2017 mit diesen übereingekommen zu sein, die Zahlung der Mehrarbeitsvergütung unverändert fortbestehen zu lassen und zu verlängern. Die bis 28. Mai 2018 erfolgten weiteren Auszahlungen an den Angeklagten H. habe er nicht verhindert.

11 Das Landgericht hat sich nicht davon überzeugen können, dass der Angeklagte S. Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der an H. gezahlten Zulage hatte, und ihn aus tatsächlichen Gründen freigesprochen. S. habe sich nach Erhalt des Vermerks am 24. Oktober 2017 über eine tatsächlich nicht erfolgte Abstimmung der Zulagenzahlung mit der Kommunalaufsicht und deren Einverständnis geirrt. Diesen Irrtum hat das Landgericht „auch aufgrund der normativen Ausgestaltung der Pflichtwidrigkeit des § 266 StGB“ als Tat-

umstandsirrturn gewertet; hilfsweise hat es die Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums verneint.

12 b) H. habe sich eines Betrugs durch Unterlassen schuldig gemacht, weil er trotz seiner aus dem Gespräch mit dem Zeugen K. am 20. April 2015 gewonnenen Erkenntnis, „dass die zeitnah an ihn zu zahlende Zulage im Widerspruch zu dem Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung stand“, den Angeklagten S. als seinen unmittelbaren Dienstvorgesetzten nicht entsprechend informiert habe. Seine beamtenrechtliche Treuepflicht, die ihn zur Überprüfung seiner Besoldungsmitteilungen auf deren Richtigkeit verpflichtete, habe er durch die Annahme der Zulagenzahlungen verletzt.

13 Eine H. mit der Anklage zur Last gelegte Anstiftung zur Untreue hat das Landgericht demgegenüber verneint. Beim Versand der E-Mail vom 3. Dezember 2014 habe er keine Kenntnis von einer möglichen Rechtswidrigkeit der von ihm begehrten Zulage gehabt, diese habe er erst durch die Unterredung mit K. am 20. April 2015 erlangt; er „handelte in Unkenntnis der rechtlichen Missbilligung der von ihm begehrten Zulagenzahlung und irrte sich daher über die grundsätzliche Möglichkeit einer Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht“. Eine Anstiftung zur Untreue durch die E-Mail vom 5. Februar 2017 scheide aus, weil „es zu keiner Umsetzung dieser Forderungen kam.“

II.

14 Die Revisionen der Staatsanwaltschaft haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des Urteils, hinsichtlich des Angeklagten H. auch zu seinen Gunsten (§ 301 StPO).

15 1. Der Freispruch des Angeklagten S. hält revisionsgerichtlicher Prüfung nicht stand. Denn das Landgericht hat den Unrechtsgehalt der Tat nicht ausgeschöpft und ist somit seiner Kognitionspflicht (§ 264 StPO) nicht ausreichend nachgekommen. Dies stellt einen sachlich-rechtlichen Mangel dar (vgl. BGH, Urteile vom 15. Juli 2020 – 6 StR 7/20, NStZ-RR 2020, 312; vom 10. Oktober 2018 – 2 StR 253/18). Nach den Feststellungen hat der Angeklagte S. den objektiven Tatbestand der Untreue verwirklicht.

16 a) Als Oberbürgermeister war er gegenüber der Stadt H. vermögensbetreuungspflichtig (vgl. dazu BGH, Urteile vom 9. Dezember 2004 – 4 StR 294/04, NStZ-RR 2005, 83, 84; vom 8. Mai 2003 – 4 StR 550/02, NStZ 2003, 540, 541; Beschlüsse vom 8. Januar 2020 – 5 StR 366/19, BGHSt 64, 246; vom 13. Februar 2007 – 5 StR 400/06, NStZ 2007, 579, 580; vom 13. April 2011 – 1 StR 592/10, NStZ 2011, 520).

17 aa) Die Treuepflicht umschreibt eine durch Eigenverantwortlichkeit geprägte, als Hauptpflicht geschuldete Geschäftsbesorgung in einer wirtschaftlich nicht ganz unbedeutenden Angelegenheit (vgl. BGH, Beschluss vom 13. September 2010 – 1 StR 220/09, BGHSt 55, 288, 297 f.; vgl. auch BVerfGE 126, 170, 203). Sie wird begründet durch Überantwortung einer Schutzfunktion für das Vermögen des Treugebers (§ 266 Abs. 1 StGB: „kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses“) und erweist sich deshalb

als Sonderpflicht zu dessen Schutz (vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 2004 – 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147, 154; Beschluss vom 26. November 2015 – 3 StR 17/15, BGHSt 61, 48, 62). In ihren Entstehungsvoraussetzungen und ihrem Pflichteninhalt entspricht sie damit einer Garantenpflicht (vgl. SSW-StGB/Saliger, 5. Aufl., § 266 Rn. 40; Otto in Handbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2021, § 55 Rn. 8 ff., 78; Ceffinato, Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, 2012, S. 142 f.), die nach der Rechtsprechung ebenfalls durch die Übertragung einer besonderen Schutzfunktion für das betroffene Rechtsgut gekennzeichnet ist (vgl. BGH, Urteile vom 3. Juli 2019 – 5 StR 132/18, BGHSt 64, 121, 129 mwN; vom 17. Juli 2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 48). Ihr Inhalt bestimmt sich demzufolge anhand des Umfangs des eingeräumten Verantwortungsbereichs sowie der rechtlichen Rahmenbedingungen der ausgeübten Tätigkeit (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Januar 2020 – 5 StR 366/19, BGHSt 64, 246, 247).

- 18 bb) Der Inhalt der Treuepflicht des Angeklagten wurde durch die rechtlichen Rahmenbedingungen seiner Tätigkeit als vertretungsberechtigter, für die Leitung und Beaufsichtigung der Verwaltung zuständiger Oberbürgermeister (vgl. §§ 85, 86 Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz – NKomVG) bestimmt. Er war nicht nur oberster Repräsentant der Stadt im Außenverhältnis, sondern auch letztentscheidungsbefugt hinsichtlich der Tätigkeiten der ihm unterstehenden Verwaltung. Insoweit oblagen ihm originäre Kontroll- und Leitungsaufgaben, die ihn im Zusammenspiel mit seiner Vermögensbetreuungspflicht zur Unterbindung rechtswidriger Schädigungen des Vermögens der Stadt durch Mitarbeiter ihrer Verwaltung verpflichteten. Die Gewährung der Zulagen an H. war – wie die Zeugin N. mehrfach in Vermerken niedergelegt hatte – offensichtlich rechtswidrig. Denn nach der Niedersächsischen Besoldungsordnung B (Anlage 1 zum Niedersächsischen Besoldungsgesetz – NBesG) sind den

Besoldungsgruppen ab einschließlich B 3 keine kommunalen Ämter zugeordnet; eine über B 2 hinausgehende Bewertung kommunaler Ämter ist demnach nicht möglich. Mehrarbeitsvergütungen können gemäß § 60 Abs. 3 Satz 3 des Niedersächsischen Beamtengesetzes (NBG) nur an Beamtinnen und Beamte mit aufsteigender Besoldung (Besoldungsgruppe A) gezahlt werden.

19 b) Der Angeklagte S. hat nicht die seiner Vermögensbetreuungspflicht entsprechenden Maßnahmen zum Schutz des Vermögens der Stadt H.

ergriffen, indem er gerade den Angeklagten H. mit der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Zulagenzahlung betraute, dessen Antwort unkritisch in dem Wissen hinnahm, dass diese dem Prüfergebnis seiner Fachabteilung widersprach, und die Fortführung der Zulagenzahlungen dementsprechend nicht unterband.

20 aa) Zur Pflichterfüllung kann der Treuepflichtige entweder selbst tätig werden oder im Wege der Arbeitsteilung Dritte hiermit befassen (vgl. BGH, Beschluss vom 13. September 2010 – 1 StR 220/09, BGHSt 55, 288, 303; vgl. auch BGH, Urteil vom 12. Januar 1956 – 3 StR 626/54, BGHSt 9, 203, 210; Ceffinato, aaO, S. 259). Delegiert er die Abwehr von Vermögensschäden an Mitarbeiter, konkretisiert sich der Inhalt seiner Vermögensbetreuungspflicht zu einer Organisationspflicht und verlangt neben der ordnungsgemäßen Auswahl des Beauftragten bei Anhaltspunkten für Vermögensschädigungen dessen Kontrolle. Dies folgt aus der Einordnung der Vermögensbetreuungspflicht als Sonderpflicht, für die der Bundesgerichtshof bei Arbeitsteilung in Unternehmen die Haftung des Sonderpflichtigen für ein Organisationsverschulden anerkannt hat (vgl. BGH, Urteile vom 21. April 1964 – 1 StR 72/64, BGHSt 19, 286, 288 f.; vom 31. Januar 2002 – 4 StR 289/01, BGHSt 47, 224, 230 f.; Beschlüsse vom 28. Mai 2002 – 5 StR 16/02, BGHSt 47, 318, 325; vom 14. Dezember 1999 – 5 StR 520/99,

wistra 2000, 136; BGH, Urteil vom 15. Oktober 1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370, 378). Ob es sich um eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisationseinheit handelt, macht im Hinblick auf den Pflichteninhalt keinen Unterschied, weil die Sonderpflicht unabhängig davon den Schutz des überantworteten Rechtsguts verlangt.

21 bb) Die ihm obliegende Vermögensbetreuungspflicht hat der Angeklagte S. verletzt. Er hat trotz Anhaltspunkten für eine Schädigung des Vermögens der Stadt weder sich selbst durch Einholung von Informationen eine hinreichende Grundlage verschafft, um beurteilen zu können, ob die Zahlungen an H. rechtswidrig und daher abzustellen waren, noch hat er den mit der Abwehr der Vermögensschädigung von ihm Betrauten ordnungsgemäß ausgewählt. Denn er hat die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Zulagenzahlungen an den Angeklagten H. und mithin an den von dieser Praxis Begünstigten delegiert (vgl. auch § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 VwVfG i.V.m. § 1 Niedersächsisches Verwaltungsverfahrensgesetz – NVwVfG). Da H. im Falle eines negativen Ergebnisses seiner Recherchen mit erheblichen gegen ihn gerichteten Rückzahlungsansprüchen rechnen musste, war er für eine Wahrnehmung der Vermögensinteressen der Stadt H. jedenfalls insoweit erkennbar ungeeignet.

22 cc) Der Senat braucht dabei nicht zu entscheiden, ob der Schwerpunkt des dem Angeklagten S. vorwerfbaren Verhaltens in einem Unterlassen (der eigenen Erfüllung der Vermögensbetreuungspflicht) oder einem aktiven Tun (der fehlerhaften Auswahl des Delegaten) zu sehen ist. Denn eine Sonderpflicht, wie sie die Vermögensbetreuungspflicht bei § 266 StGB darstellt, kann sowohl durch Tun als auch durch Unterlassen verletzt werden, weil sie von dem Sonderpflichtigen die Sicherung des geschützten Rechtsguts verlangt (vgl. BGH, Urteile

vom 28. Juli 2011 – 4 StR 156/11, NJW 2011, 2819; vom 29. August 2008 – 2 StR 587/07, BGHSt 52, 323, 333 f.; vom 6. Dezember 2001 – 1 StR 215/01, BGHSt 47, 187, 201 f.; vom 21. Juli 1989 – 2 StR 214/89, BGHSt 36, 227, 228; vom 17. Dezember 1953 – 4 StR 483/53, BGHSt 5, 187, 190; Beschluss vom 29. Januar 2015 – 1 StR 587/14, NJW 2015, 1190, 1191; Schönke/Schröder/Perron, StGB, 30. Aufl., § 266 Rn. 35).

23 Daran ändert sich nichts, wenn man zur Begründung einer Untreue durch Unterlassen § 13 Abs. 1 StGB heranzieht (so BGH, Urteile vom 7. September 2011 – 2 StR 600/10, NJW 2011, 3528, 3529; vom 29. August 2008 – 2 StR 587/07, BGHSt 52, 323, 334). Denn die Vermögensbetreuungspflicht stellt als Sonderpflicht eine Garantienpflicht dar. Angesichts der konkreten Pflichtstellung des Angeklagten S. steht dabei außer Zweifel, dass der Unrechtsgehalt seiner das Vermögen der Stadt H. schädigenden Untätigkeit dem eines aktiven Tuns entsprach. Damit liegen auch die Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 StGB vor.

24 dd) Eine Restriktion nach den vom Landgericht in der Sache angesprochenen Grundsätzen der Haushaltsuntreue (vgl. BGH, Urteile vom 8. April 2003 – 5 StR 448/02, NJW 2003, 2179, 2180; vom 4. November 1997 – 1 StR 273/97, BGHSt 43, 293, 296 f.; vom 21. Oktober 1994 – 2 StR 328/94, BGHSt 40, 287, 294 f.) muss in einem Fall wie dem vorliegendem, in dem der Amtsträger die Bereicherung eines Dritten an öffentlichen Geldern geschehen lässt, nicht vorgenommen werden (vgl. Saliger in Handbuch des Strafrechts, Besonderer Teil, 2020, § 35 Rn. 108). Denn nach den Feststellungen war die Zahlung einer Zulage an den Angeklagten H. rechtswidrig, weshalb ein Entscheidungsspielraum der mit dem Umgang öffentlichen Vermögens Betrauten, anders als in den Fällen der Haushaltsuntreue (vgl. BVerfGE 126, 170, 217 f.; BGH, Beschluss vom

8. Januar 2020 – 5 StR 366/19, BGHSt 64, 246, 248; vgl. auch Ceffinato, ZIP 2018, 453, 459), von vornherein nicht in Betracht kommt. Auch ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch für durch den Angeklagten H. geleistete Mehrarbeit bestand nach den Feststellungen nicht.

25 2. Die Verurteilung des Angeklagten H. wegen Betruges durch Unterlassen begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Das Landgericht hat eine auf Aufklärung der Stadt H. gerichtete und im Hinblick auf deren Vermögen bestehende Garantenpflicht des Angeklagten H. nicht tragfähig begründet.

26 a) Einen Betrug durch Unterlassen begeht, wer aufgrund einer besonderen Einstandspflicht gerade für die vermögensrechtliche Entscheidungsfreiheit des anderen „auf Posten gestellt“ ist (vgl. BGH, Urteil vom 16. November 1993 – 4 StR 648/93, BGHSt 39, 392, 398). Dem Täter muss demnach eine Schutzfunktion im Sinne eines überantworteten sozialen Einflussbereichs für das durch § 263 StGB geschützte Vermögen des Opfers zukommen (BGH, Urteil vom 17. Juli 2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 48; Beschluss vom 8. März 2017 – 1 StR 466/16, BGHSt 62, 72, 76). Im Bereich des § 263 StGB, der bei aktiven Begehungsweisen durch das Tatbestandsmerkmal der Täuschung eine kommunikative Beziehung zwischen Täter und Opfer fordert, muss diese vermögensrelevante Schutzpflicht gerade auf Aufklärung gerichtet sein (vgl. schon RG, Urteil vom 17. März 1890 – 403/90, RGSt 20, 326, 333; RG, Urteil vom 7. Dezember 1939 – 2 D 645/39, 73, 393, 395), um eine dem Opfervermögen zurechenbare, irrtumsbedingte Vermögensverfügung zu verhindern. Inhalt und Umfang der Garantenpflicht bestimmen sich nach dem konkreten Pflichtenkreis, den der Verantwortliche übernommen hat (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juli 2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 49; RG, Urteil vom 14. Juli 1933 – I ZR 753/33,

RGSt 67, 289, 292). Jedenfalls insoweit können die Aufklärungspflicht und eine Vermögensbetreuungspflicht nach § 266 StGB deckungsgleich sein (vgl. auch BGH, Beschluss vom 8. März 2017 – 1 StR 466/16, BGHSt 62, 72, 79).

27 b) Entgegen der Auffassung des Landgerichts begründet die Beamtenstellung als solche noch keine vermögensrelevante Aufklärungspflicht. Insbesondere besagt die dem beamtenrechtlichen Statusverhältnis innewohnende Treuepflicht des Beamten gegenüber seinem Dienstherrn als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums nichts über eine etwaige Vermögensrelevanz (vgl. zu deren Inhalt BVerfGE 119, 247, 264; 39, 334, 346 ff.; 21, 329, 345); mit der Zahlung der Bezüge ist vielmehr das Grundverhältnis des Beamten zu seinem Dienstherrn betroffen.

28 Soweit sich das Landgericht – ebenso wie vereinzelt die obergerichtliche Rechtsprechung (vgl. OLG Köln, Urteil vom 12. Oktober 1982 – 1 Ss 553/82, JMBl NW 1983, 184) – zur Begründung einer Aufklärungspflicht auf Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Rückzahlung überzahlter Bezüge beruft (vgl. BVerwGE 32, 228, 231; BVerwG, NVwZ-RR 2012, 930, 931), überzeugt dies nicht. Die genannten verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen befassen sich nicht mit der Entstehung einer vermögensrelevanten Treuepflicht in Form einer Garantienpflicht, sondern äußern sich aufgrund des Verweises des Bundesbesoldungsgesetzes auf das Bereicherungsrecht (§ 12 Abs. 2 BBesG) lediglich zum Maßstab der Offensichtlichkeit einer Überzahlung, das heißt zu dem für eine Entreichung maßgeblichen Sorgfaltsmaßstab. Dieser begründet naturgemäß nicht die Überantwortung eines besonderen strafrechtsrelevanten Pflichtenbereichs.

29 3. Die Ablehnung einer Strafbarkeit des Angeklagten H. wegen Anstiftung des Angeklagten Hä. zur Untreue begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Die rechtsfehlerfreien Feststellungen tragen entgegen der Revision einen Schuldspruch wegen Anstiftung zur Untreue nicht. Insbesondere hat das Landgericht nicht festgestellt, dass die E-Mail des Angeklagten H. vom 5. Februar 2017 für die Entscheidung des Verurteilten Hä. zur Verlängerung der Zulagenzahlungen mitursächlich war; eine Aufklärungsrüge ist nicht erhoben.

30 4. Der Angeklagte H. kann sich aber wegen (täterschaftlich begangener) Untreue strafbar gemacht haben, indem er ungeachtet des ihm als „Chefjuristen“ der Stadt (§ 107 Abs. 1 Satz 2 NKomVG) durch S. erteilten Auftrags eine Prüfung der Gesetzeskonformität der Zulagenzahlung nicht pflichtgemäß vornahm.

31 a) Als der Angeklagte S. ihn mit der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Zulagenzahlungen beauftragte und H. diesen Auftrag annahm, delegierte S. seine Vermögensbetreuungspflicht insoweit auf H. .

32 aa) Die Möglichkeit einer Übertragung von Vermögensbetreuungspflichten ist durch den Bundesgerichtshof anerkannt (vgl. BGH, Urteile vom 6. Mai 1952 – 1 StR 60/52, BGHSt 2, 324; vom 10. November 1959 – 5 StR 337/59, BGHSt 13, 330, 331 f.; vom 28. Januar 1983 – 1 StR 820/81, BGHSt 31, 232; vom 13. Mai 2004 – 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147, 161; Beschlüsse vom 23. August 1995 – 5 StR 371/95, BGHSt 41, 224, 229; vom 31. Juli 2009 – 2 StR 95/09, BGHSt 54, 52, 58 f.).

33 bb) Der Senat kann hier dahinstehen lassen, ob sich die Übertragung der Vermögensbetreuungspflicht nach den Voraussetzungen des § 14 StGB oder

denjenigen einer Übernahmegarantenstellung richtet (vgl. Ceffinato, aaO, S. 347 ff.). Zweck der insoweit strengeren Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StGB ist es, unangemessene Verantwortungszuweisungen an Hilfspersonen sowie eine unklare Verteilung von Verantwortlichkeiten zu vermeiden (vgl. BGH, Urteil vom 7. April 2016 – 5 StR 332/15, NStZ 2016, 460, 462; BT-Drucks. V/1319, S. 65; Ceffinato, aaO, S. 321 f.). Erforderlich ist deshalb, dass die Beauftragung zweifelsfrei erfolgt und ausreichend konkret ist, damit für den Beauftragten das Ausmaß der von ihm zu erfüllenden Pflichten eindeutig erkennbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 7. April 2016 – 5 StR 332/15; NStZ 2016, 460, 462; Beschluss vom 12. September 2012 – 5 StR 363/12, BGHSt 58, 10, 12). Für die Begründung einer Übernahmegarantenstellung genügt demgegenüber die tatsächliche Übernahme des Pflichtenkreises (vgl. BGH, Urteil vom 31. Januar 2002 – 4 StR 289/01, BGHSt 47, 224, 229; Schönke/Schröder/Bosch, aaO, § 13 Rn. 26a).

34 Vorliegend hat der Angeklagte S. mit der für das Stadtvermögen relevanten Prüfung der Rechtmäßigkeit der Zulagenzahlung gerade den Angeklagten H. beauftragt, der als Einziger die Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 Satz 2 NKomVG erfüllte, demzufolge dem Leitungspersonal der Stadt ein Beamter mit der Befähigung zum Richteramt angehören musste. Mit dieser besonderen Anforderung will das Gesetz dem verfassungsrechtlichen Gebot der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns (Art. 20 Abs. 3 GG) Rechnung tragen (vgl. Blum/Häusler/Meyer/Weidemann, Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz, 4. Aufl., § 107 Rn. 7; Dietlein/Mehde, Kommunalrecht Niedersachsen, 2020, § 107 Rn. 19). Aufgrund seiner herausgehobenen Stellung als Mitglied des Leitungspersonals der Landeshauptstadt verbunden mit dem Alleinstellungsmerkmal seiner fachlichen Qualifikation war dem Angeklagten H. das Ausmaß der ihm übertragenen Pflicht ohne Weiteres eindeutig erkennbar. Für

rechtliche Fragen, die sich auf Leitungsebene ergaben, war er ohnehin zuständig.

35 Dass es sich bei dem übertragenen Pflichtenkreis lediglich um einen Ausschnitt aus der umfassenden Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten S. handelt, steht einer Übernahme nicht entgegen; § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StGB verdeutlicht vielmehr die Zulässigkeit einer Einzelbeauftragung. Mit der Übernahme der übertragenen Aufgabe hat H. das Vertrauen S. in seine verantwortliche Mitwirkung bei der Abwendung der Gefahr für das Vermögen der Stadt begründet (vgl. dazu BGH, Urteil vom 31. Januar 2002 – 4 StR 289/01, BGHSt 47, 224, 232), womit er im Umfang des übertragenen Aufgabenbereichs in die Vermögensbetreuungspflicht S. s eingerückt ist.

36 b) Diese Pflicht hat H. nach den Feststellungen verletzt. Denn obwohl ihm der auf stichhaltige rechtliche Argumente gestützte Vermerk der Zeugin N. bekannt war und trotz eigener Zweifel an der durch den Angeklagten Hä. in anderen Fällen geübten Zulagenpraxis („Gefälligkeitssystem“, vgl. UA S. 28), begnügte er sich mit der nicht weiter hinterfragten Auskunft der Zeugen K. und/oder D., der Angeklagte Hä. habe die Zulagenzahlung mit der Kommunalaufsicht abgestimmt. Diese Information gab er als Ergebnis seiner „Prüfung“ an S. weiter, der daraufhin keinen Anlass sah, für die Beendigung der Zulagenzahlungen zu sorgen.

37 5. Der Senat hebt auch die – an sich rechtsfehlerfreien – Feststellungen auf. Hinsichtlich des Angeklagten S. können sie nicht bestehen bleiben, weil sie ihn belasten und er sie mangels Beschwer nicht mit einem Rechtsmittel angreifen konnte (vgl. BGH, Urteile vom 15. Juli 2020 – 6 StR 7/20, NStZ-RR

2020, 312; vom 5. Februar 2020 – 5 StR 390/19, NStZ-RR 2021, 119, 120). Betreffend den Angeklagten H. waren sie aufzuheben, um dem neuen Tatgericht insgesamt widerspruchsfreie Feststellungen zu ermöglichen.

III.

38 Das Urteil war aus den unter II.2 genannten Gründen auch auf die Revision des Angeklagten H. aufzuheben.

IV.

39 Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

40 1. Nach den bisherigen Feststellungen liegt die Annahme eines strafrechtlich relevanten Irrtums des Angeklagten S. nicht nahe. Zwar ist durch den Bundesgerichtshof noch nicht abschließend entschieden, wie Irrtümer im Rahmen von § 266 StGB zu behandeln sind, wobei das Pflichtwidrigkeitsmerkmal eher als normatives Tatbestandsmerkmal verstanden wird (vgl. BGH, Urteile vom 17. September 2009 – 5 StR 521/08, BGHSt 54, 148, 161 f.; vom 21. Dezember 2005 – 3 StR 470/04, NJW 2006, 522, 531 [insoweit nicht abgedruckt in BGHSt 50, 331]). Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen besteht die Treuepflichtverletzung aber bereits in der unzureichenden Sachaufklärung durch Beauftragung des Begünstigten H. . Hierdurch hat der Angeklagte S. – was er auch wusste – eine Gefahr für das Vermögen der Stadt H.

begründet, weshalb ein zeitlich späterer, zudem aus der von ihm begangenen Pflichtverletzung resultierender Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Zahlung unbeachtlich bleibt. In subjektiver Hinsicht wird das neue Tatgericht freilich

das – nach den bisherigen Feststellungen allerdings naheliegende – Vorliegen eines wenigstens bedingten Vorsatzes hinsichtlich des Vermögensnachteils der Stadt zu erörtern haben.

41 2. Sollte das Landgericht eine Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten H. infolge der Aufgabenübertragung im Oktober 2017 annehmen, träte ein durch die Verletzung dieser Pflicht ebenfalls in Betracht kommender Betrug durch Unterlassen im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück.

Sander

Schneider

König

Fritsche

von Schmettau

Vorinstanz:

Hannover, LG, 23.04.2020 - 1151 Js 37962/18 70 KLS (12/19) 20 Ss 20/20