



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Korruption durch Bonuszuwendungen: Strafbarkeit der
(Media-)Agentur als Beauftragte im Sinne von § 299 Abs. 1
StGB“**

Dissertation vorgelegt von David Schmid

Erstgutachter: Prof. Dr. Gerhard Dannecker

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dieter Dölling

Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht

Korruption durch Bonuszuwendungen: Strafbarkeit der (Media-)Agentur als Beauftragte im Sinne von § 299 Abs. 1 StGB

Thesen der Arbeit

1. Der Mediaagenturbonus stellt keine Rückvergütung („Kickback“) oder „finder’s fee“ dar.¹ Die Mediaagentur berechnet dem Kunden „nur“ den vollen Listenpreis für einen gebuchten Werbeplatz; der Preis wird nicht durch die Einschaltung der Mediaagentur erhöht. Der Mediaagentur selbst wird von den Leistungserbringern nur 85 % des Listenpreises in Rechnung gestellt; sie bringt nicht den Kunden aufgrund ihres Näheverhältnisses dazu, für den Werbeplatz zu viel zu bezahlen und erhält davon einen Teil rückvergütet. Der Mediaagenturbonus resultiert nicht aus einer Mehrleistung des Kunden. Letztlich ist der Mediaagenturbonus auch keine Provision für die Vermittlung eines Vertragsschlusses zwischen Kunde und Leistungserbringer.
2. Das von § 299 geschützte Rechtsgut ist das Leistungsprinzip als Entscheidungsmaßstab für Bevorzugungen im Wettbewerb.² Es handelt sich um eine Weiterentwicklung bzw. Präzisierung des Gedankens, den Wettbewerb an sich als Rechtsgut zu erfassen. Diese konkrete Entscheidungsregel ermöglicht auf der einen Seite den Schutz der Individualinteressen der Marktteilnehmer, ist aber gleichzeitig im Gegensatz zu dem Rechtsgut des fairen Wettbewerbs fassbar und nicht der ständigen Veränderung unterworfen. Ferner ergibt sich durch die Beschränkung auf nur ein Rechtsgut mehr Klarheit für die Rechtsanwendung.
3. Der Kunde der Mediaagentur erfüllt mit seinem werbungtreibenden Unternehmen das Tatbestandsmerkmal des geschäftlichen Betriebs.³
4. Die Mediaagentur steht weder den Kunden noch den Leistungserbringern näher.⁴ Sie entstand, um Gewinnchancen zwischen den bereits existenten Marktteilnehmern zu realisieren

¹ Siehe Teil 1, B, II, 1.

² Siehe Teil 2, C, II, 4.

³ Siehe Teil 3, A.

⁴ Siehe Teil 3, A, II, 1, a).

und entwickelte sich selbstständig zwischen Kunde und Leistungserbringer fort.

5. Die Mediaagentur steht zwischen Kunde und Leistungserbringer.⁵ Im Zuge der Aufspaltung der „Full-service“-Werbeagentur wurde der darin enthaltene kundenorientierte Bereich von der Kreativagentur übernommen. Die Mediaagentur verblieb mit dem Mediaeinkauf und der Mediaplanung, mithin den Bereichen, die neben den Interessen der Kunden auch die Interessen der Leistungserbringer tangieren.
6. Die Mediaagentur schließt die Verträge mit den Kunden und den Leistungserbringern in eigenem Namen und auf eigene Rechnung.⁶ Sie ist weder Makler noch (Handels-)Vertreter, Kommissionär oder Treuhänder des Kunden. Die Pflicht zur Angabe des Kunden im Vertrag mit dem Leistungserbringer erklärt sich durch das Bestreben der Leistungserbringer, die Mediaagentur nicht zum Broker für Werbeplätze werden zu lassen.
7. Der zwischen Kunde und Mediaagentur geschlossene Vertrag ist als Geschäftsbesorgungsvertrag zu qualifizieren; er ist jedoch atypisch ausgestaltet, da die Mediaagentur auf eigene Rechnung handelt.⁷ Die Entgeltlichkeit ergibt sich trotz fehlender direkter Vergütung seitens des Kunden aus der Ermöglichung der Erzielung des Mediaagenturbonus. Der Vermögensbezug ergibt sich direkt aus der Verpflichtung des Kunden, die von der Mediaagentur erworbenen Werbeplätze abzunehmen. Letztlich ist der Vertrag trotz der Verfolgung eigener Interessen auch fremdnützig, da sich die von der Mediaagentur verfolgten eigenen Interessen nicht mit den Interessen des Kunden in zwingendem Konflikt befinden.
8. Es besteht keine gesetzliche Pflicht der Mediaagentur zur Weiterleitung der erlangten Vergünstigungen und sonstigen Zuwendungen.⁸ Die Vorschrift des § 667 Alt. 2 BGB ist teleologisch zu reduzieren, da die erlangten Vorteile die Vergütung der Mediaagentur darstellen und damit entgegen der Vorstellung des § 667 BGB gerade nicht dem Geschäftsherren zustehen.
9. Die Mediaagentur trägt das sich aus den beiden Verträgen ergebende unternehmerische Risiko.⁹ Sie muss einen gekauften Werbeplatz auch dann bezahlen, wenn der Kunde zwischenzeitlich in die Insolvenz gefallen ist oder schlicht die Zahlung verweigert. Gleichzeitig haftet die Mediaagentur ihren Kunden für Fehler der Leistungserbringer.
10. Die Mediaagentur erbringt sowohl für die Kunden als auch für die Leistungserbringer ein ganzes Bündel an Leistungen.¹⁰ Sie berät die Kunden bezüglich der Mediastrategie, erstellt im

⁵ Siehe Teil 3, A, II, 1, c).

⁶ Siehe Teil 3, A, II, 2.

⁷ Siehe Teil 3, A, II, 2, g).

⁸ Siehe Teil 3, A, II, 2, f), cc).

⁹ Siehe Teil 3, A, II, 4.

¹⁰ Siehe Teil 3, A, II, 5.

Anschluss an die hierfür erforderlichen Zielgruppen- und Wettbewerbsanalysen den Mediaplan und verwirklicht diesen schließlich durch den Mediaeinkauf. Für die Leistungserbringer übernimmt die Mediaagentur alle in Bezug auf die Kunden erforderlichen Leistungen, u.a. deren Betreuung sowie die technische Aufbereitung der Werbung. Ferner erhöht sie die Qualität und damit den Erfolg der Werbung, was die Bereitschaft der Kunden zu werben erhöht, was wiederum den Leistungserbringern zugutekommt. Außerdem sammeln und bündeln die Mediaagenturen die Aufträge für die Leistungserbringer. Letztlich ist die Zahlungsfähigkeit einer großen Mediaagentur oftmals besser einzuschätzen als die eines Kunden.

11. An die Stelle der 15 % Agenturvergütung ist der Mediaagenturbonus getreten.¹¹ Die Kunden konnten aufgrund der besonderen Marktverhältnisse in den dreißiger Jahren des zwanzigsten Jahrhunderts die Weiterleitung des den Annoncenexpeditionen von den Leistungserbringern gewährten Abschlags von 15 % auf die Listenpreise durchsetzen. Um weiterhin wirtschaftlich existieren zu können, entstand nach und nach der Mediaagenturbonus als Vergütungsform der Mediaagentur seitens der Leistungserbringer.
12. Die selbstständige Kommerzialisierung des Mediaagenturbonus stellt einen Handelsbrauch dar.¹² Schon seit über einem Jahrzehnt vermarkten die fünf größten Mediaagenturen den Freespace selbstständig; sie haben einen Marktanteil von über 90 %. Auch ist eine selbstständige Vermarktung zum Erhalt der Funktionsfähigkeit der Mediaagenturkonstellation erforderlich, wenn der Mediaagenturbonus die Vergütung der Mediaagentur darstellt.
13. Die Mediaagentur handelt die Preise mit den Kunden selbstständig aus.¹³ Nachdem die Mediaagentur im Rahmen der Mediaplanung die zur Verfolgung der Interessen des Kunden erforderlichen Werbeplätze gefunden hat, kann sie im Rahmen des Mediaeinkaufs versuchen, diese Plätze zu besseren Konditionen zu erlangen, als der Leistungserbringer sie offiziell auszeichnet. Außerdem bezahlt der Kunde nicht ein Honorar für die Mediaagentur und *daneben* die Kosten der Werbeplätze, sondern die Mediaagentur stellt dem Kunden *eine* Gesamtrechnung für ihre Leistung (Verschaffen der passenden Werbeplätze).
14. Das Weitergabeverbot verstößt nicht gegen Kartellrecht.¹⁴ § 1 GWB ist aufgrund der wirtschaftlichen Besonderheiten der Mediaagenturkonstellation teleologisch zu reduzieren. Da die Mediaagentur mithilfe des Mediaagenturbonus direkt durch die Leistungserbringer vergütet wird, haben diese ein Recht, die Weitergabe der Vergütung insoweit zu unterbinden, als sie ihnen im Direktgeschäft zum Nachteil gereichen würde.
15. Die Mediaagentur ist nicht zur Preislistentreue verpflichtet und es besteht kein

¹¹ Siehe Teil 3, A, II, 6.

¹² Siehe Teil 3, A, II, 8, a), c).

¹³ Siehe Teil 3, A, II, 3, 7.

¹⁴ Siehe Teil 3, A, II, 7, a), aa), (1).

Weitergabeverbot.¹⁵ Der Sinn der Preislistentreue und des Weitergabeverbots, die Vermeidung von Schwierigkeiten der Leistungserbringer im Direktgeschäft mit den Kunden, wird bereits durch Ausweisung der Listenpreise der konkreten Schaltaufträge erreicht. Im Rahmen der Gesamtabrechnung ist eine Weitergabe mithin zulässig. Dies ist seit der Aufspaltung der „Full-service“-Werbeagentur auch erforderlich, da die Vergütung der Leistungserbringer auch die Kreativagentur erreichen muss. Vor allem aber ist ein Direktgeschäft eines Kunden mit einem Leistungserbringer für den Kunden wegen der Weiterleitung der Agenturvergütung nicht mehr vorteilhaft. Der Kunde müsste im Direktgeschäft die Arbeit der Mediaagentur selbst erbringen und würde trotzdem für die Werbepplätze letztlich sogar mehr bezahlen. Darüber hinaus ist ein Direktgeschäft schon deswegen nicht mehr denkbar, weil der Werbemarkt so ausdifferenziert ist, dass nahezu kein Unternehmen mehr zielführend Werbung platzieren kann.

16. Die fehlende Eingliederung der Mediaagentur in den Betrieb des Kunden wird nicht durch ein besonderes Vertrauen in die Neutralität der Mediaagentur seitens des Kunden aufgewogen.¹⁶ Auch wenn die Mediaagentur wie Vertreter der freien Berufe für den Kunden eine höhere Dienstleistung erbringt, deren Qualität der Kunde nur bedingt einschätzen kann, ist diesem bewusst, dass die Mediaagentur im Gegensatz zu Rechtsanwälten oder Ärzten auch Leistungen für Dritte erbringt, und sie dafür von diesen vergütet wird. Die Kunden fördern dieses Verhalten sogar, indem sie die Weiterleitung der Agenturvergütung verlangen.
17. Die Mediaagentur ist, vorbehaltlich besonderer Ausgestaltungen im Einzelfall, nicht als Beauftragte ihres Kunden im Sinne von § 299 anzusehen, sondern steht als selbstständiges Unternehmen auf einer eigenen Wirtschaftsstufe zwischen Kunde und Leistungserbringer.¹⁷ Dies folgt aus einer Gesamtwertung der Tätigkeit der Mediaagentur mit allen zugehörigen Verpflichtungen unter Berücksichtigung ihrer tatsächlichen Stellung in Bezug auf den Kunden. Die Mediaagentur geht bei der Tätigkeit für den Kunden unternehmerische Risiken ein und nimmt Chancen wahr. Sie begibt sich gerade nicht soweit in Abhängigkeit zu dem Kunden, dass sie als dessen Beauftragte im Sinne von § 299 anzusehen ist.
18. Die Annahme des Mediaagenturbonus durch die Mediaagentur erfolgt im geschäftlichen Verkehr.¹⁸
19. Der Mediaagenturbonus stellt trotz des Anspruchs der Mediaagentur einen Vorteil im Sinne von § 299 dar.¹⁹ Der von § 299 geforderte Vorteil darf nicht mithilfe der negativen Voraussetzung des Nichtvorliegens eines Anspruchs des Zuwendungsempfängers definiert werden. Es ist strikt zu trennen zwischen der Frage, ob ein Vorteil vorliegt, und der Frage, ob

¹⁵ Siehe Teil 3, A, II, 7, a), aa) und bb).

¹⁶ Siehe Teil 3, A, II, 10.

¹⁷ Siehe Teil 3, A, IV.

¹⁸ Siehe Teil 3, B, III.

¹⁹ Siehe Teil 3, B, I, 1, c).

ein solcher sachgerecht ist. Letzteres ist im Rahmen der Unrechtsvereinbarung zu erörtern. Hier zeigt sich ein Unterschied zwischen den Bestechungsdelikten im Amt und der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr. In Bezug auf Amtsträger ist die Restriktion vertretbar. Aufgrund ihrer Alimentation durch den Staat ist es ihnen zu versagen, einen Vertrag zu schließen, bei dem sie einen Anspruch auf einen Vorteil erlangen. Im Falle der Mediaagentur ist es jedoch gerade deren Verpflichtung, einen Vertrag, aus dem sie etwas erhält, in eigenem Namen zu schließen.

20. Der Mediaagenturbonus ist keine sozialadäquate Zuwendung.²⁰ Er ist nicht derart geringfügig, um objektiv zur Willensbeeinflussung ungeeignet zu sein. Außerdem ist der Mediaagenturbonus trotz seiner weiten Verbreitung noch immer umstritten und zumindest nicht derart sozial anerkannt und geduldet wie beispielsweise Trinkgelder für Kellner.
21. Die bloße Gewährung des Mediaagenturbonus indiziert für sich genommen noch nicht das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung.²¹ Da der Mediaagenturbonus die Vergütung der Mediaagentur seitens der Leistungserbringer darstellt, muss er nicht zwingend einen Anreiz für eine zukünftige Bevorzugung darstellen. Der Mediaagenturbonus steigert auch nicht den Preis zu Lasten des Endverbrauchers und generiert auf diese Weise eine volkswirtschaftlich unnütze Zwischenstufe. Wegen der einheitlichen Gewährung durch nahezu alle Leistungserbringer ist nicht von einer Gewährung zur Bevorzugung eines bestimmten Leistungserbringers auszugehen. Aufgrund der faktischen Akzeptanz durch die Kunden kann letztlich nicht die Heimlichkeit als Indiz für eine Unrechtsvereinbarung herangezogen werden.
22. Die Auswahl als Leistungserbringer durch die Mediaagentur ist eine zukünftige Bevorzugung im Wettbewerb.²²
23. Die angestrebte Bevorzugung eines Leistungserbringers durch die Mediaagentur ist nicht schon wegen der Gewährung eines Mediaagenturbonus *per se* unlauter.²³ Für gewöhnlich gewähren die Leistungserbringer den Mediaagenturbonus, um die wirtschaftliche Existenzgrundlage der Mediaagentur zu erhalten und nicht, um eine Bevorzugung im Verhältnis zu anderen Leistungserbringern zu erreichen. Mittels des Mediaagenturbonus soll der Erhalt der Mediaagentur gesichert und dadurch der Absatz von Werbepätzen insgesamt verbessert, nicht aber die Konkurrenz verdrängt werden. Darüber hinaus wissen die Kunden auch um die Vergütung seitens der Leistungserbringer und können deswegen nicht von vollständiger Objektivität der Mediaagentur ausgehen. Die vollständige Objektivität vernichtende Beziehung besteht aber nicht gegenüber einem speziellen Leistungserbringer, sondern gegenüber den Leistungserbringern insgesamt, sodass keine einseitige Beratung droht und mithin die Sachgerechtigkeit erhalten bleibt.

²⁰ Siehe Teil 3, B, I, 2.

²¹ Siehe Teil 3, B, IV, 4, a); Teil 3, B, IV, 5.

²² Siehe Teil 3, B, IV, 2.

²³ Siehe Teil 3, B, IV, 3, c); Teil 3, B, IV, 4, c); Teil 3, B, IV, 5.

24. Die Unlauterkeit ist abzulehnen, wenn die Mediaagentur sich nicht von sachwidrigen Überlegungen leiten ließ und im Ergebnis den richtigen Leistungserbringer bevorzugt hat.²⁴ Wegen der fehlenden Bestimmtheit wohnt dem Mediaagenturbonus trotz seiner Eigenschaft als Vergütung zwar eine abstrakte Gefahr inne. Im Rahmen der abstrakten Gefährdungsdelikte muss aber die verfassungsgemäß gebotene Verhältnismäßigkeit beachtet werden. In der Mediaagenturkonstellation darf die bloße Gefährdung durch die dem Mediaagenturbonus innewohnende abstrakte Gefahr der regelwidrigen Bevorzugung aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht ausreichen, da die Gefahr lediglich aus der besonderen Vergütungssituation resultiert, der Umfang dieser abstrakten Gefahr jedoch sehr gering, der ordnungsgemäße Einsatz des Mediaagenturbonus hingegen naheliegend ist.
25. Der Abschluss des Schaltvertrags erfüllt das Tatbestandsmerkmal des Bezugs einer Ware.²⁵ Entscheidend beim Begriff der Ware im Sinne des Wettbewerbsrechts ist nicht die Substanz, sondern vielmehr die Funktion. Werbeplätze werden im wirtschaftlichen Verkehr wie Waren gehandelt. Es ist daher einen Schritt zu genau, die Bezeichnung Werbeplatz als willkürlichen Verkörperungsgedanken aufzufassen und auf die eigentliche Handlung, das Einstellen der Werbung in das jeweilige Medium als geldwerte Leistung des gewerblichen Lebens abzustellen.
26. Eine Strafbarkeit der Mediaagentur wegen Betrugs liegt in der dieser Arbeit zugrundeliegenden Fallkonstellation nicht vor.²⁶ Bei üblicher Vorgehensweise bucht die Mediaagentur einen Werbeplatz, welcher den Interessen des Kunden entspricht, sodass schon keine Täuschung vorliegt. Auch in Bezug auf die Vergünstigungen täuscht die Mediaagentur nicht, da dem Kunden die Existenz einer Vergütung seitens der Leistungserbringer bewusst sein muss. Außerdem ist ein Schaden des Kunden zu verneinen, da er unabhängig von der Einschaltung einer Mediaagentur immer denselben Preis für die Werbeplätze bezahlen muss. Ferner besteht ein Anspruch der Mediaagentur auf den Mediaagenturbonus bzw. es besteht keine Pflicht zur Weiterleitung.
27. Ebenfalls kommt eine Strafbarkeit der Mediaagentur wegen Untreue nicht in Betracht.²⁷ Die Annahme des Mediaagenturbonus bzw. der entsprechende Vertragsschluss ist nicht als Verstoß gegen die Vermögensbetreuungspflicht der Mediaagentur anzusehen, da die Möglichkeit zur Erlangung des Mediaagenturbonus gerade die Vergütung der Mediaagentur durch den Kunden darstellt und auch keine Weiterleitungspflicht besteht. Letztlich hilft auch die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne von § 266 nicht bei der Beurteilung der Beauftragtenstellung im Sinne von § 299 weiter.
28. Der Code of Conduct bietet den Beteiligten keinen praxistauglichen Weg zur straffreien

²⁴ Siehe Teil 3, B, IV, 4, c), bb).

²⁵ Siehe Teil 3, B, V.

²⁶ Siehe Teil 4, C, I.

²⁷ Siehe Teil 4, C, II.

Verfolgung ihrer Interessen.²⁸ Bereits seine Ausgangssituation geht an der Marktrealität vorbei. Darüber hinaus enthält er keine Lösung der aufgeworfenen Probleme, sondern konzentriert sich statt auf die Ursachen auf den Umgang mit den Symptomen.

29. Der Einkauf von Werbeplätzen ohne entsprechenden Kundenauftrag löst die in der Mediaagenturkonstellation bestehenden strafrechtlichen Probleme nicht bzw. bietet keinen gangbaren Weg zur straffreien Erreichung der Ziele der Beteiligten.²⁹ Auf diese Weise wird lediglich das tatsächliche Geschehen verschleiert und die Probleme auf andere Marktteilnehmer verlagert. Außerdem wird vertraglich bereits auf das neuartige Phänomen reagiert, indem die Weitergabe von solchen Vorteilen gefordert wird, die Tochterunternehmen erwirtschaftet haben. Damit ist der auftragsunabhängige Einkauf von Werbeplätzen bereits überholt.
30. Durch die Vertragsgestaltung und die Wahl eines geeigneten Vergütungsmodells kann auf die Problemstellen eingewirkt werden.³⁰ Jedoch lässt sich auf diese Weise keine Grundlage für eine Verhaltensweise schaffen, bei der die Beteiligten ihre Interessen erreichen können, ohne die Grenze der Strafbarkeit zu überschreiten. Die Vertragsgestaltung stellt nur eine Reaktion auf die Missstände dar und beseitigt nicht die grundlegenden Probleme.
31. Die Beteiligten sind bei der Verfolgung ihrer Interessen in der Regel straffrei, wenn Mediaeinkauf und Mediaplanung von getrennten Unternehmen durchgeführt werden.³¹ Dies ist aber in der Praxis nicht realisierbar, da die Kunden dann die Planungsagentur vollumfänglich vergüten müssen, die mit ihren Werbeplatzanfragen erwirtschafteten Vorteile jedoch nicht erhalten und deswegen insgesamt mehr bezahlen.
32. Durch die vollständige Eingliederung der Mediaagentur in das Unternehmen des Kunden entfallen die mit der Beauftragtenstellung der Mediaagentur verbundenen Problemstellen; mithilfe der Übernahme des Mediaeinkaufs seitens der Kunden kann die Gefahr einer zukünftigen unlauteren Bevorzugung eines Leistungserbringers durch die Mediaagentur eliminiert werden.³² Bei vollständiger Eingliederung ist die Mediaagentur sogar ein Teil des Kunden, sodass eine Beauftragtenstellung nicht mehr in Betracht kommt. Bei Übernahme des Mediaeinkaufs durch die Kunden besteht für die Planungsagentur zwar ebenfalls die Möglichkeit zur Annahme eines Vorteils von einem Leistungserbringer zur zukünftigen Bevorzugung, diese Vorteilszuwendung kann allerdings nicht länger unter dem Deckmantel der Vergütung erfolgen und ist mithin leicht nachweisbar. Beides ist jedoch wegen der fehlenden Bündelung von Marktmacht unrentabel und deswegen nicht praxistauglich.

²⁸ Siehe Teil 5, B, I, 3.

²⁹ Siehe Teil 5, B, II.

³⁰ Siehe Teil 5, C, I.

³¹ Siehe Teil 5, C, II, 1.

³² Siehe Teil 5, C, II, 2.

33. Straffrei erreichen die Beteiligten ihre Interessen nur, wenn die Kunden den eigenen Mediaeinkauf mittels einer „non-profit“-Einkaufsgesellschaft übernehmen, welche die von ihr erwirtschafteten Gewinne nach Abzug der eigenen Kosten im Verhältnis zu dem von den werbetreibenden Unternehmen jeweils zur Verfügung gestellten Werbebudget anteilig an diese auskehrt.³³ Der verbleibende Rest der Mediaagentur, die den Mediaplan erstellende Consultingagentur, ist dann Beauftragte des Kunden im Sinne von § 299 und eine Strafbarkeit gemäß § 299 Abs. 1 ist, wenn sie mit einem Leistungserbringer Kontakt aufnimmt und von ihm Vorteile zur zukünftigen unlauteren Bevorzugung annimmt, nicht mit den im zweiten und dritten Teil der Arbeit aufgezeigten Problemen belastet. Außerdem werden auf diese Weise die Ziele und Möglichkeiten aller Beteiligten berücksichtigt.

³³ Siehe Teil 5, C, II, 3; Teil 5, C, III.