

# **Zur Strafbarkeit von Schulfotografen wegen Bestechung oder Vorteilsgewährung gemäß §§ 333, 334 StGB - - Zugleich eine Besprechung von BGH - I ZR 112/03 und OLG Celle - 2 Ws 261/07 -**

Richter am LG Prof. Dr. Kai Ambos/ wiss. Mitarbeiterin Pamela Ziehn, Göttingen \*

## **I. Einführung und Problemdarstellung**

Seit Jahrzehnten existiert in Deutschland eine gängige und anerkannte Praxis der Schulfotografie, im Rahmen derer spezialisierte Fotografen den Schulen Angebote zur Anfertigung sog. Schulsets (Schüler-, Klassen- u. Jahrgangsfotos sowie Schülerschulwegsphotos) unterbreiten und ihnen gleichzeitig bestimmte Geld- oder Sachleistungen (etwa Drucker, Computer, Beamer o. Laptops) in Aussicht stellen, deren Wert - je nach Vereinbarung - von der Anzahl der fotografierten Schüler oder der verkauften Fotos abhängt. Den Schulen obliegt es im Rahmen solcher „Schulfotoaktionen“, einen von mehreren Fotografen auszuwählen, eine geeignete Schulräumlichkeit zur Verfügung zu stellen, die Schüler zum Fotografieren zu führen und zu beaufsichtigen, später die Fotos in den Klassen zu verteilen und das Geld einzusammeln. Eine Kaufverpflichtung für die Eltern der fotografierten Schüler besteht grundsätzlich nicht. Jüngst mussten sich der *I. Zivilsenat* des *BGH* im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Streitigkeit<sup>1</sup> und der *2. Strafsenat* des *OLG Celle* aufgrund einer staatsanwaltschaftlichen Beschwerde zur Erzwungung der Eröffnung des Hauptverfahrens<sup>2</sup> mit der Strafbarkeit der Schulfotografen<sup>3</sup> gemäß §§ 333, 334 StGB<sup>4</sup> befassen. Schon vorher wurde ein ähnliches Verfahren in Bayern eingestellt<sup>5</sup>.

## **II. Die entgegenstehenden Ansichten des I. Zivilsenats des BGH und des 2. Strafsenats des OLG Celle**

Eine Strafbarkeit der Schulfotografen wegen Vorteilsgewährung (oder gar Bestechung) scheidet nach Ansicht des *BGH* bereits am fehlenden *Vorteil*, weil Leistung und Gegenleistung in einem ausgewogenen Verhältnis stünden<sup>6</sup>. Demgegenüber bejaht das *OLG Celle* einen Vorteil mit der Erwägung, dass nicht die Bewertung von Leistung und Gegenleistung als angemessen oder unangemessen ausschlaggebend sei, sondern der Umstand, dass bereits der Vertragsschluss einen Vorteil darstelle. Es sei jedenfalls nicht von einer angemessenen Gegenleistung auszugehen, wenn die Zuwendungen unabhängig vom Organisationsaufwand der Schulen nach dem Umsatz der Fotografen bemessen werden. Ferner bestünde ein hinreichender Tatverdacht bzgl. einer *Unrechtsvereinbarung*. Nach Ansicht des *OLG* haben die Schulleiter gegen einen ministeriellen Erlass<sup>7</sup> verstoßen, da sie die Annahme der Zuwendungen nicht anzeigten.

### III. Keine Strafbarkeit gemäß § 334 StGB

1. Das *OLG Celle* ließ die Anklage wegen gewerbsmäßiger Bestechung zu, ohne sich explizit zur Frage der *Pflichtwidrigkeit* der Diensthandlung zu äußern, die unzweifelhaft Tatbestandsvoraussetzung der Bestechung ist. Nach allg. Ansicht ist eine Diensthandlung pflichtwidrig, wenn sie gegen ein Gesetz, eine Rechtsverordnung, Verwaltungsvorschrift oder eine allgemeine oder konkrete dienstliche Weisung verstößt<sup>8</sup>. Davon abzugrenzen ist die Unrechtsvereinbarung, die in der inhaltlichen Verknüpfung zwischen der Vorteilszuwendung und der Diensthandlung („Äquivalenzverhältnis“) besteht<sup>9</sup>. Insoweit muss eine - zumindest stillschweigende - Übereinkunft zwischen Amtsträger und Zuwendendem bestehen, dass der Vorteil die Gegenleistung für die Diensthandlung darstellt<sup>10</sup>. Die Verknüpfung des Vorteils mit der Diensthandlung konstituiert freilich nur dann Unrecht, wenn sie regelwidrig erfolgt<sup>11</sup>. Die Pflichtwidrigkeit einer Diensthandlung ergibt sich nicht bereits aus der Unrechtsvereinbarung, jedoch stellt die Verknüpfung zwischen Vorteil und pflichtwidriger Diensthandlung stets eine Unrechtsvereinbarung dar<sup>12</sup>.

2. Es bedarf daher einer sorgfältigen Prüfung, ob die von den Schulleitern vorgenommenen Diensthandlungen gegen Gesetze, Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften oder dienstliche Weisungen verstoßen, wobei es zwingend erforderlich ist, zwischen den einzelnen Handlungen zu unterscheiden. Dass die Schulleiter durch die Annahme der Zuwendungen (so das *OLG Celle*) möglicherweise landesspezifischen Verwaltungsvorschriften zuwider handelten, kann *an dieser Stelle* keine Rolle spielen, denn die Diensthandlung, deren Pflichtwidrigkeit zu bewerten ist, liegt nicht in der Entgegennahme der Zuwendungen, sondern in der Beauftragung der Schulfotografen bzw. der Gestattung der Fotoaktion als solche<sup>13</sup>. Anders als bspw. in Bayern, wo die Genehmigung von Bild-, Film-, Fernseh- und Tonaufnahmen in Schulen durch Rechtsverordnungen geregelt ist und insofern (nur) die Zustimmung des Schulleiters voraussetzt<sup>14</sup>, gab es in Niedersachsen im fraglichen Tatzeitraum

<i>Ambos, Ziehn: Zur Strafbarkeit von Schulfotografen wegen Bestechung oder Vorteilsgewährung gemäß §§ 333, 334 StGB - - Zugleich eine Besprechung von BGH - I ZR 112/03 und OLG Celle - 2 Ws 261/07 -</i>	<i>NSStZ 2008 Heft 9</i>	<i>499</i>
--	--------------------------	------------

keine Vorschriften, die die *Durchführung* von Schulfotoaktionen regelten<sup>15</sup>. Somit konnten die Amtsträger auch nicht gegen solche Vorschriften verstoßen, so dass die Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung hätte verneint werden müssen (und es auf das Vorliegen einer möglichen Unrechtsvereinbarung nicht ankommt).

3. Eine Strafbarkeit der Schulfotografen ergibt sich auch nicht ohne Weiteres aus § 334 III Nr. 2, nur weil es sich bei der Gestattung der Fotoaktion um eine Ermessensentscheidung der Schulleiter handelt. Insoweit kommt es nach Ansicht des *BGH* für die Rechtswidrigkeit der Diensthandlung nicht auf die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der späteren Verwaltungsentscheidung, sondern darauf an, ob der Amtsträger sachwidrige Erwägungen in den Entscheidungsfindungsprozess einbringt<sup>16</sup>. Notwendig ist, dass die Fotografen die Amtsträger „zu bestimmen versuchen“, dass diese sich bei der Ausübung ihres Ermessens durch den Vorteil beeinflussen lassen. Teilweise wird vertreten, dass „bestimmen“ i.S.v. § 26 zu verstehen sei, so dass ein ausdrückliches oder schlüssiges Verhalten des Täters, das darauf gerichtet ist, bei dem Amtsträger den Entschluss zu einer sachwidrigen (und somit pflichtwidrigen) Ermessensentscheidung zu wecken, ausreichend wäre<sup>17</sup>. Im Hinblick auf die erhöhte Strafandrohung in § 334 ist jedoch eine *restriktive Auslegung* des Begriffes geboten, so dass man zumindest - wie bei dem „spiegelbildlichen Gegenstück“<sup>18</sup> des § 332 - objektiv

feststellbare Umstände verlangen muss, die über das bloße Anbieten, Versprechen oder Gewähren des Vorteils hinausgehen<sup>19</sup>. Nur in besonderen Ausnahmefällen kann das bloße Fordern, Vereinbaren oder Annehmen eines Vorteils ein Beweisanzeichen für ein Sich-Bereitzeigen bzw. ein Bestimmen sein, nämlich dann, wenn der Vorteil ausschließlich eigennützig verwendet werden soll. Ist jedoch ein dienstlicher Bezug des Vorteils gegeben - hier, weil die Zuwendungen nicht den Schulleitern persönlich, sondern den Schulen zur Verfügung gestellt werden sollen -, muss sich das Bestimmen aus den Umständen, insbesondere mit Blick auf die Vorstellung der Beteiligten über den Zweck der Vorteilsgewährung und deren Annahme, eindeutig ergeben<sup>20</sup>.

## **IV. Strafbarkeit gemäß § 333 StGB?**

### **1. Objektiver Tatbestand**

#### **a) Amtsträger**

Die Amtsträgereigenschaft der auf Seiten der Schulen handelnden Personen - bzw. deren Stellung als für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete - ergibt sich unproblematisch aus § 11 I Nr. 2 bzw. Nr. 4, wenn bspw. eine Sekretärin oder ein Lehrer aufgetreten ist, da davon auszugehen ist, dass diese die Durchführung der Fotoaktionen nicht in eigener Zuständigkeit, sondern aufgrund vorhergehender Beauftragung durch die jeweiligen Schulleiter entschieden haben<sup>21</sup>.

#### **b) Anbieten, versprechen oder gewähren**

Durch das Zusenden der Angebote, den Abschluss der Verträge und die Überlassung der Geld- und Sachleistungen wurden sukzessive alle 3 Tatbestandsvarianten verwirklicht.

#### **c) Eines Vorteils**

Unter einem Vorteil ist nach h.M. „jede Leistung zu verstehen, auf die der Amtsträger [oder der Dritte] keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert“<sup>22</sup>.

aa) *Unmittelbare* Zuwendungsempfänger der Schulfotoaktionen sind in der Regel nicht die Amtsträger selbst, sondern die von ihnen vertretenen Schulen. Bei diesen handelt es sich um nichtrechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts<sup>23</sup>. In Rspr. und Literatur ist umstritten, ob der Staat und seine Einrichtungen überhaupt begünstigter Dritter sein können oder ob nicht vielmehr rein *staatsnützige Zuwendungen* aus dem Vorteilsbegriff der §§ 331ff. herausfallen. Nach Ansicht des *LG Bonn*<sup>24</sup> spricht das Schutzgut der Bestechungsdelikte - das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit der Amtshandlungen und die Gewährleistung der Sachlichkeit amtlicher Entscheidungen<sup>25</sup> - gegen eine Einbeziehung öffentlich-rechtlicher Stellen in den Begriff des Dritten. Vorteile, die ausschließlich einer solchen Stelle zum Zwecke der Erfüllung der ihr zugewiesenen Aufgaben zufließen, könnten nach außen die Makellosigkeit der Amtsführung und das Vertrauen der Bevölkerung in die Lauterkeit der Amtsführung nicht gefährden<sup>26</sup>. Diese Konstruktion kann jedoch nicht überzeugen, weil selbst bei (unmittelbar) staatsnützigen Zuwendungen immer auch (mittelbar) private Dritte - hier die Schüler, Eltern und Lehrer - profitieren<sup>27</sup>.

bb) Wie eingangs dargestellt, verneint der *I. Zivilsenat* des *BGH* das Vorliegen eines Vorteils mit dem Argument, dass *Leistung und Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis* stehen<sup>28</sup>. Der Vorteil werde sozusagen von der

<i>Ambos, Ziehn: Zur Strafbarkeit von Schulfotografen wegen Bestechung oder Vorteilsgewährung gemäß §§ 333, 334 StGB - - Zugleich eine Besprechung von BGH - I ZR 112/03 und OLG Celle - 2 Ws 261/07 -</i>	<i>NStZ 2008 Heft 9</i>	<i>500</i>
--	-------------------------	------------

gleichwertigen Diensthandlung „kompensiert“<sup>29</sup>. Auch diese Auffassung überzeugt nicht. Wie sich aus der Definition des Vorteilsbegriffs ergibt, wird dieser von der h.M. rein naturalistisch im Sinne jeder (auch und gerade faktischen) Besserstellung verstanden. Deshalb liegt auch in der Lieferung bestimmter Sachgüter oder in der Leistung finanzieller Zuwendungen eine Besserstellung des Zuwendungsempfängers und damit ein Vorteil. Normative Erwägungen, etwa die Frage der Ausgewogenheit der Leistungsbeziehung, sind nicht schon an dieser Stelle, sondern erst im Rahmen der Bewertung der Unrechtsvereinbarung zu erörtern<sup>30</sup>.

cc) Überdies ist anerkannt, dass ein Vorteil bereits im Abschluss eines Vertrages liegen kann, durch den der Amtsträger zwar nicht wirtschaftlich wohl aber rechtlich besser gestellt wird<sup>31</sup>. Denn nur so kann der Umgehungsmöglichkeit der §§ 331ff. durch Abschluss eines anspruchsbegründenden Vertrages begegnet werden<sup>32</sup>.

dd) Daneben ist auch ein *mittelbarer* Vorteil, d.h. eine objektiv messbare Besserstellung, für den Amtsträger selbst gegeben. Denn die aus den Geldzuwendungen getätigten Anschaffungen kommen den Schulleitern ebenso (mittelbar) zugute wie die Sachzuwendungen<sup>33</sup>.

#### **d) „Für die Dienstausbübung“ (Unrechtsvereinbarung)**

aa) Die Beauftragung der Fotografen, Ausübung des Hausrechts und organisatorische Durchführung der Fotoaktionen durch die Schulleiter bzw. Lehrkräfte stellt ohne weiteres eine Dienstausbübung dar<sup>34</sup>. § 333 verlangt, dass der Vorteil „für“ die Dienstausbübung gewährt wird. Darin liegt das Erfordernis einer *Unrechtsvereinbarung* im Sinne einer regelwidrigen Verknüpfung des Vorteils mit der Dienstausbübung. Rechtlich erlaubt ist die Verknüpfung, wenn all diejenigen Anforderungen der in Betracht kommenden Erlaubnisnorm erfüllt sind, die der Vermeidung des Anscheins der Käuflichkeit dienen<sup>35</sup>.

bb) Als Erlaubnisnorm kann neben landesspezifischen Rechtsvorschriften<sup>36</sup> auch die Generalermächtigung zum Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge gemäß § 54 VwVfG herangezogen werden, wobei für Austauschverträge stets die inhaltlichen Anforderungen des § 56 VwVfG zu beachten sind<sup>37</sup>. Diese Vorschrift fordert insbesondere, dass die Gegenleistung den gesamten Umständen nach angemessen ist und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde steht. Ein Verstoß gegen das sog. *Kopplungsverbot* (Erfordernis des Sachzusammenhangs) liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn die Zuwendungen der Fotografen - als Gegenleistung für die Gestattung der Fotoaktion - dem Bildungs- und Erziehungsauftrag der Schulen dienen. Dies ist bei Überlassung von Sachmitteln wie Druckern, Computern etc., aber auch bei Geldleistungen zur Anschaffung schulbezogener Ausstattung unzweifelhaft der Fall. Schwieriger ist die *Angemessenheit der Gegenleistung* zu bestimmen, nämlich ob bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorganges die Gegenleistung nicht außer Verhältnis zur Bedeutung und dem Wert der behördlichen Leistung steht<sup>38</sup>.

cc) Um die Angemessenheit der Gegenleistung bewerten zu können, ist es zunächst erforderlich, die *Art der Gegenleistung* zu bestimmen. Im Verfahren vor dem *OLG Celle* war die Staatsanwaltschaft *in casu* der Auffassung, dass die Zuwendungen nicht zur Abgeltung der während der Unterrichtszeit erbrachten organisatorischen Leistungen gewährt worden seien, sondern für die Erlaubnis der Fotoaktionen an sich. *Busch*<sup>39</sup>, selbst auf staatsanwaltschaftlicher Seite tätig, vertritt in diesem Zusammenhang den Standpunkt, dass es keinen objektiven Marktpreis oder gar Gebührentatbestände für die zur Durchführung des Fototermins anfallenden organisatorischen Leistungen der Schulen bzw. der Lehrkräfte gebe. Aus der „Quantifizierung der zusätzlich notwendigen Leistungen eines Schulfotografen im Fall der Verweigerung dieser notwendigen Organisationsaufgaben durch das Schulpersonal“, die auf eine Erhebung der Bundesvereinigung deutscher Schulfotografen e.V. zurückgeht<sup>40</sup>, ergibt sich jedoch, dass der durchschnittliche Gesamtaufwand eines Fotografen zur Durchführung einer Fotoaktion inkl. Ausgabe der Fotos, Einsammeln des Geldes und Rücknahme nicht abgenommener Fotos ca. 2,70 EUR pro fotografierten Schüler beträgt. Durch die Übernahme der Organisation erbringt die Schule somit nachweislich eine *messbare Leistung*, die mit der Überlassung von Sach- oder Geldzuwendungen - angemessen - ausgeglichen werden kann.

dd) Es erscheint allerdings sachgerecht, zwischen *schülerzahl-* und *umsatzabhängigen* Zuwendungen zu differenzieren. Die - für den Umsatz entscheidende - Anzahl der verkauften Fotos mag zwar mit zunehmender Schülerzahl steigen, doch ist das nicht notwendig der Fall und vor allem ändert sich mit einem erhöhten Umsatz der organisatorische Aufwand für die Schulen nicht zwangsläufig. Im Hinblick auf die *organisatorische Leistung* der Schulen ist deshalb alleine eine Vereinbarung sachgerecht, die den Wert der Sach- oder Geldleistung *im Verhältnis zur Anzahl der bei der Fotoaktion beteiligten Schüler* bestimmt<sup>41</sup>. Demgegenüber kommt bei umsatzabhängig gewährten Zuwendungen ein Verstoß gegen § 56 VwVfG und - wegen des damit verbundenen Anscheins der Käuflichkeit

<i>Ambos, Ziehn: Zur Strafbarkeit von Schulfotografen wegen Bestechung oder Vorteilsgewährung gemäß §§ 333, 334 StGB - - Zugleich eine Besprechung von BGH - I ZR 112/03 und OLG Celle - 2 Ws 261/07 -</i>	<i>NStZ 2008 Heft 9</i>	<i>501</i>
--	-------------------------	------------

der Dienstausbübung - grundsätzlich auch eine Unrechtsvereinbarung i.S.v. §§ 331ff. in Betracht.

ee) Letztlich ist jedoch auch in diesen Fällen eine Unrechtsvereinbarung - bei Fehlen klarer Verbots- bzw. Erlaubnisnormen - auf der Grundlage einer *normativen Gesamtbewertung* abzulehnen. Im Kern beruht dieses Ergebnis darauf, dass Vorteilsgewährungen von Schulfotografen sozial üblich sind und die Zuwendungen im öffentlichen Interesse liegen. Im Einzelnen ist folgendes zu berücksichtigen:

(1) Das *OLG Celle* verneint die *Sozialadäquanz* der Unrechtsvereinbarung mit der Begründung, dass allenfalls gewohnheitsmäßig allgemein anerkannte und geringe Aufmerksamkeiten darunter fielen, die in *casu* nicht vorlägen. Indes ist die Bejahung der Sozialadäquanz nicht zwingend von dem Wert der Zuwendung abhängig<sup>42</sup>. Vielmehr kommt es auf die konkreten Umstände des Einzelfalles und den „Lebenszuschnitt der Beteiligten“ an<sup>43</sup>. Nach der überkommenen Definition von *Welzel* sind sozial adäquate Handlungen solche, die „sich funktionell innerhalb der geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemeinschaftslebens eines Volkes bewegen“<sup>44</sup>, so dass die Normalität des praktizierten Verhaltens mit dem Erfordernis einer langdauernden Übung verknüpft wird<sup>45</sup>. Unabhängig von der Überzeugungskraft dieser Definition und des Konzepts der Sozialadäquanz

überhaupt<sup>46</sup>, kommt es in der Sache darauf an - und dies ist gleichsam der wahre Kern der Lehre von der Sozialadäquanz -, ob bestimmte sozial übliche und mitunter sogar erwünschte Handlungen sinnvollerweise kriminalisiert oder nicht vielmehr *a limine* für tatbestandlos erklärt werden sollten. In diesem Sinne ist auch der *BGH* zu verstehen, wenn er „übliche, von der Allgemeinheit gebilligte und daher in strafrechtlicher Hinsicht im sozialen Leben gänzlich unverdächtige ... Handlungen [als] nicht tatbestandsmäßig oder zumindest nicht rechtswidrig“ bewerten will<sup>47</sup>.

(2) Zu bedenken ist auch, dass die finanzielle Situation der Gemeinden (bzw. Landkreise/kreisfreien Städte) als Schulaufwandsträger<sup>48</sup> angespannt ist, da öffentliche Fördergelder spärlich fließen und die Gemeinden überdies dem *Gebot der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung*<sup>49</sup> verpflichtet sind. Sie sind daher auf zusätzliche, private Finanzquellen angewiesen, um ihre im Interesse der Allgemeinheit liegenden Aufgaben erfüllen zu können<sup>50</sup>. Der Ordnungsgeber hat dieses Bedürfnis schon vor langer Zeit erkannt und insoweit den Gemeinden die Berechtigung und Verpflichtung übertragen, „die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Einnahmen soweit vertretbar und geboten, aus speziellen Entgelten für die von ihnen erbrachten Leistungen, zu beschaffen, soweit die sonstigen Einnahmen nicht ausreichen“<sup>51</sup>. Vor diesem Hintergrund ist es ein evidenter Wertungswiderspruch, wenn Amtsträger, wie hier die Schulleiter, sich um derartige *Drittmittel*<sup>52</sup> bemühen oder solche annehmen und deshalb kriminalisiert werden. Im Ergebnis wird der Amtsträger damit für das bestraft, was erwünscht ist und von ihm verlangt wird<sup>53</sup>. Die vorliegende Situation ist insofern mit dem „Dilemma“<sup>54</sup> bzw. dem „Spannungsfeld“<sup>55</sup> der Drittmittelinwerbung im Hochschulbereich vergleichbar, so dass grundsätzlich die hierzu vom *BGH* entwickelten Kriterien<sup>56</sup> auf das Schul sponsoring übertragbar erscheinen<sup>57</sup>. Danach wäre im Wege einer „Einschränkung des Anwendungsbereiches“ der Vorteilsannahme eine Unrechtsvereinbarung zu verneinen, wenn es „die hochschulrechtlich verankerte Dienstaufgabe des Amtsträgers ist, sog. Drittmittel ... einzuwerben ... (und) das im Hochschulrecht vorgeschriebene Verfahren für die Mittelinwerbung (Anzeige und Genehmigung) eingehalten wird“<sup>58</sup>.

Die darin liegende *verwaltungsakzessorische Auslegung*<sup>59</sup> ist allerdings in der Literatur mit beachtlichen Gründen auf Kritik gestoßen<sup>60</sup>. Einerseits wird - zu Gunsten der Amtsträger - eingewandt, dass Anzeige und Genehmigung jedenfalls dann nicht verlangt werden könnten, wenn diese in einer landesspezifischen Verwaltungsvorschrift, die das Verfahren bei der Drittmittelinwerbung regelt, nicht vorgesehen sind<sup>61</sup>. Andererseits wird - zu Lasten der Amtsträger - die Ansicht vertreten, dass auch bei Einhaltung eines von der Verwaltung festgelegten Verfahrens nicht immer ausgeschlossen werden könne, dass das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit der Verwaltung verletzt worden sei<sup>62</sup>. Die Offenlegung und Genehmigung einer Verknüpfung von Drittmittelförderung und Dienstausbübung sei zwar eine *transparente*, aber immer noch *sachwidrige* Koppelung<sup>63</sup>. Gegen eine rein verwaltungsakzessorische Lösung des Spannungsverhältnisses spricht letztlich auch, dass die Verwaltungsvorschriften in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich ausgestaltet sind, so dass eine *Rechtszersplitterung*<sup>64</sup> droht. Aufgrund landesspezifischer Regelung könnte sich also ein Schulfotograf - bei ansonsten gleicher Sachverhaltskonstellation - in einem Bundesland strafbar machen, in einem anderen wäre das Verhalten hingegen straflos. Dieses Ergebnis kann jedenfalls im Hinblick auf die - auch vom *BGH* betonte - „Einheit der Rechtsordnung“<sup>65</sup> nicht gewollt sein, weshalb die Auflösung des Spannungsverhältnisses nur über bundeseinheitliche Regelungen erreicht werden kann<sup>66</sup>. Entscheidend ist letztlich der Einwand, dass sich die Lösung des *BGH* nicht zufriedenstellend auf den Zuwendungsgeber (Schulfotograf) übertragen lässt, hat er doch keinen Einfluss auf die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens, das zwischen Zuwendungsempfänger

(Schule vertreten durch den Schuldirektor) und Verwaltung (Schulaufsichtsbehörde) abläuft<sup>67</sup>.

(3) Bei einer Gesamtbetrachtung ist auch zu berücksichtigen, dass eine Kriminalisierung der Schulfotografen (spiegelbildlich) auch zu einer Strafbarkeit der alleine im Interesse ihrer Schulen handelnden Schulleiter führen müsste. Überdies würde sich die Wirkung einer solchen Kriminalisierung auch deshalb nicht auf die Fotografen beschränken, weil sie - aufgrund ihrer Signalwirkung - das Ende jeglichen (auch genehmigten) Schulsponsorings durch Schulfotografen bedeuten und u.U. sogar andere Sponsoren abschrecken würde. Wenn man aber vom grundsätzlichen Nutzen des Sponsorings ausgeht, so kann dies nicht im Interesse der Beteiligten und letztlich auch nicht der Allgemeinheit sein<sup>68</sup>.

(4) Schließlich erweist sich das Strafrecht mit seiner *ultima ratio* Funktion weder als geeignetes noch verhältnismäßiges Mittel, um das hier beschriebene Dilemma angemessen aufzulösen<sup>69</sup>. Als gangbarer rechtlicher Weg bietet sich alleine das dienstrechtliche Disziplinarrecht an, das auch ausreichende Sanktionsmöglichkeiten bereithält<sup>70</sup>. So hat der Disziplinarsenat des *BVerwG* festgestellt, dass „hinsichtlich des geschützten Rechtsguts und der Interessenlage“ kein Unterschied zwischen § 331 und § 70 BBG besteht<sup>71</sup>; im Hinblick auf die landesrechtlichen Beamtenetze kann nichts anderes gelten. *Hettinger* vermutet - nachvollziehbar - dass die im Disziplinarrecht zur Verfügung stehenden Instrumente nicht in dem Umfange eingesetzt würden, der möglich und geboten wäre; stattdessen werde die Zuständigkeit der Disziplinarbehörden durch die der Organe der Strafverfolgung ersetzt<sup>72</sup>.

ff) Im *Ergebnis* scheidet eine Unrechtsvereinbarung im Hinblick auf die *schülerzahlabhängig* gewährten Zuwendungen von vornherein aus, da insofern schon kein Verstoß gegen § 56 VwVfG gegeben ist<sup>73</sup>. Für die *umsatzabhängigen* Zuwendungen liegt zwar grundsätzlich ein unausgewogenes Leistungsverhältnis vor, jedoch ist im Zuge einer normativen Gesamtbetrachtung das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung abzulehnen.

## 2. Subjektiver Tatbestand

a) Insofern ist (hilfsweise) zu berücksichtigen, dass die Zuwendungsgeber möglicherweise davon ausgehen, dass ein *Vorteil* i.S.v. §§ 331ff. nicht gegeben ist, weil Leistung und Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis stehen. Versteht man den Vorteilsbegriff mit dem *OLG Köln* rein naturalistisch als deskriptives Tatbestandsmerkmal<sup>74</sup>, reicht es zur Bejahung des Vorsatzes aus, dass die Fotografen erkennen, dass sie mit der jeweiligen Zuwendung den Schulen einen solchen Vorteil gewähren. Hält man hingegen den Vorteilsbegriff für ein normatives oder jedenfalls normativiertes Tatbestandsmerkmal, müssen die Zuwendungsgeber i.S.d. herrschenden „Parallelwertung in der Laiensphäre“<sup>75</sup> den Zweck des Vorteilsbegriffs, seine rechtlich-soziale Funktion zumindest laienhaft erfassen, nicht aber seine genaue rechtliche Definition kennen<sup>76</sup>. Sie müssen also erkannt haben, dass in der tatsächlichen Leistung einer Zuwendung eine wirtschaftliche Besserstellung liegen kann. Verkennen sie lediglich den rechtlichen Gehalt des Vorteilsbegriffs, kommt allenfalls ein Subsumtionsirrtum in Betracht, der nur als Verbotsirrtum (§ 17) von Bedeutung sein kann<sup>77</sup>.

b) Bei der *Unrechtsvereinbarung* handelt es sich unstrittig um ein (ungeschriebenes) normatives Tatbestandsmerkmal, so dass es auch insoweit auf die (zutreffende) Parallelwertung in der Laiensphäre ankommt. So wird etwa das Vorliegen eines

Tatbestandsirrtums angenommen, wenn der Täter irrig *Umstände* annimmt, welche die Zuwendung als sozialadäquat erscheinen ließen, etwa wegen ihrer Geringwertigkeit<sup>78</sup>. Versteht der Täter hingegen den Begriff der Sozialadäquanz in einem zu weiten Sinne, etwa im Sinne der Erlaubtheit auch wertvoller Geschenke, so verkennt er den rechtlichen Gehalt des normativen Begriffs „Unrechtsvereinbarung“ und erliegt wiederum einem auf Tatbestandsebene unbeachtlichen Subsumtionsirrtum<sup>79</sup>.

### 3. Rechtswidrigkeit

a) Eine Rechtfertigung durch *Genehmigung* gemäß § 333 III setzt voraus, dass eine solche tatsächlich erteilt wurde<sup>80</sup>. Ein Rechtfertigungsgrund kann nicht direkt aus den „Grundsätzen der Finanzmittelbeschaffung“<sup>81</sup> abgeleitet werden. Hiernach sind die Gemeinden zwar „berechtigt“ oder sogar verpflichtet, zusätzliche Finanzmittel zu beschaffen; damit ist aber nur die dienstrechtliche Berechtigung und nicht eine strafrechtliche Erlaubnis gemeint<sup>82</sup>.

b) Die von *Cramer*<sup>83</sup> für gemeinnützige Drittvorrechte angedachte Anerkennung eines *übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes* kann keine Zustimmung finden. Seit der von *Cramer* herangezogenen Entscheidung des *RG*<sup>84</sup>, mit der der übergesetzliche Notstand nach dem Prinzip der Güter- und Pflichtenabwägung bezüglich eines Schwangerschaftsabbruchs wegen Selbstmordgefahr als Rechtfertigungsgrund anerkannt wurde, hat sich die Rechtslage maßgeblich verändert. Mit Einführung des § 34 durch das 2. StrRG wurde der bis dato nur gewohnheitsrechtlich anerkannte übergesetzliche rechtfertigende Notstand auf eine gesetzliche Grundlage gestellt<sup>85</sup>. Überdies sieht § 333 III einen speziellen Rechtfertigungsgrund vor. Mangels einer systemwidrigen Regelungslücke ist damit ein

<i>Ambos, Ziehn: Zur Strafbarkeit von Schulfotografen wegen Bestechung oder Vorteilsgewährung gemäß §§ 333, 334 StGB - - Zugleich eine Besprechung von BGH - I ZR 112/03 und OLG Celle - 2 Ws 261/07 -</i>	<i>NStZ 2008 Heft 9</i>	<i>503</i>
--	-------------------------	------------

Rückgriff auf übergesetzliche Lösungen weder erforderlich noch zulässig<sup>86</sup>.

### 4. Schuld

a) Die Fotografen gehen vielfach davon aus, dass es üblich und damit erlaubt sei, den Schulen im Zusammenhang mit einer Fotoaktion Zuwendungen anzubieten und zu gewähren, so dass ihnen die notwendige Unrechtseinsicht i.S.v. § 17 fehlt. Gerade in Bezug auf die Bestechungsdelikte hat der *BGH* ausgeführt, dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit des Tuns „tatbestandsbezogen“ sein muss, sich also auf das dem Tatbestand der §§ 331ff. zu Grunde liegende Verbot beziehen muss<sup>87</sup>.

b) Im Rahmen der strengen Anforderungen<sup>88</sup> im Hinblick auf die *Unvermeidbarkeit* des Verbotsirrtums ist entscheidend, ob der Täter „aufgrund seiner sozialen Stellung, nach seinen individuellen Fähigkeiten und bei dem ihm zumutbaren Einsatz seiner Erkenntniskräfte und seiner rechtlich-sittlichen Wertvorstellungen das Unrecht der Tat hätte einsehen können“<sup>89</sup>. Immerhin zeigt der Verfahrensgang mit sich widersprechenden gerichtlichen Entscheidungen und der durchaus ungewöhnlichen Erzwingung der Eröffnung des Hauptverfahrens durch das *OLG Celle* sowie die parallele Einstellungsentscheidung in Bayern<sup>90</sup>, dass die strafrechtliche Bewertung von Schulfotoaktionen auch unter Fachleuten äußerst umstritten ist. Der *OGH Wien*<sup>91</sup>, auf den sich der *BGH* ausdrücklich beruft<sup>92</sup>, führt sogar aus, dass es „seit Jahrzehnten üblich (ist), Schulen im Zusammenhang mit der Anfertigung von Einzel- und Gruppenbildern von Schülern „Rabatte“ von 10 bis 20% des Verkaufserlöses für die „Klassenkassen“



und/oder kostenlose Lehrer- bzw. Personalbilder anzubieten“ und kann darin kein strafwürdiges Unrecht erkennen. Angesichts dieser erheblichen Rechtsunsicherheit kann von den Fotografen als juristischen Laien keine vollkommene Unrechtseinsicht erwartet werden. Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass ein Verbotsirrtum je eher als unvermeidbar eingestuft werden kann, desto spezieller er auf einen bestimmten Verkehrskreis ausgerichtet ist<sup>93</sup>.

c) Nach allem spricht vieles dafür - jedenfalls beim Fehlen spezieller Vorschriften zur Durchführung von Schulfotoaktionen<sup>94</sup> -, zu Gunsten der Fotografen unter Heranziehung des Grundsatzes *in dubio pro reo* von der Unvermeidbarkeit der fehlenden Unrechtseinsicht auszugehen<sup>95</sup>.

## V. Zusammenfassung und Ergebnis

1. Die sog. Schulfotoaktionen begründen keine Strafbarkeit nach § 334 I. Zwar ist - entgegen der Ansicht des *BGH*<sup>96</sup> - ein (naturalistisch zu bestimmender) Vorteil sowohl für die Schule als auch für die Amtsträger zu bejahen, doch fehlt es i.d.R. an einer pflichtwidrigen Diensthandlung, sofern, wie im Fall des *OLG Celle*, zum Tatzeitpunkt keine Vorschriften zur Regelung der Durchführung von Schulfotoaktionen existierten, gegen die die Amtsträger hätten verstoßen können.

2. Eine Strafbarkeit nach § 334 III Nr. 2 kommt nur dann in Betracht, wenn die Fotografen die Schulleiter „zu bestimmen versuchen“, sich bei der Ausübung ihres Ermessens durch den Vorteil beeinflussen zu lassen. Nach herrschender und zutreffender restriktiver Auslegung dieser Voraussetzung müssen hierfür objektiv feststellbare Umstände vorliegen, die über das bloße Anbieten, Versprechen oder Gewähren des Vorteils hinausgehen.

3. Für eine Strafbarkeit nach § 333 I fehlt es an der erforderlichen Unrechtsvereinbarung. Für die *schülerzahlabhängig* gewährten Zuwendungen ist ein Verstoß gegen § 56 VwVfG abzulehnen, da diese Vorteile eine angemessene Gegenleistung für den von den Schulen geleisteten Organisationsaufwand darstellen. Für die *umsatzabhängigen* Zuwendungen liegt zwar grundsätzlich ein unausgewogenes Leistungsverhältnis vor, gleichwohl ist im Zuge einer normativen Gesamtbetrachtung eine Unrechtsvereinbarung zu verneinen. Ferner ist zu Gunsten der Fotografen - aufgrund der erheblichen Rechtsunsicherheit und sich widersprechender Entscheidungen - von einem unvermeidbaren Verbotsirrtum i.S.v. § 17 auszugehen.

---

\*Der Beitrag beruht auf einem Gutachten, das der *Erstverfasser* mit Unterstützung der *Zweitverfasserin* im Auftrag des Bundesverbandes der Schulfotografen erstellt hat.

<sup>1</sup>*BGH NJW* 2006, 225.

<sup>2</sup>*OLG Celle NJW* 2008, 164 m. Anm. *Zieschang StV* 2008, 253.

<sup>3</sup>Die mögliche Strafbarkeit der die Schulen vertretenden Schulleiter gemäß §§ 331, 332 verhält sich spiegelbildlich zu der der Fotografen und wird deshalb im Folgenden nicht gesondert geprüft.

<sup>4</sup>Alle Vorschriften ohne Bezeichnung beziehen sich auf das StGB.

<sup>5</sup>*Beulke* Gutachten über die strafrechtlichen Risiken der Schulfotografie unter besonderer Berücksichtigung der Tatbestände der Bestechung (§ 334 StGB) und der Vorteilsgewährung (§ 333 StGB), September 2006 (abrufbar unter <http://www.bvds-ev.de/gutachten.php>), S. 15f. verweist in diesem Zusammenhang auf die Einstellungsverfügung der StA München I v. 21. 12. 2005 - 565 Js 50120/05, die sich auf die Entscheidung des I. Zivilsenats des BGH (NJW 2006, 225) gestützt hat.

<sup>6</sup>BGH NJW 2006, 225, 228. Das LG Hildesheim als Vorinstanz des OLG Celle lehnte die Eröffnung des Hauptverfahrens unter Berufung auf diese BGH-Entscheidung ab. In diesem Sinne auch OGH Wien v. 19. 10. 2004 - 4 Ob 203/04p (abrufbar unter <http://www.ris.bka.gv.at/jus/>).

<sup>7</sup>Erlass d.Nds. Kultusministeriums „Wirtschaftliche Betätigung, Werbung, Informationen, Bekanntmachungen und Sammlungen in Schulen sowie Zuwendungen für Schulen“ v. 7. 9. 1994 (Nds SVBl 290); gleichlautend der Folgeerlass v. 10. 1. 2005 (Nds SVBl 3/2005, 124).

<sup>8</sup>BGHSt 48, 44, 46 = NJW 2003, 763, 765; *Fischer* StGB, 55. Aufl., § 332 Rn 6; MK-StGB-Korte 2003ff., § 332 Rn 23; NK-StGB-Kuhlen 2. Aufl., § 332 Rn 8; S/S-Heine 27. Aufl., § 332 Rn 8.

<sup>9</sup>MK-StGB-Korte (o. Fn 8), § 331 Rn 93; S/S-Heine (o. Fn 8), § 331 Rn 4.

<sup>10</sup>*Fischer* (o. Fn 8), § 331 Rn 21, 23; *Lackner/Kühl* 26. Aufl., § 331 Rn 10.

<sup>11</sup>Grdl. *Volk* in GS Zipf, 1999, S. 419, 421ff.; ebenso *Ambos* JZ 2003, 345, 349f.; *Dölling* ZStW 112 (2000), 334, 345; *Kindhäuser/Goy* NSTZ 2003, 291, 294.

<sup>12</sup>NK-StGB-Kuhlen (o. Fn 8), Rn 7.

<sup>13</sup>Vgl. BGH NJW 2002, 2801, 2806, wo ausgeführt wird, dass „die pflichtwidrige Handlung ... nicht schon in dem Annehmen, Fordern oder Sichversprechenlassen des Vorteils selbst bestehen (kann). Ebenso wenig macht die Annahme oder das Fordern des Vorteils die Handlung, auf die sie sich beziehen, schon zu einer pflichtwidrigen. Deshalb ist jeweils die Feststellung notwendig, dass der Vorteil die Gegenleistung für eine schon an sich pflichtwidrige Handlung war oder sein sollte“.

<sup>14</sup>§ 70 Volksschulordnung, § 112 Realschulordnung, § 126 Gymnasialschulordnung - vgl. *Beulke* (o. Fn 5), S. 32ff.

<sup>15</sup>Erst nach dem für das OLG Celle relevanten Tatzeitraum hat das Nds. Kultusministerium eine Mitteilung herausgegeben. „Zuwendungen, Spenden und Sponsoring für Schulen“, in der beispielhaft auch auf die strafrechtliche Problematik der Schulfotografie eingegangen wird (Nds SVBl 5/2006, 149f.). Danach sei es die „sauberste Lösung, statt zusätzlicher Zuwendungen einen möglichst günstigen Preis für die Fotos zu erhalten, da so die Vergünstigung allen am Geschäft Beteiligten zugute“ käme. Sollte „dennoch im Einzelfall“ eine Zuwendung zu Gunsten der Schule erfolgen, sei dies nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Hierzu gehöre neben einer transparenten Vertragsgestaltung auch die Bekanntgabe der Vergünstigung und ihrer möglichen Auswirkung auf die Preisgestaltung „an alle am Geschäft Beteiligten, also insbesondere an die Eltern“. Überdies dürfe die Zuwendung vor allem nicht vom Absatz der verkauften Fotos abhängig gemacht werden.

<sup>16</sup>BGHSt 47, 260, 262f. = NSTZ 2002, 477, 478; zust. *Heinrich* NSTZ 2005, 256, 259.

<sup>17</sup>*Lackner/Kühl* (o. Fn 10), § 334 Rn 3; *LK-Jescheck* 11. Aufl., § 334 Rn 6; S/S-Heine (o. Fn 8), § 334 Rn 6.

<sup>18</sup>*Kindhäuser* LPK-StGB, 3. Aufl., § 334 Rn 1.

<sup>19</sup>Zu den Anforderungen des Sich-Bereitzeigens i.S.v. § 332 III Nr. 2 vgl. BGHSt 48, 44, 47 = NJW 2003, 763, 765. Danach ist ein bestimmtes Verhalten des Täters erforderlich, „das aufgrund objektiv feststellbarer Umstände die wertende Folgerung zu tragen vermag, dieser habe nach außen wirkend („zeigen“) bewusst seine Bereitschaft bekundet, seine Entscheidung auch an dem Vorteil auszurichten“. Speziell zu § 334 III Nr. 2 vgl. BGH wistra 1998, 108, 109, wo aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles (Drucksituation, Existenzbedrohung) ein Bestimmen angenommen wurde.

<sup>20</sup>BGHSt 48, 44, 47f. = NJW 2003, 763, 765f.

<sup>21</sup>So auch *OLG Celle* NJW 2008, 164, 166.

<sup>22</sup>BGHSt 31, 264, 279; *Lackner/Kühl* (o. Fn 10), Rn 4; *LK-Jescheck* (o. Fn 17), § 331 Rn 7; *NK-StGB-Kuhlen* (o. Fn 8), § 331 Rn 33; *S/S-Heine* (o. Fn 8), § 331 Rn 17.

<sup>23</sup>Vgl. bspw. Art. 3 I BayEUG; § 7 I SchulG Berlin; § 1 III NSchG; § 6 III SchulG NRW.

<sup>24</sup>*LG Bonn* StV 2001, 292, 293; zust. *Laufs/Uhlenbruck-Ulsenheimer* Hdb. des Arztrechts, 3. Aufl., § 151a Rn 77. Dagegen *OLG Köln* (als Beschwerdeinstanz der Entscheidung d. *LG Bonn*) NStZ 2002, 35, 36; *Ambos JZ* 2003, 345, 351; *Satzger ZStW* 115 (2003), 469, 477; *MK-StGB-Korte* (o. Fn 8), § 331 Rn 80; *NK-StGB-Kuhlen* (o. Fn 8), § 331 Rn 44ff.

<sup>25</sup>BGHSt 47, 295, 309 = NJW 2002, 2801, 2805; *Dölling* Gutachten C zum 61. DJT, 1996, C 48ff.; *Kargl ZStW* 114 (2002) 763, 782ff.; *Lackner/Kühl* (o. Fn 10), Rn 1; *LK-Jescheck* (o. Fn 17), vor § 331 Rn 17; *S/S-Heine* (o. Fn 8), § 331 Rn 3.

<sup>26</sup>*Dauster* NStZ 1999, 63, 67, auf den sich das *LG Bonn* ausdrücklich bezieht, verneint zwar nicht die Dritt-Eigenschaft der öffentlich-rechtlichen Stelle, wohl aber das Vorhandensein eines Vorteils.

<sup>27</sup>*Ambos JZ* 2003, 345, 351.

<sup>28</sup>*BGH* NJW 2006, 225, 228; ebenso bspw. *Günter* MedR 2001, 457, 458; *Lüderssen JZ* 1997, 112, 114; *Verrel* MedR 2003, 319, 322; *Zieschang* StV 2001, 290, 291; *ders.* StV 2008, 253, 255.

<sup>29</sup>*Lüderssen JZ* 1997, 112, 114.

<sup>30</sup>*Ambos JZ* 2003, 345, 351; *Busch* NJW 2006, 1100, 1101; *Höltkemeier* Sponsoring als Straftat, 2005, S. 102; *Satzger ZStW* 115 (2003), 469, 482.

<sup>31</sup>BGHSt 31, 264, 279f.

<sup>32</sup>BGHSt 31, 264, 280; zust. *OLG Hamburg* StV 2001, 277, 279; *NK-StGB-Kuhlen* (o. Fn 8), § 331 Rn 47; krit. *Lüderssen JZ* 1997, 112, 114f.; *Laufs/Uhlenbruck-Ulsenheimer* (o. Fn 24), § 151a Rn 69.

<sup>33</sup>*OLG Hamburg* StV 2001, 284, 285.

<sup>34</sup>Zum Begriff vgl. etwa *MK-StGB-Korte* (o. Fn 8), § 331 Rn 83ff.; *S/S-Heine* (o. Fn 8), § 331 Rn 8.

<sup>35</sup>*SK-StGB-Rudolphi/Stein* 110. Lfrg., § 331 Rn 29.

<sup>36</sup>Der in diesem Zusammenhang gebräuchliche Begriff des *Sponsorings* ist nicht bundeseinheitlich definiert. So wird darunter etwa in *Niedersachsen* „die Gewährung von Geld oder geldwerten Vorteilen durch Dritte (natürliche od. juristische Personen, insb. Unternehmen) ohne angemessene Gegenleistung an das Land zur Erfüllung von Landesaufgaben“ verstanden; dies setzt stets die Einwilligung der obersten Landesbehörde voraus (Anl. 3 zu Nr. 7 „VV zur Bekämpfung von Korruption in der Landesverwaltung“ v. 14. 6. 2001); in *NRW* wird Sponsoring definiert als „die Zuwendung von Finanzmitteln, Sach- und/oder Dienstleistungen durch Private (Sponsoren) an eine Einzelperson, eine Gruppe von Personen, eine Organisation oder Institution (Gesponserte), mit der regelmäßig auch eigene (unternehmensbezogene) Ziele der Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit verfolgt werden“ (zu den Anforderungen: Nr. 4 RdErl. zur „Verhütung und Bekämpfung von Korruption in der öffentlichen Verwaltung“ v. 26. 4. 2005; vgl. auch die „Allg. VV zur Förderung von Tätigkeiten des Bundes durch Leistungen Privater (Sponsoring, Spenden und sonstige Schenkungen)“ v. 7. 7. 2003). Zum „klassischen“ Begriff des Sponsorings, der eine (kommunikative) Gegenleistung des Gesponserten voraussetzt, *Höltkemeier* (o. Fn 30), S. 23ff.; *Satzger ZStW* 115 (2003), 469, 470f.mwN.

<sup>37</sup>*SK-StGB-Rudolphi/Stein* (o. Fn 35); *Zieschang* StV 2008, 253, 255.

<sup>38</sup>Kopp/Ramsauer VwVfG, 10. Aufl., § 56 Rn 13.

<sup>39</sup>Busch NJW 2006, 1100, 1101.

<sup>40</sup>Vgl. <http://www.bvds-ev.de/files/Leistungsbeschreibungl.pdf>.

<sup>41</sup>So lag bspw. der Entscheidung des *OGH Wien* v. 19. 10. 2004 - 4 Ob 203/04p (abrufbar unter <http://www.ris.bka.gv.at/jus/>) eine Vereinbarung zwischen Fotograf und Schule zugrunde, wonach ab 120 Schülern ein Camcorder, ab 170 Schülern ein Computer, ... ab 300 Schülern ein Laptop und ab 400 Schülern ein Beamer zur Verfügung gestellt werden sollte. Das ist sachgerecht, weil man davon ausgehen kann, dass mit steigender Schülerzahl auch der organisatorische Aufwand steigt. Auch nach *Busch* (o. Fn 39) fehlt es bei umsatzabhängigen Zuwendungen an der „finalen Verknüpfung mit den Leistungen der Schule oder ihrer Lehrkräfte“; vgl. auch *Zieschang StV* 2008, 253, 255.

<sup>42</sup>*Ambos JZ* 2003, 345, 351; *NK-StGB-Kuhlen* (o. Fn 8), § 331 Rn 88.

<sup>43</sup>*NK-StGB-Kuhlen* (o. Fn 8), § 331 Rn 88; eingehend *Dölling* (o. Fn 25), C 69ff.; *Kargl ZStW* 114 (2002), 763, 778ff.

<sup>44</sup>*Welzel ZStW* 58 (1939), 491, 516f.

<sup>45</sup>*Kargl ZStW* 114 (2002), 763, 778f.

<sup>46</sup>Grdl. krit. etwa *Eser* in FS Roxin, 2001, S. 199, 200.

<sup>47</sup>BGHSt 23, 226, 228.

<sup>48</sup>Vgl. bspw. § 103 I SchulG M-V; § 102 I NSchG; § 78 I SchulG NRW.

<sup>49</sup>Vgl. bspw. § 43 IV KomVerf M-V; § 82 II Nds. GO; § 75 II GO NRW.

<sup>50</sup>*Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer GA* 2005, 265, 272; *Beulke* (o. Fn 5), S. 49.

<sup>51</sup>So der Wortlaut in § 83 II Nds GO; fast wortgleich bspw. § 44 II KomVerf M-V; § 76 II GO NRW.

<sup>52</sup>Unter Drittmittel sind insoweit finanzielle Mittel zu verstehen, die öffentlichen Einrichtungen außerhalb der Grundfinanzierung zufließen. Dies ist eine weite Definition, die sich von dem engeren Verständnis im Bereich der wissenschaftlichen Forschung unterscheidet; vgl. *Höltkemeier* (o. Fn 30), S. 192 mwN.

<sup>53</sup>Krit. auch *Volk* Referat zum 61. DJT, 1996, L 43 („ebenso unvermeidlich wie absurd“); ähnlich *Walter ZRP* 1999, 292, 294: „Was das Dienstrecht fordert, kann nicht strafbar sein“.

<sup>54</sup>*Ambos JZ* 2003, 345; *Dietrich/Schatz MedR* 2001, 614, 618.

<sup>55</sup>BGHSt 47, 295, 308 = NJW 2002, 2801, 2805; *Höltkemeier* (o. Fn 30), S. 191ff. mit umfangreicher Aufarbeitung der Lösungsvorschläge in Rspr. u.Lit., S. 210ff.

<sup>56</sup>BGHSt 47, 295, 306f. = NJW 2002, 2801, 2804f.

<sup>57</sup>*Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer* (o. Fn 50); *Beulke* (o. Fn 5), S. 48f.

<sup>58</sup>BGHSt 47, 295 = NJW 2002, 2801 Ls; zust. *Kuhlen JR* 2003, 231, 234.

<sup>59</sup>Diese Methode ist dem Strafrecht keineswegs fremd, da insb. das Umweltstrafrecht mit dem Verwaltungsrecht stark verknüpft ist; hierzu *LK-Steindorf* (o. Fn 17), vor § 324 Rn 22ff.; *S/S-Cramer/Heine* (o. Fn 8), vor § 324 Rn 4, 11ff.

<sup>60</sup>*Beulke* (o. Fn 5), S. 53; *Diettrich/Schatz* ZRP 2001, 521, 525; *Knauer/Kaspar* GA 2005, 385, 403; *Rönnau* JuS 2003, 232, 237; *Satzger* ZStW 115 (2003), 469, 498; *SK-StGB-Rudolphi/Stein* (o. Fn 35); *Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer* GA 2005, 265, 271; grds. befürwortend *Michalke* NJW 2002, 3381, 3382.

<sup>61</sup>*SK-StGB-Rudolphi/Stein* (o. Fn 35); *Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer* (o. Fn 60).

<sup>62</sup>*Satzger* (o. Fn 60); ebenso: *Mansdörfer* wistra 2003, 211, 213.

<sup>63</sup>*Satzger* (o. Fn 60).

<sup>64</sup>*Rönnau* JuS 2003, 232, 237; so auch der Gedanke von *Beulke* (o. Fn 5), S. 53; *Diettrich/Schatz* ZRP 2001, 521, 525.

<sup>65</sup>BGHSt 47, 295, 307 = NJW 2002, 2801, 2805.

<sup>66</sup>Zu einem Drittmittelgesetz insoweit *Ambos* JZ 2003, 345, 354; *Diettrich/Schatz* (o. Fn 64); *Rönnau* (o. Fn 64).

<sup>67</sup>*Korte* NStZ 2003, 156, 158; auch *Höltkemeier* (o. Fn 30), S. 220.

<sup>68</sup>Ähnlich *Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer* GA 2005, 265, 273 in Bezug auf Spenden, die einem gemeinnützigen Zweck dienen.

<sup>69</sup>So auch *Beulke* (o. Fn 5), S. 55, der den Weg über einen „klarstellenden Runderlass der Schulministerien“ sucht; ferner *Knauer/Kaspar* GA 2005, 385, 404, die das Ziel „durch präventive Maßnahmen, etwa zur Verbesserung einer Verwaltungs- und Unternehmensethik“ erreichen wollen; vgl. auch *Michalke* NJW 2002, 3381, 3381f., die die verwaltungsakzessorische Lösung entsprechend den Hochschulgesetzen unterstützt.

<sup>70</sup>*Hettinger* NJW 1996, 2263, 2269ff.

<sup>71</sup>BVerwGE 103, 36, 39 = NVwZ-RR 1994, 681.

<sup>72</sup>*Hettinger* NJW 1996, 2263, 2271f., der das Strafrecht insofern als „Büttel“ bezeichnet.

<sup>73</sup>Ein Verstoß gegen landesspezifische Vorschriften, die ggf. die Einhaltung eines bestimmten Verfahrens vorsehen, bleibt hiervon unberührt.

<sup>74</sup>*OLG Köln* NStZ 2002, 35, 37, das das Vorliegen eines Vorteils „ohne rechtliche Wertung nach tatsächlichen Kriterien“ beurteilen will und ausdrücklich feststellt, dass es sich nicht um ein normatives Tatbestandsmerkmal handelt.

<sup>75</sup>BGHSt 3, 248, 255.

<sup>76</sup>Zu den Anforderungen an die Parallelwertung in der Laiensphäre *Wessels/Beulke* StrafR AT, 37. Aufl., Rn 243; *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben* (o. Fn 8), § 15 Rn 43a.

<sup>77</sup>Im Erg. ebenso *OLG Köln* NStZ 2002, 35, 37.

<sup>78</sup>NK-StGB-Kuhlen (o. Fn 8), § 331 Rn 96; *SK-StGB-Rudolphi/Stein* (o. Fn 35), Rn 30.

<sup>79</sup>BGH NStZ 2005, 334, 335; *Fischer* (o. Fn 8), § 331 Rn 31; *Lackner/Kühl* (o. Fn 10), Rn 13.

<sup>80</sup>Die Rechtsnatur der Genehmigung ist umstritten. Nach h.M. stellt die *vorherige* Genehmigung einen Rechtfertigungsgrund, die *nachträgliche* Genehmigung einen Strafaufhebungsgrund dar; vgl. *Fischer* (o. Fn 8), § 331 Rn 35f.; *S/S-Heine* (o. Fn 8), § 331 Rn 45ff.; auch BGHSt 31, 264, 285; näher *Ambos* JZ 2003, 345, 353.

<sup>81</sup>Oben Fn 51 und dazugehöriger Text.

<sup>82</sup>Vgl. *Ambos* (o. Fn 80), mwN zur Drittmittelakquisition im Hochschulrecht, deren Grundsätze allerdings auf die vorliegende Problematik nur bedingt übertragen werden können; vgl. schon o. Fn 57ff. und dazugehöriger Text.

<sup>83</sup>*Cramer* in FS Roxin, 2001, S. 945, 950.

<sup>84</sup>RGSt 61, 242, 254.

<sup>85</sup>*Roxin* StrafR AT I, 4. Aufl., § 7 Rn 42, § 16 Rn 1ff.; MK-StGB-Erb (o. Fn 8), § 34 Rn 8; S/S-Lenckner/Perron (o. Fn 8), § 34 Rn 2.

<sup>86</sup>Vgl. *Ambos* JZ 2003, 345, 353; *Höltkemeier* (o. Fn 30), S. 230.

<sup>87</sup>BGHSt 15, 352, 356; zust. *OLG Köln* NStZ 2002, 35, 37.

<sup>88</sup>Vgl. BGHSt 2, 194, 197ff.; 3, 357, 364.

<sup>89</sup>*Wessels/Beulke* (o. Fn 76), Rn 466; ähnlich auch BGHSt 4, 1, 5.

<sup>90</sup>Oben Fn 5.

<sup>91</sup>*OGH Wien* v. 19. 10. 2004 - 4 Ob 203/04p (abrufbar unter <http://www.ris.bka.gv.at/jus/>).

<sup>92</sup>*BGH* NJW 2006, 225, 227.

<sup>93</sup>*Kühl* StrafR AT, 5. Aufl., § 13 Rn 51.

<sup>94</sup>Oben Fn 15.

<sup>95</sup>Zu der zutreffenden Anwendung des in dubio Grundsatzes auch *OLG Köln* NStZ 2002, 35, 37f. Der Grundsatz gilt umfassend für alle Tatsachen, die materiell-rechtlich für die Schuld- und Straffrage unmittelbar erheblich sind und somit auch für die Frage, ob die tatsächlichen Grundlagen eines Verbotsirrtums gegeben sind; vgl. *Eisenberg* BeweisR der StPO, 4. Aufl., Rn 120 mwN.

<sup>96</sup>*BGH* NJW 2006, 225, 228.