

Herausgeber**Prof. Dr. Helmut Köhler****Wissenschaftlicher Beirat**

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der
Zentrale zur Bekämpfung
unlauteren Wettbewerbs
Frankfurt am Main e.V.

dfv Mediengruppe

Frankfurt am Main

Editorial: Prof. Dr. Christian Alexander

Neues zum Schutz Minderjähriger durch das UWG

- 897 Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M.**
Sponsoringverträge als Teil von Kopplungsgeschäften
- 906 Prof. Dr. Markus Möstl**
Wandel des Verbraucherleitbilds?
- 910 Prof. Dr. Gerrit Hornung, LL.M. und Kai Hofmann**
Die Zulässigkeit der Markt- und Meinungsforschung nach
Datenschutz- und Wettbewerbsrecht (Teil 2)
- 920 Dr. Jan Eichelberger, LL.M.**
Rechtsprechungsreport Urheberrecht 2013 (Teil 2)
- 926 Mag. Dr. Lothar Wiltschek und Dr. Katharina Majchrzak**
Wettbewerbs- und Markenrecht in Österreich (Teil 1)
- 933 Posteshop/Autorità Garante della Concorrenza e del
Mercato u. a.**
EuGH, Urteil vom 13.03.2014 – C-52/13
- 937 Apple/DPMA**
EuGH, Urteil vom 10.07.2014 – C-421/13
- 940 Oberbank u. a./Deutscher Sparkassen- und Giroverband**
EuGH, Urteil vom 19.06.2014 – C-217/13 und C-218/13
- 945 Gebundener Versicherungsvermittler**
BGH, Urteil vom 30.01.2014 – I ZR 19/13
- 948 fishtailparka**
BGH, Urteil vom 08.05.2014 – I ZR 210/12
- 953 Verrechnung ausgeschlossener Musikfolgen**
BGH, Urteil vom 22.01.2014 – I ZR 110/12
- 956 VBL-Versicherungspflicht**
BGH, Urteil vom 08.04.2014 – KZR 53/12
- 961 Vitalisierend**
OLG Hamm, Urteil vom 20.05.2014 – 4 U 19/14
- 965 Streitwert bei notarieller Unterlassungs-
erklärung**
OLG Hamm, Beschluss vom 08.05.2014 – I-4 W 81/13
- 966 Thermosteckverbinder**
OLG Köln, Urteil vom 26.02.2014 – 6 U 71/13

Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M., Bayreuth*

Sponsoringverträge als Teil von Kopplungsgeschäften

INHALT

I. Einleitung

II. Kartellrechtliche Bewertung

1. Grundlagen zu Kopplungsgeschäften

- Terminologie
- Vorliegen einer Kopplung
- Abgrenzung von anderen Vertragsgestaltungen
- Einschlägige Regelungen
- Zweck der Regelungen bezüglich Kopplungsgeschäften
- Marktanteil des koppelnden Unternehmens

2. Art. 101 Abs. 1 lit. e) AEUV

3. Art. 102 S. 2 lit. d) AEUV

- Missbrauch
- Rechtfertigungsmöglichkeiten
 - Sachliche Beziehung zum Vertragsgegenstand und Handelsbrauch i. S. von Art. 102 S. 2 lit. d) AEUV
 - Objektive Notwendigkeit und Effizienzvorteile

4. Art. 102 S. 1 AEUV

5. Zwischenfazit

III. Lauterkeitsrechtliche Bewertung

1. Grundlagen zu Kopplungsgeschäften

- Terminologie und Abgrenzung
- Zweck der Regelungen bezüglich Kopplungsgeschäften
- Abgrenzung

2. Förderung eines bereits bestehenden Sponsoringgeschäfts – Akzessorisches Sponsoring

- „Regenwaldprojekt I“ und „Regenwaldprojekt II“ (social sponsoring)
- § 4 Nr. 1 UWG
- §§ 5, 5a UWG

3. In-Aussicht-Stellen eines gekoppelten Sponsoringgeschäfts

- „Schulfotoaktion“
- § 4 Nr. 1 UWG
- § 4 Nr. 11 UWG

4. Zwischenfazit

IV. Strafrechtliche Bewertung

1. Grundlagen

- Kopplungsgeschäfte
- Zweck der Regelungen bezüglich Kopplungsgeschäften

2. Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 Abs. 1 und 2 StGB)

- Bestechlichkeit und Bestechung bei Kopplungsgeschäften
- Sponsoringvertrag als (Dritt-)Vorteil?
- (Dritt-)Vorteil als Gegenleistung für eine zukünftige unlautere Bevorzugung i. S. von § 299 Abs. 1 und 2 StGB

3. Zwischenfazit

V. Fazit

I. Einleitung

Der Abschluss von Sponsoringverträgen zwischen zwei Parteien, dem Sponsor und dem Gesponserten, ist nicht selten mit mindestens einer weiteren vertraglichen Rechtsbeziehung verknüpft. Diese kann gleichfalls zwischen den Parteien des Sponsoringvertrags bestehen, wenn dessen Abschluss etwa von dem Zustandekommen eines weiteren Liefervertrags zwischen den Parteien abhängig gemacht wird (sog. Reziprozitätsgeschäft). Denkbar ist aber auch, dass der Abschluss eines Liefervertrags etwa zwischen dem Verkäufer und dem Käufer davon abhängig gemacht wird, dass eine der Vertragsparteien – beispielsweise der Verkäufer – gleichsam im Gegenzug nunmehr als Sponsor einen Sponsoringvertrag mit dem Gesponserten abschließt. Von diesem Sponsoringvertrag profitiert sodann der Käufer mittelbar, etwa weil es sich beim Gesponserten um eine Tochtergesellschaft des Käufers handelt.

Derartige Vertragsgeflechte werfen in verschiedener Hinsicht rechtliche Fragen auf. Beruht etwa das Zustandekommen des Sponsoringvertrags letztlich allein darauf, dass beim Abschluss des damit gekoppelten Liefervertrags eine Vertragspartei ihre aus einer marktbeherrschenden Stellung resultierende überlegene Verhandlungsmacht ausgenutzt hat, rückt die kartellrechtliche Zulässigkeit derartiger Kopplungspraktiken in den Fokus (II.). Versucht der Lieferant eines bestimmten Produkts, dessen Absatz dadurch zu fördern, dass er dem Vertragspartner oder auch einer dritten Partei zugleich ein Engagement als Sponsor in Aussicht stellt, so kommt die rechtliche Kontrolle eines solchen Marktverhaltens einerseits an lauterkeitsrechtlichen (III.), aber andererseits auch an strafrechtlichen Maßstäben in Betracht (IV.).

Gerade die strafrechtliche Dimension dieser Vertragsgestaltungen hat zuletzt in der Sponsoringbranche für Verunsicherung gesorgt, zumal bislang keine einschlägigen strafgerichtlichen Entscheidungen vorliegen und ein aktuelles Verfahren nach jahrelangen Ermittlungen vermutlich gegen Zahlung einer Geldauflage eingestellt werden wird.¹⁾ Daneben gilt es jedoch, stets auch die kartellrechtliche sowie die lauterkeitsrechtliche Dimension der Problematik im Blick zu behalten. Denn die Wertungen zu Kopplungsgeschäften innerhalb eines der einzelnen Rechtsgebiete (z. B. des Kartellrechts) sollten nicht isoliert betrachtet werden, weil sie durchaus auch auf die lauterkeits- und strafrechtliche Beurteilung ausstrahlen können. Diese Zusammenhänge, die bislang für Kopplungsgeschäfte im Allgemeinen wie auch für solche unter Einbeziehung von Sponsoringverträgen vernachlässigt worden sind, sollen nachfolgend herausgearbeitet, analysiert und bewertet werden. Dabei geht es weniger um konkrete Fälle von Kopplungsgeschäften unter Einbeziehung von Sponso-

1) Vgl. zu dem Kopplungsgeschäft unter Beteiligung eines deutschen Autoproduzenten, eines Unternehmens der Informations- und Kommunikationstechnologie sowie eines Fußballbundesligisten im Mehrheitseigentum des Autoproduzenten Heermann, WRP 2014, 125 Rn. 1 m. w. N. Es ist derzeit nicht auszuschließen, dass das im Jahr 2011 eingeleitete Strafverfahren gegen Zahlung eines Bußgelds demnächst eingestellt werden wird, vgl. etwa FAZ v. 22.03.2014, S. 21 („Volkswagen soll Bußgeld zahlen – Gericht will Verfahren gegen Sponsoring einstellen“).

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Sportrecht an der Universität Bayreuth sowie Richter am OLG Nürnberg a. D. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 994.

Heermann – Sponsoringverträge als Teil von Kopplungsgeschäften

ringverträgen, sondern vielmehr um eine – in der Vertragspraxis mitunter noch unterentwickelte – Sensibilisierung für die mit solchen Gestaltungen verbundene rechtliche Brisanz.

II. Kartellrechtliche Bewertung

4 Kopplungsgeschäfte unter Einbeziehung von Sponsoringverträgen werden vielfach wegen der Beteiligung nicht nur rein national tätiger Unternehmen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel der EU-Mitgliedstaaten haben. Im Weiteren erfolgt deshalb eine Beschränkung auf das europäische Kartellrecht. Für dessen Anwendung ist zudem nicht zwingend erforderlich, dass die Parteien der gekoppelten Verträge in unterschiedlichen EU-Mitgliedstaaten ansässig sind.

1. Grundlagen zu Kopplungsgeschäften

a) Terminologie

5 In Anlehnung an die „Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 des EG-Vertrags [jetzt: Art. 102 AEUV] auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen“ (im Folgenden: Mitteilung zu den Durchsetzungsprioritäten)²⁾ sollen zur Vereinfachung folgende Begrifflichkeiten verwendet werden: Eine „Kopplung“ liegt vor, wenn Abnehmer, die ein Produkt bei einem – regelmäßig marktbeherrschenden – Unternehmen kaufen („Kopplungsprodukt“), verpflichtet sind, auch von diesem ein anderes Produkt („gekoppeltes Produkt“) zu beziehen. Der Markt für den Handel mit Kopplungsprodukten wird als „Kopplungsmarkt“ bezeichnet, der Markt für den Handel mit gekoppelten Produkten als „gekoppelter Markt“.

b) Vorliegen einer Kopplung

6 Eine Kopplung setzt voraus, dass es sich beim Kopplungsprodukt sowie beim gekoppelten Produkt um separate Leistungen handelt, deren Bezug konditional miteinander verknüpft ist.³⁾ Beispielsweise ist der Lieferant L von Farbdruckern nur bereit, einen Vertrag mit dem Bezieher B unter der Bedingung abzuschließen, dass B zugleich die passenden Farbpatronen von L erwirbt. Nach vorherrschender Auffassung⁴⁾ ist hinsichtlich der Frage, ob separate Leistungen vorliegen, eine marktorientierte Abgrenzung vorzunehmen. So macht die EU-Kommission in ihrer Mitteilung zu den Durchsetzungsprioritäten⁵⁾ das Vorliegen separater Produkte von der Verbrauchernachfrage abhängig. Danach sollen zwei separate Produkte dann vorliegen, wenn ohne die Kopplung eine große Anzahl von Kunden das Kopplungsprodukt (im vorangehenden Beispiel also Farbdrucker) kaufen würde bzw. gekauft hätte, ohne auch das gekoppelte Produkt (Farbpatronen) beim selben Anbieter zu erwerben, so dass jedes der beiden Produkte unabhängig vom anderen hergestellt werden könne. Wenn man unterstellt, dass andere Unternehmen Farbpatronen herstellen, die mit Farbdruckern des L kompatibel und bei gleicher Qualität zugleich preislich günstiger sind, wird man in diesem Beispielfall separate Produkte und damit das Vorliegen einer Kopplung durch L annehmen müssen.

7 Bei einem Sponsoringvertrag kann es sich einerseits um ein kopplendes Produkt handeln, insbesondere wenn – was durchaus

vertragstypisch ist – das Vertragsverhältnis Bezugspflichten des Gesponserten beim Sponsor umfasst.⁶⁾ Andererseits kommt aber der Abschluss eines Sponsoringvertrags auch als gekoppeltes Produkt in Betracht, sofern beispielsweise das Zustandekommen eines Liefervertrags vom gleichzeitigen Abschluss eines Sponsoringgeschäfts abhängig gemacht wird. Es liegt nahe, dass beiden Konstellationen separate Leistungen zugrunde liegen, weil die Leistungen eines Sponsors vom Vertragspartner regelmäßig auch ohne Kopplung an einen Liefervertrag oder ohne sponsoringvertragliche Bezugspflichten nachgefragt würden.

Schließlich ist es unerheblich, ob der koppelnde sowie der gekoppelte Leistungsaustausch in einheitlichen oder getrennten Verträgen geregelt werden.⁷⁾ Das eine Kopplung anstrebende Unternehmen muss zumindest seine Leistung hinsichtlich des gekoppelten Geschäfts selbst erbringen, während an dem gekoppelten Geschäft anstelle des koppelnden Unternehmens auch ein von diesem bestimmtes drittes Unternehmen beteiligt sein kann.⁸⁾ So könnte im Ausgangsfall L die Lieferung seiner Farbdrucker davon abhängig machen, dass B zugleich die Farbpatronen bei T, einem von L beherrschten Tochterunternehmen, bezieht.

c) Abgrenzung von anderen Vertragsgestaltungen

9 Kopplungsgeschäfte sind von anderen Vertragsgestaltungen zu unterscheiden, bei denen ein Veräußerer für den Abnehmer nur einen ökonomischen Anreiz setzt (z. B. durch Rabattgewährung), um Letzteren zum Bezug einer erhöhten Anzahl von Produkten zu veranlassen. Diese Konstellationen sind dadurch gekennzeichnet, dass der Erwerb weiterer Produkte gerade nicht zur Bedingung für den Erwerb des (der) nachgefragten Produkts (Produkte) gemacht wird. Ein solches Verhalten ist grundsätzlich wettbewerbskonform und begründet keinen Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften. Allerdings kann es – was hier nicht vertieft werden soll – im Einzelfall schwierig sein, einen kartellrechtlich zulässigen ökonomischen Anreiz von einer unzulässigen versteckten Kopplung abzugrenzen.⁹⁾

10 Zu beachten ist in diesem Kontext, dass zusätzliche Geldleistungen oder gleichwertige Vermögenszuwendungen, die den Abnehmer zum Vertragsabschluss veranlassen sollen, strafrechtliches Konfliktpotential im Hinblick auf eine Bestechung und/oder Bestechlichkeit i. S. des § 299 StGB aufweisen.¹⁰⁾ Verwirrend ist zudem der Umstand, dass solche Vertragsgestaltungen, die mit dem Setzen ökonomischer Anreize (z. B. Gewährung von Rabatten sowie von zusätzlichen unentgeltlichen Waren oder Dienstleistungen) einhergehen, nicht zu den Kopplungsgeschäften im kartellrechtlichen Sinne zählen, aber insbesondere aus lauterkeitsrechtlicher Perspektive als Kopplungsgeschäfte eingestuft werden. Demgegenüber hat sich dieser Begriff noch nicht in gleichem Maße im Strafrecht durchgesetzt. Wenn jedoch im Zusammenhang mit Korruptionsstrafatbeständen, insbesondere mit § 299 StGB der Begriff des Kopplungsgeschäfts verwendet wird, so handelt es sich dabei regelmäßig auch um Kopplungsgeschäfte im kartellrechtlichen Sinn.

d) Einschlägige Regelungen

11 Kopplungspraktiken sind sowohl in Art. 101 Abs. 1 lit. e) AEUV als auch in Art. 102 S. 2 lit. d) AEUV mit nahezu gleichem Wortlaut als Regelbeispiele aufgelistet. Hieraus kann der Rückschluss gezogen werden, dass die Kopplung nicht zusammengehöriger

2) Kommission, Mitteilung 2009/C 45/02 v. 24.02.2009, Rn. 48 f.

3) Siehe zu diesem Merkmal stellvertretend *Emmerich*, in: Dausen (Hrsg.), EU-Wirtschaftsrecht, 34. Ergänzungslieferung, 2013, Art. 102 Rn. 118.

4) Vgl. stellvertretend *Jung*, in: Grabit/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 52. Ergänzungslieferung, 2014, Art. 102 Rn. 196; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU/Teil 1, 5. Aufl., 2012, Art. 102 Rn. 281; *Th. Fischer*, Kopplungsgeschäfte im Europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, 2008, S. 34.

5) Kommission, Mitteilung 2009/C 45/02 v. 24.02.2009, Rn. 51.

6) Vgl. zu derartigen Vertragsgestaltungen sowie zu ihrer vertrags-, kartell- und strafrechtlichen Bewertung zuletzt *Heermann*, WRP 2014, 125 ff. m. w. N.

7) *Jung*, in: Grabit/Hilf/Nettesheim (Fn. 4), Art. 102 Rn. 195.

8) *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 4), Art. 102 Rn. 276.

9) *Stockenhuber*, in: Grabit/Hilf/Nettesheim (Fn. 4), Art. 101 Rn. 205.

10) Vgl. hierzu unten Rn. 59 ff.

Produkte oder Dienstleistungen durch marktbeherrschende Unternehmen als ein besonders schwerwiegender Verstoß gegen Art. 102 AEUV einzustufen ist.¹¹⁾ Zudem ist zu beachten, dass der Anwendungsbereich des Art. 102 S. 2 lit. d) AEUV sich oftmals mit anderen Regelbeispielen des Art. 102 S. 2 AEUV überschneidet. Sofern schließlich die Kopplungspraktik nicht von einem marktbeherrschenden Anbieter, sondern von einem marktbeherrschenden Nachfrager im Verhältnis zu seinen Lieferanten ausgeht, kann auf die Generalklausel des Art. 102 S. 1 AEUV zurückgegriffen werden.¹²⁾

e) Zweck der Regelungen bezüglich Kopplungsgeschäften

- 12 Der Zweck des Verbots der beschriebenen Kopplungsgeschäfte im kartellrechtlichen Sinn besteht vorrangig darin, die Vertragspartner marktstarker Unternehmen dagegen zu schützen, dass diese ihnen Leistungen aufzwingen, die sie eigentlich nicht haben wollen. Auf diese Weise soll der Wettbewerb auf dem Sekundärmarkt für die aufgezwungenen, gekoppelten Produkte oder Dienstleistungen gegen Verfälschungen geschützt werden. Denn es besteht die Gefahr, dass das marktstarke Unternehmen seine Position auf dem Kopplungsmarkt auf den gekoppelten Markt, d. h. auf den benachbarten Markt für das gekoppelte Produkt, auf dem das Unternehmen über eine – noch – vergleichsweise schwache Marktstellung verfügt, zu übertragen versucht.
- 13 Diese Hebelwirkung, auch *leveraging* genannt, und die damit verbundene Gefahr der Marktverschließung¹³⁾ können erfahrungsgemäß regelmäßig nur von solchen Unternehmen herbeigeführt werden, die auf dem Kopplungsmarkt über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. Dies ist letztlich auch der Grund, weshalb die kartellrechtlichen Verbote von Kopplungspraktiken regelmäßig nur auf Unternehmen angewendet werden, die den Kopplungsmarkt bereits beherrschen.¹⁴⁾ Eine gleichzeitige Beherrschung des gekoppelten Marktes ist für die beschriebene Hebelwirkung hingegen weder erforderlich, noch wird sie vorausgesetzt.¹⁵⁾ Zudem hat die Kommission in den Mitteilungen zu den Durchsetzungsprioritäten darauf hingewiesen, dass das Unternehmen in Sonderfällen der Kopplung auf Sekundärmärkten auf dem Kopplungs- und/oder auf dem gekoppelten Sekundärmarkt in marktbeherrschender Stellung sein müsse.¹⁶⁾

f) Marktanteil des koppelnden Unternehmens

- 14 Der Marktanteil des koppelnden Unternehmens und damit das Vorliegen einer etwaigen marktbeherrschenden Stellung richten sich nach den im europäischen Kartellrecht allgemein anerkannten Grundsätzen, die die Europäische Kommission im Rahmen ihrer Mitteilung zu den Durchsetzungsprioritäten nochmals bestätigt und zusammengefasst hat.¹⁷⁾ In diesem Kontext ist die Einschätzung der Kommission von besonderer Bedeutung, dass eine Marktbeherrschung erfahrungsgemäß unwahrscheinlich sei, wenn ein Unternehmen weniger als 40% des relevanten Marktes einnehme.¹⁸⁾

2. Art. 101 Abs. 1 lit. e) AEUV

- 15 Nach Art. 101 Abs. 1 lit. e) AEUV fällt insbesondere auch „die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die

Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen“, unter den Kartellverbotstatbestand.¹⁹⁾ Die Anwendung dieser Vorschrift hat in der Praxis keine erhebliche Bedeutung erlangt, weil – wie bereits zuvor dargelegt²⁰⁾ – die Kartellbehörden üblicherweise erst einschreiten, wenn das koppelnde Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, und sodann Art. 102 S. 2 lit. d) AEUV oder aber die Generalklausel Art. 102 S. 1 AEUV anwenden.

3. Art. 102 S. 2 lit. d) AEUV

Nahezu wortgleich mit Art. 101 Abs. 1 lit. e) AEUV ordnet Art. 102 S. 2 lit. d) AEUV an, dass eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt insbesondere in Folgendem bestehen kann: „der an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen“. Diese Fallgruppe hat die Europäische Kommission in den im Jahr 2009 veröffentlichten Mitteilungen zu den Durchsetzungsprioritäten, anknüpfend an ihre bisherige Entscheidungspraxis, aufgegriffen und dabei Voraussetzungen für missbräuchliche Kopplungsgeschäfte entwickelt.²¹⁾ Diese werden im Folgenden skizziert.

a) Missbrauch

Die Kommission²²⁾ hat klargestellt, dass sie aufgrund des Missbrauchstatbestandes (früher Art. 82 EG, nunmehr Art. 102 AEUV) gegen Unternehmen mit einer beherrschenden Stellung auf dem Kopplungsmarkt einschreiten werde, wenn darüber hinaus die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt seien:

- Das Kopplungsprodukt und das gekoppelte Produkt sind klar voneinander getrennte (separate) Produkte. 18
- Es besteht die Wahrscheinlichkeit, dass die Kopplung zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung führt. 19

Nicht klar ist, ob die Gefahr einer Marktverschließung eines Nachweises bedarf oder ob beim Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes vom Vorliegen einer solchen Gefahr ohne weiteres ausgegangen werden kann.²³⁾ Der Umstand, dass die Kommission die Marktverschließungsgefahr gleichsam zu einem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal erhoben hat, spricht dafür, dass ein entsprechender Nachweis erforderlich ist. Zudem hat die Kommission in diesem Kontext ausdrücklich auf die Entscheidung des EuG in der Rechtssache *Microsoft/Kommission*²⁴⁾ Bezug genommen, in der die Marktverschließungswirkung der Produktkopplung gesondert geprüft worden war. Damit liegt die Vermutung nahe, dass die Kommission einstweilen von dieser Praxis nicht abrücken wird.

b) Rechtfertigungsmöglichkeiten

Unklar ist, welchen Stellenwert die in Art. 102 S. 2 lit. d) AEUV genannten sowie die von der Kommission entwickelten Rechtfertigungsmöglichkeiten (insbesondere objektive Notwendigkeit

11) Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 4), Art. 102 Rn. 194.

12) Emmerich, in: Dausen (Fn. 3), Art. 102 Rn. 114.

13) Ausführlich hierzu Nothelfer, Die leverage theory im europäischen Wettbewerbsrecht, 2006.

14) Diese Erfahrung spiegeln die Durchsetzungsprioritäten der EU-Kommission wider, vgl. Kommission, Mitteilung 2009/C 45/02 v. 24.02.2009, Rn. 47 ff., insbesondere Rn. 50.

15) Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 4), Art. 102 Rn. 278 m. w. N.

16) Kommission, Mitteilung 2009/C 45/02 v. 24.02.2009, Rn. 50 Fn. 3.

17) Kommission, Mitteilung 2009/C 45/02 v. 24.02.2009, Rn. 10-18.

18) Kommission, Mitteilung 2009/C 45/02 v. 24.02.2009, Rn. 14.

19) Vgl. zu diesem Tatbestand neben der Kommentarliteratur auch Fischer (Fn. 4), S. 28 ff., 49 ff.

20) Vgl. oben Rn. 13.

21) Kommission, Mitteilung 2009/C 45/02 v. 24.02.2009, Rn. 47-58 m. w. N.

22) Kommission, Mitteilung 2009/C 45/02 v. 24.02.2009, Rn. 50; bereits zuvor ausführlich zu Kopplungsformen als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung Fischer (Fn. 4), S. 60 ff.

23) Emmerich, in: Dausen (Fn. 3), Art. 102 Rn. 119, der die Frage als offen bezeichnet; nicht eindeutig auch Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 4), Art. 102 Rn. 287 f.

24) EuG, 17.09.2007 – T-201/04, Slg. 2007, II-3601, insbesondere Rn. 842, 859-862, 867 und 869 – Microsoft/Kommission.

Heermann – Sponsoringverträge als Teil von Kopplungsgeschäften

sowie Erzielen von Effizienzvorteilen) haben, sofern die im vorangehenden Abschnitt dargestellten Voraussetzungen für ein missbräuchliches Kopplungsgeschäft vorliegen.

aa) *Sachliche Beziehung zum Vertragsgegenstand und Handelsbrauch i. S. von Art. 102 S. 2 lit. d) AEUV*

22 Im Schrifttum wird in diesem Kontext zumindest der Rechtfertigungsgrund der sachlichen Bindung zwischen den gekoppelten Produkten nunmehr als „bedeutungslos“ eingestuft,²⁵ während dem Vorliegen eines Handelsbrauchs bislang schon eine allenfalls geringe Praxisrelevanz zukam. Sowohl der EuGH in der Rechtssache *Tetra Pak/Kommission*²⁶ als auch zuletzt das EuG in der Rechtssache *Microsoft/Kommission*²⁷ haben betont, dass ein Kopplungsverkauf von zwei Erzeugnissen auch dann, wenn er nach Art. 102 S. 2 lit. d) AEUV dem Handelsbrauch entspricht²⁸ oder wenn zwischen diesen beiden Erzeugnissen sachlich eine Beziehung besteht,²⁹ einen Missbrauch im Sinne von Art. 102 AEUV darstellen kann, es sei denn, dass er objektiv gerechtfertigt ist. Deshalb ist davon auszugehen, dass diese Rechtfertigungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Ausgangsproblematik künftig keine Rolle mehr spielen werden.³⁰

bb) *Objektive Notwendigkeit und Effizienzvorteile*

23 Eine nach Art. 102 S. 1 AEUV missbräuchliche Kopplungspraktik kann nach Auffassung der Kommission³¹ gerechtfertigt sein, sofern das Verhalten objektiv notwendig und verhältnismäßig ist. Dies müsse anhand von Faktoren geprüft werden, die außerhalb des marktbeherrschenden Unternehmens liegen. So könne marktverschließendes Verhalten in Anbetracht von Produktmerkmalen aus Gründen der Gesundheit und Sicherheit als objektiv notwendig erachtet werden. In Bezug auf die Begründung für das Vorliegen einer objektiven Notwendigkeit sei allerdings zu bedenken, dass Festlegung und Durchsetzung von Gesundheitsschutz- und Sicherheitsstandards Aufgabe der zuständigen Behörden sei. Es komme dem Unternehmen in marktbeherrschender Stellung nicht zu, von sich aus Maßnahmen zu ergreifen, um Produkte vom Markt auszuschließen, die es zu Recht oder zu Unrecht für gefährlich oder im Vergleich zu eigenen Produkten für minderwertig halte. Die Beweislast hinsichtlich der vorgenannten Voraussetzungen obliegt dem koppelnden Unternehmen. Dieser in Art. 102 AEUV nicht unmittelbar verankerte Rechtfertigungsgrund dürfte im Hinblick auf die Ausgangsproblematik gekoppelter Liefer- und Sponsoringverträge einen allenfalls geringen Anwendungsbereich haben, da die Aspekte des Gesundheitsschutzes und etwaiger Sicherheitsstandards insoweit regelmäßig keine Rolle spielen.

24 Darüber hinaus vertritt die Kommission die Auffassung,³² dass ein marktbeherrschendes Unternehmen ein zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung führendes Verhalten auch mit Effizienzvorteilen begründen kann.³³ Diese müssen sodann ausreichend sein, um zu gewährleisten, dass dadurch wahr-

scheinlich den Verbrauchern unter dem Strich kein Schaden entsteht. Die vier kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

- Die Effizienzvorteile werden wahrscheinlich als Ergebnis des fraglichen Verhaltens erzielt (werden). 25
- Das Verhalten muss für das Erreichen der Effizienzvorteile unverzichtbar, d. h. erforderlich und verhältnismäßig sein. 26
- Die durch das Verhalten herbeigeführten Effizienzvorteile wiegen auf den relevanten Märkten die Nachteile für den Wettbewerb und das Verbraucherwohl auf. 27
- Der wirksame Wettbewerb wird nicht ausgeschaltet. Es verbleibt Restwettbewerb, zudem wird ein potentieller Markteintritt zusätzlicher Wettbewerber nicht ausgeschlossen. Sofern jedoch eine marktbeherrschende, monopolähnliche Stellung aufrechterhalten, geschaffen oder verstärkt wird, kann das Verhalten normalerweise nicht mit damit einhergehenden Effizienzvorteilen gerechtfertigt werden. 28

Wiederum liegt – bezogen auf die Ausgangsproblematik – die Beweislast beim koppelnden Unternehmen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass durch die Kopplung von Liefer- und Sponsoringverträgen die zuvor beschriebenen Effizienzvorteile verwirklicht werden können.

4. Art. 102 S. 1 AEUV

Wie zuvor dargelegt,³⁴ werden Kommission und Judikatur das Vorliegen eines Missbrauchs i. S. der Generalklausel Art. 102 S. 1 AEUV selbst dann prüfen, wenn das gekoppelte Produkt eine sachliche Beziehung zum Vertragsgegenstand aufweisen oder die Kopplungspraktik einen Handelsbrauch i. S. von Art. 102 S. 2 lit. d) AEUV darstellen sollte. Zudem erfasst letztgenannte Vorschrift nur Kopplungspraktiken marktbeherrschender Anbieter, so dass in dem (Ausnahme-)Fall einer auf einen marktbeherrschenden Nachfrager zurückgehenden Kopplungspraktik³⁵ ohnehin auf Art. 102 S. 1 AEUV sowie die zuvor dargestellten Rechtfertigungsmöglichkeiten (insbesondere objektive Notwendigkeit und Effizienzvorteile)³⁶ zurückgegriffen werden muss.³⁷

5. Zwischenfazit

31 Wenn ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung auf dem Kopplungsmarkt innehat, droht beim Abschluss eines Sponsoringvertrags auf dem gekoppelten Markt zumeist nicht die Gefahr einer Marktverschließung.³⁸ Denn die Wettbewerber auf dem gekoppelten Markt (d. h. weitere Nachfrager nach Sponsoren) werden regelmäßig problemlos auf andere Sponsoren ausweichen können. Wenn ein Unternehmen als Nachfrager eine marktbeherrschende Stellung auf dem gekoppelten (Sponsoring-)Markt hat (was nur in Ausnahmefällen denkbar ist, weil für potentielle Sponsoren regelmäßig zumutbare Ausweichmöglichkeiten bestehen werden), ist die Gefahr einer Marktverschließung auf dem koppelnden Markt nur gegeben, sofern hier das Unternehmen als Anbieter (etwa von TV-Rechten) gleichfalls über eine starke Marktstellung verfügt.

25) Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 4), Art. 102 Rn. 295.

26) EuGH, 14.11.1996 – C-333/94, Slg. 1996, I-5951, Rn. 37 – Tetra Pak/Kommission.

27) EuG, 17.09.2007 – T-201/04, Slg. 2007, II-3601, Rn. 942 – Microsoft/Kommission.

28) Vgl. hierzu stellvertretend Emmerich, in: Dausens (Fn. 3), Art. 102 Rn. 120; Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 4), Art. 102 Rn. 290; Fischer (Fn. 4), S. 104 f.

29) Stellvertretend hierzu Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 4), Art. 102 Rn. 290; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 4), Art. 101 Rn. 204; Fischer (Fn. 4), S. 102-104.

30) Diese Zusammenhänge werden verschiedentlich noch vernachlässigt, vgl. stellvertretend jüngst Böni, Jusletter 10.03.2014, 1, 6, Rn. 45 in einem Beitrag zur kartellrechtlichen Kopplungsproblematik.

31) Kommission, Mitteilung 2009/C 45/02 v. 24.02.2009, Rn. 29 m. w. N. der Rspr.

32) Vgl. zum Folgenden ausführlich Kommission, Mitteilung 2009/C 45/02 v. 24.02.2009, Rn. 30.

33) Vgl. zu diesem Ansatz auch Emmerich, in: Dausens (Fn. 3), Art. 102 Rn. 120; Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 4), Art. 102 Rn. 303; Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 4), Art. 102 Rn. 293; Fischer (Fn. 4), S. 105-107.

34) Vgl. oben Rn. 22.

35) Ausführlich zu dieser Fallgruppe Fischer (Fn. 4), S. 113 ff.

36) Vgl. oben Rn. 23 ff.

37) Emmerich, in: Dausens (Fn. 3), Art. 102 Rn. 114 a.E.; Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 4), Art. 102 Rn. 195; im Ansatz auch Fischer (Fn. 4), S. 113.

38) Die in Kommission, Mitteilung 2009/C 45/02 v. 24.02.2009, Rn. 52-58 aufgelisteten Umstände für eine Marktverschließung auf dem gekoppelten und/oder dem Kopplungsmarkt sind allesamt nicht einschlägig.

III. Lauterkeitsrechtliche Bewertung

1. Grundlagen zu Kopplungsgeschäften

a) Terminologie und Abgrenzung

32 Im Lauterkeitsrecht wird der Begriff „Kopplungsangebot“ regelmäßig für ein Angebot verwendet, das unterschiedliche Waren oder Dienstleistungen – unabhängig von einer funktionellen oder branchenüblichen Zusammengehörigkeit – zu einem Gesamtangebot zusammenfasst.³⁹⁾ Mit dem Sammelbegriff des Kopplungsgeschäfts werden verschiedene verkaufsfördernde Maßnahmen erfasst, insbesondere Zugaben, offene oder verdeckte Kopplungsangebote sowie Vorspannangebote.

33 Derartige Kopplungsgeschäfte im lauterkeitsrechtlichen Sinn, die zugleich auch Sponsoringmaßnahmen einbeziehen, beschränken sich zumeist auf Zwei-Personen-Beziehungen.⁴⁰⁾ Zumeist treten aber auch Dreieckskonstellationen unter Einbeziehung der Parteien eines Liefervertrags (z. B. Verkäufer und Käufer) sowie einer dritten gesponserten Partei auf (sog. akzessorisches Sponsoring).⁴¹⁾ An diesem gekoppelten Sponsoringvertrag ist sodann nur der Lieferant (z. B. Verkäufer) unmittelbar beteiligt, während die andere Partei des Liefervertrags allenfalls indirekt aus dem Sponsoringverhältnis einen eigenen Nutzen zieht. Diese Beispiele werden nachfolgend anhand konkreter Fälle erläutert, mit denen sich bereits die Judikatur auseinandergesetzt hat.

b) Zweck der Regelungen bezüglich Kopplungsgeschäften

34 Die lauterkeitsrechtliche und die kartellrechtliche Beurteilung von Kopplungsgeschäften unterscheiden sich dadurch, dass diese Fallgruppe in den lauterkeitsrechtlichen Vorschriften – anders als in Art. 101 Abs. 1 lit. e) AEUV sowie in Art. 102 S. 2 lit. d) AEUV – nicht ausdrücklich angesprochen wird. Während bei der kartellrechtlichen Bewertung sämtliche Kopplungsgeschäfte primär nur hinsichtlich der von ihnen ausgehenden Gefahr einer Hebelwirkung und damit verbundener Wettbewerbsbeschränkungen untersucht werden, wird dieser *leveraging*-Effekt bei der lauterkeitsrechtlichen Kontrolle vernachlässigt. Stattdessen werden Kopplungsgeschäfte im zuvor beschriebenen Sinne im Lauterkeitsrecht an verschiedenen Vorschriften gemessen, die ihrerseits unterschiedliche Zwecksetzungen aufweisen:

35 – Der Zweck von § 4 Nr. 1 UWG⁴²⁾ ist nach der Begründung des Regierungsentwurfs zum UWG 2004⁴³⁾ darauf gerichtet, dass die Fallgruppe alle Handlungen erfassen soll, die die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer durch Ausübung von Druck oder durch sonstige unangemessene unsachliche Beeinflussung beeinträchtigen. Daneben erstreckt sich der Schutz des § 4 Nr. 1 UWG auch auf den Schutz der Entscheidungsfreiheit vor Beeinträchtigung in menschenverachtender Weise.⁴⁴⁾ Zentrales Schutzgut des § 4 Nr. 1 UWG ist damit die geschäftliche Entscheidungsfreiheit der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer. Darüber hinaus schützt § 4 Nr. 1 UWG mittelbar zugleich auch die Interessen der Mitbewerber sowie das Interesse der Allgemeinheit an einem lautereren Wettbewerb.⁴⁵⁾

36 – Daneben spielen die Irreführungstatbestände §§ 5, 5a UWG bei der lauterkeitsrechtlichen Bewertung von Kopplungs-

geschäften, die mit Sponsoringverträgen einhergehen, eine zentrale Rolle. Diese Regelungen bezwecken⁴⁶⁾ einen Konkurrentenschutz, aber auch den Schutz der Werbeadressaten und der Allgemeinheit gegen unlauteren Wettbewerb in Form von Irreführungen.

– Schließlich bildet § 4 Nr. 11 UWG den rechtlichen Ansatzpunkt bei Verstößen von geschäftlichen Handlungen gegen außerwettbewerbsrechtliche Normen. Im Hinblick auf Kopplungsgeschäfte in Verbindung mit Sponsoringvereinbarungen können – wie zu zeigen sein wird⁴⁷⁾ – dabei insbesondere die Vorschriften des Korruptionsstrafrechts in den Fokus rücken. Der lauterkeitsrechtliche Rechtsbruchtatbestand dient letztlich dem Schutz der Verbraucher, der Mitbewerber sowie der sonstigen Marktteilnehmer gegen Verstöße gegen außerwettbewerbsrechtliche Marktverhaltensregelungen.⁴⁸⁾

c) Abgrenzung

In Kopplungsgeschäfte eingebettete Sponsoringgeschäfte, die gegen lauterkeitsrechtliche Vorschriften verstoßen können, sind bislang in zwei Konstellationen aufgetreten, die ihrerseits sehr unterschiedliche Rechtsfragen aufwerfen:

– Bei der sog. akzessorischen Werbung steht das Ziel im Vordergrund, einen potentiellen Kunden dadurch zum Abschluss eines Vertrages zu veranlassen, dass für ihn damit eine mittelbare Beteiligung an einem *social sponsoring* als Zusatznutzen einhergeht.⁴⁹⁾ Durch den Abschluss von Lieferverträgen unterstützen die Kunden also mittelbar eine ohnehin schon bestehende Sponsoringvereinbarung im Verhältnis des Lieferanten zu einer dritten – gesponserten – Partei. Damit setzt der Veräußerer des koppelnden Produkts für seine Abnehmer zwar keinen unmittelbar ökonomisch wirkenden, so aber doch einen auf einen Zusatznutzen (Befriedigung des sozialen Gewissens) gerichteten Anreiz. Ein solches Anreizsystem lässt sich nicht für alle Sponsoringformen in gleicher Weise nutzbar machen. Denn wer als Kunde beispielsweise einen Beitrag zum Umweltschutz leisten möchte, wird sich nicht automatisch auch im Sport-sponsoring engagieren wollen. Die kartellrechtliche Problematik der Marktverschließung kann sich letztlich nicht stellen.

– Demgegenüber hat in der anderen Konstellation das In-Aussicht-Stellen eines separaten Sponsoringgeschäfts primär das Ziel, dass der hierdurch unmittelbar oder mittelbar Begünstigte den Sponsor als Vertragspartner einer Lieferbeziehung bevorzugt. Diese Fallkonstellation weist – wie zu zeigen sein wird⁵⁰⁾ – bei der lauterkeitsrechtlichen Bewertung bereits deutliche Verbindungslinien zur strafrechtlichen Beurteilung von Kopplungsgeschäften auf.

2. Förderung eines bereits bestehenden Sponsoringgeschäfts – Akzessorisches Sponsoring

a) „Regenwaldprojekt I“ und „Regenwaldprojekt II“ (social sponsoring)

Akzessorisches Sponsoring tritt insbesondere im Bereich des *social sponsoring* auf. Dies sei anhand einer Fallkonstellation veranschaulicht, die vor mehr als zehn Jahren wiederholt die Judikatur beschäftigte. Eine Bierbrauerei hatte im Jahr 2002 das sog.

39) Vgl. hierzu stellvertretend Heermann, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., 2014, § 4 Nr. 1 Rn. 179 m. w. N.

40) Siehe hierzu etwa Rn. 41.

41) Siehe hierzu beispielhaft Rn. 45.

42) Hierzu stellvertretend Heermann, in: MüKo-UWG (Fn. 39), § 4 Nr. 1 Rn. 6.

43) Begründung RegE § 4 Nr. 1 UWG-E BT-Drucks. 15/1487 v. 22.08.2003, S. 17.

44) Zur richtlinienkonformen Auslegung dieser Fallgruppe siehe Heermann, in: MüKo-UWG (Fn. 39), § 4 Nr. 1 Rn. 7-28 m. w. N.

45) Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG Kommentar, 32. Aufl., 2014, § 4 Rn. 1.2.

46) Vgl. stellvertretend Ruess, in: MüKo-UWG (Fn. 39), § 5 Rn. 20 f., 24.

47) Vgl. unten Rn. 45 ff.

48) Vgl. stellvertretend Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 45), § 4 Rn. 11.6; ausführlich Schaffert, in: MüKo-UWG (Fn. 39), § 4 Nr. 11 Rn. 12-14.

49) Siehe hierzu nachfolgend Rn. 41 ff.

50) Vgl. unten Rn. 45 ff. und Rn. 55 ff.

Heermann – Sponsoringverträge als Teil von Kopplungsgeschäften

„Krombacher Regenwald-Projekt“ mit folgender Aussage beworben: „Mit jedem verkauften Kasten Krombacher schützen Sie 1 m² Regenwald in der Dzanga Sangha“. ⁵¹⁾

b) § 4 Nr. 1 UWG

- 42 Das OLG Hamm⁵²⁾ erkannte darin einen Verstoß gegen das Transparenzgebot im Zusammenhang mit Kopplungsangeboten gem. § 1 UWG 1909. In der Revisionsinstanz stellte der BGH⁵³⁾ noch vor Geltung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt (UGP-RL) klar, dass die Frage der unzureichenden Transparenz einer Werbung mit Sponsoringleistungen keinen Fall des § 4 Nr. 1 Var. 3 UWG darstelle, sondern vielmehr im Rahmen der Irreführungstatbestände zu prüfen sei. Dieser rechtliche Ansatz überzeugt. ⁵⁴⁾ Spätestens unter Geltung der UGP-RL wäre die Rechtsauffassung des OLG Hamm nicht länger haltbar gewesen, da § 4 Nr. 1 Var. 3 UWG zwingend die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit voraussetzt, während durch ein intransparentes Angebot der Verbraucher jedoch allenfalls irreführt, nicht aber in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt wird.

c) §§ 5, 5a UWG

- 43 Im Ausgangsfall hatte das OLG Hamm festgestellt, dass die im Rahmen des akzessorischen Sponsoring beworbene Sponsoringleistung genau beschrieben werden müsse. ⁵⁵⁾ Der BGH hingegen stellte daraufhin klar, dass akzessorisches Sponsoring allein dem Unternehmer keine Aufklärungspflichten über die genaue Ausgestaltung des Sponsoringengagements auferlege. ⁵⁶⁾ Das werbende Unternehmen müsse aufklärende Hinweise zu seiner erlösbezogenen Werbung erst dann geben, wenn die Gefahr einer Irreführung der Verbraucher bestünde. Da der Verbraucher aber nur erhalte, dass zeitnah überhaupt eine Unterstützungsleistung erbracht werde, bestünden beim akzessorischen Sponsoring keine weitergehenden Aufklärungs- oder Informationspflichten. ⁵⁷⁾
- 44 Den rechtlichen Anknüpfungspunkt bildet in Kopplungsfällen unter Einbeziehung von Sponsoringleistungen § 5 a Abs. 2 UWG. Danach handelt ein werbender Unternehmer unlauter, wenn er durch Vorenthaltung wesentlicher Informationen die Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern beeinflusst. Die Information über die konkrete Ausgestaltung eines Kopplungsangebots kann aber nur dann als wesentlich angesehen werden, wenn der Durchschnittsverbraucher eine Aufklärung erwartet, was bei der Kopplung des Warenabsatzes mit der Erbringung von Spon-

soringleistungen regelmäßig nicht der Fall ist. ⁵⁸⁾ In § 5 a Abs. 3 Nr. 3 UWG wird nunmehr klargestellt, dass die Angabe eines Gesamtpreises bei Kopplungsangeboten erforderlich, zugleich aber auch ausreichend ist. Mit Kopplungsangeboten werbende Unternehmen sind darüber hinaus nicht verpflichtet, den Wert der Zugabe oder aber die Einzelpreise der gekoppelten Waren oder Dienstleistungen anzugeben.

3. In-Aussicht-Stellen eines gekoppelten Sponsoringgeschäfts

a) „Schulfotoaktion“

Stellvertretend für ähnliche Konstellationen soll hier ein Sachverhalt analysiert werden, der einander im Ergebnis widersprechenden Urteilen des OLG Brandenburg⁵⁹⁾ sowie in der Revisionsinstanz des I. Zivilsenats am BGH⁶⁰⁾ zugrunde lag. Zwischen einer Realschule und einem Fotografen war eine „Sponsoring-Vereinbarung“ geschlossen worden, wonach Letzterer der Schule einen Internet PC neuerer Bauart mit 17-Zoll-Monitor und Modem/ISDN Karte, einen Farbtintenstrahldrucker sowie Software zu Ausbildungszwecken als Eigentum überlassen sollte. Im Gegenzug sollte die Schule eine einmalige Fotoaktion an Dritte (insbesondere Schüler und Eltern) bewerben und vermitteln.

b) § 4 Nr. 1 UWG

Das OLG Brandenburg⁶¹⁾ hatte im Hinblick auf diese „Sponsoring-Vereinbarung“ die Gefahr gesehen, dass die Entscheidung von Schulleitungen darüber, welchem Fotografen die Durchführung von Fototerminen zu gestatten sei, durch den Anbieter der „Sponsoring-Vereinbarung“ unsachlich beeinflusst und zudem die Gleichbehandlung von Mitbewerbern beeinträchtigt würde. ⁶²⁾ Demgegenüber erblickte der BGH in seiner *Schulfotoaktion*-Entscheidung⁶³⁾ in der Vereinbarung zwischen dem Fotografen und der Realschule keinen Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 1 UWG.

Alein die letztgenannte Rechtsauffassung entspricht der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung des Merkmals der sonstigen unangemessenen unsachlichen Beeinflussung i. S. von § 4 Nr. 1 UWG. ⁶⁴⁾ Erforderlich hierfür ist das „Ausnutzen einer Machtposition“ gegenüber dem Verbraucher. Der Begriff der Machtposition, der in der UGP-RL nicht ausdrücklich definiert wird, erfasst jede Form der Überlegenheit des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher und ist letztlich weit zu verstehen. Aber auch bei einer weiten Auslegung wird man im Ausgangsfall dem Fotografen keine derartige Machtposition zuerkennen können.

c) § 4 Nr. 11 UWG

Bemerkenswert ist die Begründung, mit der der BGH in der Entscheidung *Schulfotoaktion*⁶⁵⁾ einen Verstoß der Vereinbarung zwischen dem Fotografen und der Realschule gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. §§ 331, 333 StGB (Vorteilsannahme und Vor-

51) BGH, 26.10.2006 – I ZR 33/04, GRUR 2007, 247 Rn. 19 = WRP 2007, 303 – Regenwaldprojekt I; BGH, 26.10.2006 – I 97/04, GRUR 2007, 251 Rn. 16 = WRP 2007, 308 – Regenwaldprojekt II.

52) OLG Hamm, 12.11.2002 – 4 U 109/02, WRP 2003, 396, 397 – Regenwald-Projekt; OLG Hamm, 13.01.2004 – 4 U 112/03, Rn. 70 ff. (zitiert nach juris).

53) BGH, 26.10.2006 – I ZR 33/04, GRUR 2007, 247 Rn. 24 = WRP 2007, 303 – Regenwaldprojekt I; BGH, 26.10.2006 – I 97/04, GRUR 2007, 251 Rn. 21 = WRP 2007, 308 – Regenwaldprojekt II; ebenso Heermann, WRP 2005, 141, 146; Heermann, LMK 2007 I, 35, 36; Köhler, GRUR 2003, 729, 733; Köhler, GRUR 2008, 281 284; Peifer, WRP 2010, 1432, 1435; Schwippert, FS Samwer, 2008, S. 197, 202.

54) Vgl. auch Heermann, in: MüKo-UWG (Fn. 39), § 4 Nr. 1 Rn. 197 m. w. N.

55) OLG Hamm, 12.11.2002 – 4 U 109/02, WRP 2003, 396, 397 – Regenwald-Projekt; ebenso LG Siegen, 07.08.2003 – 7 O 100/03, GRUR-RR 2003, 379, 380 – Regenwaldprojekt II.

56) BGH, 26.10.2006 – I ZR 33/04, GRUR 2007, 247 Rn. 23 = WRP 2007, 303 – Regenwaldprojekt I; BGH, 26.10.2006 – I 97/04, GRUR 2007, 251 Rn. 20 = WRP 2007, 308 – Regenwaldprojekt II.

57) BGH, 26.10.2006 – I ZR 33/04, GRUR 2007, 247 Rn. 25 = WRP 2007, 303 – Regenwaldprojekt I; BGH, 26.10.2006 – I 97/04, GRUR 2007, 251 Rn. 22 = WRP 2007, 308 – Regenwaldprojekt II; ebenso OLG Hamburg, 02.10.2002 – 5 U 43/02, GRUR-RR 2003, 51, 52 – Bringt die Kinder durch den Winter; Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 45), § 4 Rn. 1.241; Steinbeck, in: Fezer (Hrsg.), Lauterkeitsrecht (UWG), 2. Aufl., 2010, § 4 – 1 Rn. 388; Seichter, WRP 2007, 230, 234 f.; ausführlich zu Aufklärungspflichten beim Sponsoring im Bereich des Sports John, Lauterkeitsrechtliche Grenzen kommunikativer Sponsoringmaßnahmen im Sport, 2013, S. 197 ff.

58) BGH, 26.10.2006 – I ZR 33/04, GRUR 2007, 247 Rn. 25 = WRP 2007, 303 – Regenwaldprojekt I; BGH, 26.10.2006 – I 97/04, GRUR 2007, 251 Rn. 21 = WRP 2007, 308 – Regenwaldprojekt II; Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 45), § 4 Rn. 1.241; Sosnitzka, in: Ohly/Sosnitzka, UWG, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 6. Aufl., 2014, § 4.1 Rn. 128; Ernst, WRP 2010, 1304, 1311, 1313.

59) OLG Brandenburg, 08.04.2003 – 6 U 173/02, WRP 2003, 903, 904 f. – Schulfotovertrieb.

60) BGH, 20.10.2005 – I ZR 112/03, GRUR 2006, 77 Rn. 15 ff. = WRP 2006, 72 – Schulfotoaktion.

61) OLG Brandenburg, 08.04.2003 – 6 U 173/02, WRP 2003, 903, 904 f. – Schulfotovertrieb.

62) OLG Brandenburg, 08.04.2003 – 6 U 173/02, WRP 2003, 903, 905 – Schulfotovertrieb.

63) BGH, 20.10.2005 – I ZR 112/03, GRUR 2006, 77 Rn. 15 ff. = WRP 2006, 72 – Schulfotoaktion.

64) Vgl. auch Heermann, in: MüKo-UWG (Fn. 39), § 4 Nr. 1 Rn. 22 ff. m. w. N.

65) BGH, 20.10.2005 – I ZR 112/03, GRUR 2006, 77 Rn. 15 ff. = WRP 2006, 72 – Schulfotoaktion.

teilsGewährung im Amt) ablehnte.⁶⁶⁾ Nach dem zutreffenden Hinweis, dass eine etwaige Genehmigung der zuständigen Behörde eine Strafbarkeit nach §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB ausschliesse,⁶⁷⁾ gelangte der I. Zivilsenat im Jahr 2005 zu dem Ergebnis, dass die Strafvorschriften nicht einschlägig seien, weil der durch den beklagten Fotografen allein begünstigten Schule kein Vorteil i. S. von §§ 331 ff. StGB zugewendet werden sollte.⁶⁸⁾ Ein Vorteil i. S. von §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB setze unter anderem voraus, dass der Amtsträger hierauf keinen rechtlich begründeten Anspruch habe. Im konkreten Fall hätte jedoch die Leistung des PC durch den Fotografen in einem Gegenseitigkeitsverhältnis zu den „erheblichen Leistungen, die von der Schule und ihren Lehrkräften zu erbringen“ gewesen seien (Zur-Verfügung-Stellung eines separaten Raumes für einen, maximal zwei Tage; Organisationsleistungen beim Vertrieb der Fotos), gestanden.

49 Trotz frühzeitiger Kritik an dieser strafrechtlichen Würdigung⁶⁹⁾ dauerte es bis zum Jahr 2011, als der 3. Strafsenat am BGH die Gelegenheit erhielt, zu den komplexen und für die Sponsoringbranche durchaus bedeutsamen Rechtsfragen hinsichtlich Korruptionsdelikten von Amtsträgern Leitlinien aufzustellen und damit die zweifelhaften strafrechtlichen Wertungen im *Schulfotoaktion*-Urteil des I. Zivilsenats zu korrigieren:⁷⁰⁾

50 So stellte der 3. Strafsenat zunächst klar,⁷¹⁾ dass zwar durch einen – wirksamen – Vertrag ein rechtlicher Anspruch auf die für die Diensthandlung versprochene Gegenleistung begründet werde. Dies schließe einen Vorteil im Sinne der Bestechungsdelikte aber dann nicht aus, wenn kein Anspruch auf den Abschluss eines gegenseitigen Vertrages über die Diensthandlung bestehe und der Vorteil daher bereits in dem Vertragsschluss und in der dadurch begründeten Forderung liege; denn andernfalls ließen sich die Bestechungstatbestände schlicht durch die Vereinbarung eines Vertragsverhältnisses umgehen – zumal letztlich auch eine Unrechtsvereinbarung ein „Vertragsverhältnis“ im Sinne eines vereinbarten Austauschs von Leistungen darstelle.

51 Sodann stellte der 3. Strafsenat Leitlinien hinsichtlich der für potentielle Sponsoren bedeutsamen Frage auf, wie ein unlauterer korruptiver Kauf einer Diensthandlung im formellen Gewande eines gegenseitigen Vertrages von den vielfältigen Fällen abzugrenzen ist, in denen die öffentliche Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben rechtmäßig öffentlich-rechtliche oder – etwa im Rahmen des Verwaltungsprivatrechts oder der Bedarfsverwaltung – zivilrechtliche Verträge schließe.⁷²⁾ Als taugliches Abgrenzungskriterium könne hierbei die verwaltungsrechtliche Rechtmäßigkeit des Vertragsschlusses herangezogen und dabei insbesondere die Frage gestellt werden, ob die Diensthandlung in rechtlich zulässiger Weise von einer Vergütung abhängig gemacht werden dürfe. Für einen solchen Beurteilungsmaßstab lasse sich der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung heranziehen. Die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes sei dann nicht

beeinträchtigt, wenn das im Rahmen der Dienstgeschäfte vereinbarte Austauschverhältnis der geltenden Rechtslage entspreche.⁷³⁾

4. Zwischenfazit

Kopplungsgeschäfte, die eine Sponsoringvereinbarung mit umfassen, haben die Judikatur in lauterkeitsrechtlichen Verfahren bislang in zwei verschiedenen Konstellationen beschäftigt:

- Bei der Förderung eines bereits bestehenden Sponsoringgeschäfts, welche oft in der Form des sog. *social sponsoring* auftritt und auch als akzessorisches Sponsoring bezeichnet wird, stehen die Irreführungstatbestände (§§ 5, 5a UWG) im Vordergrund. Informationen über die konkrete Ausgestaltung eines Kopplungsangebots sind zur Vermeidung von Irreführungen nur dann erforderlich, wenn der Durchschnittsverbraucher eine Aufklärung erwartet, was bei der Kopplung des Warenabsatzes mit der Erbringung von Sponsoringleistungen regelmäßig nicht der Fall ist. Vielmehr bedarf es lediglich der Angabe eines Gesamtpreises des Kopplungsangebots; Wertangaben der Zugabe oder aber die Einzelpreise der gekoppelten Waren oder Dienstleistungen sind nicht erforderlich. **53**
- Soweit durch ein In-Aussicht-Stellen eines gekoppelten Sponsoringgeschäfts primär das Ziel verfolgt wird, dass der hierdurch unmittelbar oder mittelbar Begünstigte den Sponsor als Vertragspartner einer Lieferbeziehung bevorzugt, rücken Korruptionsdelikte in den Fokus. Die entsprechenden außerwettbewerblichen Strafnormen finden nach Auffassung des BGH über den Rechtsbruchtatbestand i. S. von § 4 Nr. 11 UWG Eingang in die lauterkeitsrechtliche Bewertung. Wenn sich die Judikatur insoweit bislang vorrangig mit Amtsdelikten (§§ 331, 333 StGB) auseinandergesetzt hat, so spielt diesbezüglich auch der Straftatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) nicht nur wegen seiner Wurzeln im Lauterkeitsrecht eine zentrale Rolle, die im nachfolgenden Abschnitt zu beleuchten ist. **54**

IV. Strafrechtliche Bewertung

1. Grundlagen

a) Kopplungsgeschäfte

Im Zusammenhang mit den korruptionsrechtlichen Straftatbeständen werfen – wie bereits im vorangehenden Abschnitt angedeutet⁷⁴⁾ – Kopplungsgeschäfte mit oder auch ohne Einbeziehung eines Sponsoringvertrags gleichfalls Probleme auf. Dabei wird typischerweise der Abschluss eines Sponsoringvertrags mit dem Zustandekommen eines Liefervertrags verknüpft.⁷⁵⁾ Die Parteien des Liefer- sowie des Sponsoringvertrags können identisch sein, als Gesponserter kommt indes auch eine dritte – oftmals mit einem Partner des Liefervertrags unmittelbar oder mittelbar verbundene – Partei in Betracht.⁷⁶⁾ Beispielsweise macht Lieferant L die Verlängerung eines Liefervertrags gegenüber dem Bezieher B davon abhängig, dass B künftig den Sportclub S, den L beherrscht, sponsert.

66) Ebenso wie der I. Zivilsenat am BGH §§ 331, 333 StGB als Marktverhaltensregeln i. S. von § 4 Nr. 11 UWG einstufend *Schaffert*, in: MüKo-UWG (Fn. 39), § 4 Nr. 11 Rn. 383 (dort ebenso hinsichtlich §§ 332, 334 StGB); a. A. *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 45), § 4 Rn. 11.179; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza (Fn. 58), § 4.11 Rn. 90.

67) BGH, 20.10.2005 – I ZR 112/03, GRUR 2006, 77 Rn. 28 = WRP 2006, 72 – Schulfotoaktion.

68) BGH, 20.10.2005 – I ZR 112/03, GRUR 2006, 77 Rn. 29 = WRP 2006, 72 – Schulfotoaktion.

69) Siehe etwa *Busch*, NJW 2006, 1100 ff.; *Heermann*, in: Heermann/Hirsch (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 1. Aufl., 2006, § 4 Nr. 1 Rn. 224 f.

70) BGH, 26.05.2011 – 3 StR 492/10, WRP 2011, 1203; kritisch zu diesem Urteil etwa *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 29. Aufl., 2014, § 331 Rn. 46 m. w. N.

71) BGH, 26.05.2011 – 3 StR 492/10, WRP 2011, 1203 Rn. 20.

72) BGH, 26.05.2011 – 3 StR 492/10, WRP 2011, 1203 Rn. 22.

73) In ähnlicher Weise hatte der BGH zuvor bereits bei der Beurteilung von Drittmittelwerbungen von Hochschulen einen „Wertungsgleichklang zwischen hochschulrechtlicher Aufgabenstellung und der Strafvorschrift“ auf der Tatbestandsebene gesucht, vgl. BGH, 23.05.2002 – I StR 372/01, BGHSt 47, 295, 308 f.

74) Vgl. Rn. 48 ff.

75) Zur strafrechtlichen Beurteilung einer speziellen Form der Kopplung durch Vereinbarung von Bezugspflichten im Rahmen von Sponsoringverträgen vgl. *Heermann*, WRP 2014, 125 Rn. 66-79.

76) Vgl. hierzu den in Fn. 1 geschilderten aktuellen Fall.

Heermann – Sponsoringverträge als Teil von Kopplungsgeschäften

56 Darüber hinaus ist für die strafrechtliche Bewertung danach zu differenzieren, ob an dem gekoppelten Sponsoringvertrag als unmittelbar oder zumindest mittelbar Begünstigter die öffentliche Hand beteiligt ist, weil dann die Amtsdelikte i. S. der §§ 331 – 334 StGB zu prüfen sind. Andernfalls ist das Kopplungsgeschäft an § 299 StGB, dem Tatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr, zu messen. Auf diesen Straftatbestand soll in den nachfolgenden Erwägungen der Fokus gerichtet werden.

b) Zweck der Regelungen bezüglich Kopplungsgeschäften

57 Bei Anwendung der strafrechtlichen Vorschriften ist deren Zwecksetzungen angemessen Rechnung zu tragen. Auffällig ist insoweit, dass § 299 StGB verschiedene Zwecksetzungen – teils auch kumulativ – zugesprochen werden und sich bislang keine vorherrschende Rechtsauffassung herausgebildet hat.⁷⁷⁾ Schutz des Allgemeininteresses an „lauteren“, also fairen Wettbewerbsbedingungen; Sicherung gegen unlautere Einflussnahmen in den Wettbewerb, die geeignet sind, sachwidrige Marktentscheidungen zu begünstigen; daneben auch Schutz potentieller Vermögensinteressen von Mitbewerbern und Geschäftsherren; Schutz des öffentlichen Interesses an Auswüchsen im Wettbewerb sowie der Allgemeinheit vor Verteuerung der Waren.

58 Demgegenüber verfolgen die Straftaten im Amt gem. §§ 331-334 StGB naturgemäß andere Zwecke:⁷⁸⁾ Schutz des Interesses der einzelnen Staatsbürger an einem ordnungsgemäßen Funktionieren der staatlichen Verwaltung bzw. der staatlichen Rechtsprechung. Dabei wird zwischen dem Schutz des Vertrauens der Bevölkerung in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes (äußere Funktionsbedingungen) und dem Schutz derjenigen Abläufe in den Institutionen des öffentlichen Dienstes differenziert, die Voraussetzungen für eine der Rechtsordnung entsprechende, laute Verwaltungs- bzw. Rechtspflege sind (innere Funktionsbedingungen).

2. Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 Abs. 1 und 2 StGB)

a) Bestechlichkeit und Bestechung bei Kopplungsgeschäften

59 Beim Abschluss von Lieferverträgen im Allgemeinen und Sponsoringverträgen im Besonderen werden die Vertragsparteien, sofern es sich dabei um größere Unternehmen handelt, zumeist von Angestellten oder Beauftragten vertreten. Es sei unterstellt, dass auf einer Seite bei den Verhandlungen über einen Liefervertrag (den Kopplungsvertrag) ein Angestellter oder Beauftragter eines Vertragspartners den gleichzeitigen Abschluss eines Sponsoringvertrags fordert oder das Angebot zum Abschluss eines solchen gekoppelten Sponsoringvertrags annimmt, wodurch die Abschlussbereitschaft hinsichtlich des Kopplungsvertrags gefördert wird oder werden soll. In einem solchen Vorgehen könnte man eine Bestechlichkeit des Angestellten oder Beauftragten im geschäftlichen Verkehr i. S. von § 299 Abs. 1 StGB erblicken. Danach wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, „wer als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen

im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge“. Dieser Straftatbestand ist hinsichtlich fast sämtlicher Tatbestandsmerkmale höchst umstritten.

In Kopplungsgeschäften eingebundene Sponsoringverträge können sich insbesondere aus der Perspektive des Sponsors unter bestimmten Voraussetzungen als Bestechung i. S. von § 299 Abs. 2 StGB darstellen. Nach dieser Strafnorm wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, „wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er ihn oder einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzuge.“ In diesem Fall müsste die Initiative für die Vereinbarung des Sponsoringvertrags vom Sponsor ausgehen, bei dem im Hinblick auf den Bestechungstatbestand i. S. von § 299 Abs. 2 StGB nicht allein Angestellte oder Beauftragte als Täter in Betracht kommen.

Da der Abschluss von Sponsoringverträgen in der Vergangenheit anscheinend nicht selten in einer Weise an sonstige Lieferbeziehungen gekoppelt worden ist, dass eine Strafbarkeit nach § 299 StGB zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, und sich zudem ein einschlägiges Strafverfahren ergebnisoffen bereits über einige Jahre hinzieht,⁷⁹⁾ herrscht in der Sponsoringbranche eine gewisse Rechtsunsicherheit. Nachfolgend können nicht alle der zahlreichen, mit dem Straftatbestand verbundenen komplexen Rechtsfragen beleuchtet werden. Stattdessen werden zwei Tatbestandsmerkmale herausgehoben, die sich bei der Anwendung von § 299 StGB auf die Ausgangsproblematik als besonders problematisch erweisen.

b) Sponsoringvertrag als (Dritt-)Vorteil?

Bei Kopplungsgeschäften im zuvor beschriebenen Sinn könnte sich der Abschluss des Sponsoringvertrags aus der Perspektive des Vertragspartners eines Lieferanten, der zugleich Gesponserter ist, als Vorteil i. S. von § 299 StGB darstellen, der den Gesponserten veranlasst, den Lieferanten beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen, d. h. beim Abschluss des Liefervertrags, unlauter zu bevorzugen. Bei einem Vorteil i. S. von § 299 Abs. 1 StGB handelt es sich um jede unentgeltliche Leistung materieller oder immaterieller Art, welche die wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage des Vorteilsempfängers objektiv verbessert und auf die dieser keinen rechtswirksamen Anspruch hat.⁸⁰⁾

In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, ob es sich bei einem solchen Sponsoringgeschäft überhaupt um einen Vorteil im vorbenannten Sinn handeln kann, obgleich eine vertragliche Grundlage hierfür besteht. Indes muss der entsprechende Sponsoringvertrag rechtswirksam sein, d. h. er darf insbesondere nicht gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen. Dabei ist der Sponsoringvertrag nicht nur isoliert, sondern gerade auch als Bestandteil eines Kopplungsgeschäfts rechtlich zu bewerten. Insoweit kann die Unwirksamkeit von Sponsoringverträgen auf Verstößen gegen Gesetzesvorschriften aus sehr unterschiedlichen Rechtsgebieten beruhen, die im Rahmen dieses Beitrags nur teilweise angesprochen werden können. Wie dargelegt, kommen beispielsweise Verstöße gegen kartellrechtliche⁸¹⁾ oder auch lauterkeitsrechtliche Verbotstatbestände⁸²⁾ in Betracht. Zudem kann ein Verstoß gegen verwaltungsrechtliche Vorschriften nach Auffassung der Judikatur die Wirksamkeit eines Sponso-

77) Zum Meinungsstand vgl. stellvertretend Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 70), § 299 Rn. 2.

78) Vgl. insoweit zum Meinungsstand stellvertretend Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 70), Vorbem. §§ 331 ff. Rn. 1.

79) Vgl. hierzu den in Fn. 1 geschilderten aktuellen Fall.

80) Vgl. stellvertretend BGH, 18.06.2003 – 5 StR 489/02, NJW 2003, 2996, 2997 f.

81) Siehe Rn. 15 ff.

82) Siehe Rn. 43 f. und Rn. 48 ff.

Heermann – Sponsoringverträge als Teil von Kopplungsgeschäften

ringvertrags beeinflussen.⁸³⁾ Des Weiteren ist in diesem Kontext an gesetzliche Vorschriften zu denken, die Marketingmaßnahmen wie dem Abschluss von Sponsoringgeschäften rechtliche Grenzen setzen: z. B. Regelungen zur Werbung für Arzneimittel, Alkohol oder Tabak; hochschulrechtliche Vorschriften etwa im Bereich der Drittmittelforschung; medienrechtliche Reglementierungen etwa im Rundfunkstaatsvertrag; das Gesetz zum Schutz des olympischen Emblems und der olympischen Symbole (OlympSchG) etc.

64 Der Sponsoringvertrag kommt in den eingangs beschriebenen Konstellationen jedoch regelmäßig nicht unmittelbar den handelnden Personen, d. h. den für die Vertragsparteien agierenden Angestellten oder Beauftragten, sondern vielmehr direkt und ausschließlich dem Gesponserten zugute. Sofern der Vorteilsempfänger nicht mit der den Vorteil fordernden Person identisch ist, spricht man von einem Drittverteil. In diesem Zusammenhang ist umstritten, ob derartige Drittverteile, d. h. Zuwendungen, die allein zugunsten des Anstellungsbetriebs des handelnden Angestellten oder Beauftragten erfolgen, trotz des scheinbar klaren Wortlauts von § 299 Abs. 1 und 2 StGB („für sich oder einen Dritten“; „für diesen oder einen Dritten“) überhaupt als Vorteil i. S. der genannten Vorschrift eingestuft werden können.⁸⁴⁾ Während sich die Judikatur – soweit ersichtlich – noch nicht abschließend mit der Rechtsfrage auseinandergesetzt hat, wird diese von der in der Kommentarliteratur vorherrschenden Auffassung bejaht.⁸⁵⁾

c) (Dritt-)Vorteil als Gegenleistung für eine zukünftige unlautere Bevorzugung i. S. von § 299 Abs. 1 und 2 StGB

65 Eine Strafbarkeit nach § 299 Abs. 1 und 2 StGB setzt darüber hinaus in jedem Fall den Abschluss einer sog. Unrechtsvereinbarung voraus.⁸⁶⁾ Diese muss auf eine zukünftige unlautere Bevorzugung beim Bezug von gewerblichen Waren oder Leistungen gerichtet sein, die ihrerseits in einem Zusammenhang mit der Gewährung des (Dritt-)Vorteils steht. Bei Kopplungsgeschäften, die auch einen Sponsoringvertrag umfassen, ist eine Unrechtsvereinbarung anzunehmen, wenn der Abschluss des Sponsoringvertrags auf eine künftige unlautere Bevorzugung bei der Anbahnung einer vertraglichen Lieferbeziehung gerichtet ist. Die nachträgliche Belohnung für eine bereits ausgeführte Leistung reicht also nicht für eine Strafbarkeit aus, es sei denn, mit ihr soll zugleich eine weitere zukünftige Bevorzugung in die Wege geleitet werden.⁸⁷⁾ Sponsoringverträge als Bestandteil eines Kopplungsgeschäfts sind damit im Hinblick auf eine Strafbarkeit nach § 299 StGB nur dann relevant, wenn ihr Abschluss oder ihre Erfüllung sachwidrig mit einer wettbewerbsrelevanten zukünftigen Entscheidung über den Bezug von Waren und/oder gewerblichen Leistungen verknüpft wird.

66 Wann liegt aber nunmehr der Verknüpfung einer vertraglichen Lieferbeziehung mit dem Abschluss eines Sponsoringvertrags eine Unrechtsvereinbarung im zuvor beschriebenen Sinne zu-

grunde? Einschlägige Judikatur existiert nicht, die argumentativen Annäherungen im Schrifttum sind recht vage. So wird etwa als unzulässig erachtet ein Handeln „mit sponsoringfremden Hintergedanken im Zusammenhang mit der Bevorzugung bei Warenkauf oder -verkauf usw.“⁸⁸⁾ oder aber eine Bevorzugung, die durch den Vorteil geleitet ist.⁸⁹⁾ Genauere Aussagen lassen sich vermutlich nicht treffen, letztlich bedarf es einer rechtlichen Betrachtung und Abwägung der gesamten Umstände des konkreten Einzelfalls. Dabei können auf ein gegen § 299 StGB verstoßendes „Erkaufen“ eines Hauptvertrags durch Abschluss eines Sponsoringvertrags verschiedene Indizien hindeuten:

- Es fehlt ein sachlicher Bezug zwischen den gekoppelten Verträgen, es sei denn, sie werden zu einem – gegebenenfalls mehrseitigen – Vertrag miteinander verbunden. **67**
- Der Vorteil fließt dem Täter unmittelbar zu. **68**
- Die mit dem Kopplungsgeschäft verbundenen Geldströme sind intransparent (z. B. bei Zahlung aus „Schwarzen Kassen“ oder in solche). **69**
- Der Abschluss des gekoppelten Sponsoringvertrags geht mit Verstößen gegen gesetzliche Vorschriften einher. **70**
- Der Abschluss des gekoppelten Sponsoringvertrags verstößt auf Seiten des Vorteilsgebers und/oder Vorteilsnehmers gegen unternehmensinterne (Compliance-)Regelungen. **71**

Hingegen ist es beispielsweise zulässig, wenn der Angestellte oder Beauftragte sich beim Abschluss des gekoppelten Sponsoringvertrags lediglich an die von seinem Arbeitgeber – einem Waren oder Leistungen nachfragenden Unternehmen – vorgegebenen Leistungskriterien gehalten hat. Auf einen solchen – nicht gegen § 299 StGB verstoßenden – gekoppelten Sponsoringvertrag können verschiedene Indizien hindeuten:

- Der Liefervertrag sowie der hieran gekoppelte Sponsoringvertrag werden in einem – erforderlichenfalls mehrseitigen – Vertrag, an dem beispielsweise das nachfragende Unternehmen, die gesponserte Partei und das liefernde Unternehmen (Letzteres zugleich als Sponsor) beteiligt sind, zusammengefasst. Damit wird der Abschluss des Sponsoringvertrags gleichsam zu einer Gegenleistungspflicht des liefernden Unternehmens im Verhältnis zum nachfragenden Unternehmen. **72**
- Die an einem mehrseitigen Vertrag beteiligten Parteien des Sponsoringvertrags sind mit den Parteien des Hauptvertrags entweder identisch oder konzernrechtlich verbunden. **73**
- Der Angestellte oder Beauftragte handelt beim Abschluss eines solchen mehrseitigen Vertrags auf Weisung seines Arbeitgebers. **74**
- Dem Angestellten oder Beauftragten fließt kein unmittelbarer oder mittelbarer Vorteil zu. **75**

3. Zwischenfazit

Sofern keine Amtsträger, sondern nur Unternehmen sowie deren Beauftragte oder Angestellte an einem Kopplungsgeschäft unter Einbeziehung eines Sponsoringvertrags beteiligt sind, kommt eine Strafbarkeit nach § 299 Abs. 1 und 2 StGB in Betracht. Einschlägige Judikatur liegt insoweit noch nicht vor. Zahlreiche Tatbestandsmerkmale der Korruptionsstrafnorm sind umstritten. In derartigen Konstellationen können Sponsoringverträge, die nicht dem unmittelbar handelnden, bestochenen oder bestechenden Beauftragten oder Angestellten, sondern den hinter ihm

83) Siehe Rn. 51.

84) Bei der Auslegung und Anwendung der §§ 331-334 StGB stellen sich vergleichbare Probleme, siehe stellvertretend *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 70), § 331 Rn. 20-23, § 332 Rn. 4, § 333 Rn. 3 sowie § 334 Rn. 2 m. w. N.

85) *Diemer/Krick*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, 1. Aufl., 2006, § 299 Rn. 10; *Tröndle/Fischer*, StGB Kommentar, 60. Aufl., 2013, § 299 Rn. 11.; so auch *Dannecker*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum StGB, 4. Aufl., 2013, § 299 Rn. 41 und *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2008, § 299 Rn. 26, die jedoch ein Bedürfnis für eine Tatbestandsrestriktion anerkennen; a. A. entgegen der Voraufgabe nunmehr *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 70), § 299 Rn. 12. Zu den argumentativen Ansätzen der Gegenauffassung vgl. zuletzt *Heermann*, WRP 2014, 125 Rn. 70 f. m. w. N.

86) Vgl. zu diesem Tatbestandsmerkmal stellvertretend *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 70), § 299 Rn. 15-23 m. w. N.

87) Vgl. stellvertretend *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 70), § 299 Rn. 15 f.

88) *Satzger*, ZStW 2003, 469, 489.

89) In diesem Sinne stellvertretend *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 70), § 299 Rn. 19.

Möstl – Wandel des Verbraucherleitbilds?

stehenden Unternehmen zugute kommen, einen Dritt Vorteil i. S. von § 299 StGB darstellen. Zwar hat die Rechtsprechung sich zu dieser Rechtsfrage noch nicht abschließend geäußert, aber der Gesetzeswortlaut deutet in diese Richtung. Dies gilt insbesondere, wenn die vertragliche Grundlage für das Sponsoringgeschäft wegen Verstoßes gegen gesetzliche Vorschriften (z. B. Kartell- oder Lauterkeitsrecht) unwirksam ist. Das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung, die für die Annahme einer Strafbarkeit in jedem Fall erforderlich ist und auf das „Erkaufen“ eines Hauptvertrags durch Abschluss eines Sponsoringvertrags gerichtet sein muss, hängt von einer Bewertung der gesamten Umstände des Einzelfalls ab.

V. Fazit

78 Die Untersuchung hat ergeben, dass Sponsoringverträge in vielfältiger Weise in Kopplungsgeschäfte mit zwei oder drei beteiligten Parteien eingebunden werden. Je nach Konstellation können sich dabei kartell-, lauterkeits- und/oder strafrechtliche Probleme stellen.

- Ein Verstoß von derartigen Kopplungsgeschäften gegen kartellrechtliche Vorschriften (Art. 102 S. 2 lit. d) oder 102 S. 1 AEUV) droht insbesondere, wenn eines der beteiligten Unternehmen auf dem Kopplungsmarkt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und diese missbräuchlich auf den nicht beherrschten, gekoppelten Markt auszuweiten versucht. 79
- Bildet sog. *social sponsoring* den Bestandteil eines solchen Kopplungsgeschäfts, ist in lauterkeitsrechtlicher Hinsicht hauptsächlich dessen Vereinbarkeit mit den Irreführungstatbeständen (§§ 5, 5a UWG) zu prüfen. Bei Verstößen gegen Tatbestände des Korruptionsstrafrechts neigt zumindest die Judikatur zur Anwendung des Rechtsbruchtatbestandes (§ 4 Nr. 11 UWG). 80
- Eine Strafbarkeit nach § 299 Abs. 1, Abs. 2 StGB kann primär bei Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung, gerichtet auf das „Erkaufen“ eines Hauptvertrags durch Abschluss eines Sponsoringvertrags, nicht ausgeschlossen werden. Bislang existieren keine einschlägigen Gerichtsentscheidungen, die insoweit Orientierung bieten könnten. 81

Prof. Dr. Markus Möstl, Bayreuth*

Wandel des Verbraucherleitbilds?***

Eine Positionsbestimmung aus lebensmittelrechtlicher Perspektive

INHALT

- I. Einleitung
- II. These
- III. Notwendige Relativierungen, Grenzen und Differenzierungen
 1. Ist der Unionsgesetzgeber an das vom EuGH entwickelte Verbraucherleitbild gebunden?
 2. Verbraucherleitbild und Paternalismus – das ambivalente Verhältnis des „verständigen Verbrauchers“ zur Verbraucherinformation
 3. Offenheit für Differenzierungen – das Leitbild des angemessen verständigen Verbrauchers als wertungs-offenes Konzept
- IV. Schluss: Die Zukunftsfähigkeit des überkommenen Leitbilds

I. Einleitung

1 Der Wert von Verbraucherleitbildern steht außer Frage.¹⁾ Für die Rechtsanwendung und Rechtsprechung sind Verbraucherleitbilder unverzichtbares Instrument zur Auslegung unbestimmter

Rechtsbegriffe, namentlich wenn es zu klären gilt, wann Informationen über Lebensmittel irreführend und zur Täuschung geeignet sind.²⁾ Für den Gesetzgeber sind Verbraucherleitbilder wichtige Orientierungshilfe für die normative Ausgestaltung des Verbraucherschutzes, insbesondere wenn festgelegt werden soll, welche Informationen dem Verbraucher an die Hand zu geben sind, um ihm eine fundierte Wahl zu ermöglichen.³⁾ Bei alledem ist das Verbraucherleitbild Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, dient es doch dazu, im Ausgleich von unternehmerischer Freiheit einerseits und legitimen Verbraucherinteressen andererseits ein angemessenes Schutzniveau zu bestimmen.⁴⁾

Gestritten wird freilich seit langem, welches Verbraucherleitbild das richtige und juristisch maßgebliche ist. Die deutsche Praxis orientierte sich bekanntlich lange Zeit am Bild des „flüchtigen Verbrauchers“,⁵⁾ d. h. eines – wie Volker Emmerich in viel zitierter Zuspitzung formulierte – „an der Grenze zur Debität verharrenden, unmündigen, einer umfassenden Betreuung bedürftigen(n), hilflose(n) Verbraucher(s), der auch noch gegen die kleinste Gefahr der Irreführung (...) geschützt werden muss“.⁶⁾ Es gilt als großes Verdienst des EuGH, durch seine Judikatur – in Abkehr vom flüchtigen Verbraucher – europaweit das Bild des „verständigen Durchschnittsverbrauchers“ durchgesetzt zu ha-

* Der Verfasser ist Direktor der Forschungsstelle für Deutsches und Europäisches Lebensmittelrecht (FLMR) der Universität Bayreuth. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 994.

** Überarbeitete und mit Fußnoten versehene Fassung eines Vortrags, den der Verfasser am 08.05.2014 auf der Jahrestagung des Bundes für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde e. V. (BLM) in Berlin gehalten hat.

1) Auch wenn Funktion und Rechtsnatur des Verbraucherleitbildes nicht ins Letzte geklärt sein mögen, dazu Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Hrsg.), UWG, 32. Aufl. 2014, § 1 Rn. 21.

2) § 11 LFGB, Art. 7 LMIV; dazu Meyer, in: Meyer/Streinze (Hrsg.), LFGB-BasisVO, 2. Aufl. 2012, § 11 Rn. 35.

3) Pfeiffer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 52. EL 2014, Art. 169 AEUV Rn. 21; Meisterernst/Muffler, ZLR 2013, 25; vgl. z. B. Art. 3 Abs. 1 LMIV.

4) Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG (Fn. 1), § 1 Rn. 21, 23.

5) Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG (Fn. 1), § 1 Rn. 29 m. w. N.

6) Emmerich, in: FS Gernhuber, 1993, 870; ders., Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 4. Aufl. 1995, (§ 12) S. 230.