

OGH Urteil vom 6.6.2016, 17 Os 8/16d – *Keine Korruption durch Schulfotografie*



**Fundstelle:** EvBl-LS 2016/116 (Ratz) =  
ECLI:AT:OGH0002:2016:0170OS00008.16D.0606.000

**Schließt ein Schulleiter einen Vertrag mit einem Fotografen, um diesem die Ausübung seiner Tätigkeit in der Schule zu gestatten, handelt er im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung. Zuwendungen an die Schule aufgrund eines solchen (zivilrechtlich gültigen) Vertrags sind keine Vorteile iS des Korruptionsstrafrechts nach §§ 304, 309 StGB.**

Leitsatz verfasst von Hon.-Prof. Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat am 6. Juni 2016 durch den Präsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Ratz als Vorsitzenden, die Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Prof. Dr. Danek und Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Nordmeyer und Dr. Oberressl in Gegenwart der Richteramtswärterin Mag. Fritsche als Schriftführerin in der Strafsache gegen Monika W\*\*\*\*\* und andere Beschuldigte wegen des Vergehens der Bestechlichkeit nach § 304 Abs 1 StGB, AZ 7 St 10/15k der Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption, über die von der Generalprokuratur gegen eine Entscheidung der Staatsanwaltschaft ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Mag. Holzleithner, sowie des Beschuldigten Franz Wo\*\*\*\*\* sowie des Verteidigers Dr. Heigenhauser zu Recht erkannt:

In der Strafsache gegen Monika W\*\*\*\*\* und andere Beschuldigte wegen des Vergehens der Bestechlichkeit nach § 304 Abs 1 StGB, AZ 7 St 10/15k der Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption, verletzt deren Entscheidung vom 7. September 2015 über die Beendigung des Ermittlungsverfahrens gegen die Beschuldigten Franz Wo\*\*\*\*\*, Franz G\*\*\*\*\* und Adolf R\*\*\*\*\* § 304 Abs 1 StGB und § 190 Z 2 StPO.

### **Gründe:**

Zum Aktenzeichen 7 St 15/13t der Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption (kurz: WKStA) wird ein Ermittlungsverfahren gegen Paul H\*\*\*\*\*, Inhaber eines Fotoateliers (Paul H\*\*\*\*\* GmbH), und mehrere Leiter von Schulen und Kindergärten in Oberösterreich geführt, dem der in der Begründung (§ 194 Abs 2 zweiter Satz StPO) der hier angefochtenen Entscheidung folgendermaßen zusammengefasste Sachverhalt zugrunde liegt:

Paul H\*\*\*\*\* habe Schulen und Kindergärten Zuwendungen („Provisionen“) in Form von Sach- und/oder Geldleistungen dafür gewährt, dass er von den Leitern dieser Schulen und Kindergärten den „Auftrag“ erhalten habe, dort seiner Tätigkeit als „Schulfotograf“ nachgehen zu können. Meist habe er entsprechende (branchenübliche) Zusagen bereits in seine diesen Einrichtungen präsentierten Angebote aufgenommen, um wettbewerbsfähig zu bleiben. Neben prozentuell (zwischen 5 und 15 %) nach dem Erlös an die Eltern der Schüler verkaufter Fotos berechneten Geldleistungen seien unter dem Titel „Frühbucher-Bonus“ Sachleistungen (elektronische Geräte wie etwa Beamer, Notebooks, CD-Player) mit nach Laufzeit der Vereinbarung gestaffeltem Wert angeboten worden. Spätestens in den von den Leitern der Schulen und Kindergärten unterfertigten „Auftragsbestätigungen“ seien die Zuwendungen als „Sondervereinbarungen“ enthalten gewesen.

In der Regel hätten die Eltern weder Kenntnis von diesen „Sondervereinbarungen“ noch davon gehabt, dass ein Teil des von ihnen gezahlten Kaufpreises (bar oder in Form von Überweisungen an die beteiligten Schulen und Kindergärten) geflossen sei.

Dass die beschuldigten Amtsträger diese Geld- und Sachleistungen für sich behalten und sich dadurch persönlich bereichert hätten, habe sich nicht ergeben.

Mit der hier angefochtenen *Entscheidung* stellte die *WKStA* am 7. September 2015 das zum AZ 7 St 10/15k nach § 27 StPO – wegen eines (zuletzt nur) dem Vergehen der Bestechlichkeit nach „§ 304 StGB“ subsumierten Verhaltens – getrennt geführte Ermittlungsverfahren hinsichtlich der Beschuldigten Franz Wo\*\*\*\*\*, Franz G\*\*\*\*\* und Adolf R\*\*\*\*\* „gemäß § 190 Ziffer 2 StPO“ ein. Diesem Verfahren lag – neben der oben wiedergegebenen grundsätzlichen Konstellation – folgender weiterer Sachverhalt zugrunde:

Franz Wo\*\*\*\*\* habe als Leiter (§ 56 SchUG) einer Neuen Mittelschule ab dem Schuljahr 2010/2011 Verträge mit der Paul H\*\*\*\*\* GmbH abgeschlossen. Diese habe (prozentuell nach verkauften Fotos berechnete) Geldzuwendungen (insgesamt 1.320 Euro) und einmalig – anlässlich des Abschlusses einer mehrjährigen Vereinbarung – eine Sachzuwendung in Form einer Spiegelreflexkamera (im Wert von 720 Euro) an die Schule geleistet.

Adolf R\*\*\*\*\* sei als Vorgänger von Franz Wo\*\*\*\*\* Leiter derselben (damals Haupt-)Schule gewesen. Er habe für die Schuljahre 2003/2004 bis einschließlich 2008/2009 gleichgelagerte Vereinbarungen mit der Paul H\*\*\*\*\* GmbH geschlossen, welche dafür (nicht festgestellte) Geldzuwendungen (jeweils 10 % oder 15 % vom Verkaufserlös) an die Schule geleistet habe.

Franz G\*\*\*\*\* habe ebenfalls als Leiter einer Neuen Mittelschule ab dem Schuljahr 2006/2007 bis zum Schuljahr 2011/2012 (mit fünfjähriger Laufzeit) Vereinbarungen der beschriebenen Art mit der Paul H\*\*\*\*\* GmbH abgeschlossen, welche hierfür Geldzuwendungen (insgesamt 1.787 Euro) und zweimal – jeweils anlässlich des Abschlusses mehrjähriger Vereinbarungen – Beamer (im Gesamtwert von 862 Euro) an die Schule geleistet habe.

Bei allen drei Beschuldigten seien die Eltern jeweils über das Schulforum (§ 63a SchUG) in Kenntnis der Zuwendungen an die Schule und in die Auswahl des Fotografen eingebunden gewesen.

Rechtlich begründete die *WKStA* die Einstellung folgendermaßen:

Die Beschuldigten hätten als Schulleiter für die Vornahme von Amtsgeschäften („die Erteilung des Auftrages an den jeweiligen Schulfotografen“ sowie [im Rahmen der Hoheitsverwaltung] die Gewährung des Zutritts zur Schule und die organisatorische Abwicklung in Form der Beaufsichtigung der Schüler während der Schulfotoaktion) Vorteile für einen Dritten (die Schulen) sich versprechen lassen und angenommen. Die Geld- und Sachleistungen stellten tatbildliche Vorteile dar, weil – unter anderem wegen der zugesagten hoheitlichen Handlungen – kein „einem zivilrechtlichen Vertrag zugänglicher Leistungsaustausch“ vorliege, die Schulen demnach auf sie keinen rechtlich begründeten Anspruch gehabt hätten. § 128a SchOG sei keine ausreichende Rechtsgrundlage, weil die Schulfotoaktionen während der Unterrichtszeit stattgefunden und mit der dort geregelten Schulraumüberlassung „nichts gemein“ gehabt hätten. Bei § 128b SchOG wiederum gehe es bloß „um die Drittmittelverwendung und nicht um deren Generierung“. Eine parteiliche, nicht am Sachlichkeitsgebot, sondern an den Geld- und Sachleistungen orientierte Vornahme von Amtsgeschäften sei grundsätzlich pflichtwidrig. In den die drei Beschuldigten betreffenden Sachverhalten sei aber jeweils das Schulforum in Kenntnis dieser Zuwendungen in die Auswahl des Schulfotografen eingebunden gewesen. Daher sei „die Auftragsvergabe nicht von der Zahlung der Provisionen abhängig“ gewesen, „sondern von der Auswahl durch das Schulforum“, weshalb „Pflichtwidrigkeit“ und damit strafbares Handeln (der Beschuldigten) im Sinn des § 304 Abs 1 StGB „nicht nachweisbar“ sei.

Die *Generalprokuratur* führt in ihrer vom Rechtsschutzbeauftragten angeregten, zur Wahrung des Gesetzes erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde (§ 23 Abs 1a StPO) Nachstehendes aus:

Vorweg wird Folgendes angemerkt:

Mitglieder der Schulbehörden, Bedienstete öffentlicher Schulen, Schulräte, Schuldirektoren und Lehrer sind als Angehörige der Schulverwaltung sowohl Beamte iSd § 74 Abs 1 Z 4 StGB als auch

Amtsträger nach § 74 Abs 1 Z 4a lit b StGB (vgl. *Jerabek* in WK<sup>2</sup> StGB § 74 Rz 11, 19b; *Bertel* in WK<sup>2</sup> StGB § 302 Rz 4; *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch<sup>8</sup> § 302 Rz 2, 6).

Die Auswahl der Schulfotografen sowie die Ermöglichung von Schulfotoaktionen in einer staatlichen Bildungseinrichtung stellen nicht völlig außerhalb seines Aufgabenbereichs liegende Tätigkeiten des Schulleiters im öffentlichen Dienst zur Wahrnehmung der ihm übertragenen administrativen Aufgaben (Schulleitung gemäß § 56 Abs 2 Schulunterrichtsgesetz [SchUG]; vgl. *Juranek*, Schulverfassung und Schulverwaltung in Österreich und Europa [1999], Band I S 324) im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung (RIS-Justiz RS0095954, RS0096099 [T3]), somit Amtsgeschäfte (auch) iSd § 304 Abs 1 erster Satz StGB dar (vgl. *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch<sup>8</sup> §§ 304 bis 306 Rz 17 f).

Nach Ansicht der Generalprokuratur sind Vorteile (hier: Sach- und Geldzuwendungen), die für eine „parteiliche“ Auftragsvergabe, dh für eine nicht am Sachlichkeitsgebot orientierte Vornahme von Amtsgeschäften gefordert, angenommen oder versprochen werden, grundsätzlich als „pflichtwidrig“ iSd § 304 Abs 1 StGB zu beurteilen (RIS-Justiz RS0096116). Denn Pflichtwidrigkeit kann nach der Judikatur – insbesondere (wie hier) bei Ermessensentscheidungen – schon dann vorliegen, wenn der Amtsträger dem Vorteil, den er für die Vornahme des Amtsgeschäfts fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, einen Einfluss auf dessen Erledigung einräumt (RIS-Justiz RS0096099, 17 Os 20/13i mwN; ebenso *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch<sup>8</sup> §§ 304 bis 306 Rz 34 f).

Eine Vorteilsannahme in Kenntnis des im Kaufpreis der Fotos enthaltenen Aufschlags für Provisionsrückflüsse oder Sachzuwendungen zu Lasten von Schülern oder Eltern verletzt überdies (vgl. bereits § 59 Abs 1 BDG 1979 bzw. § 41 Abs 1 LDG 1984) die Verpflichtung zur sachlichen Wahrnehmung der dienstlichen Aufgaben sowie das Gebot der Unparteilichkeit der Amtsführung, somit auch die – für Lehrer gleichfalls geltenden (*Kucsko-Stadlmayer*, Das Disziplinarrecht der Beamten<sup>4</sup> 159) – allgemeinen Dienstpflichten des § 43 BDG 1979 (allenfalls iVm § 5 Abs 1 VBG) bzw. des § 29 Abs 1 und Abs 2 LDG 1984.

Ebenso wie die weiteren (Korruptions-)Delikte nach den §§ 305 ff StGB umfasst § 304 Abs 1 erster Satz StGB – schon aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts – auch Vorteile, die „einem Dritten“, mithin einer vom Amtsträger verschiedenen Person zugute- bzw. zukommen sollen (sofern in diesen Fällen nicht ohnehin eine verschleierte Vorteilszuwendung an den Amtsträger selbst vorliegt). Als solche „Dritte“ kommen sowohl natürliche wie auch juristische Personen – etwa Familienangehörige, politische Parteien oder Interessenvertretungen – in Betracht (*Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch<sup>8</sup> §§ 304 bis 306 Rz 20 ff; *Hauss/Komenda*, SbgK § 307 Rz 31 iVm § 304 Rz 83). Zu welcher Verwendung der erlangte Vermögensvorteil nach dem Willen des Amtsträgers zugeführt, zB ob er ausschließlich im oder für das Amt genützt werden soll, ist unerheblich (RIS-Justiz RS0096036; *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch<sup>8</sup> §§ 304 bis 306 Rz 26). Demnach kann „Dritter“ iSd §§ 304 ff StGB grundsätzlich auch jene Dienststelle (hier: Bildungseinrichtung) sein, der der jeweilige Amtsträger angehört (vgl. *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch<sup>8</sup> §§ 304 bis 306 Rz 20b; *Reindl-Krauskopf*, Korruptionsstrafrecht in Österreich – Über-zogen oder zahnlos, in JSt 2009/2, 49 ff [54]; zur „Anstellungsbehörde“ bzw. „Anstellungskörperschaft“ des Amtsträgers im deutschen Recht – jeweils zu § 331 dStGB: *Sowada* in LK<sup>12</sup> Rdn 41 ff [44], *MüKoStGB/Korte* Rn 75 ff [80], *NK-StGB-Kuhlen* Rn 47 ff [50], *SK-StGB/Stein/Rudolphi* Rn 23a, *Heine* in *Schönke/Schröder* RN 20, 20a).

#### Zu den einzelnen Gesetzesverstößen:

1./ Die WKStA führt einerseits aus, dass die „nicht am Sachlichkeitsgebot orientierte, sondern von der Höhe der Kick-Back-Zahlungen“ des (dann ausgewählten) Fotografen abhängige Vornahme der in Rede stehenden Amtsgeschäfte Pflichtwidrigkeit iSd § 304 Abs 1 erster Satz StGB begründe (ES 7). Weshalb – wovon die WKStA in ihrer Einstellungsbegründung aber andererseits ausgeht (ES 14 f) – die Kenntnis des Schulforums vom und dessen Zustimmung zum Vertragsinhalt (und der durch dieses Wissen mitbedingten Auswahl des Fotografen) daran etwas ändern sollte, legt die

genannte Staatsanwaltschaft nicht einmal ansatzweise aus dem Gesetz abgeleitet dar und führt auch sonst keine sachlichen, gegen pflichtwidriges Agieren der Schulleiter sprechende Argumente ins Treffen.

Denn allein die Zustimmung zum in Rede stehenden Amtshandeln gar nicht befugter Personen oder Gremien kann naturgemäß nicht zur Pflichtgemäßheit von per se pflichtwidrigem Vorgehen eines Amtsträgers führen.

Die insoweit vertretene Rechtsansicht der WKStA verstößt daher gegen § 304 Abs 1 erster Satz StPO.

2./ Die WKStA hält eine Pflichtwidrigkeit iSd § 304 Abs 1 erster Satz StPO für „nicht nachweisbar“ (ES 14 f). Demnach stellt sich der ermittelte Sachverhalt (iSd staatsanwaltschaftlichen Einstellungsbegründung) so dar, dass die genannten Schulleiter für die pflichtgemäße Vornahme der eingangs beschriebenen, laut WKStA dem Hoheitsbereich zugehörigen Amtsgeschäfte Vorteile (für einen „Dritten“) angenommen haben, auf die sie keinen rechtlich begründeten Anspruch hatten. Anhaltspunkte dafür, dass es sich (bloß) um nicht ungebührliche Vorteile gehandelt hat (§ 305 Abs 4 StGB), sind dem von der genannten Staatsanwaltschaft ihrer Einstellungsverfügung zugrunde gelegten Tatsachensubstrat nicht zu entnehmen.

Tatsächlich ungebührliche Vorteilsannahme im Konnex mit pflichtgemäßer Vornahme von Amtsgeschäften erfüllt aber in objektiver Hinsicht den Tatbestand der Vorteilsannahme nach § 305 Abs 1 StGB, was von der WKStA allerdings – ungeachtet entsprechenden Erfordernisses bei umfassender Beurteilung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens – keiner rechtlichen Wertung unterzogen wurde; demgemäß wurden auch keine Ermittlungen in diese Richtung geführt.

Dieses Versäumnis verletzt § 305 Abs 1 StGB iVm § 190 Z 2 StPO.

3./ Das der Einstellungsentscheidung zugrunde gelegte Sachverhaltssubstrat ist schließlich mit Blick auf eine mögliche Subsumtion nach § 304 Abs 1 erster Satz StPO (bzw allenfalls § 305 Abs 1 StGB) auch deshalb undeutlich (vgl § 281 Abs 1 Z 5 erster Fall StPO sowie *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 418 f), weil die für die Lösung der Rechtsfrage, ob es sich in casu bei den dem jeweiligen Schulleiter (für dessen Schule) überlassenen Sach- und Geldleistungen überhaupt um „Vorteile“ iSd genannten Korruptionsbestimmungen handelte, entscheidenden Annahmen nicht getroffen wurden.

Vorweg wird bemerkt dass die eingangs (zu II./) angestellten Überlegungen zur „Pflichtwidrigkeit“ und zur Frage, wer „Dritter“ sein kann, mit dieser Fragestellung nichts zu tun haben (zu letzterem Punkt aM *Marek/Jerabek* [in Korruption und Amtsmissbrauch<sup>8</sup> §§ 304 bis 306 Rz 20a {dritter Absatz}]: Einer Zuwendung, die – als Gegenstand einer mit dem Rechtsträger bestehenden geschäftlichen Beziehung – [adäquate] Gegenleistung zur amtlichen Tätigkeit des als Organ des Rechtsträgers agierenden Amtsträgers ist, fehle die „Vorteilseignung“, sodass der Rechtsträger diesfalls nicht Dritter iSd §§ 304 ff StGB, sondern Subjekt des Austauschverhältnisses sei).

Der Begriff des Vorteiles wird definiert als jede Leistung materieller oder immaterieller Art, die den Täter besser stellt oder ihm nützlich ist und auf die er keinen rechtlich begründeten Anspruch hat, wobei es für die Tatbestände nach den §§ 304 und 305 StGB nicht von Bedeutung ist, ob der Amtsträger den Vorteil vor, während oder nach der dazu im Zusammenhang stehenden Amtsführung fordert, annimmt oder sich versprechen lässt (*Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch<sup>8</sup> §§ 304 bis 306 Rz 19, 43; *Hauss/Komenda*, SbgK § 304 Rz 64 ff). Dh umgekehrt, dass Zuwendungen, denen eine adäquate Gegenleistung (so etwa das Halten eines Vortrags, die Teilnahme an einer Diskussion, die Erbringung von Beratungsleistungen oder die Erstellung eines Gutachtens) gegenübersteht, nicht diesem Vorteilsbegriff zu subsumieren sind (*Marek/Jerabek*, aaO Rz 20 [letzter Absatz]; *Hauss/Komenda*, aaO Rz 76 ff).

Die Strafbarkeit des untersuchten Verhaltens der Schulleiter hängt also entscheidend von der – im jeweiligen Einzelfall (separat) vorzunehmenden – Beantwortung der Frage ab, ob den konkreten Zuwendungen des Fotografen (= der Paul H\*\*\*\*\* GmbH) eine adäquate Gegenleistung (des Schuldirektors bzw der Schule) gegenübersteht, wobei die Adäquanz der gegenseitigen Leistungen in einer Gesamtschau anhand aller relevanten Umstände (insbesondere auch unter Einbeziehung wirtschaftlicher Gesichtspunkte) zu eruieren ist (*Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch<sup>8</sup> §§ 304 bis 306 Rz 20a; *Hauss/Komenda*, SbgK § 304 Rz 80). Eine entsprechende

Beurteilungsgrundlage kann der vorliegenden Einstellungsbegründung aber – wie dargelegt – nicht entnommen werden. Im gegebenen Zusammenhang ist vielmehr insbesondere darauf hinzuweisen, dass die WKStA nicht differenziert, wofür konkret die Schulleiter die jeweiligen Zuwendungen erhielten; ein Mal ist insoweit von der „Erlaubnis, [...] in den Schulräumen während der Unterrichtszeit zu fotografieren“, ein anderes Mal hingegen von der „Auftragserteilung“ die Rede. Falls die Vorteile überwiegend für die „parteiliche“ Auftragsvergabe gewährt wurden – wovon insbesondere in Ansehung der für den Abschluss der Vier- bzw Fünf-Jahres-Verträge („Frühbucharbonus“) gewährten Sachleistungen auszugehen ist –, läge wohl jedenfalls keine adäquate Gegenleistung vor.

Im gegebenen Zusammenhang ist der Vollständigkeit halber weiters darauf hinzuweisen, dass die Überlassung von Schulraum zur Durchführung der Schulfoto-Aktionen in § 128a Schulorganisationsgesetz (SchOG) – der diesbezüglichen Einschätzung der WKStA (ES 11) zuwider – sehr wohl Deckung findet. Nach Abs 1 dieser Bestimmung ist der Schulleiter ermächtigt, Teile der Schule samt Inventar für nichtschulische Zwecke an Dritte zu überlassen, sofern dadurch die Erfüllung der Aufgaben der Schule (§ 2 SchOG) nicht beeinträchtigt wird; dafür ist „ein mindestens angemessenes Entgelt“ – vorrangig für die Bedeckung der durch die Überlassung entstandenen Mehrausgaben sowie weiters für andere Zwecke der Schule (und sohin gerade nicht eine Gebühr für Verwaltungstätigkeit) – einzuheben (Abs 2 und 4 leg cit). Warum aber nun die Überlassung von Schulraum während der Schulzeit von § 128a SchOG nicht erfasst werden soll (bei Gefahr der Beeinträchtigung schulischer Aufgaben käme eine Überlassung – wie dargelegt – ohnedies nicht in Betracht) und weshalb eine Schulfoto-Aktion mit der Schulraumüberlassung für nichtschulische Zwecke „nichts gemein“ haben soll, legt die WKStA in ihrer Einstellungsbegründung im Übrigen nicht nachvollziehbar dar.

Die dem Schulleiter gemäß § 128a SchOG zukommende Ermächtigung zur Schulraumüberlassung für nicht schulische Zwecke und zur Einhebung eines Entgelts fällt somit in den Bereich der Privatwirtschafts-, jedoch nicht in den der Hoheitsverwaltung (RIS-Justiz RS0096976; vgl auch *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch<sup>8</sup> § 302 Rz 25 und 27 sowie 17 Os 45/14t [mwN]). Die Folgerung der WKStA, wonach fallaktuell schon der Umstand hoheitlichen Agierens der Annahme eines zivilrechtlichen Austauschverhältnisses entgegenstehe (ES 8), überzeugt im Übrigen schon deshalb nicht, weil der bloße Zusammenhang mit einer öffentlichen Aufgabe (hier dem Schulwesen) eine Tätigkeit (noch) nicht zum hoheitlichen Akt qualifiziert (vgl RIS-Justiz RS0129612). Die – freiwillige (vgl insoweit auch das von der WKStA mit Stillschweigen übergangene Schreiben des Amtsführenden Präsidenten des Landesschulrates für Oberösterreich vom 1. Oktober 2014 [ON 31], wonach die Schule bzw deren Pädagoginnen und Pädagogen zur Abwicklung von Schulfoto-Aktionen nicht verpflichtet sind, diese sich vielmehr freiwillig zur Organisation im Rahmen der Schule bereit erklär[t]en, „weil dies von Eltern und Schülern gewünscht wird“) – Abwicklung einer Fotoaktion in der Schule aufgrund einer zivilrechtlichen Vereinbarung erfolgt daher nicht in der Rechtsform hoheitlichen Handelns. Daran vermögen die von der WKStA ins Spiel gebrachten Umstände, etwa wonach die Fotos während der Unterrichtszeit (zu welcher die Kinder von den Lehrern zu beaufsichtigen sind) angefertigt werden und während der Durchführung der Schulfoto-Aktion das Hausrecht des Schulleiters Bestand hat (und dieses bei Bedarf selbstverständlich auch auszuüben wäre), nichts zu ändern. Die Durchführung der Fotoaktion könnte zwar allenfalls Anlass zur Ausübung des Hausrechts bieten (etwa bei vereinbarungswidrigen Vorkommnissen), sie ist aber per se nicht automatisch aktive Handhabung des Hausrechts.

Nach gesetzeskonformer Beurteilung haben die Schulleiter als Organe der Schule bei der in Rede stehenden Überlassung von Schulraum von einer gesetzlichen Ermächtigung Gebrauch gemacht und durch privatrechtliche Vereinbarung mit dem Fotografen über die Durchführung der Schulfoto-Aktion eine Maßnahme im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung der Schule gesetzt, welche im Übrigen auch der ihnen obliegenden Pflege der Verbindung zwischen der Schule, den Schülern und den Erziehungsberechtigten dient (vgl § 56 SchUG).

Sollten sohin die (sonstigen) vom Fotografen erbrachten (teilweise als „Kick-Back-Zahlungen“

bezeichneten) Leistungen die Gegenleistungen der Schule, bestehend primär aus der Überlassung von Schulungsraum (und wohl auch dem mit der Organisation der Schulfoto-Aktionen verbundenen Aufwand), (erheblich) übersteigen – was in concreto aber (wie erwähnt) mangels entsprechender Annahmen nicht abschließend beurteilt werden kann –, so würde sehr wohl ein „Vorteil“ iSd § 304 Abs 1 erster Satz StGB zugewendet werden. Bei pflichtgemäßer Vornahme des Amtsgeschäfts würde – wie bereits zu 2./ ausgeführt – eine allfällige Strafbarkeit nach § 305 Abs 1 StGB von der „Ungebührlichkeit“ des Vorteils (vgl § 305 Abs 4 StGB) abhängen.

Der *Oberste Gerichtshof* hat erwogen:

1/ Anfechtungsgegenstand einer von der Generalprokuratur nach § 23 Abs 1a StPO auf Anregung des Rechtsschutzbeauftragten im Zusammenhang mit der Beendigung eines Ermittlungsverfahrens erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes ist die Entscheidung der Staatsanwaltschaft selbst (RIS-Justiz RS0130620). Gesetzwidrigkeit der Entscheidung ist auf Basis der von der Staatsanwaltschaft zugrunde gelegten Sachverhaltsgrundlage (sofern diese nicht von der Generalprokuratur nach den Kriterien des § 281 Abs 1 Z 5 StPO angefochten wird) zu beurteilen. Die maßgebliche Sachverhaltsgrundlage ergibt sich aus der Verständigung des Rechtsschutzbeauftragten von der Einstellung des Ermittlungsverfahrens (vgl § 194 Abs 2 zweiter Satz und Abs 3 erster Satz StPO [Ratz, WK-StPO § 281 Rz 50 und § 292 Rz 6 f und 18/10]).

2/ Der Bestechlichkeit nach § 304 StGB macht sich strafbar, wer als Amtsträger einen Vorteil für sich oder einen Dritten für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts fordert, annimmt oder sich versprechen lässt. Der Tatbestand stellt daher auf eine spezifische Verknüpfung von Vorteil und Amtsgeschäft ab; fehlt eines dieser Elemente, kommt Strafbarkeit nach diesem Tatbestand nicht in Betracht (ebenso wenig nach §§ 305, 307 oder 307a StGB; §§ 306 und 307b StGB wiederum setzen eine Relation von Vorteil und Amtstätigkeit voraus). Die nachstehenden Ausführungen beziehen sich primär auf § 304 StGB idF BGBl I 2009/98 (an dem die WKStA ersichtlich ihre Prüfung ausgerichtet hat), haben jedoch auch Gültigkeit für andere Korruptionstatbestände, die (hinsichtlich des gesamten Tatzeitraums) in den Blick kommen.

3/ Geschütztes Rechtsgut sind die Sauberkeit und Unverkäuflichkeit der Amtsführung. Das Vermögen (von Gebietskörperschaften, sonstigen Personen des öffentlichen Rechts oder des Vorteilsgebers) wird durch andere Tatbestände (insbesondere § 302 und § 153 StGB) geschützt (RIS-Justiz RS0095948; 13 Os 46/82; vgl auch 17 Os 13/12h, EvBl 2013/83, 562; EBRV 30 BlgNR 13. GP, 454; *Kienapfel/Schmoller* BT III<sup>2</sup> Vorbem §§ 302 ff Rz 17; *Hauss/Komenda*, SbgK § 304 Rz 38 ff; *Medigovic*, Was vom Korruptionsstrafrecht übrig bleibt, ÖJZ 2010, 251 [256]; *Schmoller*, Anforderungen an ein künftiges Korruptionsstrafrecht, in *Liber Amicorum Karl*, 505 [insbesondere 520, wo auf den gegenüber dem öffentlichen Sektor {§§ 304 ff StGB} anders gelagerten Rechtsgüterschutz von Korruption im privaten Sektor {§ 309 StGB} hingewiesen wird]; ähnlich *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch<sup>8</sup> § 309 Rz 1). Strafbarkeit im Konnex mit Zuwendungen stehender (pflichtwidriger) Amtsgeschäfte ist daher unabhängig von allenfalls gegebenem Korruptionsunrecht zu prüfen.

4/ Lehrer und Schulleiter sind – wie die Generalprokuratur zutreffend ausführt – Amtsträger im Sinn des § 74 Abs 1 Z 4a lit b StGB und können daher Subjekte des Tatbestands der Bestechlichkeit sein. Amtsgeschäfte sind Rechtshandlungen und Verrichtungen tatsächlicher Art, die zur unmittelbaren Erfüllung der (vom Amtsträger für den jeweiligen Rechtsträger wahrzunehmenden) Vollziehungsaufgaben dienen, also zum eigentlichen Gegenstand des Amtsbetriebs gehören (und nicht als Hilfstätigkeiten bloß die äußeren Voraussetzungen für diesen schaffen) und damit für die Erreichung der amtsspezifischen Vollziehungsziele sachbezogen relevant sind (10 Os 117/77 [verst Senat]; RIS-Justiz RS0095963, RS0096082). § 304 StGB ist (anders als § 302 StGB) nicht bloß auf Handeln in Vollziehung der Gesetze beschränkt und erfasst damit (wie §§ 305, 307 oder 307a StGB) auch Amtsgeschäfte im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung (RIS-Justiz RS0095954; *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch<sup>8</sup> §§ 304 bis 306 StGB Rz 17; *Birklbauer*, Die Anwendung der Korruptionsbestimmungen auf Ärzte, RdM 2013, 223 [229]).

5/ Hoheitsverwaltung ist von Privatwirtschafts-verwaltung danach abzugrenzen, ob der Staat (das für ihn handelnde Organ) zur Erreichung seiner Ziele die ihm auf Grund seiner spezifischen Macht gegebene einseitige Anordnungsbefugnis gebraucht, demnach als Träger dieser besonderen Befehls- und Zwangsgewalt (*imperium*) auftritt. Hoheitliches Verwaltungshandeln kommt insbesondere im Einsatz bestimmter Rechtsformen (Verordnung, Bescheid, Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, im Innenverhältnis auch Weisung) zum Ausdruck (17 Os 25/14a, EvBl 2014/136, 928; vgl auch RIS-Justiz RS0129612; zur ständigen Rechtsprechung des VfGH grundlegend VfSlg 3.262). Darüber hinaus ist auch Verwaltungshandeln, das selbst nicht normativer Art ist, sondern in tatsächlichen Verrichtungen oder Privaten zur Verfügung stehenden Rechtsformen in Erscheinung tritt, (schlichte) Hoheitsverwaltung, wenn es in spezifischem Zusammenhang mit Hoheitsakten steht, diese also vorbereitet, begleitet oder umsetzt (17 Os 45/14t, EvBl 2015/109, 760 mwN).

6/ Von Erscheinungsformen schlichter Hoheitsverwaltung abgesehen liegt hingegen (auch im Zweifel [RIS-Justiz RS0050117]) Privatwirtschaftsverwaltung (vgl Art 17 B-VG) vor, wenn der Staat (seine Verwaltungsorgane) in Rechtsformen des Privatrechts handelt. In diesem Bereich findet das Legalitätsprinzip (Art 18 Abs 1 B-VG) in dem Sinn, dass jedes Verwaltungshandeln notwendig einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfe, nach herrschender Meinung keine Anwendung. Derartiges Verwaltungshandeln kann aber – neben der grundsätzlichen Bindung an das Privatrecht und an Grundrechte („Fiskalgeltung“) – durch an Verwaltungsorgane adressierte Vorschriften (etwa zu materiellen und formellen Voraussetzungen der Vergabe von Aufträgen oder Förderungen) näher determiniert werden, wobei die Auswirkungen von Verstößen gegen solche Regelungen auf die zivilrechtliche Gültigkeit von Verträgen (vgl auch § 867 ABGB zur Beachtlichkeit öffentlichen Organisationsrechts) im Einzelfall zu prüfen ist (*Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>10</sup> Rz 612 ff und 737 ff; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> Rz 561 ff und 629 ff; vgl auch *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup> Rz 292 ff, 570, 1337 und 1350 [jeweils mit Verweisen auf höchstgerichtliche Rechtsprechung]).

7/ Typischerweise der Privatwirtschaftsverwaltung zuzuordnen sind Beschaffungsvorgänge oder Verträge über Sponsoringleistungen. Unter (Verwaltungs-)Sponsoring sind Unterstützungsleistungen (an staatliche Institutionen) zu verstehen, bei denen der Zuwendende – anders als bei (unentgeltlichen) Spenden oder Schenkungen – eine Gegenleistung, im Wesentlichen in Form von Werbeeffekten, anstrebt (*Koblizek*, Verwaltungssponsoring in *Wieselthaler* [Hrsg] Korruptionsprävention in Theorie und Praxis, 57; *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch<sup>8</sup> §§ 304 bis 306 Rz 20b; vgl auch 12 Os 50/90; [zur deutschen Rechtslage, insbesondere zur Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Förderung von Tätigkeiten des Bundes durch Leistungen Privater vom 7. Juli 2003] *Schröder*, Sponsoring in der Bundesverwaltung, NJW 2004, 1353 [1354]). Im Bereich der Schulverwaltung sind alle Geschäfte, welche die Schule mit eigenem Budget abschließt (etwa die Beschaffung von für die Erfüllung der Vollziehungsaufgaben [vgl § 2 SchOG] benötigtem Material) oder die Erzielung von Einnahmen aus Schulraumüberlassung (§ 128a SchOG) oder aus Werbe- und Sponsoringverträgen (vgl § 128b SchOG und § 46 Abs 3 SchUG) betreffen, der Privatwirtschaftsverwaltung zuzurechnen. Zuständig für den Abschluss solcher Verträge ist – bei entsprechendem Zusammenhang mit den Vollziehungsaufgaben der Schule – der Schulleiter aufgrund seiner umfassenden (subsidiären) Kompetenz (§ 56 Abs 1 und 2 SchUG; vgl auch § 7 Abs 1 Oö. PflichtschulorganisationsG 1992; näher dazu *Juranek*, Schulverfassung und Schulverwaltung I, 226 f, 298 ff und 368; *Hauser*, Schulunterrichtsgesetz, 499 ff).

8/ Unter Vorteil im Sinn der Korruptionstatbestände sind materielle wie immaterielle Leistungen, die zu einer Verbesserung der wirtschaftlichen, rechtlichen, gesellschaftlichen oder beruflichen Stellung des Annehmenden führen (können), zu verstehen. Nach (in Österreich) ganz herrschender Ansicht sind Leistungen, auf die der Empfänger einen rechtlich begründeten Anspruch hat, aus dem Begriff auszuklammern (*Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch<sup>8</sup> §§ 304 bis 306 Rz 19; *Reindl-Krauskopf/Huber*, Korruptionsstrafrecht in Fällen, 8 f; *Hauss/Komenda*, SbgK § 304 Rz 64 und 76; *Leukauf/Steininger*<sup>3</sup> § 304 Rz 11; BMJ, Fibel zum KorruptionsstrafrechtsänderungsG 2012,

26; vgl [ähnlich] zum Schweizer Recht *Pieth*, Basler Kommentar Strafrecht II<sup>3</sup> Art 322<sup>ter</sup> Rz 29 f). Einen solchen von der Rechtsordnung anerkannten Anspruchsgrund stellt jedenfalls ein (zivilrechtlich gültiger) entgeltlicher Vertrag dar, bei dem der Zuwendung an den Amtsträger (an die durch ihn vertretene Behörde oder Dienststelle) eine von ihm (von der Behörde oder Dienststelle) geschuldete, im (synallagmatischen) Austauschverhältnis stehende Gegenleistung entspricht (zu eng vereinzelt *Koukol*, Das neue Korruptionsstrafrecht, JAP 2012/2013, 145 [148], die [zu § 305 StGB] bloß einen [unmittelbar] gesetzlich verankerten Anspruchsgrund gelten lassen will). Die zum deutschen Recht überwiegend vertretene Ansicht, schon im (ohne Kontrahierungszwang erfolgten) Abschluss eines Vertrags könne ein tatbildlicher Vorteil liegen, andernfalls „sich die Bestechungstatbestände schlicht durch die Vereinbarung eines Vertragsverhältnisses umgehen“ ließen (BGH 3 StR 493/10 [Rz 20]; vgl statt aller *Heine/Eisele* in *Schönke/Schröder StGB*<sup>29</sup> § 331 Rz 17), lässt sich auf die österreichische Rechtslage (insbesondere im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung) nicht übertragen, weil sich ein Wertungswiderspruch dergestalt ergäbe, dass der Amtsträger (der von ihm vertretene Rechtsträger) selbst eine vertraglich geschuldete Leistung erbringen müsste, sich durch die Annahme der Gegenleistung jedoch strafbar machte. Zudem ist auch bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht ersichtlich, weshalb ein Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung eine Vertragsseite (jedenfalls) besserstellen soll.

9/ Aus dem zu Punkt 6 Ausgeführten folgt für den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung, dass ein Amtsträger (im Rahmen seines Aufgabenbereichs) für den Abschluss eines (zivilrechtlich) gültigen Vertrags keiner besonderen gesetzlichen (öffentlich-rechtlichen) Ermächtigung bedarf. Punktuell bestehenden gesetzlichen Vorschriften, welche (Verwaltungs-)Sponsoring oder Drittmittelwerbung ausdrücklich für zulässig erklären, kommt demnach einerseits bloß klarstellende Bedeutung zu (vgl die Gesetzesmaterialien zu § 10 UG 2002 [EBRV 369 BlgNR 25. GP, 3]), andererseits normieren sie (an Verwaltungsorgane adressiert) die näheren Voraussetzungen für den Abschluss und die Abwicklung derartiger Verträge (vgl zu Beispielen derartiger Regelungen *Reindl-Krauskopf*, Drittmittel für universitäre Forschung als korruptionsrelevante Vorteile, in FS Fuchs, 415 [421]). Zuwendungen an Amtsträger (die Behörde oder Dienststelle) unterfallen in diesem Bereich daher nicht den Korruptionstatbeständen, wenn ihre vertragliche Vereinbarung nicht wegen Verstoßes gegen (außerstrafrechtliche) Vorschriften unwirksam ist (*Lewisch*, Altes und neues zum Korruptionsstrafrecht, in Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2015, 383 [389]; vgl auch *Koblizek*, Verwaltungssponsoring in *Wieselthaler* [Hrsg] Korruptionsprävention in Theorie und Praxis, 57 [58 f]).

10/ Genau umgekehrt hingegen im Bereich der Hoheitsverwaltung, wo eine rechtswirksame Verknüpfung von Zuwendung und (hoheitlichem) Amtsgeschäft grundsätzlich nicht zulässig ist (vgl erneut *Lewisch*, Altes und neues zum Korruptionsstrafrecht, in Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2015, 383 [391]; zur deutschen Rechtslage BGH 3 StR 493/10 [Rz 27]; *Schröder*, Sponsoring in der Bundesverwaltung, NJW 2004, 1353 [1355]). Sie kommt – zufolge Geltung des Legalitätsprinzips – nur ausnahmsweise, bei (ausdrücklicher) gesetzlicher Grundlage in Betracht (vgl zum Begriff verwaltungsrechtlicher [oder Subordinations-]Verträge *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, 31 und 533 ff; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> Rz 1216 ff; zu in raumordnungsrechtlichen Vorschriften vorgesehenen, sogenannten Raumordnungsverträgen *Hecht/Pekar*, Der städtebauliche Vertrag nach der BO für Wien in der Praxis, immolex 2016, 74; *Kleewein*, Vertragsraumordnung in der Praxis Privatrechtliche Verträge und deren Grenzen, RFG 2005, 52; vgl auch RIS-Justiz RS0034713 und 17 Os 21/15i).

11/ Aus der Anwendbarkeit des Privatrechts auf im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung getroffene Vereinbarungen folgt auch, dass die Bewertung von Leistung und Gegenleistung grundsätzlich in die Privatautonomie der Vertragsparteien fällt. Innerhalb der Grenzen zivilrechtlicher Gültigkeit kommt daher eine strafrechtliche Prüfung von Adäquanz nicht in Betracht (vgl hingegen zum überwiegend dieses Kriterium einbeziehenden Schrifttum *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch<sup>8</sup> §§ 304 bis 306 StGB Rz 20 f; *Hauss/Komenda*,



SbgK § 304 Rz 77 ff; *Messner*, Zuwendungen an Schulen und Lehrer – eine korruptionsrechtliche Gratwanderung, JSt 2015, 7 [8 f]; im Ergebnis wie hier *Birklbauer*, Die Anwendung der Korruptionsbestimmungen auf Ärzte, RdM 2013, 223 [225 f]).

Zudem geben die für die Verwaltung allgemein geltenden Effizienzkriterien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit (vgl Art 126b Abs 5, 127 Abs 1 und 127a Abs 1 B-VG) das Ziel vor, bestmögliche Ergebnisse mit geringstmöglichem Ressourceneinsatz zu erreichen (*Kroneder-Partisch* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 126b Rz 34 ff). Vorliegend ist auch die gesetzliche Regelung der Schulraumüberlassung von Interesse, die (mit ähnlicher Zielrichtung in bestimmten Fällen) Einhebung eines mindestens angemessenen Entgelts verlangt (§ 128a Abs 2 SchOG). Ein Amtsträger, der – etwa bei Auftragsvergaben (Beschaffungsverträgen) im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung – das für den Rechtsträger günstigste (sogar nicht marktübliche Preisnachlässe oder Zusatzleistungen enthaltende) Angebot nicht annimmt, läuft Gefahr, pflichtwidrig (vgl § 153 StGB) zu handeln (*Lewis*, Altes und neues zum Korruptionsstrafrecht, in Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2015, 383 [388]). In diesen Fällen den Amtsträger einer mit (korruptions-)strafrechtlichen Konsequenzen bewehrten Gefahr unrichtiger (ex-ante) Einschätzung der Marktüblichkeit von Zuwendungen auszusetzen (zur Problematik der Bewertung *Krauskopf/Huber*, Korruptionsstrafrecht in Fällen, 9), wäre nicht sachgerecht (vgl auch *Schmoller*, Anforderungen an ein künftiges Korruptionsstrafrecht, in *Liber Amicorum* Karl, 505 [522]).

Eine – tatbestandsrelevante – Grenze ist erst dann erreicht, wenn Leistung und Gegenleistung (nach dem wahren Willen der Vertragspartner) gar nicht im Austauschverhältnis stehen, mit der Zuwendung an den Amtsträger (die Behörde) also in Wahrheit ein anderes (nicht im Vertrag genanntes oder in dessen Abschluss bestehendes) Amtsgeschäft verknüpft werden soll. Für das Vorliegen eines solchen – rechtlich unwirksamen – Scheingeschäfts kann ein krasses Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung (neben sonstigen in die Prüfung einzubeziehenden, vertragsrelevanten Umständen) Indizwirkung haben. In einer solchen Konstellation setzt die Annahme eines tatbildlichen Vorteils die (urteilsmäßige) Feststellung des (dem wahren Parteiwillen entsprechenden) Vertragsinhalts voraus.

12/ Tatbildlich sind auch Vorteile, die der Amtsträger für einen Dritten fordert, annimmt oder sich versprechen lässt. Dritter kann – wie die Generalprokuratur zutreffend ausführt – nach dem insoweit nicht differenzierenden Gesetzeswortlaut, der auf das Handeln des Amtsträgers selbst abstellt, und mit Blick auf das geschützte Rechtsgut auch die von diesem vertretene Behörde (Dienststelle) sein (deren Genehmigung der Annahme eines Vorteils übrigens – anders als nach deutschem Recht [vgl § 331 Abs 3 dStGB] – keine rechtfertigende Wirkung zukommt). Aus einem (vereinzelt) obiter dictum zu 9 Os 124/77 ergibt sich (wie auch der dazu gebildete Rechtssatz RIS-Justiz RS0096036 erhellt) nichts Gegenteiliges, denn die Aussage, Gewahrsamsbegründung an einem Geschenk „(ohne Rückstellungsabsicht an den Geschenkgeber oder Abführungsabsicht an die Behörde)“ sei tatbildliches Annehmen, beschränkt sich auf eine Bejahung dieses Tatbestandselements.

13/ Ob der Amtsträger die Zuwendung für sich selbst oder die Behörde (Dienststelle) fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, ist allerdings für die Beurteilung des Vorliegens eines (tatbestandsausschließenden) Austauschverhältnisses von entscheidender Bedeutung. Im ersten Fall ist ein solches nämlich zu verneinen, wenn die Zuwendung mit einem Amtsgeschäft der Behörde (Dienststelle) verknüpft wird, weil dann der Amtsträger selbst außerhalb des Austauschverhältnisses steht und solcherart einen Vorteil (ohne im eigenen Namen erbrachte Gegenleistung) erhält.

14/ Davon zu unterscheiden sind Konstellationen, in welchen der Amtsträger (höchst-) persönlich eine Leistung erbringt. Erfolgt dies außerhalb der Amtsführung (vgl die Beispiele in BMJ, Fibel zum KorruptionsstrafrechtsänderungsG 2012, 28 [Tätigkeiten als Vortragender oder Künstler oder Erzeuger landwirtschaftlicher Produkte]) kommt Strafbarkeit nach den Korruptionstatbeständen – mangels Bezugs zu Amtsgeschäft oder Amtstätigkeit – von vornherein nicht in Betracht. Bei sonstigen Leistungen des Amtsträgers, die er – wenngleich dienstlich und im amtlichen Interesse – gerade in seiner Person oder wegen seiner spezifischen Organstellung (auf die es dem

Zuwendenden ankommt) erbringt, ist hingegen in der Regel ein Austauschverhältnis anzunehmen, weshalb es der Zuwendung am Vorteilscharakter mangelt. Die Tatbildlichkeit anlässlich von Veranstaltungen gewährter (über die bloße Ermöglichung der Teilnahme in Erfüllung von Repräsentationspflichten hinausgehender) Vorteile ist nach § 305 Abs 4 Z 1 StGB zu beurteilen (zu Vorträgen des Amtsträgers und Erfüllung von Repräsentationspflichten vgl die Materialien zum KorrStRÄG 2012 AB 1833 BlgNR 24. GP, 7 und 11; *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch<sup>8</sup> §§ 304 bis 306 StGB Rz 20 f und 43b; *Fabrizy*, StGB<sup>12</sup> § 305 Rz 6).

15/ Daraus folgt für die hier angefochtene Entscheidung:

15/1/ Die Beschuldigten haben einem Unternehmen (ge-)werbliche Tätigkeit in Form der Durchführung von „Schulfotoaktionen“ in Schulen während der Unterrichtszeit ermöglicht. Der Abschluss dieser Verträge, die Elemente der Schulraumüberlassung (vgl § 128a SchOG) sowie der Gestattung von Werbung (vgl § 46 Abs 3 SchUG) und unternehmerischer Tätigkeit (vergleichbar der Aufstellung von Speise- und Getränkeautomaten oder von Kopiergeräten) verbinden, gehört zum Aufgabenbereich ihrer (subsidiär) umfassenden Kompetenz als Schulleiter (§ 56 Abs 1 und 2 SchUG; vgl auch § 7 Oö. PflichtschulorganisationsG) und erfolgt (ausschließlich) im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung. Davon ausgehend setzt die Gültigkeit der Verträge keine ausdrückliche (öffentlich-rechtliche) Ermächtigungsnorm voraus; sie ist grundsätzlich anhand zivilrechtlicher Vorschriften zu beurteilen (*Juranek*, Schulverfassung und Schulverwaltung I, 226 f und 297 ff; *Hauser*, Schulunterrichtsgesetz, 499 ff und 576 f). Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit der Verträge ergeben sich aus den Sachverhaltsannahmen der Staatsanwaltschaft nicht (zur Unbedenklichkeit derartiger Verträge aus wettbewerbsrechtlicher Sicht vgl im Übrigen 4 Ob 203/04p). Zudem ist nicht ersichtlich, dass durch die solcherart gestattete Tätigkeit des Fotografen die (hoheitliche) Aufgabenerfüllung der Schule (vgl §§ 2 und 128a Abs 1 SchOG sowie § 46 Abs 3 SchUG) beeinträchtigt worden wäre. Sie lag vielmehr im Interesse der Schüler und der Erziehungsberechtigten, deren Verbindung untereinander und zu den Schulen dadurch gefördert wurde (vgl § 56 Abs 2 SchUG).

15/2/ Den gegenständlichen Zuwendungen stehen daher Gegenleistungen der von den Beschuldigten vertretenen Schulen – jedenfalls in Form der Schulraumüberlassung, Einräumung einer Geschäftschance und damit eines Werbeeffekts – im Austauschverhältnis gegenüber. Sie stellen daher keinen korruptionsstrafrechtlich relevanten Vorteil dar. Auf Adäquanz von Leistung und Gegenleistung kommt es bei dieser Beurteilung ebenso wenig an wie auf die Art der Zuwendung (Geld- oder Sachleistungen). Dass es sich um bloße Scheinvereinbarungen (zur Verschleierung der Abgeltung nicht genannter Amtsgeschäfte) gehandelt habe, steht nicht im Raum. Weshalb das – wenn auch teilweise prozentuell nach dem Verkaufserlös berechnete – Entgelt für die genannten (Gegen-)Leistungen der Schulen den Eltern zugestanden sei (wie in der Einstellungsbeurteilung ausgeführt), ist nicht ersichtlich.

15/3/ Entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft ist auf Basis ihrer Sachverhaltsannahmen insbesondere auch nicht davon auszugehen, dass die Verknüpfung von Zuwendungen mit der Leistung von Amtsgeschäften im Rahmen der Hoheitsverwaltung vereinbart worden wäre. Zwar handelt es sich bei Unterrichtsarbeit und Beaufsichtigung der Schüler (vgl §§ 17 und 51 SchUG) um Tätigkeiten im Rahmen der Hoheitsverwaltung (vgl RIS-Justiz RS0049933). Dass aber die Beschuldigten (im Austausch gegen die Zuwendungen) in Aussicht gestellt hätten, Lehrer würden im Rahmen ihrer hoheitlichen Tätigkeit durch Amtsgeschäfte auf die Schüler im Sinn einer Teilnahme an der Schulfotoaktion (oder gar Abnahme angefertigter Fotos) einwirken, ist den Sachverhaltsannahmen nicht zu entnehmen. Dies lässt sich allein aus der Durchführung der Schulfotoaktionen während der in § 51 Abs 3 SchUG genannten Zeiten, in denen Lehrer Schüler zu beaufsichtigen haben, nicht ableiten. Zudem übergeht die Einstellungsbeurteilung – wie von der Generalprokuratur der Sache nach als Unvollständigkeit (§ 195 Abs 1 Z 1 iVm § 281 Abs 1 Z 5 zweiter Fall StPO [vgl dazu *Nordmeyer*, WK-StPO § 195 Rz 15/1 und § 196 Rz 17]) geltend gemacht – ein aktenkundiges (ON 31) Schreiben des Präsidenten des Landesschulrats Oberösterreich, demzufolge Lehrer bloß freiwillig an der Abwicklung der Schulfotoaktionen mitgewirkt, demnach dabei nicht in Erfüllung von Dienstpflichten gehandelt hätten.

Die Überlassung von Schulraum – für wie hier nichtschulische Zwecke – erfolgt im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung (vgl oben Punkte 5 und 7). Nicht näher substantiierte (rechtliche) Überlegungen der Staatsanwaltschaft, hoheitliche – also mit obrigkeitlichem Befolungsanspruch verbundene – Maßnahmen in „Ausübung des Hausrechtes“ (zumal im Interesse des Schulfotografen) seien Teil der inkriminierten Vereinbarungen gewesen, entbehren ebenfalls einer Fundierung im zugrunde gelegten Sachverhalt.

15/4/ Da es fallbezogen bereits am tatbildlichen Vorteil fehlt, ist die von der Generalprokuratur thematisierte Frage nach Pflichtwidrigkeit der gegenständlichen Amtsgeschäfte, wenn den Zuwendungen Einfluss auf die – dann „parteiliche“ – Auswahl auf die Schulfotografen eingeräumt worden sei, nicht entscheidend. Lediglich der Vollständigkeit halber wird bemerkt, dass das Ziel möglichst hoher Einnahmen aus derartigen Sponsoringverträgen für die Schule keineswegs unsachlich (vgl erneut § 128a Abs 2 SchOG) und ein Abschluss mit dem in diesem Sinn bestbietenden Fotografen – ohne (hier nicht in Rede stehende) Verletzung schulischer Interessen oder Aufgaben (vgl § 2 SchOG) – nicht pflichtwidrig ist.

15/5/ Die Einstellung des Ermittlungsverfahrens verletzt daher, indem sie sich auf § 190 Z 2 StPO stützte, das Gesetz in dieser Bestimmung und in § 304 StGB. Die Einstellung hätte rechtsrichtig, weil auf Basis des (geklärten) Sachverhalts, die dem Ermittlungsverfahren zugrunde liegenden Taten nicht mit gerichtlicher Strafe (auch nicht zum Nachteil derjenigen, die Kaufverträge über die Fotos abgeschlossen haben) bedroht sind, gemäß § 190 Z 1 StPO erfolgen müssen (*Nordmeyer*, WK-StPO § 190 Rz 7 und 12).

15/6/ Bleibt mit Blick auf noch anhängige Ermittlungsverfahren wegen ähnlicher Konstellationen anzumerken, dass bei Prüfung der Strafbarkeit das Vorliegen der subjektiven Tatseite in Bezug auf sämtliche Tatbestandsmerkmale, insbesondere auch den ([nur] bei mangelnder rechtlicher Begründetheit eines Anspruchs der Schulen gegebenen) Vorteil zu prüfen ist. Sollte sich (auf Basis anderer Sachverhaltsgrundlage) die Unwirksamkeit von Schulleitern geschlossener Verträge (vgl § 867 ABGB) ergeben, könnte sich – bei bereits erbrachter Gegenleistung durch Schulen – eine taugliche (zivilrechtliche), Vorteil ausschließende Anspruchsgrundlage im Bereicherungsrecht finden.

## ***Anmerkung***\*

### **I. Das Problem**

Die Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft (WKStA) führte ein Strafverfahren wegen des Vorwurfs der Bestechlichkeit nach § 304 StGB gegen mehrere Lehrer, die Verträge mit Schulfotografen abgeschlossen hatten. Für die Gestattung von „Schulfotoaktionen“ in den Schulräumen erhielten die Schulen Geld- und Sachzuwendungen. Betroffen von den Ermittlungen waren neben den Inhabern von Fotoateliers auch mehrere Leiter von Schulen und Kindergärten Strafverfahren ein. Dies deshalb, weil in den Verträgen zwischen dem Fotografen und den Bildungseinrichtungen neben Sachleistungen in Form von Beamern, Notebooks, CD-Playern und Ähnlichem auch Geldleistungen an die Schule bzw. den Kindergarten vereinbart wurden. Sie sollten fünf bis 15 Prozent des Erlöses aus dem Verkauf der Fotos an die Eltern der Schüler betragen. Eine persönliche Bereicherung durch Schul- oder Kindergartenleiter erfolgte aber nicht. Der Fotograf verwies in seiner Einvernahme u.a. darauf, dass diese „Provisionen“ branchenüblich wären und er sie von sich aus gleich in seine Angebote aufgenommen hätte, um auf dem Markt wettbewerbsfähig zu sein.

Gegen (letztlich) drei beschuldigte Schulleiter stellte die WKStA das Strafverfahren wegen des Verdachts der Bestechlichkeit nach § 304 StGB in der Folge mit der Begründung ein, das

---

\* RA Hon.-Prof. Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), [Anwalt.Thiele@eurolawyer.at](mailto:Anwalt.Thiele@eurolawyer.at); Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

Schulforum wäre in die Auswahl des Fotografen mit einbezogen worden. Schon deshalb wäre die Vorteilsannahme des Schulleiters zugunsten der Schule nicht pflichtwidrig gewesen.

Die Generalprokuratur erhob – wohl wegen dieser Begründung – gegen die gesamte Entscheidung der WKStA, das Verfahren einzustellen, Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes gemäß § 23 StPO. Damit hatte letztlich der Oberste Gerichtshof darüber zu entscheiden, ob "für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts einen Vorteil" angenommen bzw. angeboten worden wäre.

## **II. Die Entscheidung des Gerichts**

Der OGH bestätigte die Einstellung und hielt fest, dass die Schulfotografie im Interesse der Schüler und der Erziehungsberechtigten, deren Verbindung untereinander und zu den Schulen erfolgte. Das wiederum fiel ausdrücklich auch in den gesetzlichen Aufgabenbereich der Schulleiter nach § 56 Abs 2 SchUG. Der einzelne Schulleiter hatte daher im Ergebnis völlig korrekt gehandelt.

Einnahmen aus der Schulraumüberlassung nach § 128a SchOG und aus Werbe- bzw. Sponsoringverträgen iSv § 128b SchOG nach den Bestimmungen des Schulorganisationsgesetzes gehörten nämlich zur Privatwirtschaftsverwaltung. Dabei war der Schulleiter nach dem Schulunterrichtsgesetz für den Abschluss solcher Verträge gemäß § 56 Abs 1 und 2 SchUG zuständig, ohne eine weitere ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zu brauchen. Zuwendungen an Behörden oder Dienststellen unterlägen in diesem Bereich daher nicht den Korruptionstatbeständen für die Beamten, wenn ihre vertragliche Vereinbarung nicht wegen Verstoßes gegen sonstige gesetzliche Vorschriften unwirksam wäre.

Die Höchstrichter gingen sogar noch weiter: Der Vorwurf der Vereinnahmung von Natural- und Sachleistungen für die Schule ist nicht nur scheinbar strafbegründend. Entsprechende Bemühungen zu unterlassen, könnte sogar umgekehrt zum Vorwurf strafbaren Verhaltens führen, nicht das für die Schule günstigste oder auch nur mit marktüblichen Preisnachlässen oder Zusatzleistungen verbundene Angebot anzunehmen. Das könnte nämlich eine Pflichtwidrigkeit des Schulleiters im Sinn der Untreue nach § 153 StGB bedeuten.

## **III. Kritische Würdigung und Ausblick**

Das vorliegende Urteil ist aus Sicht der Praxis in Ergebnis und Begründung sehr zu begrüßen. In der Entscheidung des Höchstgerichts finden sich grundlegende Aussagen zu den Korruptionstatbeständen, insbesondere zu den Fragen, was unter tatbildlichem „Vorteil“ zu verstehen ist und ob auch die vom Amtsträger vertretene Behörde/Dienststelle „Dritter“ sein kann.

Bereits im Jahr 2004 hat der Oberste Gerichtshof (OGH) zu dieser gängigen Praxis gelebten Schulsponsorings festgehalten: Macht ein Fotograf einer Schule dafür Zuwendungen, dass sie ihre Schüler fotografieren lässt und im Zusammenhang damit Organisationsleistungen erbringt, handelt er nicht unlauter.<sup>1</sup> Im damaligen Fall klagte der Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb, eine ehrwürdige Einrichtung der Wirtschaftskammern Österreichs, in einem sog. Wettbewerbsprozess. Ein Fotografenunternehmen trat an zahlreiche Schulen unter anderem in Niederösterreich heran und bot ihnen abhängig von der Schüleranzahl bei den Schulfotos „Prämien“ wie Camcorder bis hin zu Laptops und Computer samt Bildschirm an, wenn die Schule diesen Fotografen auswählt und die Organisation der Abrechnung übernimmt. Der Schutzverband sah hier ein wettbewerbswidriges Verhalten insbesondere in der Ausnutzung der Autoritätsstellung der Schule, zumal die Eltern über diese „Auswahlkriterien“ laut Vertrag auch nicht informiert werden durften. Der OGH war allerdings entgegen der Ansicht des OLG Linz der Meinung, dass hier kein unzulässiges Angebot in Form einer vom Schutzverband vorgebrachten „Bestechung“ vorliegt. Die zivilen Höchstrichter wiesen die Klage u.a. mit folgender Begründung ab: „Die Entscheidung für einen bestimmten

---

<sup>1</sup> OGH 19.10.2004, 4 Ob 203/04p (Schulfotos) = wbl 2005/72, 144 = ÖBl-LS 2005/64 = ecollex 2005/213, 455 (Tonninger) = ÖBl 2005/22, 111 = MR 2005, 54 = RdW 2005/199, 161; ebenso BGH 7.10.2005, I ZR 112/03 (Schulfotoaktion) = NJW 2006, 225.

Fotografen ist nicht unsachlich, wenn sich die Schule dabei (auch) davon leiten lässt, was und wie viel sie für ihre Organisationsleistung erhält. Entgegen der Auffassung des Klägers ist auch nicht zu befürchten, dass die Erfüllung der Aufgaben österreichischer Schulen (§ 46 Abs 3 SchUG) durch derartige Aktionen beeinträchtigt wird. Die finanziellen Anreize für den Abschluss eines Vertrags mit dem Fotografen sind nicht 'schulfremd', sondern versetzen die Schule in die Lage, ihr Budget oder ihre Ausstattung im Interesse eines zeitgemäßen Lehrbetriebs aufzubessern. [...] Von der vom Kläger behaupteten 'Bestechung' der Schule durch den Fotografen kann daher keine Rede sein.“

Der vorliegende Beschluss des 17. Strafsenats des OGH ist daher auch in dieser Hinsicht zutreffend. Im konkreten Fall allerdings strafrechtlich zu verfolgen, was zivilrechtlich gesetzmäßig ist, mutet überzogen an. Im strafjuristischen Sinn liegt wohl Straflosigkeit aufgrund von sozialadäquaten Verhaltens vor. Diese besteht, solange die Sponsorgelder bzw. Sachleistungen ausschließlich den Schulerhaltern zukommen, und die Direktoren bzw. Lehrer keinesfalls persönlich bereichern.<sup>2</sup>

**Ausblick:** Anders wäre der Fall wohl zu beurteilen gewesen, wenn die Direktoren in Aussicht gestellt hätten, dass Lehrer "im Rahmen ihrer hoheitlichen Tätigkeit durch Amtsgeschäfte auf die Schüler im Sinne einer Teilnahme an der Schulfotoaktion (oder gar Abnahme angefertigter Fotos) einwirken" würden. Das ist aber weder dem Sachverhalt zu entnehmen, noch entspricht es der gelebten Praxis an österreichischen Schulen. Der 17. Strafsenat betont denn auch, dass allein der Umstand, dass die Aufnahmen während jener Zeit gemacht wurden, in denen Lehrer die Schüler zu beaufsichtigen haben, nicht ausreicht, ein Amtsgeschäft pflichtwidrig herbeizuführen.

Die Auswirkungen des vorliegenden Richterspruchs reichen sehr weit. Er betrifft letztlich auch die Zulässigkeit von Sprachreisen und deren Organisation mittels sog. "VertrauenslehrerInnen" durch diverse Sprachferienanbieter.

#### **IV. Zusammenfassung**

Der 17. Strafsenat des OGH hat entschieden, dass sog. "Schulfotoaktionen" gegen Zuwendungen durch Fotografen an Schulen Direktoren nicht bestechlich machen. Die Schulleiter handeln rechtmäßig und im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung – daher spielt es auch keine Rolle, ob Leistung und Gegenleistung adäquat sind. Da den Zuwendungen Gegenleistungen der Schule (Überlassung von Raum, Einräumung einer Geschäftschance, Werbeeffect) im Austauschverhältnis gegenübergestanden sind, stellen diese keinen korruptionsstrafrechtlich relevanten Vorteil dar.

---

<sup>2</sup> So bereits *Thiele*, OGH zur Schulfotografie: Keine Bestechung, SN-Stb 12.1.2014, abrufbar unter <<http://www.salzburg.com>>.