

# Handels- und Wirtschaftsrecht II (HS 2021)

## Musterlösung

Hinweis: Definitionen und theoretische Ausführungen sind in diesem Lösungsschema in der Regel recte, Subsumtionen hingegen kursiv verfasst. Bei der Korrektur wurde der Schwerpunkt auf eine korrekte und saubere Subsumtion gelegt.

### Frage 1

<b>Anwendbarkeit KG</b>	<b>9</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Persönlich             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Anwendbar auf Unternehmen: Kartellrechtlicher Unternehmensbegriff: Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG), sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG).</li> <li>– <i>i.c. Rechtsform der verschiedenen Clubs bzw. des Verbands spielt keine Rolle, Fussballclubs bieten als Dienstleistung wohl in erster Linie Unterhaltung an, es ist von privatrechtlichen Unternehmen auszugehen.</i></li> <li>– <i>Auch der Verband ist ein Verein und erfüllt die Voraussetzungen.</i></li> <li>– <i>I.c. kein Konzernverhältnis.</i></li> </ul> </li> <li>– Sachlich:             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Hinweise auf Wettbewerbsabrede, Ausübung Marktmacht oder Unternehmenszusammenschluss.</li> <li>– <i>I.c. Vorliegend steht eine Wettbewerbsabrede, Ausübung Marktmacht im Raum.</i></li> </ul> </li> <li>– Räumlich:             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Auswirkungsprinzip (Art. 2 Abs. 2 KG)</li> <li>– <i>I.c. offensichtlich gegeben.</i></li> </ul> </li> <li>– Zeitlich:             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Keine Hinweise, dass Bestimmungen noch nicht in Kraft gewesen wären.</li> <li>– <i>I.c. unproblematisch.</i></li> </ul> </li> <li>– Keine Ausschlussgründe nach Art. 3 KG:             <ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>I.c.: Keine Ausschlussgründe nach Art. 3 Abs. 1 oder Abs. 2 KG, allenfalls spezifische Ausschlussgründe für den Sport.</i></li> </ul> </li> </ul>	
<b>Unzulässige Wettbewerbsabrede (Art. 5 KG)</b>	<b>30</b>
<p>Zu prüfen ist, ob die Festlegung einer Maximalsumme für die Löhne der Spielerinnen eine unzulässige Wettbewerbsabrede zwischen den Clubs darstellt. Die Wettbewerbsabrede steht gegenüber dem missbräuchlichen Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens im Vordergrund.</p>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Wettbewerbsabrede (Art. 4 Abs. 1 KG):             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gelten a) rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen b) gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine c) Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.                 <ul style="list-style-type: none"> <li>– a) Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise                     <ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Vorliegend ist die Festlegung der Gehaltsobergrenze bewusst und gewollt, es liegt eine Vereinbarung vor.</i></li> </ul> </li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>	

<ul style="list-style-type: none"> <li>– b) Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen             <ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Unternehmen gleicher Marktstufe, da die Clubs nachfrageseitig mit Blick auf das geeignete «Spielermaterial» miteinander im Wettbewerb stehen, vorliegend liegt eine horizontale Abrede vor.</i></li> </ul> </li> <li>– c) bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung: Einschränkung resp. Begrenzung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter             <ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Die Einführung von Gehaltsobergrenzen stellt grundsätzlich einen Eingriff in den freien Wettbewerb zwischen den einzelnen Clubs dar, weil sie in der Festlegung der Lohnzahlung nicht mehr frei sind.</i></li> </ul> </li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Unzulässigkeit der Abrede:             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).</li> </ul> </li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (sog. horizontale harte Kartelle):             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen</li> <li>– Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen</li> <li>– Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern</li> </ul> </li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Vorliegen einer Preisabrede:             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 lit. a KG wird nach h.L. und Rechtsprechung weit ausgelegt.</li> <li>– Grundsätzlich wird unter einer Preisabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG eine Abrede verstanden, die direkt oder indirekt die Preisgestaltung beeinflusst.</li> <li>– Unter einem Preis versteht man die für eine Ware oder Dienstleistung geschuldete Gegenleistung monetärer Art.</li> <li>– Preisabrede kann beschaffungsseitig den Einkaufspreis betreffen oder absatzseitig den Verkaufspreis.</li> <li>– <i>I.c.: Das angedachte Financial Fairplay-Konzept verfolgt erklärermassen u.a. das Ziel, die aussernden Gehälter, welche die Clubs ihren Spielerinnen bezahlen, zu reduzieren. Einigen sich Unternehmen über Gehaltsobergrenzen für ihr Personal, liegt eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern (bei der Nachfrage nach Arbeit) vor, wobei es im Konkreten um «Preise beim Einkauf» von Arbeit, m.a.W. um die Preise für einen Produktionsfaktor, geht, welche namentlich im Sportbereich besonders zentral sind.</i></li> </ul> </li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung:             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Durch wirksamen – aktuellen und potenziellen – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen)</li> </ul> </li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Abgrenzung des relevanten Marktes             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Gemäss Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU: Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.</li> <li>– <i>I.c.: Marktgegenseite sind die Fussballerinnen, Markt begrenzt sich auf die jeweilige Sportart, diese ist nicht austauschbar, nur die oberste Liga kommt in Frage aus Gründen des Rufs und des Niveaus. Betroffen ist der Arbeitsmarkt für Fussballspielerinnen.</i></li> </ul> </li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU analog).</li> </ul>	

<ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>I.c.:</i></li> <li>– <i>Schweizweit oder weiter?</i></li> <li>– <i>Bestehende Ausländerbestimmungen in ausländischen Ligen beeinträchtigen die Beschäftigungsmöglichkeiten von Schweizer Spielerinnen, Nationalität spielt auch eine Rolle für Ausländerinnen, die in der Schweiz spielen</i></li> <li>– <i>Unterschiede bezüglich Qualität und Attraktivität der verschiedenen Ligen eine Rolle spielen</i></li> <li>– <i>Möglichkeit, im Ausland zu spielen hängt auch von der eigenen Qualität ab</i></li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Weiter kann der relevante Markt zeitlich abgegrenzt sein, wenn er z.B. saisonale Waren oder Leistungen umfasst.</li> <li>– <i>I.c. keine Anhaltspunkte für bestimmte Einschränkung, evtl. Überlegungen, dass der Markt aufgrund der Saison begrenzt sein könnte.</i></li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Nachweis von Restwettbewerb</li> <li>– Aussenwettbewerb liegt vor, wenn auf dem relevanten Markt Wettbewerb durch Unternehmen besteht, die nicht an der Abrede beteiligt sind.</li> <li>– <i>I.c.:</i></li> <li>– <i>Restwettbewerb ausgeschlossen, da alle Clubs der höchsten Liga beteiligt.</i></li> <li>– <i>Clubs tieferer Ligen werden zudem keine konkurrenzfähigen Löhne anbieten können.</i></li> <li>– <i>Allenfalls durch Clubs aus dem Ausland.</i></li> <li>– Innenwettbewerb liegt vor, wenn zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt auch nach der Abrede noch Wettbewerb verbleibt.</li> <li>– <i>I.c.:</i></li> <li>– <i>Es finden sich im SV einige Anhaltspunkte, welche klar auf einen verbleibenden Innenwettbewerb schliessen lassen: Kinderkrippen, Ausbildung, Trainingsinfrastruktur, Stadien, Fans. Innenwettbewerb besteht</i></li> <li>– <i>Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs kann umgestossen werden</i></li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Erheblichkeit der Abrede</li> <li>– Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG auch Wettbewerbsabreden, die den wirksamen Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen.</li> <li>– Im <i>Gaba-Urteil</i> BG: Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG</li> <li>– <i>I.c. ist aufgrund der Vermutungstatbestände (siehe oben) von der Erheblichkeit der Abrede auszugehen.</i></li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Rechtfertigung aus Effizienzgründen (Art. 5 Abs. 2 KG)</li> <li>– Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG Wettbewerbsabreden, die den wirksamen Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen, nur dann, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen.</li> <li>– Nach Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt, wenn sie zur Senkung von Herstellungs- oder Vertriebskosten, zur Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren, zur Förderung der Forschung oder Wissensverbreitung oder zur rationelleren Nutzung von Ressourcen notwendig sind (Art. 5 Abs. 2 lit. a KG) und den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 lit. b KG).</li> <li>– <i>I.c.:</i></li> <li>– <i>Effizienzgründe: Zu prüfen sind insbesondere die Chancengleichheit und die Gewährleistung der finanziellen Leistungsfähigkeit, dann auch jeweils mit der Notwendigkeit.</i></li> <li>– <i>Hinweis darauf, dass wirksamer Wettbewerb vorliegend nicht beseitigt wird.</i></li> </ul>	

<ul style="list-style-type: none"> <li>– Ausnahme gem. Art. 8 KG</li> <li>– Grds. nur zu prüfen, falls Rechtfertigung verneint.</li> <li>– <i>I.c. nicht ersichtlich, welche öffentlichen Interessen überwiegen sollten.</i></li> </ul>	
<p><b>Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG)</b></p>	<b>11</b>
<p>Zu prüfen ist, ob die Swiss Football League aufgrund der FFP-Regelung ihre marktbeherrschende Stellung gegenüber den Clubs missbraucht.</p>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Marktabgrenzung (kann auch später erfolgen)             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Sachlich relevanter Markt: Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU analog; Substituierbarkeit (Bedarfsmarktkonzept).                 <ul style="list-style-type: none"> <li>– Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften oder ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.</li> <li>– <i>I.c. Organisation, Betrieb und Vertrieb der höchsten Frauenfussballliga.</i></li> </ul> </li> <li>– Räumlich relevanter Markt                 <ul style="list-style-type: none"> <li>– Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU analog: Nachfrage der Marktgegenseite.</li> <li>– Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU).                     <ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>I.c. Schweiz.</i></li> </ul> </li> </ul> </li> <li>– Zeitlich relevanter Markt                 <ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>I.c. keine Einschränkung.</i></li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Marktbeherrschende Stellung             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Als marktbeherrschendes Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).</li> <li>– Wird bei Marktanteilen von mehr als 50 % angenommen.</li> <li>– <i>I.c.: Vorliegend ist von einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen, da der Verband 100 % des Marktes beherrscht.</i></li> </ul> </li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung: Behinderungsmissbrauch, Ausbeutungsmissbrauch, Marktstrukturmissbrauch (Teil der Lehre und Behördenpraxis).             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Mögliche Spezialtatbestände (Art. 7 Abs. 2 KG):                 <ul style="list-style-type: none"> <li>– Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (lit. a)</li> <li>– Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (lit. c)</li> <li>– Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (lit. e)</li> </ul> </li> <li>– Allgemein: missbräuchlich heisst wettbewerbswidrig.</li> <li>– <i>I.c.:</i> <ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Behinderung von Fussballclubs und damit von anderen Wirtschaftsteilnehmern.</i></li> <li>– <i>Die Konsequenz der Nichteinhaltung des FFP ist der Ausschluss aus der Liga, somit die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (lit. a).</i></li> <li>– <i>Denkbar auch unangemessene Bedingungen (lit. b)</i></li> <li>– <i>Fazit: Es liegt damit ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch die FLO vor.</i></li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Rechtfertigung durch legitime business reasons: Ungeschriebener Rechtfertigungsgrund: sachliche Gründe für das Verhalten             <ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Verweis auf die Rechtfertigungsgründe von Art. 5 Abs. 2 KG, Diskussion möglicher Gründe wie Chancengleichheit etc.</i></li> </ul> </li> </ul>	

## Frage 2

<b>Immaterialgüterrechtlicher Schutz</b>	
<b>Patentrecht</b>	<b>3</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Schutzgegenstand: Erfindungen</li> <li>– Voraussetzungen <ul style="list-style-type: none"> <li>– Lehre zum technischen Handeln (BGer: «Lehre zum planmässigen Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur unmittelbaren Erreichung eines kausal übersehbaren Erfolgs»)</li> <li>– Ausführbarkeit</li> <li>– Wiederholbarkeit</li> </ul> </li> <li>– <i>I.c. fehlender technischer Charakter, Anmeldung eines Patents offensichtlich nicht möglich</i></li> </ul>	
<b>Markenrecht</b>	<b>8</b>
<p>Als mögliche Marken kommen die Wortbildmarke «SZB (fig.)» und die Bildmarke «Hamster» in Frage. Siehe dazu unten, «Vorkehrungen».</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Schutzgegenstand <ul style="list-style-type: none"> <li>– Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Art. 1 Abs. 1 MSchG) <ul style="list-style-type: none"> <li>– Zeichenqualität</li> <li>– Eignung als Individualisierungsmittel</li> <li>– Graphische Darstellbarkeit (Art. 10 Abs. 1 MSchV)</li> <li>– <i>i.c. erfüllt (Wortbild- und Bildmarke)</i></li> </ul> </li> </ul> </li> <li>– Schutzvoraussetzungen <ul style="list-style-type: none"> <li>– Absolute Schutzausschlussgründe (Art. 2 MSchG) <ul style="list-style-type: none"> <li>– Zeichen des Gemeinguts, Ausnahme bei Verkehrsdurchsetzung (lit. a)</li> <li>– Schutzunfähige Waren- und Verpackungsformen (lit. b)</li> <li>– Irreführende Zeichen (lit. c)</li> <li>– Rechts-, sitten- und ordnungswidrige Zeichen (lit. d)</li> <li>– <i>i.c. keine absoluten Schutzausschlussgründe ersichtlich (Wortbild- und Bildmarke)</i></li> </ul> </li> <li>– Relative Schutzausschlussgründe (Art. 3 MSchG) <ul style="list-style-type: none"> <li>– Verwechslungsgefahr mit älterer Marke</li> <li>– <i>i.c. gem. SV keine entgegenstehenden älteren Marken</i></li> </ul> </li> </ul> </li> <li>– Ob die Marke(n) bei der beabsichtigten Nutzung eines Hamsters durch RB tatsächlich Schutz bieten würde(n), kann nicht abschliessend beurteilt werden, da der SV sich nicht weiter zur beabsichtigten Nutzung durch RB äussert. Ob eine Verwechslungsgefahr entsteht, hängt von der Gestaltung des Logos von RB ab. Die Verwendung eines Hamsters reicht für die Bejahung nicht per se aus.</li> </ul>	
<b>Urheberrecht</b>	<b>12</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Schutzgegenstand: Handelt es sich beim Logo um ein Werk i.S.v. Art. 2 URG?</li> <li>– Werke der Literatur und Kunst (Art. 2 Abs. 1 URG) <ul style="list-style-type: none"> <li>– Aufzählung in Art. 2 Abs. 2 URG nicht abschliessend</li> <li>– <i>i.c. Werk der bildenden Kunst (Art. 2 Abs. 2 lit. c URG)</i></li> </ul> </li> </ul>	

<ul style="list-style-type: none"> <li>– Schutzvoraussetzungen</li> <li>– Geistige Schöpfung             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Äusserung gedanklicher Tätigkeit durch einen Menschen</li> <li>– <i>i.c. gegeben</i></li> </ul> </li> <li>– Individueller Charakter             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Der individuelle Charakter muss sich im Werk selbst widerspiegeln, nicht in der Person des Urhebers</li> <li>– Massgeblich ist der Gesamteindruck</li> <li>– Abstrakte Kriterien                 <ul style="list-style-type: none"> <li>– Das Werk weist unverkennbar charakteristische Züge auf</li> <li>– Kein anderer hätte das Werk so geschaffen</li> <li>– Das Werk ist etwas Einmaliges und Besonderes</li> </ul> </li> </ul> </li> <li>– Die konkrete Beurteilung erfolgt immer relativ, mit Bezug auf die einschlägige Werk-kategorie</li> <li>– Bei Werken der bildenden Kunst kann gemäss Lehre und Rechtsprechung sogar einzelnen Buchstaben oder Zahlen und damit grundsätzlich gemeinfreien Elementen urheberrechtlicher Schutz gewährt werden, wenn diese graphisch individuell gestaltet sind (VON BÜREN/MEER, SIWR II/1, 3. Aufl., Basel 2014, N 281; HGer AG vom 5. Januar 2015, «Totenkopf-Tattoo», sic! 2015, 449 ff., E. 6.5.2).</li> <li>– <i>i.c.: Bei guter Argumentation sind beide Resultate vertretbar. Mit Blick auf die Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass der individuelle Charakter eher bejaht würde, auch wenn dies kaum zu überzeugen vermag.</i></li> <li>– Ob das Urheberrecht bei der beabsichtigten Nutzung eines Hamsters durch RB tatsächlich Schutz bieten würde, kann nicht abschliessend beurteilt werden, da der SV sich nicht weiter zur beabsichtigten Gestaltung des Logos durch RB äussert. Die Verwendung eines Hamsters durch RB (z.B. als Logo) wäre auf jeden Fall nicht per se unzulässig, weil das Urheberrecht nur die konkrete Gestaltung des Hamsters schützt, aber keine Rechte gegen die Nutzung eines Hamsters als Logo für einen Fussballklub vermittelt (kein Motivschutz).</li> </ul>	
<b>Designrecht</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Nicht Prüfungsstoff</li> <li>– Schutzgegenstand             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Gestaltung von Erzeugnissen oder Teilen von Erzeugnissen</li> <li>– Erzeugnis und Gestaltung dürfen nicht identisch sein</li> <li>– <i>i.c.: Beim Logo fallen Erzeugnis und Gestaltung zusammen, es liegt somit kein schützbares Design vor.</i></li> </ul> </li> </ul>	
<b>Weitere Möglichkeiten zur Verhinderung der Hamster-Nutzung durch RB</b>	
<b>UWG</b>	<b>17</b>
<p>Eine Nutzung eines Hamsters als Logo von RB könnte gegen das UWG verstossen. Im Vordergrund stehen das Schaffen von Verwechslungsgefahr (Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG) und die Rufausbeutung (Art. 2 UWG; ev. Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG). Die Prüfung bezieht sich auf eine hypothetische Nutzung durch RB, daher ist keine abschliessende Beurteilung möglich.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– <b>Anwendungsbereich</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Sachlicher Anwendungsbereich                 <ul style="list-style-type: none"> <li>– Anwendbar auf Wettbewerbshandlungen                     <ul style="list-style-type: none"> <li>– Jedes Verhalten, das objektiv geeignet ist, das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern zu beeinflussen</li> <li>– Spürbarkeit (minima non curat praetor) (stritt.)</li> </ul> </li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>	

- Wille zu wirtschaftlicher Tätigkeit oder Absicht zur Beeinflussung des Wettbewerbs nicht nötig
- *i.c. gegeben: Bei Nutzung des Logos geht es nicht um den sportlichen Wettbewerb auf dem Spielfeld, sondern um den wirtschaftlichen Wettbewerb zwischen den Vereinen*
- Persönlicher Anwendungsbereich
  - Dreidimensionalität des Wettbewerbsrechts (UWG) (Art. 1 UWG)
    - Interessen der Unternehmen, Konsumenten und der Allgemeinheit sind gleichermaßen geschützt
    - Wettbewerbsverhältnis nicht erforderlich
    - Jeder kann vom UWG erfasst werden (Medien, Wissenschaft, Politiker, Privatpersonen)
      - *i.c. voraussichtlich klar gegeben (SZB und RB)*
  - Geographischer und zeitlicher Anwendungsbereich
    - Geographischer Anwendungsbereich: Marktauswirkungsprinzip (Art. 136 IPRG)
      - *i.c. offensichtlich unproblematisch*
    - Zeitlicher Anwendungsbereich
      - *i.c. offensichtlich unproblematisch*
- **Vorbemerkungen**
  - Verhältnis von Spezialtatbeständen und Generalklausel
    - Unzulässigkeit nach Spezialtatbeständen oder nach der Generalklausel. Verstoss gegen die Generalklausel kann allerdings nicht strafrechtlich geahndet werden
    - Reihenfolge der Prüfung (strittig): BGer prüft zuerst Spezialtatbestände; nach einem Teil der Lehre ist die Generalklausel vor den Spezialtatbeständen zu prüfen; beide Vorgehensweisen sind möglich
    - Auslegung der Spezialtatbestände im Lichte des Zweckartikels
  - Subjektive Aspekte/Motiv/Absicht spielen im UWG grundsätzlich keine Rolle
- **Schaffen von Verwechslungsgefahr (Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG)**
  - Massnahmen
    - Alle denkbaren Massnahmen, welche geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen
    - *i.c.: Nutzung eines Hamsters im Logo durch RB wäre grundsätzlich zur Schaffung einer Verwechslungsgefahr geeignet.*
  - Voraussetzungen
    - Kennzeichnungskraft der für den Marktauftritt verwendeten Elemente/Merkmale
      - Kennzeichenbegriff weiter als im Markenrecht, erfasst auch Ausstattungen
      - Gesamteindruck massgeblich
      - Originäre Kennzeichnungskraft
        - gewisse Originalität, Ungewöhnlichkeit, Eigenart
        - kein Gemeingut
      - Derivative Kennzeichnungskraft (Verkehrsdurchsetzung aufgrund des Gebrauchs des Logos durch SZB)
    - *i.c.:*
      - *Aspekte können einzeln diskutiert werden, letztlich zählt aber der Gesamteindruck der ganzen Ausstattung.*
      - *Entscheidend ist hier, ob der Hamster an sich Kennzeichnungskraft aufweist oder erst in Verbindung mit dem Schriftzug «SZB».*

- *Maskottchen wie im vorliegenden Fall der Hamster werden im Sport in der Regel für sich allein von Sportfans als Herkunftshinweis verstanden. Hamster sind Tiere, die im Fussballgeschäft ungewöhnlich sind.*
- *Hamster ist für Fussballverein originell und die Gestaltung des Logos weist Eigenart auf; Hamster gehört mit Bezug auf Fussballvereine nicht zum Gemeingut*
- *Verkehrsdurchsetzung: SV legt nahe, dass Logo noch gar nicht gebraucht wird; ein allfällig bereits begonnener Gebrauch wäre so kurz, dass er für Verkehrsdurchsetzung kaum reichen würde*
- *Es ist davon auszugehen, dass der Hamster originär kennzeichnungskräftig ist.*
- *Vorliegen der Gebrauchspriorität in der Schweiz: Abstellen auf erstmaligen Gebrauch im Geschäftsverkehr*
  - *Siehe «Vorkehrungen» (dort bewertet)*
- *Verwechslungsgefahr*
  - *Gefahr von betrieblichen Fehlzurechnungen*
    - *Unmittelbar: Konsumenten glauben, dass das Produkt vom selben Unternehmen wie das Original stammt*
    - *Mittelbar: Konsumenten denken, dass zumindest eine Verbindung zwischen den Unternehmen besteht*
  - *Vorliegen einer Verwechslungsgefahr reicht aus, tatsächliche Verwechslung nicht erforderlich (Rechtsfrage)*
  - *Kriterien der Verwechslungsgefahr:*
    - *Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles*
    - *Beurteilung aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise*
    - *Zeichenähnlichkeit*
      - *Erinnerungsbild zum Zeitpunkt des Kaufs massgeblich*
      - *Gesamteindruck (Einzelne Aspekte können den Gesamteindruck prägen, dürfen aber nicht gesondert betrachtet werden)*
      - *Je ähnlicher die Waren oder DL bzw. Geschäftsbereiche, desto eher besteht Verwechslungsgefahr*
  - *Zumutbarkeit alternativer Kennzeichnung bzw. Gestaltungen*
- *i.c.:*
  - *Die Frage kann nicht abschliessend beantwortet werden, da der SV keine Anhaltspunkte enthält, wie RB den Hamster in ihrem Logo gestalten und wie RB dieses Logo brauchen würde.*
  - *Pro Verwechslungsgefahr:*
    - *SZB und RB sind in der gleichen Branche tätig und sind direkte Konkurrenten.*
    - *Beide Clubs sind in Zürich beheimatet.*
    - *Andere Kennzeichnung i.c. sicherlich zumutbar*
  - *Contra Verwechslungsgefahr:*
    - *SZB und RB sind Erzrivalen. Fussballinteressierte werden die beiden in der obersten Frauenliga spielenden Clubs daher kaum verwechseln.*
    - *Sofern RB im Logo neben dem Hamster auch den Schriftzug RB (oder ähnlich) aufnehmen würde (unterscheidungskräftiger Zusatz), ist nicht von einer Verwechslungsgefahr auszugehen.*
- **Verwertung fremder Leistung (Art. 5 lit. c UWG)**
  - *Übernahme und Verwertung des Arbeitsergebnisses «als solches»*
    - *i.c. möchte RB gem. SV einen «selbst gezeichneten» Hamster im Logo abbilden. Art. 5 lit. c UWG fällt daher ausser Betracht.*



<ul style="list-style-type: none"> <li>– <b>Generalklausel (Art. 2 UWG)</b></li> <li>– Fallgruppen             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Rufausbeutung                 <ul style="list-style-type: none"> <li>– Rufausbeutung = Nutzung des Rufs durch Dritte</li> <li>– Bestehen von Ruf</li> <li>– Übertragung von Ruf</li> <li>– <i>i.c.: SZB und RB sind Erzrivalen. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass Fussballinteressierte den Ruf der SZB auf RB übertragen werden. Wenn man Übertragung von Ruf bejahen würde, läge keine transparenzerhöhende (Marktgegenseite erhält keine nachfragerrelevanten Informationen), sondern eine transparenzvermindernde Rufausbeutung vor; diese ist nach Grundsätzen zum Schaffen von Verwechslungsgefahr zu beurteilen.</i></li> </ul> </li> <li>– Systematische Nachahmung                 <ul style="list-style-type: none"> <li>– Grundsatz der Nachahmungsfreiheit: Logo darf nachgeahmt werden</li> <li>– Abgrenzung: keine unmittelbare Übernahme</li> <li>– <i>i.c. Merkmale der Fallgruppe mangels systematischen Vorgehens nicht erfüllt</i></li> </ul> </li> </ul> </li> <li>– Beurteilung ausserhalb etablierter Fallgruppen             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Geschäftsmoralischer vs. funktionaler Ansatz: beide Ansätze können vertreten und angewendet werden</li> <li>– Geschäftsmoralischer Ansatz                 <ul style="list-style-type: none"> <li>– Gebot der beruflichen Korrektheit, kaufmännischer Anstand, «fiese Siech-Prinzip»</li> <li>– <i>i.c. könnte argumentiert werden, dass RB den Hamster im Logo nur nutzt, um den Gebrauch des SZB-Logos zu torpedieren. Nähere Anhaltspunkte hierzu lassen sich dem SV aber nicht entnehmen; zudem sind Motive unbeachtlich. Es kann aber geltend gemacht werden, es sei höchst unmoralisch («fiese Sieche»), wenn ein anderer Fussballklub dasselbe Tier als Logo verwende.</i></li> </ul> </li> <li>– Funktionaler Ansatz                 <ul style="list-style-type: none"> <li>– Schutz der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs</li> <li>– Freiheit und Gleichheit</li> <li>– Lenkungsfunktion</li> <li>– Verteilungsfunktion</li> <li>– Fortschrittsfunktion</li> <li>– <i>i.c. Beeinträchtigung der Lenkungs- und Verteilungsfunktion. Keine über Spezialtatbestand der Verwechslungsgefahr und Fallgruppe der Rufausbeutung hinausgehende mögliche Beeinträchtigung des Funktionierens des Wettbewerbs ersichtlich; kein Verstoss gegen Generalklausel</i></li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>	
<p><b>Vorkehrungen zum jetzigen Zeitpunkt</b></p>	<p><b>10</b></p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>– <b>Marken</b></li> <li>– Anmeldung             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Anmeldung der Wortbildmarke «SZB (fig.)» (Hamster mit Abkürzung SZB) und Anmeldung der reinen Bildmarke «Hamster»                 <ul style="list-style-type: none"> <li>– Um einen möglichst grossen Schutzbereich abzudecken, sind sowohl die Wortbildmarke «SZB (fig.)» als auch die Bildmarke «Hamster» anzumelden.</li> <li>– Die Eintragung der Bildmarke würde tendenziell einen grösseren Schutzbereich begründen, da sich allfällige «Nachahmer» nicht aufgrund anderer Wortbestandteile auf das Entfallen der Verwechslungsgefahr berufen könnten.</li> <li>– Es könnte diskutiert werden, dass der Streitgegenstand in einem späteren Verletzungsprozess durch das Verletzungsobjekt bestimmt wird und nicht durch den</li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>	

<p>Registereintrag der verletzten Marke. Sofern RB ebenfalls einen Hamster im Logo verwenden und diesen um den Schriftzug «RB» ergänzen würde, könnte RB geltend machen, dass die Verwechslungsgefahr durch den Schriftzug («unterscheidungskräftiger Zusatz») entfällt. Dieses Argument könnte sowohl gegen die Verletzung der Wortbildmarke «SZB (fig.)» als auch der Bildmarke «Hamster» vorgebracht werden.</p> <ul style="list-style-type: none"><li>– Anmeldung der Wortmarke «SZB»<ul style="list-style-type: none"><li>– Die Fragestellung ist beschränkt auf Vorkehrungen gegen die Befürchtung, dass andere Clubs den Hamster als Logo nutzen könnten. Die Empfehlung, die Wortmarke «SZB» einzutragen, ist daher nicht Teil der Prüfungslösung.</li></ul></li><li>– Gebrauchsaufnahme innert 5 Jahren<ul style="list-style-type: none"><li>– Der SV äussert sich nicht dazu, wann das neue Marketingkonzept tatsächlich umgesetzt werden soll. Es ist deshalb auf die Gebrauchsaufnahmefrist hinzuweisen.</li><li>– Voraussetzungen rechtserhaltender Gebrauch<ul style="list-style-type: none"><li>– Gebrauch in identischer oder von Eintragung nicht wesentlich abweichender Form</li><li>– für beanspruchte Waren/Dienstleistungen</li><li>– durch Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung</li></ul></li></ul></li><li>– <b>Andere Registerrechte (DesG/PatG)</b> fallen vorliegend ausser Betracht, daher keine weiteren Anmeldungen sinnvoll</li><li>– <b>UWG:</b> Nutzung des Logos, um Gebrauchspriorität zu erlangen und damit Schutz gegen jüngere, verwechselbar ähnliche Zeichen beanspruchen zu können</li><li>– <b>Urheberrecht</b><ul style="list-style-type: none"><li>– Entstehung ohne Registereintrag und unabhängig von einer Publikation oder tatsächlichen Nutzung. Durchsetzung daher ohne weiteres möglich, wenn Urheberrecht verletzt. Kein Handlungsbedarf.</li><li>– Rechtsinhaberschaft<ul style="list-style-type: none"><li>– Schöpferprinzip: Urheberrecht steht originär Flora Findig zu.</li><li>– Übertragung an SZB:<ul style="list-style-type: none"><li>– Keine Übertragung aufgrund eines Arbeitsverhältnisses [nicht Prüfungsstoff].</li><li>– Flora Findig müsste die Urheberrechte an die SZB übertragen, damit die SZB diese selbst durchsetzen kann.</li></ul></li></ul></li></ul></li></ul>	
--	--