

**Marc Kretschmer
Grünewaldstr. 2e
95448 Bayreuth**

**Universität
Bayreuth**

**Matrikelnummer: 955841
6. Fachsemester**

Seminar im Sportrecht

Thema:

**Ambush Marketing im Sport und Bewertung nach
deutschem Recht**

bei

**Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M.
Sommersemester 2005**

Gliederung

<u>Inhalt</u>	<u>Seite</u>
A. Einleitung	1
B. Begriffsbestimmung und Problemstellung	1
I. Begriff und Vorgehensweise	1
II. Ursachen und Ziele	2
III. Konsequenzen und Gefahren	3
C. Rechtliche Bewertung von Ambush Marketing im Allgemeinen	4
I. Urheberrecht	4
II. Markenrecht	5
1. Entstehung von Markenschutz	5
a. Markenfähigkeit § 3 MarkenG	5
b. Sachlicher Markenschutz § 4 Nr. 2 MarkenG	6
c. Formeller Markenschutz § 4 Nr. 1 MarkenG	6
2. Verletzungshandlung § 14 MarkenG	8
a. Die Benutzung im geschäftlichen Verkehr	9
b. Schutz „unbekannter Marken“	9
aa. Identitätsschutz § 14 II Nr. 1 MarkenG	9
bb. Verwechslungsschutz § 14 II Nr. 2 MarkenG	10
cc. Schranke des Markenrechts	11
c. Bekanntheitsschutz § 14 II Nr. 3 MarkenG	12
3. Resümée	12
III. Unlauterer Wettbewerb	13
1. Anwendbarkeit des UWG	13
a. Grundsatz	13
b. Konsequenzen	14
aa. Schutz der bekannten Marke	14
bb. Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz	15
2. Irreführende Werbung §§ 5 I, II Nr. 3, 3 UWG	16
a. Werbung	16
b. Irreführung	17
3. Resümée	19

D. Ambush Marketing mit bekannten Sportlern	19
I. § 823 II BGB i.V.m. §§ 22, 23 KUG	19
1. Schutzgesetz	19
2. Schranken des Schutzgesetzes	19
a. Absolute und relative Personen der Zeitgeschichte	20
aa. Verwendung in der Werbung	20
bb. Merchandising	21
cc. Information als Nebenfunktion	21
b. Bildende Kunst	22
II. § 823 I BGB	23
III. §§ 1004 I i.V.m. §§ 823 I, II BGB	23
E. Mögliche Gegenmaßnahmen	24
I. „Ambush-Polizei“	24
II. Strukturierung der Sponsorrechte	24
III. Informationspolitik	25
F. Fazit	25

Literaturverzeichnis

- Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang /Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim
Wettbewerbsrecht
23. Auflage, 2004
Zit.: Baumbach/Hefermehl/Köhler Wettbewerbsrecht § Rn.

- Bayreuther, Frank
„Gewerblicher und bürgerlicher Rechtsschutz des Vereinssymbols“
Wettbewerb in Recht und Praxis 1997, S. 820 – 825.
Zit.: *Bayreuther* WRP 1997 S.

- Bornkamm, Joachim
„Markenrecht und wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz“
Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2005, S. 97 – 102.
Zit.: Bornkamm GRUR 2005, S.

- Bruhn, Manfred/Ahlers, Grit Mareike
„Ambush Marketing – „Angriff aus dem Hinterhalt“ oder intelligentes Marketing?“
Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung 2003, S. 271 – 295.
Zit.: *Bruhn/Ahlers* Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung 2003, S.

- Busch, Nicola
„Kein Markenschutz für ein sportliches Ereignis?“
Markenrecht 2004, S. 333 – 334.
Zit.: *Busch* MarkenR 2004 S.

- Cáceres, Javier
„Marketing nach Art der Heckenschützen“
<<http://www.sueddeutsche.de/sport/weitere/artikel/365/48317/>> (besucht am
04.04.2005).
Zit.: *Cáceres*, Marketing nach Art der Heckenschützen,
<<http://www.sueddeutsche.de/sport/weitere/artikel/365/48317/>> (besucht am
04.04.2005).

- Deutsch, Volker
„Anspruchskonkurrenzen im Marken- und Kennzeichenrecht“
Wettbewerb in Recht und Praxis 2000, S. 854 – 858.
Zit.: *Deutsch WRP*, S.

- Dreier, Thomas/ Schulze, Gernot
Kommentar zum Urheberrechtsgesetz
1. Auflage, 2004
Zit.: *Dreier/Schulze UrhG § Rn.*

- Eisenmann, Hartmut/Jautz, Ulrich
Grundriss – Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
5. Auflage 2004
Zit.: *Eisenmann/Jautz Gewerblicher Rechtsschutz Rn.*

- Emmerich, Volker
„Wettbewerbsbeschränkung durch die Rechtsprechung“
Festschrift für Joachim Gernhuber, S. 875 – 877.
Zit.: *Emmerich FS Gernhuber*, S.

- Emmerich, Volker
Unlauterer Wettbewerb
7. Auflage 2004
Zit.: *Emmerich Unlauterer Wettbewerb § Absatz*

- Engel, Philipp M.
„International Legal Aspects of Ambush Marketing in Sports“
causa sport 2004, S. 277 – 289.
Zit.: *Engel causa sport 2004 S.*

- Fezer, Karl-Heinz
Markenrecht
3. Auflage 2001
Zit.: *Fezer Markenrecht § Rn.*

- Fezer, Karl-Heinz
 „Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts“
 Wettbewerb in Recht und Praxis 2001, S. 989 – 1022.
 Zit.: *Fezer* WRP 2001, S.

- Gauß, Holger
 „Oliver Kahn, Celebrity Deathmatch und das Right of Publicity – Die Verwertung Prominenter in Computer- und Videospielen in Deutschland und den USA“
 Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International 2004, S. 558 – 567.
 Zit.: *Gauß* GRUR Int. 2004, S.

- Hamacher, Karl
 „Exklusive Marketingrechte für Sportgroßveranstaltungen und ihre Grenzen am Beispiel von Kennzeichenschutz“
 Sport und Recht 2005, S. 55 – 59.
 Zit.: *Hamacher* SpuRt 2005, S.

- Heermann, Peter W.
 „Rechtlicher Schutz von Slogans“
 Wettbewerb in Recht und Praxis 2004, S. 263 – 277.
 Zit.: Heermann WRP 2004, S.

- Heermann, Peter W.
 „Gewerbliche Schutzrechte an olympischen Symbolen“
 <<http://www.sportrecht.org/Publikationen/PHAthen030522.pdf>> (besucht am 05.04.2005).
 Zit.: <<http://www.sportrecht.org/Publikationen/PHAthen030522.pdf>> (besucht am 05.04.2005).

- Hotz, Andreas
 „Die rechtsverletzende Markenbenutzung in der neueren Rechtsprechung von EuGH und BGH“
 Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2003, S. 993 – 1002.
 Zit.: *Hotz* GRUR 2003, S.

- Hubmann, Heinrich/ Götting, Horst-Peter
 Gewerblicher Rechtsschutz
 7. Auflage 2002
 Zit.: *Hubmann/Götting* Gewerblicher Rechtsschutz § Rn.

- Ingerl, Reinhard
 „Der wettbewerbsrechtliche Kennzeichenschutz und sein Verhältnis zum MarkenG in der neueren Rechtsprechung des BGH und in der UWG-Reform“
 Wettbewerb in Recht und Praxis 2004, S. 809 – 816.
 Zit.: *Ingerl* WRP 2004, S.

- Ingerl, Reinhard/Rohnke, Christian
 Markengesetz
 2. Auflage 2003
 Zit.: *Ingerl/Rohnke* Markengesetz § Rn.

- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo
 Grundgesetz Kommentar
 6. Auflage 2002
 Zit.: *Jarass/Pieroth* Art. Rn.

- Köhler, Helmut
 „Der ergänzende Leistungsschutz: Plädoyer für eine gesetzliche Regelung“
 Wettbewerb in Recht und Praxis 1999, S. 1075 – 1082.
 Zit.: *Köhler* WRP 1999, S.

- Lettl, Tobias
Das neue UWG
1. Auflage 2004
Zit.: *Lettl UWG Rn.*

- Lober, Andreas
„Recht am eigenen Bild, Darstellung in Computerspiel, Nationaltorhüter als Person der Zeitgeschichte/„Oliver Kahn““
Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, S. 655 – 656.
Zit.: *Lober EWiR 2003 KUG §§ 22, 23 – „Oliver Kahn“.*

- Lober, Andreas/Weber, Olaf
„Entgeltliche und freie Nutzung von Persönlichkeitsrechten zu kommerziellen Zwecken im deutschen und englischen Recht“
Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht/Film und Recht 2003, S. 658 – 675.
Zit.: *Lober/Weber ZUM 2003, S.*

- Netzle, Stephan
„Ambush Marketing, die neue unfaire Marketing-Maßnahme im Sport“
Sport und Recht 1996, S. 86 – 87.
Zit.: *Netzle SpuRt 1996, S.*

- Neumann, Andrea
„Marken und Vermarktung im Sport“
Beiträge zum Sportrecht Band 12 (Hrsg. Klaus Vieweg)
Spektrum des Sportrechts 2003, S. 295 – 323.
Zit.: *Neumann Beiträge zum Sportrecht Bd. 12, S.*

- Noth, Michael
„Gratis durch die Hintertür“
Jusletter 2004, S. 1 – 3.
Zit.: *Noth Jusletter 2004 S.*

- Ruijsenaars, Heijo E.
„Merchandising und Sponsoring bei Sportveranstaltungen“
Sport und Recht 1998, S. 133 – 138.
Zit.: *Ruijsenaars SpuRt* 1998, S.

- Schertz, Christian
Merchandising
1. Auflage 1997
Zit.: *Schertz Merchandising Rn.*

- Schmid-Petersen, Frauke
„Rechtliche Grenzen der Vermarktung von Persönlichkeiten: Computerspiel mit Oliver Kahn“
Sport und Recht 2004, S. 248 – 251.
Zit.: *Schmid-Petersen SpuRt* 2004, S.

- unbekannter Autor
„Der Wettkampf vor dem Wettkampf“
Frankfurter Allgemeine Tageszeitung vom 12.03.2005, S. 13
Zit.: *unbekannter Autor F.A.Z.* 12.03. 2005, S.

- unbekannter Autor
„FIFA schützt Exklusivrechte ihrer offiziellen Partner“
<<http://2002.fifaworldcup.yahoo.com/02/de/020518/1/4ki.html>> (besucht am 28.03.05).
Zit.: *Unbekannter Autor*, FIFA schützt Exklusivrechte ihrer offiziellen Partner,
<<http://2002.fifaworldcup.yahoo.com/02/de/020518/1/4ki.html>> (besucht am 28.03.05).

- unbekannter Autor
„Exklusive Studie: Unerlaubtes Sport-Marketing verärgert Verbraucher“
<<http://www.capital.de/heft/presse/264533.html>> (besucht am 30.03.05).
Zit.: *unbekannter Autor*, Exklusive Studie: Unerlaubtes Sport-Marketing verärgert Verbraucher <<http://www.capital.de/heft/presse/264533.html>> (besucht am 30.03.05).

Ambush Marketing im Sport und Bewertung nach deutschem Recht

A. Einleitung

Mit der Fußballweltmeisterschaft 2006 in Deutschland steht ein sowohl sportliches als auch gesellschaftliches Großereignis in den Startlöchern. Schon bei der Weltmeisterschaft 2002 in Süd-Korea und Japan lockten die Wettkämpfe 28.8 Milliarden Fans vor die TV-Bildschirme¹. In einem Jahr werden bis zu drei Millionen Zuschauer in den Stadien sowie ca. 30 Milliarden Fernsehzuschauer erwartet. Um ein solches Event ausrichten zu können, sind heutzutage Sponsorengelder eine unerlässliche Finanzquelle für die Veranstalter. Auf der anderen Seite bieten gerade sportliche Großveranstaltungen wie Fußballweltmeisterschaften oder Olympische Spiele für Unternehmen die besten Chancen für ihre Produkte zu werben - nicht nur wegen der Zuschauerzahlen, sondern auch auf Grund gesellschaftlicher Akzeptanz, hoher Sympathiewerte und einer breiten Medienpräsenz. Dementsprechend beträchtlich sind die zu entrichtenden Gelder, um in den Kreis der offiziellen Sponsoren und Partner zu gelangen. Zwischen 40 und 80 Millionen Euro geben die Unternehmen beispielsweise für den Auftritt auf den Werbetafeln in den einzelnen Stadien aus². Im Gegenzug werden exklusive Rechte zur kommunikativen Nutzung des Anlasses eingeräumt, durch die sich die Werbenden natürlich eine Verbesserung ihres Images sowie einen höheren Absatz ihrer Marke erhoffen. Die Exklusivität der erworbenen Rechte wird den Fans schon bei Bestellung der Eintrittskarten für die WM 2006 vor Augen geführt: Zahlung per Kreditkarte ist nur mit dem Produkt des offiziellen FIFA-Sponsors mastercard möglich. Da das Sponsoring sportlicher Großereignisse immer teurer wird, stellt sich manchen Unternehmen, die sich eine Beteiligung nicht leisten können oder wollen, die Frage, wie sie ohne immense Ausgaben dennoch von dem Event profitieren können. Viele Firmen greifen deswegen auf eine besondere Strategie zurück: das Ambush-Marketing.

B. Begriffsbestimmung und Problemstellung

Um die rechtlichen Probleme, die diese Form des Marketings aufwirft, erörtern zu können, ist es notwendig, erst einmal die Vorgehensweise und das Ziel dieser Strategie zu beleuchten.

I. Begriff und Vorgehensweise

Der Begriff des Ambush Marketing ist noch ziemlich jung und ursprünglich kein juristischer, sondern stammt aus der Werbebranche. Das aus der englischen Sprache stammende Wort

¹ Vgl. *Engel causa sport* 2004, 277 (277).

² Vgl. *Cáceres*, Marketing nach Art der Heckenschützen, <<http://www.sueddeutsche.de/sport/weitere/artikel/365/48317/>> (besucht am 04.04.2005).

„ambush“ kann als „Angriff aus dem Hinterhalt“ übersetzt werden³. Diese Strategie ist also schon von der Wortbedeutung negativ besetzt. Definiert werden kann es als jegliches nicht autorisiertes Verhalten einer Partei, mit dem bewusst eine Assoziation zu einem Anlass angestrebt wird, um davon, ohne Leistung eines eigenen Beitrages, zu profitieren⁴. Betroffen von diesem Phänomen sind vorrangig Sportveranstaltungen. Es handelt sich um eine besondere Form des Trittbrettfahrens.

Die zum Ambush Marketing eingesetzten Mittel sind sehr unterschiedlich. Sie reichen vom plumpen Kopieren einer Marke bis zur Ausarbeitung höchst kreativer und ausgefallener Werbemaßnahmen, die einen Bezug zur Sportveranstaltung suggerieren, ohne die offiziellen geschützten Logos, Abbildungen etc. zu verwenden. Zu denken ist hier etwa an das Sponsoring einzelner Wettkampfteilnehmer oder sog. „Sideevents“⁵, Installation von Werbetafeln in der Nähe der Austragungsorte, themenbezogene TV-Werbung oder Verwendung ähnlicher Erkennungsmerkmale. Hierzu einige besonders markante Beispiele:

- Vor dem Finale der Fußballweltmeisterschaft 1994 in den USA zwischen Brasilien und Italien verteilte der Sporthersteller Nike ca. 70.000 Baseballcaps mit dem eigenen Firmenlogo und in den Farben der brasilianischen Mannschaft. Das Stadion glich während des Spiels einem „Nike-Meer“. Es schien so, als habe die brasilianische Equipe über Nacht den Ausrüster gewechselt. Umbro, der offizielle Ausrüster der brasilianischen Mannschaft, blieb dagegen kaum einem Zuschauer in Erinnerung⁶.
- Während der Winterspiele 1994 in Lillehammer wies der offizielle Sponsor Visa in Anzeigen darauf hin, dass im Umfeld olympischen Spielen keine American Express-Karten akzeptiert würden. Visa hatte den Konkurrenten erst seit diesen Spielen als offizieller Sponsor verdrängt. American Express konterte mit dem Slogan: „If you’re travelling to norway you’ll need a passport, but you don’t need a visa!“. Marktumfragen nach den Spielen ergaben, dass 52% der Befragten glaubten, American Express stehe in einer geschäftlichen Beziehung mit den olympischen Spielen, was jedoch nicht der Fall war⁷.
- Während des berühmten New York Marathons im Jahre 1997 „schrieben“ zahlreiche Flugzeuge den Begriff „Mercedes“ in den Himmel. Ein Großteil der Zuschauer dachte deshalb an eine Ver-

³ Übersetzung von <<http://dict.leo.org/>> (besucht am 04.04.2005).

⁴ Vgl. *Noth* Jusletter 2004 S. 1.

⁵ Ein gutes Beispiel hierfür ist die Vermarktung eines Strandfußballturniers im Jahre 2004 durch Puma und Foot Locker Europa (beides keine offiziellen Sponsoren der EM), welches genau wie die damalige Euro im Juni in Portugal stattfand.

⁶ Vgl. *Heermann* Gewerbliche Schutzrechte an olympischen Symbolen, S. 10.

<<http://www.sportrecht.org/Publikationen/PHAthen030522.pdf>> (besucht am 05.04.2005).

⁷ Vgl. *Engel* *causa sport* 2004, 277 (277).

bindung zwischen dem deutschen Autohersteller und dem Event. Tatsächlich wurde der Marathon aber von Toyota unterstützt⁸.

II. Ursachen und Ziele

Es gibt für Unternehmen viele Gründe, zum Werkzeug des Ambush Marketing zu greifen. Die Zahl der Sponsoren im Sportbereich ist seit den 80er Jahren enorm gestiegen. Vor allem bei so großen Events wie der WM hat dies zur Folge, dass es einzelnen Unternehmen schwer fällt, sich durch klassische Sponsoringmaßnahmen von ihrer Konkurrenz in eine hervorstechende Position (sog. Unique Sponsoring Proposition⁹) abzusetzen. Gleichzeitig sind die Kosten für offizielle Sponsoren enorm gestiegen, weshalb es den Firmen in manchen Fällen auch finanziell nicht mehr möglich ist, sich zu engagieren. Problematisch ist auch die zum Schutze der offiziellen Sponsoren aufgenommene Garantie der Branchenexklusivität. Diese verhindert jegliche Chance der Konkurrenz, ihre Zielgruppen im Rahmen eines Events legal zu kontaktieren. Bei längerfristigen Verträgen zwischen dem Sponsor und dem Veranstalter¹⁰ sehen viele Unternehmer schließlich nur noch das Ambush Marketing als ihren letzten verbleibenden möglichen Aktionsparameter.

Ziel der Maßnahmen ist es vorrangig den Bekanntheitsgrad der Unternehmen zu steigern und ihr Image mit den der Veranstaltung zugeschriebenen Attribute (z.B. dynamisch, nationenübergreifend, Fairplay) zu verknüpfen. Dies jedoch mit erheblich kleinerem finanziellem und personellem Aufwand als ein offizieller Sponsor. Es wird also versucht, der Öffentlichkeit eine Beziehung zu der Veranstaltung oder Organisation vorzuspiegeln, die in Wahrheit nicht besteht.

III. Konsequenzen und Gefahren

Um als Unternehmen trotz fehlender Lizenz mit der sportlichen Veranstaltung assoziiert zu werden, bedarf es besonderer kreativer Anstrengungen, was sich dann auch meistens in außerordentlich originellen Werbemaßnahmen niederschlägt. So kommt den Ambush Marketing betreibenden Firmen oft ein gewisser Aufmerksamkeits- und Sympathiefaktor zu¹¹. Dies bedeutet auf der anderen Seite eine Schwächung der kommunikativen Wirkung der Werbung der offiziellen Sponsoren. Hiermit geht das Problem einher, dass die Veranstalter ihren Partnern in einem schuldrechtlichen Vertrag die alleinige Nutzung bestimmter Namen oder Logos zugesichert haben, was jedoch

⁸ Vgl. Bruhn/Alhers Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung 2003, 271 (272).

⁹ Vgl. Bruhn/Alhers Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung 2003, 271 (277).

¹⁰ Beispielsweise hat die FIFA vor kurzem einen Achtjahres-Vertrag mit Adidas über 351 Mio. Dollar geschlossen (s. unbekannter Autor F.A.Z. 12.03. 2005, S. 13).

¹¹ Vgl. Netzle SpuRt 1996, 86 (87).

nur bei vorhandenen rechtlichen Abwehrmöglichkeiten sinnvoll und praktikabel ist¹². Da schließlich niemand bereit ist, Gelder für einen Anlass oder eine Marke zu zahlen, die auch unentgeltlich verwendet werden können, würden viele Unternehmen ihr finanzielles Engagement zurückschrauben und im schlimmsten Falle sogar ganz beenden. Somit wären die Haupteinnahmequelle der Veranstalter belastet und weitere Events dieser Größenordnung sogar ernsthaft gefährdet¹³.

C. Rechtliche Bewertung von Ambush Marketing im Allgemeinen

Nicht nur für die offiziellen Sponsoren, sondern auch für die Veranstalter ist also eine rechtliche Absicherung von entscheidender Bedeutung. Deshalb beschäftigen sich bereits Abteilungen der Veranstalterorganisationen (wie z.B. die FIFA Marketing AG¹⁴) fast ausschließlich mit dem Schutz ihrer offiziellen Partner vor Ambush Marketing durch eigens entworfene weltweite Rechtsschutzprogramme. Allerdings bewegen sich Ambush Marketing Maßnahmen oft in einer rechtlichen Grauzone. Nicht alle Methoden können pauschal als widerrechtlich qualifiziert werden. Die Grenzen sind fließend. Im Folgenden soll nun auf die rechtlichen Ansätze zur Abwehr verschiedener Arten des Ambush Marketing eingegangen werden. Hierbei gilt es zunächst einen Blick auf das Immaterialgüterrecht und anschließend auf mögliche Instrumente aus dem Wettbewerbsrecht zu werfen.

I. Urheberrecht

Wird ein graphisch gestaltetes Logo oder Emblem der Sportveranstaltung verwendet, kommt der urheberrechtliche Werkschutz in Betracht. Voraussetzung hierfür ist, dass dem Zeichen urheberrechtliche Werkqualität gem. §§ 1, 2 UrhG zuzumessen ist. Dies ist der Fall, wenn das Signum eine persönliche geistige Schöpfung i.S.d. § 2 II UrhG¹⁵ darstellt und es eine gewisse Gestaltungshöhe besitzt, d.h. ein Mindestmaß an Kreativität aufweist¹⁶. Die Literatur tendiert dazu, auch unter dem Einfluss des EU-Rechts allgemein geringe Anforderungen an die hinreichende Individualität zu stellen. Die Rechtssprechung ist in dieser Hinsicht uneinheitlich und stellt vor allem an Werke der bildenden Kunst eher strenge Anforderungen¹⁷. Hiernach mangelt es an der geforderten Werkhöhe, wenn die künstlerische Darstellung nicht das Können eines Durchschnittsdesigners erheblich übersteigt¹⁸. Nicht schutzfähig im Bereich der Sportlogos sind Werke, deren Gestaltung durch den

¹² Vgl. *Neumann Beiträge zum Sportrecht* Bd. 12, 295 (310).

¹³ Vgl. *Bruhn/Ahlers* Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung 2003, 271 (283).

¹⁴ Vgl. *Unbekannter Autor*, FIFA schützt Exklusivrechte ihrer offiziellen Partner, <<http://2002.fifaworldcup.yahoo.com/02/de/020518/1/4ki.html>> (besucht am 28.03.05).

¹⁵ Vgl. Römische Zahlen nach dem § geben den Absatz, arabische Zahlen den Satz an.

¹⁶ Vgl. BGH GRUR 1983, 377 (378); Dreier/Schulze UrhG § 2 Rn. 20.

¹⁷ Vgl. Dreier/Schulze UrhG § 2 Rn. 29.

¹⁸ Vgl. OLG Köln GRUR 1986, 889 (890).

Anlass und den Gegenstand des Events sehr nahe liegend ist¹⁹. Durch den Einsatz mehrerer Agenturen und Designer bei der Kreation moderner Veranstaltungssymbole im Sportbereich werden auch diese hohen Anforderungen regelmäßig erfüllt sein²⁰, so dass den Emblemen die erforderliche Gestaltungshöhe und somit urheberrechtlicher Schutz zukommt.

Dieser Art des Schutzes kommt aber gegen Ambush Marketing Maßnahmen eher geringere Bedeutung zu. Entscheidend für das Eingreifen des Urheberrechtes zugunsten des Berechtigten ist nämlich die Art der widerrechtlichen Nutzung. Nur das Vervielfältigen und Verbreiten besonders plumper Plagiate, wie z.B. nicht lizenzierte T-Shirts mit dem Aufdruck entweder des originalen oder gar eines leicht verfälschten Eventlogos, können durch Mittel des Urheberrechts bekämpft werden. Kreative Ambush Werbeaktionen, wie z.B. das Sponsoring von an dem Event teilnehmenden Einzelsportlern oder die oben aufgeführten Werbeaktionen, kommen völlig ohne die Nutzung offizieller Logos aus und lassen den urheberrechtlichen Schutz somit ins Leere laufen.

II. Markenrecht

Indes könnte das deutsche Markenrecht angemessene Abwehrmöglichkeiten für die betroffenen Veranstalter und Lizenznehmer bereithalten. Dabei bietet es dem Schutzsuchenden mehrere Vorteile. Zum einen können auch neu eingeführte Symbole oder Logos mit auch nur geringer Gestaltungshöhe Markenstatus erlangen. Zum anderen handelt es sich um ein sog. Registerrecht, das dem Inhaber der Marke die Beweisbarkeit bzgl. der Beanspruchung des Zeichens sowie dessen zeitlichen Priorität wesentlich erleichtert.

1. Entstehung von Markenschutz

Die primäre Voraussetzung eines markenrechtlichen Anspruches ist, dass der Anspruchssteller, in unserem Fall also der Eventveranstalter, Inhaber einer geschützten Marke ist. Markenschutz kann gem. § 4 MarkenG entweder durch Eintragung des Zeichens als Marke in das Register oder im Falle der Verkehrsgeltung des Zeichens durch Aufnahme dessen Benutzung entstehen. Voraussetzung ist jeweils die prinzipielle Markenfähigkeit des Zeichens²¹.

a. Markenfähigkeit § 3 MarkenG

Hiernach muss der fragliche Schutzgegenstand eine schutzfähige Zeichenform darstellen, die geeignet ist, Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu

¹⁹ Vgl. OLG Frankfurt WRP 1987, 480.

²⁰ z.B. ist das aktuelle Logo der FIFA WM 2006 das Ergebnis der monatelangen Zusammenarbeit einer englischen und einer deutschen Marketingagentur. Es weist eine sehr originelle, nicht zwingend nahe liegende Gestaltung auf. Abbildung und Entstehungsgeschichte nachzulesen auf <<http://fifaworldcup.yahoo.com/06/de/o/e/logo.html>> (besucht am 10.05.05).

²¹ Vgl. Hubmann/Götting Gewerblicher Rechtsschutz § 37 Rn. 12.

unterscheiden. Die schutzfähigen Zeichen zählt § 3 I MarkenG exemplarisch auf. Hieraus geht hervor, dass Veranstaltungsbezeichnungen (Bsp. FIFA WM 2006) als Wortmarken und Veranstaltungssymbole als Bildmarken, sowohl allein stehend als auch kombiniert, grundsätzlich schutzfähig sind. Weitere Voraussetzung ist die abstrakte Unterscheidungskraft des Zeichens. Diese ist zu bejahen, wenn die Bezeichnung bzw. das Zeichen in einem beliebig, theoretisch vorstellbaren Fall geeignet ist, Produkte zu identifizieren²². Dies ist beispielsweise bei der Bezeichnung FIFA WM für dessen Primärleistung, nämlich das Ausrichten einer internationalen Fußballweltmeisterschaft, nicht zu verneinen, so dass den Eventmarken abstrakte Unterscheidungsfähigkeit zukommt.

b. Sachlicher Markenschutz § 4 Nr. 2 MarkenG

Eine Möglichkeit zur Erlangung markenrechtlichen Schutzes bietet § 4 Nr. 2 MarkenG. Hiernach entsteht Markenschutz, wenn der Markeninhaber ein Zeichen im geschäftlichen Verkehr benutzt hat, das sodann innerhalb der beteiligten Verkehrskreise als Marke Verkehrsgeltung erlangt hat.

Eine Ansicht verneint eine Verkehrsgeltung von Sportkennzeichen im Allgemeinen, da die Frage der Verkehrsgeltung als Marke, also als Kennzeichen für bestimmte Waren oder Dienstleistungen von der regelmäßig hohen Bekanntheit des Zeichens an sich zu trennen sei²³. Richtigerweise muss jedoch differenziert werden. Die Verkehrsgeltung eines Zeichens, wie auch die im Rahmen der Registereintragung gem. § 4 Nr. 1 MarkenG erforderliche konkrete Unterscheidungskraft, verlangt einen konkreten Produktbezug²⁴. Somit ist auch zwischen den verschiedenen Leistungen, die mit dem Zeichen in Verbindung gebracht werden, zu unterscheiden. Für die Dienstleistung „sportliche Unterhaltung“ liegt durchaus Verkehrsgeltung verschiedener Sportkennzeichen vor, für sonstige sportferne Produkte muss eine solche dagegen aufgrund mangelnder Wahrnehmung durch den Verkehr in der Regel verneint werden²⁵.

c. Formeller Markenschutz § 4 Nr. 1 MarkenG

Nicht nur aufgrund der eben erörterten Problematik entsteht markenrechtlicher Schutz für Sportkennzeichen im Regelfall durch die Eintragung des Zeichens in das Markenregister. Dies ist jedoch nur möglich, wenn der Eintragung keine absoluten Schutzhindernisse gem. § 8 II MarkenG entgegenstehen.

Die Vorschrift des § 8 II Nr. 1 MarkenG begründet ein Schutzhindernis für Marken, denen im Hinblick auf die Waren oder Dienstleistungen, zu deren Kennzeichnung sie verwendet werden, jegliche Unterscheidungskraft fehlt. Hier ist also nach der konkreten Unterscheidungskraft in unmittelbarem

²² Vgl. *Fezer* Markenrecht § 3 Rn. 203.

²³ Vgl. *Schertz* Merchandising Rn. 192.

²⁴ Vgl. *Fezer* Markenrecht § 4 Rn. 119.

²⁵ Vgl. *Bayreuther* WRP 1997, 820 (822).

Bezug zu dem zu kennzeichnenden Produkt gefragt²⁶. Die Unterscheidungskraft richtet sich nach der Anschauung der beteiligten Verkehrskreise im jeweiligen Einzelfall. Vor allem den Wortmarken, die den Event bezeichnen (bsp. FIFA World Cup), wird häufig die konkrete Unterscheidungskraft generell abgesprochen²⁷. So stellte der *BGH* in einem Urteil aus dem März 2004 fest, dass die Unterscheidungskraft der Bezeichnung „Euro 2000“ nicht ohne weiteres anzunehmen sei. Vielmehr läge es nicht fern, dass der Verkehr die Bezeichnung lediglich als beschreibenden Hinweis auf das Sportereignis der Fußball-Europameisterschaft des Jahres 2000 verstehe²⁸. Somit würde der Verkehr die Bezeichnung „EURO 2000“ auf Fußbällen als bloße Bestimmungsangabe im Sinne eines offiziellen Spielballs für die Europameisterschaft ansehen, ohne dass er damit einen Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen verbinde. Somit würde der Wortmarke jegliche Unterscheidungskraft fehlen. Bei Wort-/Bildmarken sei der markenrechtliche Schutz somit auf die graphische Gestaltung des Bildteiles beschränkt²⁹, der Wortbestandteil nach § 8 II Nr. 1 MarkenG schutzunfähig. Die Eintragungsfähigkeit vom Marken solcher Art pauschal mit Hinweis auf § 8 II MarkenG abzulehnen, ist jedoch trotzdem verfehlt und geht zu weit. So darf nicht übersehen werden, dass beispielsweise die Bezeichnung „EURO“ in Verbindung mit der jeweiligen Jahreszahl vom Verkehr seit langer Zeit als Hinweis auf die, von einem bestimmten Unternehmen bzw. Anbieter, nämlich der UEFA, organisierten und ausgerichteten Fußball-Europameisterschaften dient³⁰. Gegen solch eine generelle Aberkennung von Eventmarken spricht aber auch schon die gebotene restriktive Auslegung des § 8 II Nr. 1 MarkenG. Schließlich ist eine Marke auch schon dann ausreichend unterscheidungskräftig, wenn ihr für die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen irgendeine Unterscheidungskraft zukommt, auch wenn sie noch so gering ist³¹. Dies ist dann eine Frage des jeweiligen Einzelfalls.

Für Merchandisingartikel hat der *EuGH* diese indirekt bejaht³². Nicht lizenzierte Fanartikel sind demnach geeignet den Eindruck entstehen zu lassen, dass eine Verbindung im geschäftlichen Verkehr zwischen den gekennzeichneten Waren und dem eigentlichen Markeninhaber besteht³³. Somit würden einige Verbraucher den jeweiligen Markeninhaber als Herkunftsunternehmen der Waren auffassen, die Marke also als Unterscheidungsmerkmal gebrauchen.

In diese Richtung geht auch eine Entscheidung des *OLG Hamburg* aus dem März 2004³⁴. Das Gericht entschied, dass ein unzulässiger Gebrauch der Wortmarke „WM 2006 Germany“ vorlag, weil

²⁶ Vgl. *Eisenmann/Jautz* Gewerblicher Rechtsschutz Rn. 255.

²⁷ Vgl. *Busch* MarkenR 2004, 333 (334).

²⁸ Vgl. *BGH* causa sport 2005, 105 (107).

²⁹ Vgl. *BGH* causa sport 2004, 105 (109).

³⁰ Vgl. *Hamacher* SpuRt 2005, 55 (57).

³¹ Vgl. *Fezer* Markenrecht § 8 Rn. 26.

³² Vgl. *EuGH* SpuRt 2003, S. 62 ff. – Arsenal/Reed.

³³ Vgl. *EuGH* SpuRt 2003, S. 62 (64) – Arsenal/Reed.

³⁴ Vgl. *BGH* GRUR-RR 2004, 362 ff.

diese geschützte Bezeichnung herkunftshinweisend in der Form eines „Namens“ oder „Titels“ des Merchandisingprodukts (einer Gedenkmünze) in Erscheinung trat, ohne dass dem Verkehr eine andere Möglichkeit der Bezeichnung angeboten wurde³⁵. Somit hat das *OLG Hamburg* die grundsätzliche Unterscheidungskraft solcher Wortmarken angenommen und zu Recht bestätigt.

Vor dem Hintergrund dieser Entscheidungen ist die Unterscheidungskraft von Eventmarken im Allgemeinen anzuerkennen und dann im Einzelfall in Bezug auf das strittige Produkt und der jeweiligen Marke zu prüfen, ob der erworbene Markenschutz verletzt wird. Dies ist auch aus rein praktischen Gesichtspunkten sachgerecht, da das Markenamt bei der Prüfung im Eintragungsverfahren weder eine genaue Produktbeschreibung besitzt noch die Qualität oder genaue Aufmachung der späteren Produkte kennt oder prüft³⁶.

Weiterhin könnte § 8 II Nr. 2 MarkenG einer Eintragung entgegenstehen. Hiernach dürfen Marken nicht eingetragen werden, die ausschließlich aus Zeichen und Angaben bestehen, welche zur Beschreibung des jeweiligen Produkts dienen können. An solchen Zeichen besteht regelmäßig ein Freihaltebedürfnis, weil deren Gebrauch der Allgemeinheit ungehindert offen stehen soll. Abgesehen von den angesprochenen praktischen Schwierigkeiten des Markenamts im Prüfungsverfahren, vor allem im Hinblick auf den auch hier zu berücksichtigenden Produktbezug³⁷, ist schließlich auch zu beachten, dass § 23 Nr. 2 MarkenG im Interesse der Allgemeinheit und namentlich der Wettbewerber die freie Benutzung der Marke als beschreibende Angabe als eine Schranke des Markenschutzes normiert, so dass nicht jegliche Benutzung der eingetragenen Marken untersagt werden kann. Ein nachträglicher Schutz der Konkurrenz vor ausufernder Monopolisierung ist gewährleistet, weshalb bei § 8 II Nr. 2 MarkenG eine zurückhaltende Anwendung auf augenscheinlich beschreibende und Freihaltebedürftige Zeichen³⁸ geboten ist³⁹. Die als Marken eingetragenen Sportkennzeichen sind auch nicht offensichtlich nur beschreibenden Charakters (s.o.). Es ist also grundsätzlich von der Eintragungsfähigkeit von Sportkennzeichen auszugehen. Dementsprechend hat beispielsweise die FIFA für die anstehende Weltmeisterschaft auch rund 90 Wort-, Bild- und Wort-/Bildmarken für eine Vielzahl von Waren und Dienstleistungen angemeldet⁴⁰.

2. Verletzungshandlung § 14 MarkenG

Der Inhaber einer Marke erwirbt gem. § 14 I MarkenG ein ausschließliches Recht, welches sowohl als positives Benutzungsrecht als auch als ein negatives Verbotensrecht wirkt. Zu unterscheiden ist

³⁵ Vgl. *BGH GRUR-RR* 2004, 362 (364).

³⁶ Vgl. *Neumann Beiträge zum Sportrecht* Bd. 12, 295 (318); *Ingerl/Rohnke* Markengesetz § 8 Rn. 98.

³⁷ Vgl. *Fezer* Markenrecht § 8 Rn. 123a.

³⁸ Vgl. beispielsweise *BGH GRUR* 2003, 882 ff. – Lichtenstein.

³⁹ Vgl. *Ingerl/Rohnke* Markengesetz § 8 Rn. 53.

⁴⁰ Nachzuschauen bei <<https://dpinfo.dpma.de/>> (besucht am 19. Mai 05).

zwischen Identitätsschutz (§ 14 II Nr. 1 MarkenG), Verwehlungschutz (§ 14 II Nr. 2 MarkenG) und Bekanntheitsschutz (§ 14 II Nr. 3 MarkenG). Gemeinsame Voraussetzung für einen Eingriff in das Markenrecht ist, dass die Marke von einem Dritten im geschäftlichen Verkehr benutzt wird. Hier wird deutlich, dass das Markenrecht die Regelung des wirtschaftlichen Wettbewerbs bezweckt⁴¹.

a. Die Benutzung im geschäftlichen Verkehr

Unter Handeln im geschäftlichen Verkehr ist jede wirtschaftliche Tätigkeit zu verstehen, die dazu bestimmt ist, der Förderung eines eigenen oder fremden Geschäftszwecks beliebiger Art zu dienen⁴². Bei Gewerbebetreibenden kann das Handeln im geschäftlichen Verkehr vermutet werden. Es ist jedoch umstritten, ob für die Verletzungshandlung jegliche Benutzung im geschäftlichen Verkehr ausreicht⁴³, oder gerade eine markenmäßige Benutzung vorliegen muss⁴⁴. Letzteres ist nach Meinung der Rechtsprechung unabdingbare Voraussetzung für einen Anspruch aus § 14 II MarkenG. Unter Anwendung des markenrechtlichen Instrumentariums, insbesondere des Tatbestandsmerkmals der Verwehlungsgefahr bei § 14 II Nr. 2 MarkenG sowie der Schrankenregelung des § 23 MarkenG, lassen sich jedoch die gleichen Ergebnisse erzielen wie vom *BGH* in den entschiedenen Fällen. Der Annahme einer markenmäßigen Benutzung des Verletzerzeichens als Grundvoraussetzung einer Markenverletzung bedarf es hierfür also nicht. Für erstgenannte Ansicht sprechen sowohl die wörtliche als auch die teleologische Auslegung. Schließlich soll das Markengesetz als wettbewerbliche Regelung im weiteren Sinne der Marke umfassenden ökonomischen Schutz gewähren⁴⁵. Auch der *EuGH* nähert sich in seinen letzten Entscheidungen der hier vertretenen Auffassung an. Zwar hält das Gericht eine kennzeichenmäßige Benutzung für erforderlich, bejaht diese aber bereits, wenn das fremde Kennzeichen als Hinweis nicht auf das eigene, sondern auf das Unternehmen des Zeicheninhabers verwendet wird⁴⁶. Im Ergebnis werden durch diese weite Auslegung nahezu alle Nutzungsmöglichkeiten erfasst⁴⁷.

b. Schutz „unbekannter Marken“

Soweit das Symbol noch keine bekannte Marke ist – etwa bei Neueinführung im Markt –, bleibt der Markeninhaber auf den Schutz vor Verwehlungsgefahr gem. § 14 II Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG angewiesen.

⁴¹ Vgl. *Hubmann/Götting* Gewerblicher Rechtsschutz § 40 Rn. 4.

⁴² Vgl. *Ingerl/Rohnke* Markengesetz § 14 Rn. 35.

⁴³ Vgl. *Fezer* Markenrecht § 14 Rn. 39; *Hotz* GRUR 2003, 993 ff.

⁴⁴ Vgl. *BGH* GRUR 2002, 814 (815), *BGH* GRUR 2002, 809 (810).

⁴⁵ Vgl. *Neumann* Beiträge zum Sportrecht Bd. 12, 295 (319).

⁴⁶ Vgl. *EuGH* SpuRt 2003, S. 62 (63) – Arsenal/Reed; offen gelassen bei *EuGH* GRUR 2002, 692 ff. – Hölterhoff.

⁴⁷ Vgl. *Hotz* GRUR 2003, 993 (1002).

aa. Identitätsschutz § 14 II Nr. 1 MarkenG

Gemäß § 14 II Nr. 1 MarkenG ist es Dritten untersagt, ohne Zustimmung des Inhabers der Marke im geschäftlichen Verkehr ein identisches Zeichen für identische Waren oder Dienstleistungen zu benutzen. Jedoch genügt bereits die Verwendung geringfügiger Abwandlungen der geschützten Marke, um einer Rechtsverletzung zu entgehen⁴⁸. Folglich fallen unter diesen Tatbestand nur die bereits im Rahmen des Urheberrechts angesprochenen Fälle der Produktpiraterie. Der *EuGH* hatte im Jahre 2002 im Falle nicht lizenzierten Fanartikel eine markenrechtliche Verletzung bejaht, da er die Hauptfunktion der Marke, die Herkunftsfunktion, als gefährdet ansah⁴⁹. Der Markeninhaber müsse vor Konkurrenten geschützt werden, die unter Missbrauch der Stellung der Marke widerrechtlich mit diesem Kennzeichen versehene Waren veräußern. Selbst ein Hinweis des unrechtmäßigen Verwenders, dass seine Waren nicht offizielle Produkte des Markeninhabers seien, sei unbeachtlich, da sich nicht ausschließen lasse, dass einige Verbraucher bei einem eintretenden Weiterverkauf das verwendete Zeichen als Herkunftsangabe auffassen könnten⁵⁰. In Deutschland allerdings scheint der Anwendungsbereich für diese Vorschrift eher gering zu sein, da aufgrund gründlicher Kontrollen des Staates, dieser nicht gerade für seine „Vietnamesenmärkte“ oder „Basare“ bekannt ist.

bb. Verwechslungsschutz § 14 II Nr. 2 MarkenG

Um den Schutzbereich der Marke zu erweitern, dehnt § 14 II Nr. 2 MarkenG den Untersagungstatbestand auf den Verwechslungsschutz aus. Er setzt voraus, dass in Folge der Verwendung identischer oder ähnlicher Produkte eine Verwechslung mit der geschützten Marke seitens des Adressatenkreises zu befürchten ist. Es muss also eine Verwechslungsgefahr bestehen.

Ob seitens der beteiligten Verkehrskreise die Gefahr von Verwechslungen zu befürchten ist, muss unter Berücksichtigung dreier Faktoren, die miteinander in Wechselwirkung stehen, ermittelt werden: Zeichenidentität bzw. –ähnlichkeit, Produktidentität bzw. –ähnlichkeit und Kennzeichnungskraft der geltend gemachten Marke⁵¹.

Letztere ist allerdings bei Sportmarken als eher gering zu bewerten. Dies ist im Hinblick auf die bereits im Rahmen der Eintragungsfähigkeit der Sportkennzeichen aufgeworfene Problematik der schwachen Unterscheidungskraft nur konsequent. Selbst wenn man, wie hier, nicht der Ansicht des *BGH* folgt, manchen Sportkennzeichen fehle es an jeglicher Unterscheidungskraft⁵², so ist trotzdem zu beachten, dass der Verkehr mit Wortmarken wie „WM 2006“ oder „World Cup 2006 Germany“ in erster Linie ein bedeutendes sportliches Ereignis beschreibt und keine Herstellerzuordnung

⁴⁸ Vgl. *Hubmann/Götting* Gewerblicher Rechtsschutz § 40 Rn. 7.

⁴⁹ Vgl. *EuGH* SpuRt 2003, S. 62 (64) – Arsenal/Reed.

⁵⁰ *EuGH* SpuRt 2003, S. 62 (64) – Arsenal/Reed.

⁵¹ Vgl. *Ingerl/Rohnke* Markengesetz § 14 Rn. 272.

⁵² Vgl. *Busch* MarkenR 2004, 333 (334).

vornimmt. Dies gilt selbst für die Verbraucher, denen der Veranstalter solcher Events, z.B. die FIFA, bekannt ist⁵³. Der Verkehr würde bei einer möglichen Umfrage kaum bestimmte Waren mit der Bezeichnung eines Events in Verbindung bringen. Der Markeninhaber erwirbt den kennzeichenrechtlichen Schutz unter einem gewissen Vorbehalt, den die bis dahin eher beschreibende Verwendung des Begriffs mit sich trägt. Aus diesem Grund ist es einem solchen Markeninhaber verwehrt, einen Ausschließlichkeitsanspruch für den beschreibenden Gebrauch herzuleiten⁵⁴. Im Fall des *OLG Hamburg* hat das Gericht jedoch den Markeninhaber nicht völlig schutzlos gestellt, da die Wortmarke herkunftshinweisend wie ein „Name“ der Ware in Erscheinung trat, ohne dass dem Verbraucher eine andere Möglichkeit der Bezeichnung angeboten wurde. Somit wird dem Veranstalter sportlicher Großereignisse der markenrechtliche Schutz nicht vollständig verwehrt, was im Hinblick auf die hohe Bekanntheit der Kennzeichen auch als Marke sachgerecht erscheint; schließlich scheint ein Bedeutungswandel für solche Schriftzüge und Embleme aufgrund konsequenter Anmeldung und Nutzung seit mehreren Jahren als Marke für große Sportereignisse und angesichts der großen Bekanntheit solcher Zeichen für die Durchführung und Organisation von internationalen Events nicht fern liegend. Auf der anderen Seite ist sein markenrechtlicher Schutz jedoch nicht sehr stark ausgeprägt und kann leicht umgangen werden. Der Senat hat mit Recht darauf hingewiesen, dass es den markenrechtlichen Schutz nur aufgrund des alternativlosen Herkunftshinweises gewährt hat und dass sich der unrechtmäßige Verwender mit eher geringfügigen Abänderungen bereits aus dem markenrechtlichen Schutzrahmen bewegen kann. Dies veranschaulicht deutlich die geringe Kennzeichnungskraft solcher Eventmarken

In diesem Zusammenhang ist auch fraglich, ob bereits die Annahme des Verkehrs, der Drittnutzer sei ein offizieller Sponsor der betreffenden Veranstaltung, zugleich eine Verwechslungsgefahr begründet. Denn diese Vermutung umfasst lediglich den Gedanken, dass der Drittnutzer als Gegenleistung für gewisse Rechte den Veranstalter finanziell unterstützt hat und nicht unbedingt auch, dass der Veranstalter die Qualität und Herkunft der angebotenen Waren oder Dienstleistungen beeinflusst, zumal die Sponsoren meist selbst über eine bekannte Marke verfügen.

cc. Schranke des Markenrechts

Sind sämtliche tatbestandliche Voraussetzungen der eben dargestellten markenrechtlichen Ansprüche gem. § 14 II MarkenG erfüllt, müssen nun die markenrechtlichen Schranken geprüft werden, wobei im Bereich der Sportmarken hauptsächlich § 23 Nr. 2 MarkenG bedeutsam wird. Hiernach bleibt ein lediglich beschreibender Hinweis auf das Sportereignis gestattet. Die Verwendung der Sportmarke kann nur Markenrechte verletzen, wenn sie zur Kennzeichnung von Waren oder Dienst-

⁵³ Vgl. *OLG Hamburg* GRUR 2004, 362 (363).

⁵⁴ Vgl. *OLG Hamburg* GRUR 2004, 362 (363).

leistungen erfolgt. Dient die Nutzung lediglich als Hinweis auf das stattfindende Event, fehlt es an der markenrechtlichen Verletzung. So wird der Begriff „Fußballweltmeisterschaft“ lediglich den Vorgang bezeichnen, bei dem im Wettkampf die weltbeste Mannschaft ermittelt wird. Selbst wenn dem Verkehr bekannt sein sollte, welche Organisation das Ereignis veranstaltet, so wird mit der Verwendung der Bezeichnung nicht der Dienstleister gekennzeichnet, solange nicht erkennbar auf ihn hingewiesen werden soll⁵⁵. So sind die meisten Sportmarken als Hinweis auf die Veranstaltung bekannt und nicht als Zeichen des Veranstalters oder seiner Produkte.

c. Bekanntheitsschutz § 14 II Nr. 3 MarkenG

Der Verletzungstatbestand des § 14 II Nr. 3 MarkenG erweitert den Schutz für „bekannte Marken“ gegenüber solchen Benutzungen eines identischen oder ähnlichen Zeichens, welche die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der bekannten Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt. Zu unterscheiden sind hier die vier Tatbestände: die Verwässerung (Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft), die Rufausbeutung (Ausnutzung der Unterscheidungskraft), die Aufmerksamkeitsausbeutung (Ausnutzung der Wertschätzung) und die Rufschädigung (Beeinträchtigung der Wertschätzung). Selbst wenn man mit Teilen der Literatur⁵⁶ die Bekanntheit von manchen Sportkennzeichen als Dienstleistungskennzeichen für die Organisation und Durchführung des jeweiligen Sportereignisses bejaht, bemisst sich deren Schutzzumfang immer noch danach, ob die Drittnutzung gegenüber dem Veranstalter als Markeninhaber unlauter ist und ohne Rechtfertigungsgrund erfolgt. So liegt alleine bei der häufig nur beschreibenden Verwendung von Sportmarken (s.o.) in der Regel schon keine unlautere Handlung vor⁵⁷. Auch für den rechtfertigenden Grund ist zu beachten, dass eine rechtswidrige Beeinträchtigung eher vorliegen wird, je höher die Unterscheidungskraft der Marke ist⁵⁸, welche wiederum, wie bereits aufgezeigt, für Sportkennzeichen nicht sehr ausgeprägt ist. Für gewisse Fanartikel, wie beispielsweise ein Sonderbuch zur WM, wird mithin regelmäßig die Pressefreiheit gem. Art. 5 I 2 GG einen rechtfertigenden Grund darstellen.

3. Resümee

Das Markenrecht bietet dem Veranstalter sportlicher Ereignisse gewisse Abwehrmöglichkeiten, welche jedoch aufgrund der geringen Produktunterscheidungskraft und der Möglichkeit der lediglich beschreibenden Verwendung sehr eingeschränkt sind. Hinzu kommt, dass auch für das Eingreifen des Markenrechts eine Verwendung der Marke vorausgesetzt wird, so dass, wie auch im Bereich

⁵⁵ Vgl. *OLG Hamburg* SpuRt 1997, 172 (173).

⁵⁶ Vgl. *Neumann Beiträge zum Sportrecht* Bd. 12, 295 (319); *Ruijsenaars* SpuRt 1998, 133 (136).

⁵⁷ Vgl. *Ingerl/Rohnke* Markengesetz § 14 Rn. 845.

⁵⁸ Vgl. *Fezer* Markenrecht § 14 Rn. 429.

des Urheberrechts, hierdurch die anfangs genannten Beispiele des kreativen Ambush-Marketings gar nicht erfasst werden.

III. Unlauterer Wettbewerb

Das bisher gesagte verdeutlicht, wie schwierig es ist, Ambush-Marketing immaterialgüterrechtlich zu erfassen und dementsprechend zu ahnden, was zum einen Teil an dem schwachen Kennzeichenschutz für Sportmarken, vor allem aber an der Gestaltungsform des Marketings liegt. Möglicherweise kann solchen Maßnahmen aber mit den Mitteln des Wettbewerbsrechts begegnet werden.

1. Anwendbarkeit des UWG

Bevor jedoch das Verhalten der Ambush Marketing Verwender nach einzelnen Anspruchsgrundlagen des UWG beurteilt werden kann, muss zuerst die Frage gestellt werden, in wie weit der wettbewerbliche Schutz im engeren Sinne überhaupt zur Ergänzung des immaterialgüterrechtlichen Schutzes im Falle der Überschneidung herangezogen werden darf. Grundsätzlich besitzen Urheber- und Markenrechte im Vergleich zu dem Lauterkeitsrecht verschiedene Schutzrichtungen⁵⁹. Erstere garantieren subjektive Ausschließlichkeitsrechte, während den Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechts das lautere Verhalten der Wettbewerber auf dem Markt darstellt. Dennoch sind Überschneidungen möglich.

a. Grundsatz

Der Gesetzgeber hat in § 2 MarkenG klar gestellt, dass das MarkenG keine abschließende Regelung des Kennzeichenschutzes darstellt. Fraglich ist aber, ob hieraus entnommen werden kann, dass auf jeden Sachverhalt neben dem MarkenG auch noch andere Vorschriften, insbesondere das Wettbewerbsrecht, angewendet werden können.

Eine Ansicht propagiert eine autonome Anwendung beider Regelungen, da hiernach zwischen MarkenG und UWG eine kumulative Anspruchskonkurrenz bestehe⁶⁰. Der Wortlaut des § 2 MarkenG sei diesbezüglich klar und eindeutig und normiere ausdrücklich die Anwendbarkeit anderer Vorschriften, somit auch des UWG. Bei der konkurrierenden Anwendung der außermarkenrechtlichen Vorschriften sei sodann die tatbestandliche Schutzrechtsgrenze der Sonderschutzrechte zu beachten. Die Gegenansicht hält eine differenzierte Betrachtung für erforderlich. Stehe die Anwendung anderer Vorschriften im Wertungswiderspruch zu den markenrechtlichen Regelungen oder sei der zu

⁵⁹ Vgl. Baumbach/Hefermehl/Köhler Wettbewerbsrecht § 4 Rn. 11.40.

⁶⁰ Vgl. Fezer Markenrecht § 2 Rn. 2 ff.; *Deutsch WRP* 2000, 854 ff.; früher auch *BGH GRUR* 1998, 934 (937)

beurteilende Sachverhalt bereits markenrechtlich geregelt, gehe das MarkenG als *lex specialis* vor⁶¹. Der Wortlaut des § 2 MarkenG sei soweit missverständlich und beziehe sich lediglich auf die Anwendung anderer Vorschriften jenseits des eigentlichen markenrechtlichen Schutzbereichs.

Die erstgenannte Ansicht ist abzulehnen. Wäre das UWG neben dem MarkenG unbeschränkt anwendbar, würde eine Aushöhlung markenrechtlicher Wertungen drohen. Die in den markengesetzlichen Tatbestandsmerkmalen zum Ausdruck kommenden Festlegungen würden erheblich relativiert und könnten ihre Begrenzungsfunktion nicht mehr erfüllen⁶². Für diese Auffassung spricht auch die Kodifikation ehemals teils wettbewerblicher teils deliktsrechtlicher Schutztatbestände und ihre Einbeziehung in das MarkenG, das insoweit in seinem Anwendungsbereich erweitert wurde. Wäre ein Rückgriff auf andere Vorschriften weiterhin in allen Konstellationen zulässig, verlöre die Integration ihren Sinn, das Kennzeichenrecht abschließend zu regeln. Die Einordnung des MarkenG als *lex specialis* entspricht auch allgemeinen Wertungsmaßstäben. Ist ein Zeichen markenrechtlich schutzunfähig, wäre es unbillig, ihm durch die Hintertür des UWG trotzdem kennzeichenrechtlichen Schutz zu gewähren. Ist ein Zeichen schutzfähig, aber nicht angemeldet (§ 4 Nr. 1 MarkenG), lässt sich die Verweigerung lauterkeitsrechtlichen Schutzes mit Hinweis auf die Eigenverantwortlichkeit des Zeicheninhabers und auf dessen verschuldetes Versäumnis der Eintragung begründen. Genießt ein Zeichen bereits markenrechtlichen Schutz, ist zusätzlicher Schutz durch andere Vorschriften erst recht nicht geboten, da dem Markeninhaber bereits gewichtige Abwehransprüche zustehen. Das Markenrecht ist folglich in seinem Anwendungsbereich abschließend und genießt Vorrang. Hieraus geht also hervor, dass für die gleichzeitige Anwendung des UWG oder des § 823 BGB „grundsätzlich kein Raum ist“⁶³. Vielmehr ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob sich der Sittenwidrigkeitsvorwurf auf Gesichtspunkte bezieht, die nicht bereits im Rahmen der markenrechtlichen Tatbestände erfasst werden⁶⁴.

b. Konsequenzen für mögliche Anspruchsgrundlagen

Nachdem der konsequente Anwendungsvorrang des MarkenG in seinem Schutzbereich hier bejaht wurde, stellt sich die Frage, inwieweit mögliche relevante Anspruchsgrundlage gegen die Durchführung von Ambush Marketing gegenüber dem Sonderrechtsschutz zurücktreten müssen.

aa. Schutz der bekannten Marke

Teilweise wird in der Literatur manchen hervorstechenden Kennzeichen sportlicher Großveranstaltungen der erforderliche Bekanntheitsstatus als Marke des § 14 II Nr. 3 MarkenG zugeschrieben⁶⁵.

⁶¹ Vgl. *Ingerl/Rohnke* Markengesetz § 2 Rn. 1.; *BGH GRUR* 2002, 622 (623) – shell.de.

⁶² Vgl. *Ingerl WRP* 2004, 809 (811).

⁶³ St. Rspr. vgl. *BGH GRUR* 2003, 973 (974); *BGH GRUR* 2002, 622 (623).

⁶⁴ Vgl. *Ingerl WRP* 2004, 809 (812).

⁶⁵ Vgl. Fn. 56.

Neben der hier bereits berücksichtigten Erwägung, dass die markenrechtlichen Schutzgrenzen bei Anwendung des UWG leer laufen würden, spricht im Bereich der bekannten Marken ein weiterer Grund für den markenrechtlichen Vorrang. Fände neben den Bestimmungen des MarkenG uneingeschränkt das UWG Anwendung, ginge der mit der Markenrechtsrichtlinie verbundene Harmonisierungseffekt zum Teil verloren⁶⁶. Auch wenn das europäische Recht kein Hindernis für einen weitergehenden Schutz darstellen würde, wäre es wenig sinnvoll, die Schutzuntergrenze des harmonisierten Rechts dadurch zu relativieren, dass stets noch ein lauterkeitsrechtlicher Auffangtatbestand zu prüfen wäre. Obwohl der EuGH mehrfach klar gestellt hat, dass die Markenrechtslinie nur eine Teilharmonisierung bezwecke, ist diese jedoch in ihrem Regelungsbereich als umfassend anzusehen⁶⁷.

Dies führt für die hier angesprochene Ansicht in der Literatur im Bereich des Ambush Marketing dazu, dass erweiterter lauterkeitsrechtlicher Schutz für Veranstaltungssymbole nur schwer zu erlangen ist. Einzige Möglichkeit bliebe eine Benutzung eines Zeichens, deren Unlauterkeit sich nicht gerade im Rahmen der von § 14 II Nr. 3 MarkenG zu berücksichtigenden Gesichtspunkten ergibt. Dies ist schwer vorstellbar.

bb. Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz

Des Weiteren ist fraglich, inwieweit der ergänzende wettbewerbliche Leistungsschutz gem. § 4 Nr. 9 UWG durch speziellere Immaterialgüterrechte ausgeschlossen ist. Der Tatbestand bezieht sich dem Wortlaut nach zwar nur auf Waren und Dienstleistungen, doch sind diese Begriffe weit auszulegen, so dass Leistungsergebnisse jeder Art erfasst werden⁶⁸. Allerdings bleibt die bloße Nachahmung mit Rücksicht auf den sondergesetzlich geregelten Schutz grundsätzlich erlaubt. Andernfalls käme der technische, wirtschaftliche und kulturelle Fortschritt zum Erliegen. Eine andere Beurteilung kommt nur unter besonderen Umständen in Betracht⁶⁹. Indes ist es heftig umstritten, ob durch den § 4 N. 9 UWG ein verselbstständiger, vom Produkt losgelöster Kennzeichenschutz zwingend angeordnet wird.

Ein Teil der Literatur tendiert zu der Schaffung wettbewerblicher Leistungsschutzrechte in Ergänzung zu den Immaterialgüterrechten über das UWG, um der unternehmerischen Leistung den „gebührenden“ Schutz im deutschen Recht zu schaffen⁷⁰. Grund für derartigen Schutz sei die besondere Schutzwürdigkeit der nachgeahmten Ware oder Leistung. Weiterhin fehle es den Konkurrenten an einem rechtlich anerkannten Interesse für eine Nachahmung.

⁶⁶ Vgl. *Bornkamm* GRUR 2005, 97 (100).

⁶⁷ Vgl. *EuGH* GRUR 2003, 143 (143) - *Robelco*; *EuGH* GRUR 2002, 156 (158) – *Zino Davidoff*.

⁶⁸ Vgl. *Baumbach/Hefermehl/Köhler Wettbewerbsrecht* § 4 Rn. 9.21.

⁶⁹ Vgl. *Lettl* UWG Rn. 322.

⁷⁰ Vgl. *Köhler* WRP 1999, 1075 (1078 ff.); *Fezer* WRP 2001, 989 (1004 ff.).

Die Gegenmeinung sieht die freie Nachahmung als erlaubte und wünschenswerte Basis jeden menschlichen Fortschritts, gegen die mit Hilfe des UWG nur auf Grund der Art und Weise vorgegangen werden sollte⁷¹. Ein darüber hinaus gehender Schutz sei mit den Wertungen der Immaterialgüterrechte nicht vereinbar.

Ergänzender Kennzeichenschutz durch das Wettbewerbsrecht läuft immer Gefahr, die Grenzen, die dem sondergesetzlich geregelten Leistungsschutz im Interesse des Wettbewerbs durch den Gesetzgeber gezogen sind, zu überspielen. Dies kann leicht zu nicht gewollten Wettbewerbsbeschränkungen führen. Die Sonderregelungen wie z.B. das Urheber- oder das Markenrecht schützen bereits in großem Umfang als wertvoll angesehene Leistungen, dies jedoch nur unter zurecht hohen Anforderungen und zeitlich begrenzt, um den Fortschritt der Menschheit im Interesse der Allgemeinheit in technischer, kultureller und wirtschaftlicher nicht unnötig zu hindern. Diese Sondergesetze würden gleichwohl ausgehebelt, wenn durch die Hintertür des UWG „Ersatzausschließlichkeitsrechte“ ergänzend geschaffen würden. Nach der bereits oben vertretenen Auffassung bzgl. des grundsätzlichen Vorrangs des MarkenG ist es auch nur konsequent, den Eigentümer eines Kennzeichens auf den Markenrechtsschutz zu verweisen. Ist die Marke sodann nicht angemeldet, muss auch der wettbewerbliche Schutz versagt werden⁷². Die Veranstalter von Sportereignissen können sich also nur in den Fällen auf den wettbewerblichen Leistungsschutz berufen, in denen Schutz durch das MarkenG ausscheidet, ein Sonderrechtsschutz für das Kennzeichen also nicht (mehr) besteht⁷³. Da die Veranstalter innerhalb der letzten Jahre immer mehr zur Anmeldung aller denkbaren Kennzeichen als Marke tendieren und durch den hier vertretenen, vom *EuGH* geprägten, weiten Begriff der kennzeichenmäßigen Verwendung sind kaum verbleibende nennenswerte Fälle unter dem Gesichtspunkt des § 4 Nr. 9 lit. b UWG denkbar.

2. Irreführende Werbung §§ 5 I, II Nr. 3, 3 UWG

Ambush Marketing Maßnahmen versuchen die beworbenen Unternehmen im Vorstellungsbild der Verbraucher mit einem sportlichen Ereignis zu verbinden. Dieses Täuschungselement könnte dazu führen, dass es sich um einen Fall der irreführenden Werbung über geschäftliche Verhältnisse gem. §§ 5 I, II Nr. 3, 3 UWG handelt.

a. Werbung

⁷¹ Vgl. *Emmerich* FS Gernhuber S. 857 (863 ff.); *BGHZ* 138, 143 (150).

⁷² Vgl. *Heermann* WRP 2004, 263 (272); *Ingerl* WRP 2004, 809 (814).

⁷³ Vgl. *Ingerl/Rohnke* Markengesetz § 2 Rn. 9; *Lettl* UWG Rn. 323.

Da das UWG selbst keine Legaldefinition von Werbung enthält, wird auf den Begriff der EG-Richtlinie⁷⁴ zurückgegriffen. Danach ist Werbung jede Äußerung bei der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern. Hierbei ist sowohl die Art der Kommunikation als auch das Medium beliebig. Entscheidend ist, dass es sich hierbei um eine Tatsachenäußerung handeln muss. Alleine der Begriff Marketing impliziert den Werbecharakter. Die Tatsache, die durch die Werbeaussage vermittelt werden soll, ist, dass sich das darstellende Unternehmen in geschäftlichen Beziehungen, bestenfalls als Sponsor oder Förderer, mit dem Sportereignis befindet. Es steht außer Frage, dass die sich in dieser Art Präsentierenden ihren Produktabsatz fördern wollen. Die Unternehmen nehmen hiermit auch eine Wettbewerbshandlung i.S.d. § 2 Nr. 1 UWG vor, da jede Werbung zugleich eine Wettbewerbshandlung ist⁷⁵.

b. Irreführung

Das UWG verbietet nur die „irreführende“ Werbung, d.h. die unwahre bzw. unrichtige Werbung. Es gilt nun also zuerst den Sinn der Werbung zu ermitteln und anschließend den ermittelten Sinn anhand der tatsächlichen Verhältnisse zu überprüfen⁷⁶. Zuerst muss folglich die Frage gestellt werden, welche Verkehrskreise durch die Werbung angesprochen werden. In erster Linie sind dies Sportfans, welche je nach Sportart variieren. Bei besonders großen internationalen Ereignissen wie der Weltmeisterschaft im Fußball oder den Olympischen Spielen sind die angesprochenen Verkehrskreise mit der Menge aller Verbraucher fast identisch, da diese Events auch sonst nicht Sportbegeisterte vor den Fernseher bzw. in die Stadien locken. Als zweiter Schritt gilt es zu überprüfen, wie ein durchschnittlich informierter, angemessen aufmerksamer und verständiger Verbraucher dieser Verkehrskreise die Werbung versteht⁷⁷. Ambush Marketing Maßnahmen zeichnen sich oft durch eine besonders auffällige und auch kreative Gestaltung aus. Dies zeigen die oben genannten Beispiele. Auch wenn die Werbeaktionen nicht ausdrücklich ihre Verbindung zu der Veranstaltung herausstellen, hinterlassen die Maßnahmen aber eben diesen Eindruck. Kein verständiger Verbraucher käme beispielsweise bei einer so massiven Präsenz des Herstellers Nike in Verbindung mit der brasilianischen Equipe darauf, dass Umbro der offizielle Sponsor sein könnte. Auch die von Mercedes gecharterten Flugzeuge, die über dem New York Marathon ihre Werbebotschaft verkünden, vermitteln dem Vorstellungsbild der Verbraucher eine geschäftliche Beziehung in Form eines Sponsorships. Auf der dritten Prüfungsstufe muss die vermittelte Werbeaussage mit den tatsächlichen Begebenheiten

⁷⁴ Vgl. Richtlinie des Rates v. 10.09.1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung (84/450/EWG), ABIEG Nr. 270, S. 17 = GRUR Int 1984, 688.

⁷⁵ Vgl. *Lettl* UWG Rn. 411.

⁷⁶ Vgl. *Emmerich* Unlauterer Wettbewerb S. 273.

⁷⁷ Vgl. *Lettl* UWG Rn. 412.

ten abgeglichen werden. Sinn und Zweck des Ambush Marketings ist eben genau die Herstellung einer gedanklichen Verbindung des Unternehmens mit der Sportveranstaltung, die gerade nicht existiert. Ein in der Form des Ambush Marketing Werbender ist nie offizieller Sponsor oder Förderer, sondern versucht trotz seiner fehlenden geschäftlichen Beziehung die durch die Veranstaltung ausgelösten positiven Assoziationen auszunutzen. Die vermittelte Aussage entspricht folglich nicht den Tatsachen. Letztendlich ist zu prüfen, ob diese Irreführung geeignet ist, das Verhalten der maßgeblichen Verkehrskreise zu beeinflussen (sog. Relevanz)⁷⁸. Nach Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie ist eine Werbung irreführend, die die Adressaten täuscht oder zu täuschen geeignet ist und die infolge der ihr innewohnenden Täuschung das wirtschaftliche Verhalten der Adressaten beeinflussen kann. Sportliche Großereignisse werden durchweg als positiv wahrgenommen. Ihnen werden Attribute wie Fairness, Internationalität und auch einfach nur Spaß und Freude zugeschrieben. Finanziellen Förderern kommt deshalb ein nicht unerheblicher Sympathiebonus zu, da diese erst solch große Veranstaltungen ermöglichen können. Der Verbraucher ist bei seiner Kaufentscheidung dazu geneigt, den Sponsor für seine Tätigkeit zu „honorieren“, indem er dessen Produkte, deren Image ebenfalls von den Attributen des Events profitiert, erwirbt. Sein wirtschaftliches Verhalten wird also beeinflusst. Eingeschränkt wird § 5 UWG ebenso wie andere gesetzliche Verbote durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Es kann also von Fall zu Fall geboten sein, im Wege einer Interessenabwägung eine geringfügige Irreführungsgefahr zum Schutz anderer Rechtsgüter hinzunehmen⁷⁹. Zu denken ist hier an die grundrechtliche Wertung des Art. 12 I GG. Grundsätzlich gilt in Deutschland die Wettbewerbsfreiheit. Ein Schutz vor missliebigen Konkurrenten soll nicht einfach durch Verbote gewährleistet werden. Im Falle des Ambush Marketing ist jedoch auf der Gegenseite zu beachten, dass offizielle Sponsoren enorme Summen ausgeben, um diesen Status zu erhalten. Nur durch sie ist die Austragung sportlicher Großveranstaltungen zu gewährleisten, die einen immensen organisatorischen und vor allem finanziellen Aufwand erfordern. Durch Ambush Marketing wird ihre eigene Werbeaussage verwässert, da die Umworbene nicht zweifelsfrei erkennen können, wer nun wirklich zum Kreis der Sponsoren gehört. Weiterhin provozieren Ambush Marketing Nutzer die eben dargelegte Irreführung der Verbraucher, was sich nicht mit dem Rechtsgut des Verbraucherschutzes in Einklang bringen lässt. Ein getäuschter Konsument kann nicht mehr die ihm eigentlich marktwirtschaftlich zukommende Funktion des objektiven Schiedsrichters einnehmen, da seine Entscheidung unlauter beeinflusst wurde. Es spricht also vieles dafür, die Angemessenheit eines auf § 5 UWG gestützten Anspruchs in diesen Sachverhalten zu bejahen. Dies muss allerdings im Einzelfall individuell geprüft werden. Wird beispielsweise ein offizieller Sponsor einer Nationalmannschaft auf-

⁷⁸ Vgl. *Lettl* UWG Rn. 412.

⁷⁹ Vgl. *Emmerich* Unlauterer Wettbewerb S. 289.

grund einer missverständlichen Werbung von den angesprochenen Verkehrskreisen fälschlicherweise als ein offiziellen Sponsor des gesamten Sportevents wahrgenommen, ist die Irreführung hinzunehmen, da schließlich auch ein Mannschaftssponsor seinen Teil zur Veranstaltung beiträgt, so dass ihm der positive Mehrwert im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zuzubilligen ist.

3. Resümee

Das deutsche Wettbewerbsrecht bietet den Betroffenen Veranstaltern und Unternehmen gewisse Schutzmöglichkeiten gegen nicht markenrechtlich zu ahndende Sachverhalte durch den Tatbestand der Irreführenden Werbung gem. § 5 UWG. Jedoch gilt es auch hier zu bedenken, dass der Nachweis einer nicht unerheblichen Täuschung der Verbraucher manchmal schwierig zu führen sein wird und nicht jede Art der Irreführung zu einem Eingriff in den Wettbewerb berechtigt.

D. Ambush Marketing mit bekannten Sportlern

Nachdem im Vorherigen Ambush Marketing im Allgemeinen rechtlich betrachtet wurde, gilt es nun, einen Blick auf die erweiterten rechtlichen Möglichkeiten bekannter Sportler gegen das Ausnutzen ihrer Person zu Zwecken des Ambush Marketing zu werfen. Außer Betracht bleiben mögliche markenrechtliche Ansprüche, obwohl sich immer mehr berühmte Sportler mittlerweile auch ihre Namen als Marke eintragen lassen⁸⁰, da die Problematik sich mit der bereits oben dargestellten Situation der Sportmarken weitgehend deckt.

I. § 823 II BGB i.V.m. 22, 23 KUG

Schadensersatzpflichtig ist nach § 823 II BGB derjenige, der rechtswidrig und schuldhaft „gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt“ und dadurch dem anderen einen Schaden zufügt.

1. Schutzgesetz

§ 22 KUG ist als Schutzgesetz zu Gunsten einer bildlich dargestellten Person anerkannt⁸¹. Gem. § 22 KUG dürfen Bildnisse grundsätzlich nur mit der Einwilligung des Abgelichteten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Der Begriff des Bildnisses wird sehr weit ausgelegt, erfasst werden alle Darstellungsarten und Darstellungstechniken⁸². Entscheidendes Merkmal ist die Erkennbarkeit der abgebildeten Person. Diese hängt auch vom Umfeld ab, in dem die Abbildung er-

⁸⁰ Beispielsweise: Michael Ballack als Wortmarke Reg.-Nr. 30361450.1; Oliver Kahn als Wort-/Bildmarke Reg.-Nr. 30428625.7. Nachzuschauen bei <<https://dpinfo.dpma.de/>> (besucht am 31. Mai 05).

⁸¹ Vgl. *Lober/Weber* ZUM 2003, 658 (661).

⁸² Vgl. *Gauß* GRUR Int. 2004, 558 (559).

scheint⁸³. Wird also ein reales Bild eines bekannten Sportlers oder eine künstlich hergestellte Darstellung desselbigen ohne seine Einwilligung, an der es im Rahmen des Ambush Marketing typischerweise fehlt, in der Werbung verwendet, verstößt der Werbende gegen § 22 KUG.

2. Schranken des Schutzgesetzes

a. Absolute und relative Personen der Zeitgeschichte

Nach § 23 I 2 Nr. 1 KUG ist eine Verwendung der bildlichen Darstellung jedoch rechtmäßig, wenn es sich bei der Person um eine absolute oder relative Person der Zeitgeschichte handelt, da deren Persönlichkeitsrechte im Interesse der Informations- und Berichterstattungsfreiheit zurücktreten müssen⁸⁴. Besonderen Ausnahmeathleten wird durchaus der Status der absoluten Person der Zeitgeschichte zuzugestehen sein, da sie aus der Masse der Mitmenschen herausragen und deswegen dauerhaft im Blickpunkt der Öffentlichkeit stehen. Zumindest handelt es sich bei den verwendeten Sportlern aber um relative Personen der Zeitgeschichte, da sie in einem Zusammenhang mit dem Ereignis von zeitgeschichtlichem Interesse stehen (z.B. Fußball-Weltmeisterschaft, Olympische Spiele)⁸⁵. Jedoch muss gem. § 23 II KUG auch eine Person der Zeitgeschichte die Verbreitung ihres Bildes nicht hinnehmen, wenn dem ein berechtigtes Interesse entgegensteht. Die Abgrenzung zwischen freier und entgeltlicher Nutzung von Persönlichkeitsrechten wird in solchen Fällen anhand Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen und dem öffentlichen Informationsbedürfnis vorgenommen. Letzteres wird nicht durch ein gleichzeitig bestehendes geschäftliches Interesse ausgeschlossen, da schließlich jedes privatwirtschaftliche Medienunternehmen mit der Veröffentlichung von Bildern zumindest auch kommerzielle Interessen verfolgt⁸⁶. Auf der anderen Seite darf auch das geschäftliche Interesse des Betroffenen bei der Abwägung nicht außer Acht gelassen werden. Da die Rechtsprechung in diesem Bereich sehr uneinheitlich ist und wenig Anhaltspunkte bietet⁸⁷, sollten bei der Bewertung eines Sachverhaltes folgende Fragen gestellt werden: Aus welchem Grund erwirbt der Käufer das Produkt und aus welchem Grund handelt der Verwender des Abbildes⁸⁸? Hier muss nun zwischen verschiedenen Benutzungen differenziert werden.

⁸³ Vgl. *BGH NJW* 2000, 2201 (2202).

⁸⁴ Vgl. Gauß *GRUR Int.* 2004, 558 (560).

⁸⁵ Vgl. *LG Hamburg SpuRt* 2004, 26 (28).

⁸⁶ Vgl. *Schmid-Petersen SpuRt* 2004, 248 (249).

⁸⁷ Vgl. Informationsinteresse verneint: *BGH GRUR* 1987, 128 ff.; dagegen bejaht bei: *BGH NJW* 1996, 593 ff.

⁸⁸ Vgl. Gauß *GRUR Int.* 2004, 558 (561).

aa. Verwendung in der Werbung

Im Bereich der direkten Darstellung eines prominenten Sportlers in der Werbung ist eine Verwendung eindeutig nur unter Lizenz möglich⁸⁹. Auf die Ausnahmegvorschrift des § 23 I Nr. 1 KUG kann sich derjenige nicht berufen, der durch die Verwertung des Bildnisses eines anderen zu Werbezwecken alleine sein kommerzielles Interesse befriedigen will und nicht das Informationsinteresse der Allgemeinheit. Hierzu zählen z.B. auch die bekannten Aufkleber aus Schokoriegeln, da sie weder ein publizistisches noch ein künstlerisches Merkmal aufweisen, sich also auch nicht auf Art. 5 GG berufen können⁹⁰.

Des Weiteren steht hier das Interesse der Fans diese Bilder zu besitzen und zu sammeln und nicht sich zu informieren im Vordergrund⁹¹.

Schwieriger gestaltet sich die Beurteilung von Darstellungen auf dem Titel des beworbenen Produktes. Zu denken ist hier in erster Linie an Zeitschriften oder Magazine. Grundsätzlich genießt jedes redaktionelle Werk, auch solche von geringem informatorischem Inhalt, in Deutschland den Schutz der Pressefreiheit gem. Art. 5 II GG⁹², solange nicht der Eindruck entsteht, der Abgebildete werbe besonders für ein spezielles Produkt. Solange auch innerhalb der jeweiligen Ausgabe ein redaktioneller Beitrag zu der abgebildeten Persönlichkeit abgedruckt ist, überwiegt in der Regel das allgemeine Informationsinteresse und die Verwendung des Bildnisses ist rechtmäßig.

bb. Merchandising

Merchandising Artikel bedürfen einer besonderen Betrachtung, da hier die abgebildete Persönlichkeit, im Gegensatz zu einer Werbung mit einer Person, auch den wesentlichen Inhalt des Produkts bildet⁹³. Die verschiedenen Merchandisingprodukte sind durchaus unterschiedlich zu bewerten. Typische Fanartikel, wie Tassen, Trikots, Schals usw. sind lizenzpflichtig; ihnen fehlt jeglicher informatorischer Gehalt. Der Käufer handelt aus reinem Affektionsinteresse. Anders wieder bei redaktionell gestalteten Merchandisingprodukten, wie z.B. Sonderhefte oder Filme zu speziellen Ereignissen oder einzelnen Mannschaften. Diese sind trotz geringen informatorischen Gehalts von der Pressefreiheit geschützt. Der Verwender benutzt hier die Bilder auch nicht aus reinem Werbeinteresse, sondern gestaltet eine redaktionelle Arbeit. Sehr schwierig ist die Beurteilung bei Kalendern. Auf der einen Seite erfolgt auch hier eine redaktionelle Zusammenstellung, allerdings ist der Informationsgehalt sehr gering und der Käufer handelt vorrangig aus emotionalen Beweggründen und nicht um sich zu informieren. Letztendlich vermarkten die einzelnen Vereine oder die Spieler selbst dem-

⁸⁹ Vgl. *BGH GRUR* 1992, 557 (557).

⁹⁰ Vgl. *Lober/Weber ZUM* 2003, 658 (668).

⁹¹ Vgl. *BGH GRUR* 1968, 652 (653).

⁹² Vgl. *Jarass/Pieroth GG Art.5 Rn.* 26.

⁹³ Vgl. *Schertz Merchandising Rn.* 334.

entsprechende Kalender, weshalb ihnen auch ein eigenes kommerzielles Interesse zukommt. Mithin sprechen die besseren Gründe dafür, auch hier eine Lizenzpflichtigkeit anzunehmen⁹⁴.

cc. Information als Nebenfunktion

Hierunter fallen Produkte, die nicht der klassischen Art der Publikation oder Kunst entsprechen, wie z.B. Computerspiele, die versuchen die Wirklichkeit darzustellen, andererseits aber ein fiktives Spiel erschaffen. Die wohl berühmtesten Sportspielreihen stammen aus der Schmiede von EA Sports und decken gleich mehrere Sportarten wie Amerikanisches Eishockey, Basketball, American Football und auch Fußball ab. Ein besonderes Merkmal dieser Spiele ist die Realitätsnähe, die durch die Verwendung der originalen Stadien, Vereinssymbole und oft auch Spielerbilder erzeugt wird. Diese Spiele enthalten also durchaus auch Informationen über die einzelnen Austragungsorte, die Zusammenstellung der Mannschaften oder Fakten zu der entsprechenden Veranstaltung bzw. Liga. Nichtsdestotrotz kann eine nicht lizenzierte Verwendung eines Bildes nicht als rechtmäßig in diesem Zusammenhang gesehen werden. Der Konsument kauft das Spiel in erster Linie nicht aufgrund des Informationsgehaltes, sondern aus Interesse an dem Spiel als Unterhaltungsfaktor. Niemand würde nur für einen solchen Informationswert, den man auch aus einer Zeitschrift beziehen könnte, so viel Geld ausgeben (ca. 45 €). Auch der Beweggrund des Herstellers ist mit Sicherheit nicht die Informationsvermittlung, sondern die Spiellust zu fördern und das Spiel insgesamt interessanter zu machen, um somit seinen Absatz zu fördern⁹⁵. Selbst wenn man eine Informationsvermittlung bzgl. geografischer Gegebenheiten oder der Fakten eines Ereignisses annehmen würde, bedarf es hierfür nicht zwingend der bildlichen Darstellung einzelner Sportler⁹⁶. Im Vordergrund steht bei Computerspielen eindeutig die Absicht, durch realitätsnahe Aufmachung Spielinteressierten attraktive Produkte zu verkaufen und Gewinn zu erzielen. Eine solche Kommerzialisierung der eigenen Person muss der betroffene schutzbedürftige Sportler nicht dulden, da hier sein durch §§ 22, 23 KUG geschütztes Selbstbestimmungsrecht verletzt wird⁹⁷.

b. Bildende Kunst

Sofern Bildnisse einem höheren Interesse der Kunst dienen, erlaubt § 23 I Nr. 4 KUG die Verwendung. Die hier einfachgesetzlich verankerte Kunstfreiheit des Art. 5 III GG wird jedoch nicht schrankenlos gewährt. Bei ehrenrührigen oder herabsetzenden Darstellungen zumindest überwiegt das Persönlichkeitsrecht des Abgebildeten⁹⁸. Nicht geschützt werden auf jeden Fall Merchandisingartikel, da hier ausschließlich der Absatz der Produkte und nicht etwa die Kunst gefördert werden

⁹⁴ Vgl. a.A.: *BGH NJW* 1979, 2203 (2204).

⁹⁵ Vgl. *Schmid-Petersen SpuRt* 2004, 248 (250).

⁹⁶ Vgl. *Hanseatisches OLG SpuRt* 2004, 210 (211).

⁹⁷ Vgl. *LG Hamburg SpuRt* 2004, 26 (28).

⁹⁸ Vgl. *BVerfG GRUR* 1971, 461 (465 f.).

soll⁹⁹. Fraglich ist, ob im Bereich der Computerspiele eine Berufung des Herstellers auf die Kunstfreiheit in § 23 I Nr. 4 KUG die Darstellung von Sportlern rechtfertigen könnte. Zumindest handelt es sich bei einem solchen Spiel um ein Erzeugnis der Kunst¹⁰⁰. Als Schranke der Kunstfreiheit kommt hier nur kollidierendes Verfassungsrecht in Form des Persönlichkeitsrechts des abgebildeten Sportlers in Betracht. Bei der Verletzung des Rechts am eigenen Bild kann sich der Sportler also auf den Grundrechtsschutz aus Art. 1 I i.V.m. Art 2 II GG berufen.

Zum Teil wird bei solchen Spielen vertreten, es handele sich bei der Verwendung der Sportler um einen schweren Eingriff in deren Grundrechte, da sie zu einem willenslosen Werkzeug des Spielers gemacht würden, der sie zu sinnwidrigen oder lächerlichen Aktionen einsetzen könnte¹⁰¹. Diese Betrachtungsweise wirkt jedoch etwas überzogen. So liegt die freie Steuerbarkeit der Spielfigur in der Natur der Sache und die Ausführung sinnwidriger Aktionen ist nicht von der Intention des Herstellers umfasst. Ebenso nahe liegend wäre die Argumentation, ein Zeitschriftenkäufer könne nach seinem Belieben ein Foto aus einer Zeitschrift als Dart-Scheibe verwenden¹⁰². Trotzdem steht auch hier nicht vorrangig die Ausübung der Kunstfreiheit im Interesse des Herstellers, sondern er verfolgt gänzlich unkreativ und vordergründig, wirtschaftliche, mithin finanzielle Interessen. Der einzelne Sportler muss sich nicht zum Eigennutz eines anderen kommerzialisieren lassen, auch wenn die Betätigung in einer künstlerischen Form erfolgt¹⁰³. Der entstandene Schaden wird durch die sog. Lizenzanalogie ermittelt: der Sportler erhält die Summe, die er für eine Veröffentlichung hätte verlangen können¹⁰⁴. Eine darüber hinausgehende Schadensposition, die ausgleichsbedürftig wäre, ist nicht ersichtlich.

II. §§ 823 I BGB

Für einen Anspruch aus § 823 I BGB ist es erforderlich, dass jemand durch eine Handlung eines der genannten Rechtsgüter oder Rechte eines anderen verletzt hat. In Betracht kommt hier eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das durch die verfassungskonforme Rechtsanwendung durch Art. 1 I i.V.m. 2 I GG geschützt wird. Die Verletzungshandlung besteht auch hier in der Ausnutzung von Persönlichkeitsmerkmalen, z.B. des Namens, zu kommerziellen Zwecken, über deren Art und Umfang des Gebrauchs dem Sportler verfassungsrechtlich die Verfügungsgewalt zukommt. Dieses Befugnis ist ein Teil des Rechts auf geistige und wirtschaftliche Selbstbestimmung und auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Im Gegensatz zu einer legitimen Berichterstattung liegt in der

⁹⁹ Vgl. *BGH NJW* 2000, 2195 (2200).

¹⁰⁰ Vgl. *Hanseatisches OLG SpuRt* 2004, 210 (211).

¹⁰¹ Vgl. *LG Hamburg SpuRt* 2004, 26 (28).

¹⁰² Vgl. *Lober EWiR* 2003 KUG §§ 22, 23 – „Oliver Kahn“.

¹⁰³ Vgl. *LG Hamburg SpuRt* 2004, 26 (28).

¹⁰⁴ Vgl. *Lober/Weber ZUM* 2003, 658 (661).

Verwendung zu Werbezwecken eine Ausnutzung des Rufs des Sportlers zur Förderung fremder kommerzieller Interessen, die dem Sportler die Entscheidungsmöglichkeit nimmt, ob er seinen Namen für Werbemaßnahmen freiwillig zur Verfügung stellen will. Eine solche Beeinträchtigung seiner grundrechtlich konstituierten Rechte muss der betroffene Sportler nicht hinnehmen. Auch hier erfolgt die Schadensberechnung durch das Instrumentarium der Lizenzanalogie.

III. § 1004 I BGB i.V.m. §§ 823 I, II BGB

Sind bereits die Tatbestände der §§ 823 I, II BGB erfüllt und besteht eine Wiederholungsgefahr der Rechtsgutsverletzung, so hat der Sportler auch einen Unterlassungsanspruch aus § 1004 I BGB. Auch hier führt die gebotene rechtliche Abwägung dazu, dass der Sportler die vorrangig der Befriedigung kommerzieller Interessen dienende Verwendung seines Namens und Bildnisses schon im Hinblick auf sein grundrechtlich statuiertes Persönlichkeitsrecht nicht hinzunehmen braucht.

E. Mögliche Gegenmaßnahmen

Da wettbewerbsrechtliche Möglichkeiten, wie soeben dargelegt, nur eingeschränkt zum Erfolg verhelfen, sind nun präventive Maßnahmen anderer Prägung in Betracht zu ziehen.

I. „Ambush-Polizei“

Über das Hausrecht, also das Recht des Veranstalters über den Zutritt zu einem Veranstaltungsort zu bestimmen, können sich weitere Möglichkeiten des Vorgehens gegen Ambush Marketing ergeben. So kann der Veranstalter den Eintritt davon abhängig machen, dass der Zuschauer am Veranstaltungsort keine Werbung für Unternehmen macht, die keine offiziellen Sponsoren sind¹⁰⁵. Die Kontrolle darf nicht nur die unmittelbare Umgebung einer Veranstaltung erfassen, sondern auch das weitere Umfeld. Dabei stellt sich allerdings die Frage, ob dies auch für auffällige Markenkleidung der Zuschauer oder die privat mitgebrachte Coca-Cola-Flasche gilt. So weit wird man allerdings nicht gehen können. Das Verteilen von Präsenten, das Ausrollen von Werbeplakaten oder ähnliches wird sich auf diesem Weg unterbinden lassen. Dies setzt allerdings auch eine Kontrolle durch den Veranstalter voraus, die sich im Einzelfall als sehr aufwändig herausstellen kann. Man denke hierbei nur an die Kontrolle des Luftraumes bei genanntem Marathon oder in Fällen einer Segelregatta die Überprüfung des Seeweges, was nationalen Verbänden aufgrund finanzieller Möglichkeiten schwer fallen wird.

II. Strukturierung der Sponsoringrechte

¹⁰⁵ Vgl. Engel causa sport 2004, 277 (287).

An gewissen Erscheinungen des Ambush Marketing sind Sportorganisationen selbst schuld. Oft sind die Werbekompetenzen bei Großveranstaltungen zwischen nationalen Sponsoren und denen des Events nicht sauber geregelt. Notwendig sind indes eindeutige Verträge mit den beteiligten Sponsoren, Sportlern und deren Verbände, die sodann beispielsweise auch die Ausrüstung und Kleidung des Gesponsorten regeln oder die Verpflichtung zur öffentlichen Verwendung bestimmter Produkte von den Sponsoren enthalten¹⁰⁶. Um also Ambush Marketing durch individuelles Sponsoring auszuschließen, müssten die Spieler all ihre Werberechte für diesen Zeitraum an den Veranstalter überschreiben, der diese wiederum für seine offiziellen Sponsoren und Medienpartner lizenziert¹⁰⁷. Letztgenanntes Vorgehen erscheint jedoch aufgrund bereits bestehender vertraglicher Bindungen nicht durchsetzbar.

III. Informationspolitik

Das Hauptproblem des Ambush Marketings liegt in der für den Zuschauer schwierigen Differenzierung zwischen offiziellen und nicht offiziellen Sponsoren. Die Veranstalter sind also herausgefordert, durch umfassende PR-Aktionen und Informationshinweise die Wirkung von Ambush Marketing zu schmälern und ihre exklusiven Förderer in den Vordergrund zu stellen. Dies ist wohl eine der am besten geeigneten Maßnahmen zur Abwehr, da es den Ambush Werbenden den Boden entzieht. Schließlich müssen Unternehmen, die sich ohne offizielle Erlaubnis an Sportereignisse hängen, mit der Missgunst der deutschen Verbraucher rechnen. Wie das Wirtschaftsmagazin "Capital" (Ausgabe 8/2005, EVT 31. März) berichtet, hält mehr als die Hälfte von 900 Befragten ein solches Vorgehen für unfair¹⁰⁸. Der positive Werbeeffect stellt sich folglich nicht mehr ein.

F. Fazit

Ambush Marketing ist eine noch sehr neue Form der Eventwerbung und rechtlich teilweise nur sehr schwer zu fassen. Sie ist schon längst kein rein amerikanisches Problem mehr, sondern überall dort zu erwarten, wo große Sportereignisse stattfinden. Lediglich bekannte Sportler können auf ein stabiles rechtliches Abwehrgerüst bauen. Die juristische Grauzone, in der sich Ambush Maßnahmen bewegt, bereitet den Organisatoren der Events jedoch starke Kopfschmerzen, weshalb sie in letzter Zeit ihr Engagement mit einer „eigenen Gesetzgebung“ zu verknüpfen zu versuchen. In einem solchen Falle wurde selbst der sonst als so schwerfällig bezeichnete deutsche Gesetzgeber auffällig schnell aktiv. So verabschiedete die deutsche Legislative exklusiv ein Gesetz zum Schutze der o-

¹⁰⁶ Vgl. *Bruhn/Ahlers* Jahrbuch der Absatz- und Verbrauchsforschung 2003, 271 (287).

¹⁰⁷ Vgl. *Engel* causa sport 2004, 277 (287).

¹⁰⁸ Vgl. *unbekannter Autor*, Exklusive Studie: Unerlaubtes Sport-Marketing verärgert Verbraucher <<http://www.capital.de/heft/presse/264533.html>> (besucht am 30.03.05).

lympischen Symbole und Bezeichnungen, nur um der damaligen Bewerberstadt Leipzig überhaupt die Möglichkeit zu geben, die Olympischen Spiele im Jahre 2012 ausrichten zu dürfen. Anderenfalls hätte das IOC eine Bewerbung nicht beachtet. Andere Veranstalter können nicht auf eine so groß angelegte Unterstützung des Gesetzgebers hoffen und müssen sich anders behelfen. Zu welchen Folgen dies führen kann, zeigt sich sehr schön am Beispiel der Hamburger AOL Arena. Auf 141 Seiten ist penibel aufgelistet, welche Pflichten die WM-Stadt Hamburg zu erfüllen hat. Das beginnt mit der Umbenennung (für 6 Wochen) des Stadions in "FIFA WM-Stadion Hamburg" und endet in der 100.000 € teuren Demontage der drei jeweils ca. 4, 5 Tonnen wiegenden AOL Buchstaben auf dem Dach. Trotz all dieser Bemühungen ist lückenloser Schutz nicht zu gewährleisten. Deshalb darf mit Spannung erwartet werden, wie die Rechtsprechung im Falle von Ambush Maßnahmen in Zukunft, vor allem in Hinblick auf das UWG, entscheiden wird.