Zeitschrift: Schweizer Monatshefte : Zeitschrift für Politik, Wirtschaft, Kultur

Herausgeber: Gesellschaft Schweizer Monatshefte

Band: 61 (1981)

Heft: 7-8

Artikel: Lauterkeitsschutz und Marktwirtschaft : Gedanken zum Expertenbericht für die Revision des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Autor: Kummer, Matthias

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-163775

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 07.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

MATTHIAS KUMMER

Lauterkeitsschutz und Marktwirtschaft

Gedanken zum Expertenbericht für die Revision des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb (UWG)

> *«Gerade die Freiheit des Marktes erfordert eine äusserst wachsame und aktive Wirtschaftspolitik, freilich auch eine solche, die sich dieses Zieles und der sich daraus ergebenden Beschränkungen ihres Wirkungsfeldes voll bewusst ist, mithin nicht die Grenzen überschreitet, die einem konformen Interventionismus gesetzt sind.»*
>
> *Wilhelm Röpke*

Der Freiheitsgrad von Handel und Gewerbe hat in der Schweiz eine wechselvolle Geschichte hinter sich. Die alte Eidgenossenschaft kannte eine weitgehend reglementierte Wirtschaftsordnung. In den Städten herrschte ein starres Zunftsystem, das jede freie Konkurrenz ausschaltete. So hatten die zünftigen Berufsarten – und es waren dies die wichtigsten – wenig Möglichkeiten geschäftlicher Freiheit. Anzahl der Arbeitnehmer, hergestellte «währschafte» Ware, Lohnhöhe, Arbeitszeit und teilweise Verkaufspreise: alles war vorgeschrieben.

Nur die *liberae artes* wie Lehrer, Ärzte, Anwälte waren vom Innungszwang befreit.

In der Helvetik brach das Zunftwesen zusammen, die Eingriffe des Staates beschränkten sich auf solche polizeilicher Art. Später wurde wieder eine gewisse Zunftwirtschaft, allerdings milderer Art, eingeführt. Erst die Bundesverfassung von 1874 brachte die Handels- und Gewerbefreiheit. Der Freiheitsgrundsatz berührte jedoch hauptsächlich das *Verhältnis zum Staate,* nicht aber der privatrechtlichen Rechtsträger zueinander. So war der Gesetzgeber gehalten, freie Konkurrenz zu wahren. Nach damaliger Auffassung war denn auch die Handels- und Gewerbefreiheit Garant für den absoluten Grundsatz der freien Konkurrenz, ein Grundsatz, der aber immer wieder Einbrüche erlitt. Einbrüche waren vor allem Monopole und Regale, die sich der Staat verschaffte, oder aber Einschränkungen, vor allem begründet durch die wirtschaftliche Situation der Schweiz, wie sie die beiden Weltkriege verursachten.

Die Restriktionen nehmen heute in raschem Tempo zu. Die Bandbreite, innerhalb der sich die freie Marktwirtschaft noch bewegen kann, wird immer schmaler: «Marktwirtschaft im Laufgitter».

Der stolze Flug der Marktwirtschaft läuft Gefahr, in der Enge einer Voliere zu erlahmen, ein Käfig, gezimmert aus Verwaltungshybris, Protektionismus, gesellschaftspolitischem Zweckdenken und fehlgeleitetem Gerechtigkeitsstreben. Ein Käfig, der schlussendlich noch einige wehe Flügelschläge erlauben soll, die, als Existenzbeweis einer angeblich noch funktionierenden Marktwirtschaft und gleichzeitig als ihr Versagen gewertet, Rechtfertigung eines wuchernden Staatsinterventionismus und letztlich einer kollektivistischen und planwirtschaftsfreundlichen Systemveränderung sein soll. Es sind nicht nur marktfremde Kräfte, die die freie Marktwirtschaft knebeln wollen, sondern teils auch Wirtschaftskreise selber, die in der Marktwirtschaft nicht jene erstaunlich «geordnete Anarchie» [1] sehen, sondern gegen dieses Wetteifern aller gegen alle Eingriffe des Staates fordern, sobald sie nicht mehr mithalten können. Dieser egozentrische Liberalismus missachtet gesamtwirtschaftliche Interessen, ist nichts anderes als Protektionismus. «Protektionismus bedeutet Strukturerhaltungspolitik, massive Interventionspolitik vermeintlich zugunsten gewisser Wirtschaftszweige, jedoch zu Lasten der Gesamtwirtschaft. Die Entwicklung der Wirtschaft soll in erster Linie nach den Markt- und Wettbewerbsverhältnissen erfolgen. Der Markt hat über die künftige Struktur der Wirtschaft zu entscheiden [2].»

Der *Wettbewerb,* die freie Konkurrenz, ist ein hauptsächlicher Teil der Marktwirtschaft. Jede Gesetzgebung über den Wettbewerb muss diese daher unmittelbar berühren.

Die gegenwärtigen Revisionsbestrebungen zum *Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb* (UWG) sind von einer Tendenz getragen, die der freien Marktwirtschaft zuwiderlaufen kann. Die Expertenkommission war sich der Gratwanderung zwischen Staatsinterventionismus und Marktwirtschaft, die sie zu gehen hatte, bewusst. Die Zusammensetzung der Expertengruppe versprach unterschiedliche Meinungen, was sich bewahrheitete.

Was ist unverfälschter, «lauterer Wettbewerb, und wie ist er zu erreichen? Was die eine Seite bereits als unlauter und damit verpönt betrachtet und Eingriffe dagegen erwartet, nimmt die andere als Merkmal eines kraftvollen Wettbewerbs in Kauf, lehnt Reglementierungen ab, immer im Bestreben, das ordnungspolitische Leitbild der freien Marktwirtschaft aufrechtzuerhalten. Diese grundsätzlich verschiedenen Vorstellungen prägen die Resultate der Expertenkommission.

Generalklausel

Wie bereits beim geltenden Gesetz vorhanden, entschloss sich die Expertenkommission, am System der Generalklausel festzuhalten. Es wäre denn auch unmöglich, alle Tatbestände unlauteren Wettbewerbs aufzuzählen.

Der Wettbewerb wandelt sich zweifellos im Laufe der Zeit. Eine Generalklausel ist dieser stetigen Bewegung besser gewachsen, als einzelne Tatbestände dies sind. So wäre es ohne weiteres möglich gewesen, die Generalklausel des geltenden Rechts unverändert in Kraft zu belassen. Sie genügte dem heutigen Wettbewerb vollauf, würde sie richtig verstanden und angewandt. Bereits der Gesetzgeber des geltenden Gesetzes sah sich beispielsweise mit dem Tatbestand der Preisschleuderei konfrontiert, war aber «der Meinung, dass solche Handlungen unter die Generalklausel subsumiert werden könnten, wenn sie im einzelnen Fall als Missbrauch des Wettbewerbs betrachtet werden müssten [3]». Die im geltenden Gesetz bereits vorhandene Tatbestandaufzählung hat keine abschliessende Bedeutung. Eine Anwendung des UWG nur in den enumerativ aufgeführten Fällen wird als verfehlt bezeichnet; sie werde «dem Sinne des Gesetzes nicht gerecht [4]».

Die Expertenkommission schlägt zwei Varianten einer Generalklausel vor. Sie unterscheiden sich auf den ersten Blick darin, dass die eine sich im Aufbau an das geltende Recht anlehnt und die andere einen positiven Zweckartikel voranstellt.

Während die geltende Generalklausel auf den «Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs» abstellt (und damit unzweideutig auf dem Boden eines Kampfes gegen den Missbrauch steht), verwendet die Expertenkommission diesen Begriff nicht.

Der Expertenbericht will eine «*Verfälschung*» vermeiden. Was ist eine «Verfälschung»? Während der Begriff «Missbrauch» noch irgendwie fassbar erscheint, ist «verfälschen» viel weiter, unbestimmter, anfälliger für subjektive Wertungen, für Zeitströmungen. Wann ist ein Wettbewerb «richtig», wann «falsch», eben «verfälscht»?

Das geltende Recht spricht von einem Missbrauch des Wettbewerbs durch täuschende «*Mittel*». Auch hier hat der Entwurf eine Weitung beabsichtigt. Nicht «Mittel» sind unlauter, sondern ein bestimmtes «*Verhalten*». «Mittel», weil «tendenziell einschränkend», wird durch «Verhalten» ersetzt. Damit will man dem Gesetz einen funktionalen Charakter verleihen: Der Bürger darf erwarten, dass sich der Wettbewerb innerhalb «des normalen Wettbewerbsverhaltens» abspiele. Nicht nur ein funktionaler Aspekt ist angesprochen, sondern ein unerhört gesellschaftspolitischer. Der Wettbewerb wird an den *Erwartungen des Bürgers* gemessen. Das

UWG hat damit die private Rechtssphäre verlassen und ist zu einem allgemeinen Regelkomplex des objektiven Rechts geworden.

Der positive Zweckartikel der *Variante 2* betont diesen funktionalen Aspekt. Der Wettbewerb als solcher – eine Novität – wird zum Schutzgut erhoben. Neu zählt Variante 2 auch die am Wettbewerb Beteiligten auf. Nicht nur das horizontale Verhältnis wird dabei erwähnt, sondern auch das vertikale – mit andern Worten Verhältnisse, wo es keinen direkten Wettbewerb mehr gibt. Die am Markt beteiligten Kreise werden dadurch gegenseitig zu Aufpassern.

Es dient immerhin der Rechtssicherheit und Rechtsprechung, wenn der Entwurf die einzelnen wichtigsten Tatbestände – die Generalklausel liesse weiteres zu – expliziter und beispielhaft erwähnt. Der Katalog des Art. 2 des Entwurfes ist in diesem Lichte eine dichte Aufzählung verpönter Wettbewerbsverhalten. Pièce de résistance ist dabei der Lockvogeltatbestand, in zwei Varianten, gekoppelt die eine mit einem Diskriminierungsverbot.

Lockvogel

Lockvögel werfen insbesondere für den Detailhandel schwerwiegende Probleme auf, ein Bedürfnis, sie zu erfassen, ist zweifellos vorhanden. Die Expertenkommission geht von der *Grundlage des Preises* aus.

Den Preis allein zum Hauptkriterium eines Lockvogeltatbestandes zu erheben, beleuchtet nur einen kleinen Teil aller jener Komponenten, die einen Sachverhalt erst als «Lockvogel» zu qualifizieren erlauben. Der Preiskampf ist eine alltägliche Wettbewerbserscheinung. Er kann nicht nur im «normalen Konkurrenzkampf» entstehen. Oftmals ist ein Unternehmen gezwungen, seine Ware zu Billigpreisen anzubieten. So kann beispielsweise die Konjunkturlage dazu führen, dass ein Fabrikant, um überhaupt weiterfabrizieren zu können und um nicht Arbeitnehmer entlassen zu müssen, seine Angebote, einer sozialen Verpflichtung folgend, sogar mit Verlust abzusetzen versucht. Die Rezession in der Mitte des vergangenen Jahrzehnts hat dies drastisch bewiesen.

Ebenso wenig ist die Unterscheidung zwischen einer preispolitisch und einer werbepolitisch motivierten Preisunterbietung in der Praxis tauglich. Die preispolitisch motivierte Preisunterbietung hat zum Ziel, den angebotenen Artikel als solchen gesteigert abzusetzen. Die werbepolitisch motivierte Preissenkung hingegen erwartet von der Herabsetzung eines Angebotes Rückschlüsse der Kunden auf das Gesamtsortiment, dient somit als Lockvogel. Die beiden Motivationsarten greifen aber ineinander über, sind als solche in der Komplexität moderner Werbestrategien nicht isolierbar.

Die bedeutendste Auswirkung des Freiheitsgrundsatzes von Handel und Gewerbe ist die *Befugnis des Privaten zur freien Preisbestimmung*. Eine Einschränkung der freien Preisbestimmnug darf ohne intensivste Rechtfertigung nicht erfolgen, und jeder Lockvogeltatbestand im Sinne der Expertenkommission täte eben gerade dies. Die Expertenkommission schlägt *zwei verschiedene Lockvogelvarianten* vor:

Variante 1 geht davon aus, dass dem Kunden wiederholt Angebote zu Tiefpreisen gemacht werden und dass bei diesem dadurch der falsche Eindruck, die Täuschung, entsteht, der Anbieter sei besonders leistungsfähig oder seine Konkurrenten entsprechend weniger. Dies ist der Ausgangspunkt, der dann automatisch auftritt, sobald eine Ware unter dem *geschäftsüblichen Einstandspreis* verkauft wird. Die Vermutung der Täuschung, die gesetzlich eingreift, muss vom vermeintlichen Sünder umgestossen werden, er muss sich exkulpieren. Es gelingt ihm indessen nur, wenn er nicht unter seinem *individuellen Einstandspreis* verkauft hat.

Dieser Tatbestand wirft grundsätzliche Fragen ordnungspolitischer und wirtschaftlicher Art auf. Es ist heute ein probates Mittel geworden, dem wirtschaftlich Stärkeren in Missachtung der allgemeinen Regel, dass jener eine Tatsache zu beweisen hat, der daraus ein Recht ableiten will, die Beweislast aufzubürden. Es wird diese *Umkehr der Beweislast* mit verschiedenen Argumenten begründet: Die Wirtschaft sei immer in der Rolle des Stärkeren. Der Mehraufwand einer Beweisführung sei ihr deshalb zuzumuten, entspräche gewissermassen einer sozialen Aufgabe. Nur die Wirtschaft als der wirtschaftlich Stärkere besitze einen Überblick über die Verhältnisse, womit ihr auch die Beweisführung leichter möglich sei.

Die Tendenz der Beweislastumkehr auf Kosten der Wirtschaft ist Folge eines Rechtsverständnisses, das sich nicht an Maximen des Rechts, sondern an *gesellschaftspolitischen Zielen* orientiert. Es ist dabei wenig erstaunlich, dass mit System und weltweit vorgegangen wird. Speziell ausgesetzt sind diesem Bestreben das Haftpflichtrecht – man denke an die Produktehaftung –, aber auch das Kartellrecht, gerade in den Vereinigten Staaten. Was vordergründig als blosse «Prozesslastumlenkung» – inklusive Kosten – auf die Seite der Wirtschaft erscheinen mag, erweist sich bei näherer Betrachtung als umfassende und in ein Gesamtsystem passende Einmischungs- und Verketzerungsstrategie.

Das UWG ist dazu ein idealer Nährboden. Die Beweislastumkehr ist nicht allein als solche unakzeptabel. Die *gesetzliche Vermutung der Täuschung* stellt nichts anderes als eine *Verunglimpfung der Wirtschaft* dar. Wird eine Ware unter dem geschäftsüblichen Einstandspreis – dem Listenpreis? – verkauft, greift sofort die Vermutung ein, der Verkäufer täusche, ungeachtet der tatsächlichen Verhältnisse. Damit ist die Schwelle zur Ver-

mutung auf Täuschung viel zu niedrig angesetzt, der Sachverhalt, auf den sich die Vermutung stützt, ungenügend und vermag die schwerwiegende Rechtsfolge niemals zu tragen. Der Begriff des «geschäftsüblichen Einstandspreises», das Hauptkriterium dieses Lockvogeltatbestandes, ist als solcher nicht definierbar. Ist es ein «üblicher» Preis? Ist es ein unter gleich starken Partnern ausgehandelter Preis, alle die tausend Komponenten berücksichtigend, die sich schlussendlich in der Preissumme ausdrücken? Hat man an die Frage der variablen Listen gedacht? Unter dem Gesichtspunkt der deutlichen Kriminalisierung unlauterer Wettbewerbshandlungen, wie sie der Entwurf vorsieht, ist die Täuschungsvermutung um so stossender. Die verlangte Exkulpation wird nicht ohne weitgehende *Aufdeckung der Kalkulationsgrundlagen* gelingen. Diese Offenlegung kann nicht nur ein Produkt, sondern eine ganze Produktegruppe erfassen, sich über ein gesamtes Sortiment erstrecken, zumal, wie später darzulegen sein wird, auch die Mischkalkulation den Lockvogeltatbestand nicht unbepickt übersteht. Ohne Zweifel wird eine Offenlegung auch den Handelspartner des Beklagten erfassen, der die Ware zum lockvogelverdächtigen Preis geliefert hat. Anders ist eine Exkulpation nicht möglich.

Die *zweite Variante des Lockvogels* kennt keine Umkehr der Beweislast. Sie gründet den Tatbestand auf folgende Merkmale:

- Waren oder Dienstleistungen werden mit Verlust verkauft. Verlust bedeutet, dass der effektive Verkaufspreis unter dem Einstandspreis «zuzüglich eines minimalen Vertriebskostenanteils (5 %) liegt».
- Dieses Verkaufen mit Verlust muss «systematisch», einer entsprechenden Geschäftsphilosophie folgend, geschehen.
- Die Waren, die so verkauft werden, müssen in der Werbung besonders hervorgehoben werden.
- Beim Verbraucher muss damit der Eindruck besonderer Leistungsfähigkeit auf dem Gesamtsortiment erweckt werden.

Dieser Tatbestand ist tendenziell besser, erfasst aber nicht alle Gesichtspunkte. Als Beispiele seien erwähnt:

- Sind regelmässige «Aktionen» – auch sie gehören zu einer Geschäftsphilosophie –, entsprechend angekündigt, Lockvögel? Wo lässt sich eine allfällige Abgrenzung festlegen?
- Das Kriterium, ob eine Lockvogelware in ausreichender Menge vorhanden ist, wird vernachlässigt.
- Welche Vorstellungen verbindet der Verbraucher mit einem bestimmten Angebot? Kennt er das System der Lockvögel (im Sinne des Entwurfes verstanden), ist damit eine Täuschung gar nicht möglich, da sie am untauglichen Objekt abprallt?

- Ist die Lockvogelsituation – insbesondere die verlangte Täuschung – bei einem Markenartikel, mit dem der Verbraucher eine gewisse Preisvorstellung verbindet, anders als bei einem Nicht-Markenartikel?
- Wenn Art und Charakter der Werbung eindeutig die Einmaligkeit des spezifischen Angebots dartun, die Täuschung in bezug auf das Gesamtsortiment also wegfällt, ist der Lockvogeltatbestand gegeben, auch wenn ein solches Verhalten wiederholt und systematisch erfolgt? Wie ist eine Unterscheidung möglich?
- Liegt bei einem Markenartikel die Unlauterkeit (auch) darin, dass der gute Ruf der Marke durch den Billigpreis geschädigt wird, dass die Werbung auf der Marke – eine Leistung der vorgelagerten Wirtschaftsstufe – quasi missbraucht wird?

Auf alle diese wesentlichen Fragen gibt der empfohlene Tatbestand keine Antwort. Das gewählte alleinige Kriterium des Preises verunmöglicht dies.

Der «Preis-Lockvogel» wirft eine weitere Frage auf: die der *Mischkalkulation.*

Im Expertenbericht wird festgestellt, der Lockvogel diene «werbepolitischen» Zwecken und sei keine «preispolitisch motivierte Preissenkung». Die Mischkalkulation, «ein berechtigtes Anliegen des Handels, ist kein Tatbestand, der durch diese Variante erfasst werden soll, ebensowenig der Verkauf leicht verderblicher Waren oder demodierter Artikel zu Tiefstpreisen».

In der Tat ist das Abstossen alter Warenlager kein Thema des Lockvogels, wird aber in der Praxis ständiger Lockvogelverdächtigungen ausgesetzt sein. Unbedenklich kann eine Mischkalkulation nur noch bis zur Schwelle des «geschäftsüblichen Einstandspreises» vorgenommen werden. Der Entwurf hat es nicht fertig gebracht, eine eindeutige Abgrenzung zu schaffen. Aus dem Text geht nicht hervor, ob und in welchem Umfang Mischkalkulationen erlaubt sein sollen. Können sie ein gesamtes Waren- oder Dienstleistungssortiment erfassen, oder müssen sie sich auf eine bestimmte Warengruppe oder Ware beschränken? Darf eine Mischkalkulation folglich alle Waren, vom Schnürsenkel bis zur Banane, abdecken? Oder darf sie sich nur auf eine Ware beziehen, auf Schuhe, vom Hausschuh bis zum Kletterschuh, oder auch hier nur auf Halbschuhe? Für eine Beschränkung auf eine Warengruppe spricht eher der Text der Variante 1; die Freigabe des gesamten Warensortimentes für Mischkalkulationen könnte eventuell aus Variante 2 abgelesen werden, indem hier von «Waren und Dienstleistungen», nicht aber von «bestimmten» Waren und Dienstleistungen gesprochen wird.

Mischkalkulationen gehören zum selbstverständlichen Instrumentarium

jedes Handelsunternehmens. Sie sind nur sinnvoll, wenn sie im Rahmen einer zielgerichteten Geschäftspolitik, eben «systematisch» vorgenommen werden. Gerade dieses Erfordernis des systematischen Vorgehens sieht der Entwurf auch für den Lockvogel vor. Eine Unterscheidung kann nur im Zweck der Mischkalkulation gefunden werden. Dient sie einer Täuschung des Kunden in bezug auf das Gesamtsortiment oder ist sie als richtig verstandene Mischkalkulation eben gerade Ausdruck einer vorhandenen Leistungsfähigkeit? Der Entwurf gibt nicht nur keine Antwort, sondern erschwert sie. Er erschwert sie damit, dass die Täuschung des Kunden nicht vom Anbieter aus beabsichtigt sein muss – keine richtig verstandene Mischkalkulation will täuschen –, sondern es genügt, wenn eine objektiv vorhandene Täuschung des Kunden, ob gewollt oder nicht, bejaht werden kann.

Die Mischkalkulation geht damit eine Gratwanderung zwischen Lauterkeit und Unlauterkeit, und es ist nicht vermeidbar, dass diese Gratwanderung im Felde der Marktkräfte und der politischen Strömungen beschwerlich sein wird.

Seine innere Rechtfertigung verdankt der Lockvogeltatbestand dem Umstand, dass er beim Kunden eine Täuschung zu verursachen in der Lage ist. Der Mitbewerber ist stets nur mittelbar betroffen, weil der Kunde nicht bei ihm einkauft, sondern durch den Lockvogel getäuscht, dem Konkurrenten auf den Leim geht. Der vielgerühmte «aufgeklärte Konsument», der «mündig» und in der Lage ist, die Angebote zu vergleichen, bietet dem Lockvogel keinen Angriffspunkt, bedarf keines Schutzes. Die gesetzlichen Vorschriften (Art. 20 a–c UWG, Art. 11 des BG über das Messwesen) erleichtern ihm den Vergleich. Will man ihm die Fähigkeit zum Vergleich aberkennen, bedürfte er logischerweise auch in andern Bereichen des Schutzes. Nicht alle Lockvogelfänger werden sich wohl mit dieser unausweichlichen Konsequenz abfinden können.

Nachfragemacht

Die Variante 2 des Lockvogeltatbestandes ist nach dem Expertenbericht und den Initianten dieser Bestimmungen «untrennbar» verknüpft mit einem *Diskriminierungsverbot.*

Stein des Anstosses und damit Grund des Diskriminierungsverbotes sind die Grossverteiler und Discounter, die zufolge ihrer Potenz oft günstigere Ankaufspreise erlangen und sich so bessere Startrampen für Lockvögel schaffen.

Dies zu verhindern, ist der ureigentliche Zweck des Diskriminierungs-

oder Nachfragemachttatbestandes. Der Nachfragemachttatbestand soll der Detailhandelsstufe – mit Ausnahme der Grossverteiler und Discounter, gegen die die Bestimmung gerichtet ist – eine Milderung im Preiskampf bringen, mag aber für die Markenartikelindustrie auch einen gewissen Ersatz für verlorengegangene Preisbindung zweiter Hand darstellen und dem Detailhandel Hoffnung auf Margenschutz bedeuten.

Der Expertenbericht spricht abwechselnd von Nachfragemachttatbestand und *Diskriminierungsverbot*. Die verschiedene Terminologie ist belanglos. *Tatsächlich wohnen der Bestimmung schlussendlich vielleicht die weitestreichenden Folgen aller Artikel des Entwurfes inne.*

Im Wettbewerb ist alles erlaubt, ausser dem Würgegriff und dem Tiefschlag. Das Kartellgesetz verbietet den Würgegriff der Marktmacht, das UWG den rosstäuscherkniffigen Tiefschlag. Das *Kartellgesetz* richtet sich gegen die missbräuchliche Anwendung von Marktmacht, gegen die Behinderung durch Marktmacht, Behinderung kraft einer Monopolstellung auf Anbieter- oder Nachfragerseite, und will dadurch die Freiheit des Wettbewerbes gewährleisten und aufrechterhalten. Das *UWG* will missbräuchliche Mittel – neu missbräuchliches «Verhalten» –, zum Beispiel falsche Angaben, Selbstberühmung, Dumping usw., vermeiden, mit andern Worten einen missbäuchlichen Gebrauch der Wettbewerbsfreiheit verhindern. Das Kartellgesetz und das UWG haben damit völlig *verschiedene Zielrichtungen*. Die Funktion des Wettbewerbs ist Gegenstand des Kartellgesetzes, die Mittel des Wettbewerbs kontrolliert das UWG.

Diskriminierung ist ein Ausfluss der Marktmacht. Diskriminieren kann nur, wer Marktmacht hat. Der Expertenbericht stellt dies ebenfalls fest, nachdem die Diskriminierungsbestimmung mit «Nachfragemacht» überschrieben und auch gegen diese gerichtet ist. Dadurch soll ein eindeutiger Kartell-Tatbestand Eingang in das UWG finden, der hier nichts zu suchen hat.

Einsatz von Marktmacht ist nicht unlauter, braucht als solcher nicht missbräuchlich zu sein. So kann der Einsatz von Preisdiskriminierungen und unterschiedlichen Lieferbedingungen nicht von vorneherein als missbräuchlich bezeichnet werden. Im Gegenteil ist die Preisfreiheit einer der massgeblichen Ausflüsse der Handels- und Gewerbefreiheit überhaupt. Es kann ohne weiteres Tatbestände geben, unter denen Diskriminierungen im weitesten Sinne (Eintrittsgelder, Regalmieten, Werbekostenzuschüsse, Merchandising und gewährte Spezialpreise) nicht missbräuchlich, sondern wirtschaftlich gerechtfertigt sein mögen. Meistens aber sind sie Zeichen einer gewissen Marktmacht, die der Diskriminierende ausübt. Damit kann die Diskriminierung nicht Gegenstand des UWG sein. Wenn Marktmacht in missbräuchlicher und nicht wettbewerbskonformer Weise zum Nachteil

anderer Wettbewerbsteilnehmer ausgeübt wird, schreitet allein das Kartellgesetz ein.

Die Expertenkommission hat recht abenteuerliche Wege beschritten, um dieses kartellrechtliche Kuckucksei ins Nest des UWG zu legen. Kartellgesetz und UWG seien kumulativ anwendbar, wenn der tiefe «Einkaufspreis das Ergebnis missbräuchlichen Einsatzes von Nachfragemacht» sei.

Richtig daran ist, dass der missbräuchliche Einsatz von Nachfragemacht einen eindeutigen kartellrechtlichen Tatbestand darstellt. Die Begründung des Entwurfes aber, weshalb Kartellgesetz und UWG kumulativ anwendbar seien – damit wird schlussendlich das Vorhandensein des Nachfragemachttatbestandes im Entwurf gerechtfertigt – lautet folgendermassen: «Nach der Generalklausel im UWG sind nämlich Preisunterbietungen auf Grund von Rechtsbruch unlauter.» Nachdem bei missbräuchlichem Einsatz von Nachfragemacht das Kartellgesetz – als klares Recht – verletzt werde, sei deshalb das UWG ebenfalls verletzt und damit kumulativ anwendbar.

Diese Begründung widerspricht sich selbst. Sie bejaht die Anwendung des Kartellgesetzes, stützt aber die Anwendung des UWG auf den identischen Sachverhalt, auf die Verletzung des Kartellgesetzes, auf missbräuchliche Anwendung von Marktmacht. Eine kumulative Anwendung des UWG und des Kartellgesetzes ist nicht möglich, weil sie gänzlich verschiedene Sachverhalte mit grundsätzlich andern Merkmalen erfassen. So sind das Kartellgesetz und das UWG nicht kumulativ anwendbar, wenn der missbräuchliche Einsatz der Nachfragemacht «mit unlauteren Mitteln ausgeübt wird (zum Beispiel durch psychischen Zwang mittels Drohung)». Hier ist nicht die Marktmacht, sondern die Drohung mit irgendwelchen Nachteilen, die Erpressung, das allein massgebliche Instrument, um den Partner zu günstigen Konditionen zu veranlassen. Wird mit einer Drohung als unlauterem Mittel gearbeitet, schreitet das UWG ein. Der Sachverhalt fällt nicht unter das Kartellgesetz, weil die Marktmacht bedeutungslos ist. Jeder Abnehmer darf aber dem Anbieter seine Vorstellung über die Konditionen in ultimativer Form und unter Pochen auf seine Marktmacht kundtun. Das Demonstrieren der Marktmacht ist nie im Sinne des Gesetzes unlauter, sondern widerspiegelt die Marktsituation. Auf welche Weise die Marktmacht ausgeübt wird, ist bedeutungslos, ob sanft oder grob. Ist jedoch dieser Einsatz der Marktmacht missbräuchlich, ergibt sich ein kartellrechtlicher Tatbestand.

Wohl kann beides in demselben Sachverhaltskomplex vorkommen:

Marktmacht wird mit betrügerischen Mitteln errichtet, durch ein unlauteres, gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten. Hier ist ein lauterkeitsrechtlicher Sachverhalt gegeben. Wenn sodann diese Markt-

macht missbräuchlich eingesetzt wird, indem ein Dritter im Wettbewerb behindert wird, liegt ein kartellrechtlicher Tatbestand vor. Dort Schutz der Lauterkeit, hier Schutz der Freiheit. Die Tatbestandsmerkmale sind grundverschieden.

Der Expertenbericht erblickt sodann eine «Grauzone» und eine Gesetzeslücke zwischen Kartellgesetz und UWG, wenn «ein nichtmarktmächtiger Nachfrager unzumutbare Vorzugspreise oder bevorzugende Geschäftsbedingungen fordert und damit Erfolg hat»: Marktmacht fehlt, das Kartellgesetz ist nicht anwendbar. Ein Lockvogel ist auch nicht gegeben, weil ein tieferer Einstandspreis effektiv erreicht wurde. Trotzdem wird hier eine «Grauzone» gesehen, weil der bessere Kaufmann seinen harmloseren Partner übertroffen hat und damit auch seinen Mitbewerbern überlegen ist. Dabei ist diese «Grauzone» genau jener Raum, in welchem sich der Wettbewerb, bei dem der Bessere gewinnen soll, abspielt! Die «Lücke» füllen hiesse, den Besseren bestrafen und den Wettbewerb unterbinden.

Die Schlussfolgerung, wer besondere Vorteile erlange, müsse folglich Marktmacht haben, ist wirklichkeitsfremd und unhaltbar. Dass auch ohne Marktmacht gute Bedingungen ausgehandelt werden können, wird im Expertenbericht negiert, «weil, so schliesst er messerscharf, nicht sein kann, was nicht sein darf [5]».

Die Nachfragemacht, das Diskriminierungsverbot, gehört nicht in den Lauterkeitsschutz, ist *kein lauterkeitsrechtlicher Tatbestand.* Die Vermengung Kartellgesetz/Lauterkeitsschutz ist aber offensichtlich vom Bestreben getragen, schlussendlich den Wettbewerb mit einer umfassenden Wettbewerbsgesetzgebung zu fesseln. In diese Vermengung werden eindeutige Hoffnungen gesetzt. Nicht mehr stellt man auf die «Lauterkeit» eines Marktverhaltens ab, sondern auf seine Auswirkungen auf den Markt: Struktur- und Gesellschaftspolitik. Der Nachfragemachttatbestand im Lauterkeitsschutz ist ein erster Schritt hin zu einer Wettbewerbsgesetzgebung, zu einer umfassenden Wettbewerbsordnung hin, zum oft erwähnten Marktgesetz. Sie stellt eine eindeutige, *vom Lauterkeitsschutz inhaltlich losgelöste Wettbewerbsregel, eine Verhaltensregel,* dar: der Anfang vom Ende der Wettbewerbsfreiheit.

Die Regelung der Nachfragemacht im UWG stellt das Kartellgesetz in weiten Bereichen kalt. Nachfragemacht wird gestützt auf eine kostenmässig nicht begründbare – ausgehandelte – Preisdifferenz von vornherein angenommen. Der UWG-Tatbestand verlangt keinen Nachweis der Marktmacht, und eine Rechtfertigung des Beklagten ist nicht vorgesehen. Es ist um so erstaunlicher festzustellen, dass der Revisionsentwurf des Kartellgesetzes die Nachfragemacht gesondert erfasst (Art. 6 Abs. 2 lit. b des Entwurfes der Kartellkommission).

Nachfragemacht und Angebotsmacht sind derselben Idee entsprungen, sind rechtsdogmatisch siamesische Zwillinge. Beide haben sie zum Gegenstand die missbräuchliche Anwendung von Marktmacht, einmal auf Anbieter-, einmal auf Bezügerseite. Durch den Diskriminierungstatbestand wird der eine Zwilling «Nachfragemacht» rechtlich vollkommen anders erfasst, dem Kartellgesetz entrissen. Der Gedanke liegt nahe, auch die Diskriminierung auf Anbieterseite als Tatbestand unlauteren Handelns zu erfassen, im UWG, ohne dass Marktmacht nachgewiesen zu sein brauchte, nur gestützt auf kostenmässig nicht begründbare, ausgehandelte Preisunterschiede, und ohne Rechtfertigungsmöglichkeit. Es wäre in der Tat schwierig, rechtsdogmatisch dagegen Einwände zu finden. Die Frage der Kartellmissbrauchs- oder Kartellverbotsgesetzgebung könnte alsdann auf der harmlosen Ebene des «wissenschaftlichen Interesses» weiterdiskutiert werden. Den praktischen Entscheid hätte das UWG längst vorweggenommen.

Die unerwünschten Wirkungen der Nachfragemacht sind bekannt. Sie treffen nicht nur den Detailhandel, sondern auch den Fabrikanten, die Industrie. Die vorgeschlagene Lösung schadete aber in grundsätzlicher Hinsicht ungleich mehr, als dass sie nützte. *Ordnungspolitisch unverantwortbare Strukturpolitik, Aufgabe der Vertragsfreiheit zugunsten des Kontrahierungszwanges, Wegbereiter für ein umfassendes Wettbewerbsgesetz, Hemmschuh des Wettbewerbes:* das alles bedeutet die Diskriminierungsregel im Entwurf. Die verfassungsrechtliche Problematik ist dabei unerwähnt geblieben.

Preisbekanntgabepflicht

Der Nachfragemachttatbestand wäre weitgehend wirkungslos, wenn er nicht durch ein *Preisbespitzelungssystem* ergänzt würde.

Der Entwurf sieht vor, dass die Lieferanten allen Grossisten und Detailhändlern die geschäftsüblichen Preise und Konditionen bekanntgeben müssen, damit diese im horizontalen Verhältnis Aufsicht ausüben und Fälle von Nachfragemacht offenlegen können, nämlich dort, wo einer der ihren lockvogelverdächtig und folglich eventuell billiger beliefert worden ist.

Die Preisbekanntgabepflicht soll auch im konzerninternen Verhältnis eingeführt werden. So wären die Preise für Waren, die ausschliesslich konzerneigenen Verkaufsstellen zum Absatz angeboten werden, den übrigen konzernfremden Grossisten und Detailhändlern bekanntzugeben. Der Zweck dieser Bestimmung ist klar: Lockvögel sollen auch im konzerninternen Verhältnis gejagt werden können.

Was vordergründig gegen gewisse vertikal integrierte Grossverteiler gerichtet ist, erweist sich bei näherer Betrachtung von einer weit grösseren Tragweite. Die Bestimmung stellt einen *Angriff auf den Grundsatz der wirtschaftlichen Einheit der Konzerne* dar, Angriffe, die sich von der nationalen Ebene bis hinein in den Nord-Süd-Konflikt erstrecken und deren Wurzeln allesamt letztlich in gesellschaftspolitisch divergierenden Vorstellungen gründen.

Dem Gedanken des Einblickes, der Einmischung in konzerninterne Verhältnisse, steht die Maxime «divide et impera» zu Gevatter, der Aufspaltung und Teilung der Konzerne mit dem Ziele einer ständig zunehmenden Einmischung von aussen. Der Preisbekanntgabepflicht wohnt damit eine eminent gesellschaftspolitische Bedeutung inne, die im Hinblick auf das Ziel einer umfassenden Wirtschaftgesetzgebung, wie sie manchen Leuten vorschwebt, um so schwerer wiegt.

Klagerecht

Ein Klagerecht nach dem UWG soll erhalten, «wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder seinem beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen *geschädigt oder gefährdet* ist».

Diese Ansprüche stehen auch den Kunden zu. Daneben sind klageberechtigt wie bis anhin die *Berufs- und Wirtschaftsverbände* und neu die *Konsumentenorganisationen* von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung.

Das Element der Gefährdung wurde dabei eingefügt, damit der Kläger nicht mehr einen Schaden zu beweisen hat. Wie fragwürdig die Bestimmung ist, offenbart sich bei der Frage, wann ein potentieller Kunde in seinen wirtschaftlichen Interessen überhaupt jemals gefährdet sein kann!

Klageberechtigt ist neu auch der Bund. Er kann klagen, soweit das öffentliche Interesse an der Gewährleistung des lauteren Wettbewerbes dies erfordert. Der zweifellos interventionistische Charakter dieser Bestimmung entspricht dem Ziel einer totalen gesetzlichen Wettbewerbsregelung.

Die Klageberechtigung wird in *zwei Varianten* vorgeschlagen. Beiden Varianten ist gemeinsam, dass der Bund nur klagen kann, wenn der betreffende Sachverhalt einen ganzen Wirtschaftszweig betrifft und demnach von einem gewissen öffentlichen Interesse getragen ist. Beide Varianten verweisen den Bund auf den Zivilklageweg. Selbständige Anordnungen im Sinne von verwaltungsrechtlichen Verfügungen sind ausgeschlossen.

Der Unterschied der Varianten liegt im Anstoss zur Klage. Nach der

einen, interventionistischeren Variante kann der Bund von sich aus Abklärungen über das Vorhandensein unlauteren Wettbewerbes vornehmen und bejahendenfalls selbständig klagen. Von den Vertretern dieser Lösung wird der Staat in der Schiedsrichterrolle als eigentlicher Wettbewerbspolizist eingesetzt.

Die andere Variante versucht mühsam, den Interventionismus zu kaschieren, indem der Bund nur tätig werden darf, falls ihm ein Sachverhalt angeblich unlauteren Wettbewerbs «gemeldet» wird.

Der Unterschied ist in den praktischen Auswirkungen eher kosmetischer Art. Eine Meldung ist, falls der Staat eingreifen will, immer und leicht zu konstruieren. Beide Varianten sind damit weitgehend äquivalent.

Die Bundesklage ist folgenschwer. Sie stellt einen Einbruch dar in das Prinzip der Selbstregulierung, der zivilistischen Aufrechterhaltung der Lauterkeit des Wettbewerbes. Die neu geschaffene Bundesinstanz dürfte in naher Zukunft als Wettbewerbsamt nicht nur selbständig Untersuchungen anstellen, sondern von den in manchen UWG-Prozessen überforderten Zivilrichtern als Experte zugezogen werden. Der Staat ist – neben den privaten Wettbewerbsteilnehmern – als Ordnungsmacht auf das Trittbrett des Lauterkeitsschutzes aufgesprungen. Wie lange wird er sich mit dieser Statistenrolle begnügen, wann zum allmächtigen Wettbewerbsregisseur werden?

Schlichtungsstellen

Als neues Überwachungs- und Einigungsinstrument will der Entwurf Schlichtungsstellen einführen. Danach werden die Kantone gehalten, kantonal, regional oder gemeindeweise Schlichtungsstellen zu schaffen, die je zu einem Drittel von Produzenten, Handel und Konsumenten besetzt werden.

Das Verfahren vor den Schlichtungsstellen soll für die Parteien eine «angemessene Lösung» herbeiführen. Es soll, sofern nicht darauf verzichtet wird, vor jedem ordentlichen Verfahren durchgeführt werden. Damit ist die Aufgabe der Schlichtungsstellen erfüllt. Immerhin ist zu erwähnen, dass ihnen nicht immer dieser Aufgabenbereich und diese Stellung zukommen sollte, sondern ein viel weiterer: sie hätten das vor jedem ordentlichen Gerichtsverfahren durchzuführende Sühneverfahren ersetzen sollen und wären damit in eine Art Richterrolle gerückt. Beispielsweise hätten sie – im Sühneverfahren unerlässlich – Vergleiche genehmigen und sie damit zu gerichtlichen machen können, was verfassungsrechtlich undenkbar ist. Diese Richterrolle hätte zudem eine gute Ausgangslage dar-

gestellt, um die Schlichtungsstellen zu einer Art Wettbewerbskommission emporzumausern. Der Staatsintervention wäre damit unzweifelhaft die Basis verstärkt worden.

Der Entwurf besitzt einen ausführlichen *Strafenkatalog*. Durch die strengen Strafen werden die unlauteren Wettbewerbshandlungen recht eigentlich kriminalisiert. Diese Tendenz ist um so bedenklicher, vergegenwärtigt man sich die in den kritischen Punkten vage Terminologie und Tatbestandsumschreibung im Entwurf.

Zum Abschluss

Die Revision des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb hätte nicht sein müssen. Eine mutigere Anwendung der Generalklausel durch unsere Gerichte hätte manche Sachverhalte, die Anlass zur Revision gaben, schon heute erfassen können.

Einige Kreise der Wirtschaft erwarten von der Revision die Regelung marktwirtschaftlich problematischer Wettbewerbsverhalten; von anderer Seite zielt man auf verstärkte Konsumentenpolitik und Staatsinterventionismus hin. Im Zuge dieser Bestrebungen, die sich teilweise in parallelen, teilweise in divergierenden Ansichten niederschlagen, wurde die Revision zu einer Totalrevision. Das Resultat ist aus der Sicht der Aufrechterhaltung einer freien Marktwirtschaft in wesentlichen Bereichen nicht annehmbar.

[1] Wilhelm Röpke: Die Lehre von der Wirtschaft, Zürich 1968, S. 15. – [2] Gerhard Winterberger, Politik und Wirtschaft, Stämpfli & Cie. AG, Bern 1980, S. 157. – [3] Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb vom 3. 11. 1942, im Bundesblatt 1942, S. 677 (Botschaft zum UWG). – [4] Botschaft zum UWG, S. 689. – [5] Christian Morgenstern, Galgenlieder.