



Wellness AG + +
Ski- und Wellnessferien
in der Schweiz + + +

Suiten der
Skistarhotels
nur bei uns!

**Ganz
Exklusive**

Übungen im Handels- und Wirtschaftsrecht FS 2014

Fall 3

**Unlautere
Wellnesswerbung?**

UWG

Prof. Dr. iur. Andreas Heinemann



Lernziele

- Die Systematik des UWG verstehen.
- Die Objektivität der unlauteren Werbung im Kontext mit der beruflichen Sorgfalt
- Schnittstellen von KG und UWG
- Die Methodik der Fallbearbeitung im UWG



Struktur der Fallfrage – Vorgehensweise bei der Lösung

I. Fallaufgabe

- a) Einstieg und Geltungsbereiche des UWG
- b) Materielle Prüfung
- c) Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb

II. Zusatzfrage: Ist die Wellness-AG nach dem UWG strafbar?

III. Fallvariante

1. Ist die Exklusivitätsvereinbarung mit dem KG vereinbar?
2. Könnte ein Kartellrechtsverstoss Ansprüche aus dem UWG auslösen?



I. Fallaufgabe – a) Einstieg

- Gefragt ist nach "**Ansprüchen**" der Holiday AG.
- Es ist eine Anspruchsgrundlage zu suchen.
- Sind Art. 2 und Art. 3 – 8 UWG Anspruchsgrundlagen?
- Nein, sie sagen aus, ob ein bestimmtes Verhalten unlauter ist.
- Anspruchsgrundlage ist **Art. 9 UWG** (oder Art. 10 Abs. 1 UWG)!
- Erstes Tatbestandsmerkmal von Art. 9 UWG: Es muss "**unlauterer Wettbewerb**" vorliegen, d.h. ein Verstoß gegen das UWG.
- Dies setzt voraus, dass das UWG anwendbar ist.



a) Geltungsbereiche des UWG

- **Sachlicher Geltungsbereich**
- **Persönlicher Geltungsbereich**
- **Geographischer Geltungsbereich**
- **Verhältnis zu anderen Gesetzen**



Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Geltungsbereich umfasst **Wettbewerbshandlungen**, welche das **Verhältnis zwischen Mitbewerbern** und **Anbietern** beeinflussen.

→ Die Werbung der Wellness AG ist eine Wettbewerbshandlung. Sie beeinflusst das Verhältnis zur Konkurrentin Holiday AG und zu den Skistar-Hotels.



Der sachliche Geltungsbereich ist gegeben.



Persönlicher Geltungsbereich

- Es geht um die am Wettbewerb Beteiligten; im Gegensatz zum KG können aber nicht nur "Unternehmen" gegen das UWG verstossen.
- Die Wellness AG, die Holiday AG und die Skistar-Hotels sind am Wettbewerb beteiligt.



Der persönliche Geltungsbereich ist gegeben.



Geographischer Geltungsbereich

Art. 136 Abs. 1 IPRG

Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb unterstehen dem Recht des Staates, auf **dessen Markt die unlautere Handlung ihre Wirkung entfaltet (Marktortprinzip)**.

→ Es handelt sich um Wellnesshotels in **Schweizer** Skigebieten.

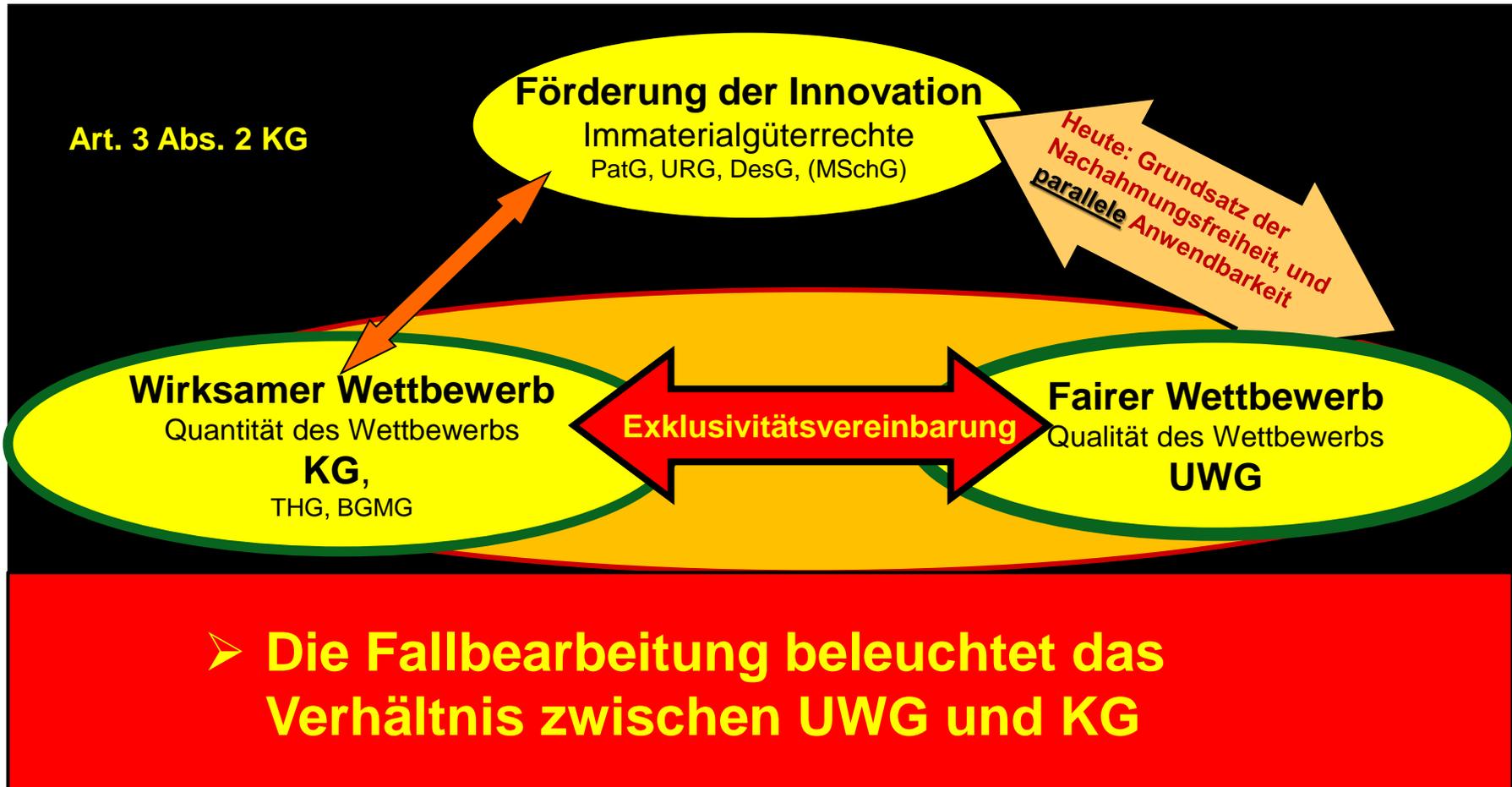


Der geographische Geltungsbereich ist gegeben.



Fazit: Das Schweizer UWG ist anwendbar.

Anwendbarkeit des UWG - Verhältnis zu anderen Gesetzen





b) Materielle Prüfung

Mögliche UWG-Tatbestände:

- **Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG**
- **Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG**
- **Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG**
- **Art. 2 UWG (Generalklausel)**

Das BGer prüft die Sondertatbestände vor der Generalklausel.



b) Materielle Prüfung

Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG (1)

- **Angabe**
 - **Nachprüfbare Tatsachenaussage** (keine marktschreierische Anpreisung): Reiseprospekte, Exklusivitätsvereinbarung (**EV**)
 - **Wettbewerbsbeeinflussung**: Die Wellness AG macht mit der **EV** Werbung.
- **Irreführung i.w.S./ Unrichtigkeit**: nächste Folie
- **Rechtfertigungsgründe**
 - **Wettbewerbsrechtlicher Besitzstand**: (-)
 - **Unclean hands**: Dieser Einwand ist im Schweizer UWG unzulässig.

(Siehe BGE 129 III 426 E. 3.1.2. = Pra 93 (2004), Nr. 54, unclean hands und vergleichende Werbung)



b) Materielle Prüfung

Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG (2)

Unrichtigkeit ("Gegenteil von Wahrheit")

Die A. wird durch **eine Veränderung der Realität** unrichtig.

Die Skistar-Hotels haben sich nicht an die EV gehalten.

→ **Veränderung der Realität**



Irreführung ("Gegenteil von Klarheit")

Diskrepanz zwischen den **tatsächlichen Gegebenheiten** und dem Verständnis der Werbung.

Der Kunde geht von Exklusivität aus. In Realität besteht keine E. → **Diskrepanz.**



Verkehrsauffassung des Durchschnittabnehmers

- Die Werbung ist wohl bereits unrichtig (weil objektiv keine Exklusivität besteht.)
 - Jedenfalls ist die Werbung aber irreführend.
 - Es kommt **nicht** darauf an, ob die Irreführung **beabsichtigt** wurde.
- **Trotz Einhaltung der beruflichen Sorgfalt ist Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG verletzt.**



b) Materielle Prüfung

Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG: Superlativwerbung

- **Nachprüfbare Tatsachen**, keine marktschreierische Übertreibungen
- Es darf nur **Vergleichbares** verglichen werden.
- Vergleich mit der **gesamten Konkurrenz**; sog. Alleinstellungswerbung
- Superlativwerbung ist **unlauter**, wenn sie **widerlegbar/nicht wahr** ist.

Diskussion: ➤ Die Holiday AG verfügt auch über Suitenkontingente. Die Werbung ist **widerlegbar**.

Fazit: Die Exklusivität wird nicht gelebt. Die Werbung ist **widerlegbar**.
Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG ist verletzt. **Konkurrenzen:** lit. e geht lit. b vor, da Unrichtigkeit/Irreführung in Bezug auf Konkurrenzprodukte spezieller ist.



b) Materielle Prüfung

Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG: Verschleierung

- Die Verschleierung umfasst ein **aktives Handeln**, das tatsächliche Gegebenheiten unscharf machen will.
- Die Verschleierung muss zur **Gefahr der Täuschung** des **Kunden** führen.

Fazit: Die EV kann nicht einem aktiven Handeln, das tatsächliche Gegebenheiten unscharf machen will, zugeordnet werden.
→ keine Verletzung von lit. i



Frage: Entfällt Unlauterkeit wegen Einhaltung der beruflichen Sorgfalt?

- **Zu unterscheiden sind Unlauterkeit und Verschulden:** Die subjektiven Aspekte des unlauteren Handelns sind auf der Ebene des Tatbestands normalerweise nicht zu beachten.
- **Ausnahme:** Spezielle Fallgruppen wie z.B. Benutzung eines fremden Zeichens oder Vorsprung durch Rechtsbruch
- Das **Verschulden** spielt eine Rolle für den Schadenersatzanspruch (im Gegensatz zum Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch).



- **Funktionaler Ansatz:** Wenn man von einem System des wirksamen Wettbewerbs ausgeht, spielt der subjektive Aspekt keine Rolle.
- **Subjektive Merkmale** können aber als Indiz für objektiv unlauteres Verhalten dienen.
- Vorsätzliche Behinderungen sind allerdings nicht unlauter, wenn das objektive Element fehlt.

→ Siehe nächste Folie



Subjektive Aspekte des unlauteren Handelns sind **nicht** zu beachten

➤ Botschaft UWG 1943, BBI 1942 687 f. :

*"Aus (...) **Treu und Glauben** folgt, dass ein **subjektives** Verschulden oder eine Böswilligkeit des Täters **nicht** erforderlich ist. (...) Ebenso **wenig** gehört zum unlauteren Wettbewerb **eine Täuschungsabsicht**, wie dies von einer weit verbreiteten, aber **irrigen** Meinung vielfach angenommen wird."*
→ Siehe auch BGE 72 II 392, 398 f. E. 6 ff. (1946)

➤ Die Botschaft UWG 1983,1069 macht inhaltlich die gleiche Aussage.

➤ **EuGH, 19.9.2013, Rs. C-435/11 – CHS Tour Services/Team4 Travel**: Die berufliche Sorgfalt ist irrelevant, sofern eine irreführende Handlung vorliegt (**Inspirationsquelle für diesen Fall!**).

Art. 2 UWG: Nicht zu prüfen, wenn Spezialtatbestand erfüllt!



c) Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb

UWG-Verletzungen:

- Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG und/oder
- Art. 3 Abs. 1 lit. b

ansonsten:
Art. 2 UWG

Art. 9 UWG Abs. 1 UWG: negatorische Rechtsbehelfe*

- lit. a. Unterlassungsklage
- lit. b. Beseitigungsklage
- lit. c. Feststellungsklage

} **Kein
Verschulden**

Art. 9 Abs. 2 UWG

Urteilspublikation etc.

Art. 9 Abs. 3 UWG → nächste Folie

Vorsorgliche Massnahmen gem. 261 bzw. 265 ZPO
→ Verschulden ist keine Voraussetzung



c) Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb

Art. 9 Abs. 3 UWG - Schadenersatz oder Genugtuung i.S.v. Art. 41 OR

- **Widerrechtlichkeit:** UWG-Verletzung
- **Schaden/entgangener Gewinn:**
 - **Schaden:** Das Vermögen der Holiday AG hat sich nicht vermindert.
 - **Entgangener Gewinn:** Durch die UWG-Verletzung wurde weniger Gewinn erzielt. Die Holiday AG verbuchte 60 Suiten weniger.
- **Kausalität:** UWG-Verletzung ist kausal für den Buchungsrückgang.
- **Verschulden:** Die Wellness AG handelte ohne Verschulden.

Fazit: Die Holiday AG kann keinen **Schadenersatz** gem. **Art. 9 Abs. 3 UWG** einfordern.



c) Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb

Art. 9 Abs. 3 UWG - Herausgabe des Gewinnes (unechte GoA, Art. 423 OR)

- **Fremdgeschäftsführung:** Verschiedene Argumentationen möglich
- **Widerrechtlichkeit:** UWG-Verletzung
- **Herausgabe des Verletzergewinns:**
 - Es geht nicht um den **entgangenen Gewinn des Verletzten** (nicht die 60 Suiten der Holiday AG).
 - **Gewinn des Verletzers:** Vorteile, welche aus unlauterem Verhalten erzielt wurden → **Mehrgewinn** der Wellness AG von **CHF 250'000**
- **Kausalität:** UWG-Verletzung ist kausal für die CHF 250'000.
- **Bösgläubigkeit/Verschulden:** Dies ist nach neuerer Rechtsprechung erforderlich, s. BGE 129 III 422. Die Wellness AG hat kein Verschulden.

Fazit: Die Holiday AG kann keine Herausgabe des Gewinnes gem. **Art. 9 Abs. 3 UWG** (Geschäftsanmassung) einfordern.



c) Verschiedene Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb

- Die Holiday AG kann keinen Schadenersatz und keine Gewinnherausgabe i.S.d. GoA gem. **Art. 9 Abs. 3 UWG** fordern.
- Allenfalls kann sie sich auf **Art. 62 OR** (umstritten) berufen.
- Sie kann negatorische Ansprüche i.S.v. **Art. 9 Abs. 1 UWG** geltend machen.
- Urteilpublikation gem. **Art. 9 Abs. 2 UWG**, da eine Marktverwirrung durch die Prospekte der Wellness AG entstanden ist.
- Antrag auf super- bzw. provisorische Massnahmen.
- Beweislastumkehr gem. **Art. 13a UWG**



II. Zusatzfrage

- Die Wellness AG ist ein Unternehmen. Ihre Strafbarkeit wird gem. Art.333 Ziff.1 StGB i.V.m. Art. 102 StGB beurteilt.
- **102 Ziff. 1 StGB:**
- Verbrechen oder **Vergehen** in Ausübung geschäftlicher Verrichtung.
- Vergehen (Art. 10 Ziff. 3 StGB) gem. Art. 23 UWG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b/e UWG?
- → Die Anlasstat muss objektiv und subjektiv dem Unternehmen in *normativer* Weise zugerechnet werden können.
- → Es fehlt am subjektiven Erfordernis. Die Wellness AG bzw. ihre Mitarbeiter haben ohne direkten Vorsatz oder Eventualvorsatz gehandelt. Es wurde im Rahmen der beruflichen Sorgfalt gehandelt.(-)
- Die Tat kann wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner natürlichen Person zugerechnet werden. (-)

Fazit: Die Wellness AG hat sich nicht nach **Art. 102 Ziff. 1 StGB** i.V.m. **Art. 23 UWG** i.V.m. **Art. 3 Abs. 1 lit. b/e UWG** strafbar gemacht.

- **Art. 102 Ziff.2 StGB:** Keiner der genannten Tatbestände liegt vor.



III. Fallvariante – 1. Vereinbarkeit mit dem KG

Geltungsbereich des KG

1. Sachlicher Geltungsbereich:

- Geht es um Wettbewerbsabreden, Ausübung von Marktmacht oder Unternehmenszusammenschlüsse?
- Ja: Einschlägig sind die Regeln über Abreden und die Ausübung von Marktmacht (Marktanteil 98%!).

2. Persönlicher Geltungsbereich:

Unternehmensqualität gem. Art. 2 Abs. 1^{bis} KG: Die Holiday AG, die Wellness AG und die Hotelkette Skistar sind Unternehmen.

3. Geographischer Geltungsbereich:

Auswirkungsprinzip in Art. 2 Abs. 2 KG. → Schweizer Skigebiete.

4. Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften: → [Geltungsbereich UWG](#)

Fazit: Das KG ist anwendbar.

III. Fallvariante – 1. Vereinbarkeit mit dem KG

Unzulässige Wettbewerbsabreden gem. Art. 5 KG

Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gem. Art. 5 Abs. 4 KG

- Vertikalabrede



- Absoluter Gebietsschutz :

- Abreden, die indirekt zu einem absoluten Gebietsschutz führen (Ziff.10 Abs. 2 VertBek i.V.m. Art. 6 Abs. 1 lit.c KG).
- Der absolute Gebietsschutz - Schweizer Skigebiete - ergibt sich faktisch aus der EV in ihrer konkreten Ausgestaltung.

Fazit: Die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs gem. **Art. 5 Abs. 4 KG** liegt vor.



III. Fallvariante – 1. Vereinbarkeit mit dem KG

Widerlegung der Vermutung

- **Marktabgrenzung:** Siehe Art. 7 KG
- **Aussenwettbewerb:** Die restlichen 2% der Wellnesshotels können nicht ausreichenden Restwettbewerb schaffen.
- **Innenwettbewerb:** Die Abrede wird nicht befolgt.

Zwischenfazit:

- Die Vermutung kann widerlegt werden.
- **Art. 5 Abs. 1 KG** ist zu prüfen.



III. Fallvariante – 1. Vereinbarkeit mit dem KG

Art. 5 Abs. 1 KG

Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung

- **Qualitative** und **quantitative** Anforderungen (Ziff. 12 Abs. 1 VertBek)
 - Beschränkung Passivverkäufe (qualitativ erheblich)
 - 98% Marktanteil (quantitativ erheblich)

Rechtfertigung aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz **gem. Art. 5 Abs. 2 KG**

- Keine Effizienzgründe i.S.v. **Art. 5 Abs. 2 lit. a KG** ersichtlich, s. ausserdem lit. b

Fazit: Art. 5 Abs. 1 KG ist verletzt.



III. Fallvariante – 1. Vereinbarkeit mit dem KG

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 7 KG

1. Marktbeherrschung

➤ **Abgrenzung des relevanten Marktes:** Wellnesshotels in Schweizer Skigebieten

- **Sachlich:** First class-Wellnesshotels sind nicht mit Ferienwohnungen oder einfachen Hotels substituierbar.
- **Räumlich:** Schweizer Skigebiete ≠ ausländische Skigebiete
- **Zeitlich:** Wintersaison 2012/2013

➤ **Beherrschung des Marktes (Art. 4 Abs. 2 KG):** Skistar hat einen Marktanteil von 98%, hohe Marktzutrittsschranken → Unabhängiges Marktverhalten

Marktstruktur:

➤ **Tatsächlicher Wettbewerb:** Kein Wettbewerb (98%)

➤ **Potentieller Wettbewerb:** Eine Saison ist zu kurz, dass neue Wettbewerber einsteigen könnten.

2. Missbrauch (siehe nächste Folie)



III. Fallvariante – 1. Vereinbarkeit mit dem KG

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 7 KG

1. Marktbeherrschung (siehe vorherige Folie)

2. Missbrauch (Art. 7 Abs. 2 KG):

Ausbeutungsmissbrauch:

Keine Angaben im SV.

Behinderungsmissbrauch: Erschwerung der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs.

Art. 7 Abs. 2 lit. a KG:

Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

Die EV verbietet den Skistar-Hotels:

- Zimmer-Kontingente an andere Anbieter weiterzugeben.
- Das Entgegennehmen einer Direktanfrage eines Touristen oder eines anderen Anbieters.

Fazit: Art. 7 Abs. 2 lit. a KG liegt vor.



III. Fallvariante – 2. Ansprüche aus dem UWG

Art. 2 UWG: Verstoss gegen Treu und Glauben

- Die EV verschafft der Wellness AG einen **Vorsprung durch Rechtsbruch** (KG-Verletzung).
- Bei der Fallgruppe "**Vorsprung durch Rechtsbruch**" werden die **subjektiven** Aspekte beachtet.

Fazit: Art. 2 UWG ist verletzt.

Art. 9 Abs. 3 UWG

- Ein Verschulden i.S.v. **Art. 2 UWG** (KG-Verletzung/Rechtsbruch) liegt vor.

Fazit: Die Holiday AG kann Schadenersatz und Herausgabe des Gewinnes i.S.d. der GoA gem. Art. 9 Abs. 3 KG einklagen.

**Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!**

