

Gedenkschrift für Claire Huguenin

herausgegeben von
Wolfgang Portmann
Helmut Heiss
Peter R. Isler
Florent Thouvenin

DIKE 

Gedenkschrift für Claire Huguenin



Gedenkschrift für Claire Huguenin

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Professorin
an der Universität Zürich von 1997 bis 2018

herausgegeben von

Wolfgang Portmann

Dr. iur., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

Helmut Heiss

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

Peter R. Isler

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Florent Thouvenin

Dr. iur., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

DIKE 

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2020 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03891-107-4

www.dike.ch

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Würdigung von Claire Huguenin	VII
Autorenverzeichnis	XV
ULRIKE BABUSIAUX	
Legal Transplants im Obligationenrecht?	1
SAMUEL BAUMGARTNER	
Die Betreibungsregistereinsicht zum Zweck des Kreditschutzes.....	29
PETER BREITSCHMID	
Der (erbrechtliche) <i>ordre public</i>	47
MARTIN BURKHARDT	
Statutarische Schiedsklauseln nach Art. 697n E-OR 2018 und Art. 6 Ziff. 1 EMRK.....	67
CHRISTINE CHAPPUIS	
OR CO 2020 : un projet abandonné ?	85
SUSAN EMMENEGGER / THIRZA DÖBELI	
No Oral Modification Clauses	99
MARCEL FONTAINE	
Les projets de réforme du droit des obligations en Belgique et en Suisse	111
PHILIPP HABEGGER / JOHANNES LANDBRECHT	
Zwischen vertraglichem Konsens und grundrechtlichem Zwang – Die unfreiwillige Schiedsgerichtsbarkeit	123
NATAŠA HADŽIMANOVIĆ	
Plädoyer für ein prozessuales Begreifen (auch) des Sachenrechts.....	139
ANDREAS HEINEMANN / PATRICIA MARTINA HAGER	
Über Wahrheit und Lüge im wettbewerbsrechtlichen Sinn	157

TINA HUBER-PURTSCHERT / EVA MAISSEN

Vorhandrechte in Aktionärbindungsverträgen 181

PETER R. ISLER

Die Abwägung von Chancen und Risiken bei der Beurteilung von
Geschäftsentscheiden 203

PETER JUNG

Wer verkehrt wann im kaufmännischen Verkehr? 221

ALFRED KOLLER

Die Haftung des Vermieters für Sachmängel 245

ADRIAN KÜNZLER

Verhaltenspsychologie als Erkenntnisquelle für das Kartellrecht 267

BARBARA MEISE / NADINE PFIFFNER

«Eine Fallstudie in Pink» – Zu den Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung
der vertraglich vorbehaltenen Form (Art. 16 OR) 279

MARKUS MÜLLER-CHEN

Wirkungen einer Gerichtsstandsvereinbarung gegenüber Dritten 309

PASCAL PICHONNAZ

Europäisches Privatrecht: Eine Vereinheitlichung beginnt im Geiste 325

PETER GEORG PICT

Zivilrechtlicher Kartellschadenersatz 347

KARL RIESENHUBER

Vertretungsrechtlicher Schutz des Geschäftsherrn vor Schädigung
infolge von Interessenkonflikten des Vertreters 361

ROGER RUDOLPH

Digitalisierung: Herausforderung an das Arbeitsrecht und die Gerichte 387

ARNOLD F. RUSCH / ADRIAN FISCHBACHER

Deaktivierung von Geräten durch Hersteller 397

ANTON K. SCHNYDER	
Regress: Sorgenkind im Schweizer Privatrecht	413
ROLF SETHE	
Haftung für eine fehlerhafte Konzernfinanzierung	423
FLORENT THOUVENIN	
Die Datenschutzerklärung: eine Rechtsfigur mit zwei Gesichtern.....	463
HANS CASPAR VON DER CRONE / CORINA MOSCHEN	
Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 E-OR im Verhältnis zur Einlagepflicht des Aktionärs.....	479
ROLF H. WEBER	
Linguistische Kommunikation und technischer Code in Verträgen.....	495
Schriftenverzeichnis von Claire Huguenin	
	507

Über Wahrheit und Lüge im wettbewerbsrechtlichen Sinn

Andreas Heinemann / Patricia Martina Hager

Inhaltsübersicht

I. Gedenken	157
II. Lügen und Kartellverbot: Die Verbreitung irreführender Informationen als bezweckte Wettbewerbsabrede	158
1. Der <i>Avastin</i> -Fall: Hintergrund und Vorgeschichte	159
2. Der Entscheid des Europäischen Gerichtshofs	161
3. Folgerungen	162
III. Lügen und der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	165
1. <i>AstraZeneca</i> : Irreführende Angaben an das Patentamt	166
2. Unzutreffende Produktankündigungen	167
3. Manipulation durch Suchmaschinen	168
4. Folgerungen	169
IV. Lüge und Lauterkeitsrecht: Das Gebot der Wahrheit als Grundlage des UWG	170
1. Unlauteres Verhalten durch Täuschung oder Irreführung	172
a) Täuschung und Irreführung als Elemente der Sondertatbestände	173
b) Das Täuschungsverbot der Generalklausel	175
2. Folgerungen	176
V. Fazit	178

I. Gedenken

Autorin und Autor dieses Artikels fühlen sich der grossen Kollegin sehr verbunden. Die Verdienste von CLAIRE HUGUENIN gehen weit über Forschung, Lehre und Förderung der Gleichstellung hinaus, was die zahlreichen und individuellen Würdigungen in dieser Gedächtnisschrift eindrücklich veranschaulichen. Eine ihrer prägenden Eigenschaften waren die schnellen Zwischenfragen im persönlichen Gespräch, die so überraschend wie entwaffnend daher kamen. Mit Floskeln kam man bei ihr nicht durch; sie wollte wissen, was sich hinter dem Gesagten verbirgt. Mit anderen Worten: Sie hatte einen

ganz besonderen Sinn für Wahrheit. Die provokante Definition der Wahrheit als «bewegliches Heer von Metaphern»¹ hätte sie nicht akzeptiert.

Wir möchten in ihrer Gedächtnisschrift hieran anknüpfen und untersuchen, welche Bedeutung die Kategorien Wahrheit und Lüge im Wettbewerbsrecht haben. Benachbarte Begriffe wie Täuschung oder Irreführung werden in der Regel mit dem Recht gegen den unlauteren Wettbewerb in Verbindung gebracht. Die Gebote der Wahrheit und Klarheit spielen im Lauterkeitsrecht denn auch eine zentrale Rolle und bilden die Grundlage zahlreicher Vorschriften. Den kartellrechtlichen Tatbeständen sind Begriffe wie Täuschung und Irreführung hingegen nicht inhärent. Neuere Entwicklungen machen aber deutlich, dass Unwahrheit auch zur Beschränkung des Wettbewerbs eingesetzt werden und insofern kartellrechtliche Relevanz erlangen kann.

II. Lügen und Kartellverbot: Die Verbreitung irreführender Informationen als bezweckte Wettbewerbsabrede

Das in Art. 101 AEUV verankerte Kartellverbot untersagt Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die bezwecken oder bewirken, dass der Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts verhindert, eingeschränkt oder verfälscht wird. Auch das Thema der Irreführung kann im Zusammenhang mit diesem Tatbestand von Bedeutung sein: Der Europäische Gerichtshof hat 2018 in der Sache *Avastin* entschieden, dass eine Absprache über die Verbreitung irreführender Informationen zu den Nebenwirkungen eines Arzneimittels eine bezweckte Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt.² Dies ist insofern bedeutsam, als bei einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung, im Gegensatz zu einer (nur) bewirkten Wettbewerbsbeschränkung, die tatsächlichen Auswirkungen der Verhaltensweise nicht geprüft werden müssen, da eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung bereits ihrer Natur nach als schädlich für den Wettbewerb gilt.³

¹ NIETZSCHE, Über Wahrheit und Lüge im aussermoralischen Sinne, 1873.

² EuGH, 23.1.2018, Rs. C-179/16 – *F. Hoffmann-La Roche u.a.*, ECLI:EU:C:2018:25, Rz 95 (im Folgenden: EuGH – *Avastin*); siehe zu diesem Entscheid beispielsweise HERFORTH, Marktabgrenzung und Off-Label-Anwendung von Arzneimitteln, sic! 2019, 45 ff.

³ LUBITZ, Absprache zu Nebenwirkungen eines Arzneimittels – Anmerkungen zum Urteil des EuGH in Sachen Italienischer Arzneimittelmarkt, NZKart 3/2018, 125. Im Detail zur Unter-

1. Der *Avastin*-Fall: Hintergrund und Vorgeschichte

Der Leitentscheid betrifft zwei Pharmaunternehmen, die Arzneimittel mit einer vergleichbaren Wirkung vertreiben: *Avastin* und *Lucentis*. *Avastin* ist ein von der Roche-Tochtergesellschaft Genentech entwickeltes Pharmazeutikum, das in Europa seit 2005 für die Behandlung bestimmter Tumorerkrankungen zugelassen ist und von Roche vertrieben wird. Das ebenfalls von Genentech entwickelte Heilmittel *Lucentis* ist seit 2007 für die Behandlung der altersbedingten Makuladegeneration zugelassen, die gewerbliche Verwertung ausserhalb der USA wurde mittels Lizenzvereinbarung an Novartis übertragen.⁴ Die beiden Mittel verfügen zwar nicht über dieselbe Molekularstruktur, basieren aber auf dem gleichen Antikörper und erzielen einen ähnlichen Effekt: Beide hemmen die Bildung von neuen Blutgefässen, wodurch sich sowohl Tumore bekämpfen als auch Augengefässkrankheiten behandeln lassen.⁵

Vor der Markteinführung von *Lucentis* existierte für die altersbedingte Makuladegeneration kein zugelassenes Heilmittel. Da bei der onkologischen Verwendung von *Avastin* aber festgestellt wurde, dass dieses Arzneimittel auch bei Augengefässkrankheiten eine Wirkung zeigt, kam *Avastin* auch off-label – d.h. ausserhalb seiner Zulassung – zur Anwendung. Aufgrund des sehr viel geringeren Einheitspreises von *Avastin* wurde diese Therapiemethode selbst nach der Markteinführung von *Lucentis* weiterhin eingesetzt.⁶ In Italien war *Avastin* für die Off-label-Anwendung zunächst auch erstattungsfähig.⁷ Dies änderte sich erst, als im Dezember 2008 *Lucentis* und weitere zur Behandlung der altersbedingten Makuladegeneration zugelassene Arzneimittel von der italienischen Arzneimittelbehörde ins Verzeichnis der erstattungsfähigen Arzneimittel aufgenommen wurden: Nach einer zunächst schrittweise erfolgten Ausschliessung der Off-label-Erstattungsfähigkeit von *Avastin* kam es im Dezember 2012 schliesslich zur kompletten Streichung aus der Liste der erstattungspflichtigen Arzneimittel.⁸ Grund dafür war eine Anpassung der Fachinformationen bezüglich unerwünschter Nebenwirkungen bei einer

scheidung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen: WOLLMANN/HERZOG, in Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle), Bd. 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München 2015 (im Folgenden MüKoEu-WettbR-BEARBEITER), Art. 101 AEUV N 171.

⁴ EuGH – *Avastin*, Rz 23 ff.

⁵ Schlussanträge des Generalanwalts (GA) Øe, 21.9.2017, Rs. C-179/16 – *F. Hoffmann-La Roche u.a.*, ECLI:EU:C:2017:714, Rz 20 ff. (im Folgenden: GA Øe – *Avastin*); AIOLFI, Basler Pharma im Clinch mit Europa, NZZ vom 20.12.2014, 30.

⁶ EuGH – *Avastin*, Rz 27.

⁷ EuGH – *Avastin*, Rz 28.

⁸ EuGH – *Avastin*, Rz 29; GA Øe – *Avastin*, Rz 32.

Off-Label-Anwendung von Avastin.⁹ Der Anstoss für diese Anpassung kam von der Vertreiberin von Avastin selber, also von Roche.¹⁰

Die italienische Wettbewerbsbehörde AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) wirft den beiden Pharmakonzernen Roche und Novartis vor, eine wettbewerbsbeschränkende Abrede i.S.v. Art. 101 AEUV getroffen zu haben, um eine künstliche Unterscheidung zwischen den (nach Auffassung der AGCM) für die augenheilkundliche Behandlung gleichwertigen Arzneimitteln Avastin und Lucentis herbeizuführen, wodurch der Wettbewerbsdruck verringert werden sollte. Konkret sollen die beiden Pharmaunternehmen eine Absprache darüber getroffen haben, Anzeigen zu verfassen und zu verbreiten, die bei der Europäischen Arzneimittel-Agentur (EMA), Angehörigen von Heilberufen sowie in der Öffentlichkeit Bedenken bezüglich der Sicherheit der Off-label-Verwendung von Avastin bei der Behandlung der altersbedingten Makuladegeneration hervorrufen. Zu diesem Zweck seien Einschätzungen hinsichtlich der unerwünschten Nebenwirkungen von Avastin manipuliert und gegenteilige wissenschaftliche Erkenntnisse herabgewürdigt worden.¹¹ Die Absprache soll u.a. auch darauf abgezielt haben, auf das Verfahren zur Änderung der Fachinformationen über Avastin einzuwirken, sodass Avastin in Italien bei der augenheilkundlichen Off-label-Anwendung nicht mehr erstattungsfähig ist.¹² Gemäss Einschätzung der italienischen Wettbewerbsbehörde hat die Absprache zwischen Roche und Novartis zu einer Verschiebung der Nachfrage von Avastin zu Lucentis geführt, was das italienische Gesundheitswesen alleine im Jahr 2012 über 45 Mio. Euro gekostet habe.¹³ Die AGCM verhängte mit Entscheidung von Februar 2014 sowohl gegen Roche als auch gegen Novartis Bussen in Höhe von jeweils mehr als 90 Mio. Euro.¹⁴ Nachdem die Busse vom regionalen Verwaltungsgericht bestätigt wurde, legten die Parteien Rechtsmittel beim italienischen Staatsrat ein. Dieser hat dem Europäischen Gerichtshof mehrere Fragen zur Auslegung des europäischen Wettbewerbsrechts vorgelegt.¹⁵

⁹ EuGH – *Avastin*, Rz 30.

¹⁰ GA Øe – *Avastin*, Rz 36, Rz 41; EuGH – *Avastin*, Rz 90.

¹¹ GA Øe – *Avastin*, Rz 34 ff.; EuGH – *Avastin*, Rz 32, 89.

¹² GA Øe – *Avastin*, Rz 34; EuGH – *Avastin*, Rz 90.

¹³ GA Øe – *Avastin*, Rz 39, 41; EuGH – *Avastin*, Rz 33.

¹⁴ AGCM, 5.3.2014 – *Avastin*, Pressemitteilung 1760 <<http://en.agcm.it/en/media/press-releases/>>; EuGH – *Avastin*, Rz 22.

¹⁵ Zu den vom italienischen Staatsrat vorgelegten Fragen: EuGH – *Avastin*, Rz 36.

2. Der Entscheid des Europäischen Gerichtshofs

Im Zentrum des Vorabentscheidungsverfahrens steht die Frage, ob die Verbreitung irreführender Information über die Nebenwirkungen eines off-label angewendeten Arzneimittels eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt.¹⁶ Dies musste im Kontext eines ungesicherten wissenschaftlichen Kenntnisstands bezüglich der Nebenwirkungen von Avastin beurteilt werden. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist zur Beurteilung, ob es sich bei einer Absprache um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV handelt, auf ihren Inhalt, die damit verfolgten Ziele sowie ihren wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang abzustellen.¹⁷ Steht wie vorliegend eine Absprache im Pharmasektor zur Diskussion, ist folglich auch das Arzneimittelrecht der Europäischen Union zu berücksichtigen.¹⁸ Für den vorliegenden Fall ist bedeutsam, dass Avastin einem Pharmakovigilanz-System unterliegt, das unter der Aufsicht der Europäischen Arzneimittelbehörde EMA steht. Dieses Pharmakovigilanz-System dient dazu, Informationen über die Risiken und Nebenwirkungen von Arzneimitteln zusammenzutragen.¹⁹ Zuständig dafür, der EMA die Nutzen und Risiken der Arzneimittel (auch in Bezug auf deren Off-label-Anwendung) mitzuteilen, ist der Zulassungsinhaber des jeweiligen Arzneimittels. In Bezug auf Avastin lag die Verantwortung also bei Roche.²⁰

Vorliegend überlässt der Gerichtshof die nähere Prüfung der Irreführung dem vorliegenden Gericht.²¹ Als irreführend sind die verbreiteten Informationen nach Auffassung des Gerichtshofs aber erst einzustufen, wenn sie zum einen die EMA und die Europäische

¹⁶ Zwei weitere Punkte betreffen Fragen der Marktabgrenzung und der Zulässigkeit von Nebenabreden in Lizenzverträgen. Was die Marktabgrenzung betrifft, so ist der Gerichtshof der Auffassung, dass bei Anwendung von Art. 101 AEUV auch off-label eingesetzte Arzneimittel in den relevanten Markt einbezogen werden können. Avastin und Lucentis werden folglich als Substitute angesehen. Ausserdem stuft der Gerichtshof die Absprache zwischen Roche und Novartis nicht als objektiv notwendige Nebenabrede einer Lizenzvereinbarung ein, so dass sie nicht der Anwendung von Art. 101 AEUV entzogen ist. Im Detail dazu siehe EuGH – *Avastin*, Rz 65 ff., 69 ff.

¹⁷ EuGH – *Avastin*, Rz 79.

¹⁸ EuGH – *Avastin*, Rz 80.

¹⁹ EuGH – *Avastin*, Rz 81. Vgl. auch Art. 101 Abs. 1 Unterabs. 2 der geänderten Richtlinie 2001/83 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel.

²⁰ EuGH – *Avastin*, Rz 82, 91. Der Zulassungsinhaber trägt für die Richtigkeit der eingereichten Unterlagen und Daten die Verantwortung. Siehe EuGH – *Avastin*, Rz 84 sowie Art. 17 der Verordnung Nr. 726/2004 zur Festlegung von Gemeinschaftsverfahren für die Genehmigung und Überwachung von Human- und Tierarzneimitteln und zur Errichtung einer Europäischen Arzneimittelagentur.

²¹ EuGH – *Avastin*, Rz 92.

Kommission irreführen und zum anderen bewirken sollen, dass vor dem Hintergrund eines ungesicherten wissenschaftlichen Kenntnisstands die Risiken einer Off-label-Anwendung von Avastin überschätzt werden.²² Was einen Anhaltspunkt für den irreführenden Charakter der übermittelten Informationen bilden kann, ist nach Ansicht des Gerichtshofs die Tatsache, dass die Pharmakovigilanz-Pflichten alleine Roche als Zulassungsinhaberin von Avastin oblagen und Novartis diesbezüglich keine Verantwortung zukam.²³ Der Umstand, dass sich zwei konkurrierende Unternehmen darüber absprechen, Informationen zu verbreiten, die ein Produkt betreffen, das nur von einem der beiden Unternehmen verkauft wird, spricht nach Auffassung des Gerichtshofs dafür, dass mit der Absprache Ziele verfolgt werden, die nichts mit der Arzneimittelsicherheit zu tun haben.²⁴

Im Ergebnis kam der Gerichtshof zum Schluss, dass eine Absprache über die Verbreitung irreführender Informationen zu den Nebenwirkungen eines Arzneimittels im Kontext eines ungesicherten wissenschaftlichen Kenntnisstands eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 101 AEUV darstellt.²⁵ Ob vorliegend aber de facto eine Irreführung gegeben ist, muss nun vom nationalen italienischen Gericht beurteilt werden. Dieses muss entscheiden, ob die von Roche und Novartis abgesprochenen und verbreiteten Informationen die EMA und die Kommission nicht nur tatsächlich irreführt haben, sondern mit der Absprache auch gerade das Ziel der Irreführung angestrebt werden sollte.²⁶

3. Folgerungen

Der Entscheid des Gerichtshofs ist insbesondere unter dem Aspekt bedeutsam, dass die Absprache über die Verbreitung irreführender Informationen zu den Nebenwirkungen eines Arzneimittels als bezweckte Wettbewerbsabsprache qualifiziert wurde. Das bedeutet, dass die Absprache schon aufgrund ihres Typus als derart schädlich für das Funktionieren des Wettbewerbs angesehen wird, dass ihre tatsächlichen Auswirkungen nicht geprüft werden müssen. Dies ist insofern bemerkenswert, als dadurch eine Abrede

²² Zudem weist der EuGH darauf hin, dass die Übermittlung irreführender Informationen an die EMA, die Angehörigen der Heilberufe und die Öffentlichkeit einen sanktionsbedrohten Verstoss gegen das europäische Arzneimittelrecht darstellt. Siehe EuGH – *Avastin*, Rz 92 f.

²³ EuGH – *Avastin*, Rz 91 i.V.m. Rz 92.

²⁴ EuGH – *Avastin*, Rz 91.

²⁵ EuGH – *Avastin*, Rz 95.

²⁶ EuGH – *Avastin*, Rz 92.

über die Verbreitung irreführender Informationen zu den Nebenwirkungen eines Arzneimittels bezüglich ihres Schädigungspotenzials auf der gleichen Stufe wie beispielsweise eine Preisabsprache angesiedelt wird.²⁷ Die Qualifikation als bezweckte Wettbewerbsabsprache erscheint im vorliegenden Fall als angemessen.²⁸ Schliesslich wurde – nach Ansicht der italienischen Wettbewerbsbehörde – mit der Absprache der Zweck verfolgt, eine künstliche Unterscheidung zwischen den beiden Arzneimitteln Avastin und Lucentis herbeizuführen,²⁹ wodurch faktisch eine Marktaufteilung erfolgt ist.³⁰

Das Element der Irreführung hat in der Rechtssache *Avastin* einen entscheidenden Einfluss auf die Qualifikation als bezweckte Wettbewerbsabrede. Denn nach Auffassung des Gerichtshofs handelt es sich beim vorliegenden Sachverhalt nur insofern um eine bezweckte Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV, als die verbreiteten Informationen zu den Nebenwirkungen von Avastin auf eine Irreführung abzielen.³¹ Die nähere Prüfung obliegt dem italienischen Gericht. Auf die Frage, wie der Sachverhalt zu beurteilen wäre, wenn keine Irreführung vorliegt, ging der EuGH nicht ein. Der Generalanwalt hat sich in seinen Schlussanträgen dahingehend geäussert, dass eine derartige Absprache ohne den Faktor der Irreführung keine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt, da sie nicht geeignet sei, wettbewerbsschädliche Auswirkungen zu verursachen.³² Das Urteil liess diese Frage aber unbeantwortet.³³

Aufschlussreich ist der Entscheid des Gerichtshofs hingegen im Hinblick darauf, dass er unberücksichtigt liess, ob es sich bei den verbreiteten Informationen um richtige oder

²⁷ Weiterführend zur Unterscheidung bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen sowie zu den horizontalen Kernbeschränkungen: MüKoEUVWettbR-WOLLMANN/HERZOG (FN 3), Art. 101 AEUV N 171 ff. resp. 177 ff.

²⁸ Gleicher Meinung: JUNOD/CANAPA, *The Impact of Misleading Information on Competition Law*, LSR 4/2018, 252.

²⁹ EuGH – *Avastin*, Rz 89.

³⁰ Weiterführend zu den Absprachen bezüglich der Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen gemäss Art. 101 Abs. 1 lit. c AEUV: MüKoEUVWettbR-WOLLMANN/HERZOG (FN 3), Art. 101 AEUV N 87 f.

³¹ EuGH – *Avastin*, Rz 92, 94.

³² GA Øe – *Avastin*, Rz 177 ff.

³³ Es macht aber wohl in jedem Fall skeptisch, wenn sich zwei konkurrierende Unternehmen über die Verbreitung von Informationen zu den Nebenwirkungen eines Arzneimittels absprechen, das nur von einem der beiden Unternehmen verkauft wird. Ein legitimer Zweck einer derartigen Absprache scheint in einer solchen Konstellation schwer vorstellbar und spricht vielmehr gerade für ihren irreführenden Charakter. Siehe dazu die Ausführungen des EuGH – *Avastin*, Rz 91 f. LUBITZ (FN 3), 126, spricht im Zusammenhang mit Unternehmensabsprachen über die Nebenwirkungen von Arzneimitteln von einem «heissen Eisen» und fügt hinzu, dass solche Absprachen «nur in Ausnahmefällen den Vorgaben des Generalanwalts in seinen Schlussanträgen» entsprechen dürften.

falsche Informationen handelt. Entscheidend war für den Gerichtshof allein, dass durch die verbreiteten Informationen – gerade auch vor dem Hintergrund eines ungesicherten wissenschaftlichen Kenntnisstands – eine Irreführung erreicht werden soll. Das deutet darauf hin, dass unter Umständen auch auf den ersten Blick korrekte Informationen als irreführend gelten können.³⁴ Ausschlaggebend ist also nicht die Sicherung der Wahrheit, sondern die Sicherung des Wettbewerbs.

Im Zusammenhang mit dem vorliegenden Urteil stellt sich zudem die Frage, ob eine Absprache über die Verbreitung irreführender Informationen auch in anderen Fällen eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen könnte. Diesbezüglich sind die folgenden Gegebenheiten zu beachten: Zunächst ist es so, dass sich der Gerichtshof in der Sache *Avastin* erstmals zu Absprachen bezüglich der Verbreitung irreführender Informationen geäußert hat und die Ausführungen im Urteil sehr stark vom Einzelfall geprägt sind. Zu beachten gilt weiter, dass der Sachverhalt im Pharmasektor angesiedelt ist und damit in einem Bereich, der als besonders risikoavers gilt. Es muss also davon ausgegangen werden, dass sich irreführende Informationen im Arzneimittelbereich besonders intensiv auswirken.³⁵ Aufgrund dieser Überlegungen ist bezüglich einer Übertragung auf andere Sachverhalte grundsätzlich Vorsicht geboten.

Allerdings erscheint eine kartellrechtliche Sanktionierung einer Absprache über die Verbreitung von irreführenden Informationen mit Blick auf den Zweck des Kartellrechts durchaus angebracht. Ziel des Kartellrechts ist die Gewährleistung des wirksamen Wettbewerbs, damit dieser seine wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Aufgaben erfüllen kann.³⁶ Wird eine Absprache darüber getroffen, Informationen zu verbrei-

³⁴ In dem Sinne auch: JUNOD/CANAPA (FN 28), 252; KERES/MAILLARD, How Spreading Fake News about Your Competitors' Products Will Get You in Antitrust Trouble, *Steptoe News* vom 27. Februar 2018 <<https://www.stepto.com/en/news-publications/how-spreading-fake-news-about-your-competitors-products-will-get-you-in-antitrust-trouble.html>>. Der Generalanwalt wies in seinen Schlussanträgen darauf hin, dass «die Verbreitung irreführender Behauptungen die Verbreitung von Informationen ein[schliesst], die an sich zwar richtig sind, aber nur in einer Auswahl oder unvollständig präsentiert werden, wenn diese Verbreitung angesichts der Art der Präsentation geeignet ist, ihre Adressaten zu täuschen». Siehe GA Øe – *Avastin*, Rz 158 mit ausdrücklicher Anlehnung an das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb in FN 106.

³⁵ Auch der EuGH wies daraufhin, dass es aufgrund der Besonderheiten des Arzneimittelmarkts vorhersehbar gewesen sei, dass Unsicherheiten bezüglich Nebenwirkungen bei den Ärzten dazu führen, für Augengefäßkrankheiten das (scheinbar) risikoärmere Lucentis anstelle von Avastin einzusetzen. Siehe EuGH – *Avastin*, Rz 93.

³⁶ So soll der Wettbewerb u.a. gewährleisten, dass den Bedürfnissen der Konsumenten nachfragegerecht und mit einem möglichst schonenden Ressourceneinsatz entsprochen wird. Siehe dazu z.B. MüKoEuWettbR-KERBER/SCHWALBE (FN 3), Einleitung N 3 ff., 131. Zu

ten, die auf eine Irreführung abzielen und das Verhalten von Kunden oder anderen Wirtschaftsteilnehmern beeinflussen sollen, wird dadurch der Wettbewerb verfälscht und in seiner Funktionsfähigkeit beeinträchtigt. Es ist daher notwendig, ein derartiges Verhalten soweit zu unterbinden, als dass es den Wettbewerb behindert. Dass eine Absprache über die Verbreitung irreführender Informationen auch in anders gelagerten Sachverhalten kartellrechtlich bedeutsam sein kann, zeigt im Übrigen auch der Blick auf ein nationales Kartellrechtsverfahren in Spanien: Die spanische Wettbewerbsbehörde hat im Jahr 2012 zwei Erdgasverbände wegen einer Absprache bezüglich der Übermittlung irreführender Informationen an die Behörden sanktioniert. Die beiden Unternehmen hatten sich darüber abgesprochen, den lokalen Verwaltungen – die sich bei den Gasverbänden der jeweiligen Provinzen bezüglich der Höhe der offiziellen Preise für die obligatorischen Gasinspektionen erkundigt hatten – irreführende Informationen zu übermittelten. Für die spanische Wettbewerbsbehörde war dies ein zentraler Faktor dafür, dass das spanische Kartellverbot (äquivalent zu Art. 101 AEUV) verletzt wurde.³⁷

III. Lügen und der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Unrichtige Aussagen gegenüber Behörden, den Angehörigen einschlägiger Berufe oder der Öffentlichkeit können auch gegen das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen verstossen. Die allgemeinen Regeln finden Anwendung. Drei Beispiele sollen die Relevanz des Missbrauchsverbots für das Wahrheitsthema veranschaulichen.

den essenziellen Funktionen des Wettbewerbs: ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz 20 ff. Im Detail zum Zweck des Kartellrechts: HEINEMANN, Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung: Der Zweck des Kartellrechts, ZSR 2016, 431 ff.

³⁷ COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, 30.7.2012, *Inspecciones Periódicas de Gas*, S/0256/10; OSBORN CLARK, The Roche-Novartis case, Is competition law widening its frontiers, Insight News vom 23. März 2018 <<http://www.osborneclarke.com/insights/the-roche-novartis-case-is-competition-law-widening-its-frontiers/>>.

1. *AstraZeneca*: Irreführende Angaben an das Patentamt

Im *AstraZeneca*-Fall hat die Europäische Kommission eine «missbräuchliche Ausnutzung des Patentsystems» festgestellt.³⁸ Nach den Feststellungen der Kommission, bestätigt in allen hier relevanten Belangen durch die Gerichte,³⁹ hat das Unternehmen vor den Patentämtern einiger EU-Mitgliedstaaten «stark irreführende» Darstellungen gemacht, um ergänzende Schutzzertifikate unberechtigt zu erhalten oder aufrechtzuerhalten. Mit vorsätzlicher Täuschung (in Bezug insbesondere auf die erste Zulassung des Produkts auf dem europäischen Binnenmarkt) sollte das Monopol auf dem relevanten Markt möglichst lange gewahrt werden. Die Gerichte sahen hierin kein legitimes Mittel des Leistungswettbewerbs.⁴⁰

Der *AstraZeneca*-Fall hat eine Diskussion um den Stellenwert von «Wahrheit und Lüge» im Kartellrecht ausgelöst. Sollen marktbeherrschende Unternehmen nun immer bestraft werden, wenn sie im Umgang mit Behörden unrichtige oder auch nur unklare Angaben machen? Der Gerichtshof ist dem entgegengetreten. Das Gericht der EU habe nicht etwa entschieden, «dass die Unternehmen in beherrschender Stellung im Umgang mit den Arzneimittelaufsichtsbehörden unfehlbar sein müssten und dass in jeder objektiv falschen Darstellung seitens eines solchen Unternehmens ein Missbrauch der beherrschenden Stellung selbst dann liege, wenn der Fehler versehentlich begangen und sofort berichtet worden sei.»⁴¹ Die Feststellung eines Missbrauchs habe vielmehr im Zusammenhang des konkreten Einzelfalls zu erfolgen. Es könne also nicht die Rede davon sein, dass nun jede Patentanmeldung, die nicht die Patentierungsvoraussetzungen erfüllt, automatisch als missbräuchlich verfolgt würde.

Der Gerichtshof macht klar, dass aus dem Kartellrecht kein allgemeines Wahrheitsgebot abgeleitet werden kann. Vielmehr ist in jedem Fall der Wettbewerbsbezug herzustellen. Alle Umstände des Einzelfalls sind hierbei zu berücksichtigen. Auch wenn für den objektiven Missbrauchsbegriff die wettbewerbsbeschränkende Absicht keine notwendige Bedingung darstellt, kann sie doch, wie der *AstraZeneca*-Fall zeigt, ergänzend zur Feststellung eines Kartellrechtsverstosses herangezogen werden. In Bezug auf den Umgang mit Patentämtern sollten Anmelder überprüfen, ob alle Informationen übermittelt wur-

³⁸ EUROPÄISCHE KOMMISSION, 15.6.2005 – *AstraZeneca*, Pressemitteilung IP/05/737 <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-05-737_en.htm>.

³⁹ Siehe in letzter Instanz EuGH, 6.12.2012, Rs. C-457/10 P – *AstraZeneca/Kommission*, ECLI:EU:C:2012:770 (im Folgenden EuGH – *AstraZeneca*).

⁴⁰ EuGH – *AstraZeneca*, Rz 93.

⁴¹ EuGH – *AstraZeneca*, Rz 99.

den, die für einen objektiven Beobachter relevant sind. Wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die übermittelten Informationen unrichtig oder unvollständig sind, sollte der Anmelder seine Eingabe überprüfen und, wenn nötig, berichtigen.⁴²

2. Unzutreffende Produktankündigungen

Von *Vaporware* spricht man dann, wenn ein neues Produkt oder eine neue Version (z.B. von Software) zwar angekündigt wird, es dann aber in absehbarer Zeit nicht zu einer Vermarktung kommt, die Ansage also «heisse Luft» war. Die mit solchen leeren Versprechungen verfolgte Strategie kann darauf abzielen, Wettbewerber von einem Marktzutritt abzuhalten, da diese die Erfolgchancen ihrer eigenen Produkte infolge der Ankündigung möglicherweise skeptischer beurteilen. Auch aktuelle Produkte von Wettbewerbern können beeinträchtigt werden, da Konsumenten ihre Anschaffungspläne in Aussicht auf verbesserte Erzeugnisse des ankündigenden Unternehmens vielleicht verschieben. Von besonderer Bedeutung ist das Phänomen der *Vaporware* auch in den «Formatkriegen», wenn nämlich mehrere Standards sich konkurrenzieren, es klar erscheint, dass aus Gründen der Effizienz sich nur ein Standard durchsetzen wird, und wenn alle Mittel recht sind, um dem eigenen Standard zum Durchbruch zu verhelfen.⁴³ Zur Vermeidung von Missbrauchsvorwürfen ist deshalb aus kartellrechtlicher Sicht zu empfehlen, dass der Zeitpunkt für Vorankündigungen sachgemäss gewählt wird. Auch in dieser Fallgruppe können sich also aus dem Kartellrecht Wahrheitspflichten ergeben, die wiederum eng an die Marktwirkungen anknüpfen.⁴⁴

Hinzuzufügen ist, dass besondere Pflichten für einseitiges Verhalten nur Marktbeherrscher treffen, und dass ein Verstoss gegen das Missbrauchsverbot die zeitliche Kongruenz von Marktbeherrschung und Missbrauch voraussetzt. Wenn in einem «Formatkrieg» sich noch keine Seite durchgesetzt hat, wird es in der Regel an einer marktbeherrschenden Stellung fehlen, so dass das Missbrauchsverbot nicht greift. Zu beachten sind allerdings immer die lauterkeitsrechtlichen Vorgaben (dazu unten IV).

⁴² HEINEMANN, Abusive Filing of IP Rights, in Matthews/Zech (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and the Life Sciences, Cheltenham 2017, 473–475.

⁴³ HAAN, Vaporware as a Means of Entry Deterrence, 51 Journal of Industrial Economics 345 (2003).

⁴⁴ Siehe näher HEINEMANN/HEIZMANN, Kartellrechtliche Vorgaben für die Unternehmenskommunikation, in Sethe (Hrsg.), Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 73 ff. (auch mit Ausführungen zu dem umgekehrten Fall, nämlich der Unterlassung von Produktankündigungen).

3. Manipulation durch Suchmaschinen

Der Fall *Google Shopping* der Europäischen Kommission ist paradigmatisch für die Anforderungen an Objektivität im Zeitalter der digitalen Wirtschaft. Die europäische Wettbewerbsbehörde verhängte eine Geldbusse in Höhe von 2.42 Milliarden Euro wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aufgrund des Einsatzes der *Google*-Suchmaschine zur Vorzugsbehandlung des eigenen Preisvergleichsdienstes *Google Shopping*.⁴⁵ Nach den Feststellungen der Europäischen Kommission zeigte *Google* die Ergebnisse des eigenen Preisvergleichsdienstes weit oben auf der Trefferliste an, während der am besten platzierte Mitbewerber im Durchschnitt erst auf Seite vier der Trefferliste zu finden war. Das Unternehmen setzte auf diesem Weg seine beherrschende Stellung auf dem Markt für allgemeine Internetsuche (Marktanteile von über 90 Prozent in den meisten EWR-Staaten) als Hebel ein, um Vorteile auf dem getrennten Markt für Preisvergleichsdienste zu erhalten. Nach empirischen Erhebungen betrachten Nutzer nur die oberen Suchergebnisse auf der ersten Seite der Trefferliste und blättern nur spärlich zu den folgenden Seiten.⁴⁶ In der Praxis bekommen die Nutzer konkurrierende Preisvergleichsdienste also nicht zu sehen, was zu einer Behinderung der Wettbewerber führt.

Für den vorliegenden Zusammenhang ist hervorzuheben, dass *Google* bewusst unterschiedliche Algorithmen für den eigenen und für konkurrierende Preisvergleichsdienste einsetzte. Den Nutzern wird hierdurch eine unterschiedliche Relevanz der Dienstleistungen suggeriert, wenn sie überhaupt von der Existenz alternativer Preisvergleichsdienste Kenntnis erhalten.⁴⁷ Nicht die objektive Eignung des Preisvergleichsdienstes, sondern eine künstliche Herabstufung von Konkurrenzprodukten entscheidet also über den wirtschaftlichen Erfolg. Eine solche Geschäftsstrategie ist nicht als Massnahme des Leistungswettbewerbs zu werten und deshalb missbräuchlich im Sinne des europäischen Missbrauchsverbots (Art. 102 AEUV). Aus einer allgemeineren Perspektive fällt auf, mit welcher Intensität die Europäische Kommission auf reales Nutzerverhalten abstellt. Es ist nicht entscheidend, wie sich Menschen vernünftigerweise verhalten sollten, sondern was sie tatsächlich tun, zum Beispiel was die Nutzung von Suchmaschinen und

⁴⁵ EUROPÄISCHE KOMMISSION, 27.6.2017 – *Google Search (Shopping)*, ABl. 2018 C 9/11. Ein Rechtsmittel ist beim Gericht der EU unter der Rechtssachennummer T-612/17 hängig.

⁴⁶ Auf die zehn bestplatzierten Suchergebnisse auf Seite 1 der Trefferliste entfallen 95% aller Klicks, während das erste Ergebnis auf Seite 2 der Trefferliste nur rund 1% aller Klicks erhält, siehe EUROPÄISCHE KOMMISSION, 27.6.2017 – *Google Shopping*, Pressemitteilung IP/17/1784 <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_de.htm>.

⁴⁷ Vgl. insbesondere EUROPÄISCHE KOMMISSION, 27.6.2017 – *Google Shopping* <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf>, Rz 535 f.

ihrer Ergebnisse betrifft. Der *Google Shopping*-Fall ist damit, wie der ein Jahr später entschiedene *Google Android*-Fall,⁴⁸ ein Beispiel für die Bedeutungszunahme verhaltenswissenschaftlich geprägter Argumente im Kartellrecht.⁴⁹

4. Folgerungen

Irreführende Angaben vor dem Patentamt, realitätsferne Produktankündigungen und Manipulation durch Suchmaschinen sind wichtige Fallgruppen, in denen aus dem Kartellrecht Wahrheits- oder zumindest Objektivitätspflichten folgen können. Andere Beispiele lassen sich leicht finden: Wie schon oben (in Teil II) festgehalten wurde, sind gesundheitsbezogene Sektoren besonders risikoreich, so dass Zweifel an der Gesundheitszuträglichkeit bestimmter Produkte zu grossen Wirkungen am Markt führen. Hier sollte also besondere Vorsicht walten. Nationale Kartellbehörden hatten Fälle zu beurteilen, in denen Hersteller von Originalprodukten Zweifel an der Gleichwertigkeit von Generika streuten. In Abwesenheit einer sachlichen Grundlage wurde dies als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eingestuft.⁵⁰

Neue Fallgruppen entstehen in der digitalen Ökonomie: So kann der verabredete oder einseitige Einsatz von *fake news* gegen das Kartell- oder Missbrauchsverbot verstossen.⁵¹ Ausserdem wird die Frage diskutiert, ob Internetplattformen gesteigerten Objektivitätspflichten unterliegen sollten. Ausgangspunkt hierfür ist die Einsicht, dass Informationen wie z.B. Rankings häufig «Vertrauensgüter» sind: Der Nutzer hat nicht die Möglichkeit, die Qualität der Information zu überprüfen. Er hat also keinen Anlass dazu, auf Qualitätsmängel der Information mit Abwanderung zu einem konkurrierenden Dienst zu reagieren. Es kommt damit zu einem Marktversagen, das der Plattformen dazu nutzen kann, eigene Produkte übertrieben anzupreisen. Die Frage ist gestellt worden, ob man hierauf mit einem Verbot der Ausnutzung von Informationsasymmetrien durch

⁴⁸ EUROPÄISCHE KOMMISSION, 18.7.2018 – *Google Android*, Pressemitteilung IP/18/4581 <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_de.htm>. Ein Rechtsmittel ist beim Gericht der EU unter der Rechtssachenummer T-604/18 hängig.

⁴⁹ Siehe hierzu allgemein HEINEMANN, *Recht, Ökonomie und Realität*, in Waldburger/Sester/Peter/Baer (Hrsg.), *Law & Economics*, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, 31 ff.

⁵⁰ Siehe z.B. die französische AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, 20.12.2017, *Décision 17-D-25 – Fentanyl*.

⁵¹ Siehe z.B. CHAIEHLOUJ, *Fake News et droit de la concurrence: Réflexions au prisme des cas Facebook et Google*, RIDE 2018, 17.

vertikal integrierte Plattformen mit Intermediationsmacht reagieren sollte.⁵² Auch auf diesem Weg kommt es also zu einer kartellrechtlichen Stärkung von Wahrheitspflichten.⁵³

Die Untersuchung des einschlägigen Fallrechts macht deutlich, dass für die Auslegung des Missbrauchsverbots das Kriterium des Leistungswettbewerbs von zentraler Bedeutung ist. *Competition on the merits* liegt dann vor, wenn der Erfolg am Markt auf bessere, innovativere oder billigere Produkte, nicht aber auf die Instrumentalisierung von Marktmacht oder den Einsatz unrichtiger oder irreführender Behauptungen gegründet wird. Mit dem Kriterium des Leistungswettbewerbs wird nicht etwa eine moralische Komponente in das Kartellrecht eingefügt, die sich gegen Lügen als solches wendet. Entscheidend ist vielmehr, dass irreführende Angaben dazu eingesetzt werden, Wettbewerber zu behindern, sei es durch den unberechtigten Erwerb immaterialgüterrechtlicher Ausschlussrechte, durch sachlich nicht gedeckte Produktankündigungen oder durch andere Massnahmen, die verhindern, dass sich Konkurrenten dem unverzerrten Wettbewerb stellen.

Im Gegensatz zum Kartellverbot unterfallen dem Missbrauchsverbot aber nur diejenigen Unternehmen, welche die Schwelle der Marktbeherrschung erreichen, also nur ein kleiner Ausschnitt aus der Gesamtheit der Unternehmen. Im Hinblick auf Verhaltensweisen, die Leistungswettbewerb verhindern, führt dies zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Verengung systemrelevanter Marktregeln. Im Folgenden ist deshalb zu untersuchen, welchen Beitrag das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb dazu leistet, marktwidrige Wahrheitsverletzungen zu unterbinden.

IV. Lüge und Lauterkeitsrecht: Das Gebot der Wahrheit als Grundlage des UWG

Das Wahrheitsgebot ist für das Lauterkeitsrecht von zentraler Bedeutung.⁵⁴ Dies lässt sich bereits am Zweck des Rechtsgebiets erkennen, welches dem Schutz des lautereren

⁵² SCHWEITZER/HAUCAP/KERBER/WELKER, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Düsseldorf 2018, 103 ff. <www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.html>.

⁵³ CRÉMER/DE MONTJOYE/SCHWEITZER, Competition Policy for the Digital Era, Brüssel 2019, 64 <ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.

⁵⁴ HEIZMANN, in Heizmann/Loacker (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Kommentar, Zürich/St. Gallen 2017 (im Folgenden: DIKE UWG-BEARBEITER),

und unverfälschten Wettbewerbs verpflichtet ist.⁵⁵ Mit dem Ausdruck «lauter», was im allgemeinen Sprachgebrauch so viel wie «rein», «aufrichtig» oder «ehrlich» bedeutet,⁵⁶ ist die Geschäftsmoral angesprochen, womit die Fairness im Wettbewerb⁵⁷ gemeint ist.⁵⁸ Der Begriff «unverfälscht» bezieht sich dagegen auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs.⁵⁹ Diese ist gewährleistet, wenn das Spiel von Angebot und Nachfrage funktioniert und eine effiziente Ressourcenallokation stattfinden kann. Das erfordert Transparenz in Bezug auf das Angebot.⁶⁰ Ein Kunde kann sich nur dann für ein Produkt entscheiden, das seinen tatsächlichen Bedürfnissen entspricht, wenn er über zutreffende und wahre Informationen verfügt.⁶¹ Wenn der Wettbewerb aber durch Lügen, Täuschungen oder Irreführungen in seiner Funktion gestört ist, kann nicht mehr sichergestellt werden, dass den Bedürfnissen der Konsumenten nachfragegerecht und mit einem

Art. 1 N 18; MÜLLER, in von Büren/Lucas, Lauterkeitsrecht, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/1, 2. Aufl., Basel 1998 (im Folgenden: SIWR V/1-BEARBEITER), 12; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, in Baudenbacher (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2001 (im Folgenden: Lauterkeitsrecht-BEARBEITER), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 1.

⁵⁵ Siehe dazu den Zweckartikel des schweizerischen UWG (Art. 1). Das Gebot der Wahrheit ist nicht nur zentraler Grundpfeiler des schweizerischen UWG, sondern Bestandteil des Lauterkeitsrechts überhaupt. Siehe z.B. zum Wahrheitsgrundsatz im deutschen Lauterkeitsrecht: PFEIFER/OBERGFELL, in Fezer/Büscher/Obergfell, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bd. 2, §§ 3a bis 20 UWG, Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG, 3. Aufl. 2016, § 5 N 48.

⁵⁶ Siehe <https://www.duden.de/rechtschreibung/lauter_anaestendig_unverdorben>. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Bedeutung des Begriffs «Lauterkeit», wofür Synonyme wie «Ehrlichkeit», «Rechtschaffenheit» oder auch «Reinheit» verwendet werden: <<https://www.duden.de/rechtschreibung/Lauterkeit>>.

⁵⁷ Das Bundesgericht versteht unter Geschäftsmoral die «erwünschte Fairness der Wettbewerber»: BGE 133 III 431 E. 4.3.

⁵⁸ Es geht bei der Geschäftsmoral aber um die Einhaltung der Regeln des kaufmännischen Anstandes, also der Redlichkeit, und nicht um eigene, ethische Moralvorstellungen. Siehe hierzu: Lauterkeitsrecht-BAUDENBACHER (FN 54), Art. 1 N 36 f.; DIKE UWG-HEIZMANN (FN 54), Art. 1 N 16, 19.

⁵⁹ Mit dem Zweckartikel ist also die Geschäftsmoral *und* die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs angesprochen. Siehe DIKE UWG-HEIZMANN (FN 54), Art. 1 N 8, 15; SIWR V/1-MÜLLER (FN 54), 22; JUNG, in Jung/Spitz, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2017 (im Folgenden: SHK UWG-BEARBEITER), Art. 1 N 9; HEINEMANN/KELLERHALS, Wettbewerbsrecht in a nutshell, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, 143; BGE 133 III 431 E. 4.3.

⁶⁰ DIKE UWG-BLATTMANN (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. a N 7; DERS., Art. 3 Abs. 1 lit. b N 1.

⁶¹ DIKE UWG-BLATTMANN (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. b N. 1; PFEIFER/OBERGFELL (FN 55), § 5 N 48.

möglichst schonenden Ressourceneinsatz entsprochen wird.⁶² Das Wahrheitsgebot ist somit nicht nur für den Schutz des lautereren Wettbewerbs, sondern auch für den Schutz des unverfälschten Wettbewerbs ein unverzichtbarer Grundpfeiler.⁶³

1. Unlauteres Verhalten durch Täuschung oder Irreführung

Das schweizerische UWG ist von einem Nebeneinander von Spezialtatbeständen und Generalklausel geprägt. M.a.W. kann sich eine Unlauterkeit sowohl aus den in Art. 3–8 verankerten Spezialtatbeständen als auch aus der in Art. 2 enthaltenen Generalklausel ergeben.⁶⁴ Die Generalklausel sorgt dabei für die notwendige Flexibilität bezüglich neuerer unlauterer Geschäftspraktiken, die (noch) von keinem Spezialtatbestand erfasst sind.⁶⁵ Die Bedeutung des Wahrheits- und Klarheitsgebots für das Lauterkeitsrecht spiegelt sich in den Bestimmungen des UWG deutlich wider. Schliesslich bilden die beiden Gebote die Grundlage der Tatbestandselemente der Täuschung und Irreführung, welche für die Erfüllung zahlreicher Spezialtatbestände die Voraussetzung sind.⁶⁶ Täuschendes Verhalten ist zudem explizit in der Generalklausel als Spezialfall eines Gebarens erwähnt, das gegen Treu und Glauben verstösst und damit als unlauter und widerrechtlich

⁶² Damit ist die allokativen und produktiven Effizienz angesprochen. Zu den Aufgaben des Wettbewerbs gehört zudem, Anreize zu schaffen, das Angebot kontinuierlich zu verbessern (dynamische Effizienz). Ausführlich zum Ganzen: SCHWALBE/ZIMMER, Kartellrecht und Ökonomie, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2011, 4 ff.

⁶³ DIKE UWG-BLATTMANN (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 7; SIWR V/1-STREULI-YOUSSEF (FN 54), 81. Zum Wahrheitsgrundsatz im deutschen UWG: PFEIFER/OBERGFELL (FN 55), § 5 N 48.

⁶⁴ HEINEMANN/KELLERHALS (FN 59), 153, 168. Zur direkten Anwendbarkeit der Generalklausel: DIKE UWG-FERRARI HOFER (FN 54), Art. 2 N 12 ff.

⁶⁵ In Bezug auf das Verhältnis zwischen der Generalklausel und den Spezialtatbeständen herrscht allerdings Uneinigkeit: Während Teile der Lehre die Rechtsprechung des Bundesgerichts unterstützen und die Generalklausel als Auffangbestimmung betrachten, die nur in Betracht kommt, wenn kein Spezialtatbestand zur Anwendung kommt, gehen andere Literaturmeinungen von einer wechselseitigen Ergänzung von Spezialtatbeständen und Generalklausel aus. Zur Rechtsprechung des BGer: BGE 133 III 431 E. 4.1; BGE 131 III 384 E. 3; BGE 122 III 469 E. 8. Gleiche Meinung wie das BGer vertreten: DIKE UWG-HEINEMANN (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. d N 79; SHK UWG-JUNG (FN 59), Art. 2 N 4 f. A.A.: DIKE UWG-FERRARI HOFER (FN 54), Art. 2 N 17, 19 ff.; SIWR V/1-MÜLLER (FN 54), 55 ff.

⁶⁶ Dogmatisch betrachtet geht es bei der Täuschung um die Verletzung des Wahrheitsgebots, während sich die Irreführung auf das Gebot der Klarheit und Transparenz bezieht. In beiden Fällen ist aber die Objektivität einer Information angesprochen. Die beiden Begriffe werden deshalb häufig synonym verwendet. Siehe zum Ganzen: DIKE UWG-FERRARI HOFER (FN 54), Art. 2 N 33, 63. Zur synonymen Verwendung der beiden Begriffe der Täuschung und Irreführung siehe auch: SIWR V/1-STREULI-YOUSSEF (FN 54), 83.

gilt.⁶⁷ Trotz der ausdrücklichen Nennung ist ein Zurückgreifen auf die Generalklausel im Zusammenhang mit Täuschung und Irreführung indes nur in wenigen Fällen notwendig, da die beiden Themenbereiche in den Sondertatbeständen von Art. 3 UWG bereits sehr ausgiebig behandelt werden.⁶⁸

a) Täuschung und Irreführung als Elemente der Sondertatbestände

Das in Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG verankerte Täuschungs- und Irreführungsverbot ist im Hinblick auf das Wahrheitsgebot eine zentrale Bestimmung des UWG.⁶⁹ Die Gesetznorm schützt nicht nur die Geschäftsmoral und damit die faire Wettbewerbspraktik, sondern vielmehr auch die Transparenz hinsichtlich des Angebots, damit das Spiel von Angebot und Nachfrage funktionieren kann.⁷⁰ Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG handelt unlauter, wer sich oder Dritte durch unrichtige oder irreführende Angaben begünstigt. So darf eine Spaghettisauce beispielsweise nicht als Bolognese bezeichnet werden, wenn sie kein Hackfleisch enthält,⁷¹ und bloss vergoldetes Besteck darf nicht als «Goldbesteck» verkauft werden.⁷² Um den Tatbestand zu erfüllen, muss es nicht tatsächlich zu einer Täuschung oder Irreführung kommen. Es reicht aus, wenn für den angesprochenen Durchschnittsadressaten eine Irreführungsgefahr besteht.⁷³

Als Gegenstück zur unrichtigen oder irreführenden Begünstigung fungiert der Tatbestand der unrichtigen oder irreführenden Herabsetzung nach Art. 3 lit. a UWG.⁷⁴ Denn eine Verfälschung des Wettbewerbs durch unrichtige oder irreführende Informationen

⁶⁷ DIKE UWG-FERRARI HOFER (FN 54), Art. 2 N 32.

⁶⁸ DIKE UWG-HEINEMANN (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. d N 79; Lauterkeitsrecht-BAUDENBACHER (FN 54), Art. 2 N 43.

⁶⁹ DIKE UWG-BLATTMANN (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 1, 5, 214.

⁷⁰ BERGER, in Hilty/Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (im Folgenden: BSK UWG-BEARBEITER), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 137; DIKE UWG-BLATTMANN (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 5.

⁷¹ KGer ZH SMI 1990, 202 (zit. nach SHK UWG-JUNG (FN 59), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 33 FN 93).

⁷² BGE 11 IV 180 E. 4.

⁷³ DIKE UWG-BLATTMANN (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 58 mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung.

⁷⁴ SHK UWG-JUNG (FN 59), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 12; DIKE UWG-BLATTMANN (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 217.

kann nicht nur durch eine Besserstellung, sondern auch durch eine Herabsetzung erfolgen.⁷⁵ Auch hierdurch wird das Ziel verfolgt, nicht irgendeinen, sondern fairen und damit funktionsfähigen Wettbewerb zu fördern.⁷⁶ Sowohl bei der Angabe i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG als auch bei der Äusserung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG können nur Aussagen mit einem sachlichen Kern betroffen sein, da nur diese auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden können. Werturteile können hingegen nicht richtig oder falsch sein.⁷⁷ Auch eine an sich wahre Aussage kann irreführend sein. Die Gefahr der Irreführung reicht dabei aus.⁷⁸

Neben diesen beiden vom Anwendungsbereich eher weit gefassten Täuschungstatbeständen bestehen auch sehr spezifische Täuschungsnormen. Auch bei diesen geht es darum, auf dem Markt Angebotstransparenz zu schaffen.⁷⁹ So verbietet Art. 3 Abs. 1 lit. c UWG die Verwendung unzutreffender Titel oder Berufsbezeichnungen. Sich als Rechtsanwalt zu bezeichnen, obwohl man erst einen Masterabschluss in Rechtswissenschaften hat, ist also unzulässig.⁸⁰ Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG untersagt hingegen eine Täuschung durch die Verschleierung von Produkteigenschaften. Wenn es sich z.B. bei einem Auto um einen Occasionswagen handelt, muss in der Werbung auf diese Eigenschaft hingewiesen werden. Es darf insbesondere nicht der Eindruck vermittelt werden, es handle sich dabei um Neuware.⁸¹

Der Wahrheitsgrundsatz ist aber nicht auf die genannten Tatbestände beschränkt. Vielmehr sind die meisten der in Art. 3 UWG aufgeführten Spezialbestimmungen Ausfluss des Wahrheitsgebots. Dazu gehören die Herbeiführung einer Verwechslungsgefahr (Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG),⁸² die unrichtige oder irreführende vergleichende Werbung

⁷⁵ DIKE UWG-BLATTMANN (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. a N 7.

⁷⁶ Lauterkeitsrecht-BAUDENBACHER/GLÖCKNER (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. a N 2 f.; DIKE UWG-BLATTMANN (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. a N 7.

⁷⁷ DIKE UWG-BLATTMANN (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. a N 44; DERS., Art. 3 Abs. 1 lit. b N 11 f.

⁷⁸ DIKE UWG-BLATTMANN (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. a N 56.

⁷⁹ Siehe hierzu z.B.: BSK UWG-BERGER (FN 70), Art. 3 Abs. 1 lit. i N 2.

⁸⁰ Weitere Beispiele finden sich bei DIKE UWG-TOGNI (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. c N 6 ff. Zum Verhältnis von Art. 3 Abs. 1 lit. c zu Art. 3 Abs. 1 lit. b siehe DIKE UWG-BLATTMANN (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 218; DIKE UWG-TOGNI (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. c N 4.

⁸¹ Weitere Beispiele finden sich bei DIKE UWG-FURRER/AEPPLI (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. i N 13 ff.; BSK UWG-BERGER (FN 70), Art. 3 Abs. 1 lit. i N 9 ff. Zum Verhältnis von Art. 3 Abs. 1 lit. i zu Art. 3 Abs. 1 lit. b siehe DIKE UWG-BLATTMANN (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 221; DIKE UWG-FURRER/AEPPLI (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. i N 35 ff.

⁸² Mit der Bestimmung besteht ein eigener wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz, der unabhängig vom Immaterialgüterrecht besteht und gewährleisten soll, dass der Markt leistungsgerecht funktioniert. Siehe DIKE UWG-HEINEMANN (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. d N 5 ff.

(Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG), Lockvogelangebote (Art. 3 Abs. 1 lit. f UWG) sowie die Täuschung über Zugaben (Art. 3 Abs. 1 lit. g UWG). Das Element der Täuschung und Irreführung ist des Weiteren indirekt in den folgenden Tatbeständen enthalten: Adressbuch- und Verzeichnisschwindel (Art. 3 Abs. 1 lit. p und q UWG), Schneeballsysteme (Art. 3 Abs. 1 lit. r UWG) sowie das an eine Leistung des Konsumenten geknüpfte Gewinnversprechen (Art. 3 Abs. 1 lit. t UWG). Täuschung kann zudem im Rahmen von Konsumkrediten eine Rolle spielen (Art. 3 Abs. 1 lit. k–n UWG).

b) Das Täuschungsverbot der Generalklausel

Nach Art. 2 UWG ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren unlauter und widerrechtlich. Aufgrund der Zwecksetzung des UWG, das sowohl den lautereren als auch den unverfälschten Wettbewerb schützt, kann die Generalklausel nicht nur verletzt werden, wenn die durch die Geschäftsmoral gebotenen Regeln der beruflichen Korrektheit nicht eingehalten werden, sondern auch, wenn die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs gefährdet wird.⁸³

In der Praxis haben sich zur Generalklausel verschiedene Fallgruppen herauskristallisiert, die sich schematisch in zwei Gruppen unterteilen lassen: Unlautere Verhaltensweisen gegenüber Kunden (Kundenbeeinflussung, Kundenfang)⁸⁴ sowie unlautere Verhaltensweisen gegenüber Mitbewerbern (Behinderung von Mitbewerbern und Ausbeutung von Mitbewerbern).⁸⁵ Die Unlauterkeit kann sich gemäss dem Wortlaut der Bestimmung insbesondere auch aus dem Element der Täuschung ergeben.⁸⁶ Für die Verletzung der Generalklausel muss nicht tatsächlich eine Täuschung erfolgt sein, das Bestehen einer Gefahr der Täuschung oder Irreführung ist ausreichend.⁸⁷ Zudem kann

⁸³ HEINEMANN/KELLERHALS (FN 59), 168. Siehe auch: Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 18. Mai 1983, BBl. 1983 II 1009, 1043.

⁸⁴ Das Verbot der unlauteren Kundenbeeinflussung resp. des unlauteren Kundenfangs schützt auf der einen Seite die Selbstbestimmung des Kunden, auf der anderen Seite aber auch den Mitbewerber, indem gegen eine ungerechtfertigte Umleitung von Kunden vorgegangen wird. Siehe DIKE UWG-FERRARI HOFER (FN 54), Art. 2 N 61; SHK UWG-JUNG (FN 59), Art. 2 N 36.

⁸⁵ DIKE UWG-FERRARI HOFER (FN 54), Art. 2 N 58; HEINEMANN/KELLERHALS (FN 59), 169 ff.

⁸⁶ Zu den weiteren Umständen, aus denen sich eine Unlauterkeit ergeben kann, gehören etwa die Ausübung von Zwang, Belästigung, Verlockung und die Ausnutzung von Emotionen. Siehe hierzu: DIKE UWG-FERRARI HOFER (FN 54), Art. 2 N 62.

⁸⁷ DIKE UWG-FERRARI HOFER (FN 54), Art. 2 N 34, 63.

nicht nur ein aktives Verhalten, sondern auch ein passives Verhalten, z.B. durch die Unterdrückung von Informationen, zu einer Täuschung geeignet sein.⁸⁸

Wie eingangs erwähnt bleibt im Bereich der Täuschung und Irreführung für die Anwendung der Generalklausel nur wenig Raum.⁸⁹ Beim Tatbestand des Kundenfangs durch Täuschung könnte etwa ein Fall relevant sein, bei dem eine unrichtige oder irreführende Aussage gemacht wurde, die keine Angabe i.S. von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG darstellt. Als Beispiel hierfür dient etwa der Einsatz eines Prominenten-Doubles in einer Werbung, bei der die Imitation nicht deutlich erkennbar ist und daher die Gefahr einer Täuschung besteht. Da es sich hier nicht um Angaben handelt, ist eine Anwendung der Generalklausel vorstellbar.⁹⁰ In Bezug auf eine Ausbeutung von Mitbewerbern durch Täuschung ist beispielsweise an die Herbeiführung einer Verwechslungsgefahr zu denken, die nicht von Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG erfasst ist. Dies kann unter Umständen bei der «sklavischen Nachahmung» der Fall sein.⁹¹ Bei der Behinderung von Mitbewerbern durch Täuschung kommt etwa eine unrichtige oder irreführende Herabsetzung in Frage, bei der es an der Voraussetzung der Äusserung fehlt. Ein möglicher Anwendungsfall ist die Manipulation tatsächlicher Umstände, die dazu führt, dass für Dritte im Wettbewerb ein nachteiliger Eindruck entsteht.⁹²

2. Folgerungen

Das Gebot der Wahrheit und das Verbot der Lüge sind Herzstücke des Lauterkeitsrechts. Auch wenn kontrovers diskutiert wird, ob das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb neben dem Schutz der Wettbewerbsfunktionen auch einen geschäftsmoralischen Ansatz verfolgt, ist doch klar, dass Wahrheit nicht als solche geschützt wird, sondern nur insoweit, als ein Wettbewerbsbezug gegeben ist. Verglichen mit dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot zeichnet sich das Lauterkeitsrecht dadurch aus, dass seine Verhaltensanforderungen die Gesamtheit der Unternehmen erfassen.⁹³ Während das Kartellrecht nur eingreift, wenn besondere Verhaltensformen vorliegen (nämlich Wettbewerbsabreden) oder bestimmte Schwellen von Marktmacht erreicht werden

⁸⁸ DIKE UWG-FERRARI HOFER (FN 54), Art. 2 N 64.

⁸⁹ Siehe FN 68.

⁹⁰ Lauterkeitsrecht-BAUDENBACHER (FN 54), Art. 2 N 44.

⁹¹ Im Detail dazu: DIKE UWG-HEINEMANN (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. d N 80 ff.

⁹² Lauterkeitsrecht-BAUDENBACHER/GLÖCKNER (FN 54), Art. 3 Abs. 1 lit. a N 5.

⁹³ Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der persönliche Geltungsbereich des UWG nicht bei den Unternehmen haltmacht: Jedermann kann gegen das UWG verstossen, wenn sein Verhalten geeignet ist, unternehmerischen Erfolg zu beeinflussen, siehe HEINEMANN/KELLERHALS (FN 59), 148.

(nämlich eine marktbeherrschende Stellung), ist das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb auf alle Verhaltensweisen und auf alle Akteure unabhängig von ihrer Marktstärke anwendbar. Der Vergleich macht deutlich, dass das Lauterkeitsrecht eine nicht nur sehr viel gezieltere, sondern auch umfassendere Bedeutung für das Thema von Wahrheit und Lüge im Wettbewerbsrecht hat als das Kartellrecht.

Der generell-abstrakte Charakter der lauterkeitsrechtlichen Normen garantiert, dass die allgemeinen Wahrheitsanforderungen auch für die digitale Ökonomie gelten. Dennoch ist die Frage berechtigt, ob es hier angesichts der neuen Phänomene spezieller Regeln bedarf. Die Europäische Kommission hat den Vorschlag einer Verordnung vorgelegt, die Fairness und Transparenz für Online-Vermittlungsdienste und Suchmaschinen gewährleisten soll.⁹⁴ Die Regeln sollen sich auf das Verhältnis zwischen Plattform und Unternehmen (P2B) beschränken, weshalb der geplante Text als P2B-Verordnung bezeichnet wird. Der Normcharakter ist nicht wettbewerbsrechtlicher Natur, sondern basiert auf der Binnenmarktcompetenz des EU-Gesetzgebers (Art. 114 AEUV). Allerdings wird aus der Begründung des Vorschlags deutlich, dass seine Notwendigkeit gerade auch darauf gestützt wird, dass weder die kartellrechtlichen Vorgaben für einseitige Verhaltensweisen noch das EU-Lauterkeitsrecht notwendigerweise alle unerwünschten Strategien erfassen.⁹⁵

Für den vorliegenden Zusammenhang sind die Regeln des Verordnungsvorschlags zur Transparenz, zur Klarheit von Ranking-Kriterien und zur Bevorzugung der eigenen Dienstleistungen des Plattformbetreibers besonders einschlägig. So müssen die Nutzungsbedingungen der erfassten Plattformunternehmen klar und eindeutig formuliert sein. Ist dies nicht der Fall, sind die betreffenden Bedingungen unwirksam, allerdings erst nach Feststellung durch das zuständige Gericht (Art. 3 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 P2B-VO). Die wichtigsten Parameter und deren Gewichtung für die Erstellung von Rankings sind zu erläutern. Dazu gehört auch die Angabe, welchen Einfluss von Unternehmen geleistete Vergütungen auf die Rangliste haben. Geschäftsgeheimnisse sind von den

⁹⁴ EUROPÄISCHE KOMMISSION, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, COM(2018) 238 final, 26.4.2018.

⁹⁵ EUROPÄISCHE KOMMISSION (FN 94), 3. Die Lücken des kartellrechtlichen Wegs werden nicht näher erläutert. In erster Linie ist an die Einschränkung des Adressatenkreises in Art. 102 AEUV auf marktbeherrschende Unternehmen zu denken. Ferner könnte gemeint sein, dass zur Feststellung eines Missbrauchs mehr als ein blosses Transparenzmanko erforderlich ist.

Offenlegungspflichten ausgenommen (Art. 5 P2B-VO).⁹⁶ Ausserdem muss der Plattformbetreiber erläutern, ob, und wenn ja, auf welche Weise, er eigene Dienstleistungen im Verhältnis zu Drittanbietern, welche diese Plattformen nutzen, bevorzugt (Art. 6 P2B-VO). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es dem Verordnungsvorschlag nicht darum geht, bestimmte Verhaltensweisen zu verbieten, z.B. ein Selbstbegünstigungsverbot für vertikal integrierte Plattformen einzuführen. Der Vorschlag zielt vielmehr auf die Herstellung von Transparenz, indem Drittanbieter darüber aufzuklären sind, dass die Plattform eigene Dienstleistungen favorisiert und die Geschäftschancen von Drittanbietern insofern verringert.

Das Beispiel der geplanten P2B-Verordnung macht deutlich, dass die neuen Phänomene der digitalen Ökonomie, insbesondere die rasante Bedeutungszunahme vertikal integrierter Internetplattformen, Fragen aufwirft, die spezifische gesetzgeberische Antworten provozieren. Bevor der Gesetzgeber tätig wird, sollte aber jeweils genauestens untersucht werden, ob der generell-abstrakte Ansatz des sektorübergreifenden Wettbewerbsrechts tatsächlich theoretische oder praktische Lücken aufweist. Erst dann sollte eine Spezialgesetzgebung in Betracht gezogen werden. In Bezug auf das vorliegende Thema kann jedenfalls festgehalten werden, dass es eine Tendenz gibt, Transparenz-, Objektivitäts- und Wahrheitspflichten für alle Unternehmen zu statuieren und nicht von der Existenz einer marktbeherrschenden Stellung abhängig zu machen.

V. Fazit

Wahrheit und Lüge sind für das Wettbewerbsrecht in vielerlei Hinsicht relevant: Das Kartellrecht wird verletzt, wenn Unternehmen sich verabreden, unrichtige oder irreführende Aussagen zu machen, oder wenn Marktbeherrscher Unwahrheit zur Beschränkung des Wettbewerbs einsetzen, z.B. indem sie ein immaterialgüterrechtliches Registerrecht erswindeln, das Wettbewerbern den Zutritt zum Markt versperrt. Das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb geht noch einen Schritt weiter: In allgemeiner Form und für alle Marktteilnehmer hält es einen differenzierten Apparat von Spezialbestimmungen bereit, die Wahrheit und Klarheit im Wettbewerb schützen. In Form der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel besteht auch Umgehungsschutz: Art. 2 UWG untersagt ganz allgemein «jedes täuschende [...] Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das

⁹⁶ Entsprechende Transparenzvorschriften sollen auch im Verhältnis von Plattform zu Konsumenten (also P2C) eingeführt werden, siehe EUROPÄISCHE KOMMISSION, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verbraucherrechte-Richtlinie, COM(2018) final vom 11.4.2018, 3.

Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst». Diese Vorgaben stehen nicht nur auf dem Papier, sondern haben hohe praktische Relevanz. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb wird auf dem Zivilrechtsweg durchgesetzt. Dieser steht auch bei Kartellrechtsverstößen zur Verfügung. Im Vordergrund steht hier aber die kartellbehördliche Durchsetzung.

Die Marktwirtschaft baut auf dem Grundprinzip Wettbewerb auf. Gewünscht ist aber nicht irgendein Wettbewerb, sondern Leistungswettbewerb: Unternehmen sollen deshalb Erfolg am Markt haben, weil sie besser, billiger oder innovativer als ihre Konkurrenz sind. Die Attraktivität besserer Leistungen soll nicht durch Täuschung und Irreführung vernebelt werden. Eine Volkswirtschaft kann ihr Potenzial nur dann voll entfalten, wenn die Akteure ihre Entscheidungen auf der Grundlage zutreffender und unverzerrter Informationen treffen. Es ist deshalb folgerichtig, dass das Wettbewerbsrecht, das den Marktmechanismus und den Leistungswettbewerb schützen soll, Anforderungen an die Korrektheit der Unternehmenskommunikation stellt. Wahrheit und Lüge haben also auch einen wettbewerbsrechtlichen Sinn.