

IV. Theoretische Grundlagen

A. Der Wettbewerbsbegriff im UWG

1. Der Zweckartikel im UWG

Der untersuchte Wettbewerbsbegriff ist Teil des UWG-Zweckartikels. Laut Zweckartikel, Art. 1, strebt das UWG den „(...) lauterer und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten (...)“ an. Der Zweckartikel mit dem Wettbewerbsbegriff als Zielsetzung füllt allein das erste Kapitel des UWG. Demgegenüber enthält das zweite Kapitel sämtliche materiellrechtlichen und prozessualen Bestimmungen. Diese Systematik illustriert die hervorragende Stellung des Zweckartikels innerhalb des UWG und demonstriert seinen Einfluss auf die übrigen Regeln¹. Die offene Generalklausel wie auch die Spezialtatbestände sind im Lichte des Zweckartikels auszulegen². Der angestrebte Wettbewerb muss dem Rechtsanwender stets vor Augen sein.

Neben dem Ziel des unverfälschten und lauterer Wettbewerbs legt der Zweckartikel fest, dass das UWG den Interessen aller Beteiligten dient³. Die Interessen der Wirtschaft, der Konsumenten sowie der Allgemeinheit sind gleichwertig⁴.

2. Bedeutung des Wettbewerbsbegriffs im UWG

Der Wettbewerbsbegriff in Art. 1 ist der wichtigste Bestandteil des UWG-Zweckartikels und gibt damit den stärksten Hinweis auf den Zweck des UWG. Er wird an dieser Stelle aus zwei Gründen einer ausführlichen Untersuchung unterzogen.

Erstens erfolgt weiter hinten eine Gegenüberstellung der Zielsetzung des UWG mit jener der ökonomischen Analyse des Rechts⁵. Dazu ist die genaue Kenntnis über den UWG-Zweck erforderlich, der sich im Wettbewerbsbegriff des Zweckartikels widerspiegelt. Die Betrachtung der Ökonomischen Analyse zusammen mit dem UWG ermöglicht

¹ A. Troller (Immaterialgüterrecht), 907.

² Baudenbacher (Schwerpunkte), 17. Betreffend die Generalklausel: Botschaft UWG, 34.

³ Art. 1 UWG, zweiter Halbsatz.

⁴ Botschaft UWG, 50.

⁵ IV.D. (S. 82 ff.).

fortan einen verstärkten Einbezug ökonomischer Kriterien bei der Anwendung des UWG. Daneben erleichtert die Gegenüberstellung mit der Ökonomischen Analyse die rechtsvergleichende Betrachtung der UWG-Regeln bei ihrer Anwendung auf Problemkreise im Internet. Die Regeln und Rechtsansichten aus den USA, die zum Vergleich hinzugezogen werden, orientieren sich stark an ökonomischen Gesichtspunkten.

Zweitens ist auch bei einer Betrachtung allein des UWG die vertiefte Kenntnis des Wettbewerbsbegriffs erforderlich⁶. An ihm richtet sich insbesondere die funktionale Auslegung aus⁷. Aus verschiedenen Auslegungsvarianten ist jene zu wählen, welche den grössten Beitrag zur Verwirklichung des angestrebten Wettbewerbs leistet. Aufgrund seiner hervorragenden Stellung im Zweckartikel ist der Wettbewerbsbegriff darüber hinaus bei der Auslegung unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsmoral oder des Leistungsprinzips von grosser Bedeutung⁸.

Wo sich das geltende Wettbewerbsbild offenbart, ist in der Lehre umstritten⁹. Vorgeschlagen werden die Wirtschaftsverfassung¹⁰, die Wirtschaftsordnung¹¹ und die ökonomische Wettbewerbstheorie¹². Gegen die Wirtschaftsverfassung spricht, dass darin der Wettbewerb nicht einmal ausdrücklich verfasst ist und deshalb ein konkretes Wettbewerbsbild umso weniger enthalten sein kann¹³. Die übrige Rechtsordnung liefert unsichere Hinweise, weil sie im Verlaufe vieler Jahre entstand und deshalb von verschiedensten politischen Strömungen geprägt ist¹⁴. Gegen das Abstellen auf die Wettbewerbstheorie sprechen sogar mehrere Gründe. Zunächst ist unklar, welches Modell das

⁶ Baudenbacher (funktionale Anwendung), 148 f.; Pedrazzini (UWG), 40; SIWR-Müller, 25.

⁷ Vgl. dazu weiter hinten, IV.B.3.3 (S. 58 f.).

⁸ Zu Geschäftsmoral und Leistungsprinzip, vgl. weiter hinten, IV.B.3.2 (S. 57 f.) bzw. 3.5 (S.61 ff.).

⁹ Bürgi/Lang (Momentaufnahme), 240.

¹⁰ Berger (Konkretisierung), 169 ff., nennt die Wirtschaftsverfassung als denkbare Bezugssystem, ohne einen anderen Vertreter dieser Ansicht zu nennen. Er kommt aber später zum Schluss, dass sich die Wirtschaftsverfassung als Bezugssystem nicht eignet.

¹¹ Berger (Konkretisierung), 177 ff.

¹² Baudenbacher (Suggestivwerbung), 150.

¹³ Pedrazzini (UWG), 42, m.w.H.; Berger (Konkretisierung), 176.

¹⁴ Nach Brem (Rechtsanwendung), 98, soll man Wirtschaftsrecht als eine Theorie des politischen Pluralismus verstehen.

vernünftigste ist¹⁵. Weiter verursacht in praktischer Hinsicht die Auseinandersetzung mit den Wettbewerbstheorien bei den Gerichten einen sehr grossen Zeitaufwand¹⁶. Das Bemühen von Wettbewerbstheorien zur Bestimmung des juristischen Wettbewerbsbegriffes ist zudem heikel, weil man dadurch das Recht und damit den demokratischen Willen den Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaften unterordnet¹⁷.

In der nachfolgenden Betrachtung werden die Wirtschaftsverfassung, die Wirtschaftsordnung sowie die Wettbewerbstheorie, trotz der genannten Kritik, weiterhin beachtet. Sie bilden jedoch nur einzelne Gesichtspunkte oder gar nur Teilaspekte bei der breit angelegten Auslegung des Wettbewerbsbegriffes.

Der Wettbewerbsbegriff im Zweckartikel des UWG wird im folgenden einlässlich ausgelegt. Die Pflicht zur Gesetzesauslegung ist im schweizerischen Recht in Art. 1 ZGB formell niedergelegt. Obwohl an den Anfang des ZGB gesetzt, gilt diese Regel uneingeschränkt für das gesamte übrige Bundesprivatrecht¹⁸. Klassischerweise folgt man bei der Gesetzesinterpretation vier Auslegungselementen¹⁹. Zur Verdeutlichung des Wettbewerbsbegriffes im Zweckartikel des UWG dienen die grammatikalische, die historische, die systematische und die teleologische Auslegung.

3. Grammatikalische Auslegung

Der Wortlaut einer Bestimmung wird grundsätzlich nach dem Sprachgebrauch der Rechtsgemeinschaft verstanden²⁰. Jedes Mitglied der Rechtsgemeinschaft hat aber ein leicht anderes Verständnis eines Begriffes im Gesetz. Häufig hat nicht einmal die Einzelperson eine glasklare Auffassung über einen bestimmten Ausdruck. Ein Begriff hat ein Feld möglicher Bedeutungen. Keinesfalls liegt ein genau bestimmbarer Punkt vor.

¹⁵ Nach Pedrazzini (UWG), 42, ist der Stand der wirtschaftswissenschaftlichen Diskussion jeweils schwer zu eruieren.

¹⁶ SIWR-Müller, 14. Dem entgegnet Baudenbacher (Suggestivwerbung), 147, dass das Gericht sich bei Kartellrechtsstreitigkeiten auch mit schwierigsten wirtschaftswissenschaftlichen Problemen auseinanderzusetzen habe.

¹⁷ Berger (Konkretisierung), 166 f.

¹⁸ BK-Meier-Hayoz, Art. 1, Rz. 46.

¹⁹ BK-Meier-Hayoz, Art. 1, Rz. 179 ff.

²⁰ Zippelius (Methodenlehre), 43.

Präzisierungen ergeben sich, wenn eine Legaldefinition die Bedeutung des Begriffes klärt²¹. Der Gesetzgeber ist dabei nicht an sprachliche Vorgaben aus der Lebenswirklichkeit gebunden. Weiter lässt sich bei der Gesetzesauslegung manchmal erkennen, dass sich der Gesetzgeber an eine ausserjuristische Fachterminologie anlehnte.

Für den Wettbewerbsbegriff im UWG ist keine Legaldefinition ersichtlich. Ebenso wenig ist ein Bezug zu einem ausserjuristischen Fachbegriff erkennbar²².

Der Begriff „Wettbewerb“ beschreibt zugleich einen Vorgang und eine Rivalitätssituation²³. Gemeint ist eine Veranstaltung, an welcher Konkurrenten in Form von Einzelpersonen, Personengruppen oder juristischen Personen bemüht sind, den grösstmöglichen Erfolg zu erzielen bzw. Sieger zu werden.

Im Wirtschaftsleben trachten alle Marktteilnehmer nach Geschäftsabschlüssen, die für den Betroffenen den jeweils höchsten Nutzen stiften. Das Sprachverständnis siedelt den Wettbewerb in erster Linie auf der Anbieterseite an²⁴. Die Abnehmer gelten dem gegenüber als eine Art Jury, weil sie mit ihren Entscheidungen über Geschäftsabschlüsse dem einen oder anderen Anbieter zum erwünschten Wettbewerbserfolg verhelfen. Sie erhalten aufgrund der Konkurrenzsituation unter den Anbietern die Möglichkeit zur Auswahl.

Der Wettbewerb steuert den Wirtschaftsprozess²⁵. Alle Anbieter werden zu ständiger Leistungsverbesserung oder zu Verkaufspreissenkungen angehalten, und die Leistungen werden den sich ändernden Bedürfnissen der Nachfrager angepasst. Dem erfolgreichsten Anbieter winkt der finanzielle Erfolg. Wer stehenbleibt, wird mit wirtschaftlichem Misserfolg bestraft²⁶.

²¹ Zippelius (Methodenlehre), 42.

²² Vgl. weiter hinten, IV.A.6.2 (S. 45 ff.), die wettbewerbstheoretische Betrachtung des Wettbewerbsbegriffes. Der Gesetzgeber hat sich nicht für ein bestimmtes Wettbewerbsmodell entschieden, vgl. Berger (Konkretisierung), 96.

²³ Brockhaus-Enzyklopädie, 19. A., Mannheim 1994, Bd. 24, 115.

²⁴ Brockhaus-Enzyklopädie, 19. A., Mannheim 1994, Bd. 24, 115.

²⁵ Meyers Enzyklopädisches Lexikon, 9. A., Mannheim 1979, 293.

²⁶ Brockhaus-Enzyklopädie, 19. A., Mannheim, 1994 Bd. 24, 115.

4. Historische Auslegung

Die wichtigsten Hinweise auf der Suche nach der historischen Bedeutung einer Vorschrift bieten die Gesetzesmaterialien²⁷. Diese verdeutlichen den Gesetzgeberwillen. Weiter zeigen die Materialien, welches Gesetzesverständnis man vom Gesetzesadressaten im Zeitpunkt des Erlasses erwartete.

Gesetzesmaterialien sind Niederschriften von Meinungen und Erklärungen aus der Zeit des Gesetzgebungsverfahrens²⁸. Dabei sind Argumentationen aus der Botschaft des Bundesrates zum jeweiligen Gesetzesentwurf soweit von Bedeutung, als sie im Parlament bestätigt wurden oder zumindest unwidersprochen blieben²⁹. Entwürfe und Meinungen von beigezogenen Experten sowie Protokolle von parlamentarischen Debatten können ebenfalls Aufschluss über den Inhalt einer Bestimmung geben³⁰.

Die Botschaft zum UWG bekennt sich wiederholt zu dessen funktionaler Anwendung³¹. Sie stellt fest, dass „(...) [d]ie Scheidung des lautereren vom unlauteren Wettbewerb (...) sich (...) – ausser auf geschäftsmoralische Kriterien – auf die Ergebnisse stützen [muss], die von einem System funktionierenden Wettbewerbs erwartet werden können.“³²

Dennoch liefert die Botschaft keine Definition des angestrebten Wettbewerbs³³. Über die Arbeit der Expertenkommission rapportiert sie, dass diese sich nicht für die „(...) Verankerung eines bestimmten wettbewerbstheoretischen Modells entscheiden möchte.“³⁴

Dafür äussert sich die Botschaft darüber, welche Aufgaben der angestrebte Wettbewerb zu erfüllen habe³⁵: „Ihm kommt sowohl Koordinations- wie auch Verteilungsfunktion zu“. Vom „(...) freie[n], lautere[n] und unverfälschte[n] Wettbewerb (...) erwartet man gesamtwirtschaftlich die günstigsten Ergebnisse, eine ständige Verbesserung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und einen optimalen Schutz der Konsumenten, die

²⁷ BK-Meier-Hayoz, Art. 1, Rz. 216.

²⁸ Höhn (Gesetzesauslegung), 211.

²⁹ Kramer (Methodenlehre), 104.

³⁰ Riemer (Einleitungsartikel), 41.

³¹ Z.B. Botschaft UWG, 31, 34.

³² Botschaft UWG, 31.

³³ A. Troller (Immaterialgüterrecht), 908.

³⁴ Botschaft UWG, 17.

³⁵ Botschaft UWG, 30.

(...) sowohl in preislicher als auch in angebotsmässiger Hinsicht profitieren.“ Daneben erzeuge der Wettbewerb unter dem gesellschaftspolitischer Gesichtspunkt eine „dezentrale Entscheidungsstruktur“, womit er zur „Lösung des Machtproblems“ beitrage.

Verhaltenweisen, welche der Erfüllung dieser Aufgaben hinderlich sind, gelten laut Botschaft als unlauter und widerrechtlich, soweit sie überhaupt in den Anwendungsbereich des UWG fallen³⁶.

Das UWG sollte eigentlich kein Instrument zur Strukturpolitik sein³⁷. Mindestens die Lockvogelbestimmung und die einstmals gültige Ausverkaufsregelung widersprechen jedoch diesem Postulat, weil sie tendenziell den kleineren Verkaufsgeschäften entgegenkommen³⁸. Eine Erklärung dafür liefern die Gegebenheiten in den Jahren vor Erlass des geltenden UWG. Zu jener Zeit begann das sog. „Lädelersterben“. Die Zahl der ursprünglich 20'000 kleinen Lebensmittelläden halbierte sich. Betroffene Geschäftsleute fürchteten um ihre wirtschaftliche Existenz. Politiker sahen die Nahversorgung in Gefahr. Es kam zu einer Volksinitiative, deren Annahme den Interessen der Kleinläden dienlich gewesen wäre³⁹. Nachdem man sich in der parlamentarischen Beratung der Initiative einig war, auf gesetzlicher Ebene, v.a. mit dem zu revidierenden UWG, die wirtschaftlichen Probleme der Detaillisten anzugehen, zogen die Initianten ihren Vorschlag zurück. Das Stimmvolk befand nie über die Vorlage.

³⁶ Botschaft UWG, 34 i.V.m. Botschaft UWG, 30, wo als Instrumentarium zum Erreichen der genannten Ergebnisse sowohl das UWG wie auch das KG genannt werden.

³⁷ Protokoll der Sitzung der Expertenkommission für die Revision des BG über den unlauteren Wettbewerb vom 1. Juni 1978 in Bern, vgl. die Voten von W. Schlupe und F. Mühlemann, BA: E7178 1996/118 (57); BIGA 514.221; Bericht Expertenkommission (1980), Rz. 14.13. (S. 16).

³⁸ Art. 3 lit. f bzw. 21 f. (aufgehoben) UWG. Nach Schlupe (Werbung), 84, brachte das Parlament in seiner Debatte „unverhohlen“ zum Ausdruck, die Lockvogelbestimmung löse ein strukturpolitisches Versprechen ein, m.H.a. Amtl. Sten. Bull. NR 1986 Bd. II, 1246 sowie Amtl. Sten. Bull. SR 1986, 415 ff. Nach Baudenbacher (funktionale Anwendung), 167 f., führt die Verlustpreisunterbietung insbesondere durch einen grossen Anbieter zu einer Marktstörung und ist damit aus funktionaler Sicht unlauter. Nach Sutter (Lockvogelverbot), 238 ff., ist Art. 3 lit. f UWG aufgrund des Tatbestandselements der Täuschung als rein wirtschaftspolizeiliche Regel und nicht als strukturpolitisch motivierte Bestimmung ohne Verfassungsgrundlage zu verstehen. Die 1994 ergangene Botschaft des Bundesrates zur Abschaffung der Ausverkaufsregel im UWG lautet auf Seite 449: „Der Ausverkaufsregelung lag immer eine strukturpolitische Komponente zugrunde.“ Vgl. Botschaft vom 11. Mai 1994 über die Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) (BB1 1994 III 442).

³⁹ Vgl. Botschaft vom 27. September 1982 über die Volksinitiative „zur Sicherung der Versorgung mit lebensnotwendigen Gütern und gegen das Ladensterben“ (BB1 1982 III 261). Die Initiative hatte die Form der allgemeinen Anregung.

In der parlamentarischen Debatte beider Kammern zum geltenden UWG erinnerte man sich an die abgegebenen Versprechen. Viele Parlamentarier forderten ein Gesetz, das eine Marktstruktur mit einer Vielzahl von Kleinläden anstrebt⁴⁰. Gründe dafür waren die Sicherung der Nahversorgung⁴¹ sowie die Verkürzung von Anfahrtswegen zur Eindämmung von Schadstoffemissionen⁴². Viele Abgeordnete fühlten sich an die Versprechen gegenüber den Initianten der Volksinitiative gebunden⁴³. Andere Votanten warnten dagegen vor einer starken Einmischung des Staates in die marktwirtschaftlichen Abläufe⁴⁴ oder wiesen auf die mangelnde Verfassungsgrundlage für solche Vorhaben hin⁴⁵. Die schliesslich verabschiedeten Bestimmungen über Ausverkauf und Verkauf unter Ankaufspreis enthielten, wie bereits erwähnt, strukturpolitische Züge zugunsten der Detaillisten.

Schlussfolgernd führt die historische Auslegung des Wettbewerbsbegriffs im UWG zu folgendem Ergebnis: Der historische Gesetzgeber erkennt im Wettbewerb ein Mittel zur dezentralen Koordination und Verteilung, zur Verbesserung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit, zum Konsumentenschutz sowie zur Erreichung gesamtwirtschaftlich günstiger Ergebnisse.

Daneben kann der Wettbewerbsbegriff im UWG auch Elemente der Strukturpolitik enthalten, wie die Entstehungsgeschichte der Lockvogelbestimmung sowie die Ausverkaufsregelung zeigen. Strukturpolitische Elemente im Wettbewerbsbegriff sind nach der hier vertretenen Auffassung eine Ausnahme. Das ungewöhnlich lange Ringen um die Lockvogelbestimmung mag ein Indiz dafür sein⁴⁶. Die Ausverkaufsregelung wurde zwischenzeitlich sogar ersatzlos gestrichen⁴⁷. Dennoch zeigen diese Beispiele, dass mit

⁴⁰ Z.B. NR Eggly, Amtl. Sten. Bull. NR 1985 Bd. I, 817; NR Ogi, Amtl. Sten. Bull. NR 1985 Bd. I, 817.

⁴¹ SR Kündig, Amtl. Sten. Bull. SR 1986, 411.

⁴² NR Schärli, Amtl. Sten. Bull. NR 1985 Bd. I, 815; NR Oehen, Amtl. Sten. Bull. NR 1985 Bd. I, 821.

⁴³ SR Steiner, Berichterstatter, Amtl. Sten. Bull. SR 1986, 410; SR Kündig, Amtl. Sten. Bull. SR 1986, 412; SR Debétaz, Amtl. Sten. Bull. SR 1986, 412.

⁴⁴ SR Miville, Amtl. Sten. Bull. SR 1986, 410.

⁴⁵ BR Furgler, Amtl. Sten. Bull. SR 1986, 13; NR Lüchinger, Berichterstatter, Amtl. Sten. Bull. NR 1985 Bd. I, 813; NR Biel, Amtl. Sten. Bull. NR 1985 Bd. I, 815.

⁴⁶ NR Lüchinger, Berichterstatter, Amtl. Sten. Bull. NR 1985 Bd. I, 826, bezeichnet den Lockvogel als den umstrittensten Kernpunkt der Vorlage. Vgl. auch den Raum, welchen die Lockvogelproblematik bei den Vorarbeiten und in der Vernehmlassung zum geltenden UWG einnahm, in BA: E7178 1996/118 (56-59).

⁴⁷ AS 1995 4086.

strukturpolitischen Anliegen in jeder Bestimmung des UWG grundsätzlich zu rechnen ist und dass folglich der Wettbewerbsbegriff im UWG entsprechende Nuancen beinhaltet.

5. Systematische Auslegung

5.1 Allgemein

Wichtige Hinweise für das Verständnis einer Vorschrift erhält der Rechtsanwender beim Betrachten der Beziehung zwischen der untersuchten Bestimmung und anderen Rechtsregeln⁴⁸. Dabei sind zwei Dimensionen von Bedeutung.

In quantitativer Hinsicht ist nach der Distanz der untersuchten Vorschrift zu den Bezugsvorschriften zu fragen⁴⁹. In erster Linie bietet sich der Bezug zu Regeln aus demselben Erlass an⁵⁰. Weiter werden höherstehende Regelwerke, etwa die Verfassung, miteinbezogen⁵¹. Auch andere Erlasse auf der selben Stufe der Gesetzeshierarchie können zur Auslegung der untersuchten Bestimmung beitragen. Selbst hierarchisch der untersuchten Regel untergeordnete Vorschriften stehen in einer Wechselwirkung zur untersuchten Regel und vermögen diese zu konkretisieren.

In qualitativer Hinsicht ist nach der Systematik zu fragen, in welcher die Bezugsregel zur untersuchten Regel steht. Von einem äusseren System spricht man, wenn das Verhältnis der beiden Vorschriften formeller Natur ist⁵². Das Erscheinen zweier Vorschriften unter demselben Randtitel widerspiegelt beispielsweise eine Verbindung nach einem äusseren System. Demgegenüber ist das innere System Gegenstand der Betrachtung, wenn Wertungen anderer Vorschriften bei der Auslegung der untersuchten Regel berücksichtigt werden⁵³. Die Beziehung unter den Bestimmungen kann zugleich im inneren wie im äusseren System bestehen.

Im folgenden wird der Wettbewerbsbegriff in Art. 1 UWG nach der systematischen Betrachtungsweise ausgelegt. Dies beinhaltet zunächst Hinweise innerhalb des UWG. Hernach kommen die Regeln der übrigen Rechtsordnung zum Zuge. Gestaffelt nach ihrer

⁴⁸ BK-Meier-Hayoz, Art. 1, Rz. 188.

⁴⁹ Höhn (Gesetzesauslegung), 209, unterscheidet verschiedene Stufen der Einordnung. Zum Topos des systematischen Elements zählt er nur Bezüge innerhalb desselben Erlasses.

⁵⁰ Höhn (Gesetzesauslegung), 210.

⁵¹ Kramer (Methodenlehre), 75 ff.

⁵² Schlupe (System), 571.

⁵³ Kramer (Methodenlehre), 67.

Bedeutung wird die Bundesverfassung vor dem übrigen Gesetzesapparat überprüft. Aspekte des inneren und des äusseren Systems finden nach ihrer jeweiligen Bedeutung Berücksichtigung.

5.2 Der Wettbewerbsbegriff und das übrige UWG

5.2.1 Hinweise aus dem Zweckartikel

Laut Art. 1 bezweckt das UWG die Gewährleistung des „(...) lauterer und unverfälschter Wettbewerb[s] im Interesse aller Beteiligten (...)“⁵⁴. Als Beteiligte gelten gleichermaßen die Anbieter, die Verbraucher wie auch die Allgemeinheit⁵⁵.

Mit den Adjektiven „lauter“ und „unverfälscht“ hat der Wettbewerbsbegriff im Zweckartikel eine Charakterisierung erhalten. In einem lauterer Wettbewerb verhalten sich die Marktakteure ehrlich und aufrichtig und damit entsprechend den Regeln der Geschäftsmoral und der Fairness⁵⁶. Ein unverfälschter Wettbewerb läuft in geordneten Bahnen und bringt damit die Ergebnisse hervor, die man von ihm erwartet⁵⁷.

In der Lehre entbrannte ein Streit um die Bedeutung und das gegenseitige Verhältnis der Adjektive „lauter“ und „unverfälscht“⁵⁸. Nach dem einen Standpunkt bezieht sich der Lauterkeitsbegriff auf die Massregeln der Geschäftsmoral, während Unverfälschtheit die Idee der Funktionalität wiedergebe, d.h. die Auslegung des UWG mit Blick auf das Ergebnis, welches vom funktionierenden Wettbewerb erwartet werde⁵⁹. Nach dem anderen Standpunkt bilden die zwei Begriffe gemeinsam ein sog. „Hendiadyoin“, bei

⁵⁴ Art. 1 UWG.

⁵⁵ Botschaft UWG, 50.

⁵⁶ David (Wettbewerbsrecht), Rz. 4; Pedrazzini (Wettbewerbsrecht), Rz. 840.

⁵⁷ SIWR-Müller, 22.

⁵⁸ SIWR-Müller, 22. Dieses Verständnisproblem zeichnete sich bereits bei den Arbeiten der Expertenkommission zum UWG ab. So nimmt Schlupe, Mitglied der Expertenkommission, am 27. August 1979 folgendermassen Stellung zu einer Bestimmung, welche mit dem geltenden Zweckartikel beinahe identisch ist: „(...) [Die Bestimmung ist] insofern missverständlich, als die Prädikationen ‚unlauter‘ und ‚unverfälscht‘ durch die Kopula ‚und‘ selbständig nebeneinander gestellt werden. Nach meiner Auffassung führt aber auch die Unlauterkeit (als Verstoß gegen die Geschäftsmoral) zu Wettbewerbsverfälschungen. Aus dem Gesetzestext sollte aber gerade erkennbar werden, dass Verfälschungen des Wettbewerbs die Folge der Verletzung der Lauterkeitsregeln (im ursprünglichen geschäftsmoralischen Sinn) oder von Funktionsregeln sein können.“ (Hervorheb. im Original); BA: E7178 1996/118 (58); BIGA 514.22.

⁵⁹ Pedrazzini (UWG), 36 ff.

welchem beide Begriffe dieselbe Bedeutung haben und sich gegenseitig stützen und verstärken⁶⁰.

Bedeutsam ist dieser Streit mit Blick auf die Generalklausel und die Spezialtatbestände, weil dort nur noch der Begriff der Unlauterkeit erscheint. Über die Verfälschungen des Wettbewerbs schweigt sich das Gesetz ausserhalb des Zweckartikels aus. Dieses Schweigen schadet nicht, wenn man davon ausgeht, dass Verfälschung des Wettbewerbs mit Unlauterkeit gleichzusetzen ist. Rechnete man dem Unlauterkeitsbegriff jedoch nur die Grundsätze der Geschäftsmoral zu, liefe die Forderung nach unverfälschtem Wettbewerb trotz hervorragender Platzierung im Zweckartikel ins Leere, wenn es zur konkreten Rechtsanwendung käme.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist von einem weiten Begriff der Unlauterkeit auszugehen, welcher auch Wettbewerbsverfälschungen beinhaltet. Erstens nennt der Gesetzgeber diese Regelungsabsicht wiederholt und in klarer Weise⁶¹. Zweitens sind gleich zu Beginn des UWG noch weitere Begriffspaare ersichtlich, in welchen der eine Begriff inhaltlich den anderen abdeckt. So findet man in der Generalklausel die Begriffspaare „unlauter und widerrechtlich“, „täuschend(...)“ oder in anderer Weise gegen Treu und Glauben“, sowie „Verhalten oder Geschäftsgebaren“⁶². Dem Gesetzgeber ist also die Stilik der Begriffspaare geläufig, mit welcher man Aussagen verstärkt oder konkretisiert.

Ungeachtet des Meinungsstreits über diese begriffliche Unklarheit im Zweckartikel vertritt die Mehrheit der Lehre die Ansicht, dass das geltende UWG einer funktionalen Auslegung zugänglich ist⁶³. Danach wird der unverfälschte Wettbewerb geschützt, indem man ein streitbares Verhalten anhand seiner Auswirkungen auf den Leistungsaustausch beurteilt. Der Streit verschiebt sich derzeit eher hin zur Frage, inwieweit die Aspekte der Geschäftsmoral in der modernen Wirtschaft noch ein zuverlässiges Beurteilungsinstrument sind⁶⁴.

⁶⁰ Baudenbacher (Schwerpunkte), 17; Berger (Konkretisierung), 130; Dubs (Holvis), 900.

⁶¹ Botschaft UWG, 31. Nach Botschaft UWG, 51, wird in der Generalklausel die Unlauterkeit „(...) als Gegenstück zum Schutzgut lauterer und unverfälschter Wettbewerb (...)“ konkretisiert (Hervorheb. durch den Verfasser).

⁶² Nach Zeller (Bernina), 21, ist zumindest in den letztgenannten zwei Begriffspaaren der eine Begriff im anderen vollumfänglich enthalten. Vgl. auch Botschaft UWG, 51 f.

⁶³ Baudenbacher (Schwerpunkte), 16; Martin-Achard (LCD), 24 f.; SIWR-Müller, 23 f.; David (Wettbewerbsrecht), Rz. 4; Dubs (Holvis), 900; Bürgi/Lang (Momentaufnahme), 240. Zurückhaltend: Pedrazzini (UWG), 39 f.

⁶⁴ Vgl. dazu weiter hinten, IV.B.3.4 (S. 59 ff.).

Für die Konkretisierung des Wettbewerbsbegriffs im Zweckartikel ist unerheblich, ob die Bedeutung des Begriffspaars „lauter und unverfälscht“ in beiden Begriffen gemeinsam liegt oder sich auf die einzelnen Begriffe verteilt. Die zwei Adjektive führen jeweils zur gleichen Charakterisierung des Wettbewerbsbegriffs. Danach beinhaltet der Wettbewerb Anstand der Marktteilnehmer, Funktionalität sowie Berücksichtigung der Interessen sowohl der Marktteilnehmer als auch der Allgemeinheit.

5.2.2 Hinweise aus Generalklausel und Spezialtatbeständen

Alle Regeln des zweiten bis fünften Kapitels im UWG haben eine Wirkung auf den Zweckartikel und den darin enthaltenen Wettbewerbsbegriff. Aufgrund ihres materiellen Gehalts fallen dabei vor allem die Art. 2 bis 8 ins Gewicht. Vereint geben diese Verbotstatbestände ein Negativ des Wettbewerbsbildes, an welchem sich das UWG ausrichtet. Die Summe der verbotenen Handlungen ermöglicht einen Rückschluss auf die erwünschten⁶⁵.

Hierzu sind zwei Einschränkungen zu machen. Erstens ist die Generalklausel wenig konkret. Welche Verhaltensweisen sie neben jenen in den Spezialtatbeständen zusätzlich untersagt, ist schwer abzuschätzen. Zweitens besteht die Gefahr eines Zirkelschlusses. Der Wettbewerbsbegriff im Zweckartikel soll an dieser Stelle mit Hilfe der Verbotsnormen im UWG geklärt werden. Der genaue Inhalt dieser Verbotsnormen hängt aber seinerseits gerade vom Wettbewerbsbegriff im Zweckartikel ab.

Bei der Inhaltsbestimmung der Generalklausel ist wegen ihrer Offenheit die Kenntnis über den bezweckten Wettbewerb von grosser Bedeutung⁶⁶. Demgegenüber sind die Spezialtatbestände konkrete Beispiele unlauterer Handlungsweisen⁶⁷. Bei ihnen spielt der Zweckartikel eine kleinere Rolle.

Auf der Suche nach der Bedeutung des Wettbewerbsbegriffs im Zweckartikel des UWG sind deswegen die Spezialtatbestände in Art. 3 bis 8 hilfreich, weil sie auch isoliert betrachtet konkrete Wertungen wiedergeben und dadurch Rückschlüsse auf den zu verwirklichenden Wettbewerb erlauben. Demgegenüber ist die Generalklausel aufgrund

⁶⁵ A. Troller (Immaterialgüterrecht), 908.

⁶⁶ Zur Wichtigkeit der Kenntnis über das massgebliche Wettbewerbsbild: SIWR-Müller, 25; Baudenbacher (funktionale Anwendung), 148; Pedrazzini (UWG), 40; Berger (Konkretisierung), 165. Im besonderen hinsichtlich der Generalklausel: Botschaft UWG, 34; Baudenbacher (Bundesgesetz), 76.

⁶⁷ Pedrazzini (UWG), 60 f.

ihrer eigenen grossen Abhängigkeit vom untersuchten Wettbewerbsbegriff sowie aufgrund ihrer Unbestimmtheit wenig dienlich bei der Konkretisierung des Wettbewerbsbegriffs im UWG.

Grob lassen sich die Spezialtatbestände des UWG nach der hier vertretenen Auffassung in drei Kategorien einteilen. Die erste Kategorie regelt das Verhältnis zwischen Anbieter und Abnehmer, die zweite das Verhältnis unter den Anbietern und die dritte jenes Verhalten, das Abnehmer oder Mitbewerber nur mittelbar betrifft.

Die erste Kategorie, welche das Verhältnis zwischen Anbieter und Abnehmer regelt, verleiht dem Abnehmer Schutz vor untunlichem Anbieterverhalten, das den Abnehmer bei der Suche und dem Erwerb der geeigneten Leistungen beeinträchtigt. Beispiele sind das Verbot der Irreführung⁶⁸, der Herbeiführung einer Verwechslungsgefahr⁶⁹, der aggressiven Verkaufsmethoden⁷⁰ oder der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen⁷¹. Aus funktionaler Sicht fördern solche Regeln den Wettbewerb, weil sie den Abnehmer bei der Wahrnehmung seiner Schiedsrichterfunktion im Markt schützen. Daneben verlangen auch Anstand und Achtung gegenüber dem Abnehmer, dass dieser nicht in seinen Entscheidungen beeinträchtigt wird. Für die Konkretisierung des Wettbewerbsbegriffs geben uns die Spezialtatbestände aus dieser ersten Kategorie den Hinweis, dass der Abnehmer als Schiedsrichter im Markt geachtet und in dieser Funktion nicht behindert werden soll.

In der zweiten Kategorie geht es um die Beziehung unter den Anbietern. Der Gesetzgeber ist bemüht, die Errungenschaften eines Wettbewerbers vor unredlichen Angriffen eines Konkurrenten zu schützen. Solche Errungenschaften sind z.B. eine bei den Abnehmern bekannte Ausstattung oder Kennzeichnung, eine günstige vertragliche Beziehung, ein Geschäftsgeheimnis oder ein marktreifes Arbeitsergebnis. Dabei verleiht jedoch das UWG als Verhaltensrecht keinen absoluten Schutz einer Marktposition, sondern beurteilt lediglich den Angriffsvorgang. Grundsätzlich ist der Angriff durch den Mitbewerber ein wichtiger Bestandteil eines intensiven Wettbewerbs, weshalb er durch das UWG nicht verboten, sondern nur geregelt wird. Unzulässige Mittel sind z.B. das Herbeiführen einer

⁶⁸ Art. 3 lit. b UWG.

⁶⁹ Art. 3 lit. d UWG.

⁷⁰ Art. 3 lit. h UWG.

⁷¹ Art. 8 UWG.

Verwechslungsgefahr⁷², die Verleitung zum Vertragsbruch⁷³, die Herabsetzung⁷⁴ oder das Auskundschaften⁷⁵. In geschäftsmoralischer Hinsicht verbieten entsprechende Regeln hinterhältige Angriffe gegen den Mitbewerber. Funktional betrachtet, sind Vorgehensweisen unzulässig, welche die Wettbewerbsqualität gefährden und damit die erwünschten Wettbewerbsergebnisse verhindern. Mit Blick auf den Wettbewerbsbegriff zeigen die betreffenden Spezialtatbestände, dass ein intensiver Wettbewerb grundsätzlich erwünscht ist. Nur dürfen die Mitbewerber dabei nicht mit unredlichen Mitteln vorgehen.

Die dritte Kategorie betrifft das regelwidrige Verhalten, welches sich nicht direkt gegen Abnehmer oder Mitbewerber richtet, zumindest letztere aber dennoch benachteiligt. Gemeint sind die Verstösse gegen das geltende Recht, wodurch ein Anbieter ungerechtfertigterweise einen Wettbewerbsvorsprung erlangt. Das UWG selbst enthält eine solche Bestimmung. Es verbietet den Anbietern, Arbeitnehmer unter regelwidrigen Arbeitsbedingungen zu beschäftigen⁷⁶. Auch Verstösse gegen Rechtsnormen ausserhalb des UWG können unlauter sein. Voraussetzungen sind zum einen die Relevanz für den Wettbewerb und zum anderen die Verletzung des lauterkeitsrechtlichen Grundsatzes von Treu und Glauben⁷⁷. Aus geschäftsmoralischer Sicht wird damit das ehrliche und gesetzestreue Verhalten der Mitbewerber verlangt. Funktional ist dieser Grundsatz von Bedeutung, weil Konkurrenten nur im Falle einer Gleichbehandlung genügend Anreiz zu Höchstleistungen verspüren. Entsprechend umschreibt der Wettbewerbsbegriff im UWG einerseits regelkonformes Verhalten der Mitbewerber und andererseits Chancengleichheit.

5.3 Der Wettbewerbsbegriff und die Bundesverfassung

Die nachgeführte Bundesverfassung der Schweiz ist am 1. Januar 2000 in Kraft getreten⁷⁸. Verfassungsartikel jeglicher Art beeinflussen direkt oder indirekt wirtschaftliches Handeln⁷⁹. Für den Wettbewerbsbegriff sind Verfassungsregeln betreffend die Wirtschaft

⁷² Art. 3 lit. d UWG.

⁷³ Art. 4 UWG.

⁷⁴ Art. 3 lit. a UWG.

⁷⁵ Art. 6 UWG.

⁷⁶ Art. 7 UWG.

⁷⁷ Glöckner (Telemarketing), 78 ff.

⁷⁸ AS 1999 2555.

⁷⁹ Die Botschaft BV, 289, weist auf die Verteilung von wirtschaftsrelevanten Bestimmungen über die ganze Bundesverfassung hin. Vgl. auch Vallender (Wirtschaftsverfassung), 677.

besonders bedeutsam. Zu den wichtigsten gehören aus den Grundrechten die Artikel 26 (Eigentumsgarantie), 27 (Wirtschaftsfreiheit⁸⁰) und 28 (Koalitionsfreiheit) sowie aus den Kompetenz- und Regelungszuweisungen die Artikel 94 (Grundsätze der Wirtschaftsordnung), 95 (Privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit) und 96 (Wettbewerbspolitik)⁸¹.

Mit der Vertragsfreiheit⁸² und der Eigentumsгарantie besitzt die schweizerische Verfassung eine privatwirtschaftliche Grundausrichtung⁸³. Wie die alte Bundesverfassung setzt auch die neue den Wettbewerb nicht als Ordnungsinstrument fest⁸⁴. Einzig der Grundsatz staatlicher Nichteinmischung ist festgehalten, was staatliche Planwirtschaft per se ausschliesst⁸⁵. Die Vertragsfreiheit mag bisweilen zu privaten Absprachen führen, welche dem Konzept des Wettbewerbs widerstreben⁸⁶. Solche Absprachen stehen im Einklang mit der Bundesverfassung, solange sie sich nicht sozial oder volkswirtschaftlich schädlich auswirken⁸⁷. Absprachen, Unternehmenszusammenschlüsse oder marktbeherrschende Stellungen, die schädlich sind, verbietet die Bundesverfassung⁸⁸. Dieses Verbot reicht so weit, dass im Ergebnis der grösste Teil des privatwirtschaftlichen Handelns im Rahmen des wirtschaftlichen Wettbewerbs stattfindet⁸⁹. Das zentrale Ordnungsprinzip der Privatautonomie, welches direkt auf dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit

⁸⁰ Inhaltlich entspricht der Begriff der Wirtschaftsfreiheit jenem der Handels- und Gewerbefreiheit, vgl. Vallender (Nachführung), 492.

⁸¹ Nach Vallender (Nachführung), 490, stehen diese Bestimmungen im Mittelpunkt der Wirtschaftsverfassung. Vgl. auch Vallender (Wirtschaftsverfassung), 677 ff.

⁸² Die Vertragsfreiheit ist Aspekt der Wirtschaftsfreiheit, vgl. Botschaft BV, 177.

⁸³ Gygi/Richli (Wirtschaftsverfassungsrecht), 35, sprechen von einer Privatwirtschaftsordnung.

⁸⁴ Gemäss Botschaft BV, 289, enthält „Das geltende Verfassungsrecht (...) bekanntlich kein formelhaftes Bekenntnis zu einem bestimmten Wirtschaftssystem.“ Entsprechend legt sich auch die nachgeführte Bundesverfassung nicht auf ein Wirtschaftssystem fest, vgl. Vallender (Nachführung), 495. Für die alte Verfassung, vgl. Vallender (Wirtschaftsfreiheit), 167 ff.; Berger (Konkretisierung), 170 f.; SIWR-Müller, 13 f.; Schluep (System), 585.

⁸⁵ SIWR-Müller, 13, mit Blick auf die alte Verfassung.

⁸⁶ Schluep (System), 587; Vallender (Wirtschaftsfreiheit), 91; Vallender (Wirtschaftsverfassung), 684.

⁸⁷ Art. 96 Abs. 1 BV; Vallender (Nachführung), 495.

⁸⁸ Art. 96 BV beauftragt den Bund, gegen volkswirtschaftlich und sozial schädliche Wettbewerbsbeschränkungen Vorschriften zu erlassen. Vgl. dazu das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) (SR 251).

⁸⁹ Nach Baudenbacher (Suggestivwerbung), 150, „(...) ist davon auszugehen, dass der marktorientierte Sektor der schweizerischen Wirtschaft grundsätzlich durch Wettbewerb koordiniert wird.“

fusst, wird letztlich aufgrund verschiedener Regelungen im Ergebnis weitgehend zum Wettbewerb⁹⁰.

Ökonomisch betrachtet, verspricht man sich vom so ausgestalteten Wettbewerb eine bessere Nutzung knapper Ressourcen als bei Verwendung alternativer Koordinationssysteme⁹¹. Die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Bevölkerung sollen möglichst effizient und preisgünstig befriedigt werden⁹². Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht bezweckt die Wettbewerbspolitik damit die „(...) Optimierung des Sozialproduktes auf marktwirtschaftlicher Grundlage und auf diese Weise Förderung des Volkswohls.“⁹³

Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit setzt Leitlinien für Regeln, welche die wirtschaftliche Betätigung und damit insbesondere den Wettbewerb betreffen. Danach halten Vorschriften mit wirtschaftspolitischer Zielsetzung dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nicht stand⁹⁴. Die Verfassung bestimmt abschliessend⁹⁵, welche Bereiche im Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit reguliert werden dürfen⁹⁶.

Allen übrigen Regeln gebietet die Verfassung Konformität mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Sie müssen wettbewerbsneutral sein und dürfen den Wettbewerb

⁹⁰ Gemäss Botschaft BV, 290, entnimmt das Bundesgericht dem Artikel 31 (Handels- und Gewerbefreiheit, die heute als Wirtschaftsfreiheit bezeichnet wird) die „wirtschaftspolitische Grundentscheidung für ein System des freien Wettbewerbs“, m.H.a. BGE 116 Ia 237, 240.

⁹¹ Vallender (Wirtschaftsverfassung), 683.

⁹² BGE 124 I 25, 31.

⁹³ Gygi/Richli (Wirtschaftsverfassungsrecht), 38.

⁹⁴ Wirtschaftspolitische Massnahmen behindern laut Bundesgericht den freien Wettbewerb, „(...) um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen (...)“, vgl. Botschaft BV 291, m.H.a. die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

⁹⁵ Kantonale Regalrechte sind ebenfalls zulässige Grundlagen für ein Abweichen von der Wirtschaftsfreiheit. Indem die Bundesverfassung die kantonalen Regale global in Art. 94 Abs. 4 erwähnt, regelt sie auch in dieser Hinsicht abschliessend.

⁹⁶ Art. 94 Abs. 5 BV. Verfassungsermächtigungen zur Abweichung vom grundsätzlich privaten Wirtschaften erfolgen ausdrücklich oder stillschweigend, vgl. Botschaft UWG, 297, m.H.a. Rhinow, Komm. BV, Art. 31, Rz. 128-136, insb. 130. Beispiele für stillschweigende Ermächtigungen findet man etwa in den Verfassungsbestimmungen betreffend die Kernenergie (Art. 90) oder die Eisenbahn (Art. 87), vgl. Vallender (Nachführung), 493. Zum Erfordernis der Verfassungsgrundlage treten die üblichen Voraussetzungen zur Grundrechtsbeschränkung hinzu, vgl. Vallender (Wirtschaftsfreiheit), 72 ff.; Häfelin/Haller (Bundesstaatsrecht), Rz. 657 ff.

nicht verzerren, indem sie z.B. einzelne Wettbewerber bevorzugen oder benachteiligen⁹⁷. Gemeint ist das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden, wonach staatliche Massnahmen unzulässig sind, wenn deswegen direkte Konkurrenten ungleiche Wettbewerbsbedingungen vorfinden⁹⁸. Weiter darf eine staatliche Massnahme, soll sie mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit in Einklang stehen, nicht dem einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum entgegenstehen⁹⁹.

Die Kompetenz des Bundes zum Erlass von Vorschriften gegen den unlauteren Wettbewerb ist in Art. 96 Abs. 2 lit. b der Bundesverfassung niedergelegt. Das darauf gestützte UWG steht als Teil der Wettbewerbspolitik im Einklang mit der Wirtschaftsfreiheit¹⁰⁰. Folglich ist es grundsätzlich wettbewerbsneutral und stützt den einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum.

Die verfassungskonforme Auslegung des Wettbewerbsbegriffs im UWG liefert eine Reihe von Hinweisen. Zunächst beinhaltet der Wettbewerbsbegriff im UWG die Wettbewerbsneutralität und damit die Chancengleichheit für die Mitbewerber. Er enthält weiter die Berücksichtigung der Einheit des schweizerischen Wirtschaftsraumes. Sein Zweck ist die bestmögliche Nutzung knapper Ressourcen, die Förderung des Volkswohls sowie die preisgünstige und effiziente Befriedigung der Bedürfnisse der Bevölkerung.

5.4 Der Wettbewerbsbegriff und die übrige Rechtsordnung

5.4.1 Einleitung

Zahlreiche Erlasse regeln direkt oder indirekt Wirtschaft und Wettbewerb. Darin enthaltene Zielsetzungen widerspiegeln die vom Gesetzgeber verfolgte Politik¹⁰¹. Die einzel-

⁹⁷ Botschaft BV, 175, 294; Vallender (Wirtschaftsverfassung), 680. Vgl. BGE 120 Ia 236, 239, wonach „(...) Kantone und Gemeinden beim Erlass von Vorschriften das Gebot der Wettbewerbsneutralität beachten [müssen]“.

⁹⁸ BGE 120 Ia 236, 237 ff. Nach BGE 121 I 129, 135, ergänzt die Handels- und Gewerbefreiheit das allgemeine Gleichbehandlungsgebot und bietet einen darüber hinausreichenden Schutz. Vgl. auch Gygi/Richli (Wirtschaftsverfassungsrecht), 104 f., 197 f.

⁹⁹ Botschaft BV, 290, m.H.a. BGE 116 Ia 237, 240.

¹⁰⁰ Botschaft BV, 301; Botschaft UWG, 82; Bericht Expertenkommission (1980), Rz. 22.2. (S. 42). Vgl. auch F. Mühlemann, Vorsitzender der Expertenkommission für die Revision des BG über den unlauteren Wettbewerb, im Rahmen der Eintretensdebatte im Protokoll zur Sitzung vom 9. Februar 1978, wonach sich das UWG auf Art. 31^{bis} Abs. 2 aBV stützt und damit grundsätzlich an die HGF gebunden ist; BA: E 7178 1996/118 (57); BIGA 514.221.

¹⁰¹ Berger (Konkretisierung), 177.

nen Gesetze prägen den Wettbewerb unter verschiedenen Aspekten¹⁰². Zusammen bieten sie eine Gesamtschau, die ihrerseits Bezugspunkt bei der Auslegung einzelner Regeln sein kann¹⁰³.

Zurückhaltung empfiehlt sie aus zweierlei Gründen. Erstens vermögen Gesetze bisweilen bestimmte Wettbewerbsaspekte nicht oder nur vage zu beschreiben, weil der Gesetzgeber eine weitergehende Konkretisierung unterliess. Zweitens entstammen die Gesetze, die zu einem letztlich kohärenten Wettbewerbsbild beitragen sollen, unterschiedlichen Legislaturperioden. Im Laufe der Zeit kann sich die Vorstellung der gesetzgebenden Gewalt über den Wettbewerb ändern. Möglicherweise geben die untersuchten Erlasse keinen Hinweis auf ein statisches Wettbewerbsbild, sondern umschreiben eine Entwicklungsgeschichte, die erst einen vorläufigen Abschluss gefunden hat.

Nicht allen Gesetzen kommt bei der Umschreibung des Wettbewerbs die gleiche Bedeutung zu. Solche, die sich überhaupt nicht mit Fragen der Wirtschaft und des Wettbewerbs befassen, sind unwichtig. Je näher ein Gesetz zum Untersuchungsgegenstand Wettbewerb steht, umso beachtlicher ist es. Unmittelbar wettbewerbsregelnd sind neben dem UWG das Kartellgesetz sowie das Preisüberwachungsgesetz¹⁰⁴. Mit dem Wettbewerb befassen sich auch das Binnenmarktgesetz und das Konsumentenschutzgesetz. Daneben haben auch die Gesetze zu den Immaterialgüterrechten Wirkung auf den Wettbewerb¹⁰⁵. Nachfolgend wird auf einzelne Erlasse näher eingegangen.

5.4.2 Gesetze mit Wirkung auf den Wettbewerb

a) *Kartellgesetz (KG)*

Zwischen UWG und KG¹⁰⁶ besteht ein enges Verhältnis, weil die beiden Erlasse gemeinsam den Wettbewerbssektor regeln¹⁰⁷. Das KG auf der einen Seite sichert den Bestand

¹⁰² Berger (Konkretisierung), 202.

¹⁰³ Nach Berger (Konkretisierung), 180, stellt „das über die Gesamtbetrachtung der Politiken der Gesetze gefundene innere System (...) einen konsistenten Sinneszusammenhang dar, der als relevantes Bezugssystem für die funktionale Betrachtungsweise dient.“

¹⁰⁴ Schluep (System), 587 ff.

¹⁰⁵ Pedrazzini (UWG), 41.

¹⁰⁶ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) (SR 251).

¹⁰⁷ Bericht Expertenkommission (1980), Rz. 13.2. (S. 14), über das UWG von 1943.

des Wettbewerbs, das UWG auf der anderen Seite schützt vor ausuferndem Wettbewerb wegen untunlichen Verhaltens einzelner Wettbewerbsteilnehmer¹⁰⁸.

Das KG bezweckt, „(...) volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb (...) zu fördern.“¹⁰⁹ Es verbietet „Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte (...) Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen (...)“¹¹⁰. „In Verordnungen oder allgemeinen Bekanntmachungen können Voraussetzungen umschrieben werden, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel als gerechtfertigt gelten.“¹¹¹ „Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.“¹¹² Zusammenschlüsse von Unternehmen können von der Wettbewerbskommission untersagt werden, wenn eine Prüfung ergibt, dass damit „(...) eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt (...)“ wird und gleichzeitig „(...) keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt [wird], welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.“¹¹³ „Bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs berücksichtigt die Wettbewerbskommission auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb.“¹¹⁴ Der Bundesrat kann nach diesen Kriterien an sich untersagte Abreden, marktbeherrschende Stellungen oder Unternehmenszusammenschlüsse dennoch gestatten, wenn diese in Ausnahmefällen aufgrund überwiegender öffentlicher Interessen notwendig sind¹¹⁵.

¹⁰⁸ Anstelle vieler: SIWR-Müller, 33.

¹⁰⁹ Art. 1 KG.

¹¹⁰ Art. 5 Abs. 1 KG.

¹¹¹ Art. 6 Abs. 1 KG. Das Gesetz nennt beispielhaft Abreden in Forschung und Entwicklung, über Spezialisierung sowie Rationalisierung und über besondere Formen des Vertriebs sowie über die Lizenzierung von Rechten an geistigem Eigentum.

¹¹² Art. 7 KG Abs. 1. Abs. 2 enthält eine beispielhafte Auflistung denkbarer Formen missbräuchlichen Verhaltens.

¹¹³ Art. 10 Abs. 1 und 2 KG.

¹¹⁴ Art. 10 Abs. 4 KG.

¹¹⁵ Art. 8 und 11 KG.

b) Preisüberwachungsgesetz (PüG)

Gestützt auf das PüG¹¹⁶ wählt der Bundesrat einen Preisüberwacher. Dieser wacht über die Angebotspreise von marktmächtigen Unternehmen und von Teilnehmern an Wettbewerbsabreden, welche nach Massgabe des KG zulässig sind¹¹⁷. Der Preisüberwacher „(...) verhindert oder beseitigt die missbräuchliche Erhöhung und Beibehaltung von Preisen.“¹¹⁸ Um missbräuchliche Preise zu erkennen und zu berichtigen, beachtet er insbesondere die Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten, die Notwendigkeit der Erzielung angemessener Gewinne, die Kostenentwicklung, besondere Unternehmensleistungen sowie die Marktverhältnisse¹¹⁹. Nur Preise, die nicht Ergebnis eines Wettbewerbsprozesses sind, können überhaupt erst missbräuchlich sein¹²⁰. Können die Abnehmer z.B. unter mehreren unabhängigen Anbietern auswählen, ist von Wettbewerbspreisen auszugehen¹²¹.

Der Preisüberwacher arbeitet mit der Wettbewerbskommission zusammen und je nach Sachbereich auch mit der Nationalbank oder der Eidgenössischen Bankenkommision¹²².

c) Binnenmarktgesetz (BGBM)

Das BGBM¹²³ gibt jeder Person mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistung auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit dies auch im Heimkanton zulässig ist¹²⁴. Der Gesetzgeber will damit u.a. „die berufliche Mobilität und den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz erleichtern“, „die Bestrebungen der Kantone zur Harmonisierung der Marktzugangs-

¹¹⁶ Preisüberwachungsgesetz (PüG) vom 20. Dezember 1985 (SR 942.20).

¹¹⁷ Art. 2, 3 und 4 Abs. 1 PüG; Schlupe (System), 591; Schürmann (Preisüberwachungsgesetz), Vorbem. Art. 1-27.

¹¹⁸ Art. 4 Abs. 2 PüG.

¹¹⁹ Art. 13 PüG.

¹²⁰ Art. 12 Abs. 1 PüG.

¹²¹ Art. 12 Abs. 2 PüG. Weitere Indizien für Wettbewerbspreise sind denkbar, vgl. Schürmann (Preisüberwachungsgesetz), Art. 12, III, 2.

¹²² Art. 5 Abs. 1 und 2 PüG. Nach Schürmann (Preisüberwachungsgesetz), Art. 5, II, soll sich die Preisüberwachung das Fachwissen anderer Stellen zunutze machen.

¹²³ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) (SR 943.02).

¹²⁴ Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 BGBM.

bedingungen unterstützen“, „die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft stärken“ und „den wirtschaftlichen Zusammenhalt der Schweiz festigen“¹²⁵. Der dadurch intensivierete Wettbewerb erhöht die Innovationskraft und damit die Effizienz und Flexibilität der schweizerischen Wirtschaft insbesondere im internationalen Umfeld¹²⁶.

Beschränkungen des Zugangs zum freien Markt sind bei überwiegenden öffentlichen Interessen und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zulässig¹²⁷. Denkbare öffentliche Interessen sind z.B. „der Schutz von Leben und Gesundheit von Menschen, Tier und Pflanzen“, „der Schutz der natürlichen Umwelt“, „die Lauterkeit des Handelsverkehrs“, „der Konsumentenschutz“ sowie „sozialpolitische und energiepolitische Ziele“¹²⁸.

Die Wettbewerbskommission überwacht die Einhaltung des BGBM durch Bund, Kantone, Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben und gibt Empfehlungen ab¹²⁹. Sie kann zuhanden Verwaltungs- und Rechtsprechungsbehörden aller Stufen Gutachten über die Anwendung des BGBM erstellen¹³⁰.

d) Konsumentinformationsgesetz (KIG)

Das KIG¹³¹ bezweckt die Förderung der „(...) objektive[n] Information der Konsumentinnen und Konsumenten (...)“¹³². Einerseits verlangt es die Deklaration von Inhalt und Eigenschaft angebotener Leistungen in vergleichbarer Form¹³³. Andererseits leistet der Bund, gestützt auf das KIG, an die Konsumentenorganisationen Finanzhilfe¹³⁴, die

¹²⁵ Art. 1 Abs. 2 lit. a-d BGBM.

¹²⁶ Bericht Vorentwurf BGBM, 46.

¹²⁷ Art. 3 Abs. 1 lit. b und c BGBM.

¹²⁸ Art. 3 Abs. 2 lit. a-d BGBM.

¹²⁹ Art. 8 BGBM.

¹³⁰ Art. 10 Abs. 1 BGBM.

¹³¹ Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (Konsumentinformationsgesetz; KIG) (SR 944.0).

¹³² Art. 1 KIG.

¹³³ Art. 2 Abs. 1 KIG. Der Bundesrat bestimmt die Dienstleistungen, welche der Deklarationspflicht unterstehen, Art. 2 Abs. lit. b KIG. Hinsichtlich Waren vereinbarte betroffene Organisationen der Wirtschaft und der Konsumenten die notwendigen Deklarationen, Art. 3 KIG.

¹³⁴ Art. 5 KIG.

insbesondere die Erstellung und Verbreitung objektiver und fachgerechter Information sowie die Durchführung vergleichender Tests bezweckt¹³⁵.

e) Gesetze betreffend das geistige Eigentum

Die Rechtsordnung bestimmt einen Kreis von geistigen Schöpfungen, für die der Schöpfer Schutz vor Nachahmung beanspruchen kann¹³⁶. Zu ihnen gehören u.a. Geisteswerke in der Literatur, der Wissenschaft und der Kunst, Formen von gewerblichen Erzeugnissen, technische Regeln und Kennzeichen. Je nach Bereich ist der Schutz befristet oder unbefristet¹³⁷. Die Gesetze betreffend das geistige Eigentum haben im Rahmen des Wettbewerbsrechts eine grosse Bedeutung¹³⁸.

Kennzeichenschutz erfolgt z.B. durch das Markenschutzgesetz¹³⁹ oder durch das Firmenrecht¹⁴⁰. Das Kennzeichen dient dem Abnehmer, Leistungen gleicher Gattung oder unterschiedliche Anbieter derselben Leistung voneinander zu unterscheiden¹⁴¹. Es ist eine Bezeichnung, nach welcher Abnehmer Ausschau halten, um empfohlene oder bereits bekannte Leistungen mit geringem Suchaufwand (erneut) zu erlangen¹⁴². Inhaber von Kennzeichen erhalten einen Anreiz, damit bezeichnete Leistungen in stets gleicher Qualität zu erbringen sowie überhaupt den guten Ruf einer Leistung zu pflegen. Damit gehen Investitionen einher. Sie zahlen sich aus, weil der Abnehmer im Falle der Zufriedenheit entsprechend bezeichnete und damit wieder auffindbare Leistungen wiederholt erwerben wird.

Ein Grund, Kennzeichenschutz zeitlich zu befristen, ist nicht ersichtlich. Einerseits würde man dem Abnehmer nach Ablauf der Schutzfrist unnötigerweise die Suche

¹³⁵ Art. 5 Abs. 1 lit. a und b. Das Gesetz stellt detaillierte Anforderungen an vergleichende Tests, die vom Bund unterstützt werden, vgl. Art 6 KIG.

¹³⁶ Troller/Troller (Kurzlehrbuch), 12.

¹³⁷ Die Schutzfrist ist abhängig von der Tragweite des Privilegs. Werden durch die spezialrechtliche Monopolisierung Konkurrenten stark behindert, ist die Schutzfrist kurz. Bei praktisch keiner Beeinträchtigung der Konkurrenten ist die Schutzfrist länger, vgl. SIWR-Dessementet, 19.

¹³⁸ Pedrazzini (UWG), 41; David (Wettbewerbsrecht), Rz. 17.

¹³⁹ Bundesgesetz vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, MSchG) (SR 232.11).

¹⁴⁰ Art. 944 bis 956 OR.

¹⁴¹ Für das Markenrecht: A. Troller (Immaterialgüterrecht), 206.

¹⁴² Posner/Landes, 269.

erschweren¹⁴³. Andererseits wären Unternehmen in geringerem Ausmass bereit, in Ruf und Qualität zu investieren, wenn sie stets nach Ablauf einer bestimmten Frist wieder von vorne anfangen müssten. Von der freien Benutzbarkeit eines vormals geschützten Kennzeichens könnte auch die Allgemeinheit nicht profitieren, weil das Kennzeichen eben gerade als Bezeichnung einer bestimmten Leistung seinen Wert hat und nicht unabhängig davon¹⁴⁴.

Das Urheberrechtsgesetz¹⁴⁵, das Patentgesetz¹⁴⁶, das Sortenschutzgesetz¹⁴⁷ oder das Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle¹⁴⁸ gewähren dem Schöpfer bei der Verwertung seiner Schaffung ein zeitlich befristetes Monopol, sofern bestimmte qualitative Voraussetzungen erfüllt sind. Die damit verbundene Monopolrendite gibt Anreiz, stets neue und bessere Produkte zu entwickeln und fördert damit gesamtwirtschaftlich den technischen Fortschritt¹⁴⁹. Aufgrund der zeitlichen Befristung darf die Allgemeinheit eine geistige Errungenschaft ab einem bestimmten Zeitpunkt frei benutzen und ausschöpfen. Dann kann jeder, der sich auch nur den geringsten Vorteil verspricht, davon profitieren¹⁵⁰. Der Gesetzgeber ist gezwungen, für eine bestimmte Kategorie geistiger Schöpfungen jeweils eine einheitliche Schutzfrist festzulegen¹⁵¹. Dabei ist er um eine optimale Abwägung zwischen Schöpfer- und Allgemeininteressen bemüht.

¹⁴³ Posner (Economic Analysis), 44.

¹⁴⁴ Troller/Troller (Kurzlehrbuch), 29; Posner/Landes, 274.

¹⁴⁵ Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG) (SR 231.1).

¹⁴⁶ Bundesgesetz vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente (Patentgesetz, PatG) (SR 232.14).

¹⁴⁷ Bundesgesetz vom 20. März 1975 über den Schutz von Pflanzenzüchtungen (Sortenschutzgesetz) (SR 232.16).

¹⁴⁸ Bundesgesetz vom 30. März 1900 betreffend die gewerblichen Muster und Modelle (SR 232.12).

¹⁴⁹ SIWR-Streuli-Youssef, 164. Nach A. Troller (Immaterialgüterrecht), 123, braucht der Erfinder keinen Ansporn, sondern schafft aus eigenem Antrieb. Materieller Anreiz sei aber dennoch notwendig, um die zahlreichen Investitionen, die mit einer Erfindung zusammenhängen, zu amortisieren.

¹⁵⁰ Nach A. Troller (Immaterialgüterrecht), 121, müssen Erfindungen nach Ablauf einer bestimmten Frist frei sein, um als Grundlage für weitere geistige Errungenschaften dienen zu können. Nach Troller/Troller (Kurzlehrbuch), 10, geschieht die Befristung im Allgemeininteresse.

¹⁵¹ Nach Troller/Troller (Kurzlehrbuch), 28, lassen sich die Fristberechnungen weder im Patent- noch im Urheberrecht rational begründen.

5.4.3 Wettbewerbsaspekte in den Gesetzen mit Wirkung auf den Wettbewerb

a) *Übersicht*

Die dargestellten Gesetze konkretisieren den Wettbewerb in vielerlei Hinsicht. Unter den Begriffen Preiswettbewerb, Fortschritt und Kostensenkung, tiefe Marktzutrittsbarrieren, Information, Standortförderung, Wettbewerbskommission sowie nichtökonomische Aspekte werden die Wettbewerbsgesichtspunkte in den Erlassen mit Wirkung auf den Wettbewerb nachfolgend aufgezeigt.

b) *Preiswettbewerb*

Preiswettbewerb erfordert eine Mindestanzahl an Konkurrenten, die sich unabhängig voneinander um den Absatz von Leistungen bemühen. Dadurch sinken die Preise der angebotenen Leistungen im Idealfall bis zu den Grenzkosten¹⁵². Das KG stellt sicher, dass die Anbieter den Wettbewerb durch Abmachungen nicht aufheben und dadurch die Gelegenheit zur Preiserhöhung erhalten. Wenn eine Abrede zulässig ist, oder wenn ein Unternehmen aus eigener Kraft oder aufgrund eines Auftrags der öffentlichen Hand eine Monopolstellung erlangt, sorgt der Preisüberwacher für Preise, wie sie in einer Konkurrenzsituation entstehen würden.

c) *Fortschritt und Kostensenkung*

Der Wettbewerb hat eine Fortschrittsfunktion. Wer zuerst mit einer verbesserten oder neuen Leistung auf den Markt kommt, hat ein Preismonopol, bis die Konkurrenten mit einer gleichwertigen Leistung nachziehen¹⁵³. Dadurch fallen Monopolgewinne an, welche die Pionierleistung lohnenswert machen.

Erlasse des Immaterialgüterrechts sehen in bestimmten Sachbereichen befristeten Schutz für geistige Schöpfungen vor. Der Schöpfer kann während dieser Frist die Schöpfung alleine verwerten. Die Aussicht auf Monopolgewinne gibt Ansporn zu geistigen Schöpfungen. Leistungen ohne Schutz sind zur Nachahmung frei. Die Reaktion von

¹⁵² Neben Preiswettbewerb ist auch Qualitätswettbewerb möglich, vgl. Schlupe (wirksamer Wettbewerb), Rz. 136, m.H.a. die Botschaft vom 30. Mai 1984 zu einem Preisüberwachungsgesetz (PüG). Nach Schlupe (wirksamer Wettbewerb), Rz. 145, muss dabei der Qualitätswettbewerb jedoch spürbar und transparent sein. Gleich dem Preis müssten die Abnehmer die angebotenen Leistungen anhand der Qualität ohne grossen Aufwand vergleichen können.

¹⁵³ Aberle (Wettbewerbstheorie), 19.

Mitbewerbern erfolgt jedoch zeitlich verzögert, weshalb der Schöpfer kurzfristig Alleinanbieter ist. Poduzieren später weitere Anbieter dieselbe Leistung, sinkt der Preis im Idealfall bis zu den Grenzkosten.

Einen Wettbewerbsvorteil hat auch derjenige, der eine Leistung zu tieferen Kosten als seine Konkurrenten herstellt. Bis diese nachziehen (dürfen), wird der Poduzent mit den tiefen Kosten seine Preise leicht senken und damit die Nachfrage auf sich ziehen. Die kostengünstige Produktion belässt ihm dennoch Gewinn.

d) Tiefe Marktzutrittsbarrieren

Der angestrebte Wettbewerb zeichnet sich durch tiefe Marktzutrittsbarrieren aus. Dadurch treten neue Anbieter häufiger im Markt auf, wodurch Angebotsvielfalt und Preisdruck entstehen. Marktbeherrschende Anbieter müssen sich kompetitiv verhalten, weil erhöhte Preise unverzüglich weitere Anbieter auf den Marktplatz locken würden.

Das KG verbietet marktmächtigen Unternehmen ein Verhalten, das neuen Anbietern den Zutritt zum Markt ungerechtfertigt erschwert¹⁵⁴. Das BGBM sorgt für einen schweizweit einheitlichen Markt und erleichtert damit Anbietern den Vorstoss in regionale Märkte, in welchen zuvor eine Betätigung aus mannigfaltigen Gründen beschwerlich war¹⁵⁵.

e) Information

Der Abnehmer benötigt für seine Erwerbsentscheide Informationen über die angebotenen Leistungen. Nur so kann er herausfinden, welche Leistung sich mit seinen Präferenzen weitestgehend deckt. Bisweilen stellt der Markt aus sich heraus zu wenig Informationen bereit. In der Folge erstehen die Abnehmer ungeeignete Leistungen, oder sie kaufen gar nicht.

Das KIG verlangt von den Anbietern die Umschreibung ihrer Leistungen¹⁵⁶. Weiter verpflichtet es den Bund zur Unterstützung von Informationsverbreitung durch objektive Stellen sowie von vergleichenden Tests¹⁵⁷. Mit Hilfe der dadurch bereitgestellten Informationen kann der Abnehmer Qualität und Quantität des Angebots einfacher abschätzen

¹⁵⁴ Vgl. zuvor, IV.A.5.4.2 a) (S. 33 f.).

¹⁵⁵ Vgl. zuvor, IV.A.5.4.2 c) (S. 35 f.).

¹⁵⁶ Art. 2 Abs. 2 KIG. Vgl. zur Wirkung des KIG im Wettbewerb weiter vorne, IV.A.5.4.2 d) (S. 36 f.).

¹⁵⁷ Art. 5 KIG.

und jene Leistung erwerben, die sich mit seinen Präferenzen deckt. Die mit Gesetzen des Immaterialgüterrechts geschützten Kennzeichen ermöglichen dem Abnehmer, eigene Kenntnisse über eine bestimmte Leistung unverzüglich einem konkreten Angebot zuzuordnen und erleichtern damit den Angebotsvergleich ebenfalls¹⁵⁸.

f) Standortförderung

Ein weiterer Aspekt, welcher in der Wettbewerbspolitik auf Gesetzesstufe ersichtlich wird, ist die Förderung des Wirtschaftsstandorts Schweiz im Hinblick auf die zunehmende Internationalisierung.

Das KG sieht bei Unternehmenszusammenschlüssen die Berücksichtigung der Stellung der beteiligten Unternehmen im internationalen Wettbewerb vor¹⁵⁹. Je nach sachlichem Markt wird eine marktmächtige Stellung in der Schweiz hingenommen, um den beteiligten Unternehmen die Grösse zu ermöglichen, die heute auf internationalen Märkten notwendig ist¹⁶⁰. Weiter hat das BGBM u.a. zum Ziel, die „Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft [zu] stärken“¹⁶¹. Die intensivierte Konkurrenz im Inland macht die Schweizer Anbieter im Vergleich auch mit ausländischen Konkurrenten leistungsfähiger.

g) Wettbewerbskommission

Aus organisatorischer Sicht ist die zunehmende Bedeutung der Wettbewerbskommission bei der Gestaltung des Wettbewerbs in der Schweiz hervorzuheben. Die Wettbewerbskommission hat im Rahmen der Anwendung des KG, des BGBM und des PüG verschiedene Funktionen inne. Sie berät Behörden, erstellt Gutachten zu Entwürfen von Gesetzen, die sich auf den Wettbewerb auswirken, oder ist in manchen Fällen sogar selbst urteilende Instanz¹⁶². Damit werden staatliche Handlungen, die den Wettbewerb

¹⁵⁸ Posner/Landes, 269. Vgl. zur Wirkung des Kennzeichenrechts im Wettbewerb weiter vorne, IV.A.5.4.2 e) (S. 37 f.).

¹⁵⁹ Art. 10 Abs. 4 KG.

¹⁶⁰ Ducrey/Drolshammer, Komm., Art. 10, Rz. 36, und Borer (Kartellgesetz), Art. 10, Rz. 17, jeweils m.H.a. Botschaft KG 1994, 586, die von einem hohen Konzentrationsgrad spricht, gemessen an den schweizerischen Verhältnissen. Zum alten KG ausführlich: Schlupe (Internationale Wettbewerbsfähigkeit), 453 ff.; Schlupe (wirksamer Wettbewerb), Rz. 112.

¹⁶¹ Art. 1 Abs. 2 lit. c BGBM.

¹⁶² Art. 10 Abs. 2, Art. 18 Abs. 3, Art. 45 Abs. 2, Art. 46 Abs. 2 und Art. 47 Abs. 2 KG.

betreffen, vermehrt von Spezialisten mitgetragen. Diese sind in der Lage, die ökonomischen Konsequenzen ihrer Entscheidungen und Empfehlungen abzuschätzen.

h) Nichtökonomische Aspekte

Das Wettbewerbsbild, wie es die Gesetze mit Wirkung auf den Wettbewerb neben dem UWG konkretisieren, beinhaltet nicht ausschliesslich wirtschaftliche Gesichtspunkte. Das BGBM anerkennt daneben Aspekte wie Schutz von Leben und Gesundheit, Umwelt- und Naturschutz, Arten- und Sortenvielfalt sowie sozial- und energiepolitische Zielsetzungen¹⁶³. Und laut KG kann der Bundesrat in Ausnahmefällen und bei überwiegenden öffentlichen Interessen einen Unternehmenszusammenschluss, eine Ausnutzung von Marktmacht oder eine Wettbewerbsabrede zulassen, auch wenn ökonomische Argumente dagegen sprechen¹⁶⁴.

5.4.4 Schlussfolgerung

Die aufgezeigten Aspekte in den untersuchten Gesetzen sind Bestandteile eines Wettbewerbsbildes, dem die Schweizer Rechtsordnung verpflichtet ist. Zumeist widerspiegeln sie anerkannte ökonomische Aspekte, wie Preis, Fortschritt, Information und Marktzutritt. Der Gesetzgeber ordnet sich jedoch nicht den wettbewerbstheoretischen Kriterien unter. Er möchte inländische Anbieter unterstützen und stärken. Daneben erkennt der Gesetzgeber Gesichtspunkte ausserhalb des Wirtschaftslebens, die eine Abkehr von rein ökonomischen Wettbewerbsanliegen rechtfertigen.

Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung führt zu einem einheitlichen Wettbewerbsbild in allen Erlassen. Insofern widerspiegeln die untersuchten Erlasse dasselbe Wettbewerbsbild wie jenes im UWG¹⁶⁵. In beschränktem Ausmass sind das UWG und die übrigen Gesetze betreffend Wettbewerbsgestaltung dennoch autonom. Zunächst messen die Gesetze den einzelnen Wettbewerbsaspekten unterschiedliches Gewicht bei. Überdies kann jeder Erlass und damit auch das UWG Abweichungen vom grundsätzlich einheitlichen Wettbewerbsbild vorsehen. Derartige Bestimmungen sind jedoch als Ausnahmen zu verstehen und deshalb restriktiv auszulegen.

¹⁶³ Art. 3 Abs. 2 BGBM.

¹⁶⁴ Art. 8 und 11 KG.

¹⁶⁵ Baudenbacher (Kommentar), Art. 1, Rz. 35, über das Verhältnis zwischen dem angestrebten Wettbewerb im UWG und im KG.

6. Teleologische Auslegung

6.1 Quellen

Mit der teleologischen¹⁶⁶ Auslegung soll eine Norm oder ein ganzes Gesetz so interpretiert werden, dass es dem mutmasslichen Zweck, den der Gesetzgeber verfolgte, dienlich ist¹⁶⁷. Man versetzt sich dabei aber nicht in die Rolle des historischen Gesetzgebers, sondern sieht sich als ein Repräsentant der Gemeinschaft, der konsensfähigen Gerechtigkeitsvorstellungen verpflichtet ist¹⁶⁸. Hinweise auf den Gesetzeszweck geben der allenfals vorhandene Zweckartikel, die Gesetzesbezeichnung, höherrangige Erlasse wie die Verfassung sowie die Gesetzesmaterialien¹⁶⁹.

Zweckartikel und Titel des UWG machen klare Aussagen: Zum einen bezweckt das UWG den lautereren und unverfälschten Wettbewerb¹⁷⁰, zum anderen richtet es sich gegen den unlauteren Wettbewerb¹⁷¹. Demnach ist der Wettbewerb Zweck. Aus zwei Gründen ist diese Auffassung zu korrigieren.

Erstens betrifft die vorliegende Auslegung weder das gesamte UWG noch den Zweckartikel. Allein der Wettbewerbsbegriff in Art. 1 UWG wird an dieser Stelle auf seinen Sinn und Zweck untersucht, nachdem die Auslegung nach den übrigen drei klassischen Auslegungskriterien bereits stattgefunden hat. Die Aussage, der Wettbewerbsbegriff im UWG bezwecke den Wettbewerb, dürfte jedoch kaum sinnbringend sein.

Zweitens wird mit Hilfe des UWG nicht Wettbewerb um seiner selbst Willen bezweckt¹⁷². Dahinter stehen andere Zielsetzungen, zu deren Erreichung der Wettbewerb lediglich Mittel ist. Zum besseren Verständnis des Wettbewerbsbegriffes im UWG muss man sich diese Zielsetzungen vor Augen führen. Dabei sind die Verfassung als höherrangiger Erlass sowie die Materialien zum UWG hilfreich.

¹⁶⁶ Zweck = griech. „telos“, vgl. Höhn (Gesetzesauslegung), 217.

¹⁶⁷ Riemer (Einleitungsartikel), 40.

¹⁶⁸ Zippelius (Methodenlehre), 47.

¹⁶⁹ BK-Meier-Hayoz, Art. 1, Rz. 203 ff.

¹⁷⁰ Art. 1 UWG mit der Marginalie „Zweck“.

¹⁷¹ Der Titel des UWG lautet: „Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb“.

¹⁷² Nach Schürmann (Wettbewerb), 536, hat der Wettbewerb keinen Selbstzweck. Schluep (System), 582, schreibt allgemeiner, die Wirtschaft sei nicht Selbstzweck.

Die Verfassungsgrundlage zum UWG¹⁷³ ist im Lichte anderer Verfassungsbestimmungen zu betrachten. Dabei haben insbesondere Zweck- und Programmartikel eine grosse Bedeutung¹⁷⁴. Hinsichtlich wirtschaftlicher Betätigung sind v.a. Art. 94 Abs. 2¹⁷⁵ sowie der Zweckartikel der Bundesverfassung, Art. 2¹⁷⁶ wichtig¹⁷⁷. Sie erklären eine möglichst grosse gemeinsame Wohlfahrt bei gleichzeitigem Schutz der Freiheit als Ziel. Eine sozialverpflichtete und wettbewerbsorientierte Wirtschaft, zu welcher sich die Bundesverfassung bekennt¹⁷⁸, soll zu diesem Ziel führen. Dem Wettbewerb kommt dabei Verteilungs- und Koordinationsfunktion zu¹⁷⁹.

Sinn und Zweck des Wettbewerbs, wie ihn das UWG vorsieht, ist folglich Wohlfahrt und Freiheit. Die Frage, wie der Wettbewerb zu gestalten ist, um im Staat grösstmögliche Wohlfahrt und Freiheit sowie das dazu erforderliche Verteilungs- und Koordinationssystem zu erlangen, ist keine juristische. Sie ist den Wirtschaftswissenschaften vorbehalten¹⁸⁰. Von diesen stammen zahlreiche Wettbewerbsmodelle¹⁸¹. Welches im Einzelfall anwendbar ist, hängt ab von der zu lösenden Rechtsfrage sowie vom Stand der

¹⁷³ Im UWG werden Art. 31^{bis} Abs. 2, 31^{sexies}, 64 sowie 64^{bis} der alten BV genannt. Die geltende Verfassung erteilt dem Bund in Art. 96 Abs. 2 lit. b ausdrücklich die Kompetenz zum Erlass von Massnahmen gegen den unlauteren Wettbewerb.

¹⁷⁴ BGE 100 Ib 260, 264 f., m.H.a weitere BGE. Nach Gygi/Richli (Wirtschaftsverfassungsrecht), 48, sind „Zweck- oder Programmartikel (...), obschon sie keine staatlichen Wirkungsmöglichkeiten schaffen, deswegen nicht rechtlich bedeutungslos. Vielmehr sind sie bei der *Auslegung und Anwendung* der zugehörigen Organisations-, Zuständigkeits- und Verhaltensvorschriften heranzuziehen und zu berücksichtigen.“ (Hervorhebungen im Orig.). Häfelin/Haller (Bundesstaatsrecht), Rz. 1076 f., sprechen in diesem Zusammenhang von „Leitgedanken“.

¹⁷⁵ Art. 31^{bis} Abs. 1 aBV.

¹⁷⁶ Zugleich Art. 2 aBV.

¹⁷⁷ Gygi/Richli (Wirtschaftsverfassungsrecht), 49 f.

¹⁷⁸ Botschaft UWG, 30; Botschaft KG 1981, 1372.

¹⁷⁹ Botschaft UWG, 30.

¹⁸⁰ Baudenbacher (funktionale Anwendung), 148 ff., insb. 154. Schluep (System), 587: „In der Tat lehren uns die Ökonomen, dass die vom Wettbewerb erwarteten guten Organisationsleistungen nur erbracht werden, wenn der Wettbewerb nicht verfälscht wird.“

¹⁸¹ In der Mehrzahl dieser Modelle ist der Wettbewerb nur Mittel bei der Erreichung überindividueller Grundwerte wie Wohlfahrt, Freiheit und Gerechtigkeit. Eine Ausnahme dazu bildet der systemtheoretische Ansatz, wonach der Wettbewerb selbst Ziel ist, vgl. Schlüter (Funktion), 90 f.

Wirtschaftswissenschaften¹⁸². Gesetzesauslegung und Generalklausel ermöglichen den flexiblen Einbezug der jeweils passenden Theorie¹⁸³.

Zur Veranschaulichung werden die meistgenannten Wettbewerbstheorien im folgenden kurz aufgezeigt.

6.2 Wettbewerbstheorien

Die Theorie des *klassischen Konzepts* sieht nur eine geringfügige staatliche Einflussnahme auf den Wettbewerb vor. Lediglich die Vertrags- und Eigentumsfreiheit sowie die Ermöglichung des ungehinderten Markzutritts sind von staatlicher Seite zu gewährleisten¹⁸⁴. Bei dieser Ausgangslage bildet sich der Wettbewerb von selbst¹⁸⁵. Vormachtstellungen einzelner Wettbewerber sind möglich. Sie sind aber nur von kurzer Dauer, weil die anderen Konkurrenten dem Monopolisten die Monopolrendite streitig machen werden¹⁸⁶.

Das *neoklassische Konzept* hat den vollkommenen Wettbewerb zum Ziel. Ein solcher zeichnet sich aus durch eine Vielzahl von Anbietern mit untereinander substituierbaren Angeboten, durch Mobilität der Marktteilnehmer und durch schnellen Informationsfluss¹⁸⁷. Staatliche Intervention zum Erlangen dieser Attribute ist zulässig¹⁸⁸. Befristete Unvollkommenheiten, welche im klassischen Modell noch zulässig waren, werden dadurch verhindert. Dynamische Elemente des Wettbewerbs finden keine Berücksichtigung¹⁸⁹.

Die Theorie des *funktionsfähigen Wettbewerbs* (workable competition) bezieht die Dynamik mit ein¹⁹⁰. Innovative Vorstösse verschaffen einzelnen Wettbewerbern solange

¹⁸² Nach Zippelius (Methodenlehre), 47, ist der Gesetzeszweck nicht ein für allemal festgelegt, sondern er passt sich, in begrenztem Masse zwar, sozialethischen Veränderungen an.

¹⁸³ SIWR-Müller, 15; Fiechter (Leistungsschutz), 16.

¹⁸⁴ Berger (Konkretisierung), 67, m.H.a. Schmidt, 5, u. Neumann, 104.

¹⁸⁵ Berger (Konkretisierung), 67, m.H.a. Schmidt, 3, u. Tolksdorf, 787.

¹⁸⁶ Fiechter (Leistungsschutz), 25, m.H.a. Bartling, 10.

¹⁸⁷ Fiechter (Leistungsschutz), 26.

¹⁸⁸ Berger (Konkretisierung), 70, m.H.a. Tuchtfeldt, 553.

¹⁸⁹ Berger (Konkretisierung), 70, m.H.a. Kantzenbach (Funktionsfähigkeit), 27; SIWR-Weber, 10.

¹⁹⁰ Diese Erkenntnis entstammt ursprünglich J.M. Clarks Gegengifthese. Darin wird die Unvollkommenheit von Märkten anerkannt. Ihr sei mit weiteren Unvollkommenheiten zu begegnen. Damit erreiche man zwar nicht den vollkommenen Markt. Der daraus entstehende Wettbewerb sei aber dennoch instande, seine Funktionen wahrzunehmen. Vgl. Emmerich (Kartellrecht), 10.

eine Monopolstellung, bis die Konkurrenten aus eigener Kraft oder durch Nachahmung die gleiche oder eine bessere Leistung zu erbringen imstande sind¹⁹¹. Die Aussicht auf eine befristete Vorrangstellung mit der entsprechenden Rendite veranlasst die Wettbewerber, immer neue Güter oder Dienstleistungen zu entwickeln¹⁹². Der funktionsfähige Wettbewerb übernimmt eine Fortschrittsfunktion.

Marktunvollkommenheiten können den Wettbewerb intensivieren, wie die Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs andeutet. Es liegt deshalb nahe, gezielt und gut dosiert Unvollkommenheiten in das Marktsystem einzustreuen, wenn man sich davon eine Wettbewerbsintensivierung verspricht.

Im Konzept der *optimalen Wettbewerbsintensität*¹⁹³, das der Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs entspringt, sind Marktunvollkommenheiten gezielt eingesetzt. Dieses Konzept geht davon aus, dass wenige grosse Unternehmen einen intensiveren Konkurrenzkampf führen als viele kleine¹⁹⁴. Das widerspricht der Idee des vollkommenen Marktes, an welchem möglichst viele Anbieter teilnehmen sollen. Hohe Marktintensität zeichnet sich durch rasche Nachahmung einer Innovation durch die Konkurrenten aus¹⁹⁵. Zeitlich befristeter Schutz vor Nachahmung ist nur statthaft, um den Ansporn für das innovative Unternehmen zu erhöhen¹⁹⁶.

Das Wettbewerbskonzept mit der Bezeichnung „*Harvard-School*“ sieht eine aktive Einmischung des Staates in den Wettbewerb vor. Es widerspiegelt ebenfalls die Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs. Zu untersuchende Märkte sollen räumlich, zeitlich und sachlich eingegrenzt werden¹⁹⁷. Je nach Markt ist eine andere Marktstruktur am besten geeignet¹⁹⁸. Der Staat hat mit seiner Politik auf die jeweils optimale Marktstruktur hinzuwirken. Das dafür notwendige Wissen erlangt er durch die Analyse bestehender Märkte¹⁹⁹.

¹⁹¹ Fiechter (Leistungsschutz), 31.

¹⁹² Berger (Konkretisierung), 73, m.H.a. Cox/Hübener, 15, u. Kantzenbach/Kallfass, 108.

¹⁹³ Dieses Konzept geht auf Erhard Kantzenbach zurück. Vgl. Kantzenbach, Erhard: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. A., Göttingen 1967, zit. nach Berger (Konkretisierung), 74, FN 85.

¹⁹⁴ Fiechter (Leistungsschutz), 34, m.H.a. Kantzenbach/Kallfass, 110.

¹⁹⁵ Berger (Konkretisierung), 75, m.H.a. Kantzenbach (Funktionsfähigkeit), 39.

¹⁹⁶ Fiechter (Leistungsschutz), 34.

¹⁹⁷ Emmerich (Kartellrecht), 12.

¹⁹⁸ Emmerich (Kartellrecht), 11, m.w.H.

¹⁹⁹ Berger (Konkretisierung), 78, m.H.a. Kantzenbach/Kallfass, 116 f.

Die „*Chicago-School*“ sieht den Staat demgegenüber in einer passiven Rolle. Unternehmenszusammenschlüsse beispielsweise werden keineswegs untersagt, weil sie die Produktionseffizienz steigern und damit den allgemeinen Wohlstand fördern²⁰⁰. Der Staat soll lediglich für tiefe Marktzutrittsbarrieren sorgen, damit in Märkten mit vormächtigen Anbietern Konkurrenten möglichst ungehindert hinzutreten können²⁰¹. Darüber hinaus missbilligt diese Lehre Preisabsprachen²⁰².

Nach dem *Systemtheoretischen Ansatz* ist der Markt ein derart komplexes Gebilde, dass jeder Versuch des Erlangens zukünftiger Marktergebnisse mittels Beeinflussung der derzeitigen Marktstrukturen zum Scheitern verurteilt ist²⁰³. Im Vordergrund steht die persönliche Wettbewerbsfreiheit des einzelnen Marktteilnehmers²⁰⁴. Machtmissbrauch starker Marktteilnehmer ist untersagt, weil er die Wettbewerbsfreiheit der übrigen Marktteilnehmer beeinträchtigt²⁰⁵. Die Institution Wettbewerb erfährt nach diesem Ansatz lediglich reflexartigen Schutz.

Das *Contestable Markets* Konzept erfordert den kostenlosen Marktzutritt und -austritt²⁰⁶. Darüber hinaus müssen Innovationen spätestens nach deren Amortisation allgemein zugänglich sein, damit alle Interessierten unter gleichen Voraussetzungen produzieren können²⁰⁷. Nach dieser Theorie sieht ein marktmächtiges Unternehmen allein schon aufgrund der drohenden Konkurrenz davon ab, seine Macht zu missbrauchen²⁰⁸.

²⁰⁰ Emmerich (Kartellrecht), 18.

²⁰¹ Berger (Konkretisierung), 79 f.

²⁰² Fiechter (Leistungsschutz), 38, m.H.a. Kantzenbach/Kallfass, 119.

²⁰³ Fiechter (Leistungsschutz), 35 f.

²⁰⁴ Fiechter (Leistungsschutz), 36.

²⁰⁵ Berger (Konkretisierung), 82, m.H.a. Schips, 28, und Ruffner (Wettbewerbstheorie), 65.

²⁰⁶ Fiechter (Leistungsschutz), 40, m.H.a. Baumol, 3.

²⁰⁷ Berger (Konkretisierung), 89, m.H.a. Ruffner (Wettbewerbstheorie), 143.

²⁰⁸ Fiechter (Leistungsschutz), 40 f.

6.3 Schlussfolgerung

Die Schweiz ist keinem bestimmten Wettbewerbsmodell verpflichtet²⁰⁹. Der unter Juristen oft verwendete Ausdruck des „wirksamen Wettbewerbs“ ist ein Rechtsbegriff und verweist nicht auf den wettbewerbstheoretischen „Workability“-Ansatz²¹⁰. Die Wettbewerbstheorie in die Entscheidungen einfließen zu lassen, entspricht jedoch der rechtsmethodischen Forderung, nach welcher die Natur der Sache zu berücksichtigen ist²¹¹. Den Wettbewerb betreffende Regeln lassen sich nicht ohne ökonomisches Wissen über den Wettbewerb anwenden. Das trifft insbesondere dort zu, wo das Gesetz dem Rechtsanwender viel Freiraum lässt, z.B. bei unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln.

Die Kenntnis über verschiedene Wettbewerbstheorien ermöglicht dem Gericht, die ökonomischen Folgen seiner Entscheidungen abzuschätzen und ihre Wünschbarkeit zu begründen. Nach der hier vertretenen Ansicht geht es nicht darum, dass das Gericht Erwägungen zu verschiedenen Wettbewerbstheorien macht²¹². Es sollte aber in der Lage

²⁰⁹ Berger (Konkretisierung), 96. Baudenbacher (Suggestivwerbung), 150, unternimmt eine gewisse Spezifizierung, indem er den funktionsfähigen Wettbewerb als Leitbild ansieht und sich explizit vom Modell des vollkommenen Wettbewerbs distanziert. In Deutschland kritisiert Schlüter (Funktion), 62 f., 176, die Verwendung des funktionsfähigen Wettbewerbs als Leitbild und schlägt ein Modell vor, welches mit dem Systemtheoretischen Ansatz verwandt ist. Kleinewefers (Ökonomische Theorie), 86, kritisiert ohne Bezugnahme auf das UWG die Wahl eines bestimmten Wettbewerbsmodells, wenn er schreibt: „Während unter dem Eindruck der teilweise niederschmetternden Erfahrungen mit der aktivistischen keynesianischen Wirtschaftspolitik unter den Nationalökonomern eine sehr ernsthafte und überwiegend skeptische bis pessimistische Besinnung darüber stattfindet, was wir erkennen und folglich mit einiger Aussicht auf den gewünschten Erfolg beeinflussen können, gebärden sich Juristen als die letzten fröhlichen Wirtschaftspolitiker und trauen sich zu, die Welt durch Paragraphen und Verwaltungsakte zu verbessern.“

²¹⁰ Berger (Konkretisierung), 97. Schlupe (wirksamer Wettbewerb), Rz. 181 f., weist auf die zahlreichen Varianten des Workability-Ansatzes hin. In Rz. 80 erklärt er die allgemeine Problematik bei der Übernahme von Begriffen aus den Wirtschaftswissenschaften in die Juristerei: „Den Wirtschaftswissenschaften ist primär aufgetragen, Seinszusammenhänge zu ergründen. Demgegenüber geht es in der Wirtschaftsrechtswissenschaft darum, eine an der Würde des wirtschaftenden Menschen ausgerichtete Wirtschaftsverfassung zu implementieren. Von diesem letzten Zweck her ist zu entscheiden, inwieweit fachwissenschaftliche Prädikationen übernommen oder modifiziert werden müssen. Fest steht, dass eine über die Fachsprache hinaus eingebürgerte Bedeutung bei Rezeption und Transformation in Rechtsbegriffe nicht ohne Not auf den Kopf gestellt werden darf.“

²¹¹ Berger (Konkretisierung), 96.

²¹² A.M. Berger (Konkretisierung), 96, wonach der Jurist im Sinne der Methodenehrlichkeit die verwendeten wettbewerbstheoretischen Positionen aufzeigen muss, sowie Baudenbacher (funktionale Anwendung), 150, der die Offenlegung des angewandten Wettbewerbsmodells fordert. Nach Bürgi/Lang (Moment-

sein, sein Urteil mit der Verwirklichung bestimmter Wettbewerbsaspekte zu begründen. So könnte beispielsweise ausgeführt werden, dass das Urteil die Konkurrenz unter den Anbietern intensiviere, den Ansporn für Innovation vergrössere oder die Marktzutrittsbarriere herabsetze. Gleichzeitig sollte sich das Gericht mit offenkundigen ökonomischen Einwänden gegen seine Entscheidungen auseinandersetzen. Bei grosser Unsicherheit über die ökonomischen Folgen einer Entscheidung soll dem Gericht auch gestattet sein, bewusst auf die Berücksichtigung von Wettbewerbsaspekten zu verzichten. Dadurch lässt sich zweifelhafte Wettbewerbssteuerung vermeiden.

Für den hier untersuchten Wettbewerbsbegriff ergibt sich aus der teleologischen Auslegung zwar kein eindeutiger Hinweis, dafür aber ein Reihe von Vorschlägen. Immerhin erscheinen einige Aspekte in mehreren Wettbewerbstheorien und bleiben in den übrigen zumeist unwidersprochen. Anzustreben sind danach tiefe Marktzutrittskosten, eine Dynamik von Innovation und Imitation sowie eine Mehrzahl von Anbietern. Streitig ist in den Wettbewerbstheorien dagegen die Rolle des Staates. Sein Aktionsradius variiert je nach Theorie vom Nachtwächter bis hin zur Autorität, welche die optimale Anzahl Mitbewerber abhängig vom betroffenen sachlichen Markt festlegt.

7. Auslegungsergebnis

Nach Darlegung der vier klassischen Auslegungselemente geht es nun darum, den Wettbewerbsbegriff im Zweckartikel des UWG zu konkretisieren.

Die einzelnen Auslegungselemente können auf unterschiedliche Bedeutungen des untersuchten Begriffes hinweisen. Dabei genießt grundsätzlich kein Auslegungselement den Vorrang vor dem anderen²¹³. Alle Argumente sollen untersucht und einander gegenübergestellt werden²¹⁴. Jenes Auslegungsergebnis, auf welches die meisten Auslegungselemente hinzielen, muss nicht das richtige sein²¹⁵. Die Überzeugungskraft jedes einzelnen Arguments ist auch mit Blick auf die anderen Elemente zu würdigen²¹⁶. Das Bundesgericht nennt diese Vorgehensweise Methodenpluralismus²¹⁷.

aufnahme), 240, ist der Zivilrichter überfordert, wenn er die Auswirkung von Einzelverhalten auf die Gesamtwirtschaft beurteilen muss.

²¹³ Hausheer/Jaun (Einleitungstitel), Rz. 2.84.

²¹⁴ Höhn (Gesetzesauslegung), 256.

²¹⁵ BK-Meier-Hayoz, Art. 1, Rz. 181 f.

²¹⁶ Höhn (Gesetzesauslegung), 256.

²¹⁷ BGE 110 Ib 1, 8.

Die Gesetzesauslegung führt bis hierhin noch nicht zu einem unumstösslichen Sinn des Auslegungsgegenstandes. Sie strukturiert jedoch die möglichen Argumente und veranlasst damit den Rechtsanwender zu rationalerem Handeln²¹⁸. Unter den Auslegungsergebnissen, welche nach dem Auslegungsprozess vorgeschlagen sind, soll die Wahl auf das gerechteste fallen²¹⁹. Je nach Einzelfall hat dabei einmal dieses und ein andermal jenes Auslegungselement die grösste Kraft²²⁰.

Die vier klassischen Auslegungselemente erhellen verschiedene Aspekte des Wettbewerbsbegriffes im UWG. Einige klare Konturen lassen sich erkennen, nachdem sie in den einzelnen Auslegungselementen wiederholt erschienen sind. Zahlreiche Einzelaspekte werden knapp angedeutet. Damit kann der Wettbewerbsbegriff einerseits eine Hilfestellung leisten bei der Interpretation von Bestimmungen im UWG. Andererseits ist er auch genügend konkret für einen Vergleich der UWG-Regelungsabsicht mit der Zielsetzung der ökonomischen Analyse des Rechts²²¹.

Der Versuch, mit Hilfe der klassischen Auslegungselemente ein vollständiges Wettbewerbsbild zu zeichnen, muss dagegen misslingen. Erstens ist der Wettbewerb in seiner Natur zu vielfältig, als dass er im Rahmen eines Gesetzes abschliessend umschrieben werden könnte. Zweitens geben die Auslegungselemente bisweilen alternative Wege für die Konkretisierung einzelner Wettbewerbsaspekte vor.

Die dritte Schwierigkeit bei der Auslegung des Wettbewerbsbegriffs liegt in seiner Vielschichtigkeit. Wettbewerb kennt drei Ansatzpunkte: Struktur, Verhalten und Ergebnis²²². Sämtliche drei erfahren durch die Auslegung nach den klassischen vier Elementen Hinweise zur Konkretisierung. Ob jedoch eine Schlussfolgerung von einem Ansatzpunkt auf den anderen zulässig ist, ist umstritten²²³.

²¹⁸ Zippelius (Methodenlehre), 57 f.

²¹⁹ Zippelius (Methodenlehre), 56 f.

²²⁰ Höhn (Gesetzesauslegung), 256.

²²¹ Vgl. dazu weiter hinten, IV.D. (S. 82 ff., insb. 90 ff.).

²²² Diese Unterteilung machen Kantzenbach/Kallfass, 113, zit. nach Fiechter, (Leistungsschutz), 29.

²²³ Sämtliche Konzepte des funktionsfähigen Wettbewerbs lassen solche Rückschlüsse selbstverständlich zu, denn danach soll durch Beeinflussung der Marktstruktur ein erwünschtes Marktergebnis erreicht werden, vgl. Fiechter (Leistungsschutz), 29 f. Nach Hoppmans Systemtheoretischem Ansatz widersprechen solche Rückschlüsse der Offenheit des Wettbewerbsprozesses, vgl. Fiechter (Leistungsschutz), 35. Kritisch gegenüber Rückschlüssen: Berger (Konkretisierung), 93; Ruffner (Grundlagen), 193. Vgl. zu diesem Meinungsstreit auch Lehmann (Wettbewerb), 63.

Die Ergebnisse der Auslegung des Wettbewerbsbegriffes im UWG nach den vier klassischen Elementen werden im folgenden zusammengefasst wiedergegeben. Die nacheinander dargelegten Elemente sind in die Ansatzpunkte Struktur, Verhalten und Ergebnis aufgeteilt. Dadurch werden Konturen und Einzelaspekte des Wettbewerbsbegriffes in geraffter Form ersichtlich.

Das Wort „Wettbewerb“ beschreibt zunächst eine Struktur. Verschiedene Anbieter stehen in einer Rivalitätssituation. Die Abnehmer auf der Marktgegenseite sind die Schiedsrichter und entscheiden über Erfolg oder Misserfolg der Anbieter. Daneben beschreibt der Wettbewerbsbegriff auch das Verhalten der Anbieter, die um Geschäftsabschlüsse mit Abnehmern bemüht sind. Anbieter verbessern ihre Leistungen, passen diese den Bedürfnissen der Abnehmer an oder senken die Preise.

Die historische Auslegung vermittelt zunächst ein ergebnisorientiertes Bild des Wettbewerbs. Die Botschaft des Bundesrates erwartet vom Wettbewerb gesamtwirtschaftlich günstige Ergebnisse, tiefe Preise, verbesserte Angebote, Konsumentenschutz, eine dezentrale Entscheidungsstruktur, Koordination und Verteilung²²⁴. Von den Anbietern erwartet man, dass sie ständig ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verbessern. Daneben nimmt der Gesetzgeber bisweilen Einfluss auf die Struktur, wie die Protokolle der Räte zeigen. Mit der umstrittenen Lockvogelbestimmung strebt er den Erhalt kleinerer Verkaufsgeschäfte an.

Die systematische Auslegung setzt an verschiedenen Punkten an. Das UWG selbst konkretisiert als Verhaltensrecht den Wettbewerbsbegriff in erster Linie unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsverhaltens. Dieses zeichnet sich aus durch Ehrlichkeit und Aufrichtigkeit, Achtung vor dem Abnehmer, Verwendung ausschliesslich redlicher Mittel im Konkurrenzkampf sowie durch Gesetzestreue. Letzterer Punkt ist zugleich ein Ausfluss des Grundsatzes der Chancengleichheit und damit ein strukturelles Element des Wettbewerbs. Mit dem Hinweis, dass der Wettbewerb im Interesse und damit zum Wohle aller, d.h. der Anbieter, der Verbraucher und der Allgemeinheit geführt wird, setzt der UWG-Zweckartikel ein Zeichen bezüglich Wettbewerbsergebnis.

Die Verfassung beschreibt in struktureller Hinsicht die Neutralität der Wettbewerbsvorschriften. Weiter darf der Wettbewerb nicht dem einheitlichen Schweizer Wirtschaftsraum entgegenstehen. Im Ergebnis führt der Wettbewerb zur Förderung des Volkswohl-

²²⁴ Botschaft UWG, 30.

standes, zur besseren Nutzung knapper Ressourcen sowie zur preisgünstigen und effizienten Befriedigung der Bedürfnisse der Bevölkerung.

Die übrige Rechtsordnung betrifft die Wettbewerbsstruktur mancherorts. Das KG sorgt für eine Anbietervielzahl. KG und BGBM bezwecken tiefe Marktzutrittsbarrieren. Die Förderung des Standorts Schweiz findet bei der Fusionskontrolle Berücksichtigung und ist zugleich eine Zwecksetzung des BGBM. Weiter wird die verstärkte Information der Abnehmer angestrebt. Das KIG ermöglicht vergleichende Tests sowie die Informationsverbreitung durch objektive Stellen. Mit Hilfe des Kennzeichensystems kann der Abnehmer bekannte Informationen unmittelbar einer angebotenen Leistung zuordnen. In organisatorischer Hinsicht sorgt die Wettbewerbskommission für eine fachkundige Überwachung des Wettbewerbs.

Das KIG steuert das Verhalten der Anbieter mit dem Erfordernis von Leistungsdeklarationen. Das Immaterialgüterrecht spornt Anbieter zum Fortschritt an. Und der Preisüberwacher regelt das Anbieterverhalten bei ausbleibender Steuerung durch den Wettbewerb, indem er Einfluss auf die Angebotspreise nimmt.

Mit Blick auf das Ergebnis sind die Fortschritte zu nennen, welche der Wettbewerb in erster Linie über das Mittel des immaterialgüterrechtlichen Schutzes erzielt.

In den wettbewerbsrelevanten Erlassen neben dem UWG lassen sich darüber hinaus Aspekte ausserhalb des typischen Aufgabenbereichs der Wettbewerbsregulierung erkennen. Das BGBM duldet Abweichungen vom ausschliesslichen Wettbewerbsdenken, wenn sie dem Schutz von Leben und Gesundheit, Tier und Pflanzen und Natur und Umwelt oder sozial- oder energiepolitischen Zwecken dienen. Weiter kann der Bundesrat laut KG in Ausnahmefällen und bei überwiegenden öffentlichen Interessen einen Unternehmenszusammenschluss, eine Ausnutzung von Marktmacht oder eine Wettbewerbsabrede zulassen, selbst wenn ökonomische Argumente dagegen sprechen.

Die im Rahmen der teleologischen Auslegung des Wettbewerbsbegriffs betrachteten Wettbewerbstheorien setzen an unterschiedlichen Punkten an. Mit Blick auf die Struktur fordert die Wirtschaftswissenschaft tiefe Marktzutrittsbarrieren, eine je nach Theorie unterschiedliche Anzahl Konkurrenten sowie die Freiheit der Marktteilnehmer. Hinsichtlich Verhalten betonen die Wettbewerbstheorien die Aspekte der Innovation und Imitation durch die Anbieter und Produzenten. Gemeinsam ist den Wettbewerbstheorien, dass sie im Ergebnis grösstmögliche Wohlfahrt anstreben. Der Schweizerische Gesetzgeber hat sich nicht für ein bestimmtes Modell entschieden. Die geeigneten Theorien sind

abhängig von der jeweiligen Problemstellung zu bestimmen, wobei kaum eine Theorie ausschliesslich und vollumfänglich zur Anwendung gelangt²²⁵.

B. Unlauterkeit

1. Einleitung

„Unlauter (...) ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren (...)“²²⁶. Diese wenigen Worte in der Generalklausel des UWG bilden den Grundsatz, nach welchem unlauteres von lauterem Tun oder Unterlassen unterschieden wird. Aufgrund ihrer Offenheit lässt sich die Generalklausel Formen unlauteren Handelns entgegengehalten, die beim Erlass des UWG noch nicht absehbar waren²²⁷. Neben der Generalklausel enthält das UWG zahlreiche Spezialtatbestände zur griffigeren Beurteilung streitbaren Verhaltens.

Die weitgefaste Generalklausel sowie die Spezialtatbestände erhalten bei der Konkretisierung von zwei Seiten Hinweise. Auf der einen Seite steht der Zweckartikel, wonach das UWG auf die Verwirklichung des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs abzielt²²⁸. Diese Absichtserklärung ist bei jeder Anwendung des UWG zu beachten. Die Untersuchung des Wettbewerbsbegriffes weiter vorne liefert Hinweise über den Wettbewerb, wie ihn das UWG bezweckt²²⁹. Ebenso finden sich dort an mehreren Stellen Erläuterungen zum Zweckartikel²³⁰. Auf der anderen Seite stehen die drei Rechtsprinzipien Geschäftsmoral, Funktionalität und Leistungsprinzip²³¹. Jedes einzelne verkörpert einen

²²⁵ Berger (Konkretisierung), 96. Nach Baudenbacher (funktionale Anwendung), 154, würde sich der Richter derzeit (1980) für die Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs entscheiden.

²²⁶ Art. 2 UWG, erster Halbsatz.

²²⁷ Botschaft UWG, 34, 51; Pedrazzini (Wettbewerbsrecht), Rz. 843.

²²⁸ Art. 1 UWG.

²²⁹ Vgl. weiter vorne, IV.A. (S. 17 ff.).

²³⁰ Vgl. weiter vorne, IV.A.1. (S. 17), sowie IV.A.5.2.1 (S. 25 ff.).

²³¹ Kramer (Methodenlehre), 189, erwähnt das lauterkeitsrechtliche Leistungsprinzip und andere Rechtsprinzipien als Beispiele für „(...) bereichsbezogene Grundprinzipien einfachgesetzlicher Stufe (...)“. David (Wettbewerbsrecht), Rz. 59, nennt vier „Grundprinzipien“, nach welchen sich der Richter bei der Auslegung der Generalklausel richten könne: (1) Leistungswettbewerb, (2) Wahrheit und Klarheit im Auftreten am Markt, (3) Achtung der Persönlichkeit des Abnehmers und (4) Wahrung der Interessen der Allgemeinheit.

anderen Leitgedanken für die Auslegung des UWG. Lehre und Rechtsprechung geben abwechselnd dem einen oder andern Prinzip den Vorrang²³².

2. Die Generalklausel

2.1 Treu und Glauben

Nach der Generalklausel in Art. 2 UWG sind Verhalten oder Geschäftsgebaren unlauter, welche gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen.

Der Grundsatz von „Treu und Glauben“ gilt als Leitmotiv für die gesamte Rechtsordnung und hat seine prominenteste Verankerung im ZGB²³³. Dort verlangt er von den Parteien eines beliebigen Rechtsverhältnisses bei der Ausübung ihrer Rechte und bei der Erfüllung ihrer Pflichten ein loyales, anständiges und korrektes Verhalten und damit Fairness sowie gegenseitige Rücksichtnahme im rechtlichen Verkehr²³⁴. Voraussetzung ist ein Rechtsverhältnis²³⁵. Ein solches kann gesetzlich²³⁶, vertraglich²³⁷ oder durch Sonderverbindung²³⁸ entstehen. Nur die darin enthaltenen Rechte und Pflichten können überhaupt mit dem Grundsatz von Treu und Glauben konkretisiert werden. Für sich allein hat der Grundsatz im ZGB keine Wirkung.

Bei der Anwendung des UWG begegnen wir einer anderen Rechtslage. Ein Rechtsverhältnis zwischen den Betroffenen ist nicht erforderlich, damit die Generalklausel zur Anwendung gelangt. Ihr Massstab von Treu und Glauben scheidet das lautere vom unlauteren Verhalten direkt²³⁹. Möglich sind Auseinandersetzungen zwischen Parteien, die in keiner Weise je zuvor miteinander in Berührung gekommen sind. In vielen Fällen liegt zwischen dem unlauter Handelnden und dem Betroffenen überhaupt kein Rechtsverhältnis vor, das mit dem Grundsatz von Treu und Glauben, wie er im ZGB steht, zu konkretisieren wäre.

²³² Vgl. die Erläuterungen zu diesen Prinzipien weiter hinten, IV.B.3 (S. 57 ff.).

²³³ Art. 2 Abs. 1 ZGB; SIWR-Müller, 50, m.H.a. BK-Merz, Art. 2, Rz. 63 ff.

²³⁴ Riemer (Einleitungsartikel), 78 f.

²³⁵ Die Marginalie zu Art. 2 und 3 ZGB lautet: „B. Inhalt der Rechtsverhältnisse“.

²³⁶ BK-Merz, Art. 2, Rz. 18.

²³⁷ BK-Merz, Art. 2, Rz. 19.

²³⁸ Deschenaux (SPR II) 146.

²³⁹ Botschaft UWG, 51; SIWR-Müller, 54; Dubs (Holvis), 903. Martin-Achard (LCD), 29 f.

Treu und Glauben nach UWG meint eine objektive Richtlinie, eine Verhaltensmaxime, gegen die man, selbst ohne Verschulden, verstossen kann²⁴⁰. Das UWG entscheidet über die Lauterkeit eines Verhaltens aufgrund geschäftsmoralischer Kriterien einerseits und nach funktionaler Ausrichtung andererseits²⁴¹. Entsprechend teilt sich auch der Inhalt von Treu und Glauben²⁴². Aus geschäftsmoralischer Sicht wider Treu und Glauben verhält sich, wer die Gebote der beruflichen Korrektheit nicht einhält²⁴³. Die Marktteilnehmer werden in ihrem Vertrauen auf anständiges Handeln anderer Marktteilnehmer geschützt. Funktional verstanden, verlangt der Begriff von Treu und Glauben ein Verhalten, welches den natürlichen Wettbewerbsverlauf nicht verfälscht²⁴⁴. Auch das darauf ausgerichtete Vertrauen der Marktteilnehmer ist zu schützen²⁴⁵.

2.2 Weitere Begriffe

Die Begriffe „Verhalten“ und „Geschäftsgebaren“ in der Generalklausel stehen für eine breite Palette möglicher Ursachen für lauterkeitsrechtliche Verfehlungen²⁴⁶. Insbesondere

²⁴⁰ Bericht Expertenkommission (1980), Rz. 13.11 (S. 12 f.), betreffend das damals geltende UWG von 1943.

²⁴¹ Botschaft UWG, 31. Das Leistungsprinzip als dritter Blickwinkel wird an dieser Stelle ausser acht gelassen. Vgl. dazu weiter hinten, IV.B.3.5 (S. 61 ff.).

²⁴² David (Wettbewerbsrecht), Rz. 58.

²⁴³ Botschaft UWG, 35.

²⁴⁴ Bürgi/Lang (Momentaufnahme), 240. Nach Schlupe (Wettbewerb), 450, ist „Treu und Glauben im Geschäftsverkehr“ nach konstanter schweizerischer Rechtsprechung ein Polizeigut. Der Gedanke der öffentlichen Ordnung sei deshalb im UWG durchaus enthalten.

²⁴⁵ A. Troller (Immaterialgüterrecht), 921 f. Vgl. auch Schlupe, Stellungnahme zum Zwischenbericht der Expertenkommission UWG, Grenchen, 5. April 1979; BA: E7178 1996/118 (59); BIGA 514.22: „Demgegenüber teile ich nicht die Auffassung (...), wonach der Rechtsbegriff ‚Treu und Glauben‘ diese Neuorientierung nicht zu tragen vermöchte. Dies trotz der entstehungszeitlich-objektiv unbestrittenen Bindung des Begriffs an seinen klassischen privatrechtlichen Inhalt. Legt man den Begriff ‚Treu und Glauben‘ zeitgemäss aus, so schützt er ganz allgemein das Vertrauen, das Rechtsgenossen zueinander haben dürfen. Dazu gehört (was unbestritten ist) vor allem, dass die Gebote der beruflichen Korrektheit eingehalten werden. Darüber hinaus deckt der Begriff aber durchaus auch das Vertrauen, dass Marktbürger die ihnen zugestandene Freiheit des Wirtschaftens in den Grenzen ausüben, die durch das Erfordernis ‚normalen‘ Wettbewerbsverhaltens gezogen sind. Das bedeutet blank: Missbräuchlich und gegen Treu und Glauben verstossend sind auch Verhaltensweisen, die ganz allgemein gegen die ‚Funktionsregeln‘ des Wettbewerbs verstossen. Die Verletzung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr besteht darin, dass die den Individuen zugestandene Wettbewerbsfreiheit zu einem Verhalten missbraucht wird, das normalem Wettbewerbsverhalten widerspricht.“

²⁴⁶ Baudenbacher (Schwerpunkte), 15.

fallen auch Unterlassungen darunter²⁴⁷. Die zu beurteilende Handlung ist ganzheitlich nach lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten zu würdigen²⁴⁸.

Die ebenfalls in der Generalklausel erwähnte „Täuschung“ stellt lediglich einen Anwendungsfall einer Treu und Glauben zuwiderlaufenden Handlung dar²⁴⁹. Sie vermag den Gehalt der Norm nicht auszuweiten, sondern illustriert denselben lediglich.

2.3 Verhältnis zwischen Generalklausel und Spezialtatbeständen

Die Spezialtatbestände sind in der Generalklausel vollständig enthalten. Die Generalklausel erfasst alle unlauteren Verhaltensweisen; die Spezialtatbestände dienen als Beispiele unlauteren Verhaltens²⁵⁰. Sie verleihen der Generalklausel reflexartig Konturen²⁵¹. Darüber hinaus erleichtern sie dem Rechtsuchenden das Verständnis, weil sie dem konkreten Sachverhalt zumeist näherstehen als die offene Generalklausel.

PEDRAZZINI mahnt zur Zurückhaltung, was die Gewichtung der Spezialtatbestände im gesamten Lauterkeitsrecht angeht²⁵². Die Existenz von Spezialtatbeständen soll die Anwendung der Generalklausel nicht einschränken. Abzulehnen sei die oft vertretene Meinung, wonach ein Verhalten, welches sich nur knapp nicht mit allen Elementen eines Spezialtatbestandes deckt, nur unter die Generalklausel subsumiert werden darf, wenn ein zusätzlicher Umstand hinzutritt, der das fehlende Tatbestandselement gewissermassen ersetzt. Diese Auffassung wird im Rahmen dieser Arbeit geteilt.

Einzelne Tatbestände des unlauteren Handelns – sie erscheinen als Spezialtatbestände des UWG oder als Fallgruppen zur Generalklausel – werden an dieser Stelle nicht dargestellt. Einige werden weiter hinten bei der Untersuchung von konkreten Problemerkisen im Internet näher erläutert²⁵³.

²⁴⁷ Botschaft UWG, 52.

²⁴⁸ SIWR-Müller, 52.

²⁴⁹ Botschaft UWG, 52; David (Wettbewerbsrecht), Rz. 55; Pedrazzini (UWG), 38.

²⁵⁰ Botschaft UWG, 34; Berger (Konkretisierung), 132, m.w.H.

²⁵¹ BGE 114 II 91, 101 (Dior); Pedrazzini (UWG), 38.

²⁵² Pedrazzini (UWG), 60 f.

²⁵³ V.F. (S. 162 ff.), VI.E. (S. 226 ff.), VII.F. (S. 291 ff.), VIII.F. (S. 327 ff.).

3. Drei Ansätze bei der Auslegung des UWG

3.1 Übersicht

Drei unterschiedliche Ansätze prägen die Auslegung des UWG. Nach dem ersten Ansatz ist eine Handlung unlauter, die gegen die Geschäftsmoral verstösst. Nach dem zweiten Ansatz verstösst ein Verhalten gegen das UWG, wenn deswegen der Wettbewerb nicht mehr die erwarteten Ergebnisse hervorbringt. Bei der entsprechenden Beurteilung eines Sachverhalts stützt sich der Rechtsanwender auf die sog. funktionale Auslegung; der anwendbaren Regel wird die Funktion zuteil, den Wettbewerb zu schützen. Und nach dem dritten Auslegungsansatz handelt unlauter, wer den wirtschaftlichen Wettbewerb nicht mit seiner eigenen Leistung bestreitet. Dieser Gesichtspunkt ist das sog. Leistungsprinzip.

3.2 Geschäftsmoral

Die traditionelle Betrachtungsweise des UWG beurteilt ein Verhalten nach Massgabe der Geschäftsmoral²⁵⁴. Danach ist Lügen, Mogeln, Mitbewerber zu Unrecht in ein schiefes Licht rücken oder sich ungerechtfertigterweise die Leistung eines Mitbewerbers zunutze machen verboten²⁵⁵.

Die Geschäftsmoral verlangt von den Wettbewerbsteilnehmern, dass diese die Gebote der beruflichen Korrektheit einhalten²⁵⁶. Dabei darf sich aber nicht jede Berufsgruppe ihren eigenen Moralvorstellungen verpflichten, weil darüber von der Kundschaft keine Kenntnis erwartet werden kann²⁵⁷.

Das UWG gibt Hinweise hinsichtlich unzulässiger Verhaltensweisen. Auf der Grundlage der Generalklausel wird als geschäftsunmoralisch das Verhalten gegen Treu und Glauben betrachtet²⁵⁸. Marktteilnehmer sollen sich fair und anständig benehmen²⁵⁹. Die

²⁵⁴ Berger (Konkretisierung), 209.

²⁵⁵ Baudenbacher (Zusammenhänge), 164; Berger (Konkretisierung), 209.

²⁵⁶ Botschaft UWG, 35.

²⁵⁷ Pedrazzini (UWG), 39.

²⁵⁸ SIWR-Müller, 51.

²⁵⁹ Pedrazzini (UWG), 39.

Spezialtatbestände geben Beispiele für Handlungen, die nach geltender Geschäftsmoral zu unterlassen sind²⁶⁰.

Weitere Anhaltspunkte für den Inhalt der Geschäftsmoral finden sich in der Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ)²⁶¹, welche die Schweiz ratifiziert hat²⁶². Darin wird die Schweiz angehalten, „(...) wirksamen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zu sichern.“²⁶³ In Anlehnung an die PVÜ verbietet demnach das UWG „(...) jede Wettbewerbshandlung, die den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel zuwiderläuft.“²⁶⁴ Damit sind insbesondere das Herbeiführen einer Verwechslungsgefahr, die Herabsetzung sowie die Irreführung gemeint²⁶⁵.

3.3 Funktionale Auslegung

Allgemein bietet sich eine funktionale Auslegung an, wenn die anwendbare Regel einen Beitrag (Funktion) zur Verwirklichung eines vorausbestimmten Systems zu leisten hat²⁶⁶. Im Wissen um diesen Zweck soll von den möglichen Auslegungsvarianten jene ausgewählt werden, welche der Verwirklichung des angestrebten Bezugssystems am meisten dient²⁶⁷. Die Regel soll so interpretiert werden, dass sie ihre Funktion als Steuerungsmittel hin zum angestrebten Bezugssystem erfüllen kann²⁶⁸. Das angestrebte System gibt

²⁶⁰ Baudenbacher (Zusammenhänge), 164, nennt einige Spezialtatbestände zur Verdeutlichung der Geschäftsmoral.

²⁶¹ Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967, in Kraft getreten für die Schweiz am 26. April 1970 (PVÜ) (SR 0.232.04).

²⁶² Pedrazzini (UWG), 39.

²⁶³ Art. 10^{bis} Abs. 1 PVÜ.

²⁶⁴ Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ.

²⁶⁵ Art. 10^{bis} Abs. 3 PVÜ. In der Schweiz kann sich der Rechtsuchende direkt auf die PVÜ berufen, BGE 114 II 106, 107 f. (Cebit). Dabei erlangt er jedoch nach Baudenbacher (Kommentar), Art. 2, Rz. 11, keinen weitergehenden Schutz als durch das UWG. Laut Bodenhausen (Pariser Verbandsübereinkunft), Art. 10^{bis}, lit. b, richtet sich Art. 10^{bis} Abs. 1 PVÜ ausschliesslich an die Mitgliedstaaten, während die Abs. 2 und 3 direkt anwendbar sind.

²⁶⁶ In diesem Zusammenhang ist unter Funktion der Beitrag einer Norm zum Vollzug eines übergeordneten Systems zu verstehen, vgl. Baudenbacher (Schwerpunkte), 16.

²⁶⁷ Nach Schlupe (Funktionalität), 144, können nach Betrachten des Verhältnisses zwischen einer Regel und dem u.a. damit bezweckten System Folgerungen gezogen werden für die Interpretation der Regel.

²⁶⁸ Nach Baudenbacher (funktionale Anwendung), 146, „(...) konkretisiert funktionale Rechtsanwendung die Rechtsnormen im Blick auf die Ergebnisse, welche von der geltenden Wirtschaftsverfassung zu erwarten

damit das Auslegungsergebnis vor, sofern sich dieses im Auslegungsspielraum der anwendbaren Regel befindet.

Die funktionale Ausrichtung ist jedem Rechtssatz des Wirtschaftsrechts direkt oder indirekt eigen²⁶⁹. Sie bildet neben prominenteren Methoden wie der Interpretation nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Gesetzssystematik und Sinn eine weitere Möglichkeit zur Konkretisierung einer Norm²⁷⁰.

Laut Zweckartikel zielt das UWG auf die Gewährleistung des „lauteren und unverfälschten Wettbewerb[s]“ ab²⁷¹. Dieser bildet das vorausbestimmte System, welches bei jeder Anwendung des UWG zu schützen und zu fördern ist²⁷². Jede Regel im UWG leistet dazu einen Beitrag²⁷³. Aus unterschiedlichen Auslegungsvarianten der Regel soll jene gewählt werden, die der Verwirklichung des angestrebten Wettbewerbs am ehesten dient²⁷⁴. Der Zweckartikel beeinflusst somit das Verständnis des gesamten UWG²⁷⁵. Über den darin enthaltenen Wettbewerbsbegriff finden sich weiter vorne ausführliche Erläuterungen²⁷⁶.

3.4 Verhältnis zwischen funktionaler Auslegung und Geschäftsmoral

Mutmasslich unlautere Verhaltensweisen werden einerseits aus funktionalem und andererseits aus geschäftsmoralischem Blickwinkel betrachtet²⁷⁷. Zumeist gründet die

sind.“ Die Wirtschaftsverfassung gibt in diesem Beispiel das angestrebte Gesamtsystem vor, anhand dessen die einzelne Regel interpretiert werden soll.

²⁶⁹ Baudenbacher (Schwerpunkte), 17.

²⁷⁰ Schlupe (Funktionalität), 177. Baudenbacher (funktionale Anwendung), 147. Nach Höhn (Gesetzesauslegung), 224 f., ist die funktionale Betrachtungsweise dem fachspezifischen Auslegungselement gleichzusetzen.

²⁷¹ Art. 1 UWG.

²⁷² Berger (Konkretisierung), 163 f.

²⁷³ Botschaft UWG, 30 f.; Baudenbacher (Schwerpunkte), 16 ff.; SIWR-Müller, 23 ff.; Bürgi/Lang (Momentaufnahme), 240; Fiechter (Leistungsschutz), 19.

²⁷⁴ Baudenbacher (Bundesgesetz), 73.

²⁷⁵ Baudenbacher (Schwerpunkte), 17. Insbesondere prägt der Zweckartikel die offene Generalklausel, vgl. Botschaft UWG, 34.

²⁷⁶ IV.A. (S. 17 ff.).

²⁷⁷ Botschaft UWG, 31; David (Wettbewerbsrecht), Rz. 4; SIWR-Müller, 23 f. Die dritte Betrachtungsweise, das Leistungsprinzip, wird an dieser Stelle ausser acht gelassen, vgl. dazu nachfolgend IV.B.3.5 (S. 61 ff.).

Unlauterkeit eines Verhaltens gleichzeitig auf beiden Aspekten²⁷⁸. Dennoch sind Sachverhalte denkbar, in welchen das beurteilte Verhalten je nach Betrachtungsweise verboten oder erlaubt ist.

Ein Teil der Lehre bewertet den funktionalen Ansatz höher²⁷⁹, insbesondere weil die Geschäftsmoral kein praktikabler Wertungsmaßstab mehr darstelle²⁸⁰. Die Regeln des antiquierten kaufmännischen Anstandes würden Wettbewerbskonflikten unserer Zeit nicht mehr gerecht²⁸¹. Immerhin könne im Einzelfall der augenfällige Verstoss gegen die Geschäftsmoral schwerer wiegen als allfälliger funktionaler Nutzen²⁸².

Einige Vertreter in der Lehre wollen sogar gänzlich auf die Geschäftsmoral als Leitgedanke im UWG verzichten. Vorgaben dieser Art würden nicht mehr zur Organisation des Wettbewerbs taugen²⁸³ und keinen praktikablen Wertungsmaßstab bilden²⁸⁴. Ihre Anwendung sei lediglich verwirrt²⁸⁵. Die Ausuferung des Wettbewerbs müsse mit

²⁷⁸ Baudenbacher (Bundsgesetz), 77. Dem funktionierenden Wettbewerb entsprechende Verhaltensweisen werden zugleich moralisch sein, wenn man davon ausgeht, Wettbewerb diene dem Wohle aller am besten, vgl. Gubler (Ausstattungsschutz), 23, m.H.a. Kaufmann, Peter Joachim: Passing off and Misappropriation, an Economic and Legal Analysis of the Law of Unfair Competition in the United States and Continental Europe, Weinheim, 1986, 11 f. Für Schlupe (Wettbewerbsverfälschung), 516, 518, scheinen Geschäftsmoral und Orientierung am unverfälschten Wettbewerb sehr nahe beieinander zu sein. Unverfälschter Wettbewerb liege vor, wenn Parallel- und Austauschprozesse zur bestmöglichen Verwirklichung der Pläne der Beteiligten führe. Bestmögliche Verwirklichung sei aber nur möglich, wenn im Ausleseprozess, welcher dem Austausch vorausgeht, die Mitbewerber ihre Alternativen „geschäftsmoralisch“ ins Spiel bringen.

²⁷⁹ Baudenbacher (funktionale Anwendung), 156.

²⁸⁰ Fiechter (Leistungsschutz), 20. Noch in der Zeit des UWG von 1943 bemerkte Schlupe (Wettbewerb), 447, die guten Sitten seien im modernen Wettbewerbsrecht kein praktikabler Wertungsmaßstab. Mit dem Begriff der guten Sitten meint er, wie aus dem Kontext ersichtlich ist, die Geschäftsmoral, m.H.a. Schrickler, Gerhard: Gesetzesverletzung und Sittenverstoss, München, 1970, 216 ff.

²⁸¹ Baudenbacher (Suggestivwerbung), 128, m.H.a. Schrickler, Gerhard: Das belgische Gesetz über Handelspraktiken, GRUR Int. 1972, 184 ff.

²⁸² Fiechter (Leistungsschutz), 20 f. Denkbar ist, dass es einen Grundbestand offensichtlich geschäftsumoralischer Verhaltensweisen gibt, vgl. Baudenbacher (Suggestivwerbung), 128, m.H.a. Schrickler, Gerhard: Möglichkeiten zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher und des funktionsfähigen Wettbewerbs im Recht des unlauteren Wettbewerbs, ZHR 1975, 208 ff., 216.

²⁸³ Baudenbacher (Bundsgesetz), 77; Baudenbacher (funktionale Anwendung), 156.

²⁸⁴ Schlupe (Wettbewerb), 447.

²⁸⁵ A. Troller (Immaterialgüterrecht), 922.

Organisations- und Funktionsregeln verhindert werden²⁸⁶. Zu prüfen sei, ob der Wettbewerb funktionsgerecht ausgeübt oder verfälscht werde²⁸⁷.

Diesem Standpunkt wird entgegengehalten, er verkörpere eine Resignation vor dem schwer verständlichen Begriff der Geschäftsmoral²⁸⁸. Wenn moralisierende Verhaltensmuster keinen tauglichen Massstab mehr darstellten, so wären z.B. auch Regeln unpraktikabel, die mit den guten Sitten anknüpften²⁸⁹.

Für die Rechtsanwendung hat der Verzicht auf den einen oder anderen Aspekt wenig Bedeutung. Oftmals legt nämlich derselbe Unlauterkeitstatbestand einen geschäftsmoralischen Anspruch fest, während er zugleich objektiv wettbewerbsregelnd wirkt²⁹⁰. So verläuft etwa, funktional betrachtet, die Nachfrage nur dann in den richtigen Bahnen, wenn die Abnehmer bei ihrer Wahl nicht von einer geschäftsmoralisch verwerflichen Täuschung fehlgeleitet werden²⁹¹. Im Rahmen dieser Arbeit werden beide Aspekte berücksichtigt.

3.5 Leistungsprinzip

Der dritte Ansatzpunkt bei der Anwendung des UWG ist das Leistungsprinzip²⁹². Dieses besagt, dass die Tätigkeit am Markt mit der eigenen Leistung auszuüben ist²⁹³.

Einerseits ist der Begriff der eigenen Leistung ein Gegensatz zum Begriff der fremden Leistung. Eine fremde Leistung darf nicht übernommen werden, wenn man damit gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst²⁹⁴. Das trifft insbesondere bei der

²⁸⁶ Schluep (Wettbewerb), 447.

²⁸⁷ Schluep (Wettbewerbsverfälschung), 519.

²⁸⁸ SIWR-Müller, 24.

²⁸⁹ SIWR-Müller, 24 f., nennt Art. 20 sowie Art. 41 OR.

²⁹⁰ Baudenbacher (Bundesgesetz), 77. Nach Berger (Konkretisierung), 209, wirkt sich amoralisches Verhalten sogar immer auf den Austauschprozess aus. Nach Baudenbacher (Schwerpunkte), 18 und 20, gilt das im besonderen bei konsumentenbezogenen Handlungsweisen wie Täuschung, Schaffung einer Verwechslungsgefahr oder Kaufzwang. Nach Schluep (Punktationen), 349, wird der Wettbewerb praktisch immer verfälscht, wenn sich die Wettbewerber unmoralisch verhalten.

²⁹¹ Schluep (Europaverträglichkeit), 88; Schluep (Wettbewerbsverfälschung), 498, 518; Zeller (Bernina), 22.

²⁹² Der Begriff „Leistungswettbewerb“ wird dazu synonym verwendet, vgl. Bammatter (Begriff), 2.

²⁹³ David (Wettbewerbsrecht), Rz. 59.

²⁹⁴ Nach Germann (Leistungsprinzip), 160 ff., verstösst nicht gegen Treu und Glauben, wer mit seiner Handlung berechnete Interessen wahrnimmt (i.d.R. das Interesse an der Teilnahme am Markt) und dazu lediglich soweit als notwendig Vorteile aus den Leistungen des Konkurrenten zieht.

direkten Leistungsübernahme wie auch bei der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen zu²⁹⁵. Im wirtschaftlichen Wettkampf soll jeder Teilnehmer mit seiner eigenen Leistung antreten²⁹⁶.

Andererseits beinhaltet der Begriff der eigenen Leistung den Gedanken der Authentizität. Die Leistung muss möglichst klar zum Ausdruck kommen²⁹⁷. Der Anbieter darf den Inhalt seines Angebots nicht verfälscht darstellen²⁹⁸. Konsequenterweise gilt diese Regel auch für andere Parteien, die sich mit einer Leistung auseinandersetzen. Konkurrenten, Testveranstalter, Medien usw. müssen die betroffene Leistung ebenfalls authentisch beschreiben. Unwahrheiten, Täuschungen usw. sind nicht zulässig.

Verboten ist demnach die Absatztätigkeit und Leistungserbringung unter Zuhilfenahme leistungsfremder Elemente²⁹⁹. Das UWG drückt sich in diese Richtung aus, wenn es z.B. Herabsetzung, irreführende Reklame oder die Verwendung unzutreffender Titel oder Berufsbezeichnungen verbietet³⁰⁰. Ebenso vermindern beispielsweise Zugaben die Erkennbarkeit der an sich angebotenen Leistung³⁰¹.

Das Bundesgericht machte sich das Leistungsprinzip lange Zeit als Entscheidungsgrundlage zur Trennung des lautereren vom unlauteren Wettbewerb zunutze³⁰². Später hat es diesen Ansatz ohne einlässliche Begründung verworfen³⁰³. Bei der Revision des UWG erklärte in der Folge die Botschaft mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung das Leistungsprinzip als nicht mehr anwendbar³⁰⁴.

²⁹⁵ David (Wettbewerbsrecht), Rz. 59.

²⁹⁶ Pedrazzini (UWG), 42.

²⁹⁷ Troller/Troller (Kurzlehrbuch), 184.

²⁹⁸ A. Troller (Gedanken), 96.

²⁹⁹ A. Troller (Immaterialgüterrecht), 913.

³⁰⁰ Diese und weitere Beispiele zum alten Recht bei Germann (Leistungsprinzip), 151.

³⁰¹ Die Zugabe eines Kindervelos zu einem Fernseher trübt nach Feststellung des Bundesgerichts in BGE 83 II 458, 463 ff., das Käuferurteil. Der Entscheid stützt sich jedoch nicht ausschliesslich auf diese Überlegung.

³⁰² Nach Pedrazzini (UWG), 41, wurde das Leistungsprinzip von BGE 79 II 316 bis BGE 107 II 277 angewendet. Germann (Leistungsprinzip), 143, sieht in BGE 72 II 395 den Beginn.

³⁰³ BGE 107 II 277, 283. Als Begründung diente einzig ein Hinweis auf Schlupe (Kritik), 249.

³⁰⁴ Botschaft UWG, 31.

Die Gegner des Leistungsprinzips bringen vor, Leistungen liessen sich nicht objektiv eingrenzen³⁰⁵, messen und in eine Rangfolge bringen³⁰⁶. So könne man beispielsweise nicht mit Bestimmtheit sagen, ob die Werbung ein Teil der Leistung sei oder ob sie über diese im Gegenteil gerade täusche. Einziger zuverlässiger Wertungsmaassstab bilde die Abnehmerschaft³⁰⁷. Diese treffe ihre Entscheidungen nach ihren Bedürfnissen. Unbedeutend sei dabei, ob der nachgefragten Leistung Forschung und Marketing zugrunde liege oder ob sie bloss ein Zufallsprodukt sei³⁰⁸.

Im Rahmen dieser Arbeit findet das Leistungsprinzip praktisch keine Berücksichtigung.

3.6 Bedeutung der drei Ansätze bei der Auslegung des UWG

Geschäftsmoral, funktionale Auslegung und – wenn man daran festhalten wollte – Leistungsprinzip sind richtungsweisend bei jedwelcher Interpretation des UWG. Insbesondere die Generalklausel erlangt aufgrund ihrer Offenheit bei der Konkretisierung Konturen durch den Einbezug der genannten Gesichtspunkte. Die Spezialtatbestände bieten je nach Ausführlichkeit ein breites oder enges Anwendungsfeld für die drei unterschiedlichen Sichtweisen. Einige Spezialtatbestände sind in ihrem Wortlaut sehr konkret und bieten deshalb nur wenig Spielraum für einen Einbezug von Aspekten, welche das UWG in seiner Gesamtheit betreffen³⁰⁹. Andere sind in ihrem Wortlaut weiter gefasst³¹⁰ und erlauben, ja erfordern eine Konkretisierung in die genannten Stossrichtungen.

³⁰⁵ Matter (Generalklausel), 463; Bammatter (Begriff), 93.

³⁰⁶ Schlupe (Kritik), 249: „In marktwirtschaftlichen Systemen ist kein Raum für eine (...) Leistungswertlehre“.

³⁰⁷ Schlupe (Kritik), 249.

³⁰⁸ SIWR-Müller, 7.

³⁰⁹ David (Wettbewerbsrecht), Rz. 60, nennt als Beispiel den Tatbestand des Lockvogels in Art. 3 lit. f UWG.

³¹⁰ David (Wettbewerbsrecht), Rz. 60, nennt als Beispiel den Tatbestand betreffend aggressive Verkaufsmethoden in Art. 3 lit. h UWG.

C. Ökonomische Analyse des Rechts

1. Einleitung und Übersicht

Die ökonomische Analyse des Rechts hat im Rahmen dieser Arbeit in zweierlei Hinsicht Bedeutung. Erstens erfolgt weiter hinten ein Vergleich von Zielsetzung und Methodik bei der Ökonomischen Analyse einerseits und im UWG andererseits³¹¹. Dabei wird überprüft, in welchem Ausmass die Zielsetzung der Ökonomischen Analyse im UWG enthalten ist, und inwieweit die Methode der Ökonomischen Analyse auch bei der Auslegung des UWG Berücksichtigung finden darf. Zweitens hat die ökonomische Analyse des Rechts in den USA einen hohen Stellenwert. Die in dieser Arbeit zu konkreten Internet-Problemen vorgestellten Regeln aus den USA sind hauptsächlich ökonomischen Zielen verpflichtet. Darüber hinaus untermauert die U.S.-Literatur die Regelungsvorschläge zu Problemkreisen im Internet häufig mit ökonomischen Argumenten.

Die Untersuchung über den Stellenwert der ökonomischen Analyse des Rechts bei der Anwendung des Schweizer UWG erlaubt eine Abschätzung, inwieweit sich U.S.-Regeln oder -Regelungsvorschläge zu bestimmten Internet-Problemkreisen über das UWG ins Schweizer Recht einbringen lassen.

Die ökonomische Analyse des Rechts entnimmt ihre Zielsetzung bestimmten Modellen. Nach der Ökonomischen Analyse ist Zielsetzung der Rechtsordnung, dass Rechte und Pflichten zu jenem Inhaber gelangen, der sie am höchsten wertschätzt bzw. am leichtesten erfüllt. Selbstverständlich kann man diesen Zustand aufgrund sich stets ändernder Verhältnisse nie erreichen. Die Ökonomische Analyse gibt lediglich eine Richtung an, an der sich Rechtssetzung und -anwendung auszurichten haben.

Recht soll unter diesem Blickwinkel einerseits für tiefe Transaktionskosten sorgen, damit Private untereinander Rechte und Pflichten mit geringem Aufwand austauschen und damit nach Effizienzgesichtspunkten verschieben können. Andererseits muss der Staat sich direkt an Effizienzgesichtspunkten orientieren, wenn er Rechte und Pflichten autoritär verteilt.

Viele Juristen in Kontinentaleuropa begegnen der Ökonomischen Analyse mit Skepsis oder Ablehnung. Der Gesetzgeber hat die Kompetenz, ökonomische Gesichtspunkte in sein Regelwerk aufzunehmen. Richter dagegen dürfen einen Entscheid nur unter

³¹¹ Vgl. weiter hinten, IV.D. (S. 82 ff.).

Zuhilfenahme der Ökonomischen Analyse fällen, wenn der anwendbare Erlass ausdrücklich oder stillschweigend einen Hinweis dafür gibt.

Neben der ökonomischen Effizienz gibt es zahlreiche weitere rechtspolitische Ziele, die bei der Rechtsanwendung je nach einschlägigem Erlass ebenfalls zu berücksichtigen sind.

2. Ökonomische Modelle

Die ökonomische Analyse des Rechts fragt unter Anwendung des ökonomischen Verhaltensmodells nach den Folgen von Rechtssätzen und konkreter Rechtsanwendung für die Wirklichkeit³¹². Sie bewertet diese Folgen nach ökonomischen Kriterien³¹³. Gesucht wird Recht, welches zum ökonomisch erwünschten Ergebnis führt. Ökonomische Effizienz im Sinne der Wohlfahrtsökonomie ist das Ziel³¹⁴. Damit ist ein Zustand gemeint, in welchem Rechte³¹⁵ und Pflichten an diejenigen Gesellschaftsmitglieder verteilt sind, die sie am höchsten wertschätzen bzw. am leichtesten erfüllen. Man spricht von Allokationseffizienz³¹⁶. Die ökonomische Analyse des Rechts hat damit zwei Gesichtspunkte. Einerseits ist sie Methode bei der Rechtsfindung (Prognose der Folgen eines Entscheides/Gesetzes anhand des ökonomischen Verhaltensmodells), andererseits beinhaltet sie bei der Folgebewertung mit dem Effizienzziel eine normative Zielsetzung³¹⁷.

Verfechter der Ökonomischen Analyse verlangen sowohl vom Gesetzgeber als auch von Rechtsanwendern die Berücksichtigung von Effizienzkriterien, soweit die Rechtsordnung dafür Raum lässt³¹⁸.

³¹² Eidenmüller (Effizienz), 4.

³¹³ Schäfer/Ott (ökonomische Analyse), 11.

³¹⁴ Eidenmüller (Effizienz), 57.

³¹⁵ Zum Begriff der Rechte, vgl. Schäfer/Ott (ökonomische Analyse), 87. Rechte im Sinne der Ökonomischen Analyse sind sämtliche handelbaren und damit übertragbaren Befugnisse. Darunter fallen z.B. Eigentums- oder Besitzrechte, aber auch das Recht, an einem Ort zu bauen und damit möglicherweise jemanden zu stören. Weiter sind auch Abwehrrechte handelbar. Nicht zu den Rechten im Sinne der Ökonomischen Analyse gehören die Menschenrechte, da nicht handelbar.

³¹⁶ Schäfer/Ott (ökonomische Analyse), 10; von der Crone (Rahmenverträge), 14.

³¹⁷ Schäfer/Ott (ökonomische Analyse), 16.

³¹⁸ Eidenmüller (Effizienz), 70 f.

Nach herrschender Ansicht besteht die Gemeinwohlfahrt aus der Summe der Wohlfahrt der einzelnen Mitglieder der Gesellschaft³¹⁹. Die Summe ist dann am höchsten, wenn jedes Recht beim Inhaber mit dem grössten Nutzen daran plaziert ist.

Richtet man nun jedoch Rechtssätze und -anwendung danach aus, die Summe der Wohlfahrt auf einen möglichst hohen Stand zu bringen, ergeben sich Bewertungsprobleme. Der sog. *Utilitarismus* verlangt die Quantifizierung der positiven und negativen Effekte eines Eingriffs auf die einzelnen Gesellschaftsmitglieder, damit der gesamtgesellschaftliche Nutzen errechnet werden kann³²⁰. Ein Eingriff, der beispielsweise 100 Franken von der reichen Person A zur armen Person B verschiebt, vermag den gesamtgesellschaftlichen Nutzen zu steigern, weil A der Verlust von 100 Franken nur unmassgeblich schmerzt, B dadurch jedoch grossen Nutzen erfährt³²¹. Nun wäre aber denkbar, dass einerseits A besonders geizig ist und andererseits B allen materiellen Werten entsagt und in selbstgewählter Armut lebt. Unter diesen Umständen ist der Nutzenverlust für A möglicherweise grösser als der Gewinn für B.

Wie das Beispiel zeigt, ist ein interpersoneller Nutzenvergleich nur sehr unzuverlässig zu bewältigen³²². Er eignet sich deshalb nicht als Bewertungsinstrument für die ökonomische Wünschbarkeit einer Verschiebung von Rechten oder Pflichten. Gesetzgeber und Richter, welche die Ökonomische Analyse berücksichtigen, sollen sich nicht an Wertungsschemata ausrichten, die einen interpersonellen Nutzenvergleich erfordern.

Demgegenüber kann ein Eingriff nicht falsch sein, wenn er niemanden benachteiligt und gleichzeitig mindestens ein Mitglied der Gesellschaft besserstellt³²³. Damit wird

³¹⁹ Eidenmüller (Effizienz), 25, m.w.H. Man spricht vom sog. „Welfarismus“, vgl. Eidenmüller (Effizienz), 47.

³²⁰ Begründer des klassischen Utilitarismus ist Jeremy Bentham (1748-1832), vgl. Eidenmüller (Effizienz), 22 ff., und von der Crone (Rahmenverträge), 8.

³²¹ Hierbei handelt es sich um das klassische Beispiel bei Pigou, Alfred C.: *The Economics of Welfare*, London, 1924, part I ch. VII § 3, vgl. Eidenmüller (Effizienz), 43. Zum sinkenden Grenznutzen von Geldvermögen, vgl. auch Posner (Economic Analysis), 12, und von der Crone (Rahmenverträge), 34.

³²² Schäfer/Ott (ökonomische Analyse), 41, m.H.a. Robbins, Lionel: *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science* (1932); Eidenmüller, 46 f., m.w.H.; von der Crone (Rahmenverträge), 9 f.; Posner (Economic Analysis), 460.

³²³ Von der Crone (Rahmenverträge), 9.

bei der Ausrichtung am sog. *Pareto-Optimum*³²⁴ ein interpersoneller Nutzenvergleich vermieden³²⁵.

Jeder zweiseitige Vertrag führt zu einer Pareto-Verbesserung, weil beide Parteien die Folgen der geplanten Veränderung abwehren können, indem sie den Vertrag nicht abschliessen³²⁶. Befürchtet also eine Vertragspartei einen Verlust, wird sie den Vertrag schon gar nicht eingehen. Möglich sind deshalb nur Abmachungen, die mindestens eine der beiden Parteien besserstellen.

Zu einer Pareto-Verbesserung führen auch mehrseitige Abmachungen, solange Einstimmigkeit erforderlich ist. Denn jede Partei, die aufgrund der vorgeschlagenen Abmachung eine Verschlechterung ihrer Position befürchtet, kann das Zustandekommen verhindern.

Das Pareto-Prinzip bietet in vielen Situationen ein geeignetes Bewertungsinstrument für die Erwünschtheit einer bestimmten Handlung. Es ermöglicht den Vergleich zwischen einem Ursprungs- und einem Folgezustand, ohne den Eingriff hinsichtlich seiner Wirkung bei den unterschiedlichen Gesellschaftsmitgliedern in einer absoluten Masseinheit zu bemessen.

Unmöglich ist die Anwendung des Pareto-Prinzips jedoch, wenn zahlreiche Mitglieder einer Gesellschaft von einem Eingriff betroffen sind³²⁷. Innerhalb einer grossen Anzahl von Betroffenen ist das Vorliegen eines Benachteiligten wahrscheinlich, womit dem Pareto-Prinzip nicht mehr Genüge getan wird³²⁸. Grössere Zusammenschlüsse von Mitgliedern der Gesellschaft, z.B. öffentlich-rechtliche Körperschaften, können deshalb keine Entscheidungen gestützt auf das Pareto-Prinzip fällen, weil praktisch jeder Eingriff irgendeine Person schlechterstellt³²⁹.

³²⁴ Nach dem italienischen Ökonomen und Soziologen Vilfredo Pareto (1848-1923), vgl. Eidenmüller (Effizienz), 48.

³²⁵ Eidenmüller (Effizienz), 48.

³²⁶ Eidenmüller (Effizienz), 48. Vorausgesetzt wird, der Vertrag kommt nicht unter Einflüssen wie Zwang oder Unerfahrenheit zustande. Posner (Economic Analysis), 13, weist darauf hin, dass zweiseitige Verträge bei negativen Externalitäten Auswirkungen auf Drittpersonen haben können.

³²⁷ Posner (Economic Analysis), 13; Eidenmüller (Effizienz), 49 f.; Kleinewefers (Ökonomische Theorie), 96.

³²⁸ Schäfer/Ott (ökonomische Analyse), 25; Schäfer (Allokationseffizienz), 3.

³²⁹ Cooter/Ulen (Law & Economics), 43 f.

Die Verschlechterung der Situation von benachteiligten Einzelpersonen lässt sich aber verhindern, indem man die Betroffenen kompensiert, d.h. ihnen Leistungen zuführt, welche den Verlust durch den Eingriff decken³³⁰. Die Mittel dazu stammen aus dem Gewinn der übrigen Gesellschaftsmitglieder. Im Ergebnis ist entsprechend dem Pareto-Kriterium kein Gesellschaftsmitglied schlechtergestellt.

Solche Ausgleichszahlungen verursachen aber Verwaltungskosten³³¹. Das sog. *Kaldor/Hicks-Kriterium*³³² verlangt deshalb nur, dass die Bessergestellten in der Gesellschaft die Verschlechterung der anderen kompensieren *könnten*³³³. Denn über einen längeren Zeitraum steht man sowohl auf der Gewinner- wie auch auf der Verliererseite, wodurch sich ein Ausgleich ohnehin einstellt³³⁴. Und selbst wenn der Ausgleich aufgrund einer ungünstigen Ausgangslage längerfristig ausbleibt, ist eine Kompensation mittels Subventionen oder Steuern noch immer günstiger als im Zusammenhang mit jedem Eingriff Transferzahlungen vorzunehmen³³⁵.

Das Kaldor/Hicks-Kriterium bewertet die Handlungsalternativen im wesentlichen in Geldeinheiten³³⁶. Ziel ist es, Rechte dorthin zu verschieben, wo die grösste Zahlungsbereitschaft dafür besteht³³⁷. Denn wer am meisten zu zahlen bereit ist, wäre zur Entschädigung derjenigen imstande, die aufgrund der Verschiebung des Rechts einen Verlust erleiden.

Auf den ersten Blick gleicht das Kaldor/Hicks-Kriterium dem zuvor erläuterten utilitaristischen Prinzip, welches aufgrund der Unmöglichkeit interpersoneller Nutzenvergleiche abgelehnt wurde. Das Kaldor/Hicks-Kriterium mutet sich aber nicht zu, persönlichen Nutzen zu vergleichen, sondern misst in Geldeinheiten oder mit einer anderen

³³⁰ Eidenmüller (Effizienz), 49 f.

³³¹ Schäfer/Ott (ökonomische Analyse), 32; Weissel (Quellen), 72.

³³² Benannt nach den beiden Ökonomen Nicholas Kaldor (1908-1986) und John Hicks (1904-1989). Deren einschlägige Werke sind: Kaldor, Nicholas: Welfare Proposition of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility, 49 *Economic Journal* 549 (1939), sowie Hicks, John R.: The Foundations of Welfare Economics, 49 *Economic Journal* 696 (1939), vgl. Eidenmüller (Effizienz), 51.

³³³ Posner (*Economic Analysis*), 14; Cooter/Ulen (*Law & Economics*), 43; Eidenmüller (Effizienz), 51. Bisweilen spricht man auch von der „potentiellen“ Pareto-Verbesserung, vgl. Weissel (Quellen), 71, oder Schäfer (Allokationseffizienz), 3.

³³⁴ Schäfer/Ott (ökonomische Analyse), 35 f., m.w.H.

³³⁵ Schäfer/Ott (ökonomische Analyse), 37 f.

³³⁶ Eidenmüller (Effizienz), 51 f.

³³⁷ Schäfer/Ott (ökonomische Analyse), 34.

Masseinheit, die einen monetären Marktwert besitzt. Weil das Kaldor/Hicks-Kriterium im Gegensatz zum Utilitarismus den Grenznutzen von Geld nicht einbezieht, können diese zwei Bewertungsmethoden denselben Eingriff unterschiedlich beurteilen³³⁸.

So steht das Kaldor/Hicks-Prinzip der Umverteilung im bereits illustrierten Beispiel indifferent gegenüber, weil sowohl A wie auch B die 100 Franken als 100 Franken bewerten werden. Der Utilitarismus wird die Umverteilung hingegen unterstützen, weil der arme B höchstwahrscheinlich aus dem Geld den grösseren Nutzen ziehen wird als der reiche A.

Das Kaldor/Hicks-Kriterium macht gewissermassen gesamtgesellschaftliche Kosten/Gewinn-Analysen³³⁹. Im Einzelfall mögen Kaldor/Hicks-Entscheidungen hart und ungerecht erscheinen. Über längere Zeit betrachtet und gegebenenfalls in Begleitung von direkten Ausgleichszahlungen verspricht man sich davon jedoch die grösste Wohlfahrtssteigerung.

Grösstmögliche Wohlfahrt in einem bestimmten Zeitpunkt ist gleichbedeutend mit Allokationseffizienz. Diese liegt vor, wenn sich der gesellschaftliche Zustand nach Massgabe von Pareto und Kaldor/Hicks nicht mehr verbessern lässt. Rechte und Pflichten sind dann bei denjenigen angelangt, die sie am höchsten wertschätzen bzw. am leichtesten erfüllen. Freilich gelangt eine Gesellschaft nie an diesen Punkt. Dieser ist denn auch weniger Endziel als vielmehr Richtungsweiser. Verfechter der ökonomischen Analyse des Rechts möchten, dass sich Gesetzgeber und Rechtsanwender an der ökonomischen Effizienz orientieren.

3. Aufgaben des Rechts aus wohlfahrtsökonomischer Sicht

3.1 Übersicht

Unter dem Blickwinkel der ökonomischen Analyse des Rechts hat das Rechtssystem die Aufgabe, Rechte dorthin zu führen, wo man sie am höchsten schätzt. Ebenso sollen Pflichten dorthin gelangen, wo sie am günstigsten erfüllt werden. Der angestrebte

³³⁸ Vgl. das Beispiel in Schäfer/Ott (ökonomische Analyse), 39 f.

³³⁹ Nach Eidenmüller (Effizienz), 54, handelt es sich dabei um das sog. „Reichtumsmaximierungsprinzip“, welches Richard Posner zugerechnet wird. Dieses Prinzip ist mit dem Kaldor/Hicks-Kriterium eng verwandt und gelangt zu denselben Ergebnissen. Schäfer/Ott (ökonomische Analyse), 35 ff., machen keine Unterteilung. Auch die Kosten-Nutzenrechnung sowie die sog. Auktionsregel sind letztlich Konkretisierungen des Kaldor/Hicks-Kriteriums, vgl. Schäfer (Allokationseffizienz), 3.

Zustand ist das Pareto- bzw. Kaldor/Hicks-Optimum. Dazu hat das Recht zwei Möglichkeiten. Erstens kann es auf möglichst tiefe Transaktionskosten im Markt hinwirken sowie klare, handelbare Rechte und Pflichten schaffen und damit die Teilnehmer am Wirtschaftsleben dazu veranlassen, die effiziente Verteilung der Rechte und Pflichten unter sich abzustimmen. Eine Vielzahl von Verträgen unter den einzelnen Wirtschaftssubjekten führt nämlich Rechte und Pflichten letztlich dorthin, wo man sie am meisten schätzt bzw. am günstigsten erfüllt³⁴⁰. Zweitens kann das Recht die Rechte und Pflichten autoritär jenen Wirtschaftssubjekten zuteilen, die dazu nach Effizienzgesichtspunkten am besten geeignet sind³⁴¹. Überflüssig wird dadurch die nachträgliche private Umverteilung, die immer Transaktionskosten verursacht. Bei der autoritären Verteilung findet anders als bei der privaten Umverteilung keine Entschädigung statt, weil damit zu hohe Verwaltungskosten einhergehen, und sich ein Ausgleich im Laufe der Zeit ohnehin einstellt. Ist die Verteilung dennoch ungerecht, erfolgt die Korrektur über Steuern oder Direktzahlungen.

3.2 Privat koordinierte Verteilung

3.2.1 Ziel

Jeder Vertrag bringt eine verbesserte Verteilung von Rechten mit sich. Ein Recht wird vom Erwerber höher bewertet als vom Veräusserer, ansonsten eine Übertragung zum ausgemachten Preis gar nicht vereinbart worden wäre. Folglich führt ein Vertrag zu einem Kooperationsgewinn und steigert damit die Wohlfahrt der Parteien. Werden in einer Gesellschaft viele Verträge gemacht, so werden Rechte häufiger zu Leuten verschoben, die dafür eine höhere Wertschätzung haben als der frühere Inhaber. Die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt steigt.

Recht, das eine effiziente Verteilung von Rechten und Pflichten durch die Privaten selbst bezweckt, begünstigt deshalb solche privaten Austauschhandlungen. Zwei Elemente spielen dabei eine entscheidende Rolle: Die Klarheit des Austauschgegenstands und die Kosten des Austauschs.

³⁴⁰ Von der Crone (Rahmenverträge), 10; Dicke (Wirtschaftsgesetzgebung), 19 f.

³⁴¹ Von der Crone (Rahmenverträge), 10 f.; Dicke (Wirtschaftsgesetzgebung), 20.

3.2.2 Mittel

a) Klarheit der Rechte und Pflichten

Klare Rechte eignen sich besser zum Handeln als verschwommene und gelangen damit häufiger zum Erwerber mit der höchsten Wertschätzung³⁴². Der mutmassliche Interessent erhält ein klares Bild von der angebotenen Leistung und kann diese problemlos seinen persönlichen Bedürfnissen gegenüberstellen. Besonders geeignet ist z.B. Grundeigentum. Dessen Umfang ist eindeutig einsehbar im Grundbuch. Selbst eine Einschränkung durch ein beschränktes dingliches Recht ist ersichtlich. Ähnlich steht es mit geistigem Eigentum, wenn ein Register für Klarheit sorgt. Verglichen mit dem Grundeigentum ist aber geistiges Eigentum weniger klar, weil z.B. die Existenz des geistigen Eigentums in mannigfaltiger Weise von Dritten bestritten werden kann und weil es aus seiner Natur heraus nicht rivalisierend ist. Eher verschwommen sind eigentumsähnliche Positionen gestützt auf reflexiv wirkende Verhaltensregeln³⁴³. So ist z.B. Umfang, Verletzbarkeit und Dauer beim Geschäftsgeheimnis weit weniger klar als beim Grundeigentum. Dennoch verfügt der Geheimnisherr in gewissem Masse über eine handelbare Rechtsposition, weil sein Geheimnis durch bestimmte Verhaltensarten nicht verbreitet werden darf und ihm deshalb in diesem Umfang zusteht.

b) Tiefe Transaktionskosten

Das zweite Element, welches auf die Austauschfähigkeit Privater wirkt, sind die Kosten des Austausches als solchem. Man spricht von den Transaktionskosten³⁴⁴. Dazu gehören Suchkosten, Verhandlungskosten und Durchsetzungskosten³⁴⁵. Nicht Bestandteil der Transaktionskosten ist der bezahlte Preis des erworbenen Gutes. Er wird durch den Austausch mit einer anderen Leistung ersetzt und verursacht keine Belastung.

³⁴² Easterbrook (Law of the Horse), 209. Nach Kleinewefers (Ökonomische Theorie), 97, verringern sich die Externalitäten, je klarer die Handelsrechte sind.

³⁴³ Vgl. z.B. die unterschiedlichen Übertragungsarten von spezialrechtlich geschützten Patenten und lediglich reflexiv geschütztem Know-how bei SIWR-Dessemontet, 16. David (Numerus clausus), 1408, nennt als Beispiele reflexartig geschützter Rechtspositionen den Geheimnis- und den Ausstattungsschutz durch das Lauterkeitsrecht.

³⁴⁴ Cooter/Ulen (Law & Economics), 87: „Transaction costs are the costs of exchange“.

³⁴⁵ Coase (Social Cost), 15; Cooter/Ulen (Law & Economics), 88.

Der Anbieter hat Transaktionskosten, weil er Abnehmer suchen muss. Er hat sich über die Abnehmer zu informieren, um Produkt und Preis anzupassen. Er hat weitere Aufwendungen, wenn die Gegenleistung, in der Regel Geld, nicht unmittelbar erfolgt. Die Transaktionskosten des Abnehmers liegen in der Suche nach einem Anbieter der gewünschten Leistung. Weiter möchte der Abnehmer die Qualität des Produktes und die Zuverlässigkeit des Anbieters kennen. Er interessiert sich auch für die Konkurrenz, um seine Verhandlungsposition zu stärken. Ist die Leistung keine unmittelbare, muss er zudem deren Erfüllung kontrollieren und manchmal auch durchsetzen.

Bei hohen Transaktionskosten findet ein Leistungsaustausch seltener statt. Die Parteien unterlassen nämlich einen Austausch, wenn der damit erzielbare Gewinn kleiner ist als die anfallenden Transaktionskosten. Umgekehrt führen allgemein tiefe Transaktionskosten zu häufigerem Austausch von Leistungen. Die gehandelten Rechte gelangen mit jedem Austausch zu einem Inhaber mit einer höheren Wertschätzung dafür. Die Vertragsparteien erzielen Kooperationsgewinne, denn sie schätzen die neu erlangte Leistung höher als die dafür entrichtete Gegenleistung.

Ein einfaches Beispiel zeigt diesen Effekt auf³⁴⁶. A hat ein Bild, welches ihm 3000 Franken wert ist. B möchte das Bild kaufen. Er misst dem Bild einen Wert von 4000 Franken bei. Kommt der Vertrag zustande, steigt die gemeinsame Wohlfahrt von A und B um 1000 Franken, weil das Bild einen Eigentümer bekommt, der es um 1000 Franken höher wertschätzt als der bisherige Eigentümer. Wie dieser Kooperationsgewinn von 1000 Franken unter den Vertragsparteien verteilt ist, ergibt sich aus dem Verkaufspreis. Angenommen B bezahlt 3800 Franken, so erhöht er seine persönliche Wohlfahrt um 200 Franken, weil er dem Bild einen Wert von 4000 Franken beimisst, jedoch nur 3800 Franken dafür bezahlt. A auf der anderen Seite steigert seine Wohlfahrt um 800 Franken, weil er 3800 Franken für ein Bild bekommt, welches er nur mit 3000 Franken wertschätzt.

Der Vertrag wird aber nur abgeschlossen, wenn die Transaktionskosten den Kooperationsgewinn nicht übersteigen. Haben die Parteien Such-, Verhandlungs-, Kontroll- und Durchsetzungskosten von angenommen 1100 Franken, so lohnt sich der Austausch der Leistung nicht. Die effiziente Allokation des Bildes findet nicht statt.

Tiefe Transaktionskosten ermöglichen eine grössere Anzahl vertraglicher Abmachungen, weil unter diesen Umständen die Transaktionskosten den Kooperationsgewinn seltener aufzehren. Eine Wohlfahrtssteigerung findet statt, weil Rechte und Pflichten

³⁴⁶ Ein ähnliches Beispiel ist zu finden bei Cooter/Ulen (Law & Economics), 75.

häufiger mit Kooperationsgewinn umverteilt werden als bei hohen Transaktionskosten³⁴⁷. Wären die Transaktionskosten Null, führte dies sogar zu einer vollumfänglich effizienten Verteilung von Rechten und Pflichten. Über private Abmachung würden die Rechte und Pflichten schliesslich dorthin gelangen, wo sie am höchsten geschätzt bzw. am günstigsten getragen würden.

Die Rechtsordnung soll deshalb auf tiefe Transaktionskosten im Zusammenhang mit vertraglichen Abmachungen hinwirken³⁴⁸. Damit wird privater Austausch erleichtert und folglich Wohlstand gefördert.

Im Schweizer Recht finden sich Beispiele, in denen der Gesetzgeber um tiefe Transaktionskosten besorgt war. Z.B. senkt die Formfreiheit im Rahmen der meisten Vertragsarten die Transaktionskosten. Das Festhalten aller Vertragspunkte in einer vorgegebenen Form würde Aufwand verursachen³⁴⁹. Weiter vermindert dispositives Vertragsrecht die Transaktionskosten, weil die Vertragsparteien nicht jedes Detail aushandeln müssen, sondern sich auf eine bestehende Reglementierung stützen können³⁵⁰.

3.3 Autoritäre Verteilung

Wenn eine Verteilung von Rechten und Pflichten mittels Verträgen durch die Gesellschaftsmitglieder selber unmöglich ist, muss sie autoritär erfolgen. In drei Fällen trifft dies zu.

Erstens ist autoritäre Verteilung sinnvoll, wenn die Transaktionskosten für die Privaten zu hoch sind, um untereinander eine Einigung zu erzielen³⁵¹. Insbesondere bei Mehrparteienverhältnissen trifft man prohibitiv hohe Transaktionskosten an. Viele staatliche Massnahmen liessen sich auch privat bewerkstelligen, wenn nicht jeder dafür notwendige Vertrag Transaktionskosten mit sich bringen würde.

³⁴⁷ Vgl. Kleinewefers (Ökonomische Theorie), 98: „Sind die Transaktionskosten zum Beispiel auf Grund von rechtlichen Regulierungen hoch, so behindern sie die optimale Anpassung an die gegebenen (beziehungsweise sich ändernden) Verhältnisse im allgemeinen und den nutzenerhöhenden Austausch im besonderen und damit die Effizienz. Rechtliche Regulierungen werden daher von Ökonomen oft unter dem Aspekt ihrer Wirkung auf die Transaktionskosten beurteilt.“

³⁴⁸ Eidenmüller (Effizienz), 64; Cooter/Ulen (Law and Economics), 96.

³⁴⁹ Weber (ökonomische Rationalität), 432.

³⁵⁰ Weber (ökonomische Rationalität), 432 f.

³⁵¹ Eidenmüller (Effizienz), 63.

Beim Bau einer Autobahn z.B. gibt es zahlreiche Gewinner und Verlierer. Ein ausgeklügeltes System von Verträgen würde den Bau, gestützt auf rein private Vereinbarungen, ermöglichen. Danach würden die Leidtragenden entschädigt, während die Profiteure durch Bau und Entschädigungen verursachte Kosten nach ihrer jeweiligen Wertschätzung der Autobahn zu tragen hätten. Die Anzahl einzubeziehender Parteien wäre jedoch enorm. Zahlreiche Betroffene eines Autobahnbaus profitieren oder leiden geringfügig oder in nahezu nicht mehr messbarem Ausmass. Der vertragliche Einbezug aller Betroffenen hätte demassen hohe Transaktionskosten zur Folge, dass sich eine private Vereinbarung über den Bau einer Autobahn nicht erzielen liesse³⁵². Der Staat bestimmt deshalb über solche Vorhaben gestützt auf seine Autorität.

Der zweite Anwendungsfall von autoritärer Verteilung von Rechten und Pflichten sind die öffentlichen Güter. Öffentliche Güter werden erstens dadurch charakterisiert, dass ihr Konsum nicht rivalisierend ist. Mit anderen Worten verunmöglicht der Konsum eines öffentlichen Gutes durch einen ersten Verbraucher nicht den Konsum durch weitere Nutzniesser. Zweitens sind öffentliche Güter nicht ausschliessbar, d.h. man kann Interessen nicht ausgrenzen, wenn sie für den Konsum des öffentlichen Gutes keine Entschädigung leisten. Unter diesen Umständen ist niemand bereit, für den Konsum und damit indirekt für die Herstellung eines öffentlichen Gutes zu bezahlen. In der Regel stellt deshalb, wie im Falle prohibitiv hoher Transaktionskosten, der Staat die öffentlichen Güter kraft seiner Autorität bereit. Die Mittel dafür erhält er aus Steuern und Abgaben. Schulbeispiele sind das Licht des Leuchtturms und die Landesverteidigung.

Der dritte Anwendungsbereich autoritärer Verteilung ist die erstmalige Allokation von Rechten und Pflichten. Gelingt eine effiziente Zuteilung gleich bei Entstehen des Rechts oder der Pflicht, ist eine Umverteilung nicht mehr erforderlich³⁵³. Transaktionskosten werden gar nicht erst zum Einflussfaktor. Die Effizienz der Ausgangsverteilung von Rechten und Pflichten durch den Staat ist insbesondere dort von grosser Bedeutung, wo kein Sekundärmarkt existiert oder wo ein solcher durch hohe Transaktionskosten erschwert wird.

³⁵² Vgl. auch Dicke (Wirtschaftsgesetzgebung), 16, mit einem ähnlichen Beispiel.

³⁵³ Cooter/Ulen (Law & Economics), 96 f., mit einem Beispiel, in welchem den Maisbauern die Pflicht auferlegt wird, gegen Schäden durch freilaufendes fremdes Vieh Vorkehrungen zu treffen; die Viehhalter tragen demgegenüber das Risiko von Schäden beim Maisbauern nicht.

Die autoritäre Verteilung von Rechten und Pflichten geschieht nach der Massgabe von Kaldor/Hicks³⁵⁴. Rechte und Pflichten sollen dorthin gelangen, wo sie die höchste Wertschätzung geniessen bzw. am wenigsten Kosten verursachen. Gewinne und Verluste sämtlicher Gesellschaftsmitglieder werden einkalkuliert³⁵⁵. Ein Eingriff unterbleibt, wenn er einen gesamtwirtschaftlichen Verlust verursacht.

Eine Kompensation der Verlierer dieser Verteilung ist nicht vorgesehen. Das Ausbleiben der Entschädigung nach dem Kaldor/Hicks-Modell wird damit gerechtfertigt, dass im Laufe der Zeit alle Mitglieder der Gesellschaft gleichmässig von Vor- und Nachteilen betroffen sind. Dennoch bestehende Ungleichheiten sind direkt mit Steuern oder Subventionen auszugleichen.

3.4 Verhältnis der Aufgaben zueinander

Ist die Verschiebung von Rechten und Pflichten durch die Privaten selbst möglich, stellt die autoritäre Verteilung von Rechten und Pflichten keine Alternative dar zum Erfordernis möglichst tiefer Transaktionskosten.

Der Staat verfügt kaum über alle zur effizienten autoritären Verteilung erforderlichen Informationen³⁵⁶. Zudem wird er von Interessengruppen gelenkt, die sich nicht der effizienten Verteilung von Rechten oder Pflichten verschrieben haben, sondern eigennützig handeln³⁵⁷.

Geschieht die autoritäre Verteilung durch einen generell-abstrakten Erlass, besteht die Gefahr, dass die Umstände des Einzelfalles ungenügende Berücksichtigung finden. Weiter ist die unterschiedliche Wertschätzung von Rechten durch künftige Betroffene möglich.

³⁵⁴ Schäfer/Ott (ökonomische Analyse), 101 f.; Eidenmüller (Effizienz), 267 f.

³⁵⁵ Weber (Ökonomische Rationalität), 423, m.H.a. Assman, H.D.: Zur Steuerung gesellschaftlich-ökonomischer Entwicklung durch Recht, in: Assman/Brüggemeier/Hart/Joerges (Hrsg.): Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, Frankfurt 1980, 239, 297, Anm. 173.

³⁵⁶ Kleinewefers (Ökonomische Theorie), 91; Dicke (Wirtschaftsgesetzgebung), 19.

³⁵⁷ Schäfer (Allokationseffizienz), 20; Lessig (Code), 219; Dicke (Wirtschaftsgesetzgebung), 19. Vgl. auch Kleinewefers (Ökonomische Theorie), 86, wonach viele Ökonomen nicht mehr glauben, dass die Entscheideträger im Staate selbstlos und im Dienste der Allgemeinheit handeln.

Bei tiefen Transaktionskosten können private vertragliche Abmachungen eine suboptimale staatliche Verteilung leichter korrigieren³⁵⁸. Darüber hinaus reagieren Private mittels Verträgen zumeist schneller und wirksamer auf veränderte Umstände als der Staat mit Gesetzen und Beschlüssen.

4. Ökonomische Analyse des Rechts in Kontinentaleuropa

4.1 Akzeptanz

Kontinentaleuropäische Juristen treten der ökonomischen Analyse des Rechts zumeist mit Ablehnung oder Skepsis entgegen³⁵⁹. Sie werfen der Ökonomischen Analyse vor, es handle sich dabei um einen ausserrechtlichen Regelungsapparat, der dem demokratisch gesetzten Recht übergeordnet werde³⁶⁰. Insbesondere Aspekte der Verteilungsgerechtigkeit würden übersehen, weil die Ökonomische Analyse bei der Verteilung von Rechten oder Pflichten nicht nach dem konkreten Empfänger frage³⁶¹. Darüber hinaus fehle der Ökonomischen Analyse auch die konsenstheoretische Legitimation³⁶².

Gegnern und Skeptikern wird vorgehalten, sie lehnten die Ökonomische Analyse ab, weil sie die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit den ihnen fremden Wirtschaftswissenschaften scheuen würden³⁶³. Darüber hinaus würden sie Besitzstandsschutz betreiben, denn eine konsequent angewandte Ökonomische Analyse im Rahmen der Rechtsanwendung und -setzung vermindere den Bedarf an Juristen³⁶⁴. Zudem sei eine Unter-

³⁵⁸ Die Rede ist vom sog. „Coase-Theorem“, welches jedoch Coase selber nie ausformulierte, sondern nur anhand von Beispielen und Argumenten darlegte (Coase, Ronald H.: *The Problem of Social Cost*, 3 *The Journal of Law & Economics* 1 ff. (1960)). Nach diesem Theorem spielt es für das Erreichen einer effizienten Verteilung keine Rolle, wie die Gesetze Rechte und Pflichten festlegen, solange keine Transaktionskosten eine nachträgliche private Umverteilung erschweren, vgl. Coater (Cost of Coase), 14; Coater/Ulen (*Law & Economics*), 85; Schäfer/Ott (ökonomische Analyse), 90.

³⁵⁹ Eidenmüller (Effizienz), 7, m.H. insbesondere auf Fezer, Karl-Heinz: *Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach*, *Juristenzeitung* 1986, 817 ff.; vgl. auch Berger (Konkretisierung), 11 ff., sowie Weber (ökonomische Rationalität), 425 ff., mit einer Auflistung möglicher Einwände gegen die Ökonomische Analyse.

³⁶⁰ Eidenmüller (Effizienz), 7 f.

³⁶¹ Berger (Konkretisierung), 11.

³⁶² Berger (Konkretisierung), 12.

³⁶³ Eidenmüller (Effizienz), 6.

³⁶⁴ Eidenmüller (Effizienz), 7, m.H.a. Von Weizsäcker, C. C.: *Was leistet die Property Rights Theorie für aktuelle wirtschaftspolitische Fragen?*, in: Neumann, M. (Hrsg.): *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte – Schriften des Vereins für Socialpolitik*, Bd. 140, Berlin 1984, 123 ff.

stellung des Rechts unter einen ausserrechtlichen Zweck nicht untunlich, diene Recht doch auch dazu, ausserrechtliche Daseinsbedingungen wie Essen, Trinken, Kleidung oder Wohnung zu sichern³⁶⁵.

4.2 Anwendungsbereich

4.2.1 Übersicht

Die ökonomische Analyse des Rechts ist als Ansatz zur Rechtssetzung und -anwendung jung und in Kontinentaleuropa wenig verbreitet. Im Rahmen der Rechtssetzung lässt sie sich nach Belieben des Gesetzgebers einbringen, solange dieser von der Verfassung vorgegebene Schranken beachtet. Höhere Anforderungen sind an den Einbezug der Ökonomischen Analyse in die Rechtsanwendung zu stellen. Als Ansatzpunkt bei Auslegung und Lückenfüllung ist die Ökonomische Analyse aber nicht von vorneherein abzulehnen, weil sie bisweilen mit den Zielvorstellungen des Gesetzgebers im Einklang steht.

4.2.2 Rechtssetzung

Der Gesetzgeber kann nach seinem Belieben Recht gestalten, welches auf die effiziente Allokation von Rechten und Pflichten abzielt. Gesetzgebungstechnisch betrachtet, bestimmen derartige Regeln entweder direkt eine effiziente Verteilung von Rechten und Pflichten oder verweisen auf ausserrechtliche ökonomische Kriterien³⁶⁶. Weiter kann der Gesetzgeber bewusst auf tiefe Transaktionskosten im Markt sowie auf klare Rechte und Pflichten hinwirken und damit die private Allokation erleichtern.

Die Verfassung schränkt den Gesetzgeber bei der Festsetzung ökonomisch geprägter Regelungsmechanismen nur geringfügig ein³⁶⁷. Die Ziele der Wirtschaftsverfassung und der Ökonomischen Analyse liegen in derselben Richtung. Wo der Gesetzgeber das private Wirtschaften reguliert, ist deshalb nicht mit einer Beschränkung der Ökonomischen Analyse durch die Wirtschaftsverfassung zu rechnen. Verfassungsbestimmungen betreffend Menschenwürde, Sozialstaat, Familie usw. sind dagegen durchaus geeignet, ökonomische Zielsetzungen in bestimmten Rechtsgebieten in den Hintergrund zu drängen.

³⁶⁵ Eidenmüller (Effizienz), 8, m.H.a. Von Jehring, R.: Der Zweck im Recht, Leipzig 1877, 434.

³⁶⁶ Eidenmüller (Effizienz), 435, macht Beispiele, in welchen er bestehende Regeln aus dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch mit Anweisungen an den Rechtsanwender erweitert, bei deren Befolgung bestimmte ökonomische Überlegungen die rechtliche Entscheidung steuern.

³⁶⁷ Eidenmüller (Effizienz), 449, betreffend Deutschland.

Umgekehrt auferlegt die Verfassung dem Gesetzgeber grundsätzlich nicht die Pflicht, seine Tätigkeit nach der ökonomischen Analyse des Rechts auszurichten. Immerhin ist aber die gemeinsame Wohlfahrt Staatszweck³⁶⁸; bei ihrer Förderung kann die Ökonomische Analyse durchaus hilfreich sein.

Das Gesetz ist das geeignete Instrument zur Einführung ökonomischer Beurteilungskriterien in ein bestimmtes Rechtsgebiet³⁶⁹. Es hat, verglichen mit dem Richterrecht, die höhere demokratische Legitimation. Weiter können im Gesetzgebungsverfahren sämtliche interessierte Kreise ihre Anliegen kundtun und damit alle wichtigen Belange zur Sprache bringen³⁷⁰. Darüber hinaus verfügt der Gesetzgeber über einen sachkundigen Beraterstab³⁷¹.

Der Gesetzgeber kann den Rechtsbereich, in welchem er die Ökonomische Analyse wünscht, genau umschreiben³⁷². Seine Vorgaben werden fortan auf alle Mitglieder der Gesellschaft gleichermassen ab einem vorbestimmten Zeitpunkt angewendet³⁷³. Allfällige Anpassungen in anderen Erlassen kann er koordinieren³⁷⁴. Die Gerichte haben dagegen einen eingeschränkten Aktionsradius aufgrund der vorgelegten Streitigkeit³⁷⁵, der verfügbaren Fakten³⁷⁶ und der Akzeptanz durch andere Gerichte³⁷⁷.

4.2.3 Rechtsanwendung

a) *Allgemein*

Die Rechtsanwendung ist nicht der geeignete Ort, um die Ökonomische Analyse *erstmalig* in ein Rechtsgebiet einzuführen. Denn je nach Rechtsgebiet stellt die Ökonomische

³⁶⁸ Art. 2 Abs. 2 BV.

³⁶⁹ Eidenmüller (Effizienz), 419.

³⁷⁰ Eidenmüller (Effizienz), 420 f.

³⁷¹ Eidenmüller (Effizienz), 428.

³⁷² Eidenmüller (Effizienz), 434 f.

³⁷³ Eidenmüller (Effizienz), 423.

³⁷⁴ Eidenmüller (Effizienz), 432 f.

³⁷⁵ Eidenmüller (Effizienz), 436.

³⁷⁶ In Prozessen, in denen die Verhandlungsmaxime herrscht, muss das Gericht seine Entscheidung anhand der gegebenen Parteivorträge fällen, vgl. Eidenmüller (Effizienz), 429.

³⁷⁷ Eidenmüller (Effizienz), 423.

Analyse eine grosse Änderung gegenüber der bisherigen Handhabung eines Erlasses dar, wozu dem Richter die Legitimation fehlt³⁷⁸.

Dagegen darf sich der Rechtsanwender der Ökonomischen Analyse bedienen, wenn das auszulegende oder zu ergänzende Gesetz ihn dazu ermächtigt. Ein entsprechender Hinweis muss nicht ausdrücklich sein, sondern kann auch erst aus der Gesetzesauslegung erhellen.

b) Ökonomische Analyse bei der Auslegung

Wenn das Gesetz auf ökonomische Gesichtspunkte verweist, ist der Rechtsanwender nicht nur befugt, sondern sogar verpflichtet, seine Auslegung daran auszurichten³⁷⁹. Derart klare Verweise trifft man in der Rechtslandschaft jedoch selten an³⁸⁰.

Weiter ist eine ökonomisch geprägte Auslegung tunlich, wenn die Interpretation des Gesetzes anhand klassischer Elemente dessen ökonomische Ausrichtung erkennbar macht. Der Wortlaut eines Gesetzes, dessen Zweck oder die Anordnung der Regeln deuten bisweilen auf ökonomische Überlegungen hin. Auch sind Effizienzüberlegungen des Gesetzgebers bisweilen in den Materialien zu einem Erlass ersichtlich³⁸¹. Der Gesetzgeber braucht keine einschlägigen ökonomischen Theorien zu nennen, um seine Absicht kundzutun. Eine einfache Beschreibung der gesetzgeberischen Regelungsvorstellung kann eine längst bekannte ökonomische Erkenntnis beinhalten, an die der Gesetzgeber in ihrer Abstraktheit möglicherweise gar nicht dachte.

Schliesslich gibt es noch Gesetze, die ein gewisses Ausmass an Regelungskompetenz bewusst an den Rechtsanwender übertragen. Diesen Freiraum kann der Rechtsanwender anhand von Effizienzkriterien konkretisieren³⁸². Eine solche Auslegung ist zumeist vertretbar³⁸³. Sie steht jedoch unter dem Vorbehalt der Änderung oder Ergänzung durch

³⁷⁸ Eidenmüller (Effizienz), 414.

³⁷⁹ Kramer (Methodenlehre), 194 f.; Eidenmüller (Effizienz), 452.

³⁸⁰ Eidenmüller (Effizienz), 452, nennt als Beispiele in Deutschland das Kartell- sowie das Handelsrecht.

³⁸¹ Eidenmüller (Effizienz), 453, mit einem Beispiel aus dem deutschen Umweltrecht.

³⁸² Kramer (Methodenlehre), 195, sieht ein typisches Anwendungsgebiet der Ökonomischen Analyse bei der Konkretisierung von Generalklauseln im Vermögensrecht. Eidenmüller (Effizienz), 454, nennt als Beispiel die Konkretisierung des Begriffes der „erforderliche[n] Sorgfalt“ nach § 276 Abs. 1 Ziff. 2 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches.

³⁸³ Eidenmüller (Effizienz), 455.

andere Wertungen im betreffenden Erlass³⁸⁴. Denn die Rechtsanwender dürfen mangels demokratischer Legitimation nicht zu Promotoren ausschliesslichen Effizienzdenkens werden.

c) Ökonomische Analyse bei der Lückenfüllung

Mit dem Füllen einer Gesetzeslücke vervollständigt der Rechtsanwender das Werk des Gesetzgebers³⁸⁵. Er verändert dabei nicht das bestehende Rechtssystem, sondern ergänzt lediglich von der Legislative bewusst oder unbewusst offengelassene Stellen³⁸⁶. Diese Korrekturen oder Präzisierungen durch den Rechtsanwender dürfen dem bestehenden Recht und dessen Wertungen, Prinzipien und Ideen nicht widersprechen³⁸⁷. Der Geist des bestehenden objektiven Rechts soll auch in der neu vom Rechtsanwender zu schaffenden Norm enthalten sein.

Einige Rechtsprinzipien sind dem gesamten Rechtsapparat immanent und finden deshalb bei jedwelcher Lückenfüllung Berücksichtigung. Demgegenüber beziehen sich andere Prinzipien lediglich auf einen bestimmten Rechtsbereich³⁸⁸.

Zu den Prinzipien mit Wirkung innerhalb des gesamten Rechts gehören grundlegende Verfassungsprinzipien wie das Legalitätsprinzip, das Verhältnismässigkeitsprinzip oder das Prinzip des Vertrauensschutzes³⁸⁹. Die Allokationseffizienz hingegen ist nicht Gegenstand eines Rechtsprinzips, welches sämtliche Rechtsbereiche betrifft³⁹⁰.

Der Effizienzgedanke kommt deshalb bei der Lückenfüllung nur dann zum Tragen, wenn der zu ergänzende Erlass die Zielsetzung der Allokationseffizienz enthält³⁹¹. Er muss als sog. „lokales“ Rechtsprinzip existieren³⁹². Wer eine Gesetzeslücke mit Instru-

³⁸⁴ Eidenmüller (Effizienz), 455.

³⁸⁵ Hausheer/Jaun (Einleitungstitel), Rz. 2.212.

³⁸⁶ Deschenaux (SPR II), 111.

³⁸⁷ Riemer (Einleitungsartikel), 61; Tuor/Schnyder/Schmid, 42; Deschenaux (SPR II), 111.

³⁸⁸ Kramer (Methodenlehre), 187, spricht von „(...) bereichsbezogene[n] Grundprinzipien einfachgesetzlicher Stufe wie etwa das umweltrechtliche Verursacherprinzip (...)“.

³⁸⁹ Kramer (Methodenlehre), 189.

³⁹⁰ Eidenmüller (Effizienz), 464.

³⁹¹ Eidenmüller (Effizienz), 465, nennt als Beispiel das deutsche Haushaltsrecht, in dem bei Ausgaben von erheblicher Höhe eine Kosten/Nutzen-Analyse verlangt wird.

³⁹² Eidenmüller (Effizienz), 465.

menten der Ökonomischen Analyse füllen will, muss zuvor das Vorliegen eines lokalen Rechtsprinzips der Allokationseffizienz feststellen³⁹³.

5. Aspekte neben der Ökonomischen Analyse

Die ökonomische Analyse des Rechts will Rechte und Pflichten effizient verteilen und damit die Gesellschaft zur grösstmöglichen materiellen Wohlfahrt führen. Effiziente Verteilung ist aber nur ein rechtspolitisches Ziel neben zahlreichen anderen, nach welchen ein Staat seine Regeln ausrichtet. Ein Gesetz dient jeweils der Verwirklichung einer oder mehrerer Zielvorstellungen des Staates. Bei der Gesetzesanwendung muss man die verschiedenen Ziele erkennen und berücksichtigen. Konkret bedeutet dies oftmals das Abweichen vom Effizienzziel einhergehend mit Wohlfahrtsverlusten zugunsten einer oder mehrerer anderer Zielsetzungen.

Bekannte Zielvorgaben neben der ökonomischen Effizienz sind z.B. die Verteilungsgerechtigkeit, die Rechtssicherheit, der Schutz der Persönlichkeit und der Menschenwürde oder die Verbesserung des kulturellen Niveaus³⁹⁴.

De lege ferenda verlangt die Ökonomische Analyse eine Aufteilung dieser Zielsetzungen in unterschiedliche Erlasse. Regelt ein Erlass die privatwirtschaftliche Tätigkeit und ist damit auf die Wohlstandsmaximierung ausgerichtet, soll er dabei nicht durch weitere Gesetzeszwecke behindert werden³⁹⁵.

³⁹³ Nach der sog. „Identitätsthese“ überspannt der Effizienzgedanke das ganze Zivilrecht und wirkt folglich darin als lokales Rechtsprinzip. Diese These stützt sich auf Untersuchungen, wonach weite Teile des Zivilrechts im Ergebnis zur effizienten Allokation beitragen würden, selbst wenn der jeweilige Gesetzgeber dieses Ziel nicht vor Augen gehabt habe. Damit unterstellt man dem Zivilrecht jedoch, hauptsächlich monetäre Wertungen vorzunehmen, was nicht zutrifft. „Das juristische Konzept der Abwägung von Rechtsgütern oder rechtlich geschützten Interessen lässt sich (...) nicht auf einen Kosten/Nutzen-Kalkül reduzieren.“ vgl. Eidenmüller (Effizienz), 470. Zur Identitätsthese: Eidenmüller (Effizienz), 466 ff.; Ott (Allokationseffizienz), 25 ff.

³⁹⁴ Bsp. aus Eidenmüller (Effizienz), 273 ff., Schäfer/Ott (ökonomische Analyse), 9, und Koslowski (Grenzen), 116.

³⁹⁵ Vgl. Ruffner (Wettbewerbstheorie), 91, wonach der Antitrust-, d.h. der kartellrechtliche Ansatz der Ökonomischen Analyse alle nichtwirtschaftlichen Zielsetzungen aus dem Wettbewerbsrecht ausklammert. Nichtwirtschaftliche Ziele würden zwar nicht abgelehnt, sie könnten aber mit der Wettbewerbspolitik, verglichen mit anderen staatlichen Regelungen, nicht wirksam erreicht werden. M.H.a. Posner, Richard A.: Antitrust Law: An Economic Perspective, Chicago 1976, 4, 8-22.

D. UWG und die ökonomische Analyse des Rechts

1. Übersicht

Im Rahmen dieser Arbeit wurden bereits die Zielsetzung und die Methodik sowohl des UWG wie auch der Ökonomischen Analyse erläutert³⁹⁶. Insbesondere die ausführliche Auslegung des Wettbewerbsbegriffs im UWG gibt Hinweise über dessen Zielsetzung³⁹⁷.

Der Wettbewerb, wie ihn das UWG bezweckt, erfüllt in unterschiedlichem Ausmass die klassischen fünf Wettbewerbsfunktionen. Diese zielen ihrerseits auf die Wohlstandsmaximierung ab. In dieser Hinsicht entspricht die Zielsetzung des UWG jener der ökonomischen Analyse des Rechts. Während die Wohlstandsmaximierung das ausschliessliche Ziel der Ökonomischen Analyse ist, kennt das UWG noch weitere Zielsetzungen, z.B. die Wahrnehmung der Interessen des Landes oder Achtung und Anstand im Geschäftsverkehr.

Sowohl bei der Ökonomischen Analyse wie auch bei der Konkretisierung des UWG wendet man die Methode der folgenreorientierten Entscheidung an. Unter den verschiedenen Auslegungsvarianten der anwendbaren Bestimmung ist jene auszuwählen, welche eine vorgegebene Zielsetzung am besten erfüllt. Für die Feststellung dieses Wirkungszusammenhangs enthalten sowohl die Ökonomische Analyse wie auch das UWG Ansatzpunkte, an denen sich die Rechtsanwender orientieren. Bei der Ökonomischen Analyse ist ein solcher Ansatzpunkt die Höhe der Transaktionskosten. Unter verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten ist jene zu wählen, die im Markt die geringsten Transaktionskosten auslöst.

Aufgrund weitgehend identischer Zielsetzung und gleichartiger Methodik im UWG und in der ökonomischen Analyse des Rechts wird an dieser Stelle vorgeschlagen, den Transaktionskostenansatz als Methode auch bei der Anwendung des UWG zu beachten. Insbesondere die Generalklausel ist für eine derartige Konkretisierung offen.

Der Transaktionskostenansatz eignet sich besonders für die Beurteilung von Beeinträchtigungen der Wirtschaftstätigkeit im Internet. Gegenstand einer UWG-Streitigkeit im Internet ist aufgrund dessen Natur als Datenbahn stets die Störung eines Informationsflusses. Die Höhe der Transaktionskosten im (virtuellen) Markt hängt stark von der

³⁹⁶ Vgl. weiter vorne, IV.A./B. (S. 17 ff.) bzw. IV.C. (S. 64 ff.).

³⁹⁷ Vgl. weiter vorne, IV.A. (S. 17 ff.).

Zugänglichkeit und der Verbreitung von Informationen ab. Unter Anwendung des Transaktionskostenansatzes im UWG ist eine Streitigkeit im Internet so zu beurteilen, dass der streitbare Informationsfluss den grösstmöglichen Beitrag zu tiefen Transaktionskosten im Markt leistet und damit der Wohlfahrtsmehrung bestmöglich dient. Konkurrierende Ziele des UWG bleiben vorbehalten.

2. Ziele des UWG und der Ökonomischen Analyse

2.1 Ziele des UWG

2.1.1 Die ökonomischen Wettbewerbsfunktionen

a) Allgemein

Das UWG bezweckt den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse der Konkurrenten, der Abnehmer und der Allgemeinheit. Der Wettbewerb wird aber nicht seiner selbst wegen zum Zielsystem erhoben, sondern aufgrund seiner erwünschten Ergebnisse. Er nimmt beim Zusammenleben im Staat wichtige Aufgaben wahr. In der Ökonomie nennt man zumeist fünf Funktionen des Wettbewerbs: (1) die marktleistungskonforme Einkommensverteilung, (2) die nachfragegesteuerte Angebotsstruktur (Konsumentensouveränität), (3) die optimale Faktorenallokation, (4) die flexible Anpassung der Produktionskapazitäten (Flexibilität) und (5) die Durchsetzung des technischen Fortschritts³⁹⁸.

Die Erfüllung dieser fünf Funktionen darf nicht unbesehen als Zielsetzung des UWG anerkannt werden, weil dadurch wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse dem demokratischen Willen übergeordnet würden³⁹⁹. Und selbst wenn das Wettbewerbsbild im Schweizer Recht im Einklang wäre mit den fünf Wettbewerbsfunktionen, würden diese nicht notwendigerweise ausschliesslich durch das UWG verwirklicht. Das UWG ist nämlich nur ein Erlass unter mehreren, welche das Verhalten der Wettbewerbsteilnehmer steuern.

³⁹⁸ Dabei handelt es sich um die Wettbewerbsfunktionen nach Kantzenbach (Funktionsfähigkeit), 16 ff. Vgl. auch Berger (Konkretisierung), 97; Schluop (wirksamer Wettbewerb), Rz. 189; Lehmann (Wettbewerb), 63; Baudenbacher (Suggestivwerbung), 150 f.; Baudenbacher (funktionale Anwendung), 154.

³⁹⁹ Zum Spannungsverhältnis zwischen demokratischem Willen und ökonomischer Theorie: Berger (Konkretisierung), 166 ff.; Baudenbacher (funktionale Anwendung), 149; Eidenmüller (Effizienz), 7 f.

Im folgenden soll geprüft werden, inwieweit der weiter vorne⁴⁰⁰ untersuchte Wettbewerbsbegriff im UWG der Erfüllung der wirtschaftswissenschaftlichen Wettbewerbsfunktionen verpflichtet ist.

b) Die einzelnen Wettbewerbsfunktionen

Die erste Funktion des Wettbewerbs ist die Festlegung *marktleistungskonformer Einkommen*. Diese Funktion ist im UWG-Wettbewerbsbegriff enthalten. Zunächst nennt die Botschaft zum UWG die Verteilungsfunktion des angestrebten Wettbewerbs ausdrücklich⁴⁰¹. Daneben begünstigen einige Spezialtatbestände im UWG die Verteilung des Einkommens nach Marktleistungen. Zum einen leistet das UWG einen Beitrag bei der Suche des Abnehmers nach geeigneten Leistungen. Es schützt Abnehmer vor Täuschungen, Verwechslungen und Irreführung und fördert damit die Erkennbarkeit der Leistungen⁴⁰². Der Abnehmer findet jene Leistung, die seinen Bedürfnissen am besten entspricht. Unter diesen Voraussetzungen erzielt der Anbieter ein Einkommen, welches sich aus der Beliebtheit seines Angebots im Markt herleitet. Zum anderen untersagt das UWG bestimmte Formen der Leistungsübernahme (z.B. unmittelbare Übernahme mit technischen Reproduktionsverfahren, Auskundschaften von Geschäftsgeheimnissen, Verwertung von Vorleistungen wie Plänen oder Offerten⁴⁰³). Der Anbieter wird dadurch vor zerstörerischen preisgünstigen Konkurrenzangeboten, die ihren Ursprung in einer Leistungsübernahme haben, verschont und kann seine Leistung zum Marktpreis anbieten.

Konsumentensouveränität als weitere Wettbewerbsfunktion ist nur möglich, wenn die Abnehmer ein klares Bild von der angebotenen Leistung haben. Die Abnehmer können dadurch ihren Bedürfnissen entsprechend Leistungen erwerben und durch ihr Nachfrageverhalten die Angebotsstruktur bestimmen.

Die Wettbewerbsfunktion der Konsumentensouveränität widerspiegelt sich im Wettbewerbsbegriff des UWG. Der Wettbewerbsbegriff beinhaltet nach seinem Wortlaut die Schiedsrichterfunktion des Nachfragers sowie die Anpassung des Angebots an dessen Bedürfnisse⁴⁰⁴. Die Spezialtatbestände des UWG verbieten Anbietern in vielerlei Weise,

⁴⁰⁰ IV.A. (S. 17 ff.).

⁴⁰¹ Botschaft UWG, 30: „[Dem Wettbewerb] kommt (...) Verteilungsfunktion zu.“

⁴⁰² Art. 3 lit. b und d UWG.

⁴⁰³ Art. 5 und 6 UWG.

⁴⁰⁴ Vgl. die grammatikalische Auslegung weiter vorne, IV.A.3. (S. 19 f.).

die Abnehmer zu täuschen und damit bei der freien Auswahl zwischen Konkurrenzleistungen zu beeinträchtigen⁴⁰⁵. Das Postulat der Erkennbarkeit der Leistung und damit die Vereinfachung der Kaufentscheidung des Konsumenten ist darüber hinaus in Erlassen enthalten, die dem UWG materiellrechtlich nahestehen. Derartige Hinweise finden bei der systematischen Auslegung des UWG-Wettbewerbsbegriffs Berücksichtigung. Zu erwähnen sind die Regeln des Kennzeichenrechts⁴⁰⁶, die dem Abnehmer das Finden bestimmter Leistungen oder Anbieter vereinfachen, oder das Konsumentenschutzgesetz⁴⁰⁷, das die Erstellung und Verbreitung von Produktinformationen fördert und damit dem Konsumenten die Kaufentscheidung nach seinen Bedürfnissen ermöglicht.

Weiter beinhaltet der Wettbewerbsbegriff im UWG die Zielsetzung der *optimalen Allokation der Produktionsfaktoren*. Nach grammatikalischem Verständnis bezeichnet der Wettbewerbsbegriff eine Rivalitätssituation, in welcher alle Marktteilnehmer nach Geschäftsabschlüssen trachten, welche für sie den jeweils höchsten Nutzen stiften⁴⁰⁸. Unter den rivalisierenden Abnehmern von Produktionsfaktoren wird sich jener durchsetzen, der sich von der angepriesenen Leistung den grössten Nutzen verspricht und deshalb am meisten dafür zu zahlen bereit ist. Zahlreiche Spezialtatbestände im UWG sorgen für klare Erkennbarkeit der angebotenen Produktionsfaktoren, damit sich deren Nutzen korrekt einschätzen lässt. Weitere Hinweise dafür, dass das Ziel der Allokationseffizienz im UWG-Wettbewerbsbegriff enthalten ist, liefern bei systematischer Betrachtung Erlasse, die dem UWG nahestehen. Das KG strebt ausdrücklich die wirtschaftliche Effizienz an⁴⁰⁹. Diese bedingt die optimale Allokation von Produktionsfaktoren. Daneben fördert das BGBM als weiterer wettbewerbsrelevanter Erlass „die berufliche Mobilität“⁴¹⁰, wodurch der wichtige Produktionsfaktor Arbeitskraft leichter an den Ort seiner höchsten Wertschätzung gelangt.

Die Geschwindigkeit der *Anpassung an neue Gegebenheiten* hängt stark mit der Eigenschaft des Wettbewerbs zusammen, Leistungen an den Ort ihrer höchsten

⁴⁰⁵ Vgl. z.B. Art. 3 lit. a (Herabsetzung), b (Irreführung), c (unzutreffende Berufsbezeichnung), d (Verwechslung), h (aggressive Verkaufsmethoden) oder das allgemeine Täuschungsverbot in der Generalklausel, Art. 2 UWG.

⁴⁰⁶ Vgl. dazu weiter vorne, IV.A.5.4.2 e) (S. 37 f.).

⁴⁰⁷ Vgl. dazu weiter vorne, IV.A.5.4.2 d) (S. 36 f.).

⁴⁰⁸ Vgl. dazu weiter vorne, IV.A.3. (S. 19 f.).

⁴⁰⁹ Nach Art. 5 KG lassen sich Wettbewerbsbeschränkungen aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen.

⁴¹⁰ Art. 1 Abs. 2 lit. a BGBM.

Wertschätzung zu führen. Klar erkennbare Leistungen, wie sie das UWG ermöglichen will, lassen sich besser mit Bedürfnissen vergleichen und entsprechend verteilen.

Schliesslich findet sich auch die *Fortschrittsfunktion* als fünfte Aufgabe des Wettbewerbs im Wettbewerbsbegriff des UWG wieder. Das grammatikalische Verständnis des Wettbewerbsbegriffes beinhaltet die ständige Leistungsverbesserung und die Verkaufspreissenkung infolge Konkurrenz⁴¹¹. Einige im Rahmen der teleologischen Auslegung betrachtete Wettbewerbstheorien verfechten ein dynamisches Wettbewerbsbild⁴¹². Danach stösst ein Wettbewerber mit einer Innovation vor und erlangt eine Monopolrendite, bis den Konkurrenten die Imitation gelingt und der Preis durch den Wettbewerb bestimmt wird. Die Gesetze betreffend das geistige Eigentum, die bei einer systematischen Auslegung des Wettbewerbsbegriffes zu berücksichtigen sind, gewähren diese Ausschliesslichkeitsrechte für eine vorgegebene Frist und geben damit einen abschätzbaren Anreiz zur Innovation⁴¹³. Das UWG selbst verleiht direkt zwar keine Ausschliesslichkeitsrechte. Durch seine Verhaltensregeln gewährt es aber an bestimmten Stellen indirekten Innovationsschutz. Zu denken ist an den Schutz von Geschäftsgeheimnissen sowie an den Leistungsschutz⁴¹⁴.

c) Schlussfolgerung

Im Ergebnis sind alle fünf ökonomischen Wettbewerbsfunktionen im Wettbewerbsbegriff des UWG enthalten⁴¹⁵. Postulate des UWG wie Wahrheit und Klarheit, Erkennbarkeit des Angebots sowie ein beschränkter reflexartiger Schutz von Leistungen sind Voraussetzung, damit der Wettbewerb diese Funktionen erfüllt. Die fünf Wettbewerbsfunktionen widerspiegeln sich im Wettbewerbsbegriff des UWG jedoch unterschiedlich stark. Ist eine Wettbewerbsfunktion in zahlreichen Auslegungselementen klar ersichtlich, stellt sie sich als starker Bestandteil des Wettbewerbsbegriffes im UWG heraus. Erscheint eine Wettbewerbsfunktion dagegen nur am Rande, z.B. lediglich bei systematischer Betrachtung in einem nahestehenden Erlass, charakterisiert eine solche Funktion den Wett-

⁴¹¹ Vgl. weiter vorne, IV.A.3. (S. 19 f.).

⁴¹² Vgl. weiter vorne, IV.A.6.2 (S. 45 ff.).

⁴¹³ Vgl. weiter vorne, IV.A.5.4.2 e) (S. 37 f.).

⁴¹⁴ Art. 4 lit. c, 5 und 6 UWG.

⁴¹⁵ So will nämlich das KG, das laut Baudenbacher (Kommentar), Art. 1, Rz. 35, denselben Wettbewerb anstrebt wie das UWG, gemäss Botschaft KG 1994, 512, die im Markt handelnden Unternehmen anspornen, „(...) den Ressourceneinsatz zu optimieren, die Produkte und Produktionskapazitäten an die äusseren Bedingungen anzupassen sowie neue Produkte und Produktionsverfahren zu entwickeln.“

bewerbsbegriff im UWG nur geringfügig. Dennoch wird damit deutlich, dass der schweizerische Gesetzgeber mit dem bezweckten Wettbewerb die betreffende Funktion erfüllen will. Weil die Rechtsordnung als Einheit zu verstehen ist, darf die Anwendung des UWG nicht ohne wichtigen Grund die Erfüllung einer andernorts statuierten Wettbewerbsfunktion verhindern.

2.1.2 Weitere Ziele des UWG

Der schweizerische Gesetzgeber braucht sich nicht ökonomischen Zielsetzungen zu unterwerfen, sondern ist frei, mit dem UWG weitere Ziele zu verfolgen. Grenzen setzt dabei die Verfassung, die ein wettbewerbsneutrales Lauterkeitsrecht vorschreibt⁴¹⁶. Aufgrund der fehlenden gerichtlichen Kontrolle von Bundesgesetzen auf ihre Verfassungsmässigkeit ist aber denkbar, dass sich der Gesetzgeber über Vorgaben in der Verfassung hinwegsetzt⁴¹⁷. Im UWG ist deshalb grundsätzlich mit Regeln zu rechnen, welche bestimmte Mitbewerber in verfassungswidriger Weise besserstellen als andere. Das Ausmass einer solchen Ungleichbehandlung lässt sich mit der verfassungskonformen Auslegung der betreffenden Bestimmung einschränken⁴¹⁸.

Neben der Erfüllung der fünf Wettbewerbsfunktionen ist eine weitere Zielsetzung des Wettbewerbs, wie ihn das UWG vorsieht, die Wahrnehmung der Interessen des Landes. Hinweise dafür findet man bei der systematischen Auslegung des Wettbewerbsbegriffes in Erlassen, die dem UWG nahestehen sowie in der Bundesverfassung⁴¹⁹. Die Einheit des schweizerischen Wirtschaftsraumes ist Bestandteil des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit, mit welcher das UWG im Einklang steht⁴²⁰. Weiter will das BGBM „(...) den Wirtschaftsverkehr innerhalb der Schweiz erleichtern“, „die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft stärken“ und „den wirtschaftlichen Zusammenhalt in der Schweiz festigen“⁴²¹. Und das KG duldet Wettbewerbsbeschränkungen in der Schweiz, wenn die betreffenden Unternehmen dafür im internationalen Wettbewerb ihre

⁴¹⁶ Botschaft BV, 301; Botschaft UWG, 82.

⁴¹⁷ Art. 191 BV. Diese Bestimmung lehnt sich eng an die Art. 113 Abs. 3 sowie 114^{bis} Abs. 3 aBV an, vgl. Botschaft BV, 429.

⁴¹⁸ Zur verfassungskonformen Auslegung, vgl. BGE 111 Ia 23, 25 ff.; Häfelin/Haller (Bundesstaatsrecht), Rz. 148 ff.

⁴¹⁹ Vgl. weiter vorne IV.A.5.4.2 (S. 33 ff.) bzw. IV.A.5.3 (S. 29 ff., insb. 32).

⁴²⁰ Botschaft BV, 290, m.H.a. BGE 116 Ia 237, 240.

⁴²¹ Art. 1 Abs. 2 BGBM.

Position stärken können⁴²². Auch wenn diese Hinweise nicht direkt dem UWG entstammen, wirken sie im Rahmen der systematischen Auslegung auf das Verständnis des Wettbewerbsbegriffs im UWG. Geht man von einer Einheit des Rechts aus, kann das Wettbewerbsbild im UWG zu den Konkretisierungen durch andere Erlasse nicht im Widerspruch stehen.

Die Geschäftsmoral⁴²³ hat sich als Rechtsprinzip im UWG nicht nur am Wettbewerbsbegriff auszurichten, sondern konkretisiert denselben auch. Sie verkörpert eine weitere Zielsetzung des UWG neben der ökonomischen Ausrichtung im Zusammenhang mit den fünf Wettbewerbsfunktionen. Die Geschäftsmoral verlangt die Wahrnehmung der Interessen der einzelnen Wirtschaftssubjekte⁴²⁴. Diese dürfen voneinander ein faires und anständiges Wettbewerbsverhalten erwarten⁴²⁵. Dem UWG sowie dem darin beschriebenen Wettbewerbsbegriff wohnt damit auch eine persönlichkeitsrechtliche Komponente inne⁴²⁶. Die sozialrechtliche Ausrichtung geht aber den persönlichkeitsrechtlichen Aspekten vor⁴²⁷.

Weiter schlagen sich in einigen Gesetzesbestimmungen Partikularinteressen nieder, die zum weitgehend konsistenten Wettbewerbsbegriff im UWG im Widerspruch stehen. Der Gesetzgeber ist weder der Wettbewerbstheorie verpflichtet noch werden seine allfälligen Zuwiderhandlungen gegen den verfassungsmässigen Grundsatz der Wettbewerbsneutralität korrigiert. Entsprechende Bestimmungen sind deshalb getreu dem Wortlaut und der gesetzgeberischen Regelungsabsicht anzuwenden, selbst wenn sie zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Will man jedoch den Hauptzweck des UWG nicht in Frage stellen, sind solche Bestimmungen restriktiv auszulegen.

Im UWG finden sich Regeln, die bestimmte Gesellschaftsgruppen in verfassungswidriger Weise tendenziell besserstellen. Zu denken ist an die Regeln betreffend das

⁴²² Art. 10 Abs. 4 KG.

⁴²³ Vgl. dazu weiter vorne, IV.B.3.2 (S. 57 f.).

⁴²⁴ Botschaft UWG, 31.

⁴²⁵ Pedrazzini (UWG), 39. Nach Gubler (Ausstattungsschutz), 23, werden mit dem Massstab der Geschäftsmoral die ausserrechtlichen Gesichtspunkte der Sitte und Moral in die Entscheidung einbezogen.

⁴²⁶ David (Wettbewerbsrecht), Rz. 18. Schlupe (Werbung), 92 f., spricht von „Menschenwürde“. Zum Schutz der Persönlichkeit der Abnehmer durch das UWG, vgl. David (Numerus clausus), 1408.

⁴²⁷ Vgl. dazu die Botschaft UWG, 30, bereits über den Vorgänger des heute geltenden UWG: „So setzte sich mit Erlass des geltenden UWG vom 30. September 1943 die sozialrechtliche Ausrichtung zulasten der rein individualrechtlichen durch.“

Lockvogelverbot⁴²⁸, die zwischenzeitlich aufgehobene Ausverkaufsregelung⁴²⁹ und an die Bestimmung betreffend die Verleitung zum Vertragsbruch⁴³⁰.

Das UWG enthält neben den wirtschaftlichen auch gesellschaftspolitische Ziele. Es trägt laut Botschaft zur „Lösung des Machtproblems“ bei, ermöglicht dezentrale Entscheidungsstrukturen und fördert den Verbraucherschutz⁴³¹.

2.2 Ziel der ökonomischen Analyse des Rechts

Die ökonomische Analyse des Rechts zielt einzig auf die Maximierung des Wohlstands der Gesellschaftsmitglieder ab. Sie will Rechte und Pflichten dort plazieren, wo man sie am höchsten schätzt bzw. am günstigsten erfüllt⁴³². Dazu ist nicht notwendig, dass zwischen das beurteilte Verhalten und das erwünschte Ergebnis der Wettbewerb mit seinen zahlreichen Facetten gestellt wird⁴³³.

⁴²⁸ Art. 3 lit. f UWG. Diese Bestimmung begünstigt die Betreiber von kleinen Verkaufsstellen, vgl. Schluemp (Werbung), 84, m.H.a. Amtl. Sten. Bull. NR 1986 Bd. II, 1246, sowie Amtl. Sten. Bull. SR 1986, 415 ff.; Baudenbacher (funktionale Anwendung), 167 f.

⁴²⁹ AS 1995 4086.

⁴³⁰ In der Bestimmung gegen die Verleitung zum Vertragsbruch, Art. 4 lit. a UWG, erblickte man zunächst eine Rechtsgrundlage gegen Parallelimporte. Das Bundesgericht legt diese Bestimmung jedoch restriktiv aus. In BGE 114 II 91 (Dior), 99 ff., hat es unter Beachtung des damals noch nicht in Kraft getretenen UWG von 1986 klargestellt, dass eine Verleitung zum Vertragsbruch nur unter den Sondertatbestand des Art. 4 lit. a UWG fällt, wenn der Verleitende damit den Vertrag anstelle des ausgebooteten Vertragspartners anstrebt. Der typische Sachverhalt bei Parallelimporten, worin der Verleitende nicht an die Stelle des Herstellers tritt, falle allenfalls unter die Generalklausel, wenn der Verleitende in seiner Vorgehensweise gegen Treu und Glaube verstosse. Ein solcher Verstoss sei jedoch nicht zu erblicken, wenn der Verleitende unter normalen Umständen den Geschäftsabschluss mit dem Vertragshändler suche.

⁴³¹ Botschaft UWG, 30.

⁴³² Schäfer/Ott (ökonomische Analyse), 34.

⁴³³ Für das Kartellrecht: Ruffner (Wettbewerbstheorie), 91, m.H.a. Posner, Richard A.: Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, 8 Journal of Legal Studies 103 ff., 119 ff. (1979), wonach der „(...) wohlfahrts-theoretische Ansatz der OeAR [ökonomische Analyse des Rechts] (...) direkt nach den am Pareto-Kriterium ausgerichteten gesamtwirtschaftlichen Wohlstandsmehrungs- oder Minderungseffekten unterschiedlicher Antitrust-Ansätze [fragt], ohne dass ein Zielsystem etwa im Sinne der Wettbewerbsfunktionen dazwischengeschaltet wird“. Eine Instrumentalisierung des Wettbewerbs zur Herbeiführung guter Ergebnisse oder „optimaler“ Strukturen in einzelnen Märkten wird abgelehnt, vgl. Ruffner (Wettbewerbstheorie), 92.

Wie bereits dargelegt, akzeptiert die Ökonomische Analyse neben der Wohlfahrtsmaximierung weitere rechtspolitische Zielsetzungen⁴³⁴. Für die Verfolgung dieser Ziele im Rahmen der Rechtsanwendung sind Wohlstandsverluste hinzunehmen.

De lege ferenda verlangt die Ökonomische Analyse eine Trennung verschiedener Zielsetzungen in unterschiedliche Erlasse. Erlasse, welche die privatwirtschaftliche Tätigkeit regulieren und damit der Wohlstandsmaximierung verpflichtet sind, sollen in dieser Funktion nicht durch weitere Gesetzeszwecke behindert werden.

2.3 Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Ziele

Die Ziele des UWG, die sich im weiter vorne einlässlich untersuchten Wettbewerbsbegriff widerspiegeln⁴³⁵, sind mannigfaltig. Zu nennen ist die Erfüllung sämtlicher fünf Wettbewerbsfunktionen. Weiter sorgt das Prinzip der Geschäftsmoral für Anstand und Korrektheit im Geschäftsverkehr. Ein ersichtliches Ziel im Wettbewerbsrecht ist auch die Stärkung der schweizerischen Wirtschaft. Daneben können Minderheiteninteressen in einzelnen dadurch wettbewerbsverzerrenden Spezialtatbeständen durchschimmern, die nichtsdestotrotz auch zur Regelungsabsicht des Gesetzes gehören. Neben den wirtschaftlichen existieren auch gesellschaftspolitische Ziele. So bezweckt das UWG die Verteilung der Macht, ermöglicht dezentrale Entscheidungsstrukturen und fördert den Verbraucherschutz.

Angesichts der unterschiedlichen Stossrichtungen des UWG muss das Gericht seine Entscheide sorgfältig abwägen. Nicht alle Ziele lassen sich gleichzeitig mit derselben Intensität verfolgen. Die Verwirklichung des einen Ziels wird sich hinsichtlich eines anderen Ziels als Hemmnis herausstellen. Das Gericht steht bei der Anwendung des UWG vor einem Optimierungsproblem.

Dagegen verlangt die Ökonomische Analyse einzig, dass ein Gesetz, welches Markt-abläufe reguliert, ausschliesslich auf die Wohlstandsmaximierung abzielt. Angestrebt wird die Allokationseffizienz. Rechte und Pflichten sollen dorthin gelangen, wo sie am höchsten wertgeschätzt bzw. am günstigsten erfüllt werden. Die Ausschliesslichkeit der Zielsetzung der Ökonomischen Analyse ermöglicht dem Rechtsanwender eine kompromisslose Entscheidung. Seine einzige Schwierigkeit besteht darin, die monetären Gewinne und Kosten der möglichen Lösungen abzuschätzen.

⁴³⁴ Vgl. weiter vorne, IV.C.5. (S. 81).

⁴³⁵ Vgl. weiter vorne, IV.A. (S. 17 ff.).

Die Stossrichtung der Wohlstandsmaximierung ist aber nicht nur der Ökonomischen Analyse eigen. Sie widerspiegelt sich auch in den fünf Wettbewerbsfunktionen und ist damit Bestandteil des Wettbewerbsbildes im UWG⁴³⁶. Denn die Erfüllung dieser Wettbewerbsfunktionen führt zur Maximierung des Wohlstandes, d.h. zur effizienten Verteilung von Einkommen, Leistungen und Faktoren sowie zur Förderung grösstmöglichen gesamtwirtschaftlichen Wachstums⁴³⁷. Die folgende kurze Gegenüberstellung der einzelnen Wettbewerbsfunktionen mit der Zielsetzung in der ökonomischen Analyse des Rechts vermag dies zu verdeutlichen.

(1) Einkommensverteilung entsprechend der Marktleistung ist gleichbedeutend mit Allokation der Leistung entsprechend der Wertschätzung und der Zahlungsbereitschaft der Abnehmer. Mit einer (2) nachfragegesteuerten Angebotsstruktur kommt der Impuls, welche Leistungen zu produzieren sind, von den Verbrauchern. Damit erfolgt bereits die Produktion im Hinblick auf die optimale Befriedigung der Bedürfnisse der Abnehmer⁴³⁸. Die (3) optimale Faktorenallokation ist direkter Bestandteil des Effizienzziels in der Ökonomischen Analyse. Faktoren sind optimal verteilt, wenn sie am Ort der höchsten Wertschätzung sind⁴³⁹. Gleichsam muss eine (4) Anpassung an veränderte Verhältnisse möglich sein. Wenn Faktoren nicht mehr am Ort ihrer höchsten Wertschätzung sind, müssen sie möglichst einfach dorthin gelangen können. Das geschieht am besten bei tiefen Transaktionskosten, wie sie die Ökonomische Analyse verlangt. Schliesslich ist der Ökonomischen Analyse auch eine gewisse (5) Fortschrittsfunktion immanent. Sie anerkennt die Notwendigkeit einer Anreizstruktur, damit neue Leistungen entwickelt werden.

Die Zielsetzung der ökonomischen Analyse des Rechts entpuppt sich damit als Bestandteil des UWG-Zwecks. Denn der Wettbewerbsbegriff im Zweckartikel des UWG

⁴³⁶ Das KG, welches laut Baudenbacher (Kommentar), Art. 1, Rz. 35, denselben Wettbewerb anstrebt wie das UWG, bezweckt gemäss Botschaft KG 1994, 513, mit dem Wettbewerb die „(...) Sicherung der allokativen und dynamischen Effizienz der Märkte.“ Nach Aberle (Wettbewerbstheorie), 17, werden im Wettbewerb Ressourcen dorthin verschoben, wo sie sich mit höherem Wohlfahrtseffekt einsetzen lassen. Nach Olten (Wettbewerbstheorie), 24 f., sorgt der Wettbewerb für eine optimale Allokation der Produktionsfaktoren.

⁴³⁷ Kantzenbach (Funktionsfähigkeit), 18 f., 27; Schlüter (Funktion), 115. Nach Olten (Wettbewerbstheorie), 18, herrscht Uneinigkeit über die Ziele des Wettbewerbs. Immerhin sei aber als wirtschaftspolitisches Primärziel die Erhöhung der sozialökonomischen Wohlfahrt anerkannt. Diese ist demnach eine Zielsetzung des Wettbewerbs.

⁴³⁸ Kantzenbach (Funktionsfähigkeit), 17.

⁴³⁹ Nach Kantzenbach (Funktionsfähigkeit), 17, lenkt der Wettbewerb die Produktionsfaktoren in ihre produktivsten Einsatzmöglichkeiten.

beinhaltet die Erfüllung der fünf Wettbewerbsfunktionen⁴⁴⁰, die ihrerseits Mittel sind zur Wohlstandsmaximierung und folglich mit der Zielsetzung der ökonomischen Analyse des Rechts übereinstimmen.

Der vom UWG bezweckte Wettbewerb kennt aber, wie erwähnt, neben der Wohlfahrtsmaximierung weitere Zielsetzungen, z.B. die Geschäftsmoral unter den Marktteilnehmern, die Wahrnehmung der Interessen der Schweiz sowie die Berücksichtigung bestimmter Partikularinteressen und gesellschaftspolitischer Anliegen. Die Verwirklichung dieser weiteren Ziele verlangt von den Wirtschaftsteilnehmern oftmals nicht dasselbe Verhalten wie die Zielsetzung der Wohlstandsmaximierung. Sie hat damit Effizienz einbussen zur Folge. Im Einzelfall ist eine Abwägung zwischen Wohlstandsmaximierung und der Verwirklichung anderer Ziele des UWG erforderlich⁴⁴¹.

Schlussfolgernd ist zum Verhältnis zwischen der Zielsetzung in der ökonomischen Analyse des Rechts und der Regelungsabsicht des UWG, die durch den Wettbewerbsbegriff im Zweckartikel verkörpert wird, folgendes festzuhalten: Die Wohlstandsmaximierung als Ziel der ökonomischen Analyse des Rechts ist in der Zielsetzung des UWG vollumfänglich enthalten, füllt diese aber nicht aus. Daneben verfolgt das UWG weitere Ziele. Zur klaren Strukturierung einer Entscheidung ist jedoch hilfreich, ökonomische Überlegungen und weitere konkurrierende Interessen jeweils unabhängig voneinander aufzuzeigen.

3. Methodenvergleich

Sowohl die ökonomische Analyse des Rechts als auch die funktionale Auslegung des UWG orientieren sich an den Folgen einer Entscheidung⁴⁴².

⁴⁴⁰ Vgl. weiter vorne, IV.D.2.1.1 (S. 83 ff.).

⁴⁴¹ Ruffner (Wettbewerbstheorie), 107, beschreibt diese Abwägungsproblematik für den Bereich des Kartellrechts: „Beim wohlfahrtsökonomischen Ansatz der Chicago School bleibt anzumerken, dass er als ‚single goal approach‘ nicht beliebig auf ausländische Wettbewerbsgesetze angewandt werden kann. Je nach Zielsetzung des jeweiligen Wettbewerbsrechts kann es deshalb zu Abwägungsproblemen kommen, die über den trade-off zwischen allokativer und produktiver Effizienz hinausgehen“.

⁴⁴² Für das UWG: Schluep (Funktionalität), 177; Berger (Konkretisierung), 164; Baudenbacher (Bundesgesetz), 77; Baudenbacher (funktionale Anwendung), 147. Für die Ökonomische Analyse: Schäfer/Ott (ökonomische Analyse), 16; Eidenmüller (Effizienz), 400 ff.; Weissel (Quellen), 68; Kleinewefers (Ökonomische Theorie), 90.

Bei einer folgenorientierten Entscheidung fragt man nach den Auswirkungen einer Entscheidung auf einen Bezugsgegenstand⁴⁴³. Dazu wird zunächst die Entscheidungsfolge aufgezeigt und dann bewertet⁴⁴⁴.

Um die Folgen eines Entscheides aufzuzeigen, nimmt man an, dass alle gleichgelagerten Sachverhalte fortan gleich entschieden werden. Verschiedene Entscheidungsvarianten werden unter Einbezug insbesondere des künftigen Verhaltens der Teilnehmer im Rechtsverkehr durchgedacht⁴⁴⁵. Aus dem mutmasslichen Einzelverhalten kann man die Auswirkungen des Entscheides auf den ganzen betroffenen Bereich menschlichen Zusammenlebens herleiten⁴⁴⁶. Nach dieser Methode zeigt man bei einem Entscheid, der sich auf die ökonomische Analyse des Rechts stützt, die Folgen für den gesellschaftlichen Wohlstand auf. Bei einer UWG-Entscheidung ist die Auswirkung auf den Wettbewerb von Interesse.

Die Bewertung der möglichen Auswirkungen erfolgt in der ökonomischen Analyse des Rechts und in der funktionalen Auslegung des UWG anhand unterschiedlicher Kriterien. Bei der Anwendung der ökonomischen Analyse des Rechts sind die Entscheidungsfolgen dahingehend zu prüfen, ob sie mit der Zielsetzung der Allokationseffizienz, d.h. der Wohlstandsmaximierung im Einklang stehen. Bei der Anwendung des UWG fragt man danach, ob die Entscheidungsfolgen der Verwirklichung des angestrebten Wettbewerbsbildes dienen.

Die Wirkungszusammenhänge zwischen Einzelentscheidung und Veränderung des Volkswohlstandes bzw. Wettbewerbs sind komplex. Dazwischen liegen jedoch Stufen, an denen sich der Rechtssuchende orientiert.

In der ökonomischen Analyse des Rechts orientiert sich der Rechtsanwender an den Transaktionskosten sowie an der Klarheit der Rechte und Pflichten⁴⁴⁷. Tiefe Transaktionskosten und klare Rechte und Pflichten erleichtern den Teilnehmern im Wirtschaftsleben den Austausch von Leistungen. Durch jeden Leistungsaustausch steigt die Wohlfahrt der betroffenen Parteien und damit die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt. Führt

⁴⁴³ Schluep (Funktionalität), 164 f., m.w.H.; Kramer (Methodenlehre), 183.

⁴⁴⁴ Schäfer/Ott (ökonomische Analyse), 16.

⁴⁴⁵ Schäfer/Ott (ökonomische Analyse), 16. Zurückhaltend: Baudenbacher (funktionale Anwendung), 166 f., m.H.a. die deutsche Literatur. Er will die Nachahmungsfolgen in die Entscheidung nur einbeziehen, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Nachahmungsgefahr vorliegen.

⁴⁴⁶ Schluep (Funktionalität), 165, spricht von „Makro-Folgen“.

⁴⁴⁷ Vgl. im einzelnen weiter vorne, IV.C.3.2 (S. 70 ff.).

also ein Entscheid zu klaren Rechten und Pflichten oder zu einer Verminderung der Transaktionskosten bei den betroffenen Kreisen, so steht er im Einklang mit dem übergeordneten Ziel der Allokationseffizienz und damit der Wohlstandsmaximierung.

Dagegen kennt die Ökonomische Analyse bei der autoritären Zuteilung von Rechten und Pflichten keinen Orientierungspunkt, welcher dem Endziel der Wohlstandsmaximierung vorgelagert ist⁴⁴⁸. Autoritäre Verteilung ist notwendig, wenn Rechte bzw. Pflichten erstmals erteilt werden, zur Herstellung öffentlicher Güter, oder wenn die privat koordinierte Verteilung durch die einzelnen Gesellschaftsmitglieder an prohibitiv hohen Transaktionskosten scheitert. Die autoritäre Verteilung richtet sich direkt nach der Allokationseffizienz. Das Recht wird an denjenigen mit der (mutmasslich) höchsten Wertschätzung dafür vergeben. Analog hat derjenige eine Pflicht zu übernehmen, der diese am kostengünstigsten erfüllen kann. Im Zusammenhang mit der autoritären Verteilung haben aber auch tiefe Transaktionskosten Bedeutung, ermöglichen sie doch bei einer gegebenenfalls ineffizienten Zuteilung bisweilen die Korrektur mittels privater Umverteilung.

Auch bei der Anwendung des UWG gibt es Ansatzpunkte, die der Zielsetzung, wie sie der Wettbewerbsbegriff im Zweckartikel beschreibt, vorgelagert sind, nämlich die Generalklausel, die Spezialtatbestände sowie als Rechtsprinzipien die Geschäftsmoral, die funktionale Auslegung und das Leistungsprinzip. Gesetzgeber, Gerichte und Lehre anerkennen diese Regeln und Prinzipien, weil sich damit die Beeinträchtigung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, die den Wettbewerb stört, praktikabel beurteilen lässt. Letztlich kann es dabei aber nur darum gehen, den bezweckten Wettbewerb zu verwirklichen und zu schützen.

Folgenorientiertes Entscheiden darf deshalb nicht nur im Rahmen der funktionalen Auslegung stattfinden, sondern auch bei der Auslegung nach der Geschäftsmoral und gegebenenfalls nach dem Leistungsprinzip⁴⁴⁹. Diese zwei Rechtsprinzipien dienen der Verwirklichung des Wettbewerbsbildes im UWG, und unter diesem Aspekt sind sie auch anzuwenden.

⁴⁴⁸ Vgl. im einzelnen weiter vorne, IV.C.3.3 (S. 77 ff.).

⁴⁴⁹ Vgl. zu diesen Gesichtspunkten bei der Auslegung des UWG weiter vorne, IV.B.3. (S. 57 ff.).

4. Ökonomische Analyse bei der Anwendung des UWG

4.1 Zulässigkeit

Weiter vorne erfolgten allgemeine Bemerkungen zur Akzeptanz und Zulässigkeit der Ökonomischen Analyse im kontinentaleuropäischen Recht⁴⁵⁰. Danach darf man nicht in einem Rechtsgebiet, dem bisher jegliche ökonomische Zwecksetzung fremd ist, auf dem Weg der Rechtsanwendung die Ökonomische Analyse einführen. Aus Legitimationsgründen muss der Gesetzgeber den ersten Schritt tun.

Gesetzesauslegung darf sich aber nach Effizienzkriterien ausrichten, wenn das betreffende Gesetz auf ökonomische Überlegungen hindeutet. Die klassischen Auslegungselemente helfen, einen solchen Hinweis zu erkennen. Wenn der Gesetzgeber ausdrücklich auf Effizienzgesichtspunkte verweist, ist die Ökonomische Analyse sogar Pflicht⁴⁵¹. Die zweite Form der Rechtsanwendung, die *Lückenfüllung*, darf unter Zuhilfenahme der Ökonomischen Analyse erfolgen, wenn im betreffenden Rechtsgebiet die Allokationseffizienz als lokales Rechtsprinzip gilt⁴⁵².

Das UWG richtet sich stark am Wettbewerb aus. Das dabei zu verwirklichende Wettbewerbsbild strebt neben weiteren Zielsetzungen wirtschaftliche Effizienz an. Die Anwendung der Ökonomischen Analyse bei der Konkretisierung des UWG ist damit statthaft, wenn nicht sogar geboten⁴⁵³. Das betrifft sowohl die Auslegung der einzelnen Tatbestände als auch die Lückenfüllung im Zusammenhang mit der Generalklausel. Der Anwender des UWG hat sich stets zu fragen, ob seine Lösung der effizienten Allokation von Rechten und Pflichten und damit der Wohlstandsverbesserung dient.

Der Rechtsanwender ist aber nicht an die ökonomischen Erkenntnisse gebunden⁴⁵⁴. Er soll auch die im UWG enthaltenen weiteren Aspekte und Zielvorstellungen berücksichtigen.

⁴⁵⁰ IV.C.4. (S. 76 ff.).

⁴⁵¹ Kramer (Methodenlehre), 194, m.H.a. Art. 5 Abs. 1 und 2 KG.

⁴⁵² Eidenmüller (Effizienz), 465, m.H.a. das deutsche Haushaltsrecht. Allgemein: Kramer (Methodenlehre), 189.

⁴⁵³ Allgemein: Schlupe (Funktionalität), 177, wonach die wirtschaftlichen Folgen der Entscheidvarianten unter Einbezug der Ökonomischen Analyse zu erwägen sind, wenn ein privatrechtlicher wirtschaftsrechtlicher Satz ausgelegt wird.

⁴⁵⁴ Baudenbacher (funktionale Anwendung), 149, in Zusammenhang mit der funktionalen Auslegung des UWG.

sichtigen⁴⁵⁵. Eine weitestgehende Offenlegung der Argumente und Wertungen ist dabei erforderlich⁴⁵⁶.

4.2 Transaktionskostenansatz im UWG

Die Zielsetzung der ökonomischen Analyse des Rechts ist mit jener im UWG in weiten Teilen deckungsgleich. Darüber hinaus sind sich die Methoden ähnlich, orientiert man sich doch sowohl bei der Anwendung der Ökonomischen Analyse als auch des UWG an den Folgen einer Entscheidung. Deshalb stellt sich die Frage, inwieweit konkrete methodische Ansatzpunkte aus der Ökonomischen Analyse auch bei der Auslegung des UWG verwendet werden können.

Bei der Ausübung der Ökonomischen Analyse orientieren sich Rechtsanwender an drei Ansatzpunkten: die Transaktionskosten, die Klarheit der Rechte und Pflichten sowie die effiziente Zuteilung⁴⁵⁷.

Die Schaffung klarer und damit handelbarer Rechte sowie die effiziente autoritäre Zuteilung von Rechten als Methoden der Ökonomischen Analyse fallen als Denkansatz im UWG nicht auf fruchtbaren Boden. Das UWG schafft als Verhaltensrecht grundsätzlich keine handelbaren Rechte, die sich nach Effizienz Gesichtspunkten zuteilen liessen. Zwar schützt das UWG durch Verhaltensregeln bestimmte Rechtspositionen (z.B. Schutz von Arbeitsergebnissen oder Geschäftsgeheimnissen⁴⁵⁸). Das Recht an diesen Positionen ist aber nicht absolut, weil beliebige Dritte durch eigenen Aufwand die identische Position erlangen können. Die Rechtspositionen, die durch UWG-Verhaltensrecht reflexiven Schutz geniessen, lassen sich deshalb nicht endgültig und unter Ausschluss anderer zuteilen und eignen sich deshalb nur bedingt als Handelsobjekt. Am Beispiel der Leistungsübernahme nach Art. 5 lit. c UWG illustriert, geniesst das Arbeitsergebnis keinen absoluten Schutz und ist damit als Handelsobjekt wenig geeignet. Einerseits kann es auf legalen Weg nachgeschaffen werden, und andererseits ist Gegenstand einer allfälligen Übertragung kein ausschliessliches Recht an einer geistigen Schöpfung oder einer Sache,

⁴⁵⁵ Oder allgemein in den Worten von Posner (Economic Analysis), 27: „(...) there is more to justice than economics, (...)“.

⁴⁵⁶ Nach Posner (Economic Analysis), 27, kann die Ökonomie für Klarheit sorgen, indem sie aufzeigt, welche Kosten die Verfolgung eines nichtökonomischen Ziels verursacht.

⁴⁵⁷ Eidenmüller (Effizienz), 63 ff.

⁴⁵⁸ Art. 4 lit. c, 5, 6 UWG.

sondern ein relatives Recht in Form eines Verzichts auf einen Einwand gegen eine mutmasslich unlautere Leistungsübernahme.

Dagegen darf man nach der hier vertretenen Ansicht den methodischen Ansatzpunkt der Transaktionskosten, wie ihn die Ökonomische Analyse kennt⁴⁵⁹, auch bei Anwendung des UWG hinzuziehen. Nach dem Transaktionskostenansatz strebt die Rechtsordnung möglichst tiefe Transaktionskosten im Markt an.

Auf die Beurteilung eines Verhaltens angewendet, reflektiert der Transaktionskostenansatz die Wertungen im UWG, wie sie die Generalklausel allgemein umschreibt. Der darin enthaltene Grundsatz von Treu und Glauben ist eine objektive Richtlinie, welche das Erfordernis der beruflichen Korrektheit der Marktteilnehmer sowie den Schutz des natürlichen Wettbewerbsverlaufs statuiert⁴⁶⁰.

Nach der hier vertretenen Ansicht verlangt ein korrektes Verhalten, dass der Anbieter im Interesse der Abnehmer bemüht ist, deren Transaktionskosten möglichst niedrig zu halten. Dadurch können die Abnehmer die angebotenen Leistungen leichter mit ihren Bedürfnissen vergleichen.

Ebenso steht das Postulat nach tiefen Transaktionskosten im Einklang mit der Zielsetzung des UWG, wonach der Wettbewerb zu fördern und zu schützen ist. Tiefe Transaktionskosten verbessern die Qualität des Wettbewerbs. Der Abnehmer trägt Transaktionskosten bei der Suche, Prüfung und Aushandlung verschiedener Angebote und allenfalls bei der Durchsetzung des erworbenen Anspruchs auf eine Leistung. Er weitet seine Suche so lange um einen zusätzlichen Anbieter aus, wie die erwarteten Einsparungen durch das Finden einer preisgünstigeren Leistung die zusätzlichen Kosten für das Suchen und Überprüfen eines weiteren Angebots übersteigen. Sind die Kosten für die Überprüfung jedes einzelnen Angebots hoch, wird der Abnehmer nur wenige Angebote erwägen. Denn die Kosten von Suche und Verhandlung zehren die erwarteten Einsparungen schnell auf. Umgekehrt wird der Abnehmer zahlreiche Angebote zur Kenntnis nehmen wollen, wenn damit nur geringe Kosten verbunden sind. Unter diesen Umständen lassen sich eine Vielzahl von Angeboten überprüfen bis hin zum Punkt, an welchem die zusätzlichen Such- und Verhandlungskosten die erwarteten Einsparungen übersteigen. Bei tiefen Transaktionskosten erhalten damit mehr Anbieter die Gelegenheit, ihre Leistung zu präsentieren. Sie können mit anderen Anbietern in Konkurrenz treten und den Wettbewerb

⁴⁵⁹ Vgl. weiter vorne, IV.C.3.2.2 b) (S. 71 ff.).

⁴⁶⁰ Botschaft UWG, 35; Bürgi/Lang (Momentaufnahme), 240.

dadurch intensivieren. Die Qualität des Wettbewerbs als Institution für Vertragsanbahnung und -schliessung steigt mit sinkenden Transaktionskosten.

Weiter deckt sich die Zielsetzung des Transaktionskostenansatzes weitgehend mit jener im UWG⁴⁶¹. Sowohl tiefe Transaktionskosten als auch der vom UWG bezweckte Wettbewerb dienen zumindest teilweise der Maximierung des Wohlstands. Für die ökonomische Analyse des Rechts und der darin enthaltenen Transaktionskostentheorie ist die Wohlstandsmaximierung überhaupt die ausschliessliche Zielsetzung, während mit dem Wettbewerb, wie ihn das UWG bezweckt, noch weitere Ziele verfolgt werden.

Die Anwendung des Transaktionskostenansatzes im UWG bedeutet, dass im Rechtsstreit aus verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten jene auszuwählen ist, die im Wettbewerb die geringsten Transaktionskosten verursacht bzw. die Transaktionskosten auf den niedrigsten Stand senkt.

Dazu gibt es zwei Einschränkungen zu machen. Erstens eignet sich diese Methode nicht für die Beurteilung jeder UWG-Streitigkeit. In manchen Sachverhalten spielen die Transaktionskosten keine Rolle und verdienen deswegen bei der Beurteilung keine Berücksichtigung. Vor Anwendung des Transaktionskostenansatzes zur Konkretisierung des UWG muss die Vorfrage nach seiner Eignung für den vorgelegten Sachverhalt bejaht werden können.

Der Grund für die zweite Einschränkung bei der Anwendung des Transaktionskostenansatzes im UWG liegt in seiner kompromisslosen Zielsetzung. Tiefe Transaktionskosten führen direkt zu Wohlstandsverbesserung. Diese ist zwar Zielsetzung des UWG, daneben kennt das UWG aber weitere Ziele, denen der Transaktionskostenansatz möglicherweise nicht gerecht wird. Im Einzelfall sind derartige Ziele aufzuzeigen und gegenüber dem Ziel möglichst tiefer Transaktionskosten abzuwägen. Der Transaktionskostenansatz braucht bei der Anwendung des UWG nicht alleiniger Beurteilungsmassstab zu sein. Er gibt auch innerhalb breiter angelegten Erwägungen wertvolle Hinweise.

4.3 Bedeutung des Transaktionskostenansatzes im Internet

Der Transaktionskostenansatz im UWG eignet sich als Instrument zur Beurteilung von Beeinträchtigungen wirtschaftlicher Betätigung im Internet.

Das Internet besteht ausschliesslich aus Information und Informationsströmen. Im wirtschaftlichen Verkehr hat Information zwei Zwecke. Sie umschreibt eine Leistung,

⁴⁶¹ Vgl. weiter vorne, IV.D.2.3 (S. 90 ff.).

oder sie ist selbst die Leistung. Im gegebenen Ausbauzustand dient das Internet in erster Linie der Verbreitung von Information über Leistungen und weniger der Verbreitung von Leistungen an sich (sog. digitale Güter).

Transaktionskosten entstehen bei der Beschaffung von Informationen über Leistungen⁴⁶². Den Abnehmer interessieren z.B. Beschaffenheit, Preis, Anbieter, Lieferbedingungen, Verkaufsort, Zahlungsart usw. Die Beschaffung dieser Information ist zumeist kostspielig. Über das Internet gelangt der Abnehmer jedoch mit wenig Aufwand an solche Informationen. Das Internet senkt mit anderen Worten die Transaktionskosten. Dasselbe gilt auf der Marktgegenseite. Der Anbieter kann mit Hilfe des Internets Abnehmer gezielt bewerben und dadurch preisgünstiger erreichen. Das Verhalten der Abnehmer im Internet gibt ihm Informationen, anhand deren er Leistung und Preis anpassen kann.

Im Ergebnis ermöglicht das Internet einen Gewinn für alle Beteiligten. Abnehmer und Anbieter finden sich leichter und können somit häufiger Verträge abschliessen, die zu einer Pareto-Verbesserung führen. Die Summe aller dadurch ermöglichten Kooperationsgewinne ist die gesamtgesellschaftliche Wohlstandsverbesserung.

Im Zusammenhang mit dem Informationsfluss im Internet, der grundsätzlich die Transaktionskosten senkt, gibt es Störungen. Zunächst verursacht die *Verhinderung* von Informationsströmen Kosten beim Publikum, weil dieses die Informationen zu einer gesuchten Leistung oder dem dahinter stehenden Unternehmen nur noch unter Mehraufwand findet (z.B. als Folge von Cybersquatting, dem Registrieren und damit Blockieren eines fremden Kennzeichens als Domain Name). Weiter werden Informationsströme bisweilen *manipuliert*. Sie werden dadurch unzuverlässig und verlieren im Suchprozess an Nutzen (z.B. im Rahmen der Meta Tag-Problematik). Daneben kann ein Informationsfluss störend sein, wenn er ungezielt und im Übermass zum Nutzer gelangt, so dass diesem ein Filteraufwand entsteht (z.B. bei unerwünschter Werbe-Email).

Allen Störungen im Zusammenhang mit Informationsflüssen ist gemeinsam, dass sie die Transaktionskosten erhöhen bzw. mögliche Verminderungen der Transaktionskosten durch das Internet nicht zulassen. Bei höheren Transaktionskosten kommen zahlreiche Verträge nicht zustande. Dadurch entgehen mögliche gesamtgesellschaftliche Gewinne. Der Wettbewerb verliert an Qualität, weil die Abnehmer weniger leicht an Informationen über Anbieter oder Leistungen gelangen. Sie bekunden Mühe, ihre Bedürfnisse mit den angebotenen Leistungen zu vergleichen und ihre Rolle als Schiedsrichter im Wettbewerb wahrzunehmen.

⁴⁶² Für Erklärungen zu Inhalt und Bedeutung von Transaktionskosten, vgl. weiter vorne, IV.C.3.2.2 b) (S. 71 ff.).

Die konkrete Anwendung des Transaktionskostenansatzes im UWG sieht vor, Störungen im Zusammenhang mit Informationsströmen nach ihren Auswirkungen auf die Transaktionskosten zu beurteilen. Eine Störung ist unlauter, wenn sie die Transaktionskosten im Markt unnötig erhöht oder eine mögliche Senkung der Transaktionskosten aus ungerechtfertigten Gründen verhindert. Indirekt werden damit die Ziele des grösstmöglichen gesamtgesellschaftlichen Wohlstands, des intensiven Wettbewerbs sowie der Rücksichtnahme gegenüber dem Abnehmer verfolgt.

Im Internet findet dieser Ansatz ein geeignetes Anwendungsgebiet, weil dort immer ein Informationsfluss Gegenstand des Streits ist. Dem Transaktionskostenansatz folgend, beachtet der Rechtsanwender die Existenz oder das Ausbleiben sowie die Intensität oder die Zuverlässigkeit eines Informationsflusses im Internet und die damit verbundenen Auswirkungen auf die Transaktionskosten im Markt.

E. Vergleich mit dem Recht der USA

1. Einleitung und Übersicht

Diese Arbeit untersucht die Anwendung des UWG auf verschiedene rechtliche Problemstellungen im Internet. Dazu werden nebst ökonomischen Überlegungen Regulierungsvorschläge aus den USA zum Vergleich hinzugezogen. Vor der Betrachtung konkreter Regulierungsvorschläge aus den USA zu den untersuchten Problembereichen erfolgt an dieser Stelle eine Darstellung des Anwendungsbereichs und der Methodik der Rechtsvergleichung. In Anlehnung daran wird gleichzeitig die Wahl des Rechts der USA zum Vergleich sowie die Eingrenzung der Untersuchung auf vier Problembereiche im Internet begründet.

Der fruchtbare Einsatz der Rechtsvergleichung bei der Anwendung des eigenen Rechts hängt von zahlreichen Faktoren ab. Zunächst ist zu prüfen, ob ein Rechtsvergleich bei der vorgelegten Fragestellung in sachlicher wie auch in formaler Hinsicht eine geeignete Methode zur Rechtsfindung ist. Danach ist das konkrete Problem zu formulieren, auf das sich die untersuchten Rechtsordnungen anwenden lassen. Besonders wichtig ist die Wahl der verglichenen Rechtsordnung. Nur eine Rechtsordnung, die in der vorgelegten Problemstellung erprobt ist, kann bei der Konkretisierung des inländischen Rechts überhaupt einen Beitrag leisten. Diese Voraussetzung erfüllt das U.S.-amerikanische Recht, wenn es um rechtliche Probleme im Internet geht. Ausgehend von der Problem-

stellung sind in der eigenen und in der fremden Rechtsordnung die einschlägigen Regeln zu erkunden, nebeneinanderzustellen und zu vergleichen. Ausländische Regelungsmechanismen lassen sich ins inländische Recht einbringen, wenn sie mit den hiesigen Gerechtigkeitsvorstellungen harmonieren und dem gesetzten Recht nicht widersprechen.

2. Anwendungsbereich der Rechtsvergleichung

Die Rechtsvergleichung spielt aufgrund der zunehmenden Internationalisierung des täglichen Lebens⁴⁶³ bei der Schaffung und der Anwendung von Rechtsnormen eine wichtige Rolle⁴⁶⁴. Schweizer Gerichte verweisen bisweilen auf ausländische Lösungsansätze⁴⁶⁵. Und es gibt kaum mehr Materialien zu einem Gesetzgebungsvorschlag, die nicht auch einen Überblick über ausländische Regelungen enthalten⁴⁶⁶. Dabei ist das fremde Recht gleichsam Massstab und Ideenquelle.

Der *Gesetzgeber* gewinnt durch die Auseinandersetzung mit dem fremden Recht Distanz zur eigenen Rechtsordnung, was eine mögliche Voreingenommenheit vermindert⁴⁶⁷. Was bisher für selbstverständlich angesehen wurde, wird angesichts ausländischer Lösungsvorschläge relativiert. Vorzüge und Nachteile der eigenen Normen verdeutlichen sich an der Messlatte des fremden Rechts.

Fremde Rechtsordnungen sind ein reiches Inventar an bestehenden und erprobten Regelungsvorschlägen⁴⁶⁸. Jedoch muss sich der Gesetzgeber davor hüten, einen Fremdkörper ins inländische Rechtssystem einzupflanzen. Nichtsdestotrotz wirken sich selbst unpassende fremde Regelungen im Gesetzgebungsprozess anregend aus.

⁴⁶³ So Zweigert (Interpretationsmethode), 7, bereits 1949.

⁴⁶⁴ Zweigert/Kötz (Einführung), 14 ff.; Ebert (Rechtsvergleichung), 174 ff.; Kramer (Topik), 341.

⁴⁶⁵ Zweigert/Kötz (Einführung), 18; Ebert (Rechtsvergleichung), 177; Kramer (Topik), 340; BK-Meyer-Hayoz, Art. 1, Rz. 366, mit Hinweisen zur Praxis des Bundesgerichts. Aus der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, vgl. BGE 125 I 369, 373 (Scientology); 122 III 463, 465 f.; 114 II 131, 135 (Picaso); 114 II 91, 97 ff. (Dior).

⁴⁶⁶ BK-Meyer-Hayoz, Art. 1, Rz. 367; Kramer (Methodenlehre), 191.

⁴⁶⁷ Ebert (Rechtsvergleichung), 174; Rheinsteiner (Einführung), 27.

⁴⁶⁸ Ebert (Rechtsvergleichung), 175 f.

Die *Rechtsanwendung*, bestehend aus Auslegung und Lückenfüllung, kann ebenfalls durch die Rechtsvergleichung verfeinert werden⁴⁶⁹. Die freie Rechtsfindung ist dabei eher offen für ausländische Regelungsmechanismen als die gebundene⁴⁷⁰.

Die Auseinandersetzung mit fremdem Recht im Rahmen der Gesetzesauslegung verhilft zu klaren Gedankengängen, weil Kontraste erhellen. Entscheide werden weltoffen und voraussichtig⁴⁷¹. Zudem bewirkt der Vergleich des eigenen Auslegungsergebnisses mit der fremden Regel auch eine Kontrolle⁴⁷². Aus Gründen der Rechtssicherheit setzt aber der klare Wortlaut des eigenen Rechts die Grenzen für die Einbringung ausländischer Regeln⁴⁷³.

Bei der Lückenfüllung ist der Rechtsanwender gehalten, dem Gesetzgeber gleich zu handeln⁴⁷⁴. Daraus ergibt sich die Pflicht zur Rechtsvergleichung, denn der Gesetzgeber bedient sich ihrer häufig⁴⁷⁵. Wie bei der Gesetzgebung gilt aber auch hier, dass eine Übernahme andersrechtlicher Lösungsvorschläge nur in Harmonie mit dem hiesigen Rechtssystem zulässig ist⁴⁷⁶. Grundzusammenhänge des geltenden Rechts dürfen nicht aufgelöst werden⁴⁷⁷. Inspiration durch das ausländische Recht ist hingegen immer gestattet.

In *sachlicher Hinsicht* ist die Rechtsvergleichung in eher international ausgerichteten Rechtsgebieten von grösserer Bedeutung als in traditionell nationalen⁴⁷⁸. Zu letzteren gehören etwa das Familien-, Erb- oder Sachenrecht. Im Handels-, Obligationen-, Versicherungs- und Internationalen Privatrecht sowie im Bereich der gewerblichen Schutzrechte nimmt die Rechtsvergleichung dagegen eine bedeutende Stellung ein.

⁴⁶⁹ BK-Meyer-Hayoz, Art. 1, Rz. 356, 369.

⁴⁷⁰ Ebert (Rechtsvergleichung), 176 f.; BK-Meyer-Hayoz, Art. 1, Rz. 376.

⁴⁷¹ Ebert (Rechtsvergleichung), 176.

⁴⁷² Zweigert (Interpretationsmethode), 17; Ebert (Rechtsvergleichung), 176. Die Richter bringen ausländische Lösungen vielfach zur Bestätigung und Bekräftigung der eigenen Entscheidung vor, vgl. BK-Meyer-Hayoz, Art. 1, Rz. 365 i.V.m. Rz. 369.

⁴⁷³ Zweigert (Interpretationsmethode), 10.

⁴⁷⁴ Art. 1 Abs. 2 ZGB. Diese Regel gilt für die gesamte Schweizer Privatrechtsordnung, vgl. BK-Meyer-Hayoz, Art. 1 Rz. 45 ff.

⁴⁷⁵ BK-Meyer-Hayoz, Art. 1, Rz. 368; Zweigert/Kötz (Einführung), 17; Zweigert (Interpretationsmethode), 9.

⁴⁷⁶ BK-Meyer-Hayoz, Art. 1, Rz. 386.

⁴⁷⁷ Zweigert (Interpretationsmethode), 17.

⁴⁷⁸ BK-Meyer-Hayoz, Art. 1, Rz. 377 ff.; Zweigert (Interpretationsmethode), 12.

Gegenstand dieser Untersuchung ist die Anwendung des UWG auf wettbewerbsbezogene Verhaltensweisen im Internet. Wettbewerb ist schon lange keine rein nationale Angelegenheit mehr. Der Anschluss an den europäischen und den weltweiten Markt hat gerade für ein kleines Land wie die Schweiz grosse Bedeutung. Das Lauterkeitsrecht ist damit ein Gebiet, welches durch andersrechtliche Regelungen durchaus konkretisiert und verbessert werden darf und soll. Entsprechend setzte sich der Bundesrat bei der Ausarbeitung des Vorschlags zum geltenden UWG mit dem europäischen Regelwerk sowie der Pariser Verbandsübereinkunft und den Richtlinien für die Werbepaxis der Internationalen Handelskammer auseinander⁴⁷⁹.

Das Internet verstärkt die Internationalität des Wettbewerbs zusätzlich. Anbieter und Nachfrager brauchen sich bei der Vertragsanbahnung und beim Abschluss sowie teilweise auch bei der Erfüllung geographisch nicht nahe zu sein. Handel findet mit Unterstützung des Internets über Grenzen hinweg statt. Der Blick auf andere Rechtsordnungen rechtfertigt sich.

Darüber hinaus gewährt das schweizerische Lauterkeitsrecht der Rechtsvergleichung auch aus gesetzestechnischer Sicht grossen Spielraum. Die Konkretisierung der Generalklausel erfolgt in freier Rechtsfindung, d.h. durch Lückenfüllung⁴⁸⁰. Gleich dem Gesetzgeber bei der Ausarbeitung eines neuen Erlasses hat auch der Anwender von Art. 2 UWG die Rechtsvergleichung in seine Überlegungen einzubeziehen. Wie eben dargestellt, ist aber auch die gebundene Rechtsfindung, wie sie bei der Anwendung der Spezialtatbestände des UWG vorkommt, Anwendungsgebiet der Rechtsvergleichung.

⁴⁷⁹ Botschaft UWG, 13. Bereits bei der Tätigkeit der Expertenkommission zur Revision des UWG wurden bei umstrittenen Bestimmungen die Vorschriften aus der EU sowie aus den USA zum Vergleich hinzugezogen, vgl. BA: E7178 1996/118 (58); BIGA 514.222.

⁴⁸⁰ Tuor/Schnyder/Schmid, 41.

3. Vorgehensweise bei der Rechtsvergleichung

3.1 Ansatz am Problem

3.1.1 Allgemein

Die rechtsvergleichende Methode ist problemorientiert. Verglichen werden die Lösungsvorschläge in verschiedenen Rechtsordnungen auf einen bestimmten vorgegebenen Lebenssachverhalt⁴⁸¹. Denn während die rechtlichen Lösungen aufgrund einzelstaatlicher Autonomie unterschiedlich ausfallen, präsentieren sich zu regelnde Probleme und Bedürfnisse beim Zusammenleben von Menschen überall ähnlich⁴⁸². Das Problem bietet gewissermassen den gemeinsamen Nenner.

Der Fachbegriff für diese Vorgehensweise lautet Funktionalitätsprinzip⁴⁸³. Es wird untersucht, welchen Beitrag verschiedene Rechtsordnungen zur Lösung einer Problemvorgabe leisten, d.h. welche Funktion sie dabei übernehmen⁴⁸⁴. An dieser Stelle ist vor Verwechslungen mit der „funktionalen Auslegung“ zu warnen⁴⁸⁵. Dort geht es um die Auslegung einer Norm mit Blick auf ein erwünschtes Ergebnis. Aus verschiedenen Auslegungsvarianten des UWG soll man jene wählen, die den wirtschaftlichen Wettbewerb am ehesten fördert.

Falsch wäre es, Rechtsnormen unabhängig von einem vorgegebenen konkreten Problem zu vergleichen. Wer versucht, für einen inländischen Regelungskomplex ein ausländisches Gegenstück zu finden, wird in vielen Fällen erfolglos sein⁴⁸⁶. Denn Regeln entstehen mit Blick auf einen sozialen Konflikt oder zur Befriedigung bestimmter Interessen. Dabei kann der Lösungsmechanismus des ausländischen Rechts gegenüber dem inländischen so unterschiedlich sein, dass sich aus rechtssystematischer Sicht überhaupt keine Parallelen ziehen lassen.

⁴⁸¹ Zweigert/Kötz (Einführung), 11; Rheinstein (Einführung), 28; Kramer (Topik), 342 f.

⁴⁸² Zweigert/Kötz (Einführung), 33; Ebert (Rechtsvergleichung), 28.

⁴⁸³ Zweigert/Kötz (Einführung), 33; Ebert (Rechtsvergleichung), 26; Kramer (Topik), 343, spricht von der funktionalen Methode der Rechtsvergleichung.

⁴⁸⁴ Ebert (Rechtsvergleichung), 29.

⁴⁸⁵ Vgl. dazu weiter vorne, IV.B.3.3 (S. 58 f.).

⁴⁸⁶ Ebert (Rechtsvergleichung), 24.

Das untersuchte Problem muss formuliert werden⁴⁸⁷. Bei der Wortwahl bemüht sich der Rechtsvergleicher um Internationalität. Die gewählte Ausdrucksweise oder zumindest die damit verbundene Vorstellung muss von der eigenen Rechtsordnung losgelöst sein⁴⁸⁸. Damit erlangt man die notwendige Offenheit, mit welcher sich inländische und ausländische Lösungsvorschläge gleich gut wahrnehmen lassen.

Bisweilen ist das untersuchte Problem zu weitläufig, um es auf eine einzige Fragestellung zu reduzieren, die zugleich den Ansprüchen der Internationalität genügt. Dann soll der untersuchte Problembereich in Einzelprobleme sinnvoller Grösse aufgespalten werden⁴⁸⁹. Diese Teilaspekte sind sodann die Ausgangspunkte jeder weiteren problemorientierten Nachforschung.

3.1.2 Beeinträchtigung wirtschaftlicher Tätigkeit im Internet

Das UWG und seine Anwendung im Internet eignet sich nicht als Ausgangspunkt eines Rechtsvergleichs, weil es sich dabei nicht um ein länderunabhängiges Problem handelt, sondern um eine nationale Gesetzesanwendung. Ausgangspunkt können nur jene rechtlichen Problemstellungen im Internet sein, für die in der Schweiz die Lösung im UWG erwartet wird. Der Ausdruck „Lauterkeitsrechtliche Konflikte im Internet“ umschreibt aus Schweizer Sicht das Problem treffend und wurde deshalb auch als Überschrift der vorliegenden Arbeit gewählt. Im Hinblick auf einen Rechtsvergleich ist dieser Ausdruck jedoch zu stark mit der Schweizerischen Gesetzssystematik verknüpft. Besser ist es, man spricht im Rahmen der Rechtsvergleichung von „Beeinträchtigungen wirtschaftlicher Tätigkeit im Internet“.

Beeinträchtigung wirtschaftlicher Tätigkeit im Internet kennt zahlreiche Erscheinungsformen. In diesem Abstraktionsgrad ist das Problem einem Rechtsvergleich nicht zugänglich. Teilprobleme sind zu bezeichnen.

Eine Konzentration auf bestimmte Erscheinungsformen des Gesamtproblems vermindert auch kaum den Nutzen des Rechtsvergleichs für die Weiterentwicklung der UWG-Anwendung im Internet. Zahlreiche unbillige Verhaltensweisen im Internet lassen sich problemlos unter die Spezialtatbestände oder die anerkannten Konkretisierungen der Generalklausel im UWG subsumieren. Lediglich bei einigen Vorkommnissen ist die

⁴⁸⁷ Zweigert/Kötz (Einführung), 33; Ebert (Rechtsvergleichung), 29.

⁴⁸⁸ Zweigert/Kötz (Einführung), 33 f.; Ebert (Rechtsvergleichung), 29, 148. Beide jeweils mit Beispielen.

⁴⁸⁹ Zweigert/Kötz (Einführung), 42.

Beurteilung nach Massgabe der bekannten UWG-Tatbestände schwierig. Für sie soll an dieser Stelle mit Hilfe eines Rechtsvergleichs untersucht werden, welche Regulierungsmechanismen sich anbieten.

Konkret geht es um die Problembereiche Cybersquatting (bösgläubiges Registrieren eines fremden Kennzeichens als Domain Name), Werbe-Email, Verknüpfungen im Internet (Links, Frames etc.) sowie Meta Tags (Verwendung fremder Kennzeichen im unsichtbaren Quellcode einer Website). Einlässliche Beschreibungen dieser Problemstellungen finden sich an verschiedenen Stellen dieser Arbeit⁴⁹⁰.

3.2 Untersuchte Rechtsordnung

3.2.1 Allgemein

Entscheidend für den Erfolg eines Rechtsvergleichs ist die Wahl der Rechtsordnungen, die verglichen werden sollen. Sicherlich ist das eigene Recht Gegenstand der Untersuchung, will man es durch den Rechtsvergleich bereichern⁴⁹¹. Hernach gibt es zwei Auswahlverfahren, die sich je nach Ziel des Rechtsvergleichs unterscheiden.

Bezweckt man mit dem Vergleich einen umfassenden Überblick über die Regelungen eines Lebenssachverhalts in verschiedenen Rechtskreisen⁴⁹² der Welt, ist aus jedem untersuchten Rechtskreis zumindest die einflussreichste Rechtsordnung auszuwählen⁴⁹³. Das ist normalerweise die sogenannte Mutterordnung. Tochterordnungen sind Rechtsordnungen desselben Rechtskreises. Sie entwickelten sich aus der Mutterordnung, ähneln dieser stark und liefern deshalb nur wenige weitere Erkenntnisse.

Geht es hingegen um die Lösung konkreter problematischer Lebenssachverhalte, sind am besten die Rechtsordnungen jener Staaten hinzuzuziehen, die sich damit schon intensiv auseinandergesetzt haben⁴⁹⁴. Daher kann die Wahl durchaus auf die Rechtsordnung

⁴⁹⁰ Cybersquatting, V.A. (S. 115 ff.); Werbe-Email, VI.A. (S. 209 ff.); Verknüpfungen, VII.A. (S. 261 ff.); Meta Tags, VIII.A. (S. 317 ff.).

⁴⁹¹ Ebert (Rechtsvergleichung), 144.

⁴⁹² Die Welt wird grob in acht Rechtskreise eingeteilt: romanischer Rechtskreis, deutscher Rechtskreis, nordischer Rechtskreis, anglo-amerikanischer Rechtskreis, sozialistischer Rechtskreis, fernöstlicher Rechtskreis, islamisches Recht und Hindu-Recht, vgl. Ebert (Rechtsvergleichung), 43.

⁴⁹³ Zweigert/Kötz (Einführung), 40.

⁴⁹⁴ Ebert (Rechtsvergleichung), 143.

eines an sich unbedeutend kleinen Staates fallen, wenn dieser sich auf dem Untersuchungsgebiet bereits verdient gemacht hat.

3.2.2 Wahl des Rechts der Vereinigten Staaten

In der vorliegenden Arbeit wird bei der Konkretisierung des UWG auf bestimmte Beeinträchtigungen wirtschaftlicher Tätigkeit im Internet das Recht der USA zum Vergleich hinzugezogen. Die U.S.-amerikanische Rechtsordnung ist in diesem Zusammenhang hilfreich, da sie hinsichtlich Geschäftsverhalten im Internet bereits erprobt ist.

Die Bedeutung der Vereinigten Staaten und ihrer Rechtsordnung im Internet-Sektor hat zwei Gründe. Zum einen entstand die Internet-Technologie hauptsächlich in den USA⁴⁹⁵. Dort erfuhr das Internet seine erste Verbreitung, und von dort stammen auch im gegebenen Zeitpunkt betreffend Internet die meisten Innovationen und Geschäftsmodelle. Der zweite Grund liegt in der Grösse und Homogenität des U.S.-amerikanischen Markts. Jeder Anbieter kann mit einer potentiellen Kundschaft von derzeit über 100 Millionen Internet-Nutzern rechnen. Selbst wenn ein Angebot sehr spezifisch ist und nur den kleinsten Teil der Nutzer betrifft, finden sich schnell ein paar tausend Interessenten. Unter diesen Bedingungen konnte der U.S.-amerikanische Markt im Internet schneller und bereits früher wachsen als der europäische. Für den europäischen Konsumenten stellen trotz freiem Binnenmarkt die unterschiedlichen Sprachen und Regeln noch immer Hürden beim Geschäftsverkehr mit Anbietern anderer Länder dar.

Ein aktiver Markt bietet jedoch auch viel Reibungsfläche. In den USA gab es schon vor Jahren erste Prozesse, in welchen Geschäftsgebaren im Internet zu beurteilen waren. Mit zusätzlichem Wachstum dieses Markts stieg auch die Anzahl der Konflikte. Man darf davon ausgehen, dass weltweit in keinem Land der Welt mehr Urteile im Internet-Bereich ergangen sind als in den Vereinigten Staaten. Der U.S.-Gesetzgeber hat bereits verschiedene Internet-Probleme geregelt, und weitere Gesetzesvorhaben sind in Vorbereitung. Daneben setzt sich auch die Lehre in den USA intensiv mit dem Thema auseinander. Unüberschaubar ist allein schon, was im Internet selber dazu publiziert wird. Die Rechtsfakultäten der meisten Universitäten bieten mittlerweile Kurse an, die sich ausschliesslich mit Rechtsproblemen im Internet befassen. Und bereits gibt es auch juristische Fachzeitschriften, die sich diesem Thema verschrieben haben.

⁴⁹⁵ Hilty (Schutz oder Bürde), 70.

Die Betrachtung der U.S.-Rechtslandschaft empfiehlt sich für die vorliegende Arbeit aber noch aus einem weiteren Grund. Bei der Konkretisierung des UWG auf Problemkreise im Internet werden im Rahmen dieser Arbeit neben Lösungsvorschlägen aus dem U.S.-Recht auch ökonomische Gesichtspunkte berücksichtigt. Die ökonomische Analyse des Rechts ist in den USA weit verbreitet. In Bereichen wie Kartell-, Haftpflicht- oder Steuerrecht ist sie schon lange bekannt⁴⁹⁶. Ab den frühen Sechzigerjahren wurden zusehends mehr Rechtsgebiete unter ökonomischen Gesichtspunkten betrachtet⁴⁹⁷. Zwischenzeitlich fanden ökonomische Überlegungen Eingang auch in Rechtsbereiche wie das Sachenrecht, Vertragsrecht, Strafrecht, Prozess- und Verfassungsrecht sowie das Recht der unerlaubten Handlung⁴⁹⁸. Zahlreiche Fachzeitschriften setzen sich ausschliesslich mit diesem Thema auseinander⁴⁹⁹. Und Richter mit grossem Einfluss auf die Rechtsfortbildung gelten als Verfechter der Ökonomischen Analyse⁵⁰⁰.

Unter diesen Umständen erstaunt es wenig, dass die Lösungsvorschläge aus den USA zu Problemkreisen im Internet oft einen ökonomischen Hintergrund haben. U.S.-amerikanische Regelungsmechanismen sind häufig eine konkrete regulatorische Umsetzung von ökonomischen Zielsetzungen.

3.3 Einschlägige Rechtsquellen

Beim Rechtsvergleich sucht man in der fremden Rechtsordnung nach dem „law in action“⁵⁰¹. Bedeutsam ist jede Rechtsquelle, die einen tatsächlichen Beitrag zur Lösung des problematischen Lebenssachverhalts leistet. Gleich dem einheimischen Jurist versucht der Rechtsvergleicher eine Lösung für ein vorgegebenes Problem zu finden⁵⁰². Der einzige Unterschied liegt in der fehlenden Vertrautheit mit den anzuwendenden Regeln.

⁴⁹⁶ Cooter/Ulen (Law & Economics), 1.

⁴⁹⁷ Cooter/Ulen (Law & Economics), 2.

⁴⁹⁸ Cooter/Ulen (Law & Economics), 2.

⁴⁹⁹ Cooter/Ulen (Law & Economics), 2, nennen „Journal of Law and Economics“, „Research in Law and Economics“, „International Review of Law and Economics“ sowie „Journal of Law, Economics, and Organization“.

⁵⁰⁰ Cooter/Ulen (Law & Economics), 2 f., nennen Stephen Breyer vom U.S. Supreme Court, Richard Posner und Frank Easterbrook vom Appellationsgericht des siebenten Gerichtskreises, Guido Calabresi vom Appellationsgericht des zweiten Gerichtskreises und einige mehr. Vgl. auch Eidenmüller (Effizienz), 405.

⁵⁰¹ Ebert (Rechtsvergleichung), 22.

⁵⁰² Zweigert/Kötz (Einführung), 34.

Rechtsquellen sind Gesetze sowie Erlasse unterer Stufen, Gewohnheitsrecht, Rechtsprechung, Lehre, Typenverträge, allgemeine Geschäftsbedingungen, Bräuche und Sitten⁵⁰³. Bisweilen geht man noch weiter und beachtet alles, was das Verhalten der Betroffenen im Rahmen der untersuchten Problemstellung beeinflusst⁵⁰⁴. Zu denken ist beispielsweise an die geschichtliche Entwicklung, religiöse und ethische Vorstellungen oder Machtverhältnisse im Staat⁵⁰⁵.

Bei der Konsultation der fremden Rechtsordnung zur Beurteilung einer bestimmten Form von Geschäftsgebaren im Internet ist nach allen Rechtsquellen zu suchen, die im gegebenen Zusammenhang Regelungskraft haben. Keinesfalls darf man sich auf scheinbare Pendanten zu bekannten Tatbeständen im eigenen Recht beschränken. Die untersuchte Rechtsordnung setzt möglicherweise an einem ganz anderen Punkt an als das eigene Recht.

Neuartige Internet-Konflikte werden in der verglichenen Rechtsordnung möglicherweise nach Regeln beurteilt, die bereits lange Zeit vor Verbreitung des Internets in Kraft getreten sind und die nun ein weiteres Anwendungsfeld erhalten. Ebenso muss man aber auch nach Bestimmungen Ausschau halten, die ausschliesslich im technischen Bereich Anwendung finden oder gar spezifisch mit Blick auf das Internet erlassen wurden.

Tatsächlich könnten die Regeln, die in den USA in den untersuchten Problembereichen angewendet oder diskutiert werden, vielfältiger kaum sein. In die hiesige Rechtsstruktur übertragen, handelt es sich um Lauterkeits-, Urheber-, Sachen- und Markenrecht sowie Internet-Sonderrecht.

In den USA ist die einschlägige Regel oftmals dem im Fallrecht konkretisierten Common Law zu entnehmen. Selbst in Bereichen, die mit Gesetzesrecht, den sog. „statutes“, geregelt sind, hat das Fallrecht eine starke Regelungskraft. U.S.-amerikanische Gesetze sind nämlich mit Rücksicht auf das Common Law sehr eng auszulegen⁵⁰⁶. Enthält das Gesetz für einen vorgelegten Sachverhalt keine einschlägige Regel, ist seine Regelkraft nicht durch Auslegung auszuweiten.

⁵⁰³ Zweigert/Kötz (Einführung), 34; Ebert (Rechtsvergleichung), 150; BK-Meyer-Hayoz, Art. 1, Rz. 389.

⁵⁰⁴ Zweigert/Kötz (Einführung), 11.

⁵⁰⁵ Zweigert/Kötz (Einführung), 35.

⁵⁰⁶ Ebert (Rechtsvergleichung), 93.

In den untersuchten Problemkreisen im Internet haben neben Fallrecht und Gesetzen auch weit verbreitete vertragliche Bestimmungen eine Regelwirkung. Interessante Lösungsvorschläge entstammen zudem der Literatur.

3.4 Aufzeigen der jeweiligen Rechtslage

Bevor sich ein konkreter Vergleich ziehen lässt, ist für jedes untersuchte Land die Rechtslage nüchtern zu ergründen⁵⁰⁷. Dabei ist insbesondere die Einbettung der einzelnen Quelle in die gesamte Rechtsordnung wichtig⁵⁰⁸. Was ist der Stellenwert der Rechtsquelle? Wie interagiert sie mit anderen Rechtsquellen? In diesen Punkten unterscheiden sich die verschiedenen Rechtsordnungen bisweilen stark⁵⁰⁹.

Die Rechtsordnung der Vereinigten Staaten erfordert vom kontinentaleuropäischen Juristen ein wenig Angewöhnung. Sie ist eine Tochter der ebenfalls ungewohnten britischen Rechtsordnung und bildet mit dieser den Grossteil des anglo-amerikanischen Rechtskreises⁵¹⁰. Das amerikanische Recht erfuhr darüber hinaus eine eigenständige Entwicklung⁵¹¹. Seine Untersuchung, unabhängig vom britischen Mutterrecht, ist deshalb zulässig und bei der Untersuchung von Internet-Problemen sogar sinnvoll.

3.5 Der Vergleich

Bis hierhin beschränkte sich die rechtsvergleichende Untersuchung auf die Darlegung verschiedener Lösungen aus unterschiedlichen Rechtsordnungen für dasselbe soziale Problem. Was folgt, ist der eigentliche Vergleich.

Dabei werden Unterschiede und Gleichheiten in den untersuchten Rechtsordnungen mit Blick auf das untersuchte Problem aufgezeigt. Sie finden sich in Bereichen wie Rechtstechnik, Rechtsstruktur, Rechtsfunktion, Rechtsethik sowie Ideologie⁵¹². Erstaunlicherweise fallen die Lösungen zumeist ähnlicher aus als man es erwarten würde⁵¹³.

⁵⁰⁷ Zweigert/Kötz (Einführung), 42.

⁵⁰⁸ Ebert (Rechtsvergleichung), 154.

⁵⁰⁹ Ebert (Rechtsvergleichung), 151 f.

⁵¹⁰ Ebert (Rechtsvergleichung), 66 ff.

⁵¹¹ Zweigert/Kötz (Einführung), 40. Nach Ebert (Rechtsvergleichung), 84 ff., war Ausgangspunkt zur unterschiedlichen Entwicklung die föderalistische Struktur der USA.

⁵¹² Ebert (Rechtsvergleichung), 158.

⁵¹³ Zweigert/Kötz (Einführung), 38; Rheinstein (Einführung), 33.

Dennoch wird man auch Regelungsmöglichkeiten finden, die das ganze Problem oder auch nur einen Teil davon in einer bislang unbekanntem Art lösen⁵¹⁴.

Typisch für die USA ist die Regelung ganzer Lebensbereiche mit Fallrecht, d.h. Common Law. Aufgrund der grösseren Klagefreudigkeit in den USA und der Grösse des Landes kann sich im Common Law für einen bestimmten Problembereich innerhalb weniger Jahre ein zuverlässiger Rechtsapparat bilden. Dagegen ist in Kontinentaleuropa eine rasche Regelung durch Fallrecht unwahrscheinlich, weil die Rechtskreise verglichen mit den USA klein sind⁵¹⁵ und die Gesellschaftsmitglieder mit grösserer Zurückhaltung gerichtliche Klagen anstrengen. Deshalb regelt in Kontinentaleuropa der Gesetzgeber zwecks Rechtssicherheit einen bestimmten Lebensbereich häufig präventiv, sobald sich darin Rechtsprobleme abzeichnen.

Allerdings unterscheiden sich die Rechtssysteme Kontinentaleuropas und der USA zumindest im Rahmen dieser Arbeit nicht so stark wie gemeinhin angenommen wird. Rechtsprobleme im Internet werden in den USA nicht selten mit Gesetzen anstelle von Fallrecht angegangen. Zudem entwickelt die Rechtsprechung für das Common Law bisweilen Regeln, welche den Detailliertheitsgrad eines Rechtssatzes haben (vgl. z.B. die geltende Misappropriation-Regel⁵¹⁶⁵¹⁷). Umgekehrt gewinnt das unkodifizierte Recht in Kontinentaleuropa zunehmend an Boden⁵¹⁸. In der Schweiz z.B. bildete sich gerade bei der Anwendung des UWG mit seiner Generalklausel an sich für das Common Law

⁵¹⁴ Nach Zweigert/Kötz (Einführung), 47, fördert die Rechtsvergleichung Lösungen zutage, die ein Jurist mit einem national beschränkten Hintergrund mit grösster Phantasie nicht erbringen könnte.

⁵¹⁵ In den USA entsteht das Common Law auf einzelstaatlicher Ebene. Demnach haben die Rechtskreise europäische Ausmasse. Jedoch übernehmen Gerichte des einen Staates häufig Regelungsansätze aus Entscheidungen in anderen Staaten. Insofern findet eine weitgehende Durchdringung der Rechtskreise statt.

⁵¹⁶ Vgl. die näheren Ausführungen dazu bei der rechtlichen Untersuchung von Verknüpfungen im Internet weiter hinten, VII.E.3. (S. 279 ff.).

⁵¹⁷ Nach Zweigert/Kötz (Einführung), verleihen die allgemeinen Regeln, Prinzipien und Grundsätze, die die Richter des Common Law in einem induktiv-komparativen Verfahren aus der Fülle des Fallmaterials herausgefiltert haben, dem Case Law ein beträchtliches Mass an innerer systematischer Ordnung und damit an Kontinuität und Berechenbarkeit.

⁵¹⁸ Zweigert/Kötz (Einführung), 263, nennen als Grund dafür die neuartigen Lebensprobleme, denen die zum Teil alten Erlasse nicht mehr gerecht werden.

typisches Fallrecht (z.B. UWG-Schutz einer Ausstattung trotz fehlender Verwechslungsgefahr bei systematischer Annäherung⁵¹⁹, Behinderungsverbot⁵²⁰)⁵²¹.

Auch können sich die Lösungen im U.S.-Common Law und im Schweizer Recht in materieller Hinsicht sehr ähnlich sein, wie die nachfolgend untersuchten Internet-Problemkreise zeigen werden. Beide Rechtsordnungen gelangen mehrmals mit ähnlichen Argumenten und Ansatzpunkten im wesentlichen zu den gleichen Ergebnissen.

3.6 Bewertung und Übernahme ins eigene Recht

Zwar dient die Rechtsvergleichung für sich bereits dem klaren und objektiven Verständnis des eigenen Rechts. Besonders bedeutungsvoll wird sie für die nationale Rechtsanwendung jedoch durch die Nutzbarmachung der fremden Lösungsvorschläge im eigenen Rechtsgefüge.

Das Ziel der Nutzbarmachung fremder Ansätze im eigenen Recht bestimmt die Kriterien, nach welchen die Lösungsvorschläge bewertet werden⁵²². Für eine Übernahme müssen zwei Bedingungen erfüllt sein. Erstens hat die fremde Regelung inländischen Gerechtigkeitsvorstellungen zu entsprechen⁵²³. Zweitens muss die neu einzubringende Regelung mit den geltenden Vorschriften des inländischen Rechts harmonisieren⁵²⁴. Weil inländisches Recht zugleich ein Spiegel des nationalen Gerechtigkeitsgefühls ist, lassen sich die zwei Erfordernisse nicht klar trennen.

Neben Einklang mit inländischer Rechtsordnung und Gerechtigkeitsvorstellung ist die Wirksamkeit der untersuchten ausländischen Regelung zur Lösung des vorgegebenen Problems für die Übernahme ins eigene Recht entscheidend. Von Interesse ist die

⁵¹⁹ BGE 104 II 322, 333 ff. (Bata).

⁵²⁰ BGE 109 II 483, 489 (Computerland).

⁵²¹ Nach Zweigert/Kötz (Einführung), 256, kann eine höchstrichterliche Entscheidung eines kontinentaleuropäischen Gerichts eine ebenso starke Regelungskraft erlangen wie eine höchstrichterliche Common Law-Entscheidung.

⁵²² Ebert (Rechtsvergleichung), 162.

⁵²³ BK-Mayer-Hayoz, Art. 1, Rz. 386.

⁵²⁴ BK-Mayer-Hayoz, Art. 1, Rz. 385. Nach Zweigert/Kötz (Einführung), 16, können beispielsweise vom Herkunftsland abweichende Gerichtsverfahren oder Behördenorganisationen die Wirksamkeit der untersuchten Regelung im Inland beschneiden.

konkrete Steuerungswirkung der Regel in ihrem Herkunftsland⁵²⁵. Gestützt darauf soll eine Prognose für die Wirksamkeit im Inland gestellt werden.

Bei der Auswahl der geeigneten Lösung braucht man sich nicht auf die Regeln einzelner Länder zu beschränken. Die beste Regelung kann auch eine Kombination aus mehreren Landesrechten sein⁵²⁶. Möglicherweise will man auch nur Teilaspekte übernehmen.

Ausländische Lösungsvorschläge zur Beurteilung von Beeinträchtigungen wirtschaftlicher Betätigung im Internet müssen folglich schweizerischem Gerechtigkeitsempfinden entsprechen und mit der hiesigen Rechtsordnung harmonieren, damit sie sich ins Schweizer Recht einbringen lassen. Für die Schweiz ist damit insbesondere der Einklang mit der Zielsetzung des UWG erforderlich, wie sie sich im weiter vorne untersuchten Wettbewerbsbegriff widerspiegelt⁵²⁷. Darüber hinaus sollte die fremde Regel nicht im Widerspruch stehen zu den lokalen Rechtsprinzipien im UWG, nämlich der Geschäftsmoral und der Funktionalität hinsichtlich Verwirklichung des anzustrebenden Wettbewerbs⁵²⁸. An Bedeutung hat dagegen das UWG-Leistungsprinzip verloren. Im Rahmen eines Rechtsvergleichs kann es deshalb nur noch am Rande ausschlaggebend sein für die Übernahme einer fremden Regel ins inländische Recht.

Regelungsabsicht und Rechtsprinzipien im UWG sind zu berücksichtigen, wenn die ausländische Lösung in Anwendung der Generalklausel, d.h. im Verfahren der Lückenerfüllung, eingebracht wird. Sind Spezialtatbestände des UWG zu konkretisieren, muss die vorgeschlagene ausländische Lösung darüber hinaus im Feld der möglichen Auslegung der betreffenden Spezialnorm sein. Der durch rechtsvergleichende Analyse erarbeitete Lösungsvorschlag muss ein mögliches Auslegungsergebnis sein⁵²⁹.

Nachfolgend werden vier Internet-Problemkreise untersucht: Cybersquatting, Werbe-Email, Verknüpfungen (Links, Frames etc.) und Meta Tags. Die Darstellung hat jeweils denselben Ablauf. Auf die Erläuterung der Problematik folgen ökonomische Überlegungen unter besonderer Berücksichtigung der Transaktionskosten. Dann wird die Rechts-

⁵²⁵ Kramer (Topik), 347.

⁵²⁶ Ebert (Rechtsvergleichung), 162.

⁵²⁷ IV.A. (S. 17 ff.).

⁵²⁸ Vgl. weiter vorne, IV.B.3.2 bzw. 3.3 (S. 57 ff.).

⁵²⁹ Zweigert (Interpretationsmethode), 10. Nach Zweigert/Kötz (Einführung), 16, dürfen klare nationale Rechtsnormen nicht einfach eliminiert werden.

lage in den USA und in der Schweiz aufgezeigt. Ein erstes Ergebnis ist die Gegenüberstellung der untersuchten Rechtsordnungen. Erscheint bei einer Würdigung des geltenden Rechts die derzeitige Regel in der Schweiz als unbefriedigend, wird ein Lösungsvorschlag gewagt. Dieser bezieht den Transaktionskostenansatz⁵³⁰ in die Argumentation mit ein. Bei der Entwicklung von Regeln für die Schweiz sind Regelungsmechanismen aus den USA hilfreiches Anschauungsmaterial.

⁵³⁰ Vgl. dazu weiter vorne, IV.D.4.2 (S. 96 ff.).