



Wettbewerbsrecht I

1. Teil: Grundlagen
2. Teil: Internationaler Kontext
3. Teil: Kartellrecht
4. Teil: Preisüberwachungsrecht
- 5. Teil: Lauterkeitsrecht**



5. Teil: Lauterkeitsrecht

§ 19 Entwicklungsgeschichte des Lauterkeitsrechts

§ 20 Verhältnis von Lauterkeits- und Kartellrecht

§ 21 Funktionen des UWG

§ 22 Geltungsbereich des UWG

§ 23 Generalklausel

§ 24 Einzeltatbestände

§ 25 Anspruchsordnung und Verfahrensfragen



§ 19 Entwicklungsgeschichte

- **bis 1943:** Nach Art. 48 OR Schutz des Persönlichkeitsrechts von Wettbewerbern
- **1943: Erstes UWG.** Den Verbrauchern werden eigene Ansprüche zuerkannt.
- **1986** (in Kraft seit 1.3.1988): Aktuelles **UWG** (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)
 - Verzicht auf ein "Wettbewerbsverhältnis": Auch nicht-konkurrierende Unternehmen haben eigene Ansprüche.
- **2011** (in Kraft seit 1.4./1.7. 2012): UWG-Revision
 - Adressbuchswindel; Schneeballsysteme; elektronischer Geschäftsverkehr; Gewinnversprechen; AGB; grenzüberschreitende Sachverhalte; internationale Kooperation.



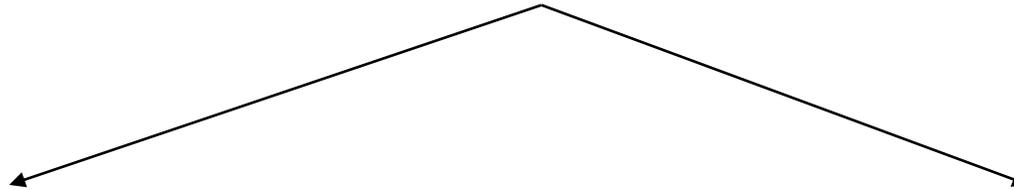
§ 19 Entwicklungsgeschichte

- Das UWG stützt sich laut Ingress auf die folgenden Vorschriften der BV:
 - Art. 95 Abs. 1 BV: Privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit;
 - Art. 96 BV: Wettbewerbspolitik (s. Abs. 2 lit. b: Massnahmen "gegen den unlauteren Wettbewerb");
 - Art. 97 Abs. 1 und 2 BV: Konsumentenschutz (auch Rechtsmittel der Konsumentenorganisationen);
 - Art. 122 Abs. 1 BV: Zivilrecht;
 - Seit UWG-Revision 2011 kein Verweis mehr auf strafrechtliche Kompetenzvorschrift des Bundes (zuvor Art. 64^{bis} aBV = Art. 123 BV). Versehen? (s. Art. 23 ff. UWG).

§ 20 Verhältnis von Lauterkeits- und Kartellrecht



Wettbewerbsrecht i.w.S.



Kartellrecht (KG)	Wettbewerbsrecht i.e.S. (UWG)
Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (Beschränkungsrecht)	Lauterkeitsrecht



Verhältnis UWG - KG

Das UWG schützt die *Qualität*, das KG die *Quantität* (den Bestand) des Wettbewerbs.

"KG und UWG ergänzen sich jedoch gegenseitig, denn beide Gesetze wollen das gute Funktionieren des Wettbewerbs als zentrales Steuerungsinstrument in einer freien Marktwirtschaft sicherstellen."

von Büren/Marbach/Ducrey, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2008, Rn. 1053

Bsp.: Velede-Fall (BGE 107 II 277)



UWG und KG

- In der kartellrechtlichen Praxis herrscht ein Primat des Verwaltungsrechts; zivilrechtliche Sanktionen existieren, aber haben keine grosse Bedeutung.
- Im UWG herrscht dagegen ein Primat des Zivilrechts bei schwacher Bedeutung der verwaltungsrechtlichen Sanktionen.



UWG und Immaterialgütergesetze

Zwei Fragen

1. Kann immaterialgüterrechtlicher Schutz durch das UWG erweitert werden?
2. Kann immaterialgüterrechtlicher Schutz durch das UWG eingeschränkt werden?



1. Schutzausdehnung durch UWG

Ausgangspunkt:

- Prinzip der **Nachahmungsfreiheit**: Es ist nicht unlauter, Gegenstände zu kopieren, die nach Immaterialgüterrecht nicht (mehr) geschützt sind (BGE 131 III 384).
- S. auch BGer, 2.5.2011 – *Le-Corbusier-Möbel III*, sic! 2011, 504
"Leistungen oder Arbeitsergebnisse, die als solche keinen Immaterialgüterschutz geniessen, dürfen von jedermann genutzt werden; das Lauterkeitsrecht enthält kein generelles Verbot, fremde Leistungen nachzuahmen, sondern es besteht grundsätzlich Nachahmungsfreiheit. Das UWG bezweckt die Gewährleistung der Lauterkeit des Wettbewerbs, während es dem Immaterialgüterrecht vorbehalten ist, besondere Leistungen als solche zu schützen."



1. Schutzausdehnung durch UWG

- Aber keine absolute **Umwegthese**, welche die Anwendung des UWG ausserhalb des immaterialgüterrechtlichen Schutzbereichs ausschliesst.
- ➔ Immaterialgüterrecht ist also nicht *lex specialis* zum UWG.



1. Schutzausdehnung durch UWG

→ **h.M.**: kumulative Anwendbarkeit des UWG im Verhältnis zu den Rechten des geistigen Eigentums

- Das Immaterialgüterrecht schützt besondere Leistungen als solche.
- Das UWG schützt Leistungen nicht als solche, "sondern nur bei Vorliegen lauterkeitsrechtlich relevanter Umstände gegen Übernahme und Nachahmung [...], wie namentlich vermeidbarer Herkunftstäuschung, Rufausbeutung, hinterlistigem Verhalten oder behinderndem systematischem Vorgehen" (BGE 135 III 446 – *Maltesers*).



1. Schutzausdehnung durch UWG

- ➔ Die Schutzvoraussetzungen sind für jedes beanspruchte Recht eigenständig zu beurteilen.
- s. z.B. BGE 127 III 33 – *Brico*: Kumulative Anwendung von MSchG und UWG

2. Schutzeinschränkung durch UWG



➤ Auch die Ausübung von Immaterialgüterrechten kann unlauter sein, z.B. wenn sie zu Verwechslungsgefahr führt.

➤ **BGE 129 III 353 – PULS-Tip**

"Eine Partei handelt unlauter, wenn sie nach dem Auseinanderbrechen einer partnerschaftlichen Kooperation ein von der anderen Partei zuerst verwendetes Zeichen als Marke hinterlegt und gebraucht und damit die Gefahr der Verwechslung mit den Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb der Partei schafft, welche das Zeichen zuerst benutzte."

➔ Das Schweizer Fernsehen, das die Gesundheitssendung PULS produzierte, hatte die Puls Media AG mit der Herausgabe einer sendebegleitenden Zeitschrift beauftragt. Nach Beendigung der Zusammenarbeit konnte sich der Fernsehsender erfolgreich auf Art. 3 lit. d UWG berufen, um der Puls Media AG die Verwendung der Marke PULS-Tip für einschlägige Druckwerke zu untersagen.



§ 21 Funktionen des UWG

Art. 1 UWG

Dieses Gesetz bezweckt, den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten.

- Entgegen einer früher auch vom BG vertretenen These ist das UWG nicht (mehr) wettbewerbspolitisch neutral.



§ 21 Funktionen des UWG

➔ Auslegung des Gesetzes im Hinblick auf:

a) "den lautereren Wettbewerb": Geschäftsmoral

- vgl. Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ:

"Unlauterer Wettbewerb ist jede Wettbewerbshandlung, die den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel zuwiderläuft."

b) "den unverfälschten Wettbewerb": Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs



§ 22 Geltungsbereich des UWG

Sachlicher Geltungsbereich

→ alle Wettbewerbshandlungen

Persönlicher Geltungsbereich

→ weit; kein Wettbewerbsverhältnis erforderlich

Räumlicher Geltungsbereich

→ Marktortprinzip



§ 22 Geltungsbereich des UWG

Sachlicher Geltungsbereich

- Das UWG ist auf alle **Wettbewerbshandlungen** anwendbar.
- **Wettbewerbshandlung:** Alle Handlungen, die objektiv auf eine Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse angelegt sind.
- Ein Wille zu wirtschaftlicher Tätigkeit oder gar eine Absicht zur Beeinflussung des Wettbewerbs ist nicht erforderlich.



§ 22 Geltungsbereich des UWG

Sachlicher Geltungsbereich

- **S. BGE 120 II 78:**

"Das Verhalten des Verletzers hat somit auch nach geltendem UWG marktrelevant, marktgeneigt oder wettbewerbsgerichtet zu sein (...). Wettbewerb kann nur dort bestehen, wo sich die Betätigung des Handelnden ausserhalb der eigenen, privaten Sphäre auswirkt oder auszuwirken geeignet ist (...). Wettbewerbsrelevant sind demzufolge allein Handlungen, die den Erfolg gewinnstrebiger Unternehmen im Kampf um Abnehmer verbessern oder mindern, deren Marktanteile vergrössern oder verringern sollen oder dazu objektiv geeignet sind (...)."



§ 22 Geltungsbereich des UWG

Persönlicher Geltungsbereich

- Der Wettbewerb soll "im Interesse aller Beteiligten" geschützt werden (Art. 1 UWG).
 - Die Interessen der Unternehmen, der Konsumenten und der Allgemeinheit sind zu wahren.
 - Dreidimensionalität des Wettbewerbsrechts (BGE 129 III 426)
 - Schutzzwecktrias
- ➔ Der persönliche Geltungsbereich des UWG ist deshalb denkbar weit zu ziehen.



§ 22 Geltungsbereich des UWG

- **Wettbewerbsverhältnis nicht erforderlich:** UWG z.B. auch auf Medienberichterstattung, Warentests oder Wissenschaft anwendbar.

→ Grundlegend BGE 117 IV 193 – *Bernina* ("Bernina hinkt nähtechnisch hinterher"):

Das UWG ist auf negative Berichterstattung in einer Zeitung anwendbar.

In casu möglicherweise Verstoss gegen Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG, weil die Aussage unrichtig ist, dass die betreffenden Nähmaschinen bei ihrem Erscheinen auf dem Markt schon wieder überholt seien.



§ 22 Geltungsbereich des UWG

- Gegen das Kartellrecht können nur Unternehmen verstossen, gegen das UWG dagegen jedermann.
- **Grenze des UWG:** Meinungsfreiheit (Art. 16 BV, Art. 10 EMRK), Wissenschaftsfreiheit etc.



Mikrowellen

S. hierzu BGE 120 II 76 – **Mikrowellen I** (und BGE 125 III 185 – *Mikrowellen II*)

- Ein Wissenschaftler publiziert Forschungsergebnisse, die auf (angebliche) Gefahren von in Mikrowellengeräten zubereiteten Speisen hinweisen.
- Ein Umweltmagazin ruft daraufhin zu einem Verbot von Mikrowellenherden auf. Der zuständige Fachverband klagt.
- Bundesgericht:

"Das UWG ist auf die wissenschaftliche Forschung und die Veröffentlichung ihrer Ergebnisse insoweit anwendbar, als die Äusserungen objektiv geeignet sind, den Wettbewerb zu beeinflussen (E. 3). Wissenschaftliche Äusserungen sind im Sinne von Art. 3 lit. a UWG unlauter, wenn sie nicht gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entsprechen oder wenn ein unmissverständlicher Hinweis auf den Meinungsstreit fehlt (E. 5b). Grundrechtlichen Schutz geniessen nur lautere Aussagen (E. 5c)."



Mikrowellen

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, 25.8.1998

- Das Urteil des Bundesgerichts verletzt Art. 10 EMRK. Das angeordnete Publikationsverbot ist unverhältnismässig.
- Daraufhin **BGE 125 III 185 – Mikrowellen II:**

"Gerichtliche Verbote von Äusserungen, welche die Wettbewerbsstellung der Anbieter eines Erzeugnisses beeinträchtigen, sind unter dem Blickwinkel von Art. 10 EMRK im Rahmen des Notwendigen und Verhältnismässigen zulässig."

"Eine gesamthafte Aufhebung der gegenüber dem Gesuchsteller ausgesprochenen Verbote ist deshalb weder erforderlich noch angezeigt. Klarzustellen ist hingegen, dass dem Gesuchsteller lediglich an weitere Bevölkerungskreise gerichtete Verlautbarungen verboten sind, in welchen gesundheitsschädigende Wirkungen von im Mikrowellenherd zubereiteten Speisen ohne Hinweis auf den herrschenden Meinungsstreit als wissenschaftlich gesichert hingestellt werden."



verfassungskonforme Auslegung

- Das UWG ist verfassungskonform auszulegen.
- Meinungsäusserungs-, Medien- und Wissenschaftsfreiheit sind in die Auslegung einzubringen.
- Dies ist von besonderer Bedeutung für den Anschwärzungstatbestand (Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG).
- Neutrale Dritte (z.B. Medien oder Wissenschaftler) haben deshalb einen grösseren lauterkeitsrechtlichen Spielraum als Konkurrenten.
- Das Bundesgericht räumt der Medienfreiheit in jüngeren Urteilen einen grösseren Stellenwert ein, s. z.B. BGer, sic! 2007, 649, E. 6.1 – *Stauffer*.



UWG und Medien



- **Nobel/Weber**, Medienrecht, 10 N. 111 ff.
- **Born**, UWG versus Medien, MediaLex 2010, 134-141



Räumlicher Geltungsbereich

Art. 136 IPRG

- 1 Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb unterstehen dem Recht des Staates, auf dessen Markt die unlautere Handlung ihre Wirkung entfaltet.
- 2 Richtet sich die Rechtsverletzung ausschliesslich gegen betriebliche Interessen des Geschädigten, so ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem sich die betroffene Niederlassung befindet.

[...]

→ Marktortprinzip

(vgl. das "Auswirkungsprinzip" im Kartellrecht)



Räumlicher Geltungsbereich

S. BGer, Fall 4A_616/2009 v. 11. Mai 2010 -
Thermomodiffusion, unter Nr. 7: .

"Für privatrechtliche Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb in internationalen Sachverhalten gilt hingegen das Marktauswirkungsprinzip (dazu BGE 136 III 23 E. 6.1). Danach unterstehen solche Ansprüche grundsätzlich dem Recht des Staates, auf dessen Markt die unlautere Handlung ihre Wirkung entfaltet (Art. 136 Abs. 1 IPRG; sog. Marktauswirkungsprinzip: vgl. BGE 136 III 23 E. 6.1). Als Markt gilt derjenige Ort im Sinne eines Staatsgebiets, an dem der Wettbewerber mit seinem Angebot auftritt, mit allfälligen Mitbewerbern in Konkurrenz tritt und sich an potentielle Abnehmer richtet; massgebend ist der Ort der Marktgegenseite, d.h. das Umfeld des potentiellen Abnehmers (BGE 136 III 23 E. 6.1 mit Hinweisen). Wirkt sich eine im Ausland getätigte, unlautere Handlung mithin auf den schweizerischen Markt aus, findet darauf das schweizerische UWG Anwendung (vgl. von Büren/Marbach/Ducrey, a.a.O., Rz. 1073)."



§ 23 Einzeltatbestände und Generalklausel

- **Generalklausel: Art. 2 UWG**
 - **Spezialtatbestände: Art. 3 – 8 UWG**
- Spezialtatbestände stellen einen nicht abschliessenden Katalog dar.

("Unlauter handelt insbesondere, wer ...")



§ 23 Einzeltatbestände und Generalklausel



Rechtsprechung: Die Spezialtatbestände sind vor der Generalklausel zu prüfen (BGE 133 III 431; BGE 135 III 446 – *Maltesers*).

Literatur: Es ist immer von der Generalklausel auszugehen. Diese ist im Licht des Zweckartikels auszulegen.

- ➔ Die allgemeinen Erfordernisse, wie z.B. das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung, sind aus der Generalklausel abzuleiten. Für die Tatbestandsmässigkeit eines konkreten Verhaltens gehen die Einzeltatbestände vor.
- ➔ Teilweise nehmen die Einzeltatbestände eine abschliessende Grenzziehung zwischen erlaubtem und verbotenen Verhalten vor.



§ 23 Einzeltatbestände und Generalklausel



- Es ist durch Auslegung zu ermitteln, ob Einzeltatbestände eine abschliessende Grenzziehung zwischen erlaubtem und verbotenem Verhalten vornehmen. Meistens handelt es sich um offene Tatbestände.
 - Beispiel für offenen Tatbestand: Art. 4 lit. a UWG (Verleitung zum Vertragsbruch). Die Vorschrift regelt unlauteres Verhalten dieser Art nicht abschliessend.
(s. BGE 114 II 91)
 - Beispiel für abschliessenden Tatbestand: Art. 3 Abs. 1 lit. f UWG (Lockvogelangebote)
(vgl. BGE 135 III 446 – *Maltesers*, unter 5.1, insoweit nicht in der amtlichen Sammlung)



§ 23 UWG Spezialtatbestände

- Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG: Herabsetzung – "Anschwärzung"
 - s.o. *Bernina*
 - Konkursverleumdung
 - "A ist so gut wie bankrott." Die Beeinträchtigung des Kredits ist sehr gefährlich! Objektive Berichterstattung über Schwierigkeiten eines Unternehmens muss aber zulässig sein.
 - "Äusserungen": Tatsachen *und* Werturteile sind erfasst. "Unrichtig" oder "irreführend" können aber nur Tatsachen sein.
 - "unnötig verletzend": Verhältnismässigkeitsgrundsatz im Zivilrecht. Entgleisungen werden erfasst.
 - harte Ausdrücke dürfen aber benutzt werden, wenn inhaltlich zutreffend ("Adressbuchswindel").



§ 23 UWG Spezialtatbestände

- Verläuft eine öffentliche Auseinandersetzung in scharfem Ton, können auch "reisserische, harte und angriffige Wendungen" erlaubt sein, BGE 112 II 268, 284 f. – *Denner/Bier II*.
- Vergleichende Werbung, die herabsetzend ist, beurteilt sich ausschliesslich nach Art.3 Abs. 1 lit. e UWG.



§ 23 UWG Spezialtatbestände

- Art. 3 Abs. 1 lit. b, i UWG: Begünstigung
 - z.B. Bezeichnung einer Genfer Industriewurst als "saucisson vaudois"
 - Zulässig: "Parisiennes" für schweizerische Zigaretten, da Verkehrsdurchsetzung
- Art. 3 Abs. 1 lit. c UWG: Unzutreffende Titelführung
 - z.B. "Rechtsanwalt" für blossen lic. iur.



§ 23 UWG Spezialtatbestände

- Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG: Irreführung über die betriebliche Herkunft (Verwechslungsgefahr; "wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz")
 - z.B. "Coca-line" (mit entsprechendem Schriftzug) für T-Shirts
 - BGE 129 III 353 – PULS-Tip (s.o.)

§ 23 UWG Spezialtatbestände



- Wichtige Fallgruppe: "Ausstattungsschutz"
(manchmal auch: "wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz")
- Besteht bei den beiden folgenden Ausstattungen
Verwechslungsgefahr? (BGE 135 III 446 – *Maltesers*)

Mars AG



Nestlé AG





§ 23 UWG Spezialtatbestände

➤ BGE 135 III 446 – *Maltesers*

- Verwechslungsgefahr setzt voraus, dass die nachgeahmte Ausstattung Kennzeichnungskraft besitzt, "indem sie vom Publikum als Herkunftshinweis verstanden wird, sei es Kraft ihrer Originalität oder ihrer Verkehrsdurchsetzung".
- Verpackungsform und Abbildungen seien nicht originell, wohl aber der Schriftzug "Maltesers"
 - "Malt" spielt darauf an, dass die Kugeln einen Malzkern enthalten.
- Aber: **Keine Verwechslungsgefahr.** "Maltesers" und "Kit Kat Pop Choc" seien zu verschieden, um beim Zielpublikum Konfusion zu verursachen. Ähnlichkeiten bei Verpackung (Stehbeutel), (roter) Farbgebung und Abbildungen (schwebende Schokokugeln) treten dahinter zurück.



UWG Spezialtatbestände

- Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG: Vergleichende Werbung
 - z.B. "Billigste Preise der Schweiz" (sog. Alleinstellungswerbung oder Superlativwerbung)
 - ➔ unlauter, wenn widerlegbar
 - s. auch BGE 129 III 426 – *Fielmann/Visilab*: "leader suisse du marché de l'optique"
 - ➔ für eine solche Alleinstellungswerbung reicht es nicht, die niedrigsten Preise nachzuweisen. Erforderlich wäre grösster Umsatz schweizweit oder ähnliches.



UWG Spezialtatbestände

- Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG: Vergleichende Werbung
 - anlehrende Werbung: "Ersatz für ..." oder "gleich gut wie ..."
 - ➔ unlauter, selbst wenn zutreffend; der gute Ruf von Konkurrenzprodukten darf nicht auf die eigenen Produkte übertragen werden.



UWG Spezialtatbestände

- Art. 3 Abs. 1 lit. f UWG: Lockvogelwerbung
insbesondere erforderlich: Angebot unter Einstandspreis,
besondere Hervorhebung in der Werbung

Einstandspreis: Nettoeinkaufspreis + Transportkosten,
Mehrwertsteuer und Zölle (keine Zurechnung von
Gemeinkosten)

→ Die Vorschrift wendet sich gegen Täuschungen über die
"Leistungsfähigkeit" (insbesondere preisliche Attraktivität
des Gesamtangebots). Irreführungen über die vorrätige
Menge des beworbenen Produkts werden von Art. 3 Abs. 1
lit. b und i UWG erfasst.



UWG Spezialtatbestände

- Art. 3 Abs. 1 lit. g UWG: Zugaben
nur bei Täuschung über den tatsächlichen Wert des Angebots
- Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG: Aggressive Verkaufsmethoden
Versetzung in eine psychische Zwangslage; starker Anpassungsdruck; dies kann der Fall sein bei
 - Haustürgeschäften
 - Kaffeefahrten
 - Partyverkäufen (h.L.; a.A. *Fountoulakis*, GRUR Int. 2009, 979)
 - Androhung gesundheitlicher Gefährdung bei Nichtverwendung bestimmter Produkte



UWG Spezialtatbestände

- aber nicht das *cold calling* (unaufgeforderte Telefonanrufe); in der Schweiz gilt hier ein blosses *opting out*, z.B. über "Robinson"-Listen. Unlauterkeit sind aber:
 - unrichtige Angaben
 - Nichtbeenden des Gesprächs trotz Aufforderung

- Nur aggressive *Verkaufsmethoden* fallen unter den Tatbestand (unbefriedigend!). Auf aggressive *Werbemethoden* ist die Generalklausel anwendbar.



UWG Spezialtatbestände

- Art. 3 Abs. 1 lit. k – n, 4 lit. d UWG: Täuschung bei Konsumkrediten
- Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG: Spam
 - s. Obergericht Zürich, 20.7.2009: Aufforderung zur Teilnahme an einer Umfrage (mit Preisausschreiben) ist keine Massenwerbung, wenn kein Bezug zu konkretem Hersteller besteht.
 - Enger Werbebegriff: "Beeinflussung der Adressaten in ihrer Einstellung zu *bestimmten* Waren oder Dienstleistungen"
 - "An diesem Kriterium fehlt es, da sich die Email vorliegend nicht auf eine spezifizierte Ware oder Dienstleistung eines bestimmten Anbieters, sondern auf das Auto im Generellen bezieht und durch diese Email weder der Absatz von Autos noch der Abschluss von diesbezüglichen Rechtsgeschäften gefördert wird."



UWG Spezialtatbestände

- Art. 3 Abs. 1 lit. p und q UWG: Adressbuchswindel (in Kraft seit 1.4.2012)

Es geht um die entgeltpflichtige Eintragung in nutzlose Branchenverzeichnisse unter Verschleierung der Konditionen.

- Art. 3 Abs. 1 lit. r UWG: Schneeballsysteme (in Kraft seit 1.4.2012)

- Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG: Anforderungen im elektronischen Geschäftsverkehr (in Kraft seit 1.4.2012)

s. auch Art. 3 Abs. 2 UWG: keine Anwendung auf Sprachtelefonie oder individuellen Vertragsschluss, z.B. durch e-mail

- Art. 3 Abs. 1 lit. t UWG: gebundene Gewinnversprechen (in Kraft seit 1.4.2012)



UWG Spezialtatbestände

- Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG: Verstoss gegen *Robinson*-Eintrag (in Kraft seit 1.4.2012)
- Seit 1995 keine Bewilligungspflicht mehr für Aus- oder Sonderverkäufe



UWG Spezialtatbestände

- Art. 4 lit. a UWG: Verleitung von Abnehmern zum Vertragsbruch
 - nicht aber die Verleitung von Lieferanten
 - nicht die bloße Ausnutzung fremden Vertragsbruchs, (s. BGE 122 III 469 "Chanel c. EPA": Systemfremder Händler besorgt sich Chanel-Produkte auf dem Graumarkt ohne Verleitung zum Vertragsbruch)
- Art. 4 lit. c, 6 UWG: Verletzung von Geschäftsgeheimnissen
- Art. 4a UWG: Aktive und passive (Privat-)Bestechung



UWG Spezialtatbestände

- **Art. 5 UWG: Verwertung fremder Leistung**

s. insbesondere lit. c), z.B. Einscannen eines Telefonbuchs (im Gegensatz zum Abtippen!)

Beschränkter wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (in Ergänzung zu den Schutzrechten des geistigen Eigentums)

- **BGE 131 III 384 – *Suchspider***

Online-Plattform übernimmt per automatischem Suchspider Immobilieninserate anderer Websites.

Muss nicht nur die Übernahme, sondern auch die Verwertung "unmittelbar" erfolgen? BGer: Es bedarf auch einer unmittelbaren Verwertung.

→ Die Kläger hatten ihren eigenen Aufwand nicht substantiiert. Es liegt kein Verstoss gegen Art. 5 lit. c UWG vor (auch kein Verstoss gegen die Generalklausel, s.u.).



UWG Spezialtatbestände

- BGE 134 III 166 - *"Arzneimittelkompendium II"*
Übernahme von Datensätzen nicht unlauter, da die Ersterstellerin bereits von ihrem Auftraggeber bezahlt worden war ("Amortisationsgedanke"), und sie das Kompendium ohnehin der Öffentlichkeit gratis zur Verfügung stellen musste.
- Art. 7 UWG: Missachtung von Arbeitsbedingungen

Zusammenhang: "Vorsprung durch Rechtsbruch"
(Generalklausel)



UWG Spezialtatbestände

Art. 8 UWG: Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen

Fassung bis zum 1.7.2012:

- Erhebliche Abweichung vom Gesetz oder eine Verteilung von Rechten und Pflichten in erheblichem Widerspruch zur Vertragsnatur
- **plus Irreführung**
 - ➔ Die nicht irreführende Benachteiligung der anderen Vertragspartei war nicht tatbestandsgemäss!
- *Peter Gauch*: Die Schweiz als "archaisches Eldorado inhaltlich unkontrollierter AGB"



AGB

Fassung ab dem 1.7.2012:

u.a. folgende Tatbestandsmerkmale:

1. Erhebliche und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten;
2. in Treu und Glauben verletzender Weise;
3. zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten.

vgl. Definition Konsumentenvertrag in Art. 32 Abs. 2 ZPO

Wichtige Neuerungen:

- Eine Irreführung ist nicht mehr erforderlich; Einführung offener Inhaltskontrolle!
- Konsumentenverbände sind auch für die Inhaltskontrolle aktivlegitimiert, Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG.



Offene Fragen:

- Hat Merkmal 2 eine eigenständige Bedeutung?
Verneinend *Stöckli*, Baurecht (BR/DC) 2011, 184: Verstoss gegen Treu und Glauben geht im Begriff des Missverhältnisses auf.
- Der Bezug auf die "gesetzliche Ordnung" wurde gestrichen. Darf man für die Feststellung eines "ungerechtfertigten Missverhältnisses" dennoch hierauf Bezug nehmen?
Befürwortend *Furrer*, HAVE 2011, 324 (327): Ohne das gesetzliche Leitbild kann das Vorliegen eines Missverhältnisses nicht beurteilt werden.
- Entgegen den ursprünglichen Plänen (und dem bisherigen Rechtszustand) wird der Anwendungsbereich von Art. 8 UWG auf den B2C-Verkehr beschränkt. Wie schützt man in Zukunft Unternehmen, insbesondere KMU?
Auf Unternehmen finden die allgemeinen Regeln über den Einbezug von AGB Anwendung ("verdeckte Inhaltskontrolle"), s. sogleich "Exkurs: AGB im OR".



Die Rechtsfolgen einer Verletzung von Art. 8 UWG sind durch die UWG-Revision nicht behandelt worden. Es herrscht ein Meinungsstreit:

- Anfechtbarkeit nach Art. 28, 21 Abs. 1 OR
- Anspruch auf Beseitigung der Klausel nach Art. 9 Abs. 1 lit. b UWG
- Nichtigkeit nach Art. 19 Abs. 2, 20 Abs. 1 OR (so z.B. wohl auch die Botschaft zur Änderung des UWG v. 2.9.2009, S. 30)



Fazit

- Die Reform des AGB-Problems lässt viele Fragen offen.
- Auf Listen bedenklicher Klauseln (vgl. Art. 3 Abs. 3 und Anhang der europäischen Klausel-Richtlinie 93/13/EWG) wurde beispielsweise verzichtet.
- Ist das UWG der geeignete Ort für das AGB-Recht?



Exkurs: Allgemeine Geschäftsbedingungen im OR

1. Einbeziehung

- Willensübereinstimmung
- Ungewöhnlichkeitsregel

2. Auslegung

- einheitlich, nicht individuell
- Vorrang der Individualabrede
- Unklarheitenregel

3. Inhaltskontrolle

- Die schweizerische Rechtsprechung hat eine offene Inhaltskontrolle immer abgelehnt.
- ➔ streitig: Inhaltskontrolle nach Art. 19 Abs. 2, 20 Abs. 1 OR (öffentliche Ordnung, gute Sitten) in Abwesenheit einer gesetzlichen Regelung? Zu klären wird sein: Welchen Einfluss hat Art. 8 UWG n.F. auf diese Diskussion?



Zur Neuregelung des AGB-Rechts durch die UWG-Revision 2011 s. z.B.:

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb v. 2.9.2009

www.evd.admin.ch/aktuell/00120/index.html?lang=de&msg-id=28829

- *Furrer*, Eine AGB-Inhaltskontrolle in der Schweiz?, HAVE 2011, 324
- *Schmid*, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 148/2012, S. 1
- *Stöckli*, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, Baurecht (BR/DC) 2011, 184
- *I. Wildhaber*, Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr, SJZ 2011, 537



§ 24 UWG Generalklausel



Art. 2 UWG Grundsatz

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.



UWG Generalklausel

"Treu und Glauben": Die Gebote der beruflichen Korrektheit müssen eingehalten werden.

Botschaft (S. 1043): "Als nicht mehr normal gilt jenes Wettbewerbsverhalten, das den Wettbewerb als solchen gefährdet oder die erwarteten Wettbewerbsergebnisse vereitelt."

➔ Wegen des Wettbewerbsbezugs hat der Begriff von "Treu und Glauben" gegenüber Art. 2 ZGB eine eigenständige Bedeutung.



UWG Generalklausel

Zwei Fallgruppen:

1. Kundenfang
in vertikaler Hinsicht
2. Unkorrektes Vorgehen gegenüber Wettbewerbern
in horizontaler Hinsicht



Generalklausel - Kundenfang

- **Unsachliche Werbung**
z.B. Selbstverständlichkeiten (bei einer Stiftung:
"Aufsichtsbehörde: Eidg. Dep. des Innern, Bern")
- **Nötigung, Belästigung**
z.B. Rechnung für unbestellte Leistungen
- **Laienwerbung**
z.B. Werbung bei Freizeitveranstaltungen (aber nur bei
"moralischem" Kaufzwang); s.o. zu Art. 3 Abs. 1 lit. h
UWG



Generalklausel - Kundenfang

- Ausnützen des Spieltriebs
z.B. Gewinnspiel mit Kaufzwang
- ➔ Gewinnspiele sind lauter, wenn Teilnahme ohne Abschluss eines Rechtsgeschäfts möglich ist.
 - Graubereich: Gebührenpflichtiger Anruf ist erforderlich.
 - Lotterien sind verboten (Art. 1 Abs. 1 LG).
 - Abgrenzung Gewinnspiel – Lotterie: Wenn Teilnahme nur nach Leistung eines Einsatzes oder nach Abschluss eines Rechtsgeschäfts möglich ist, liegt eine "Lotterie" vor (BGer – *TV-Gewinnspiele III*, sic! 2010, 370).



Generalklausel - Kundenfang

- **Schleichwerbung**
 - Überschneidungen mit Rundfunkrecht: Art. 9 RTVG enthält das Gebot der Trennung von Werbung und redaktionellem Teil. Anwendbar auf "Programme". Wenn Sendungen individuell abrufbar sind, liegt kein Programm vor (z.B. Video on demand).
 - Keine "Programme" sind Videofilme in öffentlichen Videoportalen. Wenn sie so gestaltet werden, als ob sie von einem User erstellt wurden, in Wirklichkeit aber von einem Hersteller stammen, kommt Schleichwerbung in Betracht.
 - Möglicherweise Kombination mit "viralem" Marketing: Streuung von Links in sozialen Netzwerken.



Generalklausel - Kundenfang

- Corporate Blogs und Corporate Twitter müssen klar als Werbung erkennbar sein.
- ➔ S. *Volz/Weber*, Neuere internetspezifische Werbeformen im Blickpunkt des Rechts, Jusletter vom 21.6.2010

- Subliminale Werbung
 - Wird vom Empfänger nicht als Werbung wahrgenommen, sondern spricht das Unterbewusstsein an.



Generalklausel – Unkorrektes Vorgehen gegenüber Wettbewerbern



- Parallelanmeldung von Immaterialgüterrechten
z.B. Anmeldung einer Marke, welche ein anderer im Ausland bereits benutzt
- Irreführende Angaben bei einer Behörde zur Erwirkung eines Immaterialgüterrechts
s. im Europäischen Kartellrecht den *AstraZeneca*-Fall (Erschleichung eines ergänzenden Schutzzertifikats)
- Anlehnung an fremde Leistung
z.B. Slogan "Ersatz für Persil: Kein Persil, aber gleich gut" (BGE 58 II 461; das Beispiel würde heute unter Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG "in anlehnender Weise" fallen)

Generalklausel – Unkorrektes Vorgehen gegenüber Wettbewerbern



- Anlehnung an fremde (Domain-)Namen oder e-mail-Adressen (*cybersquatting*)
 - Ansprüche aus Namens- (Art. 29 ZGB), Firmen- (Art. 956 OR) und Markenrecht (Art. 13 MSchG)
 - im Übrigen: Prioritätsprinzip
 - BGer, "Pneus-Online", sic! 2010, 797: Originaldomain "pneus-online.com". Konkurrent benutzt "pneuonline.com", "pneusonline.ch" u.a.
Bundesgericht bejaht unlauteren Wettbewerb "si l'imitateur exploite de façon parasite le renom des produits d'un concurrent".
 - Verwechslungsgefahr i.S.v. Art.3 Abs. 1 lit. d UWG wird ebenfalls für möglich gehalten (allerdings zweifelhaft, da Kennzeichnungskraft im markenrechtlichen Zusammenhang verneint wurde, s. Kritik von *Schlosser*, sic! 2010, 801).



Generalklausel – Unkorrektes Vorgehen gegenüber Wettbewerbern



- Planmässiges Anschleichen an fremde Leistung
 - z.B. schmarotzerische Ausbeutung des Markterfolgs von Konkurrenzprodukten;
 - wenn der Nachahmer sich an eine Vielzahl von Modellen, an eine ganze Serie von Produkten eines Konkurrenten heranmacht (BGE 113 II 202 "Le Corbusier": Kopieren eines ganzen Möbelprogramms; ausdrücklicher Hinweis darauf, dass die Möbel Kopien der "Le Corbusier"-Stücke sind);
 - nicht aber, wenn kein Hinweis auf "Le Corbusier" erfolgt und keine einheitlich gestaltete Werbung für die ganze Serie gemacht wird (BGer, 2.5.2011 – *Le-Corbusier-Möbel III*, sic! 2011, 504).

Generalklausel – Unkorrektes Vorgehen gegenüber Wettbewerbern



Hintergrund:

Bei Werken der angewandten Kunst (i.S. von Art. 2 Abs. 2 lit. f URG) werden hohe Anforderungen an den individuellen Charakter (Art. 2 Abs. 1 URG) gestellt. Diese sind beim *Le Corbusier*-Stuhl LC 1 (1929) wegen der Ähnlichkeit zu früheren Stühlen, insbesondere dem Stuhl B 3 von *Marcel Breuer* ("Wassily-Stuhl" von 1925) nicht erfüllt (BGE 113 II 190). Im Zweifel ist Designschutz zu beantragen (der aber nur maximal 25 Jahre dauert).



LC 1

B 3





Generalklausel – Unkorrektes Vorgehen gegenüber Wettbewerbern

- Keine Unlauterkeit in BGE 116 II 365 – *Nivea/Jana*: Migros hatte eine Parallelserie zu *Nivea Visage* auf den Markt gebracht. Es bestand Ähnlichkeit in der Farbgebung, nicht aber bei Form und Markenname (keine Verwechslungsgefahr).
- Auch nicht bei Übernahme nicht geschützter Immobilieninserate aus dem Internet (BGE 131 III 384).



Generalklausel – Unkorrektes Vorgehen gegenüber Wettbewerbern



- **Nicht unlauter:** Entfernen von Kontrollnummern zur Tarnung vertragsbrüchiger Händler im selektiven Vertrieb (BGE 122 III 469 - *Chanel*)



Zivilrecht

- Art. 9 UWG: Unterlassung, Beseitigung, Schadenersatz, Genugtuung, Gewinnherausgabe, Urteilspublikation
 - Unterlassungsanspruch: Verletzungsgefahr
 - Erstbegehungsgefahr oder
 - Wiederholungsgefahr (unlauterer Wettbewerb wurde bereits begangen): Abmahnung ohne Wirkung, Verletzer bestreitet Rechtswidrigkeit o.ä.
 - Beseitigungsanspruch
 - z.B. Korrektur oder Rückzug von Werbematerial (Prospekte etc.)



Zivilrecht

- Art. 9, 10 UWG: Aktivlegitimation
 - das verletzte Unternehmen
 - die verletzten Kunden (auch die Konsumenten!)
 - Berufs- und Wirtschaftsverbände
 - Konsumentenschutzorganisationen
 - der Bund (BGE 136 III 23 - *Adressbuchschwindel*)
 - Das Klagerecht des Bundes wurde durch die UWG-Revision 2011 erheblich erweitert, s. Art. 10 Abs. 3 – 5 UWG.
 - Bedenklich Art. 10 Abs. 5 UWG; eine Anwendung der allgemeinen Kollisionsnorm, Art. 136 IPRG, wäre vorzugswürdig.



unclean hands?

Können lauterkeitsrechtliche Ansprüche mit dem Argument abgewehrt werden, dass der Anspruchsteller sich ebenfalls unlauter verhalten habe?

BGE 129 III 426: Der *unclean hands*-Einwand ist unzulässig.

- Sonst käme es zu hohen Barrieren bei der Durchsetzung des UWG.
- Gerade in besonders problematischen Situationen, nämlich bei unlauterem Wettbewerb durch alle Beteiligten, wäre das UWG nicht anwendbar.
- Der dreidimensionale Charakter des UWG (z.B. auch Konsumentenschutz) würde sonst nicht berücksichtigt.



§ 25 Anspruchsordnung und Verfahrensfragen

Zivilrecht

Art. 13a Beweislastumkehr

- 1 Der Richter kann vom Werbenden den Beweis für die Richtigkeit von in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen verlangen, wenn dies unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden und anderer am Verfahren beteiligter Personen im Einzelfall angemessen erscheint.
- 2 Der Richter kann Tatsachenbehauptungen als unrichtig ansehen, wenn der Beweis nicht angetreten oder für unzureichend erachtet wird.

§ 25 Anspruchsordnung und Verfahrensfragen



Bis zum Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO (1.1.2011):

- *Art. 12 UWG: objektive Klagenhäufung*
- *Art. 13 UWG: Schlichtungsverfahren*
- *Art. 14 UWG: vorsorgliche Massnahmen*
- *Art. 15 UWG: Schutz von
Geschäftsgeheimnissen*

seit 2011: Die allgemeinen Regeln der ZPO

§ 25 Anspruchsordnung und Verfahrensfragen



Verwaltungsrecht

- Art. 16 - 20 UWG: Preisbekanntgabe
 - keine Basarökonomie
- Art. 21, 22 UWG: Zusammenarbeit mit ausländischen Aufsichtsbehörden

Strafrecht

- Art. 23 – 27 UWG: Gefängnis oder Busse
 - vgl. mit Art. 54 KG!



Exkurs: Schweizerische Lauterkeitskommission (SLK)



- Selbstkontrolle der Werbewirtschaft
- Paritätisch besetzt durch Konsumenten, Medienschaffende und Werber
- Werbung kann bei der SLK beanstandet werden.
- "Grundsätze: Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation"

<http://www.lauterkeit.ch/pdf/grundsaeetze.pdf>



SLK: "Grundsätze: Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation"

2. Unzulässige Aussagen

- 2.1 Verwendung des Begriffs «Schweiz»
- 2.2 Verwendung akademischer Titel
- 2.3 Verwendung des Begriffs «Invalid»
- 2.4 Verwendung von Medizinalpersonen

3. Grundlagen

- 3.1 Firmengebrauchspflicht in der Werbung
- 3.2 Persönlichkeits- und Datenschutz
- 3.3 Durchführung und Kommunikation von Tests
- 3.4 Ausländische Gutachten und dergleichen
- 3.5 Vergleichende Werbung
- 3.6 Werbung mit Selbstverständlichkeiten
- 3.7 Nachahmung werblicher Gestaltungen
- 3.8 Gratis-Gutscheine zu Werbezwecken
- 3.9 Gewinnspiele oder Publikumswettbewerbe
- 3.10 Garantierte Rückgabemöglichkeit
- 3.11 Geschlechterdiskriminierende Werbung
- 3.12 Trennung zwischen redaktioneller Information und kommerzieller Kommunikation