

Elisabeth Kraml
Wölfelstraße 18
95444 Bayreuth

elisabeth.kraml@gmx.de
s3elkram@stmail.uni-bayreuth.de

Matrikelnummer: 1115965
Fachsemester: 7

Seminar zum Sportrecht insbesondere Ambush Marketing, Sportsponseringverträge und Vermarktung des Fußballsports

Wintersemester 2010/11

Prof. Dr. Peter W. Heermann LL.M.

Universität Bayreuth

Thema 1:

Ambush Marketing: Rechtliche Schutzmöglichkeiten der
adidas AG vor assoziativer Werbung der Volkswagen AG
im Vorfeld der WM 2010 (Werbekampagne „Team
Sondermodelle zur WM 2010“) – Lauterkeitsrecht,
Markenrecht

LITERATUR

Barber Horst, Air Ambushing oder parasitäre Werbung im Luftraum, WRP 2006, 184.

Beater Axel, Unlauterer Wettbewerb, München 2002.

Berberich Matthias, Ambush Marketing bei Sportgroßveranstaltungen – aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, SpuRt 2006, 181.

Boesche Katharina Vera, Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2009.

Bruhn Manfred, Ahlers Grit Mareike, Ambush Marketing – „Angriff aus dem Hinterhalt“ oder intelligentes Marketing?, in Jahrbuch der Absatz und Verbrauchsforschung 2003, S 271.

Dreyer Gunda, Konvergenz oder Divergenz – Der deutsche und der europäische Mitbewerberbegriff im Wettbewerbsrecht, GRUR 2008, 123.

Ekey Friedrich L., Klippel Diethelm, Bender Achim (Hrsg.), Markenrecht, Band 1, Markengesetz und Markenrecht ausgewählter ausländischer Staaten, 2. Auflage, Heidelberg 2009.

Emmerich Volker, Unlauterer Wettbewerb, ein Studienbuch, 8. Auflage, München 2009.

Fehrmann Holger, Der Schutz exklusiver Sponsoringrechte bei Sportgroßveranstaltungen gegen Ambush Marketing, Baden-Baden 2009.

Fezer Karl-Heinz (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), München 2010
Band 2: §§ 5- 20 UWG (zitiert: *Fezer/Bearbeiter* § Rn).

Fezer Karl-Heinz (Hrsg.), Markenrecht, Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen, Dokumentation des nationalen, europäischen und internationalen Kennzeichenrechts, 4. Auflage, München 2009 (zitiert: *Fezer Markenrecht* § Rn).

Furth Rasmus, Ambush Marketing, Eine rechtsvergleichende Untersuchung im Lichte des deutschen und US-amerikanischen Rechts, Köln 2009.

Götting Horst-Peter, Nordemann Axel (Hrsg.), UWG, Handkommentar, Baden-Baden 2010.

Harte-Bavendamm Henning, Henning-Bodewig Frauke, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) Mit Preisangabenverordnung, Kommentar, 2. Auflage München 2009 (zitiert: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Bearbeiter* § Rn) .

Henn Steffen, Markenschutz und UWG, Baden-Baden 2009.

Ingerl Reinhard, Rohnke Christian, Markengesetz, Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, 3. Auflage, München 2010.

Jaeschke Lars, Ambush Marketing, Schutzstrategien gegen assoziatives Marketing für Veranstalter von (Sport-)Großereignissen und Markenartikler, Norderstedt 2008.

Knaak Roland, Keyword Advertising, Das aktuelle Key-Thema des Europäischen Markenrechts, GRUR Int 2009, 551.

Köhler Helmut, Bornkamm Joachim, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz, 29. Auflage, München 2011.

Körber Thomas C., Heinlein Katharina, Informationspflichten und neues UWG, WRP 2009.

Körber Thomas C., Rüdiger Mann, Werbefreiheit und Sponsoring, Möglichkeiten und Grenzen von Ambush Marketing unter besonderer Berücksichtigung des neuen UWG, GRUR 2008, 737.

Lange Paul, Das System des Markenschutzes in der Rechtsprechung des EuGH – Versuch einer Interpretation, WRP 2003, 323.

Larenz Karl, Canaris Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts, zweiter Band, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Auflage, München 1994.

Lettl, Tobias, Wettbewerbsrecht, München 2009.

Mees Hans-Kurt, Verbandsklagebefugnis in Fällen des ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutzes, WRP 1999, 62.

Melwitz Nikolaus, Der Schutz von Sportgroßveranstaltungen gegen Ambush Marketing, Tübingen 2008.

Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Heermann Peter W., Hirsch Günter (Hrsg.), Band 1 Grundlagen des Wettbewerbsrechts, Internationales Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht, Europäisches Gemeinschaftsrecht - Grundlagen und sekundärrechtliche Maßnahmen, §§ 1-4 UWG, München 2006;

Band 2 §§ 5- 22 UWG, München 2006.

Münker Reiner, Verbandsklagen im sogenannten ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutz, in: Ahrens Hans-Jürgen, Bornkamm Joachim, Kunz-Hallstein Hans Peter(Hrsg.), Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken 2006.

Netzle Stephan, Ambush Marketing, die neue unfaire Marketing-Maßnahme im Sport, SpuRt 1996, 86.

Nufer Gerd, Ambush Marketing im Sport, Grundlagen, Strategien, Wirkungen, Berlin 2010.

Ohly Ansgar, Keyword Advertising auf dem Weg zurück von Luxemburg nach Paris, Wien, Karlsruhe und Den Haag, GRUR 2010, 776.

Ohly Ansgar, Designschutz im Spannungsfeld von Geschmacksmuster-, Kennzeichen- und Lauterkeitsrecht, GRUR 2007, 731.

Ohly Ansgar, Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs, Köln, Berlin, Bonn, München 1997.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, bearb. v. Bassenge Peter, Brudermüller Gerd, Diederichsen Uwe u. a., 70. Auflage. München 2011.

Pechtl Hans, Ambush Marketing, WiSt Heft 2, 2008.

Pechtl Hans, Trittbrettfahren bei Sportevents: das Ambush Marketing, Diskussionspapier 01/07, Greifswald 2007.

Pham Michel Tuan, Johar Gita Venkataramani, Market Prominence Biases in Sponsor Identification: Processes and Consequentiality, Psychology and Marketing 2001, Vol. 18(2):123–143.

Piper Henning, Ohly Ansgar, Sosnitza Olaf, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung, 5. Auflage, München 2010.

Sachse Manuela, Kommunikationseffekte von Sponsoring und Ambush-Marketing bei Sportgroßveranstaltungen, Wiesbaden 2010.

Sambuc Thomas, Der UWG Nachahmungsschutz, München 1996.

Schack Heimo, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. Auflage, Tübingen 2010.

Schröer Benjamin, Der unmittelbare Leistungsschutz, Tübingen 2010.

Shani David, Sandler Dennis M, Ambush Marketing: Is Confusion To Blame for the Flickering of the Flame?, Psychology and Marketing 1998, Vol 14, No. 4, 367.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
Buch 2 - Recht der Schuldverhältnisse §§ 823-825; Berlin 1999.

Ströbele Paul, Hacker Franz (Hrsg.), Markengesetz, Kommentar, 9. Auflage, Köln 2009 (zitiert: Ströbele/Hacker § Rn).

Ullmann Eike (Hrsg.), UWG, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Auflage, Saarbrücken 2009.

Ulmer Eugen, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1980.

Voeth Markus, WM Studie 2010, Chancen für das Marketing oder Millionengrab? http://www.marketing.uni-hohenheim.de/wmhomepage/Wm-studie.de/ergebnisse/ergebnisse_2010_Werbung_1.html (zuletzt aufgerufen: 10.12.2010, 14:46).

Wiedmann Klaus-Peter, Bachmann Frank, Frerichs Katharina, Ambush Marketing: Eine empirische Untersuchung zu den Wirkungspotenzialen, Chancen und Risiken verschiedener Ambush-Strategien am Beispiel von Sportevents, Hannover 2001.

Wittneben Mirko, Solnder André, Der Schutz von Veranstaltern und Sponsoren vor Ambush Marketing bei Sportgroßveranstaltungen, WRP 2006, 1175.

GLIEDERUNG

A. EINFÜHRUNG	1
B. DIE TEAM-SONDERMODELLE-KAMPAGNE IM DETAIL	1
I. Die Team-Sondermodelle-Kampagne	1
II. Interessenlage bezüglich der Kampagne	2
1. Interessen und Argumente seitens der FIFA und der Sponsoren	2
2. Interessen und Argumente seitens der VW AG	3
C. RECHTLICHE SCHUTZMÖGLICHKEITEN DER ADIDAS AG GEGEN DIE VW AG	4
I. Markenrecht	4
1. §§ 14 V, II Nr.1, 2 MarkenG	4
2. § 14 V, II Nr. 3 MarkenG	4
a. Bestehendes Markenrecht	5
b. Eingriff in den Schutzbereich	5
3. Gemeinschaftsmarkenrecht	6
II. Schutzmöglichkeiten aus anderen Immaterialgüterrechten	6
1. Urheberrecht	6
2. Geschmacksmusterrecht	7
III. Lauterkeitsrecht	7
1. Blacklist	8
a. Aktivlegitimation	8
b. Geschäftliche Handlung	9
c. Unlauterkeit	9
2. Irreführung	10
a. Allgemeine Voraussetzungen	10
b. Unlauterkeit nach § 5a UWG	10
c. Unlauterkeit nach § 5 I 2 Nr. 3 UWG	11
aa. Relevante Verkehrskreise	11
bb. Verständnis der Verkehrskreise	11
d. Unlauterkeit nach § 5 I 2 Nr. 4 Alt. 1 UWG	12
3. Unsachgemäße Beeinflussung	13
4. Ausnutzen der Leichtgläubigkeit	14
5. Vergleichende Werbung	14
a. Werbung	15
b. Erkennbarmachen eines Mitbewerbers	15
aa. Erkennbarmachen von adidas	15
bb. Erkennbarmachen der Fußballweltmeisterschaft	15
6. Nachahmung	16
a. Nachahmung der Outfits	16
b. Nachahmung der Fußballweltmeisterschaft	16
c. Nachahmung der Lizenzierungstätigkeit	18
d. Nachahmung der Sponsorenstellung	18
	VI

7. Gezielte Behinderung	19
8. Generalklausel	20
a. Unmittelbarer Leistungsschutz	21
b. Rufausbeutung	22
c. Allgemeine Marktstörung	23
9. Ergebnisbestätigung durch Spürbarkeitsschwelle	24
IV. Ansprüche aus dem allgemeinen Zivilrecht	24
1. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	24
2. Sittenwidrige Schädigung	25
D. RECHTLICHE SCHUTZMÖGLICHKEITEN DER ADIDAS AG GEGEN DIE FIFA	25
I. Anspruch auf Vorgehen	25
II. Anspruch auf Abtretung eventueller Ansprüche	26
E. FAZIT	27

A. Einführung

Der Überfall aus dem Hinterhalt. Das lässt auf etwas sehr Verachtungswürdiges und Gefährliches schließen. Eine viel diskutierte Marketingform würde man so wörtlich aus dem Englischen übersetzen: Das Ambush Marketing. Dabei kann sich der unbefangene Leser das Schrecklichste vorstellen. Vermutlich würde er aber nicht sofort auf die Idee kommen, dass zahlreiche Formen der alltäglichen Werbung während Sportereignissen darunter fallen. Ganz im Gegenteil würde er sich eher dagegen wehren, zu solch dramatischen Umschreibungen zu greifen. Dennoch kann die Werbekampagne, um die es in dieser Arbeit gehen soll, auch dieser Kategorie zugeordnet werden, ohne dass der Laie unmittelbar auf den Gedanken kommen würde, dass diese Werbung verachtungswürdig ist. Bei der Beschäftigung mit dem Thema und den verschiedenen Kategorien dieser Werbetechnik wird schnell deutlich, dass man aus der wörtlichen Übersetzung keine voreiligen Schlüsse ziehen darf. Vielmehr ist der Begriff des Ambush Marketing schlicht als Begrifflichkeit hinzunehmen, die einer Handlungsform zur Absatzförderung gegeben wurde. Die wörtliche Übersetzung sollte, bei der Findung einer sachgerechten Beurteilung, besser ausgeblendet werden. Ansonsten besteht die Gefahr, keinen neutralen Blick mehr auf die Sachlage zu bekommen. Bei der besagten Werbekampagne handelt es sich um die Werbung zur Vermarktung der „Team Sondermodelle“ von VW. Im Folgenden wird diese Kampagne kurz dargestellt, um dann der Frage nachzugehen, welche Schutzmöglichkeiten der adidas AG dagegen zur Verfügung stehen. Dabei soll der Schwerpunkt vor allem auf lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen liegen. Dennoch kommen auch andere Ansprüche, wie etwa aus dem Marken- oder Urheberrecht, in Frage.

B. Die Team-Sondermodelle-Kampagne im Detail

Auch wenn der Begriff des Ambush Marketing unglücklich gewählt ist, kann doch die Frage gestellt werden, ob die besagte Kampagne anderen Unternehmen schadet und diesen Unternehmen etwas an die Hand gegeben werden sollte, um sich davor zu schützen. Dabei ist es sinnvoll, sich die Kampagne und die betroffenen Interessen zunächst genauer anzusehen.

I. Die Team-Sondermodelle-Kampagne

Die Kampagne zu den „Team Sondermodellen“ von VW hat verschiedene Fahrzeuge der VW AG zum Gegenstand, die sich durch besondere Ausstattung

und besonderen Preis von den sonstigen Angeboten des Herstellers abheben. Die Kampagne mit TV- und Kinospots begann mit dem Motiv „Wintermärchen“ zum Jahreswechsel 2009/2010. Fans mit Deutschlandfahnen, weißen Oberteilen und anderen Deutschland-Accessoires jubelten den ankommenden Modellen im Schneegestöber zu. Inhalt waren das ersehnte Erscheinen der Modelle und die Aussage, dass zusammen am schönsten gefeiert werden könne. Darauf folgte im Frühling 2010 das Motiv „Legenden“, in dem sich Paul Breitner, Rudi Völler und Fritz Walter beim VW Händler treffen und die Modelle bestaunen. Dabei trugen sie Outfits, die an die Kluft der Nationalmannschaften von 1954, 1974 und 1990 erinnerten. Dieser Teil der Kampagne reichte bis Ende Juni 2010, also fast bis zum Ende der Fußballweltmeisterschaft. Als dritte Phase der Kampagne wird unter dem Motiv „Verführung“ jeweils die Schönheit eines der Modelle besonders hervorgehoben. Zum Teil geschah dies durch geschickte Kameraführung an der Silhouette entlang oder mittels eines roten Tuchs, das Schritt für Schritt und mit entsprechender Musikunterlegung das schöne Design des Modells durch Abnehmen des Tuches zum Vorschein bringt. Diese Phase erstreckte sich auf den Zeitraum von Juli bis Herbst 2010.

Unterstützend wurde in allen Phasen Print-, Radio- und Internetwerbung mit entsprechendem Inhalt eingesetzt. In jedem Werbemedium wurde die Bezeichnung der Sondermodelle als „Team Sondermodelle“ herausgehoben, oft mit dem Slogan „das beste Team aller Zeiten“. Außerdem konnte im Internet ein persönliches Teamposter bestellt werden, um selbst Teil des Teams zu werden. Außerdem gab es weitere Fanartikel.

II. Interessenlage bezüglich der Kampagne

Die Kampagne nimmt die Fußballweltmeisterschaft als Aufhänger, ohne dass dies direkt angesprochen würde. Die Adressaten stellen trotzdem fast automatisch eine Assoziation zu diesem Sportgroßereignis her. Das ist zugleich eine besonders subtile, wie auch kreative Form des Ambush Marketing. Einigen Zuschauern wird vermutlich sogar ein Schmunzeln über die Lippen huschen. Trotzdem wird mit einem Blick auf die Interessen der Beteiligten Konfliktpotential deutlich:

1. Interessen und Argumente seitens der FIFA und der Sponsoren

Zu Gunsten der FIFA und ihrer Sponsoren lässt sich anführen, dass Sportgroßereignisse wie die Fußballweltmeisterschaft einen hohen finanziellen Aufwand bedeuten. Dieser muss auch durch die Sponsorengelder finanziert werden. Aufgrund deren Höhe können die Sponsoren nur an ihrem Engagement

festhalten, wenn für sie dadurch ebenfalls ein Gewinn entsteht. Dieser wird auch durch die Exklusivrechte an Werbemaßnahmen erreicht. Wird dieses Gleichgewicht von der Finanzierung des Sportereignisses auf der einen Seite und dem Nutzen für das sponsernde Unternehmen angetastet, so könnte der Einsturz des gesamten Finanzierungskonzeptes drohen. Durch Maßnahmen, bei denen die Exklusivität beeinträchtigt oder die Aufmerksamkeit durch das Sportgroßereignis ausgenutzt wird, verlieren die Sponsoren Werbekraft, sodass die Bereitschaft zum Sponsoring sinkt. In Folge dessen könnte am Ende das ganze Sportevent bedroht sein.¹ Die Ambusher sägen so auch am Ast, auf dem sie selbst sitzen.²

Die FIFA und ihre Sponsoren können außerdem für sich geltend machen, dass die Ambusher, wie hier VW, ohne eine eigene Leistung zu erbringen von dem von FIFA und Sponsoren finanzierten Ereignis profitieren, beziehungsweise dies durch die Werbung versuchen. Sie machen sich damit etwas zu Nutze, das sie nicht selbst, sondern andere mit großem Aufwand geschaffen haben. Dies kann durchaus als ungerecht empfunden werden.

2. Interessen und Argumente seitens der VW AG

Auf Seiten der VW AG steht zunächst das Interesse an einer effektiven Vermarktung der Produkte. Dieses Interesse wird durch die Werbefreiheit als Ausfluss von Meinungs- und Berufsfreiheit grundgesetzlich geschützt, Art. 5, 12 GG.

Darüber hinaus kommt der VW AG das Argument zu Gute, dass es sich bei einer Fußballweltmeisterschaft nicht um eine private Veranstaltung, sondern um ein Ereignis von internationalem gesellschaftlichem Interesse handelt. Es ist ja gerade das Ziel dieser Veranstaltung, möglichst viele Fans weltweit für sich zu gewinnen. Ein solches gesellschaftliches Großereignis kann jedoch nicht ohne Weiteres für einzelne Unternehmen monopolisiert werden. Allein der große finanzielle Aufwand vermag nicht dazu zu führen, dass den Veranstaltern ein exklusives Vermarktungsrecht in der Form einzuräumen ist, dass sogar jegliche Nennung verboten wird. Deshalb kann die bloße Assoziation alleine erst recht nur mit gesteigerten Argumentationsaufwand verboten werden. Diese hat vor allem auch nur die Schmälerung der eigenen Werbung zur Folge. Darauf alleine kann jedoch noch kein Verbot aufgebaut werden.³ Darüber hinaus bleibt bei einer solchen Eingrenzung der Vermarktungsmöglichkeiten immer noch ein exklusiver

¹ So *Bruhn/Ahlers*, 281.

² *Pechtl*, WiSt 2008, Heft 2, S. 69, 71.

³ *BGH GRUR* 2010, 642 ff., Rn 60 – WM Marken; *Berberich*, SpuRt 2006, 184.

Raum für die Veranstalter, in dem sie alleine bestimmen können, wer im Zusammenhang mit ihrer Veranstaltung werben darf. An erster Stelle steht hier immer noch das Hausrecht, das auch weiterhin von der Rechtsprechung als ausreichend erachtet wird.⁴ Außerdem kann in gewissen Grenzen auch das Markenrecht weiterhelfen. Würde eine assoziative Werbung erlaubt, wäre den Veranstaltern also noch nicht jeder Schutz gegen Ambush Marketing verwehrt. Wenn man sich mit den Schutzmöglichkeiten der adidas AG befasst, sollte man die eben erarbeiteten Interessen immer im Blick behalten.

Im Folgenden werden nun die verschiedenen Möglichkeiten, die der adidas AG gegen die Werbung zu den „Team Sondermodellen“ zur Verfügung stehen, beleuchtet. Dabei kommt zum einen in Betracht, gegen die VW AG selbst direkt vorzugehen. Zum anderen ist auch denkbar, gegen die FIFA, die durch den Sponsoringvertrag ein exklusives Vermarktungsrecht einräumt, Ansprüche geltend zu machen, den Markt frei von Ambushern (wie hier im konkreten Fall der VW AG) zu halten.

C. Rechtliche Schutzmöglichkeiten der adidas AG gegen die VW AG

Zunächst soll der direkte Weg gegen die VW AG untersucht werden.

I. Markenrecht

Hier fällt der Blick als erstes auf das Markenrecht. Durch die Werbung werden Anleihen an den von adidas hergestellten Trikots genommen. Darin könnte eine Markenrechtsverletzung liegen, gegen die sich die adidas AG im Rahmen von § 14 V, VI MarkenG zur Wehr setzen könnte.

1. §§ 14 V, II Nr. 1, 2 MarkenG

Hier fehlt es an der erforderlichen Doppelidentität von Produkt und Zeichen beziehungsweise an der Identität oder Ähnlichkeit der Produkte: Mit angelehnten Fußballoutfits wird für Automobile geworben.

2. § 14 V, II Nr. 3 MarkenG

So bleibt als Anknüpfungspunkt § 14 V, II Nr. 3 MarkenG, der Tatbestand der Rufausbeutung.

⁴ So, wenn auch in anderem Kontext, *BGH* Urt. v. 28. 10. 2010 – I ZR 60/09 – Hartplatzhelden.

a. Bestehendes Markenrecht

Zunächst müsste der adidas AG ein Markenrecht zustehen, aus dem sie vorgehen kann. In Betracht kommt hier ein Markenrecht bezüglich der Fußballeroutfits. Diese sind nicht im Markenregister eingetragen. Ein Schutz kann sich jedoch auch ohne Eintragung aus § 4 Nr. 2 MarkenG durch die Verkehrsgeltung der Marke ergeben. Diese setzt voraus, dass ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs die Marke kennt und sie als Hinweis auf den Inhaber auffasst⁵, wobei der Name des Inhabers der Marke selbst nicht bekannt zu sein braucht.⁶ Von einer Verkehrsgeltung der Fußballtrikots kann man gerade in der Fußballnation Deutschland ausgehen. Auch eventuell zu berücksichtigende Schutzhindernisse nach § 8 MarkenG stehen dem nicht entgegen.⁷ Insbesondere kann § 8 II Nr. 6 MarkenG mit dem Hinweis verneint werden, dass dieser vom Sinn und Zweck der Vorschrift her nur dann einschlägig ist, wenn eine Gefahr des Missbrauchs oder ein private Monopolisierung von Hoheitszeichen besteht. Das ist nur dann gegeben, falls der Eindruck eines hoheitlichen Bezugs erweckt wird.⁸ Davon kann bei der Herstellung von Fußballtrikots für eine Nationalmannschaft nicht die Rede sein. Ein Markenrecht besteht also.

b. Eingriff in den Schutzbereich

Außerdem müsste in den Schutzbereich der Marke eingegriffen worden sein. Eine inländische Benutzungshandlung und Handeln im geschäftlichen Verkehr ohne die Zustimmung des Markeninhabers machen hierbei als Voraussetzungen gemäß § 14 II MarkenG keine Probleme. Problematisch ist das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der markenmäßigen Benutzung. Schon die Frage, ob dieses Erfordernis für die Annahme einer Markenverletzung benötigt wird, ist umstritten. Der BGH⁹ und die herrschende Lehre nehmen dies jedoch an.¹⁰ Noch unklarer ist dazu die Meinung des EuGH. Gerade zu der Frage, ob dieses Erfordernis auch für den Bekanntheitsschutz nach Art. 5 II MarkenRL gilt, kann noch kein eindeutiges Ergebnis gefunden werden.¹¹

⁵ Ekey/Klippel/Bender/Ekey § 4 Rn 41, 55-57.

⁶ Ingerl/Rohnke § 4 Rn 18.

⁷ Fezer MarkenR § 4 Rn 99 ff.; Ströbele/Hacker § 4 Rn 13; Ingerl/Rohnke § 4 Rn 9.

⁸ BPatG, GRUR 2009, 495 – Flaggenball; ähnlicher Gedanke auch: BPatG, GRUR 2005, 679, 681 – Bundesfarben.

⁹ BGH, GRUR 2005, 583 – Lila Postkarte; BGH, GRUR 2008, 702 Rn 60 – Internet-Versteigerung III; BGH, GRUR 2009, 498 Rn 11 – Bananabay.

¹⁰ Henn, 28; Knaa,k, GRUR Int 2009, 555, 557; Lange, WRP, 326 f.; für die Beibehaltung des Gedankens unter anderem Namen: Ohly, GRUR 2010, 779.

¹¹ EuGH, WRP 2007, 299 ff. – Opel Blitz.

Dies kann jedoch dahinstehen, wenn eine etwaige Benutzung mit rechtfertigendem Grund und in lauterer Weise erfolgen würde. Vorliegend hat die VW AG die in Art. 5 GG geschützte Werbefreiheit und Kunstfreiheit auf ihrer Seite. Außerdem stellt sie sich nicht gezielt gegen die Rechte der adidas AG. Es werden lediglich ähnliche Outfits verwendet, um deutlich zu machen, dass die auftretenden Persönlichkeiten alle Nationalspieler waren. Bei genauerer Betrachtung sind die Outfits auch künstlerisch originell, weil sie zwar eine Ähnlichkeit mit den Originalen aufweisen, durch den Aufdruck „Team Sondermodelle“ aber auch die eigene Note herausgestellt wird. Das Interesse der adidas AG an der Integrität ihrer Outfits wird durch die Verwendung als Mittel zum Zweck auch nur unwesentlich beeinträchtigt: Die Outfits stehen nicht im Vordergrund der Werbung, sie dienen nur der Assoziation zum Fußballsport, für den die adidas AG keinen Markenschutz geltend machen kann. Damit fehlt es an einem Eingriff in den Schutzbereich des Markenrechts der adidas AG.

Es besteht kein markenrechtlicher Anspruch der adidas AG gegen die VW AG, aus dem gegen die Werbekampagne vorgegangen werden könnte.

3. Gemeinschaftsmarkenrecht

Für das Gemeinschaftsmarkenrecht ergeben sich keine anderen Aspekte. Auch hieraus ist keine Schutzmöglichkeit der adidas AG abzuleiten.

II. Schutzmöglichkeiten aus anderen Immaterialgüterrechten

Andere Schutzmöglichkeiten aus dem Gebiet der Immaterialgüterrechte können sich aus dem Urheber- und dem Geschmacksmusterrecht ergeben.

1. Urheberrecht

Das Urheberrecht hat das Werk als persönliche geistige Schöpfung zum Schutzgegenstand, §§ 1, 2 II UrhG. Ein Werk setzt eine persönliche Schöpfung, mit geistigem Gehalt voraus, die bereits eine Formgebung erfahren hat. Das bedeutet, dass es vor allem Individualität bedarf.¹² Exemplarisch sind unter anderem in § 2 I Nr. 4 UrhG Werke der angewandten Kunst aufgeführt. Diese benötigen jedoch nach überwiegender Auffassung zur Abgrenzung zu den Geschmacksmusterrechten eine besondere Schöpfungshöhe.¹³ Das ist überzeugend, weil sonst ein Wertungswiderspruch durch die deutlich

¹² Schack § 9 Rn 181.

¹³ BGH, GRUR 1995, 581, 582 – Silberdistel; BGHZ 138, 143, 147 – Les-Paul-Gitarren; BVerfG, GRUR 2005, 410f – Laufendes Auge; Ulmer, 149; Ohly, GRUR 2007, 733; Schack § 9 Rn 323.

unterschiedlichen Schutzfristen gegeben wäre. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass nahe liegende Gestaltungsmerkmale und denen ähnliche Gestaltungsformen möglichst nicht monopolisiert werden sollen. Die Trikots haben die Absetzung der Ärmel und des Halsausschnittes durch schwarze Farbe gegenüber dem ansonsten weißen Stoff als Merkmal. Das alleine kann noch nicht ausreichen, um eine besondere Gestaltungshöhe anzunehmen, der dann der besonders lange Schutz von 70 Jahren post mortem auctoris (§ 64 UrhG) folgen würde. Es liegt kein urheberrechtlich geschütztes Werk vor. Ein Vorgehen gegen die VW AG aus urheberrechtlichen Gesichtspunkten ist also nicht möglich.

2. Geschmacksmusterrecht

Design kann aber, wie erwähnt, auch durch das Geschmacksmusterrecht geschützt werden. Dieses stellt weniger hohe Anforderungen an den Schutzgegenstand. Die Schutzfrist des nicht eingetragenen Geschmacksmusters beträgt lediglich 3 Jahre (Art. 11 I GGV) und ist bei den Trikots in jedem Fall überschritten. Für einen längeren Schutz muss das Geschmacksmuster eingetragen werden, § 27 I GeschmMG, Art. 12 GGV. Das ist jedoch hier nicht der Fall. Die Geltendmachung von Ansprüchen aus Geschmacksmusterrecht scheidet somit ebenfalls aus.

III. Lauterkeitsrecht

Im Mittelpunkt der möglichen Abwehrmaßnahmen soll nun das Lauterkeitsrecht stehen.

Zunächst muss hier die Anwendbarkeit des Lauterkeitsrechts neben dem einschlägigen, wenn auch nicht weiterhelfenden, Markenrecht begründet werden. Grundsätzlich besteht eine gesetzlich normierte Anspruchskonkurrenz, § 2 MarkenG. Insbesondere in Bezug auf den Schutz bekannter Marken kann sich jedoch etwas anderes ergeben.¹⁴ Vorliegend geht es bei der lauterkeitsrechtlichen Prüfung aber nicht um die Verwendung der Trikots an sich, sondern um die wettbewerblichen Auswirkungen dieses Vorgehens. Die Outfits werden nur zum Mittel der Assoziation verwendet. Genau gegen diese Assoziationswirkung soll vorgegangen werden, nicht jedoch gegen das Mittel, also die Verwendung der Outfits. Das UWG ist also zur Überprüfung der entstehenden Assoziation anwendbar, weil schon gar keine Konkurrenz zum Markenrecht besteht.

¹⁴ Vgl. Pipet/*Ohly*/Sosnitza Einf D Rn 82.

1. Blacklist

Dabei muss zunächst immer ein Blick in die Liste der stets unzulässigen Handlungen gegenüber Verbrauchern nach § 3 III i.V.m. Anhang UWG geworfen werden. Die Team-Sondermodelle-Kampagne bewegt sich im B2C Bereich, sodass die Vorschriften einschlägig sind.

Für den vorliegenden Fall könnte ein Vorgehen aus §§ 3 III i.V.m. Nr. 4 Anhang UWG relevant sein.

a. Aktivlegitimation

Um aus den UWG-Tatbeständen vorgehen zu können, muss die adidas AG nach § 8 III UWG aktivlegitimiert sein. Die adidas AG ist weder eine IHK noch ein eingetragener Verband, sodass die Aktivlegitimation lediglich aus § 8 III Nr. 1 UWG folgen kann. Die adidas AG müsste dazu Mitbewerber der Volkswagen AG sein. Mitbewerber im Sinne des UWG ist jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht, § 2 Nr. 3 UWG. Die adidas AG ist Unternehmer im Sinne von § 2 Nr. 6 UWG.

Fraglich ist, ob ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen ihr und der VW AG besteht. Beide Unternehmen vertreiben völlig unterschiedliche Produkte. Ein Wettbewerbsverhältnis liegt nicht offensichtlich auf der Hand. Im Interesse eines möglichst wirksamen Wettbewerbsschutzes können an die Mitbewerbereigenschaft keine zu großen Anforderungen gestellt werden.¹⁵ Die Mitbewerberstellung ist bereits zu bejahen, wenn durch eine geschäftliche Handlung eines Unternehmens lauterkeitsrechtlich schützenswerte Interessen eines anderen Unternehmens negativ betroffen werden können und der Wettbewerb dadurch zum Nachteil des Letzteren verfälscht bzw. beeinträchtigt werden kann.¹⁶

Eine Mitbewerberstellung kann sich nicht dadurch ergeben, dass die adidas AG als (Mit)Veranstalterin der Fußballweltmeisterschaft ihre Vermarktungsmöglichkeiten geschmälert sieht, wenn nun die VW AG in Anlehnung an dieses Ereignis wirbt. Durch ihre Sponsorenstellung wird die adidas AG noch nicht Veranstalterin der Fußballweltmeisterschaft. Sie ist alleine Geldgeberin. Das uneingeschränkte wirtschaftliche Risiko trägt die FIFA, ebenso wie sie alleine den Organisationsaufwand betreibt. Das Risiko der Sponsoren beschränkt sich auf die Wirkung der eingesetzten Sponsorengelder. Somit ist das Produkt

¹⁵ BGHZ 93, 96, 97 – DIMPLE; BGH, GRUR 2004, 877, 878 Werbeblocker.

¹⁶ Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller, § 2 Rn 119; Dreyer, GRUR 2008, 123, 126.

Fußballweltmeisterschaft der FIFA, aber nicht ihren Sponsoren zuzuordnen.¹⁷ Aus dem Umstand heraus, als Sponsor die Veranstaltung möglich zu machen, ergibt sich noch keine Veranstalterstellung, die eine Mitbewerberstellung begründen könnte.

Selbst bei der obigen weiten Formel können noch Zweifel aufkommen, ob alleine die Verwendung von ähnlichen Outfits als Werbeaufhänger einen solchen Einfluss hat, dass der Wettbewerb und die Absatzchancen der adidas AG geschmälert werden. Im betreffenden Fall wird vor allem eine Assoziation zum Fußball hergestellt. Die Assoziation zu adidas dient nur als Mittel zum Zweck dieser ersten Assoziation. Dieser Umstand macht es noch schwerer, eine konkrete Beeinträchtigung der Absatzchancen der adidas AG zu begründen. Sie ist jedoch auch nicht evident ausgeschlossen. Durch die Assoziation mit der Fußballweltmeisterschaft könnte beispielsweise die Wahrnehmung von adidas als Sponsor verwässert werden, letztlich droht somit auch die Beeinträchtigung der Kommunikationseffekte der eigenen Werbung und Waren.

Wie schon bei der markenrechtlichen Prüfung deutlich wurde, steht hier jedoch auch eine Rufausnutzung im Raum. In einem solchen Fall ist es sinnvoll, auch bei fehlender Konkurrenz der Waren ein Wettbewerbsverhältnis anzunehmen, um dann die konkrete Zulässigkeit des Verhaltens prüfen zu können.¹⁸ Die Aktivlegitimation der adidas AG ist also gegeben.

b. Geschäftliche Handlung

Die Werbekampagne dient der Absatzförderung und ist damit als geschäftliche Handlung nach § 2 I Nr. 1 UWG möglicher Anknüpfungspunkt der Lauterkeitsprüfung.

c. Unlauterkeit

Genauerer Betrachtung bedarf es im Hinblick auf die Unlauterkeit im Sinne von Nr. 4 Alt. 1 des Anhangs zum UWG. Dort wird die unwahre Angabe, eine vorgenommene geschäftliche Handlung oder eine Ware oder Dienstleistung sei von einer öffentlichen oder privaten Stelle bestätigt, gebilligt oder genehmigt worden, verboten. In der Benutzung von Outfits, die denen der Originalkleidung der Fußballweltmeisterschaften entsprechen, und in der Anspielung auf die Fußballweltmeisterschaft könnte ein Anknüpfungspunkt liegen. Durch die assoziative Art der Werbung kann der Eindruck zu Stande kommen, dass

¹⁷ Furth, 220.

¹⁸ Fehrmann, 134; Piper/Ohly/Sosnitzer § 2 Rn 61; BGHZ 86, 90, 96 – Rolls Royce.

entweder adidas die Benutzung der Outfits oder die FIFA die Anlehnung an die Fußballweltmeisterschaft gebilligt haben. Der alleinige Eindruck reicht jedoch noch nicht aus, um einen Verstoß gegen die sogenannte Blacklist anzunehmen. Vielmehr muss die Behauptung ausdrücklich ausgesprochen werden. Im Vergleich zu anderen Nummern des Anhangs (Nr. 9, 10, 17, 22, 23) kann das aus dem Wortlaut geschlossen werden.¹⁹ Darüber hinaus ist diese Auslegung gerade aufgrund der restriktiven Folgen, nämlich dem Verbot ohne Wertungsmöglichkeit, eine gerechtfertigte Vorgehensweise. Bei einer so einschneidenden Folge, die auch als Ausnahme zur sonstigen lauterkeitsrechtlichen Systematik der Interessenabwägung steht ist es notwendig, die Voraussetzungen möglichst eng auszulegen, um nicht Gefahr zu laufen, die Wettbewerbsfreiheit unangemessen einzuschränken. Die Werbekampagne lässt sich nicht unter die Blacklist fassen. Damit gibt es hieraus keine Schutzmöglichkeit der adidas AG.

2. Irreführung

Das Erwecken eines falschen Eindrucks ist jedoch durch die Tatbestände zur Irreführung erfasst. Es könnte sich eine Rechtsschutzmöglichkeit aus §§ 3, 5 I 2 Nr. 3, 4 oder § 5a UWG ergeben.

a. Allgemeine Voraussetzungen

Für die Aktivlegitimation und die geschäftliche Handlung kann hier nach oben verwiesen werden.

b. Unlauterkeit nach § 5a UWG

Eine falsche Annahme, die VW AG sei Sponsor, könnte sich durch die assoziative Werbung oder den fehlenden Hinweis ergeben, kein Sponsor zu sein. Eine solche Hinweisverpflichtung würde man der Tatsache entnehmen, dass ein falscher Eindruck erweckt wurde. Ansonsten käme es gar nicht zu der wahrheitswidrigen Annahme der Verbraucher. Es wird deutlich, dass erst durch die aktive Handlung der eventuell täuschenden Kampagne eine Irreführung folgen könnte. Der Schwerpunkt des vorwerfbaren Verhaltens liegt also in der Handlung. Deshalb ist es angebracht, die Kampagne auch nach den Regeln über die aktive Irreführung zu beurteilen.²⁰ Eine Unlauterkeit nach § 5a UWG ist also nicht einschlägig.

¹⁹ Fezer/Peifer Anhang UWG Nr. 4 Rn 9.

²⁰ Körber/Mann, GRUR 2008, 741.

c. Unlauterkeit nach § 5 I 2 Nr. 3 UWG

Laut § 5 I 2 Nr. 3 UWG ist eine geschäftliche Handlung irreführend und damit unlauter, wenn sie unwahre Angaben oder sonst zur Täuschung geeignete Angaben über die Person, Eigenschaften oder Rechte des Unternehmers, wie Identität, Vermögen einschließlich der Rechte des geistigen Eigentums, den Umfang von Verpflichtungen, Befähigung, Status, Zulassung, Mitgliedschaften oder Beziehungen, Auszeichnungen oder Ehrungen, Beweggründe für geschäftliche Handlung oder die Art des Vertriebs enthält.

In Frage kommt hier lediglich eine Täuschungseignung, weil keine ausdrücklichen Aussagen getroffen werden. Um eine Täuschungseignung festzustellen, müssen zunächst die angesprochenen Verkehrskreise und deren Verständnis der Werbung ermittelt werden. Danach kann das gefundene Ergebnis mit der Realität verglichen werden, um das Vorliegen einer Irreführung zu beurteilen.²¹ Hier könnte durch die Bezeichnung als „Team Sondermodelle“ und die Assoziation zur Fußballweltmeisterschaft eine fehlende Beziehung der VW AG zur Fußballnationalmannschaft vorgetäuscht werden.

aa. Relevante Verkehrskreise

Die angesprochenen Verkehrskreise der VW-Kampagne sind hier denkbar weit zu verstehen. Die Werbespots wurden im Fernsehen ausgestrahlt, was ein breites Zuschauerspektrum bietet. Fast alle Verbraucher dürften davon erfasst sein, sodass sich die Werbung an alle potentiellen Autofahrer richtet. Die Kraftfahrzeuge der VW AG können auch nicht als so hochwertig und teuer eingestuft werden, dass die angesprochenen Verkehrskreise eingeschränkt werden müssten.

bb. Verständnis der Verkehrskreise

Wichtig ist nun, wie die Verbraucher die Werbung verstehen. Dabei ist auf die Sicht eines durchschnittlich informierten und verständigen, situationsbedingt aufmerksamen Verbrauchers abzustellen.²² Wesentlich beeinflusst wird diese Sicht durch den Gesamteindruck, den die Angabe vermittelt.²³ Konkret ist im Rahmen von § 5 I 2 Nr. 3 UWG danach zu fragen, ob die relevanten Verkehrskreise eine Beziehung der adidas AG zur VW AG annehmen oder den Eindruck gewinnen, es wäre eine Zulassung der Werbung durch die adidas AG erfolgt. Dabei ist stets zu beachten, dass sich die Unlauterkeit nur auf Angaben

²¹ *Emmerich* § 14 Rn 33.

²² *BGH*, GRUR 2000, 619, 621 – Orient-Teppichmuster, *BGHZ* 148, 1, 7 - Mitwohnzentrale, *BGHZ* 156, 250, 252 - Marktführerschaft.

²³ *Piper/Ohly/Sosnítza* § 5 Rn 115.

beziehen kann.²⁴ Angaben sind Aussagen eines Unternehmens, die sich auf Tatsachen beziehen und daher inhaltlich nachprüfbar sind.²⁵ Rein subjektive Aussagen²⁶ oder die Auslösung vager Begriffsassoziationen²⁷ werden beispielsweise nicht erfasst. Dennoch werden keine allzu hohen Anforderungen in Bezug auf die Form der Angabe gestellt. So kann es genügen, wenn konkludent eine Information mit Tatsachenkern enthalten ist, die vom Verkehr auch als solche verstanden wird.²⁸ Durch den Namen „Team Sondermodelle“ könnte der Eindruck entstehen, dass die VW AG in Beziehung zur deutschen Nationalmannschaft steht. Es werden ehemalige Nationalspieler für den Spot verwendet. Dies kann sowohl für als auch gegen eine Beziehung zur Mannschaft sprechen. Dadurch, dass aber gerade ehemalige Nationalspieler als Werbefiguren eingesetzt werden, überwiegt der Eindruck, dass keine Verbindung zur aktuellen Mannschaft besteht. Mitglieder dieser sind ja gerade nicht Teil der Werbung. Der erste ausgestrahlte Spot mit dem Wintermärchenmotiv hat außerdem auch zum Ausdruck gebracht, dass der Begriff Team auch im Sinne von einer Zusammengehörigkeit aller Deutschen und der guten Ergänzung der einzelnen Fahrzeuge in der Produktpalette der VW AG zu verstehen ist. Dadurch wurde den Verkehrskreisen deutlich, dass keine Beziehung zwischen Nationalmannschaft und VW AG besteht. Dafür spricht auch, dass die Verbraucher daran gewöhnt sind, dass Beziehungen zur Nationalmannschaft dann auch mit einer Werbung direkt mit Mitgliedern der Nationalmannschaft oder einem Hinweis auf diese Beziehungen herausgestellt werden²⁹, etwa bei der Nutella Werbung. Eine Beziehung wird also nicht von den Verkehrskreisen angenommen. Damit scheidet eine Unlauterkeit wegen § 5 I 2 Nr. 3 UWG.

d. Unlauterkeit nach § 5 I 2 Nr. 4 Alt. 1 UWG

Für eine Unlauterkeit nach § 5 I 2 Nr. 4 Alt. 1 müsste die Kampagne Angaben über Aussagen oder Symbole, die im Zusammenhang mit direktem oder indirektem Sponsoring stehen, enthalten. Sponsoring ist die gezielte Förderung von Personen, Organisationen oder Veranstaltungen durch Geld-, Sach- oder Dienstleistungen zum Zwecke der Eigenwerbung.³⁰

²⁴ Boesche, Rn 263.

²⁵ Köhler/Bornkamm § 5 Rn 2.37.

²⁶ BGH, GRUR 2002, 182, 183 – Das Beste jeden Morgen.

²⁷ MüKo UWG/Reese § 5 Rn 149.

²⁸ Götting/Nordeman § 5 Rn 0.57 f.; vgl. BGH, GRUR 1961, 544 – Hühnergegacker.

²⁹ BGH, GRUR 2010, 642 ff., Rn 45 – WM Marken

³⁰ Piper/Ohly/Sosnítza § 5 Rn 690.

Zu fragen ist also, ob die oben ermittelten angesprochenen Verkehrskreise durch die Werbung zu den „Team Sondermodellen“ annehmen, dass die VW AG eine gezielte Förderung der Fußballweltmeisterschaft selbst oder beteiligter Personen oder Organisationen betreibt, um für sich selbst zu werben.

Hier kann zum einen auf das oben Gesagte verwiesen werden: Durch die Bezeichnung als „Team Sondermodelle“ wird keine Sponsoringverbindung impliziert. Zum anderen sind die Verbraucher gerade im Bezug auf Sponsoring daran gewöhnt, dass gerade ausdrücklich mit diesem geworben wird und andere Nichtsponsoren genauso durch beispielsweise WM-Brötchen die Gelegenheit für besondere Angebote und Werbemaßnahmen nutzen.³¹ Andererseits wurde durch Studien auch eine gewisse Gleichgültigkeit der Verbraucher gegenüber dem Sponsoring ermittelt³² sowie eine Konfusion, wer nun Sponsor ist beziehungsweise welche Arten von Sponsoren es gibt³³. Eine Gleichgültigkeit würde dann aber dazu führen, dass sich die angesprochenen Verkehrskreise erst gar nicht mit der möglichen Sponsoringtätigkeit auseinandersetzen und folglich auch keinem Irrtum unterliegen können.

Die Konfusion bei der Befragung von Verbrauchern könnte auch gerade aus der Gleichgültigkeit resultieren, sodass sich hieraus auch kein anderes Ergebnis ableiten lässt. Dieses müsste dann ohnehin dazu führen, dass Nichtsponsoren explizit auf ihr fehlendes Sponsoring nach § 5 a II UWG hinweisen müssten. Das ginge aber in jedem Fall zu weit. Selbst wenn sich an ein Ereignis angelehnt wird, müssten schon qualifizierte Merkmale, namentlich eine tatsächliche Verunsicherung der Verbraucher im konkreten Fall durch die Werbung hinzutreten. Davon ist hier aber nicht auszugehen: Durch die Anlehnung ergibt sich nur eine Assoziation, die nicht dazu führt, dass die Verbraucher eine Sponsorenstellung annehmen. Eine Unlauterkeit aus § 5 I 2 Nr. 4 UWG ist also nicht gegeben.

3. Unsachgemäße Beeinflussung

Ein Vorgehen der adidas AG gegen die VW AG könnte aus §§ 3, I, II, 4 Nr.1 UWG in Betracht kommen. Die allgemeinen Voraussetzungen Aktivlegitimation und geschäftliche Handlung sind, auch hier, wie oben zu beurteilen.

³¹ Voeth WM Studie http://www.marketing.uni-hohenheim.de/wmhomepage/Wm-studie.de/ergebnisse/ergebnisse_2010_Werbung_1.html; BGH, GRUR 2010, 642 ff., Rn 45 – WM Marken.

³² Shani/Sandler, 380 f.; Nufer, 251.

³³ Pham/Johar, 123–143; Sachse, 215; Wiedmann/Bachmann/Frerichs, 82.

Fraglich ist, ob der Kampagne vorgeworfen werden kann, eine unangemessene, unsachliche Beeinflussung der Verbraucher zu bewirken. Unstreitig wird man konstatieren können, dass die Werbung zu den „Team Sondermodellen“ nicht lediglich sachlich argumentiert, sondern mit der emotionalen Bindung der Zuschauer zum Fußball spielt. Es ist aber gerade typisch für die Werbung, auch auf der Gefühlsebene zu wirken. Deshalb muss diese Wirkung auch unangemessen sein, um als unlauter eingestuft zu werden. Wie dies im Einzelfall ausfällt, kann schwierig zu beurteilen sein. Voraussetzung ist aber jedenfalls, dass die Urteilskraft des Verbrauchers so stark beeinträchtigt wird, dass sachliche Gesichtspunkte in den Hintergrund treten.³⁴ Durch das Hervorrufen eines Schmunzelns oder eines Ansprechens des fußballerischen Fanehrgeizes in der VW-Werbung kann man eine solch starke Beeinflussung noch nicht unterstellen. Die Verbraucher sind trotzdem noch in der Lage, die Vor- und Nachteile unabhängig von der für sie eventuell ansprechenden Werbung abzuwägen. Eine Unlauterkeit wegen unsachgemäßer Beeinflussung scheidet damit aus.

4. Ausnutzen der Leichtgläubigkeit

In Hinblick auf die oben festgestellte Verbraucherverwirrung ist für die Beurteilung der Unlauterkeit ein Blick auf die Vorschrift des § 4 Nr. 2 UWG angezeigt. Dort wird das Ausnutzen der Leichtgläubigkeit der Verbraucher sanktioniert. Da jedoch nur eine Anlehnung an die Fußballweltmeisterschaft stattfindet und die Verbraucher nicht zu dem unwahren Schluss kommen, die VW AG wäre Sponsor, kann auch keine Unlauterkeit aus § 4 Nr. 2 UWG vorliegen.

5. Vergleichende Werbung

Durch die Werbung wird eine Assoziation zur adidas AG und ihren Produkten herbeigeführt. Das könnte der adidas AG die Möglichkeit eröffnen, aus §§ 3 I, II, 6 UWG gegen die Kampagne vorzugehen. Aktivlegitimation und geschäftliche Handlung haben auch hier dasselbe Ergebnis wie oben.

Unlauter im Sinne von § 6 UWG handelt, wer vergleichend wirbt und die Zulässigkeitskriterien des Abs. 2 nicht einhält.

Vergleichende Werbung wird in Abs. 1 als jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen

³⁴Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Stuckel § 4 Nr. 1 Rn 24; Emmerich § 12 Rn 16; Piper/Ohly/Sosnitza § 4 Rn 1/48; Ullman/Seichter § 4 Nr. 1 Rn 86.

Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht, definiert. Ob ein, vorliegend fehlender, Vergleich zusätzlich nötig ist, kann dahinstehen, wenn erstere Kriterien nicht erfüllt sind.

a. Werbung

Die Spots zu den „Team Sondermodellen“ dienen dem Zweck der Absatzförderung und sind damit Werbung im Sinne von § 6 UWG, Art. 2 lit. a RL 2006/114 EG.

b. Erkennbarmachen eines Mitbewerbers

Durch die Spots müsste ein Mitbewerber der VW AG erkennbar gemacht werden. Vorliegend wird Kleidung, die der der adidas AG ähnelt, verwendet. Es wird also die adidas AG erkennbar gemacht. Außerdem findet eine Anspielung auf die Fußballweltmeisterschaft statt.

aa. Erkennbarmachen von adidas

Problematisch ist, ob adidas im Rahmen von § 6 UWG auch als Mitbewerber der VW AG angesehen werden kann. Hier kann nicht auf den Mitbewerberbegriff in § 2 Nr. 3 UWG zurückgegriffen werden, weil beide Vorschriften auf unterschiedlichen Richtlinien beruhen und zum Begriff des Mitbewerbers im Sinne der vergleichenden Werbung eine Stellungnahme durch den EuGH gegeben ist.³⁵ Danach ist ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Unternehmen erforderlich. Die Feststellung des Wettbewerbsverhältnisses muss anhand der angebotenen Waren oder Dienstleistungen getroffen werden. Die Waren der betreffenden Unternehmen müssen eine gewisse Substituierbarkeit aufweisen.³⁶ Dabei muss auf die Wahrnehmung des normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abgestellt werden.³⁷ Die Kriterien dafür sind: der augenblickliche Marktzustand sowie dessen Entwicklungsmöglichkeiten, der räumliche Markt, die besonderen Merkmale und das Image der Ware.³⁸

Von VW werden Automobile, von adidas Sportartikel und Bekleidung vertrieben. Es handelt sich in keinem Fall um Waren, die vom Durchschnittsverbraucher als substituierbar angesehen werden. Deshalb ist das Erkennbarmachen der adidas AG durch die Outfits noch keine vergleichende Werbung im Sinne von § 6 UWG.

bb. Erkennbarmachen der Fußballweltmeisterschaft

³⁵ Köhler/Bornkamm § 6 Rn 73.

³⁶ EuGH, GRUR 2007, 511 Rn 28 – De Landtsheer/CIVC.

³⁷ EuGH, GRUR 2007, 511 Rn 29 – De Landtsheer/CIVC.

³⁸ EuGH, GRUR 2007, 511 Rn 42 – De Landtsheer/CIVC.

Außerdem wird die Fußballweltmeisterschaft erkennbar gemacht. Fraglich ist, wer hier nun hinter dem Produkt Fußballweltmeisterschaft stehen kann und damit erkennbar gemacht wird. Einerseits kommen die FIFA, andererseits die Sponsoren in Betracht. Mit der Argumentation gegen die Veranstalterstellung der Sponsoren³⁹ kommt man hier zu dem Ergebnis, dass in Hinblick auf die Assoziation zur Fußballweltmeisterschaft nur die FIFA erkennbar gemacht wird. Diese bietet keine Automobile an. Die beiden sind somit keine Mitbewerber auf einem Markt mit substituierbaren Waren. Eine Unlauterkeit der Werbung für die „Team Sondermodelle von VW“ kommt also auch nicht aufgrund vergleichender Werbung in Betracht.

6. Nachahmung

Weiterer Anknüpfungspunkt für ein lauterkeitsrechtliches Vorgehen kann der Nachahmungsschutz nach §§ 3 I, II, 4 Nr. 9 UWG sein.

Hier ist zunächst klar abzugrenzen, was alles Schutzgegenstand der Nachahmung sein kann: Zum einen fällt das Augenmerk wieder auf die Outfits. Genauso kommt eine Nachahmung der Fußballweltmeisterschaft an sich in Betracht. Zusätzlich wird vertreten, dass auch die Sponsorenstellung beziehungsweise die Lizenzierungstätigkeit nachgeahmt werden kann. Im Folgenden sollen die verschiedenen Möglichkeiten einzeln nacheinander durchgespielt werden.

a. Nachahmung der Outfits

Gegen die Nachahmung der Outfits könnte für die adidas AG ein Rechtsschutz nach §§ 3 I, II, 4 Nr. 9 UWG gegeben sein. Voraussetzung dafür ist, dass nachgeahmte Produkte angeboten werden. Die Nachahmung selbst ist im Lauterkeitsrecht, im Gegensatz zu den Rechten des geistigen Eigentums, nicht relevant.⁴⁰ Hier werden die nachgeahmten Outfits nur für die Werbung verwendet, nicht jedoch angeboten. Ein lauterkeitsrechtliches Vorgehen kann also nicht alleine auf die Nachahmung und § 4 Nr. 9 UWG gestützt werden.

b. Nachahmung der Fußballweltmeisterschaft

Eine weitere Möglichkeit, gegen die VW AG vorzugehen, könnte sich durch die Nachahmung der Fußballweltmeisterschaft und der damit verbundenen Rufausbeutung ergeben, § 4 Nr. 9 b UWG.

³⁹ Siehe oben S. 8 f.

⁴⁰ Piper/Ohly/Sosnitza § 4 Rn 9/50.

Die Fußballweltmeisterschaft ist, wie oben schon ausgeführt, ein Produkt der FIFA als Veranstalterin, nicht jedoch der jeweiligen Sponsoren.⁴¹ Für den Nachahmungsschutz aus § 4 Nr. 9 UWG wird jedoch eine Beschränkung der Aktivlegitimation auf den Mitbewerber, dessen Waren oder Dienstleistungen nachgeahmt werden, angenommen.⁴² Die gegenteilige Ansicht, auch hier bei der allgemeinen Aktivlegitimation zu bleiben⁴³, um dem Schutz der Verbraucher gerecht zu werden, kann nicht überzeugen. Dem Schutz des Verbrauchers vor Verwechslungsgefahr wurde mit der Umsetzung der UGP-RL in § 5 I, II, Nr. 5 UWG Rechnung getragen.⁴⁴ Außerdem würde die Dispositionsbefugnis des Herstellers unnötig beschränkt, wenn auch andere Mitbewerber gegen eine Nachahmung vorgehen könnten.⁴⁵

Hier hat adidas einen entscheidenden Beitrag zur Fußballweltmeisterschaft geleistet. Man kann sich nun die Frage stellen, ob nicht trotzdem eine Erweiterung der Klagebefugnis auf die adidas AG angebracht wäre.

Dieses Problem kann aber offen bleiben, wenn der Nachahmungsschutz als solches trotzdem nicht durchgreifen würde. Ein solches Ergebnis liegt in Fällen des Ambush Marketing nahe.⁴⁶ Auch im hier gegebenen Fall ergeben sich argumentative Probleme, einen Nachahmungsschutz der Fußballweltmeisterschaft selbst zu begründen, der wiederum so weit reicht, dass schon die bloße Anlehnung an den Fußballsport gegen diesen verstoßen würde. Das bloße Erwecken einer Assoziation an sich ist noch nicht unlauter.⁴⁷ Selbst wenn man das Angebot nachgeahmter Waren weit fasst⁴⁸, die Fußballweltmeisterschaft als möglichen Schutzgegenstand⁴⁹ ansieht und ihr auch die wettbewerbliche Eigenart zuspricht⁵⁰, so muss trotzdem noch ein Imagetransfer⁵¹ stattfinden und eine Interessenabwägung die Unlauterkeit ergeben, um zu einem Verbot nach § 4 Nr. 9 b UWG zu kommen. Die Interessenabwägung müsste im konkreten Fall eindeutig

⁴¹ Siehe S 8 f.

⁴² *BGH*, GRUR 2009, 216 Rn 23 - Küchentiefstpreis-Garantie; *BGH*, GRUR 1991, 223, 224 – finnischer Schmuck; *BGH*, GRUR 1994, 630, 934 – Cartier Armband; *Köhler/Bornkamm* § 4 Rn 9.85 f.; *Piper/Ohly/Sosnitzer* § 8 Rn 88; *Ullmann/Ullmann* § 4 Nr 9 Rn 37; *Fezer/Büscher* § 8 Rn 240.

⁴³ *Münker*, FS Ullmann, 788 f.; *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Bergmann* § 8 Rn 260; *Mees*, WRP 99, 62, 66.

⁴⁴ *Köhler/Bornkamm* § 4 Rn 9.86.

⁴⁵ *Piper/Ohly/Sosnitzer* § 8 Rn 88.

⁴⁶ Vgl. *Berberich*, SpuRt 2006, 183; *Körber/Mann*, GRUR 2008, 741; *Fehrmann*, 136; *Furth*, 220; *Wittneben/Soldner*, WRP 2006, 1180.

⁴⁷ *BGH*, GRUR 2005, 349, 353 – Klemmbausteine III; *BGH*, GRUR 2003, 973, 975 – Tupperwareparty; *Sambuc*, Rn 331 ff.

⁴⁸ Dagegen: *Berberich*, SpuRt 2006, 183; *Melwitz*, 184; *Fehrmann*, 141.

⁴⁹ Dagegen: *Fehrmann*, 138; *Berberich*, SpuRt 2006, 183; a.A. *Melwitz*, 182.

⁵⁰ Im Erg. dagegen: *Furth*, 220 f.; a.A. *Melwitz*, 182.

⁵¹ Zweifelnd ob begründbar: *Körber/Mann*, GRUR 2008, 741; *Berberich*, SpuRt 2006, 183.

zu Gunsten des Sponsors ausfallen.⁵² Mit Blick auf die anfangs gefundene Interessenlage entsteht nicht der Eindruck, dass die Interessen der adidas AG weit höher zu gewichten wären als die der VW AG. Vielmehr stehen seitens der adidas AG wirtschaftliche Interessen in Bezug auf die Effektivität ihrer Werbung und die Finanzierbarkeit von Sportgroßveranstaltungen im Raum. Dem stehen der Grundsatz der Werbefreiheit, sowie das Interesse an der Nichtmonopolisierung von gesellschaftlichen und sozialen Ereignissen gegenüber. Hier überwiegt das wirtschaftliche Interesse der adidas AG nicht deutlich. Eher wird man eine Konkurrenz der Interessen annehmen können. Ob tatsächlich eine Finanzierbarkeit von Sportgroßveranstaltungen bedroht ist, wenn eine subtile Form des Ambush Marketing - wie hier der Assoziation - gewählt wird, ist ebenfalls fragwürdig: Bleiben doch Räume für exklusive Werbung in Verbindung mit dem Sportgroßereignis für die Sponsoren - so zum Beispiel die Bandenwerbung. Damit ist immer noch ein Anreiz gegeben, einen Sponsoringvertrag abzuschließen. Die Interessenabwägung kann deshalb nicht zum Überwiegen der Interessen der adidas AG führen. Die Unlauterkeit ergibt sich also auch nicht wegen einer Nachahmung der Fußballweltmeisterschaft.

c. Nachahmung der Lizenzierungstätigkeit

Im Rahmen der Diskussion um das Ambush Marketing wurde angedacht, dass sich die Unlauterkeit auch aus dem Nachahmen der Lizenzierungstätigkeit ergeben kann.⁵³ Hier ist wieder auf die beschränkte Aktivlegitimation hinzuweisen. Eine Erweiterung auf die Sponsoren kommt hier nicht in Betracht, weil sie ja gerade die Leistungsempfänger der Lizenzierung sind. Die Übertragung dieser Tätigkeit als Leistung der Sponsoren ist fernliegend. Eine Rechtsschutzmöglichkeit scheidet schon alleine deshalb aus.

d. Nachahmung der Sponsorenstellung

Weiteres Nachahmungsobjekt könnte die Sponsorenstellung sein. Diese müsste ein schutzfähiges Leistungserzeugnis darstellen, das nachgeahmt werden kann. Fraglich ist, ob die Sponsorenstellung an sich schon ein Leistungserzeugnis mit wettbewerblicher Eigenart und damit von § 4 Nr. 9 UWG erfasst ist. Hier bestehen schon Bedenken, dies als Ware zu qualifizieren. Die Sponsorenstellung selbst wird nicht angeboten. Angeboten sind lediglich Waren mit einem

⁵² Piper/Ohly/Sosnitzer § 4 Rn 9/67.

⁵³ Heermann, GRUR 2006, 363; a.A. Melwitz, 182; Furth, 214.

gesellschaftlichen Mehrwert, in der Hinsicht, dass dadurch indirekt die Fußballweltmeisterschaft gefördert wird.

In Betracht kommen könnte also das Leistungserzeugnis von Produkten mit gesellschaftlichem Mehrwert durch die Sponsorenstellung. Dies ist jedoch für sich genommen keine Ware, sondern lediglich die Eigenschaft dieser. Für die Sponsoren stehen immer noch die eigenen Produkte im Vordergrund und nicht ein Spendensammeln zur Erreichung der Finanzierung von Sportevents. Daraus folgt auch, dass das Anbieten von Waren mit einem gesellschaftlichen Mehrwert keine Kombination aus Anbieten einer Ware und einer Dienstleistung darstellt. Eine Unlauterkeit ergibt sich also nicht aus einer möglichen Nachahmung der Sponsorenstellung.

Eine Schutzmöglichkeit aus §§ 3 I, II, 4 Nr. 9 UWG besteht damit nicht.

7. Gezielte Behinderung

Eine andere Schutzmöglichkeit könnte sich aus §§ 3 I, II, 4 Nr. 10 UWG ergeben. Die Voraussetzung der geschäftlichen Handlung ist erfüllt. Auch hier ist die Aktivlegitimation wieder auf den behinderten Mitbewerber beschränkt.⁵⁴ Die Prüfung der Schutzmöglichkeiten der adidas AG kann, parallel dazu, auch nur durch die Prüfung einer eigenen Behinderung erfolgen. Nicht erfasst ist die eventuell näher liegende Behinderung des Sponsors auf dem Automobilsektor, nämlich Mercedes.

Die adidas AG muss also durch die Kampagne der VW AG als Mitbewerber gezielt behindert werden. Das ist dann gegeben, wenn der Mitbewerber seine Leistung nicht mehr angemessen zur Geltung bringen kann und sich die Unlauterkeit aus einer umfassenden Interessenabwägung ergibt, oder wenn gezielt der Zweck verfolgt wird, den Mitbewerber in seiner Entfaltung zu hindern und dadurch zu verdrängen.⁵⁵ Zur Beurteilung können die entwickelten Fallgruppen weiterhelfen.⁵⁶ Der vorliegende Fall ist insoweit typisch für das Ambush Marketing, als dass keine der entwickelten Fallgruppen darauf passt.⁵⁷ Durch die Werbung in Assoziation zur Fußballweltmeisterschaft ist es durchaus möglich, dass der Kommunikationswert der Sponsorenwerbung (hier also der adidas AG) geschwächt wird. Gerade durch die mangelnde Exklusivität könnten der adidas

⁵⁴ Köhler/Bornkamm § 4 Rn 10.220.

⁵⁵ BGHZ 148, 1, 5 – Mitwohnzentrale; BGH, GRUR 2002, 902, 905 – Vanity Nummer.

⁵⁶ Fehrmann, 147.

⁵⁷ Fehlende Kompatibilität mit Fallgruppen bei: Wittneben/Soldner, WRP 2006, 1180; Heermann, GRUR 2006, 364; Fehrmann, 155.

AG Effekte verwehrt werden, für die sie durch ihre Sponsorengelder bezahlt hat. Beachtlich ist, dass noch kein eindeutiges Ergebnis zu den Auswirkungen des Ambush Marketing gefunden werden konnte. Eine Beeinträchtigung ist jedenfalls möglich. Es ist aber auch gerade Ziel der Werbung, seine eigenen Produkte in den Vordergrund zu stellen. Dabei büßen die Mitbewerber, wenn die Werbung Erfolg hat, zwangsläufig auch an Kommunikationseffekten ein. Die Behinderung der Mitbewerber ist also in der Regel reiner Nebeneffekt. Diese Zielrichtung wird auch durch das Gesetz (vgl. Art. 2 lit. a RL 2006/114/EG) und den BGH⁵⁸ anerkannt. Sie kann deshalb im Umkehrschluss nicht zur Unlauterkeit führen.⁵⁹ Die Werbung der VW AG zeichnet sich gerade dadurch aus, dass lediglich die Aufmerksamkeit des Sportgroßereignisses genutzt und damit die eigenen Produkte in den Vordergrund gerückt werden sollen. Andere für adidas negative Auswirkungen hat die Werbung hingegen nicht. Das alleine reicht noch nicht aus, um eine gezielte Behinderung anzunehmen.

Auch aus dem Umstand heraus, dass ähnliche Outfits wie die der adidas AG benutzt werden, ergibt sich nichts anderes. Das Benutzen hat keine eindeutigen negativen Auswirkungen darauf, wie die adidas AG ihre Produkte zur Geltung bringen kann. Es wäre sogar möglich, dass die Werbeadressaten durch die Konfrontation mit den Fanoutfits dazu animiert werden, sich selbst auch damit auszustatten. Dabei würde sicher ein bestimmter Teil auf die Originalware der adidas AG zurückgreifen. Eine gezielte Behinderung kann nicht nachgewiesen werden.

Der adidas AG kann also kein Schutz wegen gezielter Behinderung aus §§ 3 I, II, 4 Nr. 10 UWG gewährt werden.

8. Generalklausel

Außer den kodifizierten Fällen der Unlauterkeit in §§ 4 bis 6 UWG kann grundsätzlich auch ein Vorgehen aus der Generalklausel (§ 3 I UWG) möglich sein.⁶⁰ Die Anwendbarkeit ist jedoch problematisch, wenn – wie hier – die Beispieltatbestände einschlägig sind.⁶¹ Es ist jedenfalls notwendig zu verhindern,

⁵⁸ BGH, WRP 2002, 71, 73 – Anwaltsrundschriften; BGH, GRUR 2002, 84 – Anwaltswerbung II.

⁵⁹ Berberich, SpuRt 2006, 184; Fehrmann, 145; Furth, 235; gleiches Erg.: Heermann, GRUR 2006, 364; Melwitz, 146.

⁶⁰ Lettl § 2 Rn 8.

⁶¹ Vgl. Berberich, SpuRt 2006, 184; Heermann, GRUR 2006, 366; Fehrmann, 172 f.

dass durch den Rückgriff auf die Generalklausel die Regelungen der Einzelatbestände ausgehöhlt werden.⁶²

Geschäftliche Handlung und Aktivlegitimation werfen auch hier keine neuen Probleme auf. Die Unlauterkeit ist im Gesetz selbst nicht definiert. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu: Unlauter sind alle Handlungen, die den anständigen Gepflogenheiten in Handel, Gewerbe, Handwerk oder selbstständiger beruflicher Tätigkeit zuwiderlaufen.⁶³ Die Generalklausel wird durch Fallgruppen in der Rechtsprechung konkretisiert.⁶⁴ Generell lässt sich jedoch sagen, dass der BGH eher zurückhaltend bei der Anwendung der Generalklausel agiert, was in Anbetracht der Systematik und der durch die UWG-Reform beabsichtigten Kodifizierung der alten Fallgruppen⁶⁵ auch als richtig anzusehen ist.

a. Unmittelbarer Leistungsschutz

Eine der alten Fallgruppen war der unmittelbare Leistungsschutz. Sie wurde zum alten UWG entwickelt. Nun stellt sich die Frage, ob diese auch noch auf das neue UWG angewendet werden kann. Dagegen spricht, dass die Fallgruppen gerade in § 4 UWG kodifiziert wurden und dadurch kein Bedürfnis mehr nach unmittelbarem Leistungsschutz besteht. Der Schutz kann nun durch § 4 Nr. 9, 10 UWG gewährt werden. Liegen diese Tatbestände nicht vor und gewährte man dennoch aufgrund der Generalklausel Schutz, so bestünde die Gefahr, im Widerspruch zu den sondergesetzlich getroffenen Wertungen Ausschließlichkeitsrechte zu schaffen.⁶⁶ Blickt man auf die Geschichte des UWG als „Schrittmacher“⁶⁷ der Immaterialgüterrechte, so kann man feststellen, dass es interessengerecht sein kann, auch weiterhin einen unmittelbaren Leistungsschutz zu gewähren, um durch Innovationen entstehende Schutzlücken zu vermeiden.⁶⁸ Das kann aber nur dann geschehen, wenn die Immaterialgüterrechte und sonstigen UWG-Beispielstatbestände den entsprechenden Fall nicht geregelt haben.⁶⁹ Es bedürfte also einer schützenswerten Leistung, die nicht durch § 4 f. UWG geschützt ist. Relevant wären hier Outfits und Sponsorentätigkeit. Im Hinblick auf

⁶² Piper/Ohly/Sosnitza § 3 Rn 7; Köhler/Bornkamm § 3 Rn 65a; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Schünemann § 3 Rn 104.

⁶³ BT-Drucks. 15/1487, 16.

⁶⁴ Piper/Ohly/Sosnitza § 3 Rn 17.

⁶⁵ BT-Drucks. 15/187, S 13.

⁶⁶ Köhler/Bornkamm § 4 Rn 9.5c; i. Erg. ebenso: Emmerich § 11 Rn 8; ähnlich: MüKo UWG/Sosnitza § 3 Rn 144ff.

⁶⁷ Ulmer, 40; Ohly, 249.

⁶⁸ Vgl. Schröer, 310.

⁶⁹ Piper/Ohly/Sosnitza § 4 Rn 9/79; Beater § 22 Rn 36; Schröer, 385.

die Outfits muss man auf eine abschließende Regelung in § 4 Nr. 9 UWG abstellen.

Eventuell könnte die Sponsorentätigkeit hier eine schützenswerte Leistung darstellen. Fraglich ist, ob diese Leistung für sich genommen einen Schutz bedarf und dieser in der Folge auch noch so weit geht, dass eine Anlehnung an das finanzierte Ereignis in der gegebenen Form verboten werden kann. Dies würde auf ein ausschließliches Vermarktungsrecht hinauslaufen. Ein solch weitgehendes Recht kann hier zumindest nicht angenommen werden. Es besteht kein Bedürfnis dafür, dass Sponsoren die Möglichkeit eingeräumt wird, jegliche Werbung anderer Marktteilnehmer mit Bezug auf das entsprechende Sportereignis zu unterbinden. Hier überwiegen vielmehr die Werbefreiheit und das gesellschaftliche Interesse am Freibleiben solcher Großereignisse. Dafür spricht außerdem, dass geboten ist, die Generalklausel möglichst restriktiv zu handhaben.

b. Rufausbeutung

Weitere Fallgruppe ist die Rufausbeutung.⁷⁰ Hierbei darf aber nicht vorschnell eigentlich Unbedenkliches mit dem Schlagwort der Rufausnutzung oder Anlehnung verboten werden.⁷¹ Sonst würde die Wettbewerbsfreiheit zu stark eingeschränkt. Es kann also beispielsweise noch nicht genügen, wenn fremde Erzeugnisse ohne Werbevergleich abgebildet werden und die Darstellung beiläufig und ohne sich aufdrängende Beziehung zur Werbeaussage verwendet wird.⁷² Hier werden die Outfits nur als Aufhänger verwendet, um die Werbeaussage einer begrenzten Anzahl von Modellen zu einem bestimmten Zeitraum zu untermauern. Es kommt dabei nicht darauf an, den Ruf der Outfits oder der Fußballweltmeisterschaft zu übertragen, sondern deutlich zu machen, dass die Weltmeisterschaft als solche zum Anlass genommen wird, Sondermodelle anzubieten, die besonders günstig sind. Die Verwendung der Outfits ist also lediglich Beiwerk oder, wie oben ausgeführt, Mittel zum Zweck. Es kommt nicht auf die Weltmeisterschaft an sich oder die Outfits an, sondern auf die besondere Preisgünstigkeit. Die neueren Spots unter dem Titel „Verführung“, die völlig ohne die Verwendung von Fußball-Attributen auskommen, bestätigen diesen Eindruck. Dem kann wiederum entgegengehalten werden, dass die neueren Spots eventuell ohne die vorherige Werbung nicht verstanden würden. Das ist so aber nicht richtig. Es wäre möglich, dass die Verknüpfung zum Fußball nicht so

⁷⁰ Vgl. *BGHZ* 40, 391, 398 – Stahllexport; *BGHZ* 86, 90, 95 – Rolls Royce.

⁷¹ MüKo UWG/*Sosnitza* § 3 Rn 134.

⁷² *BGHZ* 86, 90, 95 – Rolls Royce.

schnell hergestellt würde, die eigentliche Werbeaussage der Besonderheit und Einmaligkeit des Angebots der Sondermodelle wäre aber dennoch gegeben. Letztendlich bleibt die Verwendung nur Beiwerk. Außerdem muss hier besondere Vorsicht bezüglich der Anwendung der Generalklausel herrschen, weil die nachbildende Rufausbeutung bereits im Rahmen von § 4 Nr. 9 b UWG untersucht und ihre Unlauterkeit im konkreten Fall abgelehnt wurde. Eine Unlauterkeit entgegen dieser Einschätzung kann sich also aus § 3 I UWG nur in einem besonderen Ausnahmefall ergeben. Eine aufdrängende Unlauterkeit ist nicht gegeben. Vielmehr steht man einer vielschichtigen Interessenlage gegenüber, aus der auf den ersten Blick kein „Sieger“ hervorgeht. Die Fußballweltmeisterschaft als solche stellt ein gesellschaftlich relevantes Ereignis und nicht nur ein Produkt der FIFA dar, sodass sich die Anlehnung an den Ruf nicht zwangsläufig als unlauter darstellt. Die Outfits werden als Mittel zur Anlehnung an die Fußballweltmeisterschaft verwendet. Im Hinblick darauf kann sich also nichts anderes ergeben. Dies spricht ebenfalls für eine Lauterkeit der Werbekampagne.

c. Allgemeine Marktstörung

Eine allgemeine Marktstörung oder Marktbehinderung ist ebenfalls eine vom BGH entwickelte Fallgruppe. Sie ist immer dann gegeben, wenn ein Wettbewerbsverhalten die ernstliche Gefahr begründet, der auf unternehmerischer Leistung beruhende Wettbewerb werde in erheblichem Maße eingeschränkt.⁷³ Eine erhebliche Einschränkung ist im vorliegenden Fall nicht ersichtlich (vgl. wirtschaftswissenschaftliche Ergebnisse oben). Auch im Vergleich zu den typischen Fällen dieser Fallgruppe, wie dem Verschenken von Originalware⁷⁴, ergibt sich nichts anderes. Es kann also auf die Rechtfertigung und Anwendbarkeit dieser Fallgruppe verzichtet werden. Eine Unlauterkeit aus dieser Begründung heraus wird sich in keinem Fall ergeben.

Andere Fallgruppen der Generalklausel kommen ebenfalls nicht in Betracht. Unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsfreiheit kann auch kein neuer Begründungsansatz eine Unlauterkeit zum Ergebnis haben. Das Lauterkeitsrecht bietet also keine Schutzmöglichkeiten der adidas AG gegen die VW Kampagne.

⁷³BGH, GRUR 2004, 602, 603 – 20 Minuten Köln; BGH, GRUR 2001, 80, 81 – Ad hoc Meldung; MüKo UWG/Heermann Anh B zu §§ 1-7 Rn 3; Piper/Ohly/Sosnitza § 4 Rn 10/95.

⁷⁴BGH NJW 1969, 295, 296 ff. - Goldener Oktober; Piper/Ohly/Sosnitza § 4 Rn 10/95.

9. Ergebnisbestätigung durch Spürbarkeitsschwelle

Dieses Ergebnis kann auch durch die Ergebnisse der Wirtschaftswissenschaften unterstützt werden. Jede unlautere Handlung muss auch nach § 3 I UWG eine gewisse Erheblichkeitsschwelle erreichen und die Marktteilnehmer spürbar beeinträchtigen. Indiz dafür könnte auf den ersten Blick sein, dass Sponsoren weiterhin bereit sind, hohe Gelder für Sponsoring auszugeben. Dies würden sie nicht tun, wenn sie dadurch keinen Vorteil hätten. Genauso wie die Ambusher sich nicht dieser Strategie bedienen würden, wenn sie dadurch nicht mehr Kunden erreichen würden. Eine solche Spürbarkeit gerade bei subtilem Ambush Marketing konnte aber bis jetzt nicht eindeutig nachgewiesen werden. Vielmehr gibt es auch Ansätze, die eine subjektive Reaktanz⁷⁵ gegenüber den Sponsoren für möglich halten. Die Unternehmen erhoffen sich zwar Effekte, diese können aber nicht eindeutig bejaht, ja nicht einmal Negativeffekte ausgeschlossen werden. Auch aus diesem Grund erscheint ein Vorgehen aus Lauterkeitsrecht äußerst problematisch.

IV. Ansprüche aus dem allgemeinen Zivilrecht

Abgesehen von Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht könnte sich noch eine Schutzmöglichkeit aus dem allgemeinen Zivilrecht ergeben.

1. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Denkbar wäre ein Vorgehen aus § 823 I BGB wegen der Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Die Berechtigung dieser Rechtsfigur wird bestritten.⁷⁶ Nimmt man diese jedoch an, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zum UWG. Dieses ist Sonderdeliktsrecht und verdrängt Ansprüche aus § 823 BGB bei Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses.⁷⁷ Hier ist § 823 BGB also schon gar nicht anwendbar. Abgesehen davon bedürfte es eines unmittelbaren betriebsbezogenen Eingriffs.⁷⁸ Ein solcher ist aufgrund der Werbung für eigene Produkte nicht gegeben. Ziel ist es hier primär, den eigenen Absatz zu fördern- nicht jedoch die adidas AG zu beeinträchtigen. Ein Schutz aus § 823 I BGB scheidet also aus.

⁷⁵ Sachse, 211; Heermann, GRUR 2006, 360.

⁷⁶ Larenz/Canaris SchR II/2 § 81 IV, 560 ff.

⁷⁷ BGH, GRUR 62, 310, 314 – Gründerbildnis; Staudinger/Hager § 823 Rn D 20f;

Piper/Ohly/Sosnitza Einf D Rn 60.

⁷⁸ Palandt/Sprau § 823 Rn 128.

2. Sittenwidrige Schädigung

In Betracht kommen könnte auch § 826 BGB. Hier besteht zwar Anspruchskonkurrenz⁷⁹, Sittenwidrigkeit setzt jedoch eine *besondere* Verwerflichkeit voraus.⁸⁰ Diese wird man bei dem differenzierten Bild der Interessen und der Schwierigkeit ihrer Gewichtung nicht konstatieren können. Ein Vorgehen aus § 826 BGB ist ebenfalls nicht möglich.

Die adidas AG hat gegen die VW AG selbst keine Schutzmöglichkeiten.

D. Rechtliche Schutzmöglichkeiten der adidas AG gegen die FIFA

Es könnten sich durch die Beziehungen mit der FIFA Möglichkeiten ergeben, die VW Werbung zu unterbinden.

Anknüpfungspunkt für einen solchen Anspruch kann nur die vertragliche Beziehung zwischen FIFA und adidas sein.

I. Anspruch auf Vorgehen

Aus dem Vertrag müsste sich also eine Pflicht der FIFA ergeben, den Markt von Ambushern - wie der VW AG - frei zu halten. Ein Anspruch könnte sich direkt aus dem Wortlaut des Sponsoringvertrages ergeben. Ebenfalls denkbar wäre eine konkludente Vereinbarung der Parteien.

Die konkludente Vereinbarung könnte sich aus dem Umstand ergeben, dass der adidas AG exklusive Sponsorenrechte eingeräumt werden, für die sie im Gegenzug hohe Geldleistungen erbringt. Die Vermarktungsrechte sind umso mehr wert, je weniger andere Unternehmen mit der Fußballweltmeisterschaft werben. Fraglich ist, ob eine solche Auslegung des Vertrages interessengerecht wäre.

Bei einer Verhandlung genau um die Frage, ob die FIFA verpflichtet ist, gegen jegliches Ambush Marketing vorzugehen, hätte diese bestimmt nicht zugestimmt. Zum einen wäre es ein sehr großer, auch finanzieller Aufwand, sämtliche Ambusher weltweit auszumachen. Die Verfolgung wäre noch schwerer. Es müssten gleichzeitig eine Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten bewältigt werden, die

⁷⁹ Piper/*Ohly/Sosnitza* Einf D Rn 63.

⁸⁰ Palandt/*Sprau* § 826 Rn 4.

jeweils anderen Rechtsordnungen unterliegen, wobei die Erfolgchancen eher schwierig einzuschätzen wären. Für Deutschland wären sie eher gering.⁸¹

Darüber hinaus ist zum anderen problematisch, ob adidas als Sportartikelhersteller ein umfassendes Freihalten auch von branchenfremden Ambushern, wie der VW AG, verlangen könnte.

Demgegenüber müsste die adidas AG eine *mögliche* Einbuße ihrer Werbewirksamkeit hinnehmen, deren Ausmaß sich nicht genau bestimmen lässt.⁸²

Das steht in einem Missverhältnis zu dem Aufwand, den die FIFA betreiben müsste. Eine konkludente Verpflichtung ihrerseits gegenüber den Sponsoren kann deshalb nicht angenommen werden. Diese wäre ohnehin für adidas weniger günstig als die Möglichkeit, selbst gegen die Ambusher vorzugehen.

II. Anspruch auf Abtretung eventueller Ansprüche

Möglich wäre auch ein Anspruch auf Abtretung der Rechte gegen die Ambusher. Hier ergibt sich jedoch das Problem, dass die FIFA durchaus ein schutzwürdiges Interesse hat, selbst gegen diese vorzugehen. Immerhin lehnen sich die Ambusher in der Regel vor allem an das Sportevent selbst, also an das Produkt der FIFA, und nicht an die Sponsoren an. Das Risiko des Gelingens, der Organisation und des finanziellen Aufwands der Veranstaltung trägt jedoch alleine die FIFA. Sponsoren, wie die adidas AG, haben an diesem Risiko nur einen kleinen begrenzten Anteil zu tragen. Es wäre nicht interessengerecht, der FIFA die Rechtsschutzmöglichkeit zu nehmen. Darüber hinaus muss ihr die Entscheidung überlassen bleiben, wann sie einschreiten möchte. Es könnte in ihrem Interesse liegen, nicht allzu viele Rechtsstreitigkeiten im Vorfeld einzugehen, um ein negatives Image der Veranstaltung zu vermeiden. Es ist deshalb auch nicht geboten, eine konkludente Abtretung anzunehmen.

Aufgrund der vorstehenden Argumente würde die FIFA sich vermutlich auch nicht darauf einlassen, den Sponsoren Ähnliches ausdrücklich durch Vertrag zuzugestehen. Eine Rechtsschutzmöglichkeit gegen die FIFA scheidet somit ebenfalls als Maßnahme gegen die „Team Sondermodell“ Kampagne aus.

⁸¹Vgl. nur *Fehrmann*, 178; *Jaeschke*, Rn 1550; *Pechtl* hält Überraschungen vor Gericht für möglich vgl. 53.

⁸²Vgl. die wirtschaftswissenschaftlichen Studien oben, Fn 30, 31, 73 .

E. Fazit

Nachdem die Begriffsverwirrung geklärt war, entstand eingangs der Eindruck, dass subtile Formen des Ambush Marketing nicht als besonders problematisch einzustufen sind. Der Blick auf die Interessenlage und die möglichen Auswirkungen des Ambush Marketing haben diesen Eindruck relativiert, aber nicht aus der Welt geschafft.

Durch die Beschäftigung mit den Schutzmöglichkeiten der adidas AG gegen die VW Werbung wurde deutlich, dass Gesetzgeber und Rechtsprechung diesen Eindruck teilen. Der adidas AG bleiben keine rechtlichen Schutzmöglichkeiten.

Die adidas AG wird Schutzmöglichkeiten gegen die VW Werbung auf anderen Gebieten suchen müssen. In Betracht kommen insbesondere Aufklärungsmaßnahmen durch Education and Shaming Strategien. Ebenso denkbar wäre, die eigene Werbung zu steigern, um die Gefahr des Vergessens zu bannen. Dabei muss sie jedoch beachten, dass zu viel Information auch das Missfallen der Verbraucher auslösen kann, sogenannte Reaktanz.⁸³ Darüber hinaus kann die adidas AG auch darauf vertrauen, dass die FIFA im eigenen Interesse, versuchen wird, den Markt möglichst frei von Ambushern zu halten. Das zeigen zum Beispiel die bisherige Praxis der Markenmeldung, die geführten Rechtsstreitigkeiten alleine in Deutschland⁸⁴ sowie die veröffentlichten Markenhinweise auf der FIFA Homepage⁸⁵. So fehlt zwar ein Anspruch gegen die FIFA, diese wird aber oft im Sinne ihrer Sponsoren handeln.

Das Phänomen des Ambush Marketing wird bereits länger diskutiert.⁸⁶ Der Gesetzgeber hätte schon mehrfach mit den UWG Reformen 2004 und 2008 die Möglichkeit gehabt, das Ambush Marketing stärker zu sanktionieren. Teilweise wurde dies auch gefordert.⁸⁷ Der Umstand, dass dies nicht in der restriktiven Form geschehen ist, bestätigt wiederum den ersten Eindruck bezüglich der begrenzten Verwerflichkeit der assoziativen Werbung.

⁸³ *Sachse*, 221 f.

⁸⁴ So *BGH*, Urt v. 12.11.2010 I ZR 183/07, *BGHZ* 167, 278 – FUSSBALL WM 2006.

⁸⁵ <http://de.fifa.com/aboutfifa/marketing/marketing/index.html> (zuletzt aufgerufen am 10.12.2010 14:45).

⁸⁶ Vgl. *Netze*, SpuRt 1996, 86.

⁸⁷ *Wittneben/Soldner*, WRP 2006, 1184.