



Fall 2

Kreative Geschäftsidee oder unlauterer Wettbewerb?

UWG

Prof. Dr. Andreas Heinemann



Lernziele

1. Systematik des UWG verstehen
2. Sinn und Zweck der Generalklausel...
3. ...und der Sondertatbestände verstehen
4. Problem: Übernahme fremder Leistungen
5. Methodik der Fallbearbeitung im UWG



Gang der Darstellung

1. Einleitende Bemerkungen zu einzelnen Begriffen und der Systematik des Wettbewerbsrechts
 2. Verhältnis Generalklausel - Sondertatbestände
 3. Systematische Falllösung
- ➔ Die schriftliche Fallbearbeitung sollte auf Vorbemerkungen verzichten und nur die systematische Falllösung beinhalten!



Definition und Ziel des UWG

- Definition des Wettbewerbs:
Wettbewerb im Sinne des UWG liegt vor, wenn sich jemand ausserhalb der eigenen Sphäre wirtschaftsrelevant betätigt.

- Ziel des UWG:
Die Gewährleistung des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs (UWG 1).



Adressaten und geschützte Personen

- Adressaten:
Gemäss UWG 2: Mitbewerber, Anbieter und Abnehmer.
Die Aufzählung ist breit zu verstehen, so dass jeder, der aktiv oder passiv am Wettbewerb teilnimmt, darunter fällt.

- Geschützte Personen:
Der geschützte Kreis deckt sich mit demjenigen der Adressaten.



Systematik des UWG



Das UWG umfasst 5. Kapitel:

- 1. Kapitel: Zweck (Art. 1 UWG)
- 2. Kapitel: Zivil- und prozessrechtliche Bestimmungen (Art. 2-15 UWG)
- 3. Kapitel: Verwaltungsrechtliche Bestimmungen (Art. 16-22 UWG)
- 4. Kapitel: Strafbestimmungen (Art. 23-27 UWG)
- 5. Kapitel: Schlussbestimmungen (Art. 28-29 UWG)



Generalklausel UWG 2



Art. 2 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.



Generalklausel UWG 2

Vorteile:

- Weiter und offener sachverhältnismässiger Anwendungsbereich
- Das Gesetz bleibt elastisch und neuen Geschäftsstrategien gewachsen.

Nachteil:

- Rechtsunsicherheit aufgrund der offenen Formulierung
- Die Generalklausel wird nicht von Art. 23 UWG erfasst.

Fazit:

Die Generalklausel ist das einzige probate Mittel, um angemessen auf die Vielfalt der wettbewerbsrechtlich relevanten Praktiken zu reagieren.



Sondertatbestände UWG 3-8

Sinn und Zweck der Sondertatbestände

- Sondertatbestände umschreiben Verhaltensweisen im Sinne der Generalklausel, die typischerweise unlauter sind.
- Die Aufzählung der Sondertatbestände ist in zivilrechtlicher Sicht nicht abschliessend. Die Listen enthalten lediglich beispielhafte Konkretisierungen der Generalklausel.
- Weitere Verhaltensweisen können in Analogie zu den Sondertatbeständen (oder in Anwendung der Generalklausel) als unlauter bewertet werden.



Sondertatbestände UWG 3-8

Fallgruppen der Sondertatbestände:

- Bezugnahme auf den Mitbewerber (UWG 3 lit. a,d,e)
- Irreführung (UWG 3 lit. b,c,f,g,i-m)
- Einwirken auf den Willen des Kontrahenten (UWG 3 lit. h)
- Verleitung zum Vertragsbruch (UWG 4)
- Verwertung eines fremden Arbeitsergebnisses (UWG 5)
- Verletzung von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen (UWG 6)
- Nichteinhalten von Arbeitsbedingungen (UWG 7)
- Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen (UWG 8)



Verhältnis Generalklausel - Sondertatbestände



- Sondertatbestände dürfen sich nicht einschränkend auf die Anwendung der Generalklausel auswirken (sie sind lediglich beispielhafte Konkretisierungen).
- Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind die Sondertatbestände vor der Generalklausel zu prüfen (a.A.: *Pedrazzini/Pedrazzini*, Unlauterer Wettbewerb, 2002, S. 43: Das zu beurteilende Verhalten ist zunächst immer am Massstab der Generalklausel zu untersuchen. Erst danach sind die Spezialtatbestände zu prüfen).



Systematische Falllösung



Wie lautet die Fallfrage?

Gemäss SV:

„Liegt ein Verstoss gegen das UWG vor?“



Vorgehen

1. Ist das UWG i.c. anwendbar? Geltungsbereich des UWG prüfen.
2. Sind Sondertatbestände betroffen? Entsprechende Sondertatbestände sind zu prüfen.

Anmerkung: Es ist nur auf diejenigen Sondertatbestände einzugehen, die einschlägig erscheinen (Wertungsfrage).

3. Ist die Generalklausel verletzt?



Vorgehen

Der erste Satz des Gutachtens könnte beispielsweise lauten:

„Ein Verstoss gegen das UWG liegt vor, wenn der Anwendungsbereich des UWG eröffnet ist und mindestens ein Sondertatbestand oder die Generalklausel verletzt wurde.“



1. Schritt: Geltungsbereich UWG

1. Sachlicher Geltungsbereich

2. Persönlicher Geltungsbereich

3. Geographischer Geltungsbereich

4. Anwendungsbereich (Verhältnis zu anderen Gesetzen)



Geltungsbereich UWG

1. Sachlicher Geltungsbereich: Der sachliche Geltungsbereich umfasst Wettbewerbshandlungen, nämlich ein Verhalten, das das Verhältnis zwischen Mitbewerbern und Anbietern beeinflusst. Es geht im vorliegenden Fall um eine Wettbewerbshandlung. Durch das Verhalten der Autokauf GmbH kann der Wettbewerb zwischen den Wettbewerbern (Auto AG, Scoutauto GmbH, Bestcar AG und Autokauf GmbH) beeinflusst werden.
2. Persönlicher Geltungsbereich: Alle am Wettbewerb beteiligten (Dreidimensionalität: Unternehmen, Konsumenten, Allgemeinheit). I.c. die Auto AG, Scoutauto GmbH, Bestcar AG und Autokauf GmbH.



Geltungsbereich UWG

3. Geographischer Geltungsbereich: Marktortprinzip nach IPRG 136 führt zur Anwendbarkeit des UWG.
4. Verhältnis zu anderen Gesetzen: UWG und Immaterialgütergesetze sind kumulativ anwendbar. Die Frage nach dem immaterialgüterrechtlichen Schutz für Inserate ist nicht zu vertiefen.



Sondertatbestände

Welche Sondertatbestände sind betroffen?

- Gemäss SV benutzt die Autokauf GmbH Inserate der Klägerinnen für die eigene Homepage ("*scraping site*").
- Es handelt sich demnach im Schwerpunkt um die Verwendung einer fremden Leistung.
- Weniger einschlägig ist die Gefahr der Verwechslung mit anderen Anbietern. Art. 3 lit. d UWG kann geprüft werden, aber nicht zwingend erforderlich.
- **Art. 5 UWG (Verwertung fremder Leistung) erscheint einschlägig.**



Sondertatbestände

Art. 3 lit. d UWG:

Verwechslung: Nein, laut Sachverhalt wird stets auf die Herkunft der Insetate hingewiesen.

Vereinzelt wurden auch geprüft Art. 3 lit. a, b, e UWG u.a.:

Es muss nicht jeder noch so entfernt liegender Spezialtatbestand in das Gutachten aufgenommen werden. Solche Tatbestände können bereits im Stadium der inneren Vorüberlegungen ausgeschieden werden.



Sondertatbestände

Art. 5 [Unlauter handelt insbesondere, wer:]

Art. 5 lit. a UWG:

„ein ihm anvertrautes Arbeitsergebnis wie Offerten, Berechnungen oder Pläne unbefugt verwertet“;

Art. 5 lit. b UWG:

„ein Arbeitsergebnis eines Dritten wie Offerten, Berechnungen oder Pläne verwertet, obwohl er wissen muss, dass es ihm unbefugterweise überlassen oder zugänglich gemacht worden ist;

Art. 5 lit. c UWG:

„das marktreife Arbeitsergebnis eines andern ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet“.



Sondertatbestände

Die Autokauf GmbH verwendet Internetinserate der Klägerinnen für die eigene Homepage.

1. es handelt sich nicht um ein anvertrautes Arbeitsergebnis i.S.v. **Art. 5 lit. a UWG**, oder
2. um die die Verwendung von Arbeitsergebnissen (Offerten, Berechnungen oder Pläne), die indirekt in den Besitz der Autokauf GmbH gelangt sind i.S.v. **Art. 5 lit. b UWG**.
3. Das Verhalten der Autokauf GmbH könnte als direkte Übernahme eines marktreifen Arbeitserzeugnisses eines anderen zu qualifizieren sein.

Fazit: **Art. 5 lit. c UWG** ist zu prüfen.



1. Art. 5 lit. c UWG - Einführung

Einführung:

Art. 5 lit. c UWG will verhindern, dass sich jemand durch die Nachschaffung eines fremden, marktreifen Produktes einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil verschafft, indem er den erforderlichen Aufwand bei der Herstellung des eigenen, gleichen Produktes einspart. Erfasst wird ein Verhalten, das darauf abzielt, das Produkt eines Konkurrenten nicht nur nachzumachen oder die Herstellung aufgrund anderweitiger Erkenntnisse nachzuvollziehen, sondern das Erzeugnis ohne eigenen Erarbeitungsaufwand zu übernehmen.



1. Art. 5 lit. c UWG – Tatbestand

Tatbestandsmerkmale von Art. 5 lit. c UWG:

- Marktreifes Arbeitsergebnis
- Übernahme ohne angemessenen eigenen Aufwand mithilfe technischer Reproduktionsverfahren
- Verwertung



1. Art. 5 lit. c UWG – Arbeitsergebnis

1. Marktreifes Arbeitsergebnis

Definition

Als marktreif gilt ein Arbeitsergebnis, das ohne weiteres Zutun gewerblich verwertet werden kann. Das Arbeitsergebnis ist als solches bereit, dem Markt zugeführt zu werden und stellt keine Vorstufe oder Vorphase dar.



1. Art. 5 lit. c UWG – Arbeitsergebnis

1. Marktreifes Arbeitsergebnis

Subsumtion

Die Klägerinnen bieten auf ihren Internet-Plattformen Auto-Inserate an, die für Interessenten nach bestimmten Merkmalen abrufbar sind. Es handelt sich dabei um eine Ansammlung elektronisch gespeicherter und abrufbarer Daten, d.h. eine Datenbank. Die Auto-Inserate wurden also bereits dem Markt zugeführt und werden von den Klägerinnen auch gewerblich verwertet.



1. Art. 5 lit. c UWG – Arbeitsergebnis

1. Marktreifes Arbeitsergebnis

Fazit

Die Auto-Inserate der Klägerinnen stellen ein marktreifes Arbeitsergebnis dar.



1. Art. 5 lit. c UWG – Übernahme

2a. Übernahme ohne angemessenen eigenen Aufwand

Definition

Um den Wettbewerbsvorteil des Zweitbewerbers abzuwägen, ist einerseits die Leistung des Erstkonkurrenten mit derjenigen des Zweitbewerbers und andererseits die Leistung des Zweitbewerbers mit seinem hypothetischen Aufwand bei Nachvollzug der einzelnen Produktionsschritte zu vergleichen („**doppelter Aufwandvergleich**“).

Auf Seiten des Übernehmers ist nach herrschender Lehre der gesamte Aufwand für die Reproduktion, allfällige Weiterentwicklung und Variation zu berücksichtigen.



1. Art. 5 lit. c UWG – Übernahme

2a. Übernahme ohne angemessenen eigenen Aufwand

Subsumtion (Leistung der Autokauf GmbH)

Die Aufwendungen der Autokauf GmbH bestehen einerseits in der Programmierung eines Suchroboters, mit dem das Internet auf die sie interessierenden Websites durchforstet wird, um die in ihr eigenes Angebot passenden, aktuellen und verlässlichen Auto-Inserate auf ihrer Website zu publizieren. Dafür ist eine ständige Kontrolle und Anpassung des Suchroboters nötig.



1. Art. 5 lit. c UWG – Übernahme

2a. Übernahme ohne angemessenen eigenen Aufwand

Subsumtion (Leistung der Autokauf GmbH)

Andererseits werden gemäss SV die gefundenen Auto-Inserate von der Autokauf GmbH bearbeitet und individualisiert, sodass zusätzlich zum ursprünglichen Inserat weitere Informationen geliefert werden. Es findet demnach keine unmittelbare Übernahme des Ursprungsinserates statt, es werden zusätzlich aufwendige Leistungen der Autokauf GmbH erbracht.



1. Art. 5 lit. c UWG – Übernahme

2a. Übernahme ohne angemessenen eigenen Aufwand

Subsumtion (Leistung der Klägerinnen)

Gemäss SV können auf den Online-Plattformen der Klägerinnen mittels einfacher Online-Formulare Auto-Inserate aufgeschaltet werden. Es kann folglich davon ausgegangen werden, dass der Aufwand der Klägerinnen für die Erstellung und Aufschaltung der Inserate sehr bescheiden ist und nur geringe Leistungen der Klägerinnen beinhaltet.

zudem: *Amortisationsgedanke*. Unlauterkeit entfällt, wenn es dem Ersteller möglich war, die getätigte Investition zu amortisieren.



1. Art. 5 lit. c UWG – Übernahme

2a. Übernahme ohne angemessenen eigenen Aufwand

Fazit

Von einer unmittelbaren Übernahme ohne angemessenen eigenen Aufwand kann nur ausgegangen werden, wenn der für die Reproduktion und Verwertung der reproduzierten Arbeitsergebnisse erforderliche Aufwand im Verhältnis zum objektiv nötigen Aufwand für die erstmalige Herstellung der Daten unangemessen gering ist. I.c. ist dies nicht der Fall, da die Autokauf GmbH mit erheblichem Aufwand die Inserate der Klägerinnen bearbeitet und individualisiert, während die Leistung der Klägerinnen zur erstmaligen Herstellung als sehr gering einzustufen ist.



1. Art. 5 lit. c UWG – Übernahme

2b. Übernahme mithilfe technischer Reproduktionsverfahren

Definition

Das fertige Fremdergebnis muss direkt bzw. unmittelbar übernommen werden, ohne dass es nötig ist, die normalen Herstellungsphasen zu durchlaufen. Es geht dabei um ein Kopieren, welches in verschiedener technischer Art und Weise geschehen kann. Im Kern ist das Tatbestandselement allerdings allein auf das Einsparen von Aufwand ausgerichtet und tritt als Hilfselement neben das Tatbestandselement der Übernahme ohne angemessenen Aufwand.



1. Art. 5 lit. c UWG – Übernahme

2b. Übernahme mithilfe technischer Reproduktionsverfahren

Subsumtion

Die Autokauf GmbH beschränkt sich bei der Übernahme der Auto-Inserate der Klägerinnen nicht auf die unmittelbare Übernahme durch gängige technische Reproduktionsverfahren. Die Inserate der Klägerinnen werden nicht im Sinne einer direkten Kopie verwendet. Vielmehr werden die Inserate der Klägerinnen aufwändig weiterverarbeitet und individualisiert.



1. Art. 5 lit. c UWG – Übernahme

2b. Übernahme mithilfe technischer Reproduktionsverfahren

Fazit

Der Aufwand der Autokauf GmbH für die eigene gewerbliche Verwertung der Auto-Inserate beschränkt sich nicht auf die unmittelbare Übernahme durch gängige technische Reproduktionsverfahren.



1. Art. 5 lit. c UWG – Verwertung

3. Verwertung

Definition

Das marktreife Arbeitsergebnis muss nach Art. 5 lit. c UWG "als solches übernommen und verwertet" werden. Das betreffende Arbeitsergebnis muss also im Wettbewerb zum eigenen Vorteil eingesetzt werden.



1. Art. 5 lit. c UWG – Verwertung

3. Verwertung

Frage:

Muss die Verwertung im Sinne dieser Bestimmung ebenfalls "als solche" bzw. "unmittelbar" erfolgen?



1. Art. 5 lit. c UWG – Verwertung

3. Verwertung

Wortlaut:

- Der französische Wortlaut von Art. 5 lit. c UWG spricht dafür ("reprend [...] le résultat de travail d'un tiers prêt à être mis sur le marché et l'exploite comme tel.").
- Der italienische eher dagegen (riprende come tale [...] e sfrutta il risultato del lavoro di un terzo [...]).



1. Art. 5 lit. c UWG – Verwertung

3. Verwertung

Weitere Lösungsansätze:

- Für die Beschränkung der Unmittelbarkeit auf die Übernahme kann angeführt werden, dass auch die wirtschaftliche Nutzung des kopierten fremden Arbeitsergebnisses als Grundlage der eigenen - weitergehenden - Leistung eine Verwertung im Rechtssinne sei; andernfalls wäre eine Umgehung auf einfachste Weise möglich.
- Für eine enge Auslegung des Tatbestands spricht dagegen die in der Botschaft des Bundesrates erklärte - im Parlament unwidersprochen gebliebene - Absicht, den Tatbestand auf die typischen Erscheinungsformen zu beschränken.



1. Art. 5 lit. c UWG – Verwertung

3. Verwertung

Lösung:

Massgebend ist für die Unlauterkeit des Verhaltens nach Art. 5 lit. c UWG, dass weder bei der Übernahme des fremden Arbeitsergebnisses durch technische Reproduktion noch bei der Verwertung ein angemessener eigener Aufwand betrieben wird.



1. Art. 5 lit. c UWG – Verwertung

3. Verwertung

Subsumtion

Der Übernahmeaufwand der Autokauf GmbH besteht im Wesentlichen in der Programmierung der Systeme, mit denen von den klägerischen Internet-Seiten Datenmengen gesammelt, gefiltert und anschliessend richtig zusammengefügt werden. Zusätzlich ist eine ständige Kontrolle und Anpassung des Programms nötig. Der Aufwand für die Übernahme und Verwertung der klägerischen Inserate als solcher ist also nicht unangemessen gering, so dass keine unmittelbare Übernahme und Verwertung vorliegt.



1. Art. 5 lit. c UWG – Verwertung

3. Verwertung

Fazit

Der festgestellte Eigenaufwand der Autokauf GmbH ist im Verhältnis zum Aufwand für die Herstellung der Daten der Klägerinnen nicht unbedeutend. Die Unmittelbarkeit der Übernahme und Verwertung kann folglich nicht bejaht werden. Es liegt keine Verletzung von Art. 5 lit. c UWG vor.



2. Generalklausel – UWG 2

Nächster Schritt:

- Als nächstes ist zu prüfen, ob durch das Verhalten der Autokauf GmbH allenfalls die Generalklausel i.S.v. Art. 2 UWG betroffen ist.

- **Die Tatbestandsmerkmale von Art. 2 UWG sind zu prüfen:**
 - Wettbewerbshandlung
 - Widerrechtlichkeit
 - Täuschung
 - Verstoss gegen Treu und Glauben



2. Generalklausel – UWG 2



Wettbewerbshandlung

Die Vorgehen der Autokauf GmbH ist durchaus als Verhalten bzw. Geschäftsgebaren zu verstehen, welches das Verhältnis zu den Klägerinnen beeinflussen kann (siehe dazu oben: sachlicher Geltungsbereich).



2. Generalklausel – UWG 2

Widerrechtlichkeit

Die Verwendung der Inserate ist in keiner Weise widerrechtlich. Es ist nicht ersichtlich, in welcher Hinsicht die Autokauf GmbH gegen geltendes Recht verstossen haben könnte. Da die Inserate nicht urheberrechtlich geschützt sind und keine Verwechslungsgefahr besteht, kann die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen werden.



2. Generalklausel – UWG 2



Täuschung

Es kann davon ausgegangen werden, dass im vorliegenden Fall keine Täuschung durch die Autokauf GmbH vorliegt. Die gesammelten und verarbeiteten Auto-Inserate verweisen gemäss SV stets auf die Websites der Klägerinnen und geben diese als Fundstelle an.



2. Generalklausel – UWG 2

Treu und Glauben

Die Autokauf GmbH hat die Inserate der Klägerinnen nicht unmittelbar übernommen und verwertet. Sie hat im Gegenteil erheblichen Aufwand für deren Sammlung und Verarbeitung aufgebracht. Das Verhalten der Autokauf GmbH verstösst damit nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.



2. Generalklausel – UWG 2



Fazit

Ein Verstoß gegen Art. 2 UWG kann ausgeschlossen werden; die Verwendung der Auto-Inserate durch die Autokauf GmbH ist mit dem Wettbewerbsrecht vereinbar.



Ergebnis

Schlussfazit:

Die Autokauf GmbH verstösst nicht gegen das Wettbewerbsrecht.

Es liegt kein Verstoss gegen das UWG vor.



Schluss

Zum Nacharbeiten:

- **BGE 131 III 384** (Suchspider)
- *Mathis Berger*, Entwicklungen im Immaterialgüter- und Lauterkeitsrecht, SJZ 106 (2009) 391
- s. auch BGE 134 III 166 – *Arzneimittelkompendium II* (Amortisationsgedanke)

Allgemein:

David Vasella, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – eine Einführung, ius.full 3/4/07, 94-104

➔ Die Folien zur Falllösung werden auf der Homepage des Lehrstuhls Heinemann nach der letzten Besprechung aufgeschaltet.