

## Aufgabe 2 (Gewichtung: 40%)

Zur Gewährleistung der Gewichtung der Punkte zwischen den beiden Teilen Gesellschaftsrecht 60% (Punktemaximum: 58.5) und Wettbewerbsrecht 40% (Punktemaximum: 32) sind die im Teil zum Wettbewerbsrecht (Frage 2) erzielten Punkte mit dem Faktor 1.21875 zu multiplizieren.

### Prüfungslaufnummer:

	Punkte maximal	Punkte erreicht
<b>Vorbemerkung</b>		
<p>Die Fallfrage lautet, ob die beiden Strategien der X-AG mit KG und UWG vereinbar sind. Es stellt sich deshalb nicht die Frage des behördlichen Vorgehens oder zivilrechtlicher Ansprüche. Es ist einzig die materiellrechtliche Frage der Kartellrechts- und Lauterkeitsrechtskompatibilität zu beantworten. Die Fallfrage enthält ausdrücklich die Information, dass auf die Rechtsfolgen, z.B. Fragen der Sanktionierbarkeit nicht einzugehen ist.</p> <p>Für den Aufbau bietet es sich an, zunächst auf die Vereinbarkeit mit dem KG und sodann auf die Vereinbarkeit mit dem UWG einzugehen.</p>		
<b>I. Kartellgesetz</b>		
<b>1. Geltungs- und Anwendungsbereich des KG</b>		
<b>Art. 2 KG</b>		
<p><b>Sachlicher Geltungsbereich:</b> Geht es hier um Wettbewerbsabreden, Ausübung von Marktmacht oder Unternehmenszusammenschlüsse (<b>Art. 2 Abs. 1 KG</b>)? Die dritte Möglichkeit scheidet von vornherein aus. Es geht auch nicht um Wettbewerbsbeschränkungen in Verträgen, also um Wettbewerbsabreden. Einschlägig ist vielmehr die 2. Säule des Kartellrechts, nämlich die "Ausübung von Marktmacht", da es hier um einseitiges Verhalten der X-AG geht.</p>	1	
<p><b>Persönlicher Geltungsbereich:</b> Unternehmensqualität. Definition in <b>Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG</b>. Die X-AG ist zweifellos ein Unternehmen im</p>		

kartellrechtlichen Sinn, da sie Güter, nämlich Smartwatches im Wirtschaftsprozess anbietet.	1	
<b>Geographischer Geltungsbereich:</b> Auswirkungsprinzip in <b>Art. 2 Abs. 2 KG</b> . Gemäss dem 2. Bearbeitungshinweis spielt der Fall in der Schweiz. Es sind also Auswirkungen in der Schweiz zu verzeichnen, so dass der geographische Geltungsbereich des KG eröffnet ist.	0,5	
<b>Art. 3 KG</b>		
<b>Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften</b> (Anwendungsbereich des KG): <b>Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 KG</b> sind hier offenbar nicht relevant. Der Sachverhalt erwähnt allerdings, dass die X-AG zahlreiche einschlägige Patente hält, so dass <b>Art. 3 Abs. 2 KG</b> zu prüfen ist. Der Anwendungsbereich des KG wäre nicht eröffnet, wenn sich die Wettbewerbswirkungen "ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum" ergeben. Die beiden einschlägigen Strategien, nämlich die Niedrigpreisstrategie und die Internetkampagne haben allerdings keinerlei Bezug zu den Patentrechten der X-AG. Die Wettbewerbswirkungen ergeben sich also nicht ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum. Der Anwendungsbereich des KG ist somit eröffnet.	0,5	

<b>2. Art. 7 KG: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung</b>		
<b>a. Marktbeherrschung</b> Ausgangspunkt ist die Definition in <b>Art. 4 Abs. 2 KG</b> .	1	
<b>aa) Definition des relevanten Marktes</b> Zu beginnen ist mit der Definition des <b>sachlich relevanten Marktes</b> . Analog Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU umfasst der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als <b>substituierbar</b> angesehen werden.	1	
Im vorliegenden Fall geht es um Smartwatches. Gibt es einen eigenen sachlich relevanten Markt für Smartwatches? Oder sind Smartwatches Teil eines grösseren Produktmarktes, der z.B. Smartphones oder (elektronische) Uhren umfasst (beide im		

<p>Sachverhalt erwähnt)? Konsequenterweise ist die Frage zu stellen, ob Smartwatches von der Marktgegenseite als austauschbar mit (elektronischen) Uhren oder Smartphones angesehen werden. Man könnte für diese Frage beispielsweise den SSNIP-Test verwenden, also das Ausweichverhalten der Abnehmer im Fall einer Preiserhöhung von 5-10 Prozent untersuchen. Der Sachverhalt enthält hierzu allerdings keine Angaben. Deshalb sind allgemeine Überlegungen anzustellen: Wer sich für eine Smartwatch interessiert, ist gerade an den Computer- und Internetfunktionen sowie an der Interaktion mit einem Smartphone interessiert. Normale (elektronische) Uhren können dieses Bedürfnis nicht befriedigen. Es liegen also unterschiedliche Produktmärkte vor. Aber auch die Smartphones gehören zu einem anderen sachlich relevanten Markt: Eine Smartwatch dient ja gerade dazu, Informationen mit einem schnellen Blick wahrzunehmen, ohne das Smartphone in die Hand zu nehmen. Der sachlich relevante Markt beschränkt sich also auf Smartphones.</p> <p>(Anderes Ergebnis mit entsprechender Begründung vertretbar. Da dann aber die Existenz einer marktbeherrschenden Stellung zu verneinen sein wird, ist ein Hilfgutachten für das Tatbestandsmerkmal "Missbrauch" erforderlich.)</p> <p>In <b>geographischer</b> Hinsicht (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU analog) ist von einem nationalen, also schweizweiten Markt auszugehen. (Hierfür gibt es keine Punkte, da der räumliche Markt durch den 2. Bearbeitungshinweis vorgegeben ist.)</p>	2	
<p><b>bb) Beherrschung des relevanten Marktes</b>  Nach <b>Art. 4 Abs. 2 KG</b> ist die Fähigkeit zu unabhängigem Verhalten entscheidend. Beurteilungskriterien sind <i>Marktstruktur</i>, <i>Unternehmensstruktur</i>, die <i>Stellung der Marktgegenseite</i> und, allerdings streitig, das <i>Marktverhalten</i>.</p> <p><i>Marktstruktur</i></p>	1	

<p>Der <i>absolute Marktanteil</i> der X-AG liegt bei 70 Prozent. Dies liegt deutlich über dem Wert von 40 oder 50 Prozent, der häufig als Indiz für Marktbeherrschung genannt wird. Dies spricht also für Marktbeherrschung.</p>	2	
<p>Der <i>relative Marktanteil</i> beschreibt den Abstand zu den nächsten Konkurrenten. Der nächstgrössere Konkurrent ist die Z-AG mit einem Marktanteil von 15 Prozent. Die X-AG ist also fast fünfmal so gross wie die Z-AG. Die folgenden Wettbewerber haben Marktanteile lediglich im einstelligen Prozentbereich. Der relative Marktanteil spricht also ebenfalls für Marktbeherrschung der X-AG.</p>	2	
<p><i>Potentieller Wettbewerb:</i> Hier geht es um die Existenz von Marktzutrittsschranken. Laut Sachverhalt fällt es aktuellen und potentiellen Konkurrenten auch deshalb schwer, Erfolg auf dem Markt für Smartwatches zu haben, weil eine anspruchsvolle Technologie und Zugang zu Patenten erforderlich ist. Dies lässt sich als hohe Marktzutrittsschranken, also ebenfalls als Argument für Marktbeherrschung der X-AG deuten.</p>	1	
<p><i>Unternehmensstruktur:</i> Laut Sachverhalt verfügt die X-AG über grosse Finanzkraft, was als weiteres Argument für Marktbeherrschung herangezogen werden kann.</p>	1	
<p><i>Stellung der Marktgegenseite:</i> Hierzu enthält der Sachverhalt keine Angaben.</p>		
<p><i>Marktverhalten (in der Vergangenheit):</i> Der Sachverhalt enthält hierzu keine Angaben.</p>		
<p><b>cc) Ergebnis</b></p>		
<p>Aufgrund der genannten Faktoren hat die X-AG die Fähigkeit zu unabhängigem Verhalten und ist somit im Besitz einer marktbeherrschenden Stellung i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG.</p>		
<p>(Anderes Ergebnis angesichts der deutlichen Indizien für die Stärke der X-AG wohl nur dann begründbar, wenn der relevante sachliche Markt nicht auf Smartwatches beschränkt wurde. Dann ist allerdings ein Hilfsgutachten für das folgende Tatbestandsmerkmal "Missbrauch" erforderlich.)</p>		

<p><b>b. Missbrauch</b> Eine allgemeine Definition des Missbrauchsbegriffs fällt schwer. Man behilft sich mit der Unterteilung in zwei Fallgruppen, nämlich Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauch. Worum geht es hier? Die X-AG möchte ihre Konkurrenten "klein halten". Es geht also um Behinderungsmissbrauch.</p>	1	
<p><i>1. Niedrigpreisstrategie</i></p> <p>Denkbar ist ein Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 lit. d KG (Kampfpreisunterbietung in Verdrängungsabsicht). Erforderlich ist eine "Unterbietung von Preisen". Es reicht hierfür nicht aus, dass man einfach nur billiger als die Konkurrenten anbietet. Es muss eine Preisstrategie vorliegen, die nicht mit grösserer Effizienz des Marktbeherrschers erklärt werden kann. Werden die Produkte beispielsweise unter den variablen Kosten angeboten, so kann man von einer Verdrängungsstrategie ausgehen: Da auf diesem Weg Verluste angehäuft werden, ist keine leistungsorientierte Gewinnerzielungsstrategie erkennbar.</p> <p>Laut Sachverhalt verkauft die X-AG eine Smartwatch zum Preis von 55 CHF, obwohl sie hierfür variable Kosten von 60 CHF/Stück aufwenden muss. Mit jedem Verkauf tätigt sie also einen Verlust. Die Gemeinkosten sind hierbei noch gar nicht berücksichtigt. Das Verhalten der X-AG ist somit als unzulässige Kampfpreisstrategie i.S. von Art. 7 Abs. 2 lit. d KG zu werten.</p>	2	
<p><i>2. Internetkampagne</i></p> <p>Hierfür ist kein Beispielstatbestand in Art. 7 Abs. 2 KG einschlägig (ausser man legte lit. e sehr weit aus). Liegt ein allgemeiner Behinderungsmissbrauch i.S. von Art. 7 Abs. 1 KG vor?</p> <p>Dies wird man wohl verneinen müssen, da der Einsatz der Cyber-Söldner nicht auf einem typischen Einsatz der marktbeherrschenden Stellung beruht. Das Gegenteil ist mit entsprechender Begründung aber gut vertretbar.</p>	1	

<b>3. Ergebnis</b> <b>Die Niedrigpreisstrategie der X-AG verstösst gegen Art. 7 Abs. 2 lit. d KG. Sie ist also nicht mit dem Kartellgesetz vereinbar. Die Internetkampagne ist hingegen kartellrechtlich nicht einschlägig.</b>		
--	--	--

<b>II. UWG</b>		
<b>1. Geltungs- und Anwendungsbereich des UWG</b>		
Unlauterer Wettbewerb kann nur dann vorliegen, wenn Geltungs- und Anwendungsbereich des UWG eröffnet sind.		
<b>Sachlicher Geltungsbereich:</b> Es muss eine <i>Wettbewerbshandlung</i> vorliegen, also ein Verhalten, das dazu geeignet ist, das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern zu beeinflussen (vgl. Art. 2, 2. HS UWG). Die beiden Strategien der X-AG sind geeignet, den eigenen Erfolg zu vergrössern und den Erfolg der Konkurrenten zu schmälern. Der sachliche Geltungsbereich des UWG ist also eröffnet.	0,5	
<b>Persönlicher Geltungsbereich:</b> Im UWG denkbar weit. Ein Wettbewerbsverhältnis ist nicht erforderlich. Hier liegt es sogar vor.	0,5	
<b>Geographischer Geltungsbereich:</b> Marktortprinzip in Art. 136 IPRG. Laut Bearbeitungshinweis 2 spielt der Fall in der Schweiz. Der geographische Geltungsbereich ist also eröffnet.	0,5	
<b>Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften</b> (Anwendungsbereich des UWG) Ein Vorrang anderer Gesetze, insbesondere des Patentgesetzes, kommt nicht in Betracht. Der Anwendungsbereich des UWG ist zweifellos eröffnet.	0,5	

<b>2. Unlauterer Wettbewerb</b>		
Es geht um zwei Geschäftsstrategien. Die Prüfung sollte dieser Zweiteilung folgen. Dabei sollte jeweils mit der Prüfung der Spezialtatbestände begonnen werden. Eine Grundschwierigkeit im UWG besteht darin, ein Gespür zu entwickeln, welche Spezialtatbestände in die engere Wahl kommen. Im Folgenden werden nur die absolut einschlägigen		

<p>Vorschriften geprüft. Es ist nicht falsch, andere Tatbestände zu prüfen. Punkte können hierfür aber nicht vergeben werden.</p>		
<p><b>a) Niedrigpreisstrategie</b></p> <p><b>aa) Art. 3 Abs. 1 lit. f UWG ("Lockvogelangebot")</b>  Einschlägig ist der Spezialtatbestand zu den "Lockvogelangeboten". Er enthält zahlreiche Tatbestandsmerkmale, insbesondere wiederholtes Angebot unter Einstandspreis und besondere Hervorhebung in der Werbung.  Hier liegt zwar ein (wiederholter) Verkauf der Smartwatches unter den variablen Kosten vor. Auch wenn der Begriff "Einstandspreis" den Anwendungsbereich der Vorschrift nicht auf den Detailhandel beschränkt, so ist lit. f nach h.M. nicht auf die Herstellerstufe anwendbar (s. <i>Wickihalder</i>, in BSK UWG, Art. 3 Abs. 1 lit. f Rn. 5). Hier geht es um niedrige Preise eines Herstellers, so dass Art. 3 Abs. 1 lit. f UWG nach h.M. im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist. Zudem enthält der Sachverhalt keine Angaben darüber, dass das Angebot in der Werbung besonders hervorgehoben wird.  Die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 lit. f UWG liegen also nicht vor.</p> <p>(Von den Bearbeitern werden keine Hintergrundinformationen zu Art. 3 Abs. 1 lit. f UWG erwartet, z.B. auch nicht die Information, dass die Vorschrift nach h.M. nicht auf die Herstellerstufe anwendbar ist. Die Punkte werden bei sauberer Prüfung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale vergeben.)</p> <p><b>bb) Art. 2 UWG</b>  Art. 3 Abs. 1 lit. f UWG ist nach der Rechtsprechung das seltene Beispiel für einen abschliessenden Tatbestand, der den Rückgriff auf die Generalklausel versperrt. Dieser Meinung muss man allerdings nicht folgen. Jedenfalls entfällt die Sperrwirkung, wenn man der h.M. folgt, welche lit. f auf die Herstellerstufe von vornherein nicht anwendet.  Was die Anwendung von Art. 2 UWG betrifft, so ist jede Meinung vertretbar. Hier geht es um die Fallgruppe "Behinderung", nicht "Kundenfang".  Man kann hier einen Lauterkeitsverstoss unter dem</p>	2	





<p>wird, z.B. dadurch, dass es als wertlos, seinen Preis nicht wert, unbrauchbar, fehler- oder schadhaft hingestellt wird. Durch die Bezeichnung als "Schrott" wird der Smartwatch der Z-AG die Brauchbarkeit abgesprochen. Eine tatbestandsmässige Anschwärzung liegt damit vor.</p> <p><b>bb) Art. 2 UWG</b> Da ein Spezialtatbestand verletzt ist, erübrigt sich die Prüfung der Generalklausel.</p>	2	
<p><b>3. Ergebnis</b> <b>Die Niedrigpreisstrategie der X-AG verstösst gegen Art. 2 UWG. Die Internetkampagne verletzt Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG. Beide Strategien sind also mit dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nicht vereinbar.</b></p>		
<p><b>Zusatzpunkte für gute Strukturierung, Subsumtion und Argumente</b> (auch für gute Erfassung und Auswertung des Sachverhalts)</p>	3	
<p><b>Gesamtpunktzahl Aufgabe 2</b> (einschliesslich der Zusatzpunkte)</p>	<b>32</b>	