

Gericht:	BGH 5. Strafsenat
Entscheidungsdatum:	08.01.2020
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	5 StR 366/19
ECLI:	ECLI:DE:BGH:2020:080120B5STR366.19.0
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Norm:	§ 266 StGB
Zitiervorschlag:	BGH, Beschluss vom 08. Januar 2020 – 5 StR 366/19 –, juris

Haushaltsuntreue eines Oberbürgermeisters durch gravierende Pflichtverletzung im Rahmen eines Vergabeverfahrens

Leitsatz

1. Ein Entscheidungsträger handelt im Bereich der öffentlichen Verwaltung nicht stets pflichtwidrig, wenn er nicht das sparsamste im Sinne des niedrigsten Angebots wählt. Beim Unterlassen eines Preisvergleichs oder einer Ausschreibung kommt eine Strafbarkeit nur bei evidenten und schwerwiegenden Pflichtverstößen in Betracht. (Rn.17)
2. Ein Vermögensnachteil kann bei der Haushaltsuntreue auch nach den Grundsätzen des persönlichen Schadenseinschlags eintreten. (Rn.21)

Fundstellen

NSW StGB § 266 (BGH-intern)

NJW 2020, 628-631 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend LG Saarbrücken, 21. Februar 2019, 4 Kls 3/18

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Christian Brand, NJW 2020, 631 (Anmerkung)

Tenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Saarbrücken vom 21. Februar 2019 mit den Feststellungen aufgehoben; ausgenommen bleiben die Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen mit Ausnahme derjenigen zum Untreueschaden.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

3. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Untreue zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Die Revision des Angeklagten ist mit der Sachrüge – wie aus der Beschlussformel ersichtlich – überwiegend erfolgreich, im Übrigen aber im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO unbegründet (vgl. Antragsschrift des Generalbundesanwalts).

I.
- 2 1. Das Landgericht hat Folgendes festgestellt:
- 3 a) Der Angeklagte war seit 1. Oktober 2014 verbeamteter Oberbürgermeister der Kreisstadt H. . Diese beschäftigt etwa 450 Mitarbeiter und verwaltet einen Haushalt in Höhe von 90 bis 100 Millionen Euro. Nach der Geschäftsordnung des Stadtrats der Stadt H. war der Angeklagte zur eigenständigen Vergabe von Aufträgen bis zu einer Höhe von 25.000 Euro berechtigt. Höhere Ausgaben hatten der Stadtrat oder ein Ausschuss zu beschließen.
- 4 Seit mehreren Jahren gab es Hinweise darauf, dass Mitarbeiter des städtischen Baubetriebshofs während der Arbeitszeit private Tätigkeiten verrichteten, insbesondere im Staatsforst Holz fällten und auf eigene Rechnung verkauften. In seinem Wahlkampf 2014 hatte der Angeklagte versprochen, diese Missstände als Oberbürgermeister zu beseitigen; er wurde gewählt und trat am 1. Oktober 2014 sein Amt an.
- 5 Im Jahr 2015 verdichteten sich die Hinweise auf straf- und arbeitsrechtliches Fehlverhalten. Der Angeklagte bat den Leiter des Rechtsamts J. um Prüfung, ob die Überwachung von Mitarbeitern durch eine Detektei rechtmäßig sei, was dieser nach Recherche bejahte. In einer Fachbereichsleiterbesprechung Anfang September 2015 kamen die Beteiligten (Leiter der Kämmerei W. , Hauptamtsleiter M. , Leiter des Rechtsamts J. und der Angeklagte) überein, eine Detektei zu suchen und die Beauftragung geheim zu halten; die Kosten sollten aus dem Haushaltstitel „Personalbudget“ bezahlt werden. Aufgrund einer Anzeige in der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW) vereinbarte der Zeuge J. mit der in D. ansässigen Detektei K. C. einen Termin mit deren Geschäftsführer L. und dem Angeklagten am 1. Oktober 2015.
- 6 Bei diesem Termin erteilte der Angeklagte der Detektei den Überwachungsauftrag. Als Nettopreise wurden für jeden eingesetzten Detektiv 100 Euro pro Stunde zwischen 8 und 18 Uhr an Werktagen sowie 150 Euro pro Stunde für die sonstige Zeit und an Samstagen und Sonntagen, die Übernahme von Sachkosten und Übernachtungskosten nach Aufwand sowie 15 Euro „Bereitstellungspauschale“ für jeden eingesetzten Pkw pro Stunde zuzüglich einer Kilometerpauschale von 1,30 Euro vereinbart. Zusätzlich waren für die Abwicklung des Auftrags 25 % des Rechnungsnettoetrages als „Besondere Verwaltungs- und Bearbeitungskosten“ vorgesehen. Der Vertrag konnte ohne Einhaltung einer

Kündigungsfrist jederzeit beendet werden. Eine Überprüfung der Marktüblichkeit dieser Preise erfolgte nicht.

- 7 In Umsetzung des Vertrages begann am 1. November 2015 die Überwachung von drei Mitarbeitern des Baubetriebshofs durch zunächst zwei Detektive. Am 4. November 2015 wurde sie durch den Angeklagten auf Anraten des Zeugen L. auf drei Detektive erweitert. Dieser informierte den Angeklagten telefonisch regelmäßig über den Sachstand. Am 3. Dezember 2015 kam es auf Wunsch von L. zu einer Besprechung zwischen ihm, dem Angeklagten und den Zeugen M. und W. . Dabei wurden als Ergebnis der bisherigen Überwachung Videosequenzen gezeigt, auf denen Mitarbeiter der Stadt dabei waren, im Wald Holz zu sammeln und zu verladen. Eine Abschlagszahlung für die bisherigen Leistungen in Höhe von 100.000 Euro wurde vereinbart und am 6. Dezember 2015 nebst Umsatzsteuer gezahlt.
 - 8 Der Angeklagte ließ die Überwachung bis 18. Dezember 2015 fortführen. Anschließend stellte die Detektei eine Rechnung über 276.762,43 Euro netto (328.157,29 Euro brutto), die der Angeklagte im Januar 2016 als sachlich und rechnerisch richtig abzeichnete und zur Zahlung freigab. Die Stadt H. zahlte in der Folgezeit darauf lediglich weitere 140.004,26 Euro, einschließlich der Abschlagszahlung also insgesamt 259.004,26 Euro brutto. Bezüglich des Restbetrages in Höhe von knapp 70.000 Euro berief sich der Zeuge J. darauf, dass die Vereinbarung des pauschalen Aufschlags in Höhe von 25 % unwirksam, die erbrachte Leistung teilweise mangelhaft und der Einsatz der Detektive nicht wirtschaftlich erfolgt sei. Die Detektei macht den Restbetrag klageweise gegen die Stadt H. geltend.
 - 9 b) Zum Vorsatz des Angeklagten hat das Landgericht festgestellt, die Überwachung habe nach seiner Vorstellung von vornherein mindestens bis zum 18. Dezember 2015 erfolgen sollen. Er sei sich bei der Beauftragung bewusst gewesen, dass er damit den ihm eingeräumten Verfügungsrahmen von 25.000 Euro überschreite. Zudem habe er bei Abschluss des Vertrages billigend in Kauf genommen, dass die Preise der Detektei über dem üblichen Marktpreis lägen, die Stadt H. deshalb mit unnötig hohen Kosten belastet würde und ihr in Höhe der Differenz zwischen der vereinbarten Vergütung und dem Marktpreis ein Schaden entstehe.
 - 10 c) Nach Auffassung der Strafkammer ist der Stadt H. ein „Vermögens(gefährdungs)schaden“ in Höhe von mindestens 133.633,95 Euro entstanden. In diesem Umfang lägen die von der Detektei verlangten Preise über dem von einem Sachverständigen durch verdeckte Befragung von Marktteilnehmern ermittelten durchschnittlichen Marktpreis. Da die Stadt bislang nur einen Teil der Schlussrechnung bezahlt habe, habe sich der Schaden bislang lediglich in Höhe von 64.480,92 Euro realisiert.
- II.
- 11 Die Revision des Angeklagten führt mit der Sachrüge zur überwiegenden Aufhebung des Urteils. Das Landgericht ist für die Frage einer Untreuestrafbarkeit teils von einem fal-

schen rechtlichen Maßstab ausgegangen, teils sind die Feststellungen nicht durch eine tragfähige Beweiswürdigung belegt.

- 12 1. Dem Angeklagten kam, wie die Strafkammer zutreffend festgestellt hat, als vertretungsberechtigtem Oberbürgermeister (vgl. § 59 des saarländischen Kommunalverwaltungsgesetzes, KSVG) eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Stadt H. zu (vgl. zur Treupflicht von Bürgermeistern nur BGH, Urteile vom 8. April 2003 – 5 StR 448/02, NStZ 2003, 541; vom 8. Mai 2003 – 4 StR 550/02, NStZ 2003, 540; vom 9. Dezember 2004 – 4 StR 294/04, NStZ-RR 2005, 83; vom 29. August 2007 – 5 StR 103/07, NStZ 2008, 87, und vom 24. Mai 2016 – 4 StR 440/15, NStZ 2016, 600; Beschlüsse vom 25. April 2006 – 1 StR 539/05, wistra 2006, 306; vom 13. Februar 2007 – 5 StR 400/06, NStZ 2007, 579; vom 13. April 2011 – 1 StR 592/10, NStZ 2011, 520, und vom 19. September 2018 – 1 StR 194/18, NJW 2019, 378; vgl. zu Untreuehandlungen im Rahmen kommunaler Tätigkeit auch BGH, Beschluss vom 25. April 2019 – 1 StR 427/18, ZWH 2019, 282; Saliger/Schweiger, ZG 2018, 16; AnwK-StGB/Esser, 2. Aufl., § 266 Rn. 271 ff.; Meyer, KommJur 2010, 81; Mansdörfer, DVBl 2010, 479; Kiethe, NStZ 2005, 529; Allgauer, DÖD 2003, 121; Fabricius, NStZ 1993, 414; Neye, NStZ 1981, 369, je mwN).
- 13 2. Der Inhalt der Treupflicht des Angeklagten wurde durch die rechtlichen Rahmenbedingungen seiner Tätigkeit als Oberbürgermeister bestimmt. Zum einen durfte er nach der Geschäftsordnung des H. er Stadtrats eigenständig nur Aufträge bis zu einer Höhe von 25.000 Euro vergeben. Zum anderen musste er bei der eigenen Auftragsvergabe die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit beachten. Beide Pflichten, die das Landgericht jeweils als verletzt ansieht, galten unabhängig voneinander.
- 14 3. Ein nach § 266 StGB strafbarer Pflichtverstoß durch die Beauftragung der Detektei zu überhöhten Preisen wird durch die Feststellungen nicht getragen (a), während andererseits die Feststellung, der Angeklagte habe von vornherein einen Auftrag im Wert von über 25.000 Euro vergeben wollen und deshalb seine Treupflicht verletzt, nicht durch eine tragfähige Beweiswürdigung belegt ist (b).
- 15 a) Soweit das Landgericht von einer strafbaren Treupflichtverletzung des Angeklagten durch die ungeprüfte Erteilung des Auftrags zu marktunüblich hohen Preisen ausgegangen ist, hat es jedenfalls teilweise einen unzutreffenden rechtlichen Maßstab angelegt.
- 16 aa) Rechtsfehlerfrei ist allerdings der Ausgangspunkt der Strafkammer, dass der Angeklagte bei der Auftragsvergabe an die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (vgl. § 7 LHO, § 82 Abs. 2 KSVG) gebunden war. Es ist anerkannt, dass ein Verstoß gegen das haushaltsrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit darstellen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 26. November 2015 – 3 StR 17/15, BGHSt 61, 48, 70 mwN). Dieses Gebot soll die bestmögliche Nutzung der öffentlichen Ressourcen sicherstellen und bezweckt, dass die günstigste Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln angestrebt wird. Seine Ausprägungen sind das Maximalprinzip, wonach mit einem bestimmten Mitteleinsatz das bestmögliche Ergebnis erzielt werden soll, und das Minimalprinzip (auch Sparsamkeitsprinzip), wonach das Ziel mit möglichst geringem Mitteleinsatz zu erreichen ist. Es stellt dabei nur einen äußeren Begrenzungsrahmen des bestehenden Entfaltungs- und

Gestaltungsspielraums dar und verhindert nur solche Maßnahmen, die mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlicht unvereinbar sind (vgl. zu alledem BGH, aaO, S. 70 f. mwN).

- 17 Der Sparsamkeitsgrundsatz verpflichtet deshalb nicht zur Kostensenkung um jeden Preis (vgl. BGH, Urteile vom 29. August 2007 – 5 StR 103/07, NStZ 2008, 87, und vom 24. Mai 2016 – 4 StR 440/15, NStZ 2016, 600). Der Entscheidungsträger handelt auch im Bereich der öffentlichen Verwaltung nicht etwa stets pflichtwidrig, wenn er nicht das sparsamste im Sinne des niedrigsten Angebots wählt (BGH, Urteil vom 29. August 2007 – 5 StR 103/07 aaO; AnwK-StGB/Esser, 2. Aufl., § 266 Rn. 272). Eine Untreue kommt bei derartigen Ermessensentscheidungen vielmehr nur bei einem evidenten und schwerwiegenden Pflichtverstoß, also dann in Betracht, wenn die Pflichtverletzung gravierend ist (vgl. nur BGH, Urteil vom 12. Oktober 2016 – 5 StR 134/15, NJW 2017, 578; BVerfGE 126, 170, 217 f.; zusammenfassend Wegner, ZStW 2019, 319, je mwN).
- 18 Gerade bei der Beauftragung einer Detektei durch die öffentliche Hand wird der Auftraggeber angesichts der Ungeregeltheit des Berufsbildes (es gibt weder einen anerkannten Ausbildungsgang noch eine Berufsordnung noch eine gesetzlich geschützte Berufsbezeichnung) und der vom Landgericht geschilderten großen Unterschiede zwischen den Detekteien ganz wesentlich auf Faktoren wie Seriosität, Auftreten am Markt, Größe, Dauer des Bestehens, Empfehlungen, Bewertungen und den persönlichen Eindruck abstellen dürfen. Gibt der öffentliche Auftraggeber diesen Faktoren gegenüber dem Preis den Vorrang, liegt ein evidenter und schwerwiegender Pflichtverstoß fern.
- 19 bb) Dafür, dass es dem Angeklagten und den übrigen Beteiligten vorliegend vor allen Dingen um die Auftragsvergabe an einen seriösen und am Markt anerkannten Anbieter ging, spricht die Feststellung des Landgerichts, der Zeuge J. sei aufgrund einer in der NJW geschalteten Anzeige auf die Detektei aufmerksam geworden und nach Recherche im Internet zu dem Schluss gekommen, dass sie seriös und geeignet sei. Auf dieser Grundlage habe er einen Termin mit dem Zeugen L. und dem Angeklagten für den 1. Oktober 2015 in H. vereinbart. Die vereinbarten Preise waren nach dem eingeholten Sachverständigengutachten angesichts des pauschalen Aufschlags von 25 % zwar höher als die Preise anderer Detekteien (tagsüber anfallende Stundensätze dort zwischen 49 und 98 Euro gegenüber 125 Euro bei K. C.), aber nicht derart überhöht, dass sie wirtschaftlich völlig aus dem Rahmen fielen.
- 20 Dass der Angeklagte vor der Auftragsvergabe gleichwohl nicht mehrere Angebote vergleichbar seriöser Detekteien eingeholt, sondern sich auf die Recherche des Zeugen J. verlassen hat, lässt sein Handeln – wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat – zwar pflichtwidrig erscheinen (vgl. zum Grundsatz der Wirtschaftlichkeit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auch Art. 97 Abs. 1 GWB; vgl. zur möglichen Untreuestrafbarkeit bei Verstößen gegen das Vergaberecht Simonis, CCZ 2016, 70, 74 f.; Kretschmer, ZWH 2013, 355). Ein evidenter und schwerwiegender Pflichtverstoß im Sinne einer gravierenden Pflichtverletzung ist damit aber angesichts der Besonderheiten der beauftragten Dienstleistung (noch) nicht belegt.

- 21 b) Dass der Angeklagte seine Vermögensbetreuungspflicht dadurch verletzt hat, dass er schon bei der Vertragsunterzeichnung am 1. Oktober 2015 bewusst die 25.000-Euro-Grenze für eigene Auftragsvergaben überschritt, wird nicht durch eine tragfähige Beweiswürdigung belegt (vgl. zum Maßstab der revisionsgerichtlichen Kontrolle nur BGH, Urteil vom 4. Juli 2018 – 5 StR 46/18 mwN).
- 22 Die Beweiswürdigung zu der Feststellung, dass der Angeklagte entgegen seiner Einlassung nicht von einer Überwachungsdauer von etwa zwei Wochen, sondern bereits bei Unterzeichnung des jederzeit mit sofortiger Wirkung kündbaren Vertrages von einem Überwachungszeitraum „mindestens bis 18. Dezember 2015“ und deshalb angesichts der ihm bekannten Stundensätze von einem größeren Auftragsvolumen als 25.000 Euro ausgegangen ist, erweist sich als lückenhaft.
- 23 Das Landgericht hat seine Überzeugungsbildung damit begründet, dass der Vertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden sei, keine Wiedervorlagefrist habe gefunden werden können, der Vertrag schließlich bis zum 18. Dezember 2015 durchgeführt worden sei, ohne dass der Angeklagte Maßnahmen zur Beendigung der Überwachung getroffen habe, der Termin am 3. Dezember 2015 auf Betreiben des Zeugen L. zustande gekommen sei, der Angeklagte trotz fast täglicher Telefonate mit der Detektei nicht über die Kosten des Einsatzes gesprochen, sondern gesagt habe, man solle weitermachen, und er erst im Laufe des Novembers 2015 dem Zeugen L. mitgeteilt habe, dass die Überwachung wegen der anstehenden Weihnachtsferien am 18. Dezember 2015 enden solle.
- 24 Bei dieser Würdigung hat das Landgericht gegenläufige Argumente nicht in seine Überzeugungsbildung eingestellt. So hat es nicht erkennbar bedacht, dass das Erreichen des Ziels des Vertrages – die beweiskräftige Überführung mehrerer Mitarbeiter – auch weit vor dem 18. Dezember 2015 möglich war. Überdies hat die Strafkammer nicht erörtert, dass der Angeklagte bei Vertragsschluss gerade nicht mit dem Zeugen L. vereinbart hatte, dass die Überwachung von vornherein bis 18. Dezember 2015 durchgeführt werden sollte. Zudem ist nicht ohne weiteres nachvollziehbar, weshalb die – angesichts des Auftragsinhalts naheliegende – unbestimmte Dauer des Vertrages mit jederzeitiger Kündigungsmöglichkeit, die tägliche Kontaktaufnahme mit der Detektei und schließlich die Mitteilung an den Zeugen L. erst im Laufe des November 2015, die Überwachung solle am 18. Dezember 2015 enden, dafür sprechen sollen, dass der Angeklagte bereits am 1. Oktober 2015 vorhatte, den Vertrag erst zum 18. Dezember 2015 enden zu lassen.
- 25 4. Dem Senat ist es verwehrt, den Schuldspruch auf durch Unterlassen begangene Untreue umzustellen.
- 26 a) Zwar sind die Voraussetzungen einer vorsätzlichen Treupflichtverletzung durch Unterlassen nach den Feststellungen jedenfalls ab 3. Dezember 2015 belegt. Aufgrund der internen Begrenzung seiner Vergabemöglichkeit auf Aufträge bis 25.000 Euro hätte der Angeklagte entweder den Vertrag von vornherein bis zum Erreichen dieser Summe begrenzen oder durch fortlaufende Nachfrage bei der Detektei sicherstellen müssen, dass die Summe nicht überschritten würde. Nach den insoweit rechtsfehlerfrei getroffe-

nen Feststellungen des Landgerichts erkannte der Angeklagte spätestens in der Besprechung am 3. Dezember 2015 durch die Forderung einer Abschlagszahlung in Höhe von 100.000 Euro, dass der Rahmen eigenständiger Auftragsvergabe weit überschritten worden war. Die ihm obliegende und durch die Geschäftsordnung des Stadtrats der Stadt H. konkretisierte Treupflicht hätte spätestens in diesem Zeitpunkt gefordert, dass er den Vertrag mit sofortiger Wirkung gekündigt und die Frage einer weitergehenden Beauftragung dem Stadtrat oder dem zuständigen Ausschuss überlassen hätte. Dass der Angeklagte angesichts des seit Jahren bestehenden Verdachts gegen städtische Mitarbeiter insoweit keine Eilkompetenz (vgl. auch § 61 KSVG) in Anspruch nehmen konnte, hat die Strafkammer rechtsfehlerfrei festgestellt. Eine Kündigung mit sofortiger Wirkung war nach dem Vertrag rechtlich möglich und dem Angeklagten auch ohne weiteres zumutbar.

- 27 b) Es liegt nicht fern, dass durch diese – auch von der Staatsanwaltschaft in ihrer Anklageschrift angenommene – durch Unterlassen begangene gravierende Treupflichtverletzung ein Schaden in voller Höhe der ab 3. Dezember 2015 angefallenen Kosten entstanden ist. In diesem Fall käme es auf die Frage, ob der Angeklagte eine vergleichbar seriöse Detektei zu günstigeren Bedingungen hätte beauftragen können, nicht an.
- 28 aa) Hätte der Angeklagte pflichtgemäß spätestens am 3. Dezember 2015 den Vertrag mit der Detektei mit sofortiger Wirkung gekündigt, wären weitere Kosten vermieden worden (hypothetische Kausalität). Anders wäre es nur, wenn der Stadtrat oder der zuständige Ausschuss mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Vertrag zu den vereinbarten Bedingungen bis mindestens 18. Dezember 2015 (oder einen ähnlich langen Zeitraum) fortgeführt hätte, die Kosten also ohnehin angefallen wären. Dazu hat das Landgericht bislang – von seinem rechtlichen Standpunkt aus konsequent – keine Feststellungen getroffen.
- 29 bb) Die als Gegenleistung für die Zahlungsverpflichtung ab 4. Dezember 2015 erbrachten Dienstleistungen der Detektei könnten für die Stadt H. unter dem Gesichtspunkt des – auch bei der Haushaltsuntreue relevanten (vgl. BVerfG, NJW 2013, 365, 367 mwN) – persönlichen Schadenseinschlags dann ohne kompensierbaren Wert gewesen sein, wenn sie aus Sicht der Stadt aufgrund der konkreten Situation subjektiv wertlos gewesen wären (vgl. zur Problematik ausführlich auch Schünemann, Leipziger Praxiskommentar Untreue, § 266 Rn. 293 ff. mwN). Dafür könnte etwa sprechen, dass – wie die Ahndung des Geschehens durch den saarländischen Datenschutzbeauftragten mittels Bußgeldbescheides nahelegt – die Grenzen zulässiger Mitarbeiterüberwachung dadurch überschritten worden sein könnten (vgl. zur arbeitsrechtlichen Zulässigkeit von Observationen BAG, NJW 2015, 2749 mwN; vgl. auch BAGE 157, 69 und BAGE 156, 370 sowie zur Rechtsprechung des EGMR Hembach NJW 2020, 128). Rechtswidrige Ermittlungshandlungen sind für eine an Recht und Gesetz gebundene Kommune regelmäßig subjektiv ohne Wert. Dies könnte der Angeklagte womöglich spätestens ab 3. Dezember 2015 auch erkannt haben (vgl. Anklageschrift). Eine anderweitige – hier angesichts der Dienstleistung allerdings nicht naheliegende – Kompensation der Ausgaben durch verwertbare Vermögenszuwächse ist bislang nicht geprüft worden.
- 30 5. Die aufgezeigten Rechtsfehler nötigen somit zur Aufhebung der getroffenen Feststellungen, soweit es den Untreueschaden und den Vorsatz des Angeklagten betrifft (§ 353

Abs. 2 StPO). Die sonstigen Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen können bestehen bleiben, weil sie rechtsfehlerfrei getroffen sind. Sie können um solche ergänzt werden, die den bisherigen nicht widersprechen.

III.

- 31 Die weitergehende Revision ist unbegründet.
- 32 1. Verfahrenshindernisse bestehen nicht.
- 33 a) Entgegen der Auffassung der Revision fehlt es nicht an der Identität der abgeurteilten mit der angeklagten Tat.
- 34 aa) Gegenstand der Urteilsfindung ist gemäß § 264 Abs. 1 StPO die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellt. Tat im Sinne dieser Vorschrift ist ein einheitlicher geschichtlicher Vorgang, der sich von anderen ähnlichen oder gleichartigen unterscheidet und innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht haben soll. Die Tat als Prozessgegenstand ist dabei nicht nur der in der Anklage umschriebene und dem Angeklagten darin zur Last gelegte Geschehensablauf; vielmehr gehört dazu das gesamte Verhalten des Angeklagten, soweit es mit dem durch die Anklage bezeichneten geschichtlichen Vorgang nach der Auffassung des Lebens ein einheitliches Vorkommnis bildet. Die prozessuale Tat wird in der Regel durch Tatort, Tatzeit und das Tatbild umgrenzt und insbesondere durch das Täterverhalten sowie die ihm innewohnende Angriffsrichtung sowie durch das Tatopfer bestimmt (st. Rspr., vgl. nur BGH, Beschluss vom 13. Februar 2019 – 4 StR 555/18, NStZ 2019, 428 mwN).
- 35 bb) Gemessen hieran ist die abgeurteilte Untreue Gegenstand der zugelassenen Anklage. Diese legt dem Angeklagten zwar eine Untreue (durch Unterlassen) erst durch Fortführung des Detektivauftrags ab der Besprechung am 3. Dezember 2015 zur Last. Der in der Anklage ebenfalls geschilderte Vertragsschluss am 1. Oktober 2015 ist damit aber derart eng verknüpft, dass er mit der Fortführung des Vertrages nach der Auffassung des Lebens einen untrennbaren Zusammenhang bildet, dessen getrennte Aburteilung als unnatürliche Abspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs empfunden würde (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 4. Juni 1970 – 4 StR 80/70, BGHSt 23, 270, 273 mwN).
- 36 b) Es ist auch kein Strafklageverbrauch dadurch eingetreten, dass der Saarländische Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit am 3. Januar 2017 gegen den Angeklagten wegen des Vorwurfs eines Verstoßes gegen das saarländische Datenschutzgesetz durch Überwachung städtischer Mitarbeiter in der Zeit vom 2. November bis 18. Dezember 2015 einen Bußgeldbescheid erlassen und ein Bußgeld in Höhe von 1.500 Euro verhängt hat.
- 37 aa) Zwar handelt es sich bei den Vorwürfen im Bußgeldbescheid und im vorliegenden Verfahren um eine Tat im Sinne von § 264 StPO. Denn die Beauftragung der Detektei mit

der Überwachung der Bauamtsmitarbeiter ist der einheitliche geschichtliche Vorgang, an den sowohl der Vorwurf der Untreue als auch der Bußgeldbescheid anknüpfen.

- 38 bb) Es ist aber durch das Bußgeldverfahren kein Strafklageverbrauch eingetreten. Nach § 84 Abs. 2 OWiG stehen lediglich ein rechtskräftiges Urteil im Bußgeldverfahren, der Beschluss nach § 72 OWiG oder Beschlüsse des Beschwerdegerichts (§ 79 Abs. 5 Satz 1, Abs. 6 OWiG) der Verfolgung einer durch Bußgeldbescheid geahndeten Tat als Straftat entgegen. Im vorliegenden Fall hat der Angeklagte gegen den Bußgeldbescheid zwar Einspruch eingelegt. Anschließend hat die Staatsanwaltschaft aber das Verfahren zutreffend nach § 40 OWiG an sich gezogen, weil sie die prozessuale Tat auch als Straftat verfolgt hat.
- 39 2. Die Verfahrensrügen bleiben ohne Erfolg. Ergänzend zur Antragsschrift des Generalbundesanwalts bemerkt der Senat:
- 40 a) Die Rüge nach § 338 Nr. 1 und 5 StPO wegen Überschreitung zulässiger Dienstzeiten aufgrund der Durchführung einer Hauptverhandlung von 9:08 Uhr bis 22:18 Uhr ist unbegründet. Der Senat teilt schon nicht den Ausgangspunkt der Revision, ein überobligatorischer zeitlicher Einsatz des ursprünglich zutreffend bestimmten gesetzlichen Richters könne zu einem Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG führen. Es kann dahinstehen, ob der Senat der Auffassung des 2. Strafsenats folgen könnte, wonach dies bei dem absoluten Dienstleistungsverbot des Mutterschutzes anders sein soll (vgl. BGH, Urteil vom 7. November 2016 – 2 StR 9/15, BGHSt 61, 296). Denn die vorliegende Konstellation einer möglichen Überschreitung der zulässigen Tagesarbeitszeit von Richtern, Staatsanwälten und Urkundsbeamten ist damit nicht vergleichbar.
- 41 Die Arbeitszeitvorschriften dienen zudem nicht dem Schutz des Beschuldigten, sondern dem der in der Justiz tätigen Personen. Der Angeklagte kann sich demnach auf ihre Verletzung nicht berufen, weil sein Rechtskreis dadurch nicht berührt ist. Dass er aufgrund der Dauer der Verhandlung selbst nicht in der Lage gewesen wäre, ihr zu folgen, trägt er nicht vor.
- 42 b) Ein Verstoß gegen § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO liegt nicht vor. Zwar dürften auch Gespräche über eine vollständige Einstellung des Verfahrens nach § 153a Abs. 2 StPO der Mitteilungspflicht unterfallen (vgl. BVerfG, NStZ 2016, 422, 424; BGH, Beschluss vom 10. Mai 2016 – 1 StR 571/15, NStZ 2016, 743, 744). Im vorliegenden Fall handelte es sich aber lediglich um ein Ansinnen des Verteidigers, das ausweislich des Gesprächsinhalts nicht auf Zustimmung stieß. Einseitige Wünsche und Anregungen stellen noch keine verständigungsbezogenen Erörterungen dar, sondern sollen solche lediglich vorbereiten (näher KK-StPO/Schneider, 8. Aufl., § 243 Rn. 42 f. mwN). Der Rüge steht auch entgegen, dass die Verfahrensbeteiligten nach der Mitteilung des Vorsitzenden gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO, es habe bislang keine Erörterungen mit dem Ziel der Verständigung gegeben, erklärt haben, dass dieser Hinweis zutreffend sei und keiner Ergänzung bedürfe.
- 43 c) Die Rüge nach § 74 StPO (Befangenheit des Sachverständigen) ist unbegründet. Das Landgericht hat sich in seinem ablehnenden Beschluss mit den wesentlichen Ablehnungsgründen beschäftigt und diese in rechtlich zutreffender Weise beschrieben. Gegen

die Methode der Marktpreisermittlung durch eine simulierte Ausschreibung (verdeckte Befragung von Marktteilnehmern unter Vorgabe einer „Legende“) ist aus Rechtsgründen nichts einzuwenden. Etwaige Rechtsverstöße gegenüber den befragten Unternehmen betreffen den Rechtskreis des Angeklagten ohnehin nicht. Dass das Gericht den Sachverständigen bei seiner Tätigkeit anzuleiten und mit ihm deshalb Kontakt aufzunehmen hat, kann die Besorgnis der Befangenheit ohnehin nicht begründen, denn dazu ist das Gericht verpflichtet (§ 78 StPO).

Sander

Schneider

Berger

Mosbacher

Köhler