

## Entscheidungsbesprechung

### Strafbarkeit eines Fotografen wegen Vorteilsgewährung bzw. Bestechung im Rahmen der Schulfotografie

**Zuwendungen eines Fotografen an Schulen im Rahmen von sog. Schulfoto-Aktionen können einen Vorteil im Sinne der §§ 331 ff. StGB darstellen. Der Abschluss eines Vertrages über die Schulfotoaktion steht dem nicht entgegen. Ob eine solche Vereinbarung zulässig oder einen verbotenen Vorteil begründet, hängt davon ab, ob die von Schule und Lehrern erbrachten (Dienst-)Handlungen in verwaltungsrechtlich zulässiger Weise von einer Vergütung abhängig gemacht werden können (Leitsätze des Bearbeiters).**

StGB §§ 333, 334

BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10<sup>1</sup>

#### I. Sachverhalt

Der Entscheidung des 3. Strafsenates lag im Wesentlichen folgender, leicht vereinfachter Sachverhalt zugrunde:

Fotograf A betrieb ein sog. „Geschäftsmodell der Schulfotografie“. Dieses bestand darin, dass er zu einem jeweils zuvor über die Schulleitung vereinbarten Termin die Schule aufsuchte und die Schüler klassenweise und auch einzeln in einem ihm zugewiesenen Raum fotografierte. Im Anschluss wurden mit Hilfe der Lehrkräfte die Bilder an die Schüler und deren Eltern verteilt und zum Kauf angeboten. Eine Abnahmeverpflichtung hierfür bestand nicht. Soweit Aufnahmen gekauft wurden, nahmen die Lehrer das dafür zu entrichtende Entgelt entgegen, in den anderen Fällen sammelten sie die Bilder wieder ein. Geld und Bilder wurden sodann dem A ausgehändigt. A, der diese Praxis berechtigterweise für allgemein üblich hielt, gewährte Zuwendungen, die am Umsatz oder der Anzahl der fotografierten Schüler bemessen wurden. Diese kamen entweder den einzelnen Klassen in Form von Geld für die vom Klassenlehrer für gemeinsame Anschaffungen und Ausgaben geführte Klassenkasse oder der Schule in Form von Geld- oder Sachleistungen zu Gute. Die Zuwendungen wurden meist als „Rabatt“, „Sponsoring“ oder „Aufwandsentschädigung“ bezeichnet. A führte im Zeitraum vom 16.4.2002 bis zum 26.11.2004 in 14 Fällen Fotoaktionen an Schulen der Stadt S in Niedersachsen durch, bei denen überwiegend in der beschriebenen Weise Geldzuwendungen zwischen 96,07 € und 848,56 € oder Sachleistungen im Wert zwischen 346,84 € und 885,34 € gewährt wurden. In einem Fall erfolgte keine Zuwendung, in einem anderen kündigte er eine solche erst nach der Vereinbarung des Fototermins an. In zwei weiteren Fällen gewährte er den Schulen erstmals nach jahrelanger Tätigkeit für diese eine Geld- bzw. Sachzuwendung, in einem davon aufgrund der langjährigen guten Zu-

sammenarbeit. Maßgeblich für die Wahl des A als Schulfotografen waren allerdings nicht die Geld- oder Sachleistungen, sondern die Qualität der Bilder, das Preis-/Leistungsverhältnis und die räumliche Nähe der Schule zum Fotografen. Lediglich in einem Fall spielte daneben auch die Gewährung eines „Rabattes“ eine Rolle. Die Zuwendungen wurden nicht durch „überhöhte Preise“ refinanziert. In der Branche war es zur Tatzeit durchaus verbreitet, mit derartigen Zuwendungen zu werben. Eine ausdrückliche gesetzliche oder untergesetzliche Regelung über die Durchführung einer Fotoaktion an Schulen im Bundesland Niedersachsen existierte nicht. Die Entscheidung über ihr Ob und Wie fiel insofern als wirtschaftliche Aktivität in die allgemeine Verwaltungs- und Vertretungskompetenz des Schulleiters. Für die Erhebung einer Vergütung oder von Gebühren für die von den Lehrern erbrachten Diensthandlungen bei der organisatorischen Durchführung der Schulfotoaktion existierte keine verwaltungsrechtliche Grundlage.

#### II. Verfahrensgang und Argumentation des 3. Strafsenats

##### 1. Die erstinstanzliche Entscheidung des LG Hildesheim

Das erstinstanzlich entscheidende LG Hildesheim<sup>2</sup> war unter Orientierung an einem Urteil des 1. Zivilsenats des BGH v. 20.10.2005<sup>3</sup> zu einem Freispruch gelangt. Es hatte die Auffassung vertreten, dass im Rahmen der Schulfotoaktionen kein Vorteil im Sinne der §§ 331 ff. StGB angeboten, versprochen oder gewährt worden sei. Vielmehr habe es sich bei den Zuwendungen an die Schulen um die vertraglich vereinbarten, angemessenen Gegenleistungen für den organisatorischen Aufwand gehandelt, den die Schulen im Zusammenhang mit den Fotoaktionen erbracht hätten und der dem Schulfotografen zugutegekommen sei. Überdies fehle es an einer (angestrebten) Unrechtsvereinbarung. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hat der 3. Strafsenat des BGH das Urteil des Landgerichts mit den Feststellungen weitgehend aufgehoben und die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des LG Hildesheim zurückverwiesen.

##### 2. Tatsachenfeststellungen

Der 3. Strafsenat kritisiert in seiner Entscheidung bereits die generelle Qualität der vom Landgericht getroffenen Feststellungen, die es ihm nicht ermöglichten zu prüfen, ob der Freispruch rechtsfehlerfrei zustande gekommen sei.<sup>4</sup> Zudem habe es das Landgericht versäumt, sich in seinem Urteil mit einer Reihe von Indizien auseinanderzusetzen, die gegen den von ihm festgestellten Sachverhalt sprächen, weshalb die Beweiswürdigung lückenhaft sei.

Die jeweilige Entscheidung der Schulleitung über das Ob und das Wie einer Fotoaktion stand in deren dienstlichem Ermessen. Es war somit eine Ermessensentscheidung im

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist unter <http://www.bundesgerichtshof.de> (1.11.2011) abrufbar. Eine kurze Zusammenfassung findet sich in NJW-Spezial 2011, 537. Für wertvolle Vorarbeiten danke ich meinem Mitarbeiter, Herrn RR *Christoph Selinger*.

<sup>2</sup> LG Hildesheim, Urt. v. 11.5.2010 – 16 KLS 4252 Js 103632/04.

<sup>3</sup> BGH NJW 2006, 225.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 5.

Sinne des § 334 Abs. 3 Nr. 2 StGB zu treffen.<sup>5</sup> Da § 334 Abs. 2 Nr. 2 StGB bereits den Versuch unter Strafe stelle, durch das Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils auf eine derartige Ermessensentscheidung Einfluss zu nehmen und es daher für die Strafbarkeit ohne Belang bleibt, ob die Diensthandlung tatsächlich vorgenommen und durch den (in Aussicht gestellten) Vorteil beeinflusst wird, hängt die Frage, ob der Täter einen Vorteil zu gewähren beabsichtigt und den Abschluss einer Unrechtsvereinbarung erstrebt, maßgeblich von seiner Motivation ab.<sup>6</sup> Das angefochtene Urteil enthielt aber gerade keine Informationen darüber, ob A durch die von ihm den Schulen angebotenen Zuwendungen tatsächlich den organisatorischen Aufwand bei der Durchführung der Fotoaktionen vergüten wollte oder ob er diese deshalb anbot, um die Schulleitung dahin zu beeinflussen, ihn mit der Fotoaktion zu betrauen. Jedenfalls in der letztgenannten Alternative seien die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 334 Abs. 3 Nr. 2 StGB nach Ansicht des BGH ohne weiteres erfüllt.

Nach der Auffassung des 3. Strafsenats beruhte die Überzeugung des erstinstanzlich entscheidenden Landgerichts vom Abschluss gegenseitiger zivilrechtlicher Verträge zwischen A und der jeweiligen Schulleitung darüber hinaus auf einer rechtsfehlerhaften Beweiswürdigung. So habe das LG zwar festgestellt, dass Zuwendungen durch Schulfotografen im Tatzeitraum „allgemein üblich“ gewesen seien. Eine solche Üblichkeit werde allerdings dadurch in Frage gestellt, dass es nach den Urteilsfeststellungen in einem der Fälle gerade keine Zuwendungen oder entsprechende Angebote gegeben hatte. Außerdem habe A in einem anderen Fall bereits rund zwanzig Jahre ohne derartige Zuwendungen mit einer Schule zusammengearbeitet, bevor er nur „wegen der langjährigen guten Zusammenarbeit der Schule etwas Gutes tun“ wollte und eine Zuwendung in Form eines Druckers anbot. Teilweise habe er auch erst nach der Abstimmung des Fototermins einem Bestätigungsschreiben eine Angebotsübersicht mit dem Hinweis beigefügt, dass die Schule zehn Prozent der Einnahmen erhalte. Dies deute nach Ansicht des BGH darauf hin, dass die Schulleitung die von ihr zu erbringenden „Leistungen“ unabhängig von einer Gegenleistung des A anbot und eine solche Gegenleistung mithin nicht Gegenstand eines gegenseitigen Vertrages wurde.<sup>7</sup> Und in einem letzten Fall einer langjährigen Zusammenarbeit mit einer anderen Schule habe A erst bei späteren Fototerminen einen Preisnachlass zugunsten der Schule gewährt. Insofern erscheine es nicht fernliegend, dass A durch prozentuale Zahlungen erreichen wollte, auch weiterhin statt der Konkurrenten mit Schulfotoaktionen betraut zu werden.<sup>8</sup>

Auch aus der Bezeichnung der Zuwendungen als „Rabatt“ und „Sponsoring“ ergaben sich für den 3. Strafsenat Bedenken gegen die Annahme, dass es sich dabei um Leistungen im Rahmen eines gegenseitigen vertraglichen Austauschverhältnisses handeln sollte. Vielmehr deuten die Begriffe seiner

Ansicht nach im allgemeinen Sprachgebrauch eher auf einseitige Leistungen hin.<sup>9</sup> Durch die Tatsache, dass die Zuwendungen in mehreren Fällen nicht an die Schule, sondern (unmittelbar) an die jeweilige Klassenkasse geflossen seien, sieht der BGH diese Zweifel sogar noch verstärkt.<sup>10</sup>

### 3. Rechtliche Würdigung

Schon bei der Lektüre dieser Ausführungen ist die Unzufriedenheit des BGH mit der erstinstanzlichen Entscheidung des LG Hildesheim beinahe mit Händen zu greifen. Insofern belässt es der 3. Strafsenat auch nicht bei einer Kritik an der Qualität der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen, sondern nutzt seine Revisionsentscheidung dazu, für das weitere Verfahren seine Rechtsauffassung im Hinblick auf grundlegende Fragen der Bestechungsdelikte unmissverständlich zu äußern:

Insofern weist er darauf hin, dass auch der etwaige Abschluss eines Vertrages über die Schulfotoaktion sowie die darin getroffene Vereinbarung einer angemessenen Zuwendung als Ausgleich für den seitens des Lehrkörpers bei der Aktion zu leistenden Organisationsaufwand eine Strafbarkeit nach den §§ 331 ff. StGB nicht von vornherein ausschließe. Selbst in diesem Fall könne in der Geld- oder Sachzuwendung ein Vorteil liegen, der durch eine Unrechtsvereinbarung in unlauterer Weise mit einer Diensthandlung oder -ausübung (Organisation der Fotoaktion) verknüpft sei.<sup>11</sup> Zwar werde durch einen wirksamen Vertrag ein rechtlicher Anspruch auf die für die Diensthandlung versprochene Gegenleistung begründet. Dies schließe einen Vorteil im Sinne der Bestechungsdelikte aber dann nicht aus, wenn kein Anspruch auf den Abschluss eines gegenseitigen Vertrages über die Diensthandlung bestehe und der Vorteil daher bereits in dem Vertragsschluss und der dadurch begründeten Forderung liege.<sup>12</sup> Insofern verweist der 3. Strafsenat überzeugend auf den Gesichtspunkt, dass sich die Bestechungstatbestände anderenfalls schlicht durch die Vereinbarung eines Vertragsverhältnisses umgehen ließen, zumal letztlich auch eine Unrechtsvereinbarung ein „Vertragsverhältnis“ im Sinne eines vereinbarten Austauschs von Leistungen darstelle. Umgekehrt würde es jedoch zu weit gehen und nicht mehr dem gesetzlichen Schutzzweck entsprechen, in jedem Vertragsschluss eines Amtsträgers einen Vorteil im Sinne der §§ 331 ff. StGB zu sehen, selbst wenn es sich um einen im Rahmen der laufenden Dienstgeschäfte ordnungsgemäß geschlossenen Vertrag handele. Für die entscheidende Frage der Abgrenzung des unlauteren korruptiven Kaufs einer Diensthandlung im formellen Gewand eines gegenseitigen Vertrages von einer zulässigen Erledigung der Aufgaben öffentlicher Verwaltung zieht der BGH daher als maßgebliches Kriterium die verwaltungsrechtliche Rechtmäßigkeit des Vertragsschlusses heran. Insbesondere sei in den Blick zu nehmen, ob die Diensthandlung in rechtlich zulässiger Weise von einer Ver-

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 8 m.w.N.

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 9.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 13.

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 14.

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 15.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 16.

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 18.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 21.

gütung abhängig gemacht werden dürfe.<sup>13</sup> Schließlich könne die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes als Schutzgut nicht beeinträchtigt sein, wenn das im Rahmen der Dienstgeschäfte vereinbarte Austauschverhältnis der geltenden Rechtslage entspreche.

Vor diesem Hintergrund stellt der *Senat* fest, dass es im vorliegenden Fall an einer verwaltungsrechtlichen Grundlage fehlt, die es gestatten würde, von einem Fotografen für den organisatorischen Aufwand der Schule anlässlich einer Schulfotoaktion eine Vergütung zu beanspruchen.<sup>14</sup> Fehle aber eine normative verwaltungsrechtliche Grundlage für die Vergütung der Tätigkeit des Lehrkörpers, so sei es rechtlich auch nicht als zulässig zu erachten, eine derartige Vergütung vertraglich zu vereinbaren. In diesem Zusammenhang sei der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts zu beachten, dem zufolge Gebühren für Verwaltungstätigkeiten einer gesetzlichen Grundlage bedürfen und die Verwaltung kein „Gebührenfindungsrecht“ hat. Eine vertragliche Regelung, die die Verwaltung im Einzelfall zumindest faktisch erzwingen könnte, wäre insofern als unzulässige Umgehung des Gesetzesvorbehalts durch ein Ausweichen in das Privatrecht anzusehen.<sup>15</sup>

Sofern in Anwendung dieser Grundsätze die von A an die jeweilige Schule geleistete Zuwendung als Vorteil im Sinne der Bestechungsdelikte zu werten sei, stünde dann auch das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung in objektiver Hinsicht nicht in Zweifel.<sup>16</sup> Auch der rechtliche Gesichtspunkt der Sozialadäquanz würde nicht zur Straflosigkeit führen. Bei Zuwendungen im Wert von mehreren hundert Euro handele es sich nicht mehr um geringwertige Aufmerksamkeiten. Außerdem lasse sich eine Sozialadäquanz nicht allein aus einer etwaigen „Üblichkeit“ herleiten, da dies bestehende Strukturen der Korruption verfestigen würde, denen durch die Strafrechtsbestimmungen gerade entgegengewirkt werden soll.<sup>17</sup> Dass die Zuwendung in keinem Fall unmittelbar den tätig gewordenen Lehrkräften zugutegekommen sein dürfte, hat nach Auffassung des *Senates* letztlich keine Auswirkung auf die rechtliche Beurteilung. Es handele sich jedenfalls um Drittverträge im Sinne der §§ 331 ff. StGB.<sup>18</sup>

### III. Bewertung

Der vorliegende Sachverhalt bietet Gelegenheit, sich mit einigen grundlegenden Fragestellungen der Bestechungsdelikte auseinandersetzen, die in der Praxis von erheblicher Bedeutung sind, aber regelmäßig auch zum Prüfungsstoff in beiden juristischen Staatsexamina zählen.

#### 1. Allgemeines

Die §§ 331 ff. StGB schützen die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und das Vertrauen der Allgemeinheit in seine Unbe-

stechlichkeit und Sachlichkeit.<sup>19</sup> Die Strafbarkeit der Vorteilsnehmer (sog. passive Bestechung) ist in den echten Amtsdelikten (Sonderdelikten) der §§ 331, 332 StGB geregelt. Spiegelbildlich hierzu normieren die §§ 333, 334 StGB die Strafbarkeit der Vorteilsgeber, die keine Amtsträger sein müssen (sog. aktive Bestechung). Untereinander unterscheiden sich die Anwendungsbereiche der einzelnen Vorschriften dadurch, dass § 331 und § 333 StGB Fälle erfassen, in denen es um Vorteile für eine rechtmäßige Diensthandlung bzw. Dienstaussübung geht, während im Rahmen von § 332 und § 334 StGB pflichtwidrige Diensthandlungen im Mittelpunkt stehen. Nach dem vorliegenden Sachverhalt hatte sich der 3. *Strafsenat* des BGH lediglich mit der Strafbarkeit auf Vorteilsgeberseite zu beschäftigen. Nicht ganz klar heraus kommt jedoch – was auf die vom *Senat* zu Recht bemängelten Sachverhaltsfeststellungen des erstinstanzlich entscheidenden Landgerichts zurückzuführen sein dürfte – welcher Straftatbestand hier überhaupt einschlägig ist. Zu § 334 StGB (Bestechung) gelangt man lediglich dann, wenn man davon ausgeht, dass die von A geleisteten Zuwendungen Vorteile darstellen, die im Gegenzug für eine (vergangene oder zukünftige) pflichtwidrige Diensthandlung angeboten, versprochen oder geleistet wurden. Ansonsten bleibt von vornherein nur Raum für eine Strafbarkeit wegen Vorteilsgewährung (§ 333 StGB). Auf diesen Punkt wird daher noch zurückzukommen sein.

Sowohl § 333 Abs. 1 als auch § 334 Abs. 1 StGB setzen im Rahmen des objektiven Tatbestands voraus, dass der Täter einem Amtsträger, einem für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einem Soldaten der Bundeswehr für die Dienstaussübung, bzw. für eine Diensthandlung, einen Vorteil für diesen oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt. Da es sich vorliegend um Absprachen des A mit Leitern staatlicher Schulen handelte, stand die Amtsträgereigenschaft der (potenziellen) Vorteilsnehmer (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB) nicht in Zweifel. Entsprechendes gilt für das Vorliegen einer tauglichen Tathandlung, da die Zuwendungen an die Schulen tatsächlich geleistet worden sind, sodass jedenfalls von einem Gewähren der zuvor möglicher-

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 21.

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 23.

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 27.

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 28.

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 29.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 30 ff.

<sup>19</sup> Mit teilweise uneinheitlicher Terminologie und Gewichtung BGHSt 15, 88 (96); 30, 46 (48); 47, 295 (309); *Sowada*, in: Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 13, 12. Aufl. 2009, Vor § 331 Rn. 29 ff.; *Korte*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 331 Rn. 8; *Rudolphi/Stein*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 128. Lfg., Stand: September 2011, § 331 Rn. 4; *Kuhlen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 331 Rn. 12; *Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 331 Rn. 3; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 331 Rn. 3.; krit. zur bisherigen juristischen Auseinandersetzung mit dem Schutzzweck der Bestechungsdelikte etwa *Sommer*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.) Anwaltkommentar StGB, 2011, § 331 Rn. 2 ff.; *Kargl*, ZStW 114 (2002), 763 (782).

weise auch angebotenen bzw. versprochenen Leistung auszugehen ist.<sup>20</sup>

## 2. Vorteil

Näherer Betrachtung bedarf im vorliegenden Fall jedoch die Frage, ob sich dieses Gewähren von Seiten des A auch auf einen Vorteil i.S.d. §§ 331 ff. StGB bezog. Insbesondere der BGH definiert einen Vorteil in ständiger Rechtsprechung als Leistung, auf die der Amtsträger keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage objektiv verbessert.<sup>21</sup> Das erstinstanzlich entscheidende Landgericht hatte – offenbar auf der Grundlage dieser Standarddefinition – bereits das Vorliegen eines Vorteils verneint, indem es sich auf den Standpunkt stellte, dass es sich bei den Zuwendungen um die vertraglich vereinbarten und angemessenen Gegenleistungen für den organisatorischen Aufwand der Schulen für die Durchführung der Schulfoto-Aktionen gehandelt habe. In der Terminologie der Bestechungsdelikte entfielen dann der Vorteil deshalb, weil die Zuwendungen eine Leistung darstellen, auf die der jeweilige Schulleiter als Amtsträger einen rechtlichen, und zwar bereits aus dem Vertragsschluss stammenden Anspruch hätte. Der 3. Strafsenat des BGH hat jedoch zu Recht Zweifel daran angemeldet, dass die Annahme einer vertraglichen Vereinbarung in den hier zu entscheidenden Fällen überhaupt realitätsnah erscheint. Dagegen spricht, dass es nicht in allen Fällen Zuwendungen oder entsprechende Angebote gab. Teilweise erfolgte der Hinweis darauf, dass die Schule einen bestimmten Prozentsatz der Einnahme erhalten sollte, sogar erst nach der Abstimmung des Fototermins in einem Bestätigungsschreiben. Aber selbst wenn man unterstellt, dass eine vertragliche Vereinbarung getroffen wurde, hat der BGH mit überzeugender Begründung entlarvt, dass die Argumentation des LG zu kurz greift. Schließlich könnte man dann das Vorliegen eines Vorteils als Tatbestandsmerkmal der §§ 331 ff. StGB immer schon dadurch zumindest formal ausschließen, dass man die korrupte Vorteilszuwendung durch das nach außen hin neutrale Gewand eines Vertragsverhältnisses tarnt. So könnte beispielsweise die von einem Antragsteller an den für die Erteilung einer Baugenehmigung zuständigen Beamten des Bauamtes geleistete Bestechungszahlung schon dadurch aus dem Vorteilsbegriff und damit aus dem Bereich strafbaren Verhaltens herausgenommen werden, dass man mit dem Beamten formal einen Rahmenberatervertrag schließt, wo-

nach dieser schon für die generelle Zurverfügungstellung seiner Sachkunde ein oder mehrmalige Geldzahlungen erhält. Umgekehrt könnten Amtsträger, die für eine nach der geltenden Sach- und Rechtslage zu erbringende Diensthandlung (z.B. die Erteilung einer Baugenehmigung bei Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen) die zivilrechtliche Vereinbarung einer Vergütung fordern, sich durch diese, dem Vertragspartner faktisch aufgezwungene Vereinbarung der Strafbarkeit nach den §§ 331 ff. StGB entziehen. Dies kann schon deshalb sachlich nicht überzeugen, da gerade in solchen Fällen die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes evident beeinträchtigt ist.<sup>22</sup> Selbst wenn also zwischen einem Schulfotografen und der Schulleitung ein (wirksamer) Vertrag über die Durchführung einer Schulfoto-Aktion abgeschlossen worden ist, führt dieser Gesichtspunkt nicht zwangsläufig zur Verneinung des Vorteils.

Auch spielt es für die Strafbarkeit keine Rolle, dass die Zuwendungen hier zumindest in einigen Fällen nicht unmittelbar an die Schule bzw. die Schulleitung erfolgten, sondern beispielsweise direkt der jeweiligen Klassenkasse zugutekamen. Schließlich werden durch den unmissverständlichen Gesetzeswortlaut der §§ 331 ff. StGB auch Drittverteile erfasst. Dritter kann dabei jedes Rechtssubjekt, also sowohl natürliche als auch juristische Personen sein, das nicht der Zuwendende oder der Amtsträger ist.<sup>23</sup> Fraglich könnte allenfalls sein, ob auch Zuwendungen, die dem Staat bzw. öffentlichen Einrichtungen zu Gute kommen, aus dem Vorteilsbegriff auszuschließen sind.<sup>24</sup> Dem Gesetzeswortlaut ist eine solche Beschränkung aber nicht zu entnehmen.<sup>25</sup> Sowohl der Wortlaut als auch Sinn und Zweck der Vorschriften, die dem Schutz der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes dienen, sprechen für eine Einbeziehung auch öffentlich-rechtlicher Stellen als (begünstigte) Dritte. Somit kommen etwa die Anstellungskörperschaft oder die Schulen unproblematisch als Dritte in Betracht.<sup>26</sup> Daneben profitieren von den Zuwendungen an Schulen immer auch private Dritte – Schüler, Lehrer, Eltern – zumindest mittelbar.<sup>27</sup>

Zweifelhaft ist demgegenüber die vom 3. Strafsenat gewählte Begründung für das Vorliegen eines Vorteils. Dieser wird unter Verweis auf seine frühere Rechtsprechung<sup>28</sup> letztlich schon im Vertragsschluss selbst und der dadurch begrün-

<sup>20</sup> Gegenüber dem tatsächlichen Gewähren treten die Alternativen des Anbietens und Versprechens des Vorteils im Wege der Gesetzeskonkurrenz als subsidiär zurück; vgl. *Kuhlen* (Fn. 19), § 331 Rn. 124; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2005, § 79 Rn. 15.

<sup>21</sup> BGHSt 31, 264 (279); 35, 128 (133); 47, 295 (304); 48, 44 (49); BGH NStZ 2008, 216 (217); OLG Köln NStZ 2002, 35; diese Begriffsbestimmung hat auch im Schrifttum überwiegend Anhänger gefunden; vgl. etwa *Rudolphi/Stein* (Fn. 19), § 331 Rn. 19, 22, 22a; *Kuhlen* (Fn. 19), § 331 Rn. 47 ff.; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 77. Aufl. 2011, § 331 Rn. 4; a.A. *Satzger*, ZStW 115 (2003), 469 (475).

<sup>22</sup> Vgl. auch OLG Celle StV 2008, 251 (252).

<sup>23</sup> BGH, Urt. v. 19.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 31.

<sup>24</sup> LG Bonn StV 2001, 292 (293); zust. *Erlinger*, MedR 2002, 419 f.

<sup>25</sup> OLG Karlsruhe StV 2001, 288 (290); OLG Köln NStZ 2002, 35 (36); *Kuhlen* (Fn. 19), § 331 Rn. 45; *Fischer* (Fn. 19), § 331 Rn. 14.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 31; OLG Celle NJW 2008, 164; *Fischer* (Fn. 19), § 331 Rn. 14; *Heine* (Fn. 19), § 331 Rn. 20; *Sowada* (Fn. 19), § 331 Rn. 43; *Korte* (Fn. 19), § 331 Rn. 75 ff.

<sup>27</sup> OLG Hamburg StV 2001, 284 (285); *Ambos/Ziehm*, NStZ 2008, 498 (500).

<sup>28</sup> BGHSt 31, 264 (279 f.); BGH NStZ 2008, 216; vgl. auch OLG Celle StV 2008, 251 (252).

deten Forderung gesehen.<sup>29</sup> Allerdings hat schon *Zieschang*<sup>30</sup> überzeugend nachgewiesen, dass der Akt des Vertragsschlusses nicht isoliert vom Inhalt des Vertrages betrachtet werden kann. Insofern stellt sich die Frage, wie man generell im Zusammenhang mit gegenseitigen Verträgen legales und korruptes Verhalten voneinander abgrenzen kann. Man muss nur an das Beispiel der Materialbeschaffung im öffentlichen Dienst denken, um zu erkennen, dass selbstverständlich nicht jeder Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrages strafbar sein kann. Was also unterscheidet den durch einen Schulleiter veranlassten Kauf von Tafelkreide, Schwämmen, Papier und Bleistiften von der Vereinbarung einer Schulfoto-Aktion? Der 3. Strafsenat des BGH will derartige Abgrenzungsfragen unter Rückgriff auf eine verwaltungsakzessorische Betrachtungsweise lösen.<sup>31</sup> Die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes könne von vornherein dann nicht beeinträchtigt sein, wenn das im Rahmen der Dienstgeschäfte vereinbarte Austauschverhältnis der geltenden Rechtslage entspricht.<sup>32</sup> Insofern prüft er, ob eine verwaltungsrechtliche Grundlage existiert, die es den Schulen gestattet würde, von einem Fotografen für den organisatorischen Aufwand anlässlich einer Schulfoto-Aktion eine Vergütung zu beanspruchen. Wer so fragt, für den wird es im Ergebnis keine große Überraschung darstellen, dass für einen derart speziell formulierten Vorgang keine verwaltungskostenrechtliche Rechtsgrundlage zu finden ist.<sup>33</sup> Schließlich weist auch der Senat selbst darauf hin, dass die Entscheidung über das Ob und Wie einer Fotoaktion in Niedersachsen eine Entscheidung über wirtschaftliche Aktivitäten der Schule darstellt, die in die allgemeine Verwaltungs- und Vertretungskompetenz des Schulleiters fällt.<sup>34</sup> Der BGH schließt nun vom Fehlen einer verwaltungsrechtlichen Grundlage für die Vergütung der Tätigkeit des Lehrkörpers auf die Unzulässigkeit, eine solche Vergütung im Wege eines Vertrages zu vereinbaren, da ansonsten der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts umgangen würde. Dieser Schluss ist im Rahmen der §§ 331 ff. StGB jedoch nicht zwingend.

Gegen einen solchen unmittelbaren Zusammenhang spricht schon ein genauerer Blick darauf, welche organisatorischen Leistungen von den Angehörigen des Lehrkörpers der einzelnen Schulen tatsächlich erbracht wurden. Die Lehrer haben – sieht man einmal von der bloßen Zurverfügungstellung von Räumlichkeiten in der Schule ab – im Wesentlichen

die vom Fotografen hergestellten Bilder an die Schüler und deren Eltern verteilt, den dafür fälligen Kaufpreis eingesammelt und diesen dann an den Schulfotografen weitergeleitet. Sie haben also vor allem untergeordnete organisatorische Tätigkeiten ausgeübt, um den Ablauf der gesamten Schulfoto-Aktion zu vereinfachen bzw. zu beschleunigen. Insbesondere haben sie keine Diensthandlungen vorgenommen, zu denen sie aufgrund ihrer persönlichen Ausbildung oder ihrer Dienststellung besonders befähigt waren. Insofern ist bereits fraglich, ob man für derartige Diensthandlungen im Zusammenhang mit der Durchführung von Schulfoto-Aktionen überhaupt einen entsprechenden verwaltungskostenrechtlichen Gebührentatbestand schaffen *könnte*. Schließlich geht es gerade nicht um schultypische Aktivitäten der Pädagogen, sondern um einfache Hilfstätigkeiten, die von nahezu jedermann ebenso gut ausgeübt werden könnten.<sup>35</sup> Darüber hinaus ist auch nicht festgestellt, dass die jeweiligen Schulleiter oder Lehrkräfte ihren Organisationsaufwand überhaupt vergütet wissen *wollten*. Dagegen spricht bereits die Tatsache, dass sich die Höhe der Zuwendungen nicht nach dem Ausmaß des Organisationsaufwandes in der Schule, sondern nach der Menge der verkauften Bilder oder der Anzahl der fotografierten Schüler richtete. Insofern kann das Fehlen eines einschlägigen Gebührentatbestands für sich genommen kein ausreichendes Kriterium sein, um legale Vertragsschlüsse von strafbarer Korruption abzugrenzen.

Ein Vorteil i.S.d. Bestechungsdelikte entfällt definitionsgemäß immer dann, wenn die Zuwendung weder materiell noch immateriell die Lage des Zuwendungsempfängers verbessern würde bzw. verbessert hat. Bei vertraglichen Vereinbarungen sind somit Leistung und Gegenleistung miteinander zu vergleichen. Dies führt allerdings in der Rechtsanwendungspraxis zu dem Problem, auch solche Diensthandlungen wertmäßig beziffern zu müssen, die typischerweise nicht vergütet werden. Mit Blick auf den vorliegenden Fall müsste man ermitteln, wie viel die organisatorische Mitwirkung einer Schule im Rahmen einer Schulfoto-Aktion wert ist und diesen Wert dann mit den erlangten Zuwendungen vergleichen.<sup>36</sup> Ein Vorteil wäre lediglich dann zu bejahen, wenn der Wert der Zuwendungen letztlich überwiegt. Da sich ein solches Urteil in vielen Fällen mangels Existenz wertmäßiger Bezugsgrößen (was „kostet“ z.B. das Verteilen von Fotos im Klassenzimmer?) nicht eindeutig fällen lassen wird, findet sich im Schrifttum der Vorschlag, einen Vorteil i.S.d. §§ 331 ff. StGB nur dann anzunehmen, wenn die Zuwendung im Vergleich zur vertraglichen Verpflichtung unangemessen hoch ausfällt.<sup>37</sup> Allerdings lässt sich gegen das Kriterium der

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 20.; vgl. auch *Ambos/Ziehn*, NStZ 2008, 498 (499).

<sup>30</sup> *Zieschang*, StV 2008, 253 (254).

<sup>31</sup> Dabei liegt er auf der Linie seiner Rechtsprechung zur Drittmittelwerbung von Hochschulen (BGHSt 47, 295 [308 f.]); zur verbreiteten Kritik an dieser „verwaltungsrechtlichen Auslegung“ vgl. etwa *Sowada* (Fn. 19), § 331 Rn. 88; *Satzger*, ZStW 115 (2003), 469 (498); *Knauer/Kaspar*, GA 2005, 385 (403); *Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer*, GA 2005, 265 (270); a.A. *Michalke*, NJW 2002, 3381 (3382).

<sup>32</sup> BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 23 ff.

<sup>33</sup> Zum Rückgriff auf die Generalermächtigung zum Abschluss öffentlicher Verträge nach § 54 VwVfG *Ambos/Ziehn*, NStZ 2008, 498 (500).

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 8.

<sup>35</sup> Krit. auch *Busch*, NJW 2006, 1100 (1101).

<sup>36</sup> *Ambos/Ziehn*, NStZ 2008, 498 (500) beziffern den durchschnittlichen Mehrkostenaufwand eines Fotografen im Rahmen einer Schulfotoaktion im Fall der Verweigerung der notwendigen Organisationsaufgaben durch das Schulpersonal unter Verweis auf eine Erhebung der Bundesvereinigung deutscher Schulfotografen e.V. auf ca. 2,70 Euro pro fotografiertem Schüler.

<sup>37</sup> Vgl. *Lüderssen*, JZ 1997, 112 (116 f., 120); *Zieschang*, StV 2001, 290 (291); *ders.*, StV 2008, 253 (255).

Angemessenheit der Einwand seiner Wertungsabhängigkeit und Unbestimmtheit vortragen.<sup>38</sup> Diese Bedenken ließen sich zumindest abmildern, wenn man stattdessen verlangt, dass die wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage des Zuwendungsempfängers evident verbessert sein muss. Diese Entscheidung wird man in den durch den 3. Strafsenat zu entscheidenden Fällen nur dann guten Gewissens treffen können, wenn man auch den konkreten Organisationsaufwand in der Schule kennt. Auch insofern wären daher weitere Sachverhaltsfeststellungen durch das Instanzgericht wünschenswert. Nach dem bisher festgestellten Sachverhalt würde eine solche Evidenzkontrolle zumindest nicht in allen Fällen positiv i.S.e. Bejahung des Vorteils ausfallen, da die Geldzuwendungen teilweise sogar unter einem Betrag von 100,00 Euro lagen.

### 3. Unrechtsvereinbarung

Eine Strafbarkeit der Beteiligten des Geschäftsmodells der Schulfotografie ist allerdings auch mit Blick auf die sog. Unrechtsvereinbarung Bedenken ausgesetzt. Schließlich gehört es zum Kern der Tathandlungen der Bestechungsdelikte, ein Beziehungsverhältnis zwischen Vorteil und Diensthandlung im Wege einer solchen Unrechtsvereinbarung herzustellen.<sup>39</sup> Das Gesetz bringt diesen Gesichtspunkt dadurch zum Ausdruck, dass der Vorteil als Gegenleistung „für“ eine bestimmte Diensthandlung oder einen hinreichend bestimmten Kreis von Diensthandlungen gedacht sein muss. Die Tathandlung muss also die Bedeutung haben, eine regelwidrige Tauschbeziehung zwischen dienstlicher Tätigkeit und Vorteil herzustellen.<sup>40</sup> Gerade dies erscheint jedoch in den sog. Schulfotografen-Fällen höchst zweifelhaft.

Unabhängig davon, ob man über ein Gegenleistungs- bzw. Äquivalenzverhältnis hinaus verlangt, dass dieses durch das Merkmal der „Regelwidrigkeit“ gekennzeichnet ist<sup>41</sup> oder ob man auf den „bösen Schein möglicher Käuflichkeit des Amtsträgers“<sup>42</sup> abstellt, kann man von einer Unrechtsvereinbarung letztlich immer nur dann sprechen, wenn diese auch Schutzgutsrelevanz besitzt, also jedenfalls den Anschein erwecken kann, dass Stellen des öffentlichen Dienstes nicht die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderliche Unbeeinflussbar-

keit aufweisen. Bei dieser Annahme ist schon mit Blick auf die Funktion des Strafrechts als ultima ratio Zurückhaltung geboten.<sup>43</sup> Die von A an die Schulen gewährten Zuwendungen wurden von ihm nach den Sachverhaltsfeststellungen gerade nicht durch überhöhte Preise refinanziert. Auch waren nicht die Zuwendungen selbst, sondern die Qualität der Bilder, das Preis-/Leistungsverhältnis sowie die räumliche Nähe des A zur Schule die für die Schulleitung entscheidenden Auswahlkriterien zugunsten des Fotografen. Außerdem ist die Durchführung von Schulfoto-Aktionen seit vielen Jahrzehnten gängige Praxis in deutschen Schulen.<sup>44</sup> Dabei spielen nicht nur wirtschaftliche Gesichtspunkte der Fotografen eine Rolle. Vielmehr erbringen Letztere eine Leistung, die auch im Interesse der Schüler, ihrer Eltern sowie des Schulbetriebs als Ganzem liegt. Klassen- und Schülerfotos stellen eine überwiegend gern gesehene Erinnerung an die Schulzeit dar, die auch den Zusammenhalt und oftmals noch nach Jahren eine rege Kontaktpflege zwischen aktiven und ehemaligen Schülern ermöglichen. Die Durchführung von Schulfoto-Aktionen ist daher eine Maßnahme, die zumindest zu einem erheblichen Teil auch im Interesse des Schulbetriebes liegt. Insofern können weder die Entscheidung eines Schulleiters für die Beauftragung eines Schulfotografen als solche noch der Abschluss eines darauf gerichteten Vertrages die Pflichtwidrigkeit seiner Ermessensausübung begründen.<sup>45</sup> Etwas anderes mag lediglich dann gelten, wenn nach den geltenden verwaltungsrechtlichen Vorschriften die Zustimmung des Schulträgers oder zumindest eine Kontaktaufnahme mit ihm erforderlich ist, beispielsweise weil infolge der Art der Zuwendung (z.B. eines Computers oder Druckers) Inventarisierungsbedarf oder Folgekosten (für Wartung, Zubehör etc.) entstehen können. Aber auch dann darf die Pflichtwidrigkeit der Ermessensentscheidung nicht automatisch zu einer Bejahung des Vorliegens einer Unrechtsvereinbarung führen. Die Frage der Pflichtwidrigkeit ist zunächst einmal nur für die Beantwortung der Frage nach dem einschlägigen Straftatbestand (hier: § 333 oder § 334 StGB) von Relevanz.

An diesem Ergebnis kann sich durch die Tatsache, dass von dem ausgewählten Fotografen Zuwendungen an die Schule gewährt werden, jedenfalls dann nichts ändern, wenn diese Zuwendung nicht auf der Geberseite durch überhöhte Preise refinanziert werden und das Preisniveau insgesamt im Bereich des Marktüblichen liegt. Umgekehrt müsste man dem verantwortlich entscheidenden Schulleiter vielmehr dann ein ermessensfehlerhaftes Verhalten vorhalten, wenn er auf solche freiwillig erbrachten „Zugaben“ des Fotografen zugunsten der Schule verzichtet und sich für einen anderen Anbieter entscheidet, der eine vergleichbare Leistung zu

<sup>38</sup> Insofern wollen *Ambos*, JZ 2003, 345 (351); *Satzger*, ZStW 115 (2003), 469 (482); *Busch*, NJW 2006, 1100 (1101); *Ambos/Ziehn*, NStZ 2008, 498 (500) solche normativen Erwägungen erst im Rahmen der Unrechtsvereinbarung erörtern. Allerdings zeigt gerade das Beispiel gegenseitiger Verträge, dass sich von einem Vorteil schlecht sprechen lässt, wenn man nur den für den Zuwendungsempfänger begründeten Rechtsanspruch in den Blick nimmt, ohne diesen mit der erwarteten Gegenleistung zu vergleichen.

<sup>39</sup> BGHSt 39, 45 (46); BGH NStZ 1999, 561; *Kuhlen* (Fn. 19), § 331 Rn. 76; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 35. Auflage 2011, Rn. 1101.

<sup>40</sup> *Kuhlen* (Fn. 19), § 331 Rn. 77.

<sup>41</sup> Vgl. etwa *Korte* (Fn. 19), § 331 Rn. 106; *Heine* (Fn. 19), § 331 Rn. 4.

<sup>42</sup> BGH NStZ 2005, 334; *Rudolphi/Stein* (Fn. 19), § 331 Rn. 29; *Wessels/Hettinger* (Fn. 39), Rn. 1116.

<sup>43</sup> Stattdessen ist – jedenfalls auf Seiten der potenziellen Vorteilsnehmer – an die Sanktionsmöglichkeiten des dienstrechtlichen Disziplinarrechts zu denken; vgl. *Ambos/Ziehn*, NStZ 2008, 498 (502).

<sup>44</sup> *Ambos/Ziehn*, NStZ 2008, 498.

<sup>45</sup> Vgl. auch *Ambos/Ziehn*, NStZ 2008, 498 (501), die auf das Dilemma verweisen, dass ein Schulleiter, der sich um zusätzliche Drittmittel bemüht, letztlich für das bestraft wird, was sozial erwünscht ist und von ihm verlangt wird.

vergleichbaren Preisen, aber ohne Mehrwert für den Schulbetrieb durch die Gewährung von Zuschüssen für die Klassenkasse, die Lieferung von technischem Gerät etc. anbietet. Bei objektiver Betrachtung ist hier selbst der Anschein der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes nicht beeinträchtigt. Die Zuwendungen erfolgen regelmäßig nicht heimlich, sondern offen. Sie erweitern die durch Haushaltseinsparungen oft stark eingeschränkten Möglichkeiten der Schulen, denen beispielsweise durch Zuschüsse zur Klassenkasse Ausflüge oder Klassenfahrten ermöglicht oder durch die Lieferung von EDV-Zubehör zusätzliche Kursangebote erleichtert werden. Zwar ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber – insofern anders als in § 334 StGB – in § 333 Abs. 1 StGB nicht von einem Vorteil für eine bestimmte Diensthandlung spricht, sondern allgemein eine „Dienstausübung“ ausreichen lässt. Insofern werden auch das bloße „Anfüttern“ und die „Klimapflege“, d.h. die Hingabe von Vorteilen zur Sicherstellung des allgemeinen Wohlwollens von Amtsträgern erfasst.<sup>46</sup> Aber selbst dann bleibt das Vorhandensein eines Beziehungsverhältnisses zwischen Dienstausübung und Vorteilszuwendung zweifelhaft. Zwar dürfte es der Lebenserfahrung entsprechen, anzunehmen, dass Schulfotografen solche Zuwendungen regelmäßig nicht aus altruistischen Motiven anbieten, versprechen oder gewähren, sondern um bestehende Geschäftsbeziehungen zu festigen und auch in Zukunft (wieder) den Zuschlag vor etwaigen Konkurrenzunternehmen zu erhalten. Dies bedeutet aber eben noch nicht, dass diese Zuwendungen und ein etwaiger, ihnen zugrunde liegender Vertragsschluss als Gegenleistung für konkrete Organisationsleistungen der Schule oder die Zustimmung des Schulleiters gedacht waren. Dagegen spricht wiederum, dass sich die Höhe der Zuwendung – nach außen für jedermann leicht erkennbar – nicht am Organisationsaufwand der Schule, sondern an der Anzahl der verkauften Fotos orientierte. Außerdem waren solche „Sponsoring-“, oder „Rabattaktionen“ in der Branche üblich, sodass auch Außenstehende nicht zwangsläufig vom Anschein der unsachlichen Einflussnahme der Amtsträger in der jeweiligen Schule ausgehen mussten, wenn diese sich für einen Schulfoto-Anbieter entschieden, der dieses Geschäftsmodell ebenfalls praktizierte.<sup>47</sup> Und schließlich gab es regelmäßig auch keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Schulleiter erst durch das Versprechen von Zuwendungen zur Zustimmung zu den Schulfoto-Aktionen entschlossen hätten. Dies Alles lässt vermuten, dass die Zuwendungen, falls sie überhaupt als Vorteil i.S.d. §§ 331 ff. StGB einzustufen sind, nicht als Gegenleistung für, sondern lediglich anlässlich einer Diensthandlung bzw. Dienstausübung gewährt wurden.<sup>48</sup> Letzteres aber ist unstrittig straflos.<sup>49</sup> In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass das Konnexitätserfordernis zwischen dem

Vorteil und der Diensthandlung bzw. Dienstausübung eine einseitige Ausrichtung besitzt. Der Vorteil muss gerade für die Diensthandlung gedacht sein. Demgegenüber scheidet ein Äquivalenzverhältnis aus, wenn eine Diensthandlung in der Hoffnung auf die Erlangung eines Vorteils – praktisch als nachträgliches „Dankeschön“ – erbracht wird.<sup>50</sup> Entgegen der Ansicht des 3. Strafsenats<sup>51</sup> steht somit das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung durchaus in Zweifel.

### III. Fazit

Die Durchführung von Schulfoto-Aktionen über die Bestechungsdelikte der §§ 331 ff. StGB strafrechtlich zu erfassen, widerspricht nicht nur dem allgemeinen Rechtsgefühl. Entgegen der Ansicht des 3. Strafsenats des BGH, die allerdings erkennbar durch die mangelhaften Tatsachenfeststellungen des erstinstanzlich entscheidenden Landgerichts beeinflusst ist, dürfte jedenfalls in Fällen, in denen keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Bilderpreise nicht marktüblich waren und die Zuwendungen an die Schulen von den Schulfotografen zuvor „eingepreist“, also durch überhöhte Verkaufspreise refinanziert wurden, regelmäßig das Vorliegen eines Vorteils, jedenfalls aber die Unrechtsvereinbarung ausscheiden. In diesen Fällen scheidet eine Korruptionsstrafbarkeit der Beteiligten somit schon am Fehlen des objektiven Tatbestands. Das Verdienst der vorliegenden Entscheidung liegt dennoch darin, deutlich herausgearbeitet zu haben, dass der bloße Abschluss eines gegenseitigen Vertrages die Beteiligten nicht aus dem Bereich korrupten und damit strafbaren Verhaltens auszuschließen vermag. Die Verantwortlichen in den Schulen werden jedoch in Zukunft gut beraten sein, sich die Durchführung einer Schulfoto-Aktion unabhängig davon von ihrem Schulträger oder ihrer Aufsichtsbehörde genehmigen zu lassen, ob die in ihrem Bundesland geltende Verwaltungsrechts- oder Erlasslage dies explizit vorschreibt. Auf diese Weise könnte zumindest im Anwendungsbereich der §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB<sup>52</sup> die Strafbarkeit vermieden werden, da die vorherige behördliche Genehmigung als Rechtfertigungsgrund wirkt.<sup>53</sup>

*Prof. Dr. Mark A. Zöller, Trier*

<sup>46</sup> Sowada (Fn. 19), § 331 Rn. 71; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 12. Aufl. 2011, § 60 Rn. 19, 30.

<sup>47</sup> Vgl. Sommer (Fn. 19), § 331 Rn. 48.

<sup>48</sup> So i.E. auch Kuhlen (Fn. 19); § 331 Rn. 79d; Sommer (Fn. 19), § 331 Rn. 47.

<sup>49</sup> Vgl. nur Korte (Fn. 19), § 331 Rn. 102 f.; Kuhlen (Fn. 19), § 331 Rn. 78.

<sup>50</sup> Vgl. BGH NJW 1985, 391; Sommer (Fn. 19), § 331 Rn. 47.

<sup>51</sup> BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10, Rn. 28.

<sup>52</sup> Da pflichtwidrige Diensthandlungen nicht genehmigungsfähig sind, kommt diese Möglichkeit im Rahmen der §§ 332, 334 StGB von vornherein nicht in Betracht.

<sup>53</sup> Ausführlich zu den zahlreichen Detailfragen der behördlichen Genehmigung im Regelungskomplex der Bestechungsdelikte Sowada (Fn. 19), § 331 Rn. 103 ff. m.w.N. Eine nachträgliche Genehmigung stellt demgegenüber nur einen Strafaufhebungsgrund dar; vgl. Sowada (Fn. 19), § 331 Rn. 122 f.; Rudolphi/Stein (Fn. 19), § 331 Rn. 38 ff.; Fischer (Fn. 19), § 331 Rn. 32 ff.; Rengier (Fn. 46), § 60 Rn. 41.