

HaWi-Übungen FS 2017, Fall 6

Lösungsschema

Name, Vorname:

Note:

	Bewertete Aussagen	Punkte maximal	Punkte erreicht
	Materielles		
	Frage 1		
	<i>Geltungsbereich des UWG</i>		
1	Vorausgesetzt ist eine Handlung, die objektiv auf eine Beeinflussung des wirtschaftlichen Wettbewerbs angelegt ist und nicht in einem völlig anderen Zusammenhang erfolgt (<i>Wettbewerbshandlung</i> ; Baudenbacher, N 2 ff. vor Art. 2 UWG).	1	
2	Sämtliche Verhaltensweisen des H sind aus objektiver Sicht darauf ausgerichtet, mehr zu verkaufen; es ist also auf eine Beeinflussung des wirtschaftlichen Wettbewerbs angelegt. Die Voraussetzung der Wettbewerbshandlung ist erfüllt. (Ggf. bei Art. 2 bepunktet.)	2	
3	Persönlicher Geltungsbereich: Dreidimensionalität des Lauterkeitsrechts: Nicht nur Konkurrenten, sondern auch unbeteiligte Dritte fallen in den Geltungsbereich des UWG. Vorliegend besteht sogar ein Wettbewerbsverhältnis. Das Gesetz ist auf L GmbH anwendbar.	2	
4	Geografischer Geltungsbereich: Auswirkungsprinzip. Vorliegend unproblematisch.	1	
5	Art. 2 UWG ist eine Generalklausel, Art. 3 ff. Spezialtatbestände: Generalklausel und Spezialtatbestände ergänzen sich wechselseitig in dem Sinne, dass die Generalklausel auch Leitschnur bei der Auslegung der Spezialtatbestände ist (OGer ZG in: sic! 1997, 316). Demnach ist sowohl auf Art. 2 UWG als auch auf die Spezialtatbestände einzugehen. (Punkt kann irgendwo vergeben werden, wenn das Argument kommt.)	1	
6	Teils werden Generalklauseln auch als <i>Lücken intra legem</i> oder einer <i>Delegationslücken</i> bezeichnet, weil der Gesetzgeber die Konkretisierung der Norm an das Gericht delegiert. (Punkt kann irgendwo vergeben werden, wenn das Argument kommt.)	1	
7	Besteht kein <i>Gewohnheitsrecht</i> (dies ist selten der Fall), so sind Lücken nach der <i>Art des Gesetzgebers</i> zu füllen (modo legislatoris); Art. 1 Abs. 2 ZGB (Punkt kann irgendwo vergeben werden, wenn das Argument kommt.)	1	
8	In diesem Rahmen kann und soll das Gericht grundsätzlich frei politisch argumentieren und auch ökonomische, gesellschaftspolitische und ähnliche Argumente berücksichtigen. (Punkt kann irgendwo vergeben werden, wenn das Argument kommt.)	1	

	Bewertete Aussagen	Punkte maximal	Punkte erreicht
9	Bei der Lückenfüllung soll das Gericht insbesondere auf Folgendes Rücksicht nehmen: <ul style="list-style-type: none"> – Bewährte Lehre und Überlieferung (Art. 1 Abs. 3 ZGB; insbesondere sollen bereits von der Praxis gebildete Fallgruppen beachtet werden) – Verfassungsrechtliche Grenzen – Allgemeine Rechtsgrundsätze – Bei Lücken intra legem bildet der vom Gesetz festgelegte Rahmen die Grenze des Richterrechts – Einheit der Rechtsordnung (Analogieschluss als wichtiges Instrument) – Rechtsvergleichung 	1	
10	Im Rahmen des Lauterkeitsrechts wird in der Literatur sodann eine <i>funktionale Auslegung</i> gefordert (vgl. Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, N 47 zu Art. 1 ff. UWG). Es sollen also nicht nur die Interessen der Beteiligten berücksichtigt werden, sondern auch das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb. Die funktionale Auslegung setzt also eine makroökonomische Betrachtungsweise voraus.	1	
	<i>Ausgestaltung der Website</i>		
11	Bei der Ausgestaltung der Website ist aus lauterkeitsrechtlicher Sicht Art. 3 Abs. 1 Bst. s UWG zu beachten (dazu etwa Ahmet Kut/Demian Stauber, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, in: Jusletter 20.2.2012).	1	
12	Die Norm ist anwendbar auf den elektronischen Geschäftsverkehr mit Waren, Werken oder Leistungen. Dies erfasst sämtliche Formen des Online-Geschäfts. Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt, weil eine Website erstellt wird.	2	
13	Die Norm setzt ein Anbieten voraus. Es kommt nicht darauf an, ob es sich um eine Invitatio ad Offerendum oder eine Offerte handelt (Kut/Stauber, a.a.O.). Das Tatbestandsmerkmal ist in jedem Fall erfüllt, obwohl der Sachverhalt diesbezüglich illiquid ist.	1	
14	Nach Art. 3 Abs. 1 Bst. s Ziff. 1 UWG sind klare und vollständige Angaben über Identität und Kontaktadresse, inklusive elektronische Post, zu machen (Impressum). Dies bedeutet: Vor- und Nachnamen des Anbieters oder die korrekte Firmenbezeichnung. Eine E-Mail-Adresse ist nötig; ein Kontaktformular reicht nicht aus. Telefonnummer und Handelsregisternummer sind nicht zwingend.	1	
15	Ziff. 2 verlangt, dass auf die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsabschluss führen, hinzuweisen ist. Genau besehen geht es nicht um technische Details (Serverkommunikation o.dgl.), sondern um den Ablauf aus Kundensicht. Es muss daher genügen, wenn die einzelnen Schritte, die zur Abgabe einer Willenserklärung führen, klar gekennzeichnet sind. Das lässt sich zum Beispiel umsetzen, indem die vom Kunden anzuwählenden Buttons entsprechend beschriftet werden («in den Warenkorb», «zur Kasse», «bestellen») oder diese Information mittels einer graphischen Darstellung (z.B. auf allen Seiten sichtbare Leiste mit den einzelnen Schritten und dem aktuellen Stand. Gutes Beispiel: amazon.com) vermittelt wird (Kut/Stauber, Rz. 69). Dies ist vorliegend korrekt geplant.	2	
16	Angemessene technische Mittel müssen zur Verfügung stehen, mit denen Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkannt und korrigiert werden können (Ziff. 3). Dem Kunden muss vor Abgabe der Bestellung eine Übersicht präsentiert werden.	1	

	Bewertete Aussagen	Punkte maximal	Punkte erreicht
17	Die Bestellung muss elektronisch (i.d.R. per E-Mail) bestätigt werden (Ziff. 4).	1	
	<i>Fernmeldetechnischer Versand von Massenwerbung (Spamming)</i>		
18	Art. 3 Abs. 1 Bst. o UWG regelt den fernmeldetechnischen Versand von Massenwerbung. Vorausgesetzt sind Massenwerbung, fehlender Zusammenhang zu einem angeforderten Inhalt, und fernmeldetechnische Versendung. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ergeben sich eine Reihe von Pflichten für den Absender: Er muss die Einwilligung des Kunden einholen, den korrekten Absender angeben und auf eine problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit hinweisen (SHK-Oetiker, N 9 ff. zu Art. 3 Abs. 1 Bst. o UWG; Rolf H. Weber, E-Commerce und Recht, 2. A. Zürich 2010, 219).	1	
19	Der Begriff der Massenwerbung ist weit zu verstehen. Er umfasst sämtliche nicht an einen ausgewählten Adressatenkreis gerichtete, in grosser Zahl automatisiert versendete gleich lautende Werbung (d.h. Absatzförderung). H beabsichtigt, seinen Kunden regelmässig E-Mails zu senden, um Sonderangebote bekannt zu machen. Das Tatbestandselement ist erfüllt.	2	
20	Fehlender Zusammenhang mit einem angeforderten Inhalt, d.h. der Adressat hat den Inhalt nicht selber angefordert, wie etwa über den Besuch einer Website. Dies ist bei Massen-E-Mail gegeben.	1	
21	Fernmeldetechnische Versendung: Der Begriff ist in Art. 3 Abs. 1 Bst. c FMG definiert und bezeichnet ein elektrisches, magnetisches, optisches oder anderes elektromagnetisches Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk. Bei E-Mail erfüllt.	1	
22	Entsprechend muss der Anbieter die Einwilligung der Kunden einholen. Dies geschieht üblicherweise durch eine „Checkbox“, die der Kunde auf der Website anklickt.	1	
23	Alternatives Tatbestandsmerkmal zur Einwilligung: Wer beim Verkauf von Waren, Werken oder Leistungen Kontaktinformationen von Kunden erhält und dabei auf die Ablehnungsmöglichkeit hinweist, handelt nicht unlauter, wenn er diesen Kunden ohne deren Einwilligung Massenwerbung für eigene ähnliche Waren, Werke oder Leistungen sendet.	1	
24	Der Absender muss korrekt angegeben werden.	1	
25	Die Sendung muss einen Hinweis auf eine problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit enthalten. Die Möglichkeit muss tatsächlich bestehen.	1	
26	Bei der geplanten Verwendung der zugekauften Mailadressen ist Art. 3 Abs. 1 Bst. o UWG verletzt, weil diese Personen nicht in den Versand der Werbung eingewilligt haben. H handelt unlauter (natürlich auch wenn er die anderen Punkte nicht erfüllt).	1	
	<i>Gehäufte Verwendung der Begriffe „Elektronikartikel“ und „Haushalt-elektronik“ im Text</i>		
27	Art. 3 Abs. 1 Bst. b UWG (Täuschung über sich, etc.) Es ist zu prüfen, ob Art. 3 Abs. 1 Bst. b UWG verletzt ist. Tatbestandsmässige Voraussetzungen sind eine „Angabe“, bestimmte Bezugspunkte dieser Angabe (sich selbst, etc.) sowie eine Irreführungsfahr.	1	

	Bewertete Aussagen	Punkte maximal	Punkte erreicht
28	<i>Angabe</i> Entscheidend für das Vorliegen einer Angabe ist, dass beim Adressaten eine Vorstellung mit objektiv überprüfbarem Sinngehalt geweckt wird. Marktschreierische und reklamehafte Äusserungen gehören beispielsweise nicht dazu, weil sie als übertrieben erkennbar sind.	1	
29	Die häufige Verwendung bestimmter Begriffe ist keine Angabe in diesem Sinne. Insbesondere wird dadurch keine irgendwie geartete Vorstellung beim Adressaten geweckt.	1	
30	<i>Bezugspunkt</i> Die Angabe muss sich auf den Werbenden selbst, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung u.dgl. beziehen. Auch dieses Tatbestandsmerkmal ist nicht erfüllt.	1	
31	<i>Irreführungsfahr</i> Nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b UWG müssen die gemachten Angaben irreführend sein. Dies bedeutet zunächst, dass keine tatsächliche Irreführung stattgefunden haben muss, sondern nur, dass eine Irreführungsfahr besteht. Die Irreführung kann durch objektiv wahre oder falsche Angaben erfolgen. Dies ergibt sich aus der Formulierung, wonach die Angaben „unrichtig oder irreführend“ sein müssen.	1	
32	Vorliegend werden aufgrund dieser Begriffe in erster Linie Personen auf die Website geleitet, die tatsächlich nach einem Angebot in der beworbenen Branche suchen. Insofern liegt keine Irreführung vor.	1	
33	<i>Fazit: Art. 3 Abs. 1 Bst. b UWG wird durch eine betont häufige Verwendung von Begriffen im Text der Website nicht verletzt.</i>	1	
34	Art. 3 Abs. 1 Bst. h UWG Unlauter handelt sodann, wer sich besonders aggressiver Verkaufsmethoden bedient und dadurch den Kunden in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt (Art. 3 Abs. 1 Bst. h UWG).	1	
35	Gute Argumente pro / contra aggressive Verkaufsmethode.	1	
36	Problematisch ist im vorliegenden Fall das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit. Der Kunde bleibt, auch wenn er einmal auf eine Website gelockt worden ist, frei, ob er die entsprechenden Angebote annehmen will.	1	
37	<i>Fazit: Art. 3 Abs. 1 Bst. h UWG ist nicht erfüllt.</i>	1	
38	Art. 2 UWG Im Weiteren ist eine Verletzung von Art. 2 UWG zu prüfen. Unlauter ist gemäss Art. 2 UWG jede gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Wettbewerbshandlung. Das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung wurde bereits bejaht. Zu prüfen ist nur noch der Verstoss gegen Treu und Glauben.	1	
39	„Täuschend oder in anderer Weise gegen Treu und Glauben verstossend“: Zu prüfen ist nur der Verstoss gegen Treu und Glauben, weil jede Täuschung ebenfalls einen solchen Verstoss darstellt.	1	
40	Die betont häufige Verwendung bestimmter Begriffe auf einer Website erscheint kaum als Verstoss gegen Treu und Glauben. Sie könnte beispielsweise auch aufgrund von Marketingüberlegungen (besondere Gestaltung der Texte, um überzeugender zu wirken) erfolgt sein.	1	
41	Anders zu urteilen hiesse, die Meinungsäusserungsfreiheit, die auch kommerzielle Kommunikation/Werbung umfasst, und die Wirtschaftsfreiheit unverhältnismässig einzuschränken.	1	
42	Weitere gute Argumente zur häufigen Verwendung der genannten Begriffe.	2	

	Bewertete Aussagen	Punkte maximal	Punkte erreicht
43	<i>Fazit</i>	1	
	<i>Verwendung der Begriffe „Elektronikartikel“ und „Haushaltelektronik“ als weisser Text auf weissem Grund</i>		
44	Art. 3 Abs. 1 Bst. b UWG ist auch hier schon mangels einer <i>Angabe</i> nicht anwendbar, zumal der Adressat die Begriffe gar nicht sieht. (Punktverteilung wie vorne; Punkte nur, falls vorne nicht geprüft.)	2	
45	Gegenargument: Eine direkte „Angabe“ an den Adressaten liegt zwar nicht vor, indessen wird beim Adressaten indirekt via Suchmaschinen der Eindruck geweckt, das Angebot könne für ihn relevant sein (vgl. SHK-Jung, N 74 zu Art. 2 UWG).	2	
46	Art. 3 Abs. 1 Bst. h UWG ist ebenfalls nicht anwendbar (Punkteverteilung vgl. vorne. Punkte nur, falls vorne noch nicht geprüft.)	2	
	Art. 2 UWG		
47	Indessen führt die Verwendung dieser Begriffe als weisser Text auf weissem Grund dazu, dass <i>Suchmaschinen</i> die Relevanz der Seite (d.h. die Position auf der Trefferliste) höher einstufen, als sie angesichts des auf der Seite befindlichen Texts tatsächlich ist.	1	
48	Die Seite wird zwar weiterhin nur von Personen gefunden, die nach Begriffen aus der Branche gesucht haben. Die Tatsache, dass es sich um brancheneigene Begriffe handelt, ändert aber nichts daran, dass sich H gegenüber seinen Wettbewerbern einen Vorteil verschafft, der durch die Texte auf seiner Website so nicht gerechtfertigt ist.	1	
49	In der Verwendung der Begriffe als weisser Text auf weissem Grund könnte daher ein Verstoss gegen Treu und Glauben im Sinne von Art. 2 UWG gesehen werden.	1	
	Dagegen spricht wiederum, dass die Begriffe ja dem Inhalt des Angebots entsprechen. (Vgl. Lucas David/Mark A. Reutter, Schweizerisches Werberecht, 3. A. 2015, N 393)	1	
50	Art. 2 UWG setzt zudem eine objektive Geeignetheit zur Beeinflussung des Wettbewerbs voraus (Baudenbacher, N 28 zu Art. 2 UWG). Gegen eine Anwendung der Norm spricht auch, dass das Ranking einer Suchmaschine nicht unbedingt eine Aussage über die Eignung der angebotenen Produkte zur Befriedigung der konkreten Bedürfnisse eines suchenden Kunden zulässt, was dem durchschnittlichen Nutzer von Suchmaschinen auch bekannt ist. Dies relativiert den Einfluss des Verhaltens des H auf den Wettbewerb.	2	
51	Weitere gute Argumente	2	
52	<i>Fazit</i>	1	
	<i>Verwendung von Hunderten allgemeiner Begriffe als „weisser Text auf weissem Grund“ (Keyword Stuffing)</i>		
53	Art. 3 Abs. 1 Bst. b UWG: Auch hier ist Art. 3 Abs. 1 Bst. b UWG schon mangels einer <i>Angabe</i> nicht anwendbar. (Punktverteilung vgl. vorne; Punkte nur, falls vorne nicht erwähnt.)	2	

	Bewertete Aussagen	Punkte maximal	Punkte erreicht
54	Gegenargument: Im Gegensatz zum Keyword-Advertising, bei welchem der Werbecharakter der Anzeige klar hervortreten sollte, kann der Nutzer durch die nicht erkennbare Suchmaschinenoptimierung über den zu erwartenden Inhalt einer Website irreführt werden, wenn die Suchmaschinenoptimierung mittels sachfremder Begriffe oder gar fremder geschützter Kennzeichen erfolgt. In solchen Fällen kann deshalb durchaus argumentiert werden, es liege ein Verstoß gegen das Verbot irreführender Werbung vor (David/Reutter, Schweizerisches Werberecht, 3. A. 2015, N 394; SHK-Jung, N 73 zu Art. 2 UWG, „Behinderung durch Abfangen“)	2	
55	Auch Art. 3 Abs. 1 Bst. h UWG ist nicht anwendbar (vgl. vorne). Punkte nur, falls noch nicht erwähnt.	2	
56	Art. 2 UWG Die Problematik der Verwendung von allgemeinen Begriffen liegt darin, dass auch Personen angelockt werden, die <i>keine Information aus der Branche</i> suchen (vgl. etwa den Entscheid des Zürcher Obergerichts, SMI 1975, 122; Bait and Switch – wobei bei jenem Entscheid vorausgesetzt war, dass die angelockten Kunden sich sofort für den Kauf entschlossen sollten, während sie vorliegend nur den Namen des Anbieters lesen sollen, um später allenfalls einmal bei diesem einzukaufen).	1	
57	Aus einer <i>funktionalen</i> Perspektive könnte argumentiert werden, dass dieses Werbeverhalten zu wirtschaftlichen Ineffizienzen führt: Suchmaschinen werden beeinträchtigt und die Suchenden brauchen unnötig Zeit, um falsche Treffer auszumerzen, ohne dass die Entscheidungsqualität der Suchenden verbessert würde.	1	
58	Art. 2 UWG setzt denn auch voraus, dass das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern tatsächlich beeinflusst wird (objektive Geeignetheit; Baudenbacher, N 28 zu Art. 2 UWG). Die Methode des Word Stuffing ist heute bei Suchmaschinen nicht mehr wirksam. Die objektive Geeignetheit fehlt.	1	
59	<i>Fazit</i>	1	
60	Weitere gute Argumente	1	
	<i>Verwendung der Domain n-tec.com</i>		
61	In der Schweiz existieren keine Spezialvorschriften zum Schutz von Domainnamen. Die Domain dient lediglich zur technischen Identifikation eines Rechners im Internet, sie kann indessen zugleich auch auf ein Unternehmen hinweisen (vgl. etwa SHK-Spitz/Birkhäuser, N 62 zu Art. 3 Abs. 1 Bst. d UWG).	1	
62	Art. 3 Abs. 1 Bst. d UWG: Zunächst stellt sich die Frage, ob eine Anwendung von Art. 3 Abs. 1 Bst. d UWG möglich ist, gemäss dem unlauter handelt, wer Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen.	1	
63	Massnahmen sind Elemente, bzw. Vorkehren, die geeignet sind, die Waren, Werke oder Leistungen eines Marktteilnehmers oder dessen Geschäftsbetrieb äusserlich zu kennzeichnen und zu individualisieren (SHK-Spitz/Birkhäuser, N 11 zu Art. 3 Abs. 1 Bst. d UWG). Die Verwendung einer Domain ist eine solche Massnahme.	1	
64	Eine Domain ist nur geschützt, wenn sie geeignet ist, ein Geschäft zu identifizieren. Dies ist bei Begriffen des Allgemeinguts in der Regeln nicht der Fall. Vorliegend ist die Domain geschützt, weil der Begriff n-tec ein Geschäft in den Augen des Publikums identifizieren kann.	1	

	Bewertete Aussagen	Punkte maximal	Punkte erreicht
65	Ob eine Verwechslungsgefahr vorliegt, bestimmt sich anhand eines objektiven Massstabs (Durchschnittsadressat).	1	
66	Unklar ist, ob sich die Verwechslung auf die Domain selber oder den Inhalt der Website stützen muss. (SHK-Spitz/Birkhäuser, a.a.O.) Für ersteres spricht, dass in der Regel bereits das Anlocken des Kunden mit unwarhen Angaben als unlauter gesehen wird (SHK-Jung, N 73 zu Art. 2 UWG).	2	
67	Die Verwechslung nach Art. 3 Abs. 1 Bst. d kann sich u.U. auf den Geschäftsbetrieb eines Mitbewerbers beziehen. Dies ist der Fall.	1	
68	Die Registrierung eines Domainnamens (d.h. der Eintrag im entsprechenden Register) allein ohne Verschaltung mit einer Website bewirkt noch keine Verwechslungsgefahr. Erst das Weiterleiten der Besucher auf eine konkrete Seite schafft diese Verwechslungsgefahr.	1	
69	Art. 2 UWG: Auch hier könnte zudem eine Behinderung durch Abfangen von Kunden vorliegen, sofern die Domain tatsächlich verwendet wird (SHK-Jung, N 73 zu Art. 2 UWG).	2	
70	BGer Rspr., wonach Reservation von Domain unlauter (UWG 2), um Ruf auszubeuten	2	
71	<i>Fazit: Die Verwendung der Domain wäre unlauter.</i>	1	
	<i>Beweislastumkehr in AGB</i>		
72	Es ist zu prüfen, ob die geplante Beweislastumkehr (für die Bestellung) in den AGB gültig ist.	1	
73	Art. 8 UWG: Art. 8 UWG stellt ein Element der üblichen Vier-Stufen-Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen dar, die Lehre und Praxis bereits vor dem Inkrafttreten der neuen Fassung der Norm entwickelt haben. Die Stufen der Geltungskontrolle sowie die Unklarheiten- und Ungewöhnlichkeitenregel sind gemäss Aufgabenstellung nicht weiter zu prüfen. (Nur Art. 8 UWG ist formal Lauterkeitsrecht.) Eine Beweislastumkehr dürfte bereits die Ungewöhnlichkeitsregel verletzen. Erstmalige Kunden werden zudem regelmässig die Übernahme der AGB als solche bestreiten, wenn sie die Bestellung als solche bestreiten, sodass die Beweislastumkehr ohnehin nicht greift.		
74	Art. 8 UWG ist, wie insbesondere auch Art. 2 UWG, als Generalklausel ausgelegt.	2	
75	Eine Reihe von AGB-Klauseln wurden bereits im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zu Art. 8 UWG für problematisch erklärt, sodass die Materialien als Konkretisierungshilfe beigezogen werden können. Dies gilt beispielsweise für Freizeichnungsklauseln, die die Haftung für schweres Verschulden einschränken, für Klauseln, die dem Verwender das Recht einräumen, den Vertrag einseitig abzuändern, etwa hinsichtlich Preis, Lieferfristen oder Auflösungsmöglichkeiten oder für Abreden über die automatische Verlängerung befristet abgeschlossener Abonnementsverträge (Votum Schneider-Ammann, AB 2011 N 299). Eine Beweislastumkehr ist allerdings nicht erwähnt.	1	
76	Insoweit als eine abstrakte Inhaltskontrolle stattfindet (um diese geht es hier, weil die AGB allgemein zu prüfen sind), ist jedoch bei Art. 8 UWG eine am durchschnittlichen Vertragspartner orientierte Betrachtungsweise geboten (Jörg Schmid, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, in: ZBJV 148/212, 15).	1	

	Bewertete Aussagen	Punkte maximal	Punkte erreicht
77	Eine Möglichkeit zur Konkretisierung von Generalklauseln liegt in der Rechtsvergleichung. In Deutschland hat sich zur AGB-Kontrolle eine reichhaltige Rechtsprechung entwickelt, die bestimmte Klauseltypen ausdifferenziert. Diese kann möglicherweise beigezogen werden.	2	
78	Die klare textuelle Anlehnung von Art. 8 UWG an die AGB-Richtlinie 93/13/EWG der EU war zudem auch dem Parlament bekannt und vom Gesetzgeber beabsichtigt. Dies spricht dafür, bei der Auslegung und Fortbildung der neuen UWG-Norm (auch) auf das europäische Recht abzustellen.	1	
	Tatbestand:		
79	Es müssen AGB verwendet werden.	1	
80	Allgemeine Geschäftsbedingungen sind typischerweise für eine Vielzahl von Verträgen eines bestimmten Typs vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen bei Abschluss des Vertrages stellt (Gauch/Schluep/Schmid, N 1117). Vorliegend liegen gemäss Sachverhalt AGB vor. Es ist davon auszugehen, dass es sich um AGB im Sinne des Gesetzes handelt.	1	
81	Die AGB müssen zum Nachteil des Konsumenten verwendet werden. Auch hier erfolgt eine explizite Anlehnung an die EU-AGB-Richtlinie, die den Verbraucher in Art. 2 Bst. b definiert als „eine natürliche Person, die bei Verträgen, die unter diese Richtlinie fallen, zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“ (Schmid, 8). Vorliegend geht es um Geräte für den Heimgebrauch, also um Konsumentengeschäfte. Die Beweislast wird diesen Konsumenten auferlegt, d.h. die AGB werden zum Nachteil des Konsumenten verwendet.	2	
82	Es muss ein erhebliches Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten bestehen. Der Massstab hierfür kann durch Rechtsvergleichung erschlossen werden. Argumentation zum Missverhältnis.	3	
83	Diskussion, ob Treuwidrigkeit und Missverhältnis zwei verschiedene Tatbestandsmerkmale darstellen; evtl. separate Diskussion Treuwidrigkeit. Der Verweis auf Treu und Glauben kann ferner als Verweis auf die Notwendigkeit einer Billigkeitsentscheidung gelesen werden.	2	
84	Nach Bst. q des Anhangs der europäischen AGB-Richtlinie (Klauselkatalog) sind Klauseln, die dem Verbraucher die Beweislast auferlegen, die nach dem geltenden Recht einer anderen Vertragspartei obläge, und Klauseln, die den Verbraucher in den ihm zur Verfügung stehenden Beweismitteln ungebührlich einschränken, missbräuchlich.	2	
85	Nach § 309 BGB sind Bestimmungen unwirksam, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert, insbesondere indem er a) diesem die Beweislast für Umstände auferlegt, die im Verantwortungsbereich des Verwenders liegen, oder b) den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen lässt.	2	
86	Sowohl die AGB-Richtlinie als auch das BGB erklären AGB-Klauseln, die eine Beweislastumkehr zulasten des Konsumenten mit sich bringen, für unwirksam. Dies spricht auch für Unwirksamkeit der Bestimmung gestützt auf Art. 8 UWG (so etwa auch Schmid, 13).	2	
87	Rechtsprechung zu Art. 8 UWG ist bisher allerdings kaum vorhanden. Es ist nicht völlig klar, ob das Bundesgericht insbesondere dem in der Literatur geforderten rechtsvergleichenden Ansatz folgen wird.	1	
88	<i>Fazit: Es ist davon auszugehen, dass die Bestimmung zur Beweislast unwirksam ist.</i>	1	

	Bewertete Aussagen	Punkte maximal	Punkte erreicht
	<i>Total Aufgabe 1</i>	114	
	Frage 2		
89	Nach Art. 9 UWG kann, wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird, dem Richter beantragen, eine drohende Verletzung zu verbieten, eine bestehende Verletzung zu beseitigen oder die Widerrechtlichkeit der Verletzung feststellen zu lassen.	1	
90	Vorliegend ist die Klage auf Beseitigung am erfolgversprechenden.	2	
91	n-tec AG ist durch die Massnahmen Heggli in ihren wirtschaftlichen Interessen bedroht. Sie ist damit zur Klage aktivlegitimiert.	1	
92	L-Electronics GmbH bedroht n-tec in diesen wirtschaftlichen Interessen und ist daher passivlegitimiert.	1	
93	Möglich sind ferner Klagen auf Publikation des Urteils oder Mitteilung an Dritte (evtl. der Kunden) und nach Massgabe des OR auf Schadenersatz oder Genugtuung.	2	
94	Insofern als Art. 3 UWG verletzt ist, hätte n-tec zudem die Möglichkeit, Strafanzeige nach Art. 23 UWG einzureichen. Als zur Zivilklage berechtigte ist sie antragsberechtigt.	2	
95	Ein weiterer Weg besteht in einer Beschwerde an die Lauterkeitskommission. Dabei handelt es sich um eine private neutrale, unabhängige Institution der Kommunikationsbranche zum Zweck der werblichen Selbstkontrolle. Die Kommission kann Empfehlungen aussprechen und im Wiederholungsfall Sanktionen erlassen (insbesondere die Publikation des Entscheides).	2	
96	Vorsorgliche Massnahmen	2	
97	Weitere gute Argumente	2	
	<i>Total Aufgabe 2</i>	15	
	<i>Total Punkte Materielles</i>	129	
	<i>Gesamturteil Materielles</i> (Beurteilung mit ungenügend, genügend, gut, sehr gut)		

	Formelles (Beurteilung jeweils mit ungenügend, genügend, gut, sehr gut)		
98	Orthographie		
99	Idiomatik (korrekte Verwendung von Redewendungen)		
100	Interpunktion		
101	Flüchtigkeitsfehler (Falls mehr als ein Flüchtigkeitsfehler pro Seite: Ungenügende Arbeit)		
102	Systematik (Makrostruktur)		
103	Klar erkennbare Subsumtion (Mikrostruktur)		
104	Wissenschaftlicher Apparat und Literaturverzeichnis		
105	Inhaltsverzeichnis		
106	Abkürzungsverzeichnis		
107	Weitere gute Aspekte		
	<i>Gesamturteil Formelles</i>		

	<i>Gesamtnote Fallbearbeitung</i>		
--	-----------------------------------	--	--