

## Prüfungslaufnummer:

Frage 1 (67 %)	Punkte maximal	Punkte erreicht
----------------	----------------	-----------------

Vorbemerkung		
Die Fallfrage lautet, ob das Verhalten der Goldeneye AG mit Art. 5 KG vereinbar ist. Es stellt sich deshalb nicht die Frage des kartellbehördlichen Vorgehens oder kartellzivilrechtlicher Ansprüche. Es ist einzig die materiellrechtliche Frage der Kompatibilität mit KG 5 zu beantworten. Zu beginnen ist wie üblich mit der Prüfung des Geltungs- und Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes.		

I. Geltungs- und Anwendungsbereich des KG		
<b>Art. 2 KG</b>		
<b>Sachlicher Geltungsbereich:</b> Geht es hier um Wettbewerbsabreden, Ausübung von Marktmacht oder Unternehmenszusammenschlüsse ( <b>Art. 2 Abs. 1 KG</b> )? Die Fragestellung grenzt bereits auf Art. 5 KG ein, da es um die kartellrechtliche Bewertung von bestimmten Vertriebsverträgen geht. Es geht im Fall also um "Wettbewerbsabreden" (1. Säule).	1	
<b>Persönlicher Geltungsbereich:</b> Unternehmensqualität. Definition in <b>Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG</b> . Die Goldeneye AG verkauft Brillen, bietet also Güter im Wirtschaftsprozess an. Sie ist also zweifellos Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn.	2	
<b>Geographischer Geltungsbereich:</b> Auswirkungsprinzip in <b>Art. 2 Abs. 2 KG</b> . Nicht relevant ist, dass die Goldeneye AG ihren Sitz in der Schweiz, nämlich in Zürich hat. Es geht um Auswirkungen in der Schweiz. Diese liegen zweifellos vor, da laut Sachverhalt sogar 95 Prozent des Umsatzes im Inland erzielt wird. Der geographische Geltungsbereich des KG ist also eröffnet.	2	





<p>Besondere Angaben zu diesem Produkt werden nicht gemacht. Es gilt das Bedarfsmarktkonzept, das durch den SSNIP-Test ausgefüllt werden kann. Würden die Kunden auf andere Produkte umsteigen, wenn Brillen um 10 Prozent teurer werden, z.B. auf Kontaktlinsen? Es finden sich hierzu keine Angaben im Sachverhalt. Lebensnah ist deshalb von einem <b>sachlich relevanten Markt für Brillen</b> auszugehen, der mangels weiterer Angaben nicht in weitere Segmente zu unterteilen ist.</p>	2	
<p>Die <b>räumliche</b> Marktabgrenzung (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU analog) wird dadurch geprägt, dass jedenfalls die Goldeneye AG 95 Prozent ihrer Brillen in der Schweiz verkauft. Das "Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren nachfragt" (Art. 1 Abs. 3 lit. b VKU) ist also im Wesentlichen die Schweiz. In geographischer Hinsicht ist deshalb von einem <b>nationalen, Schweizer Markt</b> auszugehen.</p>	2	
<p><i>Aussenwettbewerb</i> Wirksamer Aussenwettbewerb liegt vor, wenn es auf dem relevanten Markt Unternehmen gibt, die nicht an der Abrede beteiligt sind, und die so viel Konkurrenz schaffen, dass der wirksame Wettbewerb nicht als beseitigt erscheint. Hierzu gehört der <i>interbrand</i>-Wettbewerb, also der Wettbewerb durch die anderen Brillenhersteller wie z.B. die Clearview AG. Diese verfügen insgesamt immerhin über einen Marktanteil von 85 Prozent. Es besteht also wirksamer Aussenwettbewerb. (Anderes Ergebnis vertretbar: eine Meinung in der Literatur lehnt für die Widerlegung der Vermutung in Art. 5 Abs. 4 KG die Heranziehung von <i>interbrand</i>-Wettbewerb ab.)</p>	2	
<p><i>Innenwettbewerb</i> Ausreichender Innenwettbewerb liegt vor, wenn die Abrede entweder nicht befolgt wird oder Wettbewerb in Bezug auf nicht-gebundene Parameter fortbesteht. Durch die Mindestpreisvorgabe ist Preiswettbewerb nach unten ausgeschlossen. Offenbar wird die</p>		

<p>Vorgabe auch respektiert. Zwar werden die preisgebundenen Händler unruhig, es ist aber nicht die Rede davon, dass sie die Preisvorgabe in der Realität nicht einhalten.</p> <p>Zu denken ist aber an die Rechtsprechung des Bundesgerichts, nach der ausreichender Innenwettbewerb trotz Preisbindung darin bestehen kann, dass ausreichender Beratungs-, Service- oder Qualitätswettbewerb existiert. Brillen sind ein kompliziertes Produkt, da viele sachliche und geschmackliche Faktoren zu berücksichtigen sind. Die Augenoptiker können sich durch gute Beratung und guten Service profilieren. Folgt man dem Bundesgericht, liegt die Annahme ausreichenden Innenwettbewerbs also nahe.</p> <p>(Die Gegenmeinung ist mit entsprechender Begründung aber ebenfalls gut vertretbar.)</p>	4	
<p><b>Zwischenergebnis</b></p> <p>Die Umstossung der Vermutung gelingt aufgrund ausreichenden Aussen- und Innenwettbewerbs.</p>		
<p><b>4. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs</b></p> <p>Die Erheblichkeit der Beeinträchtigung beurteilt sich normalerweise nach qualitativen und quantitativen Gesichtspunkten. Bei starker qualitativer Erheblichkeit sind geringere Anforderungen an die quantitative Erheblichkeit zu stellen.</p> <p>Nach der <i>Gaba</i>-Rechtsprechung des Bundesgerichts ist aber im Fall der Vermutungen in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich Erheblichkeit allein aufgrund qualitativer Kriterien anzunehmen.</p> <p>Hier liegt ein Vermutungstatbestand vor (Art. 5 Abs. 4, 1. Alt. KG), so dass die grundsätzliche Erheblichkeit greift. Man könnte sich die Frage stellen, ob eine Ausnahme vom Grundsatz der Erheblichkeit zu machen ist, z.B. wegen Bagatelldcharakters. Die Goldeneye AG hat aber auf dem relevanten Markt einen Marktanteil von 15 Prozent. Das erscheint nicht als Bagatelle. Eine andere Meinung ist mit entsprechender Begründung selbstverständlich vertretbar.</p>	<p>1</p> <p>3</p> <p>2</p>	

<p><i>Ergebnis:</i> Hier liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor.</p>		
<p><b>5. Effizienzrechtfertigung (Art. 5 Abs. 2 KG)</b>  Die Effizienzrechtfertigung hat drei Voraussetzungen, nämlich 1. Vorliegen eines der in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Rechtfertigungsgründe; 2. Notwendigkeit und 3. Keine Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung.</p> <p>Die Goldeneye-AG verweist darauf, dass die betreffende Klausel erforderlich sei, um das gute Image der Goldeneye-Brillen aufrechtzuerhalten. Wenn die Preise für Goldeneye-Brillen bei den unabhängigen Händlern beliebig sinken könnten, würde bei den Kundinnen und Kunden der Eindruck erweckt, dass es sich um Billigware handele. Von den in Art. 5 Abs. 2 lit. a KG genannten Rechtfertigungsgründen könnte man bei grosszügiger Auslegung an eine Verbesserung der Produkte denken. Es bleibt aber völlig unklar, inwieweit höhere Preise bei den unabhängigen Händlern die Produktqualität oder -wertschätzung erhöht.</p> <p>Auch bestehen Zweifel in Bezug auf die <i>Notwendigkeit</i> der Preisbindung zur Erreichung des angestrebten Ziels. Die Einrichtung eines selektiven Vertriebssystems wäre im Vergleich zu einer vertikalen Preisbindung ein milderer Mittel und würde das Ziel, nämlich Aufrechterhaltung des hochwertigen Image der Goldeneye-Brillen mindestens genauso gut erreichen. Es fehlt also bereits an der ersten, in jedem Fall aber an der zweiten Voraussetzung der Effizienzrechtfertigung.</p> <p><i>Korrekturhinweis:</i> Die volle Punktzahl ist auch dann zu erreichen, wenn ein anderer Effizienzgrund wie z.B. Förderung der Forschung geprüft wird.</p>	<p>1</p> <p>3</p>	
<p><b>6. Ergebnis</b>  Die Vertragsklausel verstösst gegen Art. 5 KG.</p>		

<p><b>III. Ergebnis</b>  Das Verhalten der Goldeneye AG ist also mit Art. 5 KG nicht vereinbar.</p>		
---	--	--



<p>Unternehmen erzielt 95 Prozent der Umsätze mit Kunden in der Schweiz. An Wirkungen in der Schweiz besteht kein Zweifel. Auch der geographische Geltungsbereich ist also eröffnet.</p>	1	
--	---	--

<b>II. Spezialtatbestände</b>		
<p><b>Vorbemerkung:</b> Die Reihenfolge der Prüfung von Spezialtatbeständen und Generalklausel ist streitig. Während die Rechtsprechung zuerst Spezialtatbestände prüft, plädieren Stimmen in der Literatur dafür, mit der Generalklausel zu beginnen. Beide Vorgehensweisen sind möglich. Hier wird der von der Rechtsprechung praktizierten Reihenfolge gefolgt. Die drei Werbeaussagen werden hintereinander geprüft. Auch hier ist eine andere Vorgehensweise vertretbar.</p> <p><b>1. Goldeneye sei der "führende Schweizer Brillenhersteller"</b></p> <p>Es handelt sich hierbei um eine <b>Spitzenstellungs-</b> bzw. <b>Alleinstellungsbehauptung</b>. Die Goldeneye AG behauptet, dass sie in der Schweiz führend sei.</p> <p>Es kommt ein Verstoss gegen Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG (Irreführung) in Betracht, oder aber gegen lit. e dieser Vorschrift (vergleichende Werbung). Für lit. b spricht, dass die Goldeneye AG mit diesem Slogan eine Angabe über das eigene Unternehmen macht, die auf ihren Wahrheitsgehalt überprüft werden kann. Für lit. e spricht hingegen, dass die Qualifikation als "führender Schweizer Brillenhersteller" auch einen Vergleich beinhaltet, nämlich dass man grösser, bedeutender oder wichtiger als die Konkurrenten sei. Die Rechtsprechung nimmt in solchen Fällen Spezialität von lit. e im Verhältnis zu lit. b an. Im Folgenden ist also lediglich lit. e zu prüfen.</p> <p><i>Korrekturhinweis:</i> Studierende, die stattdessen lit. b (Irreführung) prüfen, können dieselbe Punktzahl erreichen, wenn sie die unten ausgeführten Schritte im Zusammenhang mit lit. b machen.</p>	1	1



<p>Für die Anwendung von Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG auf eine <b>Spitzenstellungs-</b> bzw. <b>Alleinstellungsbehauptung</b> ist entscheidend, ob der Vergleich konkrete und objektiv zu überprüfende Angaben enthält. Ist dies der Fall, müssen diese Angaben korrekt sein (BGE 129 III 426). Hiervon sind die marktschreierischen Übertreibungen abzugrenzen, denen die angesprochenen Verkehrskreise von vornherein keinen Wahrheitsgehalt zusprechen.</p> <p>Vorliegend behauptet die Goldeneye AG, dass sie der führende Schweizer Brillenhersteller sei. Stellt man eine solche Behauptung auf, verbinden die angesprochenen Verkehrskreise damit die Vorstellung, dass dem Unternehmen im Hinblick auf Kriterien wie Marktanteil oder Umsatz eine Führungsposition zukommt. Es handelt sich also nicht lediglich um eine marktschreierische Übertreibung. Folglich muss die Angabe korrekt sein. Laut Sachverhalt verfügt die Clearview AG mit 25 Prozent über einen höheren Marktanteil als die Goldeneye AG mit 15 Prozent. Die Werbeaussage der Goldeneye AG stimmt also nicht.</p> <p>Folglich liegt ein Verstoss gegen Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG vor. Eine Prüfung der Generalklausel erübrigt sich.</p> <p><b>2. "Goldeneye: Augen wie ein Adler"</b> Hier geht es nicht um einen Vergleich, sondern um eine Anpreisung der eigenen Produkte. In Betracht kommt ein Verstoss gegen Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG (Irreführung). Die Brillen der Goldeneye AG mögen zwar gut sein. Aber so gut wie ein Adler wird ein Mensch nie sehen.</p> <p>Allerdings liegt hier eine übertreibende, marktschreierische Anpreisung vor, mit der die angesprochenen Kundenkreise von vornherein keinen Wahrheitsgehalt verbinden. Es liegt damit keine "Angabe" i.S. von lit. b vor.</p> <p>Auch ein Verstoss gegen die Generalklausel in Art. 2 UWG liegt nicht vor, da kein täuschendes</p>	<p>2</p> <p>2</p> <p>2</p>	
---	----------------------------	--

<p>oder gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten ersichtlich ist.</p> <p>Folglich liegt in Bezug auf die Adlernaussage kein Verstoß gegen das UWG vor.</p> <p><b>3. "Klare Sicht erhalten Sie nur mit Goldeneye"</b> Dieser Werbeslogan besagt nicht nur, dass man mit den Brillen von Goldeneye klare Sicht erhält, sondern auch, dass dieser Erfolg "nur" mit den Goldeneye-Brillen möglich ist. Mit den Brillen anderer Hersteller ist also klare Sicht nicht zu erzielen. Das bezieht sich insbesondere auf die Konkurrentin Clearview AG, auf die der Begriff "klare Sicht" gemünzt ist. Laut Sachverhalt verstehen die Kundinnen und Kunden diese Anspielung.</p> <p>Von den Spezialtatbeständen kommen in Betracht Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG (Anschwärzung) und Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG (vergleichende Werbung). Auch hier ist die wohl h.M. der Auffassung, dass bei einem Vergleich lit. a durch lit. e verdrängt wird.</p> <p><i>Korrekturhinweis:</i> Im Folgenden wird deshalb nur lit. e geprüft. Wiederum gilt, dass diese Konkurrenzfrage keine Konsequenzen für die Punktevergabe haben soll. Studierende, welche die folgenden Erwägungen im Zusammenhang mit lit. a machen, können also ebenfalls die vorgesehene Punktzahl erreichen.</p> <p>Vergleichende Werbung (lit. e): Die Goldeneye AG nimmt mit der Aussage über die klare Sicht einen impliziten Vergleich mit den Brillen der Konkurrenz vor. Dies ist u.a. dann unlauter, wenn der Vergleich unrichtig oder irreführend ist.</p> <p>Laut Sachverhalt sind die Brillen der Clearview AG zwar nicht so hochwertig wie die Brillen der Goldeneye AG. Dies hat aber keine Auswirkungen auf die Sehqualität. Erstens gaben die Brillen der Clearview AG nie Anlass zu Beanstandungen. Und zweitens hängt die Sehqualität in erster Linie von den eingesetzten Korrekturgläsern ab. Diese werden aber von Dritten bezogen und sind also für</p>	<p>2</p> <p>1</p> <p>1</p>	
---	----------------------------	--

<p>beide Brillenhersteller potentiell gleich. Im Ergebnis unterscheiden sich die Brillen der Goldeneye AG und der Clearview AG also nicht in Bezug auf die Sehqualität. Der Vergleich ist also unrichtig und damit unlauter i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG.</p> <p>Eine Prüfung der Generalklausel erübrigt sich somit.</p>	3	
<p><b>III. Ergebnis</b>  <b>Sowohl die Alleinstellungsbehauptung als auch der Hinweis auf die "klare Sicht" verstossen gegen Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG.</b>  <b>In Bezug auf diese beiden Slogans ist also die Werbekampagne der Goldeneye AG nicht mit dem UWG vereinbar. Die Werbung mit den "Adleraugen" ist hingegen unbedenklich.</b></p>		
<p><b>Gesamtpunktzahl Frage 2</b></p>	20	
<p><b>Zusatzpunkte für gute Strukturierung, Subsumtion und Argumente</b>  (auch für gute Erfassung und Auswertung des Sachverhalts)</p>	4	