

Bieger, Thomas; Müller-Chen, Markus; Klumbies, Aristid

Article

Die rechtliche Seite des Marketingmanagements – Aktuelle Aspekte

Marketing Review St.Gallen

Provided in Cooperation with:

Universität St. Gallen, Institut für Marketing und Customer Insight

Suggested Citation: Bieger, Thomas; Müller-Chen, Markus; Klumbies, Aristid (2021) : Die rechtliche Seite des Marketingmanagements – Aktuelle Aspekte, Marketing Review St.Gallen, ISSN 1865-7516, Thexis Verlag, St.Gallen, Vol. 38, Iss. 2, pp. 62-68

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/276137>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Marketing Review St. Gallen



2 | 2021 **SCHWERPUNKT** Wirksamkeit von Markenkommunikation • A Contemporary Approach to Holistic Brand Communication • Employer-Branding • Brand-Consumer Relationships • Dialogs in Advertising • „Sentiment“-Kommunikation der Deutschen Telekom **SPEKTRUM** Robo Homecoming: Customization to Curb Uniqueness Threat • Die rechtliche Seite des Marketingmanagements

www.marketing-review.ch

Die neue Welt der
Markenkommunikation

Die rechtliche Seite des Marketingmanagements – Aktuelle Aspekte

Dieser Beitrag bespricht wichtige rechtliche Aspekte für das Marketing in der Schweiz. Entlang der Marketinginstrumente werden marketingrelevante Rechtsbereiche systematisch aufgearbeitet und anhand von Fällen illustriert.

Prof. Dr. Thomas Bieger, Prof. Dr. Markus Müller-Chen, Aristid Klumbies



1. Marketingentscheide – rechtliches Umfeld im Wandel

Marketingverantwortliche entscheiden bei ihrer Arbeit über den Einsatz von Marketinginstrumenten (Tomczak, Kuß & Reinecke, 2014). Ziel ist es, damit auf Märkte, Konsumenten und deren Umfeld zu Gunsten des Unternehmens und dessen Nachfrage einzuwirken (Bieger, 2019). Diese Entscheidungen tangieren Rechtsgebiete, die nicht primär auf dem Radar der meisten Marketeers sind, wie z.B. Einleger-schutz, Geldwäscherei und Korruption. Ursächlich ist, dass viele dieser Rechts-tatbestände entweder in den letzten Jahren geschaffen wurden oder ihre Anwendung – auch auf internationalen Druck hin – ausgeweitet wurde.

Dieser Artikel will einen ersten Überblick über wichtige Rechtsgebiete geben und zielt nicht auf Vollständigkeit. Vorrangig wird die Schweizer Situation beleuchtet. Da viele dieser „neuen“ Rechtsgebiete auf internationalen Übereinkommen beruhen, ist diese jedoch auch einschlägig für den europäischen und insbesondere deutschsprachigen Raum. Ziel ist, zum einen die Marketingpraxis systematisch zu sensibilisieren, zum anderen die Marketingforschung anzuregen. Der Artikel ist anhand der klassischen vier Ps – Product, Price, Placement und Promotion – strukturiert (Chaffey, 2019; McCarthy, 1960) und folgt der Logik des Beitrages von Kaufmann (1987).

2. Leistungsgestaltung – Value-Creation

Bei der Gestaltung von Produkten und Leistungen spielen viele Bereiche des Rechts eine entscheidende Rolle: (1) Immaterialgüterrechte wie z.B. Urheberrechte, Patente und Marken; (2) Garantien; (3) Produkthaftung; (4) Produktesicherheit.

Im Immaterialgüterrecht gilt es, das Urheberrecht beispielsweise für Software, den Schutz von Design, Patentrechte für technische Lösungen oder den Schutz von Marken und Herkunftsangaben zu beachten. Die Schweiz verfügt neben dem (auf den 1.4.2020 modernisierten) Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (URG), dem Bundesgesetz über den Schutz von Design (DesG) und dem Bundesgesetz über die Erfindungspatente (PatG), aber über kein Gesetz, welches das materielle Kennzeichenrecht einheitlich regelt, wie etwa das deutsche Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (MarkenG). Vielmehr beschränkt sich das Markenschutzgesetz (MSchG) auf den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Bühler, 2020). Unternehmenskennzeichen sind in verschiedenen Bundesgesetzen geschützt, z.B. die Geschäftsfirmen in Art. 944 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht (OR)).

Darüber hinaus müssen die Produktesicherheit (Bundesgesetze über die Produkthaftungspflicht und die Produktesicherheit, Art. 55 OR) gewährleistet und vertraglich vereinbarte Garantieleistungen eingehalten werden. Zudem unterliegen Leistungen in verschiedenen Märkten bestimmten Haftungs- und Zulassungsvorschriften, wie z.B. medizinische Leistungen. Diese rechtlichen Vorschriften sind alle direkt mit der Dienstleistung oder dem physischen Produkt verbunden.

Neu ist heute, dass viele Leistungen auf Optionsmodellen basieren. Die Kundschaft kann wählen, ob sie eine Leistung voranzahlen, Leistungsvariationen beziehen, Rückgaberechte beanspruchen oder auf Preisentwicklungen spekulieren möchte. In diesen Modellen hat sie die Wahl, eine Leistung oder das Geld zu beziehen.

Ein Beispiel eines gerichtlich abgehandelten Falles ist der sog. „Essigfall“

Prof. Dr. Thomas Bieger

Ordentlicher Professor für Betriebswirtschaftslehre mit besonderer Berücksichtigung der Tourismuswirtschaft am Institut für Systemisches Management und Public Governance (IMP-HSG) der Universität St. Gallen (HSG)

Tel.: +41 (0) 71 224 26 10
thomas.bieger@unisg.ch

Prof. Dr. Markus Müller-Chen

Ordentlicher Professor für (internationales) Privat- und Handelsrecht sowie Rechtsvergleichung an der Law School der Universität St. Gallen (HSG)

Tel.: +41 (0) 71 224 30 09
markus.mueller-chen@unisg.ch

Aristid Klumbies

Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Systemisches Management und Public Governance (IMP-HSG) der Universität St. Gallen (HSG)

Tel.: +41 (0) 71 224 28 47
aristid.klumbies@unisg.ch
<https://orcid.org/0000-0002-8664-0898>



(Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30.11.2017, B-4354/2016). Dabei hatte ein Unternehmer zwischen den Jahren 2011 und 2015 mindestens 600 30-Liter-Eichenfässer mit Apfel-Balsam-Essig inklusive mindestens fünfjähriger Lagerung zu CHF 11 500 verkauft und so von Anlegern ca. CHF 7 Mio. entgegengenommen. Die Anleger erlangten mit dem Kauf keinen unmittelbaren Besitz an den Essigfässern. In der Werbung wurde mit Worten wie Investment, Rendite und Wertzuwachs geworben. Käufer konnten sich das Fass (nach den ersten fünf Jahren) entweder ausliefern lassen, es fünf weitere Jahre einlagern oder durch die Gesellschaft verkaufen lassen (SDA, 2017).

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA hat dies als Entgegennahme von Geld beurteilt, was weitreichende Konsequenzen hat. Denn gemäss Art. 1 Abs. 1 Satz 1 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (BankG) dürfen Gesellschaften, die nicht dem BankG unterstehen, also keine Banken, Privatbankiers oder Sparkassen sind, gewerbsmässig keine Publikumseinlagen entgegennehmen. Das BankG definiert den Begriff der Einlage nicht. Art. 5 Abs. 1 der Bankenverordnung (BankV) sagt dazu, dass auch die Verbindlichkeiten des Unternehmens gegenüber Kundinnen und Kunden als Publikumseinlage gelten, es sei denn, es läge eine der Ausnahmen von Art. 5 Abs. 2 und 3 BankV vor. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für das Vorliegen einer Publikumseinlage entscheidend, dass das Unternehmen gegenüber einem Dritten eine unbedingte Rückzahlungsverpflichtung für eine empfangene Leistung oder Investition einget, d.h. selbst zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird (BGE 136 II 43 E. 4.2). Dies gilt gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a BankV nur dann nicht, wenn „dem ein-

Zusammenfassung

Immer mehr Bereiche des Lebens, der Wirtschaft und insbesondere des Marketings werden durch immer detailliertere Rechtsnormen, Gesetze und Regulierungen geprägt. Doch bisher liegt im Tätigkeits- und Ausbildungsbereich des Marketings wenig Gewicht auf den rechtsrelevanten Aspekten. Wenn, dann wird auf die klassischen Bereiche wie horizontale Wettbewerbsabreden oder unlauterer Wettbewerb verwiesen. Weitgehend unbeachtet sind aber Entwicklungen von neuen Rechtsgebieten geblieben, wie beispielsweise des Finanzrechts oder des Korruptionsstrafrechts, die auch auf das Marketing und den Einsatz von Marketinginstrumenten Einfluss nehmen. Dieser Beitrag bespricht wichtige rechtliche Aspekte für das Marketing in der Schweiz.


zelen Vertragspartner tatsächlich dingliche Rechte übertragen werden, so dass die zur Eigentumsübertragung veräusserten Gegenstände den betreffenden Investoren zugeordnet werden können und die Zahlung eine Gegenleistung darstellt“ (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30.11.2017, B-4354/2016, E 4.3).

Die Firma wehrte sich erfolgreich vor dem Bundesverwaltungsgericht gegen die Verfügung der FINMA. Das Gericht stellte fest, dass im vorliegenden Fall nicht die Rückzahlung der getätigten Investition zentral sei, was zur Qualifikation als Einlage geführt hätte. Jeder Erwerber eines Fasses erhielt ein indivi-

dualisiertes Zertifikat, das ihn als Eigentümer auswies und auch die Fassnummer enthielt, sodass die Fässer dem Erwerber zugeordnet werden konnten. Für das Gericht war entscheidend, dass die Firma „mit dem Eingehen genannter Verpflichtungen gegenüber ihren Kunden [nicht] selber zur Rückzahlungsschuldnerin der entsprechenden Leistung wurde“ (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30.11.2017, B-4354/2016, E. 5.3.2), denn letztlich konnte jeder Kunde nach fünfjähriger Lagerdauer eine der drei erwähnten Optionen frei wählen, womit die Zahlung als eine Gegenleistung für den konkreten Fasserwerb angesehen werden konnte.

Anders ist die Rechtslage bspw. bei Prepaid-Kundenkarten, d.h. der Möglichkeit, Geld auf eine Kundenkarte zu laden, die dann für Leistungen eines Unternehmens genutzt werden kann. Es handelt sich dabei um keine Einlagen im bankenrechtlichen Sinn, denn Gelder, „die in geringem Umfang einem Zahlungsmittel oder Zahlungssystem zugeführt werden und einzig dem künftigen Bezug von Waren oder Dienstleistungen dienen und für die kein Zins bezahlt wird“ (Art. 5 Abs. 3 lit. e BankV), sind keine Einlagen. Dazu ist das Rundschreiben 2008/3 der FINMA zu beachten. Dieses konkretisiert, dass „das maximale Guthaben pro Kunde je Herausgeber eines Zahlungsmittels oder Zahlungssystembetreiber nie mehr als CHF 3000“ betragen darf (Ziff. 18.1 in FINMA, 2009).

3. Pricing – Zahlungsbedingungen

 Im Pricing müssen eine Vielzahl von Rechtsnormen beachtet werden. Dazu gehören z.B. das Verbot der Übervorteilung (Art. 21 OR), das Verbot des Wuchers bei Zahlungsbedingungen und Zinsen (Art. 157

StGB), Höchstzinssätze bei gewissen Konsumkrediten (Art. 1 Verordnung des EJPD über den Höchstzinssatz für Konsumkredite) sowie das Verbot horizontaler Absprachen im Wettbewerbsrecht (Art. 5 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG)). Dabei sind bereits „informelle“ Gespräche über Preise bei Branchenanlässen heikel. Viele Unternehmen weisen ihre Mitarbeitenden mit Compliance-Grundsätzen und Code of Conducts an, Gesprächsrunden an Branchenanlässen sofort und sichtbar zu verlassen, wenn sich das Gespräch dem Thema Preise zuwendet.

Folgendes Szenario gilt als realistisches Beispiel: Ein mittelgrosser Schweizer Incoming Operator umwirbt in anderen Ländern Europas und Asiens wohlhabende Personen, sog. High-net-worth Individuals (HNWI). Er organisiert Reisen in die Schweiz, bei denen hochwertige Immobilienobjekte am Genfer- und Zugersee besichtigt werden. Neben diesen exklusiven Touren zu Luxusimmobilien werden sämtliche Kaufformalitäten abgewickelt und die notwendigen Aufenthaltsbewilligungen beschafft. Aus Liquiditätsüberlegungen will sich der Incoming Operator seine Services bei Antritt der Tour bar bezahlen lassen. Auch die Abwicklung des Kaufs, die Bezahlung sämtlicher Kaufnebenkosten sowie Gebühren sollen in bar bezahlt werden. Aus geschäftlicher Sicht mag dieser Vorschlag Sinn ergeben, rechtlich ist er jedoch problematisch.

Nach Art. 8a des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG) müssen auch Händlerinnen und Händler, die nicht Finanzintermediäre sind, Pflichten erfüllen, wenn sie im Rahmen eines Handelsgeschäftes mehr als CHF 100 000 in bar entgegennehmen. Diese

Grenze liegt in vielen Ländern noch tiefer (z.B. § 10 Abs. 6 des deutschen Geldwäschegesetzes: EUR 2000 bzw. 10 000). Unternehmen unterliegen damit Pflichten, wie z.B. Identifizierung der Vertragspartner, Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person oder einer Dokumentationspflicht, und zwar auch dann, wenn die Zahlungen in mehreren Tranchen erfolgen. Wenn das Geschäft ungewöhnlich erscheint (ausser seine Rechtmässigkeit ist erkennbar) oder Anhaltspunkte vorliegen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren, müssen die Hintergründe des Geschäfts abgeklärt werden.

Interessant ist in diesem Zusammenhang ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts gegen einen Anbieter von Mobilfunkdiensten (Urteil vom 17.4.2018, B-6225/2016, bestätigt durch das Bundesgericht mit Urteil vom 12.3.2020, 2C_488/2018). Die betroffene Firma hatte ein Abrechnungsverfahren für Nachzuschlagstickets des ÖVPN per SMS angeboten, wobei die Kunden die Kosten für die an Automaten bezogenen Nachzuschlagstickets nachträglich mit der Monatsrechnung ihres Natel-Abonnements zahlen konnten. Die Gerichte kamen

zum Schluss, dass dieses Postpaid-Abrechnungsverfahren für Nachzuschlagstickets von Art. 2 Abs. 3 lit. b GwG erfasst wird. Danach sind „Finanzintermediäre [...] auch Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen; insbesondere Personen, die Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr erbringen, namentlich für Dritte elektronische Überweisungen vornehmen oder Zahlungsmittel wie Kreditkarten und Reiseschecks ausgeben oder verwalten.“ Damit unterlag der Mobilfunkanbieter den aus dem GWG resultierenden Sorgfaltspflichten, Dokumentationspflichten, Meldepflichten bei Verdacht auf Geldwäscherei, Pflichten bei der Bearbeitung von Personendaten und letztlich auch den Strafbestimmungen. Daraus wird ersichtlich, wie weitreichend die Qualifikation als Finanzintermediär ist.

4. Distribution

§ Während im Verkauf Regeln zu Rabatten oder Ausverkaufszeiten tendenziell an Gewicht verlieren, gewinnen Regeln zur vertikalen Preisbindung an Bedeutung.

Handlungsempfehlungen

1. Marketing-Manager sollten im Sinne eines deontologischen Legitimationsansatzes laufend prüfen, ob bestimmte Handlungen oder wirtschaftliche Aktivitäten die berechtigten Interessen Dritter verletzen.
2. Marketing-Manager sollten die Marketinginstrumente in den vier Kategorien Product, Price, Placement und Promotion einer eingehenden Prüfung von rechtsrelevanten Aspekten unterziehen.
3. Marketing-Praktiker sollten sich nicht nur eine Compliance-Checkliste erarbeiten, sondern auch die Weiterentwicklung des Rechts und der öffentlichen Diskussion laufend kritisch verfolgen. Oft treten problematische Entwicklungen auf und bergen damit Reputationsrisiken, bevor sie rechtlich reguliert oder sogar verboten werden.

Ein Beispiel ist eine Herstellerin von orthopädischen Laufschuhen, die mit einem Netz qualifizierter, selbstständiger Zwischenhändler zusammenarbeitet. Unter dem Druck von E-Commerce und dem Einkauf im Ausland versucht sie, eine geografische Preisdifferenzierung durchzusetzen. Sie verlangt, dass Händler im Zentrum des Landes ein höheres Preisniveau durchsetzen als Händler an der Landesgrenze. Diese Vereinbarungen setzt sie mithilfe von geografischen Gebietsregeln und klaren Incentives durch, wie Extra-Margen oder Privilegierungen bei der Einführung neuer Schuhe. Geplant ist auch der Einsatz von Konventionalstrafen, wenn Schuhe unter Mindestpreisen verkauft werden.

Dieses Vorgehen weckt kartellrechtliche Bedenken. Das Kartellrecht kommt zur Anwendung, wenn es auf einem Markt zu wenig Wettbewerb gibt. Es hat den Zweck, die Freiheit und Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu gewährleisten und seine Beeinträchtigung oder Ausschaltung zu verhindern. Art. 5 Abs. 1 KG bestimmt, dass Abreden unzulässig sind, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen, sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen oder zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. Eine solche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs „wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner abgeschlossen werden“ (Art. 5 Abs. 4 KG: Vertikale Abreden). Die Verletzung des Verbots der Preisfestsetzung für den Weiterverkauf durch den Händler und der absolute Gebietsschutz (Verhinde-

rung von Parallelimporten) ist mit Busse bedroht, die bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes betragen kann (Art. 49a Abs. 1 KG).

So kann es als unzulässige „Festsetzung von Preisen für den Weiterverkauf durch den Händler“ angesehen werden, wenn der Hersteller Einfluss auf die Preispolitik des Händlers nimmt. Dagegen sind als eindeutig unverbindlich deklarierte Preisempfehlungen grundsätzlich zulässig, es sei denn, solche Empfehlungen haben die Wirkung von Festpreisen, indem Druck auf den Händler ausgeübt oder Anreize wie Rabatte oder Werbekostenzuschüsse gewährt werden.

Ferner sind Vertragsbedingungen unzulässig, wenn sie den Händlern generell verbieten, Kunden ausserhalb ihres Vertragsgebiets zu beliefern (Art. 5 Abs. 4 KG). In einem viel beachteten Fall leitete die Wettbewerbskommission (WEKO) 2018 gegen die Firma Stöckli Swiss Sports AG ein Verfahren wegen unzulässigen vertikalen Preisabsprachen ein (WEKO, 2018). Skihändler hatten sich gegenüber Stöckli verpflichtet, deren Verkaufspreise nicht zu unterbieten. Die WEKO schloss knapp ein Jahr später, auch auf-

grund des kooperativen Verhaltens von Stöckli, mit der Firma eine einvernehmliche Regelung über die Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung (Art. 29 f. KG) ab und verhängte daher „nur“ eine Busse von CHF 140 000. Stöckli verpflichtete sich, ihren Skihändlern künftig keine Mindest- oder Verkaufspreise zu diktieren. Zudem wurden auch der Direkt- und Parallelimport von Produkten der Firma, Querverlieferungen zwischen den Vertriebspartnern sowie Aspekte des Online-Handels in der einvernehmlichen Regelung festgelegt (WEKO, 2019).

5. Kommunikation und Verkaufsförderung

 Neben den klassischen Regulierungen zur Lauterkeit in der Werbung tritt heute vermehrt auch das Korruptionsstrafrecht in den Fokus bei der Verkaufsförderung. Ein Beispiel ist eine Herstellerin von kleinen Industriegewerken (z.B. Reinigungsmaschinen für Industrie und Gewerbe), die jedes Jahr eine Einladung an einen kulturellen Anlass mit Abendessen, Übernachtung und einem Geschenk für die wichtigsten Kunden aus der Privatwirtschaft wie von staatlichen Unternehmen ausspricht.

Kernthesen

1. Compliance ist ein wesentlicher Teil des Marketings und insbesondere des Marken-Managements, weil Reputationskapital auf dem Spiel steht. Dies gilt besonders in Zeiten des Purpose-Brandings.
2. Relevante Regulierungen für das Marketing kommen heute immer mehr auch aus Rechtsgebieten, die in der Vergangenheit nicht im Fokus des Marketings standen.
3. Ein systematisches Durchdenken von Wirkungen auf legitime Anliegen aller Interessengruppen und Umwelten hilft, nicht nur betroffene Rechtsgebiete zu erkennen, sondern auch proaktiv sensible Bereiche der Zukunft zu identifizieren.



Solche Kundenanlässe sind aus Sicht des Korruptionsstrafrechts und des Wettbewerbsrechts nicht unbedenklich.

Während Bestechung von Beamtinnen und Beamten schon lange strafbar ist, ist die Bestechung Privater erst seit 2016 im Schweizer Strafgesetzbuch (StGB) geregelt. So lautet Art. 322octies Abs. 1 StGB wie folgt: „Wer einem Arbeitnehmer, einem Gesellschafter, einem Beauftragten oder einer anderen Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit dessen dienstlicher oder geschäftlicher Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung zu dessen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten einen nicht gebührenden Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.“ Die spiegelbildliche Bestimmung (Verbot, sich bestechen zu lassen) ist Art. 322novies StGB.

Verboten ist die Beeinflussung des Geschäftsgebarens durch Geschenke oder Vorteile, wie z.B. eine Barzahlung, die Gewährung eines Darlehens zu ungewöhnlich günstigen Bedingungen oder Sachleistungen. Es können aber auch immaterielle Vorteile sein, wie z.B. berufliche oder soziale Verbesserungen in Gestalt von Beförderungen und Ehrungen. Zu beachten ist jedoch, dass gemäss Art. 322decies StGB „geringfügige, sozial übliche Vorteile“ keine nicht gebührenden Vorteile sind. Was das ist, muss von Fall zu Fall entschieden werden und unterliegt räumlichen und zeitlichen Veränderungen. Entscheidend ist, dass kein Abhängigkeitsverhältnis entsteht. Aus diesem Grund konzentrieren sich Gerichte bei der strafrechtlichen Beurteilung von Geschäftsgeschenk- und Einladungspraktiken darauf, ob die Umstände den Anschein einer Beeinflussungsabsicht erwecken.

Der ungerechtfertigte Vorteil muss so gewährt werden, dass die andere Partei im Zusammenhang mit ihrer dienstlichen Tätigkeit eine pflichtwidrige oder von ihrem Ermessen abhängige Handlung vornimmt oder unterlässt, die in ihren Aufgabenbereich fällt (Voraussetzung der Konnexität).

Die Privatbestechung, die übrigens keine Wettbewerbsverzerrung zur Folge haben muss, wird ex officio verfolgt und ist mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder einer Geldstrafe bewehrt.

Im Kontext der Kommunikation kommt neu hinzu, dass Aussagen und Statements im virtuellen Raum der sozialen Medien immer mehr in den Fokus der Lauterkeitskommission und der Strafbehörden geraten. Im Vordergrund stehen dabei die Verletzung des wettbewerbsrechtlichen Prinzips von Treu und Glauben sowie klassische Delikte wie üble Nachrede (Art. 173 StGB), geschäftsschädigenden Äusserungen oder Verletzung der Rassismus-Strafnorm (Art. 261bis StGB).

Viele Produkte und Leistungen werden heute nicht mehr mit klassischer, durch das Unternehmen direkt gesteuerter Kommunikation beworben. Zum Beispiel erstellen und teilen Influencerinnen und Influencer Inhalte auf Social Media. Bei der Regulierung dieses Verhaltens gibt es verschiedene Player, u.a. die Schweizerische Lauterkeitskommission. Sie ist eine neutrale, unabhängige Institution der Kommunikationswirtschaft zum Zweck der Werbeselbstregulierung. Die Kommis-

sion hat zwar keine Sanktionsgewalt (Badertscher, 2019), aber gibt Empfehlungen ab, um sicherzustellen, dass diese in Zukunft von den Werbetreibenden umgesetzt werden, und damit – im Idealfall – rechtliche Risiken eines Gerichts- oder Strafverfahrens vor staatlichen Behörden vermeiden.

Nun gibt es aber Fälle, in denen das Verhalten des Influencers gegen Art. 2 UWG verstösst. Diesfalls können die Gerichte zivilrechtliche (Art. 9 UWG), aber keine strafrechtlichen Sanktionen verhängen (Art. 23 ff. UWG e contrario).


„Unlauter und widerrechtlich ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst“ (Art. 2 UWG). Diese sog. Generalklausel betrifft im Wesentlichen die Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben, wobei der wichtigste Anwendungsfall die Täuschung ist. Diese dürfen in ihrem Vertrauen auf das ehrliche Verhalten des anderen nicht enttäuscht werden. Dies gilt sowohl für potenzielle Anbieter als auch für Kunden und Wettbewerber. Aber Vorsicht: Nicht jede Täuschung ist rechtswidrig: Es muss sich um eine wesentliche Tatsache handeln, die den Wettbewerb beeinflusst.

Aktuelle Beispiele sind Beschwerden des Schweizerischen Konsumentenschutz (SKS) gegen die Posts verschiedener Influencer bei der Schweizerischen Lauterkeitskommission (SLK), u.a. gegen Roger Federer. Federer hatte ein Video auf seinem Instagram-Account gepostet, in dem auch das Logo eines seiner Sponsoren zu sehen war. Laut SLK gebe es zwar keine allgemeine Kennzeichnungspflicht von Werbung, doch massgebend sei, ob die

kommerzielle Natur der Kommunikation eindeutig erkennbar sei oder nicht. Im Fall von Federer entschied die SLK am 28.5.2020, dass aus der Präsentation klar erkennbar hervorgegangen sei, dass der Tennisstar für den Markeninhaber geworben habe (Schweizerische Lauterkeitskommission, 2020).

6. Fazit

S Recht wird in seiner Anwendung durch die Praxis, Gerichte und Behörden stetig weiterentwickelt. Internationale Entwicklungen führen dazu, dass neue nationale Rechtsnormen entstehen oder bestehende Bestimmungen angepasst werden müssen. Die Compliance-Checklist für Marketeers muss deshalb laufend erweitert werden, um diese für das Thema zu sensibilisieren. Teilweise werden damit Praktiken, die über Jahre unproblematisch waren und noch in alten Verträgen oder Verhaltensweisen von Aussendienstmitarbeitenden verankert sind, problematisch. Für Praktiker lohnt es sich, neben der Anwendung von Compliance-Checklisten, wie z.B. der von Lengauer (2019), die Weiterentwicklung des Rechts und der öffentlichen Diskussion kritisch zu verfolgen. Oft treten problematische Entwicklungen auf und bergen Reputationsrisiken, bevor sie rechtlich reguliert oder sogar verboten werden.

Marketing-Manager sollten im Sinne eines deontologischen Legitimationsansatzes laufend prüfen, ob bestimmte Handlungen oder wirtschaftliche Aktivitäten die berechtigten Interessen Dritter verletzen. Dabei kann von einem grundlegenden Denkmodell wie bspw. dem Modell der Anspruchsgruppen und Umweltsphären im St. Galler Managementmodell ausgegangen werden (Rüegg-Stürm & Grand, 2019). 

Literatur

- Badertscher, C. (2019). Iouri Podladtchikov und Jolanda Neff wegen Instagram-Posts gerügt. Abgerufen von <https://www.srf.ch/news/schweiz/influencer-werbung-iouri-podladtchikov-und-jolanda-neff-wegen-instagram-posts-geruegt>
- Bieger, T. (2019). Das Marketingkonzept im St. Galler Management-Modell. Stuttgart: UTB.
- Bühler, R. (2020). Das Markenrecht in der Schweiz. Abgerufen von <http://www.jusfind.ch/de/markenrecht.html>
- Chaffey, D. (2019). Digital Marketing. London: Pearson.
- FINMA (2009). Rundschreiben 2008/3: Publikumseinlagen bei Nichtbanken: Gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken im Sinne des Bankengesetzes. Bern.
- Kaufmann, P. J. (1987). Legal Restrictions on Marketing Management. Boston: Publishing Division, Harvard Business School.
- Lengauer, D. (2019). Compliance. Zürich: Schulthess.
- McCarthy, E. (1960). Basic Marketing: A Managerial Approach. Homewood: RD Irwin.
- Rüegg-Stürm, J. & Grand, S. (2019). Das St. Galler Management-Modell. Management in einer komplexen Welt (1. Auflage). Bern: Haupt Verlag.
- Schweizerische Lauterkeitskommission. (2020). 4.11.2020, Zweite Kammer, Verfahren. Abgerufen von <https://www.faire-werbung.ch/medien/>
- SDA (2017). Essig-Fässer zu Unrecht verkauft. Abgerufen von <http://preview.schweizerbauer.ch/politik--wirtschaft/agrarwirtschaft/essig-verkaeuf-er-zu-unrecht-39240.html>
- Tomczak, T., Kuß, A. & Reinecke, S. (2014). Marketingplanung: Einführung in die marktorientierte Unternehmens- und Geschäftsfeldplanung. Wiesbaden: Springer Gabler.
- WEKO (2018). WEKO eröffnet Untersuchung gegen Stöckli. Abgerufen von <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/nsb-news.msg-id-72621.html>
- WEKO (2019). WEKO einigt sich mit der Stöckli Swiss Sports AG. Abgerufen von <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/medieninformationen/nsb-news.msg-id-76297.html>

Rechtsquellen

Gesetze

- Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8. November 1934 (SR 952.0)
- Bundesgesetz über den Schutz von Design (Designgesetz, DesG) vom 5. Oktober 2001 (SR 232.12)
- Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 10. Oktober 1997 (SR 955.0)
- Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995 (SR 251)
- Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG) vom 28. August 1992 (SR 232.11)
- Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht (OR)) vom 30. März 1911 (SR 220)
- Bundesgesetz über die Erfindungspatente (Patentgesetz, PatG) vom 25. Juni 1954 (SR 232.14)
- Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG) vom 9. Oktober 1992 (SR 231.1)
- Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)

Verordnungen

- Verordnung über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV) vom 30. April 2014 (SR 952.02)
- Verordnung des EJPD über den Höchstzinssatz für Konsumkredite vom 10. November 2019 (SR 221.214.111)

Urteile

- BGE 136 II 43
- Urteil (des Bundesgerichts) 2C_488/2018 vom 12. März 2020
- Urteil (des Bundesverwaltungsgerichts) B-6225/2016 vom 17. April 2018
- Urteil (des Bundesverwaltungsgerichts) B-4354/2016 vom 30. November 2017