

Zur Diskussion / A discuter

Stellungnahme zur Anpassung des UWG: Ambush Marketing

RETO M. HILTY* / HANS CASPAR VON DER CRONE** / ROLF H. WEBER***

Das Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco) hat einen Vernehmlassungsentwurf vorgelegt, mit welchem in das UWG eine Spezialnorm gegen sog. Ambush Marketing eingeführt werden soll. Gleichzeitig ist eine Neuordnung der Amts- und Rechtshilfe geplant. Die vorliegende Untersuchung von Handels- und Wirtschaftsrechtlern der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zeigt auf, weshalb die Vorlage kritisch zu beurteilen ist.

Le Secrétariat d'Etat à l'économie (Seco) a mis en consultation un projet qui introduirait dans la LCD une disposition spéciale visant le marketing sauvage (Ambush Marketing). Le projet contient également de nouvelles bases légales réglant l'entraide administrative et judiciaire. La présente analyse de professeurs de droit commercial et économique de la Faculté de droit de l'Université de Zurich s'applique à montrer pourquoi il convient de porter un regard critique sur ces propositions.

- I. Umstände des Gesetzgebungsverfahrens**
 - II. Braucht es eine neue Bestimmung?**
 - 1. Darstellung des bestehenden Schutzinstrumentariums
 - 2. Rechtliche Problematik einer Ausweitung des Schutzzumfangs
 - III. Beurteilung der neuen Bestimmung**
 - 1. Analyse des Ambush-Tatbestandes (Art. 3 lit. ebis E-UWG)
 - 2. Fazit
 - IV. Neuordnung der Amts- und Rechtshilfe**
- Zusammenfassung / Résumé**

I. Umstände des Gesetzgebungsverfahrens

Wie der Begleitbericht zum Vernehmlassungsentwurf einleitend klarstellt, geht die vorgeschlagene Gesetzesänderung auf Wünsche der UEFA im Hinblick auf die EURO 08 zurück¹. Ein Regelungsbedarf wird aufgrund der konkreten Interessenlage eines direkt beteiligten Akteurs ermittelt. Dies ist insofern problematisch, als damit dem neuen Art. 3 lit. ebis E-UWG einseitig Überlegungen zur lückenlosen Ausgestaltung des Schutzes kommerzieller Interessen eines Verbandes zugrunde gelegt werden, während verfassungs- und kartellrechtliche Aspekte unberücksichtigt bleiben². Gleichzeitig ist die neue Bestimmung so konzipiert, dass sie allgemein gültigen Charakter hat³. Der Erlass einer entsprechenden Bestimmung wurde bisher aber offensichtlich nicht als notwendig erachtet⁴. Verschärft wird diese rechtsstaatlich problematische Vorgehensweise durch den Umstand, dass mit der geplanten Gesetzesänderung eine im Kandidaturdossier vom IGE gegenüber der UEFA abgegebene «Garantie» erfüllt wird⁵.

¹ Begleitbericht des Staatssekretariats für Wirtschaft (seco) zum Vernehmlassungsentwurf, Anpassung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) im Zusammenhang mit der Durchführung der Fussball-Europameisterschaft 2008 (zit. Begleitbericht), 3.

² Dies wird vom Verfasser des Gutachtens, auf welchem die vorgeschlagene Bestimmung basiert, konzediert, vgl. J. Müller, Ambush Marketing – Regelungsbedarf in der Schweiz?, SpuRt 2006, 101. Kritisch auch M. Berger, Gesetzgebung nach den «Wünschen der UEFA»? Verstoß gegen Grundsätze der freien Wirtschaftsordnung, NZZ vom 1. Juni 2006, 58. Zur Notwendigkeit, die Zielsetzung des Impulsgebers darauf hin zu überprüfen, ob ein über Partikularinteressen hinausgehendes allgemeines Regelungsbedürfnis besteht, vgl. P. Noll, Gesetzgebungslehre, Reinbek bei Hamburg 1973, 141 f.; vgl. auch G. Müller, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl., Zürich 2006, Rz. 85.

³ Begleitbericht (Fn. 1), 5.

⁴ So stellt der Begleitbericht (Fn. 1), 9, fest, die Vorlage sei im Bericht über die Legislaturplanung 2003–2007 nicht angekündigt, da damals die Notwendigkeit einer Gesetzesanpassung nicht vorhersehbar gewesen sei.

⁵ Botschaft zur Änderung des Bundesbeschlusses über Beiträge und Leistungen des Bundes an die Fussball-Europameisterschaft 2008 vom 9. Dezember 2005 (zit. Botschaft), BBl 2006, 1616; Begleitbericht (Fn. 1), 6. Inwiefern das

Die Ausrichtung der neuen Bestimmung auf Interessen der Veranstalter von Grossanlässen wird auch deutlich in der Passage des Begleitberichts, in welcher Auswirkungen auf lokale oder regionale Anlässe verneint werden⁶. Diese Beschwichtigung steht zwar im Widerspruch zur Aussage, die Einschränkung solle über das Kriterium der Intensität der Bezugnahme erfolgen, ist diese doch gerade nicht von der Grösse der Veranstaltung abhängig; die Argumentation zeigt aber, dass bei der Ausarbeitung der Gesetzesänderung kein umfassendes Regelungsinteresse ausgemacht werden konnte⁷. Im Übrigen ist anzumerken, dass sich das Kriterium der Intensität nicht aus dem Gesetzestext ergibt; der Verzicht, Bagatellfälle zu erfassen⁸, ist daher ins Belieben der Rechteinhaber gestellt, denen es auch freisteht, vom statuierten Schutz in vollem Umfang Gebrauch zu machen.

II. Braucht es eine neue Bestimmung?

1. Darstellung des bestehenden Schutzinstrumentariums

Bereits das geltende Recht kennt Instrumente, welche dem Schutz der kommerziellen Interessen des Veranstalters dienen:

Durch die Einholung einer Konzession kann das zeitlich befristete Recht zur Sondernutzung von im Gemeingebrauch stehendem öffentlichem Grund unter Ausschluss Dritter erworben werden⁹. Damit lässt sich sicherstellen, dass während der Durchführung einer Veranstaltung ausschliesslich Werbung der offiziellen Sponsoren auf öffentlichem Grund (beispielsweise auf Plätzen vor dem Stadion oder an anderen strategischen Punkten wie Zufahrtsstrassen, Bahnhöfen oder Flugplätzen) angebracht werden darf¹⁰.

Eine Handhabe bieten sodann die eigentums- und besitzrechtlichen Befugnisse am Stadion; zumindest letztere können aufgrund einer Sondernutzungskonzession oder (bei privaten Stadionbetriebsgesellschaften) aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags dem Veranstalter übertragen werden. Gestützt auf dieses Hausrecht regelt der Veranstalter den Zugang zum Veranstaltungsort und erlässt in einer Hausordnung Verhaltensregeln für die Eintrittsberechtigten¹¹. Mit sachenrechtlichen Schutzbehelfen lässt sich auch das unbefugte Überfliegen des Stadions zu Werbezwecken verhindern, da sich der vertikale Umfang des Eigentums nach dem Interesse an der Ausübung des Eigentums bestimmt¹².

Ferner können Zeichen, die geeignet sind, Produkte eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden, als Marken eingetragen werden (Art. 1 Abs. 1 MSchG; zum Eintragungsverfahren s. Art. 28 ff. MSchG). Das Markenrecht verschafft dem Berechtigten ein wirkungsvolles¹³, mit zivil- und strafrechtlichem Rechtsschutz beschwertes Ausschliesslichkeitsrecht¹⁴. Dritten kann sowohl die Verwendung identischer als auch ähnlicher Zeichen verboten werden, sofern die konkrete

IGE und die Allgemeine Plakatgesellschaft zur Abgabe einer entsprechenden «Garantie» kompetent sein sollen, ist nicht ersichtlich.

⁶ Begleitbericht (Fn. 1), 5.

⁷ Vgl. zu diesem Widerspruch auch D. E. Gundelfinger, *Vorgesehene Gesetzgebung zum «Ambush-Marketing»*. Ein Versuch der Versachlichung der neu entfachten Diskussion, NZZ vom 30. Mai 2006, 55. Dass Bestimmungen in der Art der vorgeschlagenen i.d.R. mit Blick auf die Schutzbedürfnisse spezifischer Veranstalter erfolgen, zeigt auch der Vergleich mit anderen Staaten, welche Spezialgesetze hinsichtlich bestimmter Veranstaltungen erlassen haben, vgl. Begleitbericht (Fn. 1), 6. Darin kommt (insoweit methodenehrlicher) die ganze Problematik einer am Einzelinteresse des Inhabers der Vermarktungsrechte ausgerichteten Gesetzgebung zum Ausdruck.

⁸ Begleitbericht (Fn. 1), 9. Dieser Stossrichtung könnte die Rechtsprechung einzig durch eine sehr restriktive Interpretation der vorgeschlagenen Bestimmung zum Durchbruch verhelfen.

⁹ U. Häfelin / G. Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 2418 ff., 2591 ff.

¹⁰ Vgl. Begleitbericht (Fn. 1), 4.

¹¹ S. Osterwalder, *Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen*, SMI Bd. 73, Bern / München 2004, 108; vgl. auch die Hausordnung für die FIFA Fussball-Weltmeisterschaft 2006 (abrufbar unter: <<http://eur.i1.yimg.com/eur.yimg.com/i/eu/fifa/hode.pdf>>), in welcher allen das Gelände betretenden Personen das Mitführen werbender oder kommerzieller Gegenstände untersagt wird.

¹² Art. 667 Abs. 1 ZGB; vgl. auch H. Rey, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, 2. Aufl., Bern 2000, Rz. 1068, 1077 f. Eine weiter gehende Einschränkung auch der Überflüge benachbarter Territorien wäre (im Sinne der mildereren Massnahme) im Luftfahrtrecht zu regeln.

¹³ Müller (Fn. 2), 102, interessieren überraschenderweise die immaterialgüterrechtlichen Spezialerlasse nicht weiter, da die Verletzung von Immaterialgüterrechten für das Ambush Marketing nicht typisch sei.

¹⁴ Art. 13 i.V.m. Art. 52 ff. (zivilrechtlicher Schutz) resp. Art. 61 ff. MSchG (strafrechtlicher Schutz).

Verwendung zu einer Verwechslungsgefahr führt (Art. 13 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 MSchG)¹⁵; liegt eine berühmte Marke vor, ist gemäss Art. 15 Abs. 1 MSchG dem Dritten der Gebrauch für alle Waren und Dienstleistungen untersagt. Das Markenrecht schützt in erster Linie die Funktion der Marke als Trägerin nachfragerrelevanter Information. Die Marke dient damit der Individualisierung der Produkte eines Unternehmens und deren Abgrenzung gegenüber Konkurrenzprodukten¹⁶. Eingetragen werden können etwa Wörter oder Wortkombinationen (z.B. «UEFA»¹⁷, «UEFA EURO 2008» oder der Name des offiziellen Maskottchens¹⁸), Bilddarstellungen (z.B. das UEFA-Logo¹⁹, das EURO 2008-Logo²⁰, Abbildungen des Pokals²¹ oder des Maskottchens²²) und dreidimensionale Formen (z.B. der Pokal). Einschneidendste Grenze der Markenfähigkeit bildet das Gemeingut²³. Sachbezeichnungen wie «Fussball Europameisterschaften 2008» oder «EM 2008»²⁴ fehlt die für den Markenschutz nötige Kennzeichnungskraft, da die angesprochenen Verkehrskreise darin keinen Hinweis auf die Herkunft der damit beworbenen Produkte erkennen und die Zeichen vielmehr als beschreibende Angabe für das Ereignis selbst auffassen²⁵. An derartigen Sachbezeichnungen, die essentielle Kommunikationsbestandteile darstellen, überwiegt das öffentliche Interesse an der Freihaltung die privaten Interessen am Kennzeichenrecht²⁶.

Ausserhalb des Markenrechts kann Dritten, die eine Verwechslungsgefahr schaffen, u.U. auch auf lauterkeitsrechtlicher Grundlage nach Art. 3 lit. d UWG Einhalt geboten werden. Ebenfalls gestützt auf das UWG können Massnahmen eines Dritten, die den Irreführungstatbestand nach Art. 3 lit. b UWG erfüllen, unterbunden werden²⁷. Typischer Anwendungsfall wäre in vorliegendem Zusammenhang ein Marktteilnehmer, der sich unrichtigerweise – explizit oder durch konkludentes Verhalten²⁸ – als Sponsor / Gönner einer Sportveranstaltung ausibt^{29, 30}.

Schliesslich ist dem Veranstalter eine weitgehende Einflussnahme durch die Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen möglich: Im Verhältnis zu den Zuschauern enthalten die AGB der Ticketverträge das Verbot, werbende oder kommerzielle Gegenstände ins Stadion zu bringen³¹. Restriktiv ausgestaltet ist auch die Regelung des Public Viewing: Als Inhaber der Rechte an der medialen Verwertung ist der Veranstalter in der Lage, die Einbeziehung von Sponsoren im Zusammenhang mit der öffentlichen Vorführung von Veranstaltungen im Detail zu regeln³². Sodann garantiert der Kauf

¹⁵ Eingehend zum markenrechtlichen Schutzbereich, insbesondere zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr Ch. Willi, MSchG, Kommentar zum Markenschutzgesetz, Das schweizerische Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002, MSchG 3 N 6 ff.; E. Marbach, SIWR III, Basel 1996, 111 ff.

¹⁶ S. zum schweizerischen Recht BGE 128 III 150, «VW/Audi-Spezialist»; Marbach (Fn. 15), 3 ff.; Willi (Fn. 15), MSchG 1 N 7 ff.; zum europäischen Recht EuGH, GRUR Int. 2003, 233.

¹⁷ CH-Marke Nr. 460 743.

¹⁸ Vgl. die Marke mit dem Namen des offiziellen Maskottchens der EURO 2004 in Portugal «KINAS» (CH-Marke Nr. 513 935).

¹⁹ CH-Marke Nr. P-418 336.

²⁰ CH-Marke Nr. 536 524.

²¹ CH-Marke Nr. 460 627.

²² CH-Marke Nr. 545 911.

²³ Art. 2 lit. a und spezifisch für Formmarken lit. b MSchG. Unter das Gemeingut fallen gemäss ständiger Praxis einerseits freihaltebedürftige Zeichen, andererseits Zeichen ohne Unterscheidungskraft. Eingehend zu diesen absoluten Schutzausschlussgründen Willi (Fn. 15), MSchG 2 N 1 ff.; Marbach (Fn. 15), 25 ff.

²⁴ Insofern dürften die eingetragenen Wortmarken «EM 2008» (CH-Marke Nr. 511 541) und sogar «WORLD CUP» (CH-Marke Nr. P-431340) kaum rechtsbeständig sein. Fraglich ist folglich auch, ob den eingetragenen Marken «EURO 2008» (CH-Marke Nr. 510 726) und «ÖSTERREICH/SCHWEIZ 2008» (CH-Marke Nr. 536 987) die nötige Kennzeichnungskraft zukommt. Die Zivilrichter sind jedenfalls nicht an die Eintragungsentscheide des IGE gebunden und können im Rahmen einer Nichtigkeitsklage die Löschung der Marke veranlassen (vgl. Art. 52 MSchG; Marbach [Fn. 15], 26 f.).

²⁵ Vgl. dazu das Urteil des deutschen BGH, der auf Antrag völlig zu Recht die vollständige Löschung der Wortmarke «FUSSBALL WM 2006» und die teilweise Löschung der Wortmarke «WM 2006» anordnete (Pressemitteilung des BGH Nr. 67/2006 vom 27. April 2006).

²⁶ Willi (Fn. 15), MSchG 2 N 1; Marbach (Fn. 15), 34 f.

²⁷ Zu beiden Varianten vgl. auch III/1.f.

²⁸ C. Baudenbacher, Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel / Genf / München 2001, UWG 3 lit. b N 43; M. Streuli-Youssef, SIWR V/1, 2. Aufl., Basel 1998, 84.

²⁹ So mit Bezug auf das Zeppelin-Problem Berger (Fn. 2), 58.

³⁰ Vgl. zum lauterkeitsrechtlichen Instrumentarium auch die Darstellung III/1.f.

³¹ Vgl. die bei der WM 2006 verwendeten AGB für Ticketverträge (abrufbar unter: <<http://fifaworldcup.yahoo.com/06/de/tickets/tac.html>>). Damit wird die aufgrund des Hausrechts erlassene Hausordnung von den Zuschauern vertraglich anerkannt, Osterwalder (Fn. 11), 108 f.; vgl. auch M. Noth, Ambush Marketing (Assoziationsmarketing) an Sportveranstaltungen – Smart oder rechtswidrig?, in: O. Arter / M. Baddeley (Hg.), Sport und Recht 2006, 58.

³² Vgl. J. F. Krekel / M. Teitler, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Aspekte von Public-Viewing-Veranstaltungen im Vergleich des deutschen und schweizerischen Rechts, CaS 2006, 156 ff.; vgl. auch die Richtlinien der Infront Sports &

bestehender (auch von Privaten vergebener) Werbeflächen deren ausschliessliche Nutzung durch offizielle Sponsoren³³.

Insbesondere Konzession und Vertrag bieten den Vorteil, dass sie auf einem Verhandlungsprozess beruhen, welcher zu einer Aufteilung des durch die Veranstaltung generierten Mehrwerts führt. Die angestrebte Verstärkung der Stellung des Veranstalters durch ein von individueller Aushandlung unabhängiges und insgesamt höheres Schutzniveau ist nicht gerechtfertigt: Erstens ist die öffentliche Hand an der Finanzierung von Grossveranstaltungen massgeblich beteiligt³⁴. Dieses Engagement wird regelmässig mit dem volkswirtschaftlichen Nutzen der Durchführung solcher Anlässe begründet³⁵. Die Stimulierung der wirtschaftlichen Aktivität (und damit verbunden die Generierung höherer Steuereinnahmen) beruht aber zu einem wesentlichen Teil auf der Möglichkeit, auf die Veranstaltung Bezug zu nehmen. Ein Verbot der Bezugnahme verringert damit zwangsläufig den ökonomischen Mehrwert, den sich die öffentliche Hand verspricht³⁶. Zweitens ist das Argument, die neue Bestimmung sei zur Sicherstellung der Finanzierung von Veranstaltungen notwendig, nicht stichhaltig. Auch ohne ein Verbot der Bezugnahme bleibt die Stellung des Sponsors attraktiv, da diesem (Exklusiv-) Rechte (wie die Möglichkeit der Werbung im Stadion, die Bezeichnung als offizieller Sponsor oder – durch Abschluss eines Lizenzvertrags – die Nutzung von durch immaterialgüterrechtliche Spezialgesetze geschützten wirtschaftlichen Werten) eingeräumt werden und überdies dessen kreativer Aufwand für die Bezugnahme auf den Anlass geringer ist. Wie die bisherige Praxis zeigt, ist der Veranstalter unter der aktuellen Ordnung durchaus in der Lage, geldwerte Sponsoringrechte zu vergeben; zudem fliessen ihm aus der Vergabe der Übertragungsrechte bedeutende Summen zu³⁷.

2. Rechtliche Problematik einer Ausweitung des Schutzzumfangs

Im Rahmen der v.a. Art. 1 UWG (Zweckartikel) betreffenden Diskussion geht ein modernes Verständnis von Schutzgut und Zweck des UWG von einem funktionalen Ansatz aus: Die Auslegung des UWG, welches den Wettbewerb als Institution schützt, orientiert sich an den makroökonomischen Folgen; die Bestimmung der Unlauterkeit wird an den von einem System funktionierenden Wettbewerbs zu erwartenden Ergebnissen ausgerichtet³⁸. In den Hintergrund tritt der geschäftsmoralische Ansatz, welcher die Unlauterkeit einer Handlung nicht zu begründen vermag, sofern er sich damit in Widerspruch zum funktionalen Aspekt setzt³⁹. Daraus erhellt, dass für die vorgeschlagene Änderung

Media AG (welche für die FIFA die Bild- und Senderechte wahrnimmt) für in Deutschland stattfindende nicht-kommerzielle öffentliche Vorführungen von Spielen der FIFA WM 2006 (abrufbar unter: <http://www.infrontsports.com/fileadmin/user_upload/pdf/Richtlinien_nicht-kommerziell.pdf>).

³³ Dieses Vorgehen wird beispielsweise vom IOK für die Sommerspiele 2008 in Peking praktiziert, D. E. Gundelfinger, Trittbrettfahrer der modernen Sportabsatzpolitik. Ambush Marketing – Tummelfeld kreativer Verkäufer oder Juristenfutter?, NZZ vom 13. September 2001, 55; vgl. auch Noth (Fn. 31), 59.

³⁴ So wird der Mehraufwand (insbesondere im Bereich Sicherheit, Verkehr und Stadien) für die öffentliche Hand im Zusammenhang mit der EM 2008 auf 182 Millionen Franken veranschlagt, wovon 72 Millionen auf den Bund entfallen, Botschaft, 1639 ff. Das operative Budget der von der UEFA mit der Organisation betrauten Euro 2008 SA beträgt 215 Millionen, Botschaft (Fn. 5), 1620 f., 1649 f.

³⁵ Vgl. Botschaft (Fn. 5), 1619, 1633, wo das Ziel formuliert wird, für die Schweiz einen grösstmöglichen «Return on investment» zu erzielen. Vgl. zu den volkswirtschaftlichen Auswirkungen von Veranstaltungen auch D. R. Howard / J. L. Crompton, Financing Sport 2005, 105.

³⁶ Vgl. zu dieser Problematik anlässlich der WM 2002 T. Fuster, Ankick für Japan? Vages Hoffen auf Sonderkonjunktur dank der Fussball-Weltmeisterschaft, NZZ vom 31. Mai 2002, 53; vgl. auch Berger (Fn. 2), 58. Eine stärkere Berücksichtigung der finanziellen Interessen der Veranstalter zulasten der öffentlichen Hand ist umso weniger gerechtfertigt, als sich schon heute für Erstere das Verhältnis von Einnahmen und Ausgaben wesentlich vorteilhafter präsentiert: So rechnet die UEFA anlässlich der EM 2008 mit Einnahmen von 1 Milliarde Franken, während für die Schweiz eine Bruttowertschöpfung zwischen 280 und 315 Millionen Franken, und für die öffentliche Hand direkte Steuereinnahmen von über 20 Millionen Franken prognostiziert werden, Botschaft (Fn. 5), 1638, 1649. Gleichzeitig werden Beiträge zur Entlastung der öffentlichen Hand seitens der UEFA kategorisch ausgeschlossen, Botschaft (Fn. 5), 1650, 1617.

³⁷ Die Einnahmen der Veranstalter liegen denn auch weit über dem für die Finanzierung des Anlasses erforderlichen Betrag, vgl. Fn. 36.

³⁸ So die neuere Lehre, vgl. Baudenbacher (Fn. 28), UWG 1 N 14 ff., 35 ff., 47, 66; D. Ivanov, Rechtsgüterschutz und Rechtsgut des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2003, 168 ff.

³⁹ Baudenbacher (Fn. 28), UWG 1 N 41. Vgl. dazu auch die Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983 (zit. Botschaft UWG 1983), BBl 1983 II 1037 f. m.w.H. Eingehend dazu M. Berger, Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG, Zürcher Studien zum Privatrecht Bd. 137, Zürich 1997 m.w.H.; R. M. Hilty / F. Thouvenin, «Ambush-Marketing»: Eine Gesetzesrevision aus dem Hinterhalt, plädoyer 4/2006, 22. Unverständlich jedenfalls die Aussage von Müller (Fn. 2), 102, wonach die funktionale Betrachtung «toter Buchstabe» sei. Diese Interpretation antizipierend bezweckte schon das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943 den Schutz des Wettbewerbs als Institution und nicht mehr nur den (persönlichkeitsrechtlichen) Schutz des Wettbewerbers an sich (Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb vom 3. November

gerade kein lauterkeitsrechtlicher Regelungsbedarf besteht: Die Bezugnahme auf eine Veranstaltung zwecks Absatzförderung verzerrt den Wettbewerb nicht, sofern Transparenz (welche z.B. durch die Bezeichnung als offizieller Sponsor erreicht werden kann) gewährleistet ist⁴⁰. Vielmehr wird der Wettbewerb durch die gesteigerten Absatzmöglichkeiten aller Konkurrenten intensiviert; insofern dieser Effekt mit dem Erlass von Art. 3 lit. e bis E-UWG unterlaufen wird, handelt es sich um einen klassischen Fall dysfunktionaler Gesetzgebung.

Nach der dem UWG zugrunde liegenden Systematik stellen die Spezialtatbestände in Art. 3 UWG (lediglich) einen beispielhaften Katalog typischerweise unlauterer Verhaltensweisen dar⁴¹. Ein Sachverhalt, der einen Tatbestand von Art. 3 UWG erfüllt, ist folglich automatisch auch unlauter im Sinne der Generalklausel (Art. 2 UWG). Im Gegenzug kann geschlossen werden, dass ein Spezialtatbestand nicht für unlauter erklären kann und soll, was nach dem Wertungsgehalt der Generalklausel zuzulassen ist⁴². Folgerichtig gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass der Grundsatz der funktionalen Auslegung auch die Sondertatbestände beherrscht, diese somit im Lichte des Zweckartikels (Art. 1 UWG) und der Generalklausel (Art. 2 UWG) auszulegen sind⁴³.

Die methodologische Vorgehensweise bei der Prüfung eines Sachverhaltes hinsichtlich des Erfüllens der Tatbestandsmerkmale von Art. 2 oder Art. 3 UWG besteht in praxi üblicherweise in einer vorgängigen Untersuchung der Spezialtatbestände von Art. 3 UWG, und erst dann wird – und dies relativ zurückhaltend⁴⁴ – die Generalklausel angewendet⁴⁵.

Zweck und Systematik des UWG, insbesondere das Zusammenspiel von Art. 1 und Art. 2 UWG sowie der in Art. 3–8 UWG geregelten Spezialtatbestände, sind bei jeder Novellierung von Art. 3 UWG von nicht zu unterschätzender Bedeutung – aber auch eine Hilfestellung.

Die Subsumtion eines Sachverhaltes unter einen in Art. 3 UWG enthaltenen Spezialtatbestand erlangt in dem Sinne eine erhebliche zusätzliche Bedeutung⁴⁶, als in diesen Fällen nach Art. 23 UWG gleichzeitig als Antragsdelikte ausgestaltete Straftatbestände vorliegen, was bei Verstössen nur gegen die Generalklausel nicht der Fall ist⁴⁷.

Aus kartellrechtlicher Sicht ist ausserdem nicht zu verkennen, dass dem als Veranstalter auftretenden Verband aufgrund des Ein-Platz-Prinzips und der Verbandspyramide regelmässig eine Monopolstellung zukommt⁴⁸. Während sich diese im sportlichen Bereich rechtfertigen lässt, führt sie gleichzeitig auch zur wettbewerbsrechtlich problematischen Beherrschung des wirtschaftlich bedeutsamen Marktes für Vermarktungsrechte⁴⁹. Durch die vorgeschlagene Bestimmung wird die Marktmacht zementiert, indem das Monopol des Veranstalters eine Ausdehnung auf den gesamten Markt werbebezogener Kommunikation erfährt, was die vom Verband abgeschöpfte Monopolrente in ungerechtfertigter Weise erhöht⁵⁰. Besonders problematisch erscheint dies, wenn pro Branche nur ein Sponsor zugelassen ist, dessen Konkurrenten in Zukunft selbst gegen Entgelt nicht mehr in der Lage wären, sich das Recht

1942, BBI 1942 I 675 f.); u.E. unzutreffend und – wie dort eigens gesagt wird – «entgegen dem wohl überwiegenden Teil der Lehre» M. M. Pedrazzini / F. A. Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb, UWG, Bern 2002, Rz. 1.30; vgl. J. Müller, SIWR V/1, 2. Aufl., Basel 1998, 22 ff.

⁴⁰ Vgl. Hilty / Thouvenin (Fn. 39), 21 f.; Berger (Fn. 2), 58.

⁴¹ Baudenbacher (Fn. 28), UWG 2 N 7; Müller (Fn. 39), 56; Pedrazzini / Pedrazzini (Fn. 39), Rz. 4.06.

⁴² Solche Konstellationen sind nach Müller (Fn. 39), 58, – weil systemwidrig – unmöglich.

⁴³ BGer, SMI 1995, 442, «Diktatorische Sortimentskürzung»; vgl. auch Baudenbacher (Fn. 28), UWG 3 lit. a N 2 m.H.

⁴⁴ Müller (Fn. 39), 54. In dieser richterlichen Zurückhaltung sieht Müller (Fn. 2), 104, denn auch den Hauptgrund für den gesetzgeberischen Handlungsbedarf im Bereiche des Ambush Marketing.

⁴⁵ Kritisch zu dieser Vorgehensweise Müller (Fn. 39), 58 f.

⁴⁶ Die besondere Bedeutung liegt nicht zuletzt im Drohpotenzial, das von den auf die handelnden (natürlichen) Personen zielenden strafrechtlichen Sanktionen ausgeht. Dies kann dazu führen, dass die wettbewerbsrechtlich erwünschten Handlungsspielräume zusätzlich eingeschränkt und Kräfteungleichgewichte verstärkt werden. Zudem sind auch verfahrensmässige Missbräuche denkbar.

⁴⁷ Zu den erhöhten gesetzgeberischen Anforderungen im Bereiche des Strafrechts vgl. hinten III/2.

⁴⁸ Vgl. zu dieser Monopolstruktur I. Hannamann, Kartellverbot und Verhaltenskoordination im Sport, Beiträge zum Sportrecht Bd. 8, Berlin 2001, 54 ff.

⁴⁹ Zweck der monopolistischen Organisationsstruktur im Sport ist insbesondere die Durchsetzung einheitlicher Regeln; zu hinterfragen ist aber stets, inwiefern die Besonderheiten des Sports eine monopolistische Marktkontrolle (etwa des Werbe- und Sponsoringmarktes) erforderlich machen, I. Hannamann / K. Vieweg, Soziale und wirtschaftliche Machtpositionen im Sport – Rechtsstatsächliche Situation und (kartell)rechtliche Grenzen, in: Württembergischer Fussballverband e.V. (Hg.), Sport, Kommerz und Wettbewerb, Stuttgart 1998, 49 ff.; im Auge zu behalten ist dabei die dem Kartellgesetz (und insbesondere Art. 7 KG) zugrunde liegende Wertung.

⁵⁰ Mit der vergleichbaren Problematik einer Ausdehnung der Marktbeherrschung auf zusätzliche Märkte durch Koppelungsgeschäfte befasst sich Art. 7 Abs. 2 lit. f KG.

zur Bezugnahme auf den Anlass zu verschaffen⁵¹. Gerade die (auch werbemässige) Kommunikation über Grossanlässe, die als gesellschaftliches Ereignis auf grosse Resonanz stossen, darf nicht wenigen Akteuren vorbehalten bleiben; insofern stellt die Veranstaltung als Gegenstand der Kommunikation eine «essential facility» dar, zu welcher allen Interessierten freier Zugang (im Sinne der kommunikativen Bezugnahme) zu gewähren ist⁵².

Dieses Ergebnis steht im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben: Die freie Kommunikation ist auch im kommerziellen Bereich Schutzgut von Art. 16 BV und Art. 10 EMRK⁵³, während der in Art. 27 BV verankerte individualrechtliche Aspekt der Wirtschaftsfreiheit dem Einzelnen einen Anspruch auf freie Ausübung einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit verleiht. In ihrer institutionellen Ausprägung lässt sich der Wirtschaftsfreiheit ein ordnungspolitischer Grundentscheid für ein Wirtschaftssystem des freien Wettbewerbs entnehmen⁵⁴. Die mit der vorgeschlagenen Gesetzesänderung verbundene Ausdehnung einer Monopolstellung erweist sich auch in dieser Hinsicht als systemwidrig.

III. Beurteilung der neuen Bestimmung

1. Analyse des Ambush-Tatbestandes (Art. 3 lit. ebis E-UWG)

Im Folgenden werden die Tatbestandselemente von Art. 3 lit. ebis E-UWG einzeln analysiert. Strukturiert wird wie folgt: «[Unlauter handelt insbesondere, wer] ohne hinreichenden Grund [III/1/e] in schmarotzerischer Weise [III/1/d] Bezug [III/1/a] auf Dritte, ihre Waren, Werke oder Leistungen [III/1/c] nimmt und dadurch deren Ruf ausnutzt [III/1/b].» Anschliessend folgt eine Reflexion der neuen Norm bezüglich des geltenden UWG (III/1/f).

a) Bezugnahme

Der im geltenden UWG nicht vorkommende Terminus der Bezugnahme beschreibt die eigentliche Tathandlung; im Gesetzestext des UWG wäre dieser Begriff ein Novum, auch wenn er in die Lehre und die Rechtsprechung zu einzelnen bestehenden Spezialtatbeständen Eingang gefunden hat. Generell wird dadurch die Referenzierung an Dritte – regelmässig Mitbewerber – oder deren Leistungen beschrieben⁵⁵. Dies geschieht insbesondere im Zusammenhang mit dem Herabsetzungstatbestand (Art. 3 lit. a UWG)⁵⁶, der Verwechslungsgefahr (Art. 3 lit. d UWG)⁵⁷ und der vergleichenden Werbung (Art. 3 lit. e UWG)⁵⁸ oder auch der Anlehnung / Rufausbeutung (i.d.R. gestützt auf Art. 2 UWG)⁵⁹. Der Begleitbericht sieht in der Bezugnahme das «zentrale Element» von Art. 3 lit. ebis E-UWG, enthält jedoch über den rechtlichen Gehalt des Begriffs keine weiteren Ausführungen. Festgehalten wird indessen, dass diese Bezugnahme ausserhalb eines Vergleichs erfolge und nicht auf direkte Konkurrenten ausgerichtet sei, sondern auf Dritte und deren wirtschaftliche Erbringungen⁶⁰. Festzustellen ist, dass durch die unscharfe Definition dieses Terminus dessen Begriffshof zu weit gefasst ist.

⁵¹ Wertungsmässig besteht damit eine ähnliche Situation wie bei der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG. Zu beachten ist auch, dass für die Vergabe der Vermarktungsrechte durch die Sportverbände, welche oft zu langfristigen Vertragsbeziehungen führt, keine allgemein gültigen generell-abstrakten Standards existieren.

⁵² Vgl. Hilty / Thouvenin (Fn. 39), 22; vgl. auch den in CaS 2006, 278 ff., 280 f. wiedergegebenen Entscheid.

⁵³ So die neuere Lehre, U. Häfelin / W. Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2006, Rz. 455, 505; A. Auer / G. Malinverni / M. Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Volume II, Rz. 557 f., Bern 2006; vgl. auch Hilty / Thouvenin (Fn. 39), 22.

⁵⁴ Auer / Malinverni / Hottelier (Fn. 53), Rz. 903, 906, 948 f.; R. Rhinow / G. Schmid / G. Biaggini, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel / Frankfurt am Main 1998, § 4 Rz. 76 f., 81 f.; Häfelin / Haller (Fn. 53), Rz. 621, 623, 627.

⁵⁵ Pedrazzini / Pedrazzini (Fn. 39), Rz. 5.01, verwenden den Terminus als Oberbegriff für die Tatbestände der Herabsetzung, der Verwechslungsgefahr, der vergleichenden Werbung und der Anlehnung und insofern als Abgrenzung zu den Irreführungstatbeständen und solchen betreffend die Einwirkung auf den Willen des Konsumenten.

⁵⁶ Vgl. Pedrazzini / Pedrazzini (Fn. 39), Rz. 5.03 ff.; ablehnend jedoch Baudenbacher (Fn. 28), UWG 3 lit. a N 4.

⁵⁷ Pedrazzini / Pedrazzini (Fn. 39), Rz. 5.58.

⁵⁸ Baudenbacher (Fn. 28), UWG 3 lit. e N 28; Streuli-Youssef (Fn. 28), 127; vgl. Pedrazzini / Pedrazzini (Fn. 39), Rz. 5.30 ff.

⁵⁹ Pedrazzini / Pedrazzini (Fn. 39), Rz. 5.02 ff., sehen in lit. a, b und e von Art. 3 UWG die einzigen spezialtatbestandlich geregelten Konkretisierungen des Oberbegriffes der Bezugnahme und weisen gleichzeitig auf einen «Variantenreichtum der Bezug nehmenden Verhaltensweisen» hin, die – sollen sie vom UWG abgedeckt werden – durch Analogieschlüsse oder unter Anwendung der Generalklausel zu erfassen seien. Sie sehen insofern eine Abgrenzung zwischen diesem Oberbegriff, den Irreführungstatbeständen und solchen betreffend die Einwirkung auf den Willen der Kontrahenten.

⁶⁰ Begleitbericht (Fn. 1), 7, der als Dritte die Veranstalter nennt und «deren Waren, Werke oder Leistungen» miterfasst.

b) Rufausnutzung

Nach der vorgeschlagenen Norm soll die unlautere Bezugnahme auf die Ausnutzung des Rufes gerichtet sein. Unter Rufausbeutung versteht man das Ausnutzen der besonderen Reputation eines Mitbewerbers (oder seiner Waren und Kennzeichen) zur Förderung des eigenen wirtschaftlichen Fortkommens⁶¹. Dies geschieht durch einen Image- resp. Goodwill-Transfer, sodass der Ausnutzende von den Leistungen, die der Ausgenutzte zur Schaffung des Goodwills aufgewendet hat, profitiert. Viele Spielarten des Ambush Marketing zielen indes gerade nicht auf einen Image- resp. Goodwill-Transfer ab. Vielmehr soll schlicht die erhöhte Aufmerksamkeit, die derartige Veranstaltungen in breiten Bevölkerungsteilen erwecken, für eigene Zwecke nutzbar gemacht werden⁶². Es kann folgerichtig nicht dargetan werden, dass der Veranstalter wegen Ambush-Aktivitäten Dritter einen Imageverlust erleiden sollte. Von Rufausbeutung kann in diesem Zusammenhang also nur ausnahmsweise gesprochen werden.

Obleich in der Lehre nicht unumstritten⁶³, stuft die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Sinne einer Rufausbeutung ausserhalb eines Vergleichs und jenseits der Verwechslungsgefahr nur die systematische und planmässige Anlehnung an Dritte als unlauter im Sinne von Art. 2 UWG ein⁶⁴. Daneben werden sog. berühmte, d.h. allgemein bekannte und wertgeschätzte Marken⁶⁵ über das markenrechtliche Spezialitätsprinzip hinaus geschützt (Art. 15 Abs. 1 MSchG). Eine richterliche Praxis, nach welcher der Tatbestand der Rufausbeutung als solcher unlauter sei, ist indes nicht auszumachen⁶⁶. Insofern ist der Ansicht von Müller nicht zu folgen, durch die Schaffung eines Rufausbeutungs-Spezialtatbestandes werde der Schutzbereich des UWG nicht erweitert⁶⁷.

Allgemein lässt sich festhalten, dass Voraussetzung der Rufausnutzung das Bestehen eines – auszunützenden – Rufes ist⁶⁸. Besonders deutlich wird dies mit Blick auf die berühmte Marke, wo an die nachzuweisende Berühmtheit⁶⁹ hohe Anforderungen gestellt werden. Bei Art. 3 lit. ebis E-UWG fehlt ein solches qualitatives Kriterium. Daraus könnte geschlossen werden, dass sämtliche Dritte resp. Leistungen einen Ruf hätten und daher jede Anlehnung resp. Bezugnahme als Rufausbeutung und damit als unlauter qualifiziert würde.

So betrachtet kommt der Rufausbeutung die Eignung als Qualifikationskriterium nicht zu, und sie vermag den Anwendungsbereich von Art. 3 lit. ebis E-UWG kaum einzugrenzen.

⁶¹ Baudenbacher (Fn. 28), UWG 2 N 234; Willi (Fn. 15), MSchG 15 N 24.

⁶² Das Gutachten Müller (Fn. 2), 104, geht hingegen von der nicht zutreffenden Prämisse aus, dass «die Fallgruppe der Rufausbeutung klar im Vordergrund steht».

⁶³ Ausgangspunkt der Kritik bildet der Umstand, dass der Inhaber des Rufes durch die Aktivitäten des mutmasslichen Ausbeuters i.d.R. nicht geschädigt wird, mithin seine Wettbewerbsposition dieselbe ist wie ohne diese Aktivitäten. Die angesprochenen Abnehmer wissen, wer Originalanbieter und wer «nur» Rufausbeuter ist. Tatsächlich wettbewerbsstörende Fehlzurechnungen können adäquat über das Instrumentarium gegen Verwechslungsgefahren (MSchG, Art. 3 lit. d UWG) verhindert werden. Das geltende UWG bietet jedenfalls keine Grundlage für einen eigenständigen Schutz von Investitionsleistungen, die in das Image oder den Ruf eines Produktes getätigt werden (vgl. zu dieser sog. «Hosenbodentheorie» Baudenbacher [Fn. 28], UWG 2 N 238; Insofern verfehlt auch die Argumentation bei Gundelfinger [Fn. 7], 55 a.E., der verlangt, dass die Investitionen und Leistungen zu schützen seien). Eine zweite zuweilen vorgebrachte Argumentationsschiene, wonach beim guten Ruf niemals ein öffentliches Interesse an der Nachahmung bestehe und die Rufausbeutung daher unlauter sei (Baudenbacher [Fn. 28], UWG 2 N 239), vermag ebenfalls nicht zu überzeugen: In einem liberalen Wirtschaftssystem bedürfen nicht Wettbewerbshandlungen der Rechtfertigung mittels öffentlicher Interessen, sondern die staatlichen Wettbewerbseingriffe. Für ein Verbot der Rufausbeutung jenseits der Verwechslungsgefahr ist ein solches Allgemeininteresse jedenfalls nicht auszumachen. Vgl. zum Ganzen auch die weiterführenden Gedanken bei R. Baechler, Sinn und Unsinn abstrakter Farbmärkte, GRUR Int. 2006, 119.

⁶⁴ Vgl. Baudenbacher (Fn. 28), UWG 2 N 206 und 241 ff. und Streuli-Youssef (Fn. 28), 170, je m.w.N. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus der Darstellung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei Müller (Fn. 2), 103.

⁶⁵ Dazu Willi (Fn. 15), MSchG 15 N 9 ff.

⁶⁶ Der von Müller (Fn. 2), 103, angeführte Entscheid des HGer Bern, sic! 1999, 541–544, «Boss», vermag diese Erkenntnis nicht zu erschüttern, liegt diesem Entscheid doch eine Fallkonstellation zugrunde, die ohne weiteres auch mit dem Instrumentarium gegen Verwechslungsgefahr hätte entschieden werden können; der Rufausbeutung kommt hierin jedenfalls keine eigenständige Bedeutung zu.

⁶⁷ Müller (Fn. 2), 104; Vgl. Begleitbericht (Fn. 1), 3.

⁶⁸ Baudenbacher (Fn. 28), UWG 2 N 243; Willi (Fn. 15), MSchG 15 N 23.

⁶⁹ Willi (Fn. 15), MSchG 15 N 9 ff.

c) *Dritte, ihre Waren, Werke oder Leistungen*

Offensichtlich ist der Anwendungsbereich von Art. 3 lit. ebis E-UWG nicht auf sportliche Ereignisse oder auf Veranstaltungen bestimmter Art beschränkt. Schutzsubjekte sind durchgängig Dritte, d.h. sämtliche Marktteilnehmer. Selbst im erklärermassen anvisierten Kontext von Sportveranstaltungen ist indes unklar, wer genau durch die Norm geschützt würde. Mit Sicherheit würde dies der Veranstalter (z.B. UEFA) sein⁷⁰. Fraglich ist, ob auch weitere in irgendwelcher Form an der Veranstaltung Beteiligte sich auf die Norm berufen könnten. Zu denken ist etwa an den Caterer, den Sportartikelausrüster, den Betreiber des Stadions usw. Diese Beispiele illustrieren die Problematik und lassen mögliche Auswüchse erahnen.

d) *In schmarotzerischer Weise*

Die in Art. 3 lit. ebis E-UWG enthaltene Bezugnahme soll nur unlauter sein, wenn sie in schmarotzerischer Weise erfolgt. Der Begriff ist dem geltenden UWG fremd. Gemäss dem Begleitbericht soll damit Bezug auf den Tatbestand der vergleichenden Werbung (Art. 3 lit. e UWG) genommen werden, wo die Wendung «unnötig anlehnend» (im französischen Text – freilich wenig geglückt – «parasitaire») lautet⁷¹. Zu beachten ist, dass der Tatbestand der vergleichenden Werbung zusätzliche Voraussetzungen kennt und das Momentum der «schmarotzerischen Weise» ebenda für sich alleine nicht zur Unlauterkeit führt⁷². Der Begleitbericht gibt über die Tragweite des Kriteriums nicht ausreichend Aufschluss; ihm zufolge soll damit zum Ausdruck gebracht werden, es gehe dabei um Rufausbeutung⁷³. Die Rufausbeutung ist für sich indessen ein eigenständiges Tatbestandselement von Art. 3 lit. ebis E-UWG, und daher ist der Terminus «in schmarotzerischer Weise» unglücklich gewählt. Die Tatbestandsvoraussetzung entbehrt folglich der Tauglichkeit als Qualifikationskriterium.

e) *Ohne hinreichenden Grund*

Ohne hinreichenden Grund soll die Bezugnahme erfolgen, wenn sie nicht notwendig ist⁷⁴. Jedoch sind kaum solche Fälle denkbar. Damit hat dieses Kriterium nicht ausreichend Gehalt, um als qualifizierende Voraussetzung von Art. 3 lit. ebis E-UWG zu dienen.

f) *Diskussion von Art. 3 lit. ebis E-UWG auf der Grundlage des geltenden UWG*

Aus der vorangehenden Darstellung ergibt sich, dass das einzig greifende Kriterium von Art. 3 lit. ebis E-UWG die Tathandlung der Bezugnahme ist und sich die übrigen Unrechtsmomente für die Rechtsanwendung nicht eignen. Im Folgenden werden die Tatbestandselemente der geltenden Bezugnahmetatbestände dargestellt und Lösungsmöglichkeiten gezeigt, die eine Berücksichtigung der involvierten Interessen ermöglichen, ohne eine Revision des UWG im Sinne des Art. 3 lit. ebis E-UWG vornehmen zu müssen.

Art. 3 lit. a UWG regelt den Herabsetzungstatbestand, dessen Bezug nehmendes Moment das wettbewerbsrelevante Einwirken auf das Bild eines Wettbewerbers ist⁷⁵. Unlauter ist nicht jede Herabsetzung; die Äusserung muss zudem unrichtig, irreführend oder unnötig sein⁷⁶, es muss mithin eine gewisse Intensität vorliegen, die anhand von vergleichsweise präzisen Tatbestandsmerkmalen zu beurteilen ist. Die von Art. 3 lit. ebis E-UWG erfassten Verhaltensweisen werden grundsätzlich durch Art. 3

⁷⁰ Der Begleitbericht (Fn. 1), insbesondere 7, spricht stets vom Veranstalter. Im Gesetzestext fehlt eine einschränkende Bestimmung dieser Art.

⁷¹ Begleitbericht (Fn. 1), 7.

⁷² Vgl. zum Vergleichstatbestand hinten III/1.f.

⁷³ Begleitbericht (Fn. 1), 7.

⁷⁴ Begleitbericht (Fn. 1), 7.

⁷⁵ Baudenbacher (Fn. 28), UWG 3 lit. a N 7; Pedrazzini / Pedrazzini (Fn. 39), Rz. 5.04.

⁷⁶ Die drei (nach Pedrazzini / Pedrazzini [Fn. 39], Rz. 5.12 beispielhaften) Varianten sind alternativ zu verstehen; möglich ist daher u.U. die Herabsetzung durch Behauptung wahrer Angaben: Baudenbacher (Fn. 28), UWG 3 lit. a N 13; Streuli-Youssef (Fn. 28), 121 f.; Pedrazzini / Pedrazzini (Fn. 39), Rz. 5.20. Diese vom Gesetz geforderte qualifizierte Art der Herabsetzung wird als Anschwärzung bezeichnet (R. von Büren / E. Marbach, Immaterialgüter – und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Bern 2002, Rz. 1003; vgl. Streuli-Youssef (Fn. 28), 119; Botschaft UWG 1983 (Fn. 39), 1061; BGE 122 IV 36).

lit. a UWG nicht erfasst⁷⁷ – die der Gesetzesrevision zugrunde liegenden Partikularinteressen streben keine im Vergleich zu Art. 3 lit. a UWG weiter gehende Unterbindung der Herabsetzung an⁷⁸.

Bei Art. 3 lit. d UWG ist zusätzlich zur Bezugnahme⁷⁹ für die Bejahung der Unlauterkeit eine Verwechslungsgefahr nötig. Diese ist im Grundsatz dieselbe wie im Markenrecht⁸⁰. Die Verwechslungsgefahr liegt in aller Regel vor, «wenn das jüngere Zeichen das ältere in seiner Unterscheidungsfunktion beeinträchtigt»⁸¹. Selbst eine qualifizierte Bezugnahme in Form einer gezielten – auch sog. sklavischen – Nachahmung ist nicht unlauter, solange keine Verwechslungsgefahr resultiert⁸². Vielmehr ist von der grundsätzlichen Nachahmungsfreiheit auszugehen⁸³, was damit gerechtfertigt wird, dass im Allgemeinen jeder Fortschritt der menschlichen Kultur an Bestehendes anknüpft, darauf aufbaut und die Nachahmung – in den Schranken der Rechtsordnung⁸⁴ – geradewegs ein Gebot der wirtschaftlichen Vernunft sein kann⁸⁵. Die von den Befürwortern des Art. 3 lit. ebis E-UWG angestrebten Schutzmöglichkeiten sind zwar durch Art. 3 lit. d UWG nicht zu erlangen. Mit der in der letzteren Norm enthaltenen Wendung «Waren, Werke, Leistungen oder (...) Geschäftsbetrieb» wird in praxi die vertragliche Beziehung etwa zwischen Sponsor und Veranstalter nicht erfasst, doch kann der darin enthaltene Wertungsgehalt zur Konkretisierung von Art. 2 UWG herangezogen werden: Im Sinne eines Analogieschlusses ist eine Subsumtion eines Sachverhaltes unter Art. 2 UWG denkbar, wenn eine Verwechslungsgefahr in Bezug auf die vertraglichen Beziehungen (z.B. beim Sponsoring) vorliegt und jemand fälschlicherweise als Geldgeber gesehen wird⁸⁶. Der Generalklausel von Art. 2 UWG sollte in diesem Zusammenhang deutlich mehr Bedeutung zukommen. Fehlt aber auch die eben beschriebene Verwechslungsgefahr, eignet sich Art. 3 lit. d UWG nicht direkt zur Konkretisierung von Art. 2 UWG.

Unter den Irreführungstatbeständen aus dem Katalog von Art. 3 UWG ist Art. 3 lit. b UWG hervorzuheben, der die irreführenden Angaben über sich selbst erfasst, die geeignet sind, den Abnehmer im Erwerbentschluss zu beeinflussen. Es kann sich einerseits um objektiv unrichtige, andererseits um richtige, jedoch irreführende Angaben handeln⁸⁷. Der Tatbestand der Irreführung ist keinesfalls restriktiv zu verstehen, indem nur Angaben über Produktexemplare selbst irreführend sein könnten⁸⁸. So kann die Irreführung «in all ihren Facetten kaum erschöpfend erfasst werden»⁸⁹. Erwähnt wird in der Literatur u.a. die Bezugnahme mittels Angabe von Referenzen⁹⁰. Folglich kann die Irreführung nach Art. 3 lit. b UWG in solchen Formen des Ambush Marketing erblickt werden, die eine Aussage zum Inhalt haben, die eine vertragliche Bindung zu einem Veranstalter vortäuscht, deren Inexistenz vom Adressaten vernünftigerweise nicht erkannt werden kann. Für solche Fälle bietet Art. 3 lit. b UWG eine valable Lösung⁹¹. Die Anwendung dieser Bestimmung scheitert dagegen in denjenigen Fällen, in denen keine solche Assoziation zu einer Veranstaltung vorgetäuscht wird, die normalerweise nur gegen eine Gegenleistung erhältlich wäre, sondern das Ausnutzen der Aufmerksamkeit durch ein geschick-

⁷⁷ So auch Begleitbericht (Fn. 1), 5.

⁷⁸ Vgl. Begleitbericht (Fn. 1), 3; Müller (Fn. 2), 101.

⁷⁹ Die Bezugnahme ist objektiv zu beurteilen, da die Absicht – obwohl typischerweise vorhanden – nicht (subjektives) Tatbestandsmerkmal ist: Baudenbacher (Fn. 28), UWG 3 lit. d N 5; Pedrazzini / Pedrazzini (Fn. 39), Rz. 5.80.

⁸⁰ BGE 116 II 370, «Niveaflaschen»; Baudenbacher (Fn. 28), UWG 3 lit. d N 5 und 42; Pedrazzini / Pedrazzini (Fn. 39), Rz. 5.80; vorsichtig Streuli-Youssef (Fn. 28), 142, nach der nur die Beurteilung der Zeichenverwechselbarkeit übereinstimmend sei, wohingegen zwischen den einzelnen Kennzeichnungsmitteln erhebliche Unterschiede bestünden. Zur Verwechslungsgefahr im Markenrecht s. vorne II/1. Umfasst wird jedenfalls die Verwechslungsgefahr im unmittelbaren und im mittelbaren Sinn.

⁸¹ Baudenbacher (Fn. 28), UWG 3 lit. d N 42.

⁸² Baudenbacher (Fn. 28), UWG 3 lit. d N 145; Pedrazzini / Pedrazzini (Fn. 39), Rz. 5.182.

⁸³ Zum Grundsatz der Nachahmungsfreiheit zuletzt BGE 131 III 394, «Immobilieninserate»; vgl. auch BGE 166 II 473, «Volvo Kotflügel».

⁸⁴ Als Schranken in Frage kommen einerseits die immaterialgüterrechtlichen Spezialgesetze wie auch bspw. im Falle einer Verwechslungsgefahr oder des Verrates von Geschäftsgeheimnissen (Art. 4 lit. a UWG) das Lauterkeitsrecht; vgl. dazu auch die einschlägigen strafrechtlichen Normen (z.B. Art. 155 und 162 StGB).

⁸⁵ Eingehender Berger (Fn. 39), 289 ff.

⁸⁶ Diese Möglichkeit wird im Begleitbericht und im Gutachten Müller (Fn. 2), 101 f., nicht diskutiert, da man sich offenbar auf eine Rechtsfindung gestützt auf die Generalklausel nicht verlassen will.

⁸⁷ Irreführende Angaben führen beim Abnehmer durch eigenes Denken zu einem falschen Schluss; zum Ganzen Pedrazzini / Pedrazzini (Fn. 39), Rz. 6.07; Baudenbacher (Fn. 28), UWG 3 lit. b N 45 ff. Zum Begriff der «Angabe» etwa von Büren / Marbach (Fn. 76), Rz. 1012 ff.

⁸⁸ Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 3 lit. b UWG, insbesondere aus dem Begriff «Geschäftsverhältnisse».

⁸⁹ Streuli-Youssef (Fn. 28), 90 f.

⁹⁰ Streuli-Youssef (Fn. 28), 90, m.w.H. in Fn. 52.

⁹¹ A. A. – jedoch ohne Begründung – Begleitbericht (Fn. 1), 5.

tes Handeln offensichtlich ist und eine Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise – oder auch nur die Gefahr hierzu – ausgeschlossen werden kann.

Die blosser Bezugnahme reicht auch beim Tatbestand der vergleichenden Werbung nach Art. 3 lit. e UWG nicht aus. Es muss sich bei der Bezugnahme um einen Vergleich⁹² handeln. Entscheidend ist, dass der Vergleich resp. die vergleichende Werbung grundsätzlich zulässig und nur in den im Gesetz festgehaltenen drei Konstellationen⁹³ unlauter ist⁹⁴. Dem ist so, weil die vergleichende Werbung die Markttransparenz fördert und demgemäss für den Konsumenten und letztlich für den funktionierenden Wettbewerb nützlich und erwünscht ist⁹⁵.

Allen beschriebenen Sondertatbeständen ist gemeinsam, dass zu einem meist genauer umrissenen Typus der Bezugnahme (z.B. Herabsetzung, Vergleich) qualifizierende Voraussetzungen (z.B. Unrichtigkeit, Irreführung, Verwechslungsgefahr) hinzukommen müssen, damit das Wettbewerbsverhalten unlauter ist. Dieser Umstand ist im Grunde selbstverständlich, ist doch die durch eine Bezugnahme eröffnete Möglichkeit des Informationsflusses Voraussetzung für funktionierenden Wettbewerb und somit wünschenswert. Richtig besehen ist folglich die Bezugnahme solange als lauterkeitsrechtlich unbedenklich einzustufen, als sie nicht zu einer Wettbewerbsverfälschung führt. Ob eine solche vorliegt, ist nach den allgemeinen Regeln der funktionalen Auslegung zu bestimmen. Nur so wird der Wettbewerbsfreiheit (Art. 27 Abs. 1 BV) und der Meinungsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 und Abs. 2 BV) gebührend Rechnung getragen.

Hinzuweisen ist letztlich auf Art. 4 lit. a UWG bezüglich der Verleitung zur Vertragsverletzung. Zwar kann diese Bestimmung mangels des Kriteriums des «Abnehmers» nicht direkt auf die hier diskutierten Fälle des Ambush Marketing angewendet werden, doch ist sie bedeutungsvoll bei der Auslegung von Art. 2 UWG. Stadionbesucher könnten etwa durch planmässiges Ausrüsten durch einen Nicht-Sponsor einer Veranstaltung dazu angestiftet werden, die AGB als Vertragsbestandteil des Kontrakts zwischen Besucher und Veranstalter⁹⁶ zu verletzen, indem unerlaubte Gegenstände in die Veranstaltungsstätte eingeschleust würden⁹⁷.

2. Fazit

Art. 3 lit. e bis E-UWG führt – wegen fehlenden qualifizierenden Kriterien – zu einem Verbot der Bezugnahme an sich. Dies ist vor dem Hintergrund, dass das Bezugnehmen auf Mitbewerber im Grundsatz durchaus positiv zu bewerten ist, in einem funktional verstandenen UWG systemwidrig und wettbewerbspolitisch nicht zu befürworten. Die verwendeten Tatbestandsmerkmale liefern keine hinreichend verlässlichen Ankerpunkte für eine überzeugende, verfassungskonforme Anwendung von Art. 3 lit. e bis E-UWG. Wegen breiten Anwendungsbereichs und offenen Formulierungen birgt die Bestimmung Risiken bezüglich der Rechtssicherheit, was insbesondere i.V.m. Art. 23 UWG und dem Legalitätsprinzip gemäss Art. 1 StGB negative Auswirkungen haben könnte⁹⁸. Konsequenz ist, dass die ohnehin breit gefasste Norm den wirtschaftlichen Wettbewerb beeinträchtigen würde, denn es ist davon auszugehen, dass Art. 3 lit. e bis E-UWG – gerade wegen seiner Breite – regelmässig angerufen würde. Hervorzuheben sind im Weiteren die Wirkungen ausserhalb des Arguments der Rechtssicherheit, die sich aus dem Wesen der Norm als Straftatbestand ergeben: Das Drohpotential trüge zu einer unerwünschten Verstärkung wirtschaftlicher Ungleichgewichte bei.

Blickt man auf die im UWG weit gefasste Aktivlegitimation, welche die Klagebefugnis all denjenigen zugesteht, die sich in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht sehen (Art. 9 Abs. 1 UWG), ergeben sich weitere Schwierigkeiten.

Unbestimmte Rechtsbegriffe sind dem UWG nicht fremd und vielerorts ein Gebot, um die nötige Flexibilität in der richterlichen Entscheidungsfindung zu ermöglichen – vorliegend sind sie aber auf Kosten der Griffigkeit von Art. 3 lit. e bis E-UWG in der Unschärfe zu stark ausgeprägt. Die Rechtsbegriffe sind für

⁹² Die Praxis fasst den Begriff des Vergleichs relativ breit; darunter subsumiert wird jegliches – auch implizites – Gegenüberstellen von Fakten: Pedrazzini / Pedrazzini (Fn. 39), Rz. 5.36. Baudenbacher (Fn. 28), UWG 3 lit. e N 28, geht sogar so weit, dass er die Bezeichnung «bezugnehmende Werbung» dem Begriff der «vergleichenden Werbung» vorziehen würde; a.A. Streuli-Youssef (Fn. 28), 127.

⁹³ Nur der unrichtige, irreführende, unnötig herabsetzende oder anlehrende Vergleich ist unlauter: Art. 3 lit. e UWG.

⁹⁴ Baudenbacher (Fn. 28), UWG 3 lit. e N 34 ff.; Streuli-Youssef (Fn. 28), 126.

⁹⁵ So explizit in der Botschaft UWG 1983 (Fn. 39), 1049.

⁹⁶ Vgl. dazu vorne II/1.

⁹⁷ Als solche Ausrüstung kommen etwa werbende T-Shirts, Fahnen, Transparente, Sonnenschutzartikel usw. in Frage.

⁹⁸ Vgl. Hilty / Thouvenin (Fn. 39), 21.

die funktionale Auslegung des UWG nicht geeignet; der vorgeschlagene Artikel schiesst in seiner breiten Formulierung über eine funktional zweckmässige Beschränkung hinaus. Unbestimmte moralisierende Begriffe sind im funktional orientierten UWG gefährlich und möglichst zu vermeiden, da sie bei Sachverhaltsbeurteilungen systemfremde Argumente provozieren. Das UWG ist kein Moralgesetz, sondern schützt den funktionierenden Wettbewerb. Allgemeingültige Massstäbe, die den moralischen Wert oder Unwert einer Wettbewerbshandlung beschreiben, sind nicht vorhanden⁹⁹.

Aus der Beurteilung von Art. 3 lit. e bis E-UWG und der funktionalen Betrachtungsweise des UWG resultiert, dass die Ergänzung des Kataloges der Spezialtatbestände von Art. 3 UWG mit dem vorgeschlagenen Ambush-Tatbestand nicht notwendig und daher die Revision in diesem Sinne abzulehnen ist. Sollte eine Novellierung unverzichtbar erscheinen, wäre die Regulierung restriktiver und konzeptuell ins geltende UWG passend zu formulieren.

IV. Neuordnung der Amts- und Rechtshilfe

Bisher haben im UWG konkrete Bestimmungen zur Amts- und Rechtshilfe gefehlt. Soweit sich entsprechende Verfahrensfragen stellten, musste auf die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Prinzipien zurückgegriffen werden¹⁰⁰. Eine Spezifizierung, welche die lauterkeitsrechtlichen Besonderheiten in Betracht zieht, erscheint deshalb als sinnvoll. Ebenso hat es sich aufgedrängt, für die neuen Regelungen die zwischenzeitlich nicht mehr «benutzten» Art. 21 und Art. 22 UWG zu verwenden.

Der bundesrätliche Vorschlag von Art. 21 E-UWG zur Amtshilfe in der Schweiz ist knapp und entspricht den Anordnungen in vielen weiteren Gesetzen. Immerhin fällt auf, dass die Empfängerbehörden überhaupt nicht konkretisiert sind, d.h. die innerschweizerische Amtshilfe unterliegt institutionell keinen Beschränkungen. Enger sind hingegen die entsprechenden Formulierungen z.B. im Finanzmarktbereich: Die Amtshilfe ist nur an andere Finanzmarktaufsichtsbehörden zulässig¹⁰¹. Die offenere Regelung von Art. 21 E-UWG ist nur dann nicht problembehaftet, wenn die Praxis sich an die Vorgabe hält, dass die Dokumentenübermittlung für die empfangende Behörde wirklich notwendig sein muss.

Gemäss Art. 22 Abs. 1 E-UWG können die zuständigen Bundesbehörden mit den zuständigen ausländischen Behörden sowie mit internationalen Organisationen oder Gremien zusammenarbeiten und die Erhebungen koordinieren. Diese Formulierung ist, gerade im Vergleich zu den entsprechenden Bestimmungen im Finanzmarktbereich¹⁰², ausgesprochen breit. Der Bundesrat rechtfertigt in seinen Erläuterungen die Formulierung mit dem Hinweis auf ähnliche Anordnungen in anderen Gesetzen, insbesondere im Kulturgütertransfergesetz und im Embargogesetz. Der Hinweis ist zwar richtig, der Vergleich aber nicht unbedingt überzeugend: Beim Embargogesetz stehen eminente öffentliche (staatliche) Interessen zur Debatte, beim Kulturgütertransfer die Erhaltung des Kulturguts in einem bestimmten Land, das ebenfalls ein wesentlicher Bestandteil des öffentlichen Interesses ist. Beim angestrebten lauterkeitsrechtlichen Verbot der «Hinterhaltswerbung» geht es hingegen lediglich um private bzw. monetäre Interessen. Der Vergleich mit den Regelungen im Finanzmarktbereich wäre deshalb sehr viel naheliegender gewesen¹⁰³. Nicht zuletzt hat die Parlamentsdebatte im Jahre 2005 zur Revision von Art. 38 BEHG¹⁰⁴ gezeigt, dass der «Gesetzgeber» die unter internationalem politischen Druck unterbreiteten Vorschläge von Bundesrat und Eidg. Bankenkommission kritisch hinterfragt hat. Weshalb in einem wesentlich weniger sensitiven Bereich wie dem Lauterkeitsrecht diese Zurückhaltung nicht beachtet wird, begründet die Botschaft mit keinem Wort. Weil es sich bei den ausgetauschten Daten in den meisten Fällen um Personendaten handeln dürfte, wäre überdies sicherzustellen, dass der Staat des ausländischen Datenempfängers über ein vergleichbares Datenschutzniveau verfügt¹⁰⁵.

Die Zusammenarbeit ist gemäss Art. 22 Abs. 1 E-UWG nicht nur mit den zuständigen ausländischen Behörden, sondern auch mit internationalen Organisationen und Gremien möglich. Erneut schlägt der Bundesrat eine Ausweitung des Empfängerkreises vor, wie sie im Finanzmarktbereich nicht vorgese-

⁹⁹ Hilty / Thouvenin (Fn. 39), 21 f.

¹⁰⁰ Vgl. allgemein Häfelin / Müller, (Fn. 9), Rz. 1258 ff.

¹⁰¹ Vgl. Art. 80 VAG, in Kraft seit 1. Januar 2006; Art. 34 bis Abs. 1 BEHG, in Kraft seit 1. Mai 2004.

¹⁰² Vgl. Art. 23 sexies BankG; Art. 38 BEHG; Art. 81 VAG.

¹⁰³ Vgl. dazu den Überblick von S. du Pasquier, Internationale Amtshilfe: Informationsaustausch und verfahrensrechtliche Aspekte, AJP 2006, 74 ff.

¹⁰⁴ BBl 2004, 6747, 6771.

¹⁰⁵ Art. 6 DSG. Diese Voraussetzung ist für die Länder der Europäischen Union erfüllt.

hen ist¹⁰⁶, sondern lediglich etwa im Kulturgütertransfer- und im Embargogesetz, obwohl der Vergleichsbezug nicht voll überzeugt¹⁰⁷. Zwar sieht der Gesetzesvorschlag vor, dass die internationalen Organisationen und Gremien an das Amtsgeheimnis gebunden sein müssen oder einer entsprechenden Verschwiegenheitspflicht unterliegen. Ein strafrechtlich sanktionierbares Amtsgeheimnis gilt aber für das einzige in der Botschaft erwähnte Gremium, nämlich das «International Consumer Protection and Enforcement Network (ICPEN)», nicht; der Hinweis auf eine entsprechende Verschwiegenheitspflicht ist sehr vage, und der Bundesrat sagt auch nicht, wie deren Überprüfung vorgenommen werden soll. Weiter bleibt unklar, ob die Verletzung einer solchen Verschwiegenheitspflicht irgendwie bzw. irgendwo strafbewehrt wäre. Der Gesetzesvorschlag nennt schliesslich, wie erwähnt, als einziges internationales Gremium die ICPEN; angesichts der Formulierung würden aber auch neue, erst künftig eingerichtete internationale Gremien als Empfänger von Informationen in Frage kommen.

Art. 22 Abs. 2 und Abs. 3 E-UWG entsprechen vergleichbaren Regelungen (z.B. im Finanzmarktbereich) und geben deshalb zu keinen besonderen Bemerkungen Anlass. Erstaunlicherweise (und in der Botschaft nicht begründet) werden gesperrte Postfächer als besonderes Informationsobjekt genannt.

Art. 22 Abs. 4 E-UWG legt ausdrücklich fest, dass im Falle von Widerhandlungen gegen das UWG strafrechtliche Rechtshilfe geleistet werden darf und dass solche Widerhandlungen nicht als währungs-, handels- oder wirtschaftspolitische Delikte im Sinne von Art. 3 Abs. 3 des BG über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen gelten. Erneut fällt auf, dass sich der Bundesrat mit dieser Anordnung an das Kulturgütertransfer- und Embargogesetz anlehnt, die völlig verschiedene Rechtsgüter schützen, und nicht an die Aufsichtsgesetze im Finanzmarktbereich. Dass die «Hinterhaltswerbung» eine gemeinrechtliche Straftat und nicht ein wirtschaftspolitisches Delikt ist, lässt sich zwar vertreten, doch wäre auch in diesem Punkt eine offenere Auslegung seitens des Bundesrates und eine konkrete Begründung für die neue Norm erwünscht gewesen.

Zusammenfassung

Der Auslöser des Gesetzgebungsverfahrens zur Anpassung des UWG durch eine Ambush Marketing-Bestimmung liegt in den Interessen betroffener Kreise; die erscheint staatspolitisch als nicht unproblematisch. Bereits das geltende Recht kennt verschiedene Instrumente, die dem Schutz der kommerziellen Interessen, insbesondere der Veranstalter von Grossanlässen dienen, wie etwa das zeitlich befristete Recht zur Sondernutzung von im Gemeingebrauch stehendem öffentlichem Grund unter Ausschluss Dritter, die eigentums- und besitzrechtlichen Befugnisse sowie insbesondere immateriälgüterrechtliche Ansprüche (z.B. gestützt auf das Markenschutzgesetz); überdies stellt das UWG eine lauterkeitsrechtliche Rahmenordnung zur Verfügung und können vertragliche Exklusivabsprachen getroffen werden. Die Problematik der Ausweitung des Schutzzumfangs durch eine neue Bestimmung zum Ambush Marketing besteht darin, dass faktisch eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt wird, obwohl an sich der Wettbewerb durch gesteigerte Absatzmöglichkeiten i.d.R. eine Intensivierung erfährt; weil Veranstalter von Grossanlässen eine Monopolstellung innehaben, ist eine Verstärkung ihrer Stellung kartellrechtlich im Grundsatz nicht erwünscht, zumal die Generalklausel von Art. 2 UWG anwendbar bleibt, auch wenn kein neuer Spezialtatbestand geschaffen wird. Art. 3 lit. ebis E-UWG führt – wegen fehlenden qualifizierenden Kriterien – zu einem Verbot der Bezugnahme an sich, was Art. 2 UWG widerspricht und wettbewerbspolitisch als unerwünscht erscheint, zumal die verwendeten Tatbestandsmerkmale keine konkreten Ankerpunkte für die verfassungskonforme funktionale Anwendung der vorgeschlagenen Bestimmung bieten. Die Unbestimmtheit der verwendeten Begriffe führt zur Unschärfe; soweit überhaupt eine Novellierung des UWG in Betracht gezogen wird, wäre die Norm restriktiver und funktional-konzeptionell dem geltenden UWG besser angepasst zu formulieren. Aus strafrechtlicher Sicht bringt Art. 3 lit. ebis E-UWG i.V.m. Art. 23 UWG aufgrund seiner Unbestimmtheit Risiken bezüglich der Rechtssicherheit mit sich und verstärkt wegen seines Drohpotenzials wirtschaftliche Ungleichgewichte. Die neuen Regelungen zur internationalen Zusammenarbeit in Art. 22 Abs. 1 E-UWG sind ausgesprochen weit und erlauben einen Austausch von Informationen und Daten, wie er z.B. im Finanzmarktbereich nicht möglich wäre, nicht zuletzt auch an private internationale Organisati-

¹⁰⁶ Vgl. auch du Pasquier (Fn. 103), 75.

¹⁰⁷ Auch wenn ein «ordre public»-Vorbehalt nicht ausdrücklich erwähnt ist, muss dieser Grundsatz zur Anwendung kommen (dazu auch R. Roth, in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Loseblatt, Zürich 2000, Art. 38 N 41 ff.).

onen. Den berechtigten Privatsphärenanliegen wird damit nicht Rechnung getragen; eine restriktivere Gesetzesvorschrift wäre angemessen.

Résumé

Le point de départ de la modification de la LCD en vue d'y insérer une disposition sur le rattachement parasite (ambush marketing) réside dans les intérêts des milieux concernés, ce qui n'est pas sans problème du point de vue de la politique de l'Etat. Le droit en vigueur connaît déjà différents instruments qui servent à la protection des intérêts commerciaux, en particulier des organisateurs de grands événements, par exemple le droit temporaire à l'usage exclusif du domaine public, les prérogatives liées à la propriété et à la possession, et aussi les droits de propriété intellectuelle. De plus, la LCD détermine un cadre légal de la concurrence, et des accords contractuels d'exclusivité peuvent être conclus. Les problèmes liés à l'extension de la protection par une disposition sur le rattachement parasite résident dans le fait qu'il en résulte pratiquement une restriction de la concurrence, bien que l'accroissement des possibilités de vente conduise en règle générale à une intensification la concurrence. Du fait que les organisateurs de grands événements ont une position monopolistique, un renforcement de leur position n'est pas souhaité du point de vue du droit des cartels, d'autant que la clause générale de l'art. 2 LCD demeure applicable même si aucune nouvelle disposition spéciale n'est introduite. L'art. 3 lit. ebis P-LCD conduit – en raison du défaut de critères qualifiants – à une interdiction de la référence en soi, ce qui contredit l'art. 2 LCD et ne paraît pas souhaitable du point de vue de la politique en matière de concurrence, d'autant que les éléments constitutifs de l'acte tels qu'ils résultent de la disposition n'offrent aucune base pour une application fonctionnelle conforme à la Constitution. L'imprécision des termes utilisés conduit à un flou; dans la mesure où il se justifierait de modifier la LCD, la disposition devrait être formulée de manière plus restrictive et être mieux adaptée à la LCD en vigueur, du point de vue fonctionnel et conceptuel. Sous l'angle pénal, l'art 3 lit. ebis P-LCD en relation avec l'art. 23 LCD comporte des risques pour la sécurité du droit en raison de son imprécision et renforce les déséquilibres économiques par la menace qu'il fait planer. Les nouvelles dispositions portant sur la coopération internationale de l'art. 22 al. 1 P-LCD sont vraiment larges et permettent un échange d'informations et de données qui ne serait pas possible p.ex. dans le domaine financier, d'autant qu'il serait également possible avec des organisations internationales privées. On ne tient pas suffisamment compte ainsi des attentes légitimes pour la protection de la sphère privée; une disposition légale plus restrictive serait appropriée.

* Dr. iur., ord. Professor an der Universität Zürich, geschäftsführender Direktor am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München. Unter Mitarbeit von Dr. iur. Mathis Berger, LL.M., Rechtsanwalt, Zürich, lic. iur. Adrian Gautschi und lic. iur. Fabian Wigger, beide Assistenten an der Universität Zürich.

** Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., ord. Professor an der Universität Zürich. Unter Mitarbeit von lic. iur. Thilo Pachmann und lic. iur. Paul Wegmann, beide Assistenten an der Universität Zürich.

***Dr. iur., Rechtsanwalt, ord. Professor an der Universität Zürich, Direktor am Europa Institut Zürich.