

Ambush Marketing: Sonderschutz für Sportveranstalter?

Veranstaltung des Schweizer Forum für Kommunikationsrecht vom 5. Juli 2006

FREDI FRÜH*

- I. Die «Wünsche» der UEFA
- II. Die Funktion des Bundes
- III. UWG-Schutz, wozu?
- IV. Analyse von Art. 3 lit. ebis E-UWG
- V. Die Diskussion
- VI. Konsultativabstimmung

Nach der WM ist vor der EM: Im Hinblick auf die Fussball-Europameisterschaft 2008 hat der Bundesrat einen Vorschlag zur Revision des UWG in die Vernehmlassung geschickt. Dieser Entwurf wurde fast vom ersten Tag an kontrovers diskutiert. Unter dem zeitlichen Druck des bis Mitte August laufenden Vernehmlassungsverfahrens und der Tatsache, dass der Bundesrat Ende September über das weitere Vorgehen entscheiden will, wurde die Debatte auch an der jüngsten Veranstaltung des Schweizer Forum für Kommunikationsrecht engagiert fortgesetzt.

Prof. Dr. Reto M. Hilty, begrüsst die Teilnehmer im Namen des SF zu einer weiteren Veranstaltung vor sehr aktuellem Hintergrund und erteilt aufgrund der hinreichend bekannten Thematik ohne grosse Umschweife dem ersten Referenten das Wort.

I. Die «Wünsche» der UEFA

Lance Kelly, Head of Events Legal Services der UEFA, begann seine Ausführungen mit der Feststellung, dass das «abusiv Trittbrettfahren» kein neues Problem sei. Verständlicherweise fänden auch Fälscher, Raubkopierer und Trittbrettfahrer einen Anlass wie die EURO 08 kommerziell interessant. Nach einigen Ausführungen zu den Zielsetzungen und Strukturen der UEFA und der anstehenden EURO 08 erklärte Kelly, dass dieser Anlass – gerade aus der Sicht von Sponsoring und Merchandising – als ein kommerzielles Programm zu verstehen sei, das auf internationaler, nationaler und sogar lokaler Ebene mit den zur Verfügung stehenden Instrumenten geschützt werden müsse. Gegen das Ambush-Marketing bestehe aber gerade kein wirksamer Rechtsschutz, da die Instrumente des Markenrechts und des Obligationenrechts nicht ausreichen würden. Am Beispiel eines während der EM 04 in Portugal aufgetretenen Falles – direkter Verweis auf die Veranstaltung auf der Verpackung eines «kinder bueno»-Riegels – versuchte er zu erläutern, wie zwischen Produzent und Anlass ein nicht bestehender Zusammenhang konstruiert werde, der in Zukunft als rechtswidrig zu gelten habe. Im Übrigen gehe die Schweiz hier nicht weiter als andere Staaten; auch in Österreich sei die gleiche Norm vorgeschlagen worden.

II. Die Funktion des Bundes

Als stellvertretender Gesamtprojektleiter des Bundes zur UEFA EURO 08 widmete sich Markus Feller weniger einer eingehenden Vorstellung der neuen Bestimmung in Art. 3 lit. 3bis E-UWG als vielmehr einer rechtspolitischen Würdigung. Ausserdem war es ihm ein Anliegen, den verwaltungsinternen Prozess zu schildern, um das Bild einer «lex UEFA» zu korrigieren. Der Bund stehe seit zwei Jahren in engem Kontakt und intensiven Verhandlungen mit der UEFA. In einer Arbeitsgruppe unter der Führung des Bundesamtes für Sport (BASPO) seien in dieser Zeit Abklärungen verschiedenster Art getroffen worden. Im Rahmen dieser Abklärungen, denen Gutachten des Bundesamtes für Justiz und des IGE zugrunde lagen, wurde – insbesondere wegen der Zurückhaltung der Gerichte bei der Anwendung von Art. 2 UWG – beim unlauteren Wettbewerb eine unbefriedigende Situation konstatiert¹.

¹ Vgl. zum Ganzen: Begleitbericht zum Vernehmlassungsentwurf, Anpassung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) im Zusammenhang mit der Durchführung der Fussball-Europameisterschaft 2008 vom 17. Mai 2006,

Schliesslich wurde (nun ohne die Mitwirkung der UEFA) Jürg Müller, Bern, als Gutachter² mit der Aufgabe betraut, abzuklären, ob tatsächlich Handlungsbedarf bestehe und falls ja, wie vorzugehen sei. Der vom Gutachter präsentierte Vorschlag entspreche allerdings nicht dem heutigen Entwurf. So habe zum Beispiel die Bundeskanzlei die Wendung schmarotzerisch eingefügt. Von Feller besonders hervorgehoben wurde die Wichtigkeit, gute Rahmenbedingungen für diesen Grossanlass zu schaffen. Auch für künftige Anlässe müsse man sich «fit machen». In diesem Lichte sei es nötig, dem Veranstalter einen umfassenden Schutz seiner Rechte zu ermöglichen. Deshalb sei er der Überzeugung, «dass es eine solche Norm brauchen kann und tut», insbesondere weil eine zunehmende Vermarktung des Sports zu beobachten sei, der Veranstalter ein berechtigtes Schutzinteresse habe und die Schweiz Standort vieler Sportverbände sei.

III. UWG-Schutz, wozu?

Dass – zumindest bei der Wahl der Instrumente – auch anlässlich der rechtspolitischen Frage «Will man mehr Rechtsschutz gegen Trittbrettfahrer?», bei der man aus diesen oder jenen Gründen Befürworter oder Gegner sein kann, nicht unbeschränkte Freiheit besteht, deutete Prof. Dr. Reto M. Hilty bereits in den einleitenden Worten seines Beitrages an. Schliesslich sollte man, so Hilty, unabhängig von der vertretenen Meinung bei einem Eingriff ins Normengefüge wissen, was man tut.

Rechtsschutz müsse im Wirtschaftsleben dort gewährt werden, wo Marktversagen drohe oder ethische Grundwerte geschützt werden wollten. Während sich Marktversagen nach objektiven Kriterien beurteilen lasse, sei ethisch-moralisch motivierter Rechtsschutz von der Überzeugung der Rechtsunterworfenen abhängig. Er müsse also von einem gesellschaftlichen Konsens getragen werden. Richte man den Blick auf das Wettbewerbsrecht, fänden sich diese zwei Elemente gerade im Lauterkeitsrecht wieder, wogegen das Kartellrecht fast ausschliesslich mit objektiven, abstrakten Kriterien operiere. Auf die im Lauterkeitsrecht herrschende «Zweigleisigkeit» ging Hilty in der Folge näher ein:

Eine erste Begründungsschiene frage danach, ob der Wettbewerb richtig funktioniere. Diese Frage sei unter Umständen schwierig zu beantworten, was aber nichts daran ändere, dass sie sich letztlich objektiv beantworten lasse, sofern abstrakte Kriterien bestünden. Daneben gäbe es aber auch eine zweite Begründungsschiene, die für die Rechtfertigung von Eingriffsnormen auf bestimmte Grundwerte fokussiere und eine gewisse Fairness im Wettbewerb sicherstellen wolle. Der Fairnessbegriff könne trotz vertiefter Bearbeitung aber nicht einheitlichen, abstrakten Kriterien zugeführt werden, da er sich auf ethisch-moralische Wertungen stütze. Durch bestimmte Wendungen werde die Objektivität bloss vorgetäuscht³.

Komme man dann bei der Prüfung der Wettbewerbsverfälschung zum Schluss, eine Eingriffsnorm gehe zu weit (etwa dann, wenn sie einen Wettbewerber nicht mehr zugunsten des funktionierenden Wettbewerbes schützt, sondern darüber hinaus selbst den Wettbewerb zu verzerren beginnt), dürfe man nicht einfach die Begründungsschiene wechseln, um sie mit inhaltsleeren Wendungen zu rechtfertigen. Insofern dürfe sich der Gesetzgeber nicht hinter Leerformeln verstecken, sondern müsse jene Sachverhalte, in denen er besonderes Gefährdungspotenzial für ein Marktversagen vermutet, mit konkretisierten und ökonomischen Beurteilungskriterien versehen, so dass sie vom Richter in objektiver Weise anwendbar seien. Die zweite Schiene sei nicht überflüssig, dürfe aber nur dann zur Anwendung kommen, wenn grundlegende gesellschaftliche Werte gefährdet seien.

Mit Blick auf die Arbeit des UWG-Gesetzgebers von 1986 und die jüngste Rechtsprechung⁴ müsse das schweizerische UWG als sehr modern und der bestehende Zustand als erhaltenswert gelten – gerade deshalb, weil die geltende Rechtslage sich am Wettbewerb ausrichte und nicht mit blossen Unwerturteilen Monopolsituationen schaffe. Denn schliesslich verfolge das Wettbewerbsrecht die Aufgabe, die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs und nicht individuelle Marktpositionen zu sichern.

IV. Analyse von Art. 3 lit. ebis E-UWG

Im Anschluss an diese theoretische Aufarbeitung unternahm Dr. Mathis Berger, Geschäftsführer des SF-FS, eine eingehende Normanalyse des Art. 3 lit. ebis E-UWG. Die Würdigung der einzelnen Tat-

http://www.seco-admin.ch/imperia/md/content/spezialthemen/wettbewerb/begleitbe_richt_ambush_170506.pdf, (Stand: 10. Juli 2006).

² Das Gutachten soll in absehbarer Zeit veröffentlicht werden.

³ Als Beispiele nannte Hilty: Besondere Verwerflichkeit, sklavische Übernahme und nun auch schmarotzerisches Verhalten.

⁴ Vgl. BGE 131 III 384 «Immobilieninserate».

bestandsmerkmale führte Berger zur Feststellung, es sei eine massive Ausdehnung der Anwendung des Lauterkeitsrechts zu erwarten:

Der Begriff der Bezugnahme sei in der vorgeschlagenen Art neu im UWG. Aus den Art. 3 lit. a, d und e UWG folge jedenfalls, dass eine Bezugnahme zulässig bleibe, solange nicht die besonderen Tatbestandsmerkmale jener Normen verwirklicht seien. Die im Entwurf weiter genannten Voraussetzungen vermöchten das Kriterium jedenfalls nicht in vergleichbarer Masse einzuschränken, weshalb eine Ausweitung stattfinde. Das Merkmal der Rufausnutzung sei bereits aus der Generalklausel bekannt. Allerdings brauche es dort eine systematische planmässige Anlehnung. Die darunter verstandenen wiederholten eindeutigen Anlehnungshandlungen seien also in Art. 2 UWG viel enger gefasst als im Entwurf. Dies sei insofern problematisch, als praktisch jede Leistung irgendeinen Ruf genieße und in der vorgeschlagenen Norm nicht, wie zum Beispiel in Art. 15 MSchG (mit der Berühmtheit), ein zusätzliches Erfordernis hinzutrete.

Weiter bestünden Unklarheiten, die Berger am Begriff des Dritten anknüpfte, so zum Beispiel die seines Erachtens unklare Frage der Aktivlegitimation. Das Kriterium in schmarotzerischer Weise stelle keine weitere Voraussetzung dar, wie dem Begleitbericht des *seco* zu entnehmen sei. Denn die dort enthaltene Feststellung, es gehe bloss um die bereits genannte Rufausbeutung und Anlehnung⁵, führe zur Einsicht, dass es sich um einen rein moralisierenden Begriff handle.

Die an den Normanfang gestellte Wendung ohne hinreichenden Grund sei ebenfalls nicht geeignet, den Anwendungsbereich der Norm einzuschränken, da grundlose Bezugnahmen kaum denkbar seien und zudem keine Kriterien für die Beurteilung einer Notwendigkeit der Bezugnahme bestünden. Auch im Verhältnis zur Generalklausel ergäben sich Probleme: Diese müsse – gerade mit Blick auf die Strafbestimmungen – alle UWG-Spezialtatbestände umfassen, was im vorliegenden Fall fraglich sei. Berger empfahl deshalb einen Verzicht auf oder eine massive Zurücknahme der Norm.

V. Die Diskussion

Mit der Frage, ob es überhaupt eine Norm brauche, wurde die Diskussion von Hilty lanciert.

Mit Hinweis auf den kleinen Schweizer Markt formulierte Dr. Roger Staub die Frage sogleich um. Er wollte wissen, weshalb die UEFA eine solche Norm brauche. Kelly sprach darauf von einem «Step-by-step»-Vorgehen. Auch in Österreich sei ein ähnlicher Entwurf im Gespräch. Zudem sei der Schutz gerade in den Austragungsländern besonders wichtig.

Dr. Christian Hilty sprach sich sodann aus grundsätzlichen Überlegungen radikal gegen eine Gesetzesänderung aus: Die Interessenverbände tendierten immer mehr zur Schaffung von Sonderschutznormen. Dabei gebe es aber im politischen Prozess keinen organisierten Gegenpol. Diese einseitige Bevorteilung sei zu verhindern.

Von mehreren Teilnehmern wurde der Exponent der UEFA nach Beispielen gefragt, in denen das bestehende Instrumentarium des schweizerischen Rechts seines Erachtens nicht ausreiche, wo aber der geplante Schutz greifen müsste. Kelly verwies erneut auf den in seinem Referat erwähnten «kin-der bueno»-Fall. Natürlich könne man nicht allem nachgehen; wenn in Grindelwald jemand ein EM-Brot backe, sei das jedenfalls egal⁶. Insgesamt gäbe es aber tausende von Fällen.

Allfälligen Antworten auf die Frage Hiltys, ob es angesichts tausend für die UEFA wirtschaftlich ungünstiger Fälle nötig sei, eine Norm zum Investitionsschutz der UEFA einzuführen, kam Dr. Magda Streuli-Youssef mit der Ansicht zuvor, in der Grösse der wirtschaftlichen Auswirkung lägen nur graduelle Unterschiede, weshalb man nicht zwischen einem Bäcker in Grindelwald und einem international operierenden Lebensmittelhersteller unterscheiden dürfe. Sie bezeichnete die Norm im Ergebnis als überflüssig und nicht notwendig. Zudem sei der vorgelegte Entwurf kaum justiziabel. Es könne nicht erwartet werden, dass das Vortäuschen eines Sponsorings durch intelligentes Marketing mittels dieser Norm zu unterbinden sei. Ähnlich wie zuvor Streuli-Youssef vertrat auch Dr. Emanuel Meyer die Ansicht, dass die neue Norm jede Menge Arbeit für Anwälte schaffen werde.

Die Notwendigkeit dieser Norm, so Kelly, rühre auch daher, dass die Sponsoren danach verlangten. Würde jenen kein genügender Schutz gewährt, engagierten sie sich anderswo. Wettbewerb müsse

⁵ Vgl. Begleitbericht *seco*, 7.

⁶ Der von Kelly ebenfalls angesprochene unberechtigte Verkauf von angeblich offiziellen Pins vermochte an dieser Stelle nicht zu überzeugen, da Art. 3 lit. b UWG und allenfalls das Markenrecht ausreichenden Schutz gewähren.

zwischen den Sponsoren bestehen, nicht zwischen Sponsoren und Trittbrettfahrern. Diese Aussage führte Hilty zur Bemerkung, dass sich der Sport hierbei im Vergleich zu Kultur oder gar Wissenschaft eigentlich in einer sehr privilegierten Lage befände. Dem pflichtete auch Feller bei. Es handle sich aber um eine Tatsache, die nichts daran ändere, dass Sportevents nicht mehr ohne die Beteiligung von Sponsoren organisiert werden könnten. Der Umstand, dass Pepsi Cola auch dann aggressiv werbe, wenn Coca-Cola den WM-Zuschlag erhalten habe, oder die Hüte von Heineken, die den aufgedruckten Schriftzug erst beim in-die-Länge-ziehen im Stadion offenbaren, illustrierten, wie intelligentes Marketing Formen suche, denen gar nicht anders als mit einer Norm wie vorgeschlagen beizukommen sei.

Dr. Christian A. Meyer vertrat die Ansicht, dass es der Veranstalter sei, der mit den zur Verfügung stehenden Mitteln ein für die Sponsoren akzeptables Paket schnüren müsse. Es sei nicht Aufgabe des Staates, das zu tun. Dazu gehöre die Eintragung guter Marken und der Schutz von Corporate Identity über Design und Ausstattung.

Dr. Markus Uhl gewann nach eigener Aussage den Eindruck, es werde versucht, eine neue Schutznorm zu schaffen, weil die bestehenden Schutzrechte versagten. Dies sei nicht angezeigt, da so in jedem Schutzrechtsprozess noch mit Ansprüchen aus Ambush-Marketing zu rechnen sei. Mit der Anregung einer Spezialnorm für die Veranstaltung schlug er stattdessen einen alternativen Weg vor. Ergänzend verwies Hilty an dieser Stelle im Sinne eines Denkanstosses auf die Rechtsentwicklung in Deutschland. Dort werde im Zuge der Abschaffung des Wettmonopols die Einführung eines Leistungsschutzrechtes für Veranstalter diskutiert.

In der immer lebhafter werdenden Diskussion versuchten verschiedene Teilnehmer Kelly zu Aussagen hinsichtlich seiner Vorstellung von der Reichweite der Norm zu bewegen. Hilty und andere Teilnehmer verlangten anhand konkreter Beispiele eine Beurteilung im Einzelfall. Die vorgelegten Beispiele unterschiedlichster Art⁷ qualifizierte Kelly allesamt mindestens möglicherweise als Ambush-Marketing, worauf Hilty in Erinnerung rief, dass es nicht um Schutzrechte ginge, sondern um Wettbewerb. Es seien also Märkte betroffen, mithin müsse die Verzerrung auf dem konkreten Markt (zum Beispiel also demjenigen für Kochzeitschriften) beurteilt werden. Eine solche liege aber nicht vor, so lange weder die UEFA noch die Sponsoren Kochzeitschriften vertrieben.

In einer längeren Stellungnahme äusserte sich dann Philippe Barman vom seco zur Norm und den Referaten von Hilty und Berger. Obwohl nicht direkt am verwaltungsinternen Prozess beteiligt, wollte er die Norm nicht als «Sündenfall» verstanden wissen. Es finde keine massive Ausdehnung des Anwendungsbereichs des UWG statt, denn viele in der Norm enthaltene Elemente gäbe es bereits. Auch Barman war der Ansicht, dass ein intelligenter Werber Schutzrechte und Spezialtatbestände umgehe und dass gerade deshalb gehandelt werden solle. Dabei nannte er seinerseits zur Illustration als Beispiele aus der Praxis diejenigen, die auch im Begleitbericht aufgeführt sind⁸. Die Bedenken hinsichtlich möglicher strafrechtlicher Konsequenzen seien zu relativieren, meinte Barman: Strafrechtliche Sanktionen seien gegen Ambush-Marketing gerade an einem Anlass wie der EM keine probaten Mittel und würden neben den zivilrechtlichen Werkzeugen, insbesondere den vorsorglichen Massnahmen, in den Hintergrund treten. Dies wollte Hilty nicht unwidersprochen lassen. Dem Strafrecht wohne ein grosses Drohpotenzial inne. Dies gelte umso mehr, wenn die Wettbewerber sich nicht auf der selben Augenhöhe befänden.

Auch grundsätzliche Überlegungen fanden Eingang in die Diskussion: Eine Fussball-EM gehöre den Fans, wurde vertreten. Kelly selber beanspruche ja, ein Milliardenpublikum ansprechen zu wollen und damit einen gesamtgesellschaftlichen Anlass zu organisieren. Ebenfalls wurde bemängelt, dass die Veranstalter die positiven Publizitätswirkungen, die diese Anlässe durch alle Begleitaktivitäten erfahren, nicht in ihre Überlegungen einbeziehen. Es scheine, als handeln sie einseitig zugunsten der Sponsoren. Das UWG sei allerdings nicht da, um Sponsoring zu schützen, wurde etwa von Dr. Sibylle Wirth Zubler vertreten. Sie schlug vor, die anlehrende Werbung besser zu regeln (etwa durch Eingliederung in Art. 3 lit. e UWG) oder die Generalklausel anzuwenden, um das anvisierte Ziel zu erreichen.

⁷ «WM am Berg»: Plakat für eine Dienstleistung eines Restaurationsbetriebes auf dem Üetliberg, die eine Übertragung von WM-Spielen auf Grossleinwand einschliesst; Produktkampagne «Gooaal» des Grossverteilers Migros, die einzelne, in einem losen Sachzusammenhang zur WM stehende Artikel besonders kennzeichnet; Rabattaktion des Schuhgeschäftes Vögele, das für jedes Tor der Schweizer Nationalmannschaft 10% und für einen Sieg weitere 10% Rabatt auf das ganze Sortiment gewährt; Menüvorschläge unter dem Titel «WM-Mahlzeiten» in der Juni/Juli-Ausgabe der Kochzeitschrift Betty Bossi.

⁸ Vgl. Begleitbericht seco, 5.

Kelly verlangte in seiner abschliessenden Stellungnahme, dass Sponsoring geschützt werden solle, da es sich ebenfalls um einen Markt handle. Gerade auf die kurze Periode der Veranstaltung hin müsse der Schutz bereitstehen.

VI. Konsultativabstimmung

In einer Konsultativabstimmung zum Ende der Veranstaltung verneinten – Enthaltungen und Stimmen der Podiumsteilnehmer ausgenommen – etwa zwei Drittel der Anwesenden einen Handlungsbedarf. Für den Fall, dass eine Regelung gesucht werden müsse, waren – bis auf eine Stimme – alle Anwesenden der Ansicht, es handle sich beim vorliegenden Entwurf nicht um den richtigen Ansatz.

* cand. iur., wiss. Hilfsassistent am Lehrstuhl für Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich.