

Musterlösung Prüfung Hawi im FS 2020

	Soll
Aufgabe 1	
I. Anspruch der X-Bank gegen B aus OR 312 i.V.m. SchKG 260 I (Die Abtretung muss erwähnt werden entweder in der AGL oder bei der Aktivlegitimation)	3
1. Aktivlegitimation: SchKG 260. Passivlegitimation unproblematisch.	1
2. Vertragsschluss fraglich, da Willenserklärungen für beide Parteien von B abgegeben. Unwirksamkeit wegen Insichgeschäft?	0
a. Grundsatz: Aus OR 814 IV, 718a I folgt, dass die die Vertretungsmacht alle Rechtshandlungen umfasst, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann.	1
b. Insichgeschäfte sind nie vom Gesellschaftszweck gedeckt.	1
c. Ausnahmen:	
- Zustimmung des Vertretenen (GmbH) oder	
- kein Nachteil des Vertretenen (GmbH) zu befürchten.	
- Bei der Einpersonen-GmbH treffen beide Ausnahmen zu, da der wirtschaftliche Eigentümer des Geschäfts diesem zustimmte.	2
d. Daher Geschäft nicht unwirksam wegen Insichgeschäft	1
3. Unwirksamkeit des Darlehens wegen Verstoss gegen OR 814 IV, 718b? (<i>Erkennen des Problems</i>)	2
a. Umstritten, ob blosser Ordnungsvorschrift oder Formvorschrift mit der Rechtsfolge des OR 11 II. Vorliegend können beide Positionen vertreten werden.	1
b. Einwand des Rechtsmissbrauchs: Die Vorschrift des OR 718b soll die GmbH schützen, so dass eine Berufung des B auf sie rechtsmissbräuchlich ist (BGer 4A_545/2019 v. 13.2.2020, E. 5.2).	1
4. Unwirksamkeit wegen Scheingeschäft? B meint, es sei eine Gewinnauszahlung gewollt.	
a. Das simulierte Rechtsgeschäft ist sowohl zwischen den Parteien als auch im Verhältnis zu Dritten unwirksam (BGE 123 IV 61 E. 5c/cc S. 68). Wer sich auf eine Simulation (OR 18 I) beruft, hat den vom Wortlaut des Vertrags beziehungsweise Rechtsgeschäfts abweichenden wirklichen Willen der Parteien zu beweisen (BGE 131 III 49 E. 4.1.1; BGer 4A_545/2019 v. 13.2.2020, E. 5.1).	1
b. Gewinnauszahlung setzt Gewinnverwendungsbeschluss voraus. Der wiederum setzt einen verteilungsfähigen Gewinn voraus. Daran fehlt es, denn ein Jahresüberschuss wurde nicht erzielt (Aktiva 200'000, Passiva: 175'000 Darlehen, 25'000 Stammkapital).	1
c. B wird daher der Beweis einer zulässigen (!) Gewinnentnahme nicht gelingen.	
5. Ergebnis: Anspruch aus OR 312 auf Rückzahlung des Darlehens besteht. Diesen kann der Gläubiger aufgrund von SchKG 260 I geltend machen.	1
	16
II. Anspruch der X-Bank gegen B aus OR 800 i.V.m. OR 678 I, SchKG 260 (Die Abtretung muss erwähnt werden entweder in der AGL oder bei der Aktivlegitimation)	2
1. Aktivlegitimation 678 III = Gesellschaft = Konkursverwaltung und damit gemäss SchKG 260 die X-Bank	1
2. Passivlegitimation OR 678 I = Geschäftsführer	1
3. Ungerechtfertigte Leistung i.S.v. OR 678 I? Es handelt sich um einen speziellen Bereicherungsanspruch, so dass vertraglich Rückzahlungsansprüche vorrangig sind. Anspruch daher zu verneinen.	1
4. Verdeckte Gewinnausschüttung OR 678 II? Nein, Auszahlung soll ja gerade ein Darlehen sein	1
	6

Alternativlösung, wenn oben der Darlehensanspruch verneint oder übersehen wird	
II. Anspruch der X-Bank gegen B aus OR 800 i.V.m. OR 678 I, SchKG 260 (Die Abtretung muss erwähnt werden entweder in der AGL oder bei der Aktivlegitimation)	2
1. Aktivlegitimation 678 III = GmbH (Konkursverwaltung), hier aber die X-Bank (SchKG 260)	1
2. Passivlegitimation OR 678 I = unproblematisch = Geschäftsführer	
3. Ungerechtfertigte Leistung i.S.v. OR 678 I?	1
a. Gewinnausszahlung nur behauptet (kein Gewinnverwendungsbeschluss)	
b. verteilungsfähiger Gewinn? Daran fehlt es, denn ein Jahresüberschuss wurde nicht erzielt (Aktiva 200'000, Passiva: 175'000 Darlehen, 25'000 Stammkapital. Überschuss = 0).	1
c. Böser Glaube des B. Hier zu bejahen, da er als Geschäftsführer genau um die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft wusste	1
d. Die Entnahme war unzulässig.	
Statt OR 678 I kann auch eine verdeckte Gewinnausschüttung gemäss OR 678 II geprüft werden, wenn man in der Buchung als Darlehen eine Verschleierung sieht	1
	8
III. Anspruch der X-Bank gegen B aus OR 827 i.V.m. OR 754	2
1. Aktivlegitimation:	
a. Schaden der Gesellschaft (= mittelbarer Schaden der Gläubiger)	1
b. Dieser kann vom Gläubiger geltend gemacht werden, aber nur im Konkurs. Abtretung nach OR 757 III, SchKG 260. Hier (+)	1
2. Passivlegitimation: B als Geschäftsführer (unproblematisch)	1
3. Schaden:	
a. CHF 30'000 schmälern das Vermögen der GmbH = Schaden (sofern Anspruch aus Darlehen unter I. erkannt und bejaht wurde, fehlt dagegen Schaden)	2
b. CHF 175'000 kein Schaden, denn Verbindlichkeit bestand ja bereits vor der Geldentnahme	2
4. Pflichtverletzung	
a. Verstoss gegen OR 814 IV, 718a (Vertretungsmacht beim Insichgeschäft, hier Einpersonen-GmbH, daher nicht anders möglich) (-)	1
b. Verstoss gegen OR 814 IV, 718b (Schriftform beim Insichgeschäft) (+)	2
c. Entnahme des Geldes raubt GmbH die notwendige Liquidität und daher Verstoss gegen OR 810 II Ziff. 3 (Finanzplanung) oder OR 812 (Sorgfaltspflicht)	2
d. Business Judgment Rule vorliegend ein Interessenkonflikt, weshalb die BJR nicht greift	2
5. Kausalität	
a. Verstoss gegen OR 814 IV, 718b (-), da Schaden auch bei Einhaltung der Formvorschrift eingetreten wäre	1
b. Entnahme des Geldes (+)	1
6. Verschulden (+)	
7. Einreden und Einwendungen:	1
a. Entlastung (Décharge) ist nicht möglich, da an geschäftsführenden Personen nach OR 806a I kein Stimmrecht zukommt und folglich kein entsprechender Beschluss ergehen kann.	1
b. Ferner würde sich die Décharge (OR 758 I) nicht zulasten der Gläubiger auswirken	1
c. keine Verjährung	
8. Ergebnis: Anspruch besteht in Höhe von CHF 30'000	
9. Konkurrenz der Ansprüche: OR 678 und OR 754 können nebeneinander bestehen	1 ZP
	23
IV. Durchgriffshaftung	1
1. Grundlage: Rechtsmissbrauch durch Vermögensvermischung	1
2. Sofern Darlehensvertrag (oben I.) bejaht wird, keine Vermögensvermischung. Andernfalls liegt eine Vermögensvermischung vor und die Durchgriffshaftung ist zu bejahen. Sie ist aber subsidiär zu anderen Ansprüchen	1
	3
Aufgabe 1 Gesamt	48

Aufgabe 2	
I. Wirksamkeit der Statutenänderung über die Nachschusspflicht	
1. Da es sich um eine Universalversammlung handelt, bedarf es keiner formellen Einberufung der GV (OR 805 III 3, V Ziff. 5 i.V.m. 701).	1
2. Die nachträgliche Einführung einer Nachschusspflicht ist zulässig (vgl. OR 797). Sie bedarf der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter (OR 797). Hier (+), da nur B betroffen ist (C noch nicht Gesellschafter) und er zugestimmt hat.	1
3. Der Inhalt der Nachschusspflicht muss umschrieben sein (OR 776a I Ziff. 1, 795 I 1), woran es hier fehlt. Da es aber nur einen Stammanteil gibt und die Nachschusspflicht sich nur auf diesen beziehen kann, bedarf es im vorliegenden Fall keiner näheren Umschreibung. Hieran ändert OR 795a II Ziff. 3 nichts, denn wenn die Statuten keine zusätzliche Gründe auflisten, gilt die gesetzliche Regelung.	1
4. Die Einführung einer Nachschusspflicht bedarf zu ihrer Verbindlichkeit der Aufnahme in die Statuten, also einer Statutenänderung (vgl. OR 776a I Ziff. 1). Diese wiederum muss gemäss OR 780 notariell beurkundet werden, woran es hier fehlt. Rechtsfolge ist die Nichtigkeit.	1
5. Die Nachschusspflicht ist auf das doppelte des Stammanteils begrenzt (OR 795 I 2). Der Umstand, dass C als Gesellschafter beitreten will, lässt diesen Mangel nicht entfallen, da zum Zeitpunkt der Einführung der Nachschusspflicht die Kapitalerhöhung noch nicht wirksam war und daher die Nachschusspflicht auf max. CHF 50'000 begrenzt war. Der Verstoss gegen OR 795 I macht den Beschluss über die Nachschusspflicht nichtig (und nicht nur anfechtbar).	1
II. Wirksamkeit der Kapitalerhöhung	
1. Einberufung der GV unproblematisch (s.o.)	
2. Der Kapitalerhöhungsbeschluss ist öffentlich zu beurkunden (OR 781 V Ziff. 1, 650 II, HRegV 75 I), so dass es an der notwendigen Form fehlt (s.o.). Rechtsfolge ist die Nichtigkeit.	1
3. Der Beschluss muss den gesetzlichen Mindestinhalt aufweisen (OR 781 V Ziff. 1, 650 II, HRegV 75 I). Fehlt dies, wie vorliegend, ist der Beschluss nichtig.	1
4. Für den Ausschluss des Bezugsrechts bedarf es nach OR 781 V Ziff. 2 i.V.m. OR 652b II wichtiger Gründe	1
5. Selbst wenn der Beschluss wirksam wäre, müsste er innert drei Monaten beim Handelsregister angemeldet werden (OR 781 IV). Es handelt sich um eine Verwirkungsfrist, so dass es auf ein Verschulden nicht ankommt.	1
III. Wirksamkeit des Zeichnungsscheins	
1. Der Zeichnungsschein muss den gesetzlichen Mindestinhalt enthalten (OR 781 III 1 i.V.m. 777a I, II Ziff. 1 sowie OR 781 III 2 i.V.m. 652), woran es hier fehlt, da die Anzahl der Stammanteile nicht angegeben ist. Der Mangel des Zeichnungsscheins hat nur dann die Unverbindlichkeit der Zeichnung zur Folge, wenn der Mangel wesentlich ist. Hier fehlt lediglich die Anzahl der Stammanteile, so dass kein wesentlicher Mangel vorliegt.	2
2. Da die Nachschusspflicht immer nur für die Anteile gilt, für die sie beschlossen wurde (OR 797), liegt kein Verstoss gegen OR 777a II Ziff. 1 vor.	1
Aufgabe 2 Gesamt	12
Gesamt Aufgabe 1 und 2	60
Aufbau und Sprache	
- guter Aufbau	1 ZP
- Sprache	1 ZP
- Klarheit der Gedankenführung	1 ZP
Endsumme	63

Aufgabe 3	Punkte: 25
Anwendbarkeit des UWG (Art. 1 und 2 UWG)	3.5
<p>Sachlicher Anwendungsbereich</p> <ul style="list-style-type: none"> • Anwendbar auf Wettbewerbshandlungen <ul style="list-style-type: none"> ○ Jedes Verhalten, das objektiv geeignet ist, das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern zu beeinflussen (marktgeneigt, marktrelevant oder wettbewerbsgerichtet) <ul style="list-style-type: none"> ▪ Spürbarkeit (<i>minima non curat praetor</i>) (stritt.) ○ Wille zu wirtschaftlicher Tätigkeit oder Absicht zur Beeinflussung des Wettbewerbs nicht nötig • Aufgabe a <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>Frau Ringlis Aussagen betreffend Datenschutzstandards sind objektiv dazu geeignet, den Wettbewerb zu beeinflussen, zumal diese Aussage von vielen Menschen gelesen wird (Abgrenzung zu einer rein privaten Nachricht) und diese dazu veranlassen kann, solche Plattformen nicht zu nutzen</i> ○ <i>Es wird auf einige mehr oder weniger bestimmbare Plattformen hingewiesen, nicht pauschal auf alle</i> ○ <i>Verhalten durchaus dazu geeignet, Verhältnis zwischen Mitbewerbern zu beeinflussen</i> • Aufgabe b <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>Behauptung, dass «diese amerikanischen Plattformen» «miese Praktiken» betreiben und sie (Brabbl) «dagegen grössten Wert auf die Einhaltung der Datenschutzstandards legen» ist objektiv dazu geeignet, den Wettbewerb zu beeinflussen</i> ○ <i>Aussage betrifft anderes Unternehmen und wird von mehreren Menschen gelesen, da direkt unter einem vielkonsultierten Post</i> ○ <i>Inhalt der Aussage ist durchaus geeignet, das Verhalten der Nutzer und damit den Wettbewerb zu beeinflussen</i> 	1.75
<p>Persönlicher Anwendungsbereich</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dreidimensionalität des Wettbewerbsrechts (UWG) (Art. 1 UWG) <ul style="list-style-type: none"> ○ Interessen der Unternehmen, Konsumenten und der Allgemeinheit sind gleichermassen geschützt ○ Wettbewerbsverhältnis nicht erforderlich ○ Jeder kann vom UWG erfasst werden (Medien, Wissenschaft, Politiker, Privatpersonen) • Aufgabe a <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>Frau Ringli, Privatperson, steht nicht in einem Wettbewerbsverhältnis mit den Plattformen, aufgrund der Dreidimensionalität des Wettbewerbsrechts aber ohne weiteres erfasst</i> • Aufgabe b <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>Brabbl als Konkurrent und damit klarerweise vom UWG erfasst</i> 	1
<p>Geographischer Anwendungsbereich</p> <ul style="list-style-type: none"> • Marktauswirkungsprinzip (Art. 136 IPRG) • Aufgabe a <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>Die betroffenen Dienste werden in der Schweiz angeboten, Post wird in der Schweiz von vielen Menschen gelesen, betrifft Schweizer Datenschutzstandards. Wirkt sich damit auf die Schweiz aus. Dass es sich um US-Unternehmen handelt, ist irrelevant.</i> • Aufgabe b <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>Konnex mit dem Post von Fr. Ringli, auch dieser Post wird in der Schweiz gelesen und wirkt sich hier aus</i> 	0.75

Zeitlicher Anwendungsbereich i.c. offensichtlich unproblematisch	
Vorbemerkungen	1
Verhältnis von Spezialtatbeständen und Generalklausel <ul style="list-style-type: none"> • Unzulässigkeit nach Spezialtatbeständen oder nach der Generalklausel. Verstoss gegen die Generalklausel kann allerdings nicht strafrechtlich geahndet werden • Vorrang der Spezialtatbestände (strittig, Praxis des BGer, allerdings will ein Teil der Lehre die Generalklausel vor den Spezialtatbeständen prüfen) • Auslegung der Spezialtatbestände im Lichte der Generalklausel 	0.75
Subjektive Aspekte/Motiv/Absicht spielen im UWG grundsätzlich keine Rolle	0.25
Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG, Herabsetzung	8.25
<ul style="list-style-type: none"> • Äusserung <ul style="list-style-type: none"> ○ Äusserung in irgendeiner Form, jedes Kommunikationsverhalten ○ Tatsachenbehauptungen und Werturteile ○ Bestimmte oder bestimmbare Marktteilnehmer ○ Aufgabe a <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Post stellt eine Äusserung dar</i> ▪ <i>Zwar alles relative offene Aussagen («nicht zu sicher fühlen», «kaum Wert gelegt», «Missbrauch kann nicht ausgeschlossen werden»), allerdings durchaus in gewissem Masse überprüfbar → Gemischtes Werturteil oder Tatsachenbehauptung</i> ▪ <i>Äusserung besteht aus einem Titel und drei Aussagen. Der erste Satz erfasst zwar generell alle neuen Kollaborations-Plattformen, allerdings legen der Titel und der nachfolgende Satz ein anderes Verständnis nahe. Die Aussagen werden also mit «Megachat, LetsTalk und Co.» sowie mit «amerikanischen Tech-Unternehmen» verknüpft → mindestens bestimmbar.</i> ○ Aufgabe b <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Post stellt eine Äusserung dar</i> ▪ <i>Im Kontext (Post von Frau Ringli) muss die Aussage «miese Praktiken» auf den Datenschutz bezogen werden, ein anderes Verständnis lässt sich – auch im Gesamtzusammenhang innerhalb des Posts – kaum sinnvoll begründen, daher trotz des wertenden Charakters des Wortes «mies» wohl überprüfbar, daher als Tatsachenbehauptung/gemischtes Werturteil zu verstehen (a.A. bei entsprechender Argumentation vertretbar)</i> ▪ <i>«Wir legen dagegen grössten Wert auf...» ist wohl eine Tatsachenbehauptung/gemischtes Werturteil</i> ▪ <i>Bestimmbarkeit insb. in Verbindung mit dem Post von Fr. Ringli klar gegeben. Mit Verweis auf diesen Post und mit «diese amerikanischen Plattformen» macht Brabbl deutlich, dass es sich um dieselben Plattformen handelt</i> • Beurteilungsmassstab: Unbefangener Durchschnittsadressat • Herabsetzung von Waren, Werken, Leistungen, Preisen, Geschäftsverhältnissen <ul style="list-style-type: none"> ○ Schlechtmachen, Verächtlichmachen, Anschwärzen ○ Aufgabe a <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Jeder Satz für sich ist schon negativ, spätestens aber in Kombination: Datenschutzkritik zusammen mit einer Warnung kann nur negativ verstanden werden. Auch der Hinweis auf einen möglichen</i> 	[Gewisse Aspekte können entweder hier oder unter lit. e einmalig bepunktet werden]

<p><i>Missbrauch dürfte aus Sicht des Durchschnittsadressaten herabsetzend verstanden werden (mit Blick auf diesen letzten Aussagenteil ist auch eine a.A. möglich).</i></p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Produkt (Plattform) fehlerhaft und nicht rechtskonform, weil Verstoss gegen schweizerische Datenschutzstandards</i> ▪ <i>Aussagen machen diese Tech-Unternehmen daher schlecht, schwärzen sie an</i> <p>○ Aufgabe b</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>«miese Praktiken»: Das Zuschreiben von «miesen Praktiken» ist ohne weiteres als herabsetzend zu qualifizieren</i> ▪ <i>«wir legen dagegen grössten Wert auf...»: objektiv herabsetzend, da die Aussage klar ist: Die amerikanischen Unternehmen legen keinen Wert darauf</i> <p>• Qualifikation: Unrichtig, irreführend oder unnötig verletzend</p> <p>○ Unrichtig</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Äusserung stimmt inhaltlich nicht mit Realität überein</i> ▪ <i>Nur Tatsachenbehauptungen oder gemischte Werturteile, der Richtigkeitskontrolle zugänglich</i> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Wahrheitsbegriff aber relativ: Würdigung sämtlicher Umstände/Gesamtzusammenhang</i> <p>○ Irreführend</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Äusserung ist geeignet, beim Adressaten falsche/von der Realität abweichende Vorstellungen hervorzurufen</i> ▪ <i>Berücksichtigung sämtlicher Umstände/des Gesamtzusammenhanges</i> ▪ <i>Objektive Eignung zur Irreführung reicht (effektive Irreführung nicht erforderlich)</i> ▪ <i>Auch wahre Äusserungen können irreführend sein</i> <p>○ Unnötig verletzend</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Zivilrechtlicher Verhältnismässigkeitsgrundsatz</i> ▪ <i>Entgleisungen: Unsachlich, übers Ziel hinausschiessend, sachfremd</i> <p>○ Aufgabe a</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Essenz der Aussage: (meist) amerikanische Unternehmen halten sich nicht an die Datenschutzstandards der Schweiz; Warnung, dass Daten möglicherweise missbraucht werden</i> ▪ <i>Fr. Ringlis Nachfolger hat diese Unternehmen geprüft/prüfen lassen und keine Verstösse festgestellt (gem. SV ist diese Feststellung korrekt). Die Erfahrung von Frau Ringli taugt nicht als Gegenbeweis → Aussage daher wohl unrichtig</i> ▪ <i>Bei entsprechender Argumentation (Falsifizieren von relativen Aussagen ist eher schwierig, s. oben) kann auch vertreten werden, dass die Aussagen irreführend sind, da sie beim Durchschnitts-abnehmer eine falsche Vorstellung erwecken</i> ▪ <i>Unnötig herabsetzend: Der Ton ist eher unhöflich und gerade die Warnung («man sollte sich nicht zu sicher fühlen»; «Missbrauch kann nicht ausgeschlossen werden») ist wenig sachlich. Dennoch wohl zu geringe Entgleisung. Ferner auch nicht relevant, da ohnehin unrichtig/irreführend</i> ▪ Fazit: <i>Äusserung von Frau Ringli fällt unter lit. a, da sie die Unternehmen herabsetzt und die Aussagen unrichtig (oder mindestens irreführend) sind</i> 	
--	--

<ul style="list-style-type: none"> ○ Aufgabe b <ul style="list-style-type: none"> ▪ Aussage von Brabbl ist in Verbindung mit dem Post von Fr. Ringli zu lesen: Prüfung durch obersten Datenschützer hat keinerlei Verstösse offengelegt, in diesem Zusammenhang also kaum «miese Praktiken», Aussage daher unrichtig. ▪ Selbst wenn man behaupten möchte, dass sich die Aussage «miese Praktiken» nicht nur auf den Datenschutz bezieht, wäre die Aussage wohl mindestens als irreführend zu qualifizieren, da es im SV keinerlei Hinweise auf miese Praktiken dieser Unternehmen gibt, die Aussage beim Durchschnittsabnehmer also eine falsche Vorstellung erwecken würde. ▪ Unrichtigkeit ergibt sich auch dadurch, dass gesagt wird, dass man – anders als die amerikanischen Unternehmen – («dagegen») grössten Wert auf die Einhaltung der schweizerischen Datenschutzstandards lege, diese halten sich aber durchaus (auch) an diese Standards ▪ Die Formulierung «miese Praktiken» ist hart und daher wohl als unsachlich zu qualifizieren, ein etwas schärferer Ton ist aber noch zulässig. Da wohl ohnehin unrichtig/mindestens irreführend, ist das i.c. allerdings nicht relevant ▪ Fazit: Aussage herabsetzend und unrichtig (oder mindestens irreführend), daher ist der STB selbst dann erfüllt, wenn man die Ansicht vertritt, die Aussage sei «sachlich» genug 	
Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG, Vergleichende Werbung	6.25
<ul style="list-style-type: none"> • Grundsatz: Zulässig, solange sie sachlich und richtig ist • Selbst- oder Fremdvergleich mit anderen Waren, Werken, Leistungen oder deren Preisen <ul style="list-style-type: none"> ○ Aufgabe a <ul style="list-style-type: none"> ▪ Fremdvergleich fällt auch darunter, es kann also grundsätzlich auch die Aussage eines Dritten (i.c. Fr. Ringli) unter lit. e fallen ▪ Vergleich drängt sich i.c. aber nicht auf, da es an einem eigentlichen Vergleichen fehlt ▪ Alternativ: «grosse (meist amerikanische) Tech-Unternehmen» könnte als Hinweis darauf verstanden werden, dass Tech-Unternehmen aus anderen Ländern das besser machen, dass amerikanische Unternehmen also im Vergleich mit anderen in Sachen Datenschutz schlechter abschneiden ○ Aufgabe b <ul style="list-style-type: none"> ▪ Vergleich: «Miese Praktiken dieser amerikanischen Plattformen», Brabbl legt «dagegen» grössten Wert auf die Einhaltung der schweizerischen Datenschutzstandards → Vergleich zwischen sich und einer Mehrheit von (amerikanischen) Unternehmen, die «miese Praktiken» verfolgen und – anders als Brabbl – keinen Wert auf die Einhaltung der schweizerischen Datenschutzstandards legen ▪ Vergleichsobjekt: Konkurrenz muss nicht ausdrücklich genannt sein. Aus dem Kontext (Post von Frau Ringli) ergibt sich klar, dass es sich um Megachat und LetsTalk (und allenfalls einige andere amerikanische Unternehmen) handelt • Beurteilungsmassstab: Durchschnittsadressat • Unrichtig: <ul style="list-style-type: none"> ○ Äusserung stimmt inhaltlich nicht mit Realität überein 	<p>[Gewisse Aspekte können entweder hier oder unter lit. a einmalig bepunktet werden]</p>

<ul style="list-style-type: none"> ○ Vergleich muss objektiv wahr sein <ul style="list-style-type: none"> ▪ Angaben, auf denen der Vergleich basiert, müssen wahr sein ▪ Nur Vergleichbares kann verglichen werden ● Irreführend: <ul style="list-style-type: none"> ○ Äusserung ist geeignet, beim Adressaten falsche/von der Realität abweichende Vorstellungen hervorzurufen (auch unvollständig, nebensächlich etc.) ● Unnötig herabsetzend: <ul style="list-style-type: none"> ○ Unsachlich, unverhältnismässig (kann auch wahr sein), z.B. wettbewerbsfremde Vergleichsparameter ● Unnötig anlehndend <ul style="list-style-type: none"> ○ Ersatz für.../gleich gut wie... ○ Gilt als unzulässig, auch wenn es zutrifft (stritt.) ● Aufgabe a <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>Wenn man die Ansicht vertritt, dass es sich um vergleichende Werbung handelt → Aussage von Fr. Ringli ist unrichtig oder mindestens irreführend (s. lit. a), damit ist auch der Vergleich nicht korrekt und damit unlauter</i> ● Aufgabe b <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>Unrichtig/irreführend können der Vergleich selbst oder die ihm zu Grunde gelegten Informationen sein</i> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>[Zur Unrichtigkeit/Irreführung sowie zur Sachlichkeit der einzelnen Aussagen kann auf die Subsumtion bei der Herabsetzung verwiesen werden]</i> ○ <i>«miese Praktiken» und «wir legen dagegen grössten Wert» → Aussage des Vergleiches: Die von Fr. Ringli bezeichneten Unternehmen legen keinen Wert auf die Einhaltung schweizerischer Datenschutzstandards, wir (Brabbl) dagegen schon</i> ○ <i>Zumal führende Schweizer Datenschutzexpertinnen und -experten Brabbl gem. SV immer wieder als Vorbild bezeichnen, darf man davon ausgehen, dass Brabbls Aussage zum eigenen Verhalten zutreffend ist</i> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Ob sich Brabbl aber selbst an die Standards hält, ist i.c. nicht mehr relevant, da der Vergleich bereits dann unrichtig (oder irreführend) ist, wenn nur ein Teil des Vergleiches unzutreffend ist, was vorliegend der Fall ist</i> ▪ <i>Wenn die Angaben zu einem Unternehmen falsch sind, kann der Vergleich insgesamt unmöglich richtig sein</i> ○ <i>Fazit: lit. e i.c. erfüllt; Es findet ein Vergleich statt, dieser ist unrichtig oder mindestens irreführend, da die Angaben zu den amerikanischen Tech-Unternehmen nicht stimmen</i> 	
Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG, Irreführung	4.25
<ul style="list-style-type: none"> ● Angaben: <ul style="list-style-type: none"> ○ Mündlich, schriftlich, visuell: Kommunikationsverhalten ○ nachprüfbar, keine reinen Werturteile ○ Angabe zu: Inhaber, Leistung, Preis, Anlass/Natur des Angebots, Geschäftsverhältnissen ● Irreführende Aussagen über sich selbst, erfasst ist auch Fremdbegünstigung (Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG wird teilweise auch als «kleine Generalklausel» angesehen) ● Adressatenleitbild: Durchschnittlicher Adressat ● Irreführung: <ul style="list-style-type: none"> ○ Täuschung: Erwecken von Fehlvorstellung, Wahrheitsgebot 	

<ul style="list-style-type: none"> ○ Irreführung i.e.S.: Verletzung des Klarheitsgebotes ● Aufgabe a <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>Begünstigung Dritter ist erfasst</i> ○ <i>i.c. ist nicht ohne weiteres eine Begünstigung zu erkennen, allerdings könnte in der «Schlechterstellung» der US-Tech-Unternehmen eine Begünstigung anderer Tech-Unternehmen gesehen werden: Auch implizite Aussagen sind erfasst, sofern diesen eine Information entnommen werden kann. Aus der Aussage, dass meist amerikanische Unternehmen kaum Wert auf die Einhaltung von Datenschutzstandards legen, könnte geschlossen werden, dass andere – nicht amerikanische Unternehmen – (zumindest tendenziell) besser sind.</i> ○ <i>Wird dies von einem durchschnittlichen Adressaten so verstanden? i.c. mindestens fraglich. Falls ja: Irreführung durch diese Aussage kann bejaht werden (a.A. bei entsprechender Argumentation vertretbar)</i> ○ Fazit: Irreführung nach lit. b kann bejaht werden, wenn man davon ausgeht, dass sich eine Begünstigung implizit ergibt ● Aufgabe b <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>Alles klare und explizite (schriftliche) Äusserungen «rein schweizerisch», «legen grössten Wert auf die Einhaltung der schweizerischen Datenschutzstandards» sind nachprüfbar und damit als Angaben zu qualifizieren</i> ○ <i>Begünstigende Angaben über sich sowie über die eigenen Waren, Werke, Leistungen (Qualitätsangabe: «legen grössten Wert auf die Einhaltung der schweizerischen Datenschutzstandards»)</i> ○ <i>Diese begünstigenden Angaben sind korrekt:</i> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Aussage betr. «Schweizer Unternehmen» und «legen grössten Wert auf die Einhaltung der schweizerischen Datenschutzstandards» finden Stütze im SV</i> ○ <i>«dagegen legen wir Wert» stellt anderes Unternehmen negativ dar, dadurch implizites Hervorheben der eigenen Leistung?</i> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Auch implizite Aussagen grundsätzlich erfasst, sofern diese als Information verstanden werden. Abwägung i.c. aber weniger relevant als beim Post von Fr. Ringli, da Brabbl in der Folge ohnehin explizit die eigenen Leistungen hervorhebt</i> ○ Fazit: Keine Irreführung nach lit. b, wenn man einzig begünstigende Aussagen berücksichtigt 	
Art. 2 UWG, Generalklausel	0.75 (ZP: 2.5)
<ul style="list-style-type: none"> ● Sofern kein Spezialtatbestand einschlägig ist, Prüfung der Generalklausel ● Aufgaben a und b <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>i.c. klarerweise lit. a resp. lit. e gegeben, somit Prüfung der Generalklausel nicht notwendig.</i> 	0.75
<p>Unzulässigkeit könnte sich ergeben aus:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● [Verhalten oder Geschäftsgebaren, das (objektiv) geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinflussen: <ul style="list-style-type: none"> ○ Verhalten: Jedes Tun, Dulden, Unterlassen, darunter auch «Geschäftsgebaren» ○ Wettbewerbshandlung, also Handlung, die marktrelevant, marktgeneigt oder wettbewerbsgerichtet (Eignung, sich auf Wettbewerb auf bestimmtem Markt auszuwirken) ist <ul style="list-style-type: none"> ▪ Spürbarkeit im Wettbewerb (<i>minima non curat praetor</i>)] (s. Anwendungsbereich des UWG) ● Verstoss gegen Treu und Glauben (nicht ZGB 2) 	ZP: 2.5

- **Fallgruppen**
 - **Aufgabe a**
 - Boykott
 - Aufruf an Dritte, keinen geschäftlichen Kontakt mit einem Unternehmen zu haben
 - Nur bei überwiegendem Interesse rechtmässig
 - *Fraglich, ob Fr. Ringlis Aussage genügt, um als Aufruf zum Boykott angesehen zu werden*
 - *Kein überwiegendes Interesse, da Fr. Ringlis Bedenken offensichtlich unbegründet sind*
 - Zwang gegenüber Abnehmern
 - Unsachliche Werbung, Ausnützung von Angstgefühlen:
 - *Leute werden i.c. nicht in Angst versetzt, um sie zum Kauf zu animieren (aus Angst vor Schaden/Nachteilen), sondern um sie vom Kauf/der Nutzung etc. abzuhalten*
 - **Aufgabe b**
 - Zwang gegenüber Abnehmern
 - Unsachliche Werbung, Ausnützung von Angstgefühlen:
 - *i.c. wird Angst vor der Konkurrenz geschürt und dem gegenüber das eigene Unternehmen mindestens «sicherere Alternative» dargestellt*
 - Behinderung von Wettbewerbsteilnehmern
 - Z.B. Boykott (s.o.)
 - *i.c. kein eigentlicher Aufruf*
 - **Geschäftsmoralischer und funktionaler Ansatz**
 - Geschäftsmoralischer Ansatz
 - Gebot der beruflichen Korrektheit, kaufmännischer Anstand, «fiese Siech-Prinzip»
 - Funktionaler Ansatz
 - Schutz des unverfälschten Wettbewerbs
 - Störung der Funktionen des Wettbewerbs
 - Lenkungsfunktion
 - Verteilungsfunktion
 - Innovationsfunktion
 - **Aufgabe a**
 - *Geschäftsmoralischer Ansatz:*
 - *Schlechtmachen eines Dritten durch unrichtige/irreführende Äusserungen*
 - *Gute Absicht dahinter könnte gegen eine Verletzung der Geschäftsmoral sprechen; Aussage erfolgt aber wider besseres Wissen*
 - *Problem: Beweggrund/Absicht darf im Wettbewerbsrecht keine Rolle spielen, gerade das «fiese Siech-Prinzip» zielt aber genau darauf ab.*
 - *Funktionaler Ansatz*
 - *Lenkungsfunktion: Koordination des Angebots durch die Nachfrage, i.c. Störung der nachfragerrelevanten Markttransparenz durch das Verbreiten falscher nachfrage-relevanter Informationen über Dritte*
→ *Lenkungsfunktion wird gestört, da Abnehmer gestützt*

<p style="text-align: center;"><i>auf falsche Informationen von der Nutzung der Plattformen absehen (und zur Konkurrenz wechseln) könnten</i></p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Aufgabe b <ul style="list-style-type: none"> • <i>Geschäftsmoralischer Ansatz</i> <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>Schlechtmachen eines Dritten («miese Praktiken»), nicht zuletzt, um sich selbst besser darzustellen. Noch dazu ist die Aussage nicht richtig.</i> ○ <i>Brabbl verlässt sich auf die Aussage von Fr. Ringli, weiss nicht, dass die Aussagen unrichtig sind, hat keine «bösen Absichten». Zur Problematik betr. Absicht/Beweggrund s. oben.</i> ○ <i>Allenfalls kann argumentiert werden, Brabbl habe sich bei der Wortwahl vergriffen</i> • <i>Funktionaler Ansatz</i> <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>[zur Lenkungsfunktion s.oben]: Betonen der eigenen Leistung/compliance und Abschreckung vor der Nutzung einiger Konkurrenzdienste gestützt auf unrichtige/irreführende Aussagen</i> 	
Verhältnis der verschiedenen STB zueinander	1
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Irreführender und/oder herabsetzender Vergleich fällt nach h.L. unter Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG</i> • <i>Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG wird oftmals als «kleine Generalklausel» bezeichnet, wird gelegentlich als «Auffangtatbestand» angesehen, der nur zum Zuge kommt, sofern kein anderer STB erfüllt ist</i> • Aufgabe a <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>Beim Post von Fr. Ringli fehlt es wohl an einem Vergleich, Aussage ist aber klar herabsetzend → Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG</i> • Aufgabe b <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>Post von Brabbl: Herabsetzung der Konkurrenz und Aufstellen eines Vergleiches. Herabsetzender Vergleich fällt unter Art. 3 Abs. 1 lit. e</i> • <i>Grundgedanke: STB stehen eigentlich nicht in Konkurrenz zueinander, wenn einer gegeben ist, schliesst dies einen anderen nicht zwingend aus</i> 	

Aufgabe 4	15
Bitte beurteilen Sie diese Vorgänge nach dem schweizerischen Kartellrecht	
Anwendbarkeit des KG	1.25
<ul style="list-style-type: none"> • persönlich: Unternehmen des Privatrechts (Art. 2 Abs. 1 KG) = sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG) <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>i.c.: Megasoft klar als Unternehmen zu qualifizieren</i> • sachlich: Wettbewerbsabrede, Ausübung Marktmacht oder Unternehmenszusammenschluss (Art. 2 Abs. 1 KG) <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>i.c.: Ausübung von Marktmacht</i> • räumlich: Auswirkungsprinzip (Art. 2 Abs. 2 KG) <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>i.c.: Auswirkung in der CH, unabhängig davon, dass es sich um US-Unternehmen handelt</i> • zeitlich: <i>gegeben</i> • Ausschlussgründe nach Art. 3 KG: <i>nicht einschlägig</i> 	
Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG)	
Marktbeherrschendes Unternehmen, Behinderung oder Ausbeutung durch Missbrauch dieser Stellung	
Marktabgrenzung	2
<ul style="list-style-type: none"> • sachlich relevanter Markt: <ul style="list-style-type: none"> ○ Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU analog ○ Substituierbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) <ul style="list-style-type: none"> ▪ Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften oder ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. ○ <i>i.c.:</i> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Situation: Megasoft als Anbieterin eines Betriebssystems. Auf diesem Betriebssystem laufen Apps, u.a. die Plattform Brabbl. Die Nutzer von Doors können nur Apps nutzen, die auf diesem Betriebssystem laufen. Brabbl ist daher darauf angewiesen, dass Megasoft die Brabbl-App «zulässt», um an die entsprechenden Abnehmer zu kommen.</i> ▪ <i>Substituierbarkeit</i> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Stellt man auf die für das Betriebssystem Doors optimierte App-Version von Brabbl ab, kann diese App-Version nur Nutzern des Betriebssystems Doors angeboten werden. Doors wäre demnach nicht substituierbar mit anderen Betriebssystemen.</i> • <i>alternativ:</i> <i>Wenn man davon ausgeht, dass die Brabbl-App in jeweils optimierten Versionen für verschiedene Betriebssysteme verfügbar ist: Anderes Betriebssystem kaum taugliches Substitut, da Abnehmer kaum wegen einer App das Betriebssystem wechseln (hohe Wechselkosten, Skaleneffekte). Ausschluss der Nutzung auf einem bestimmten Betriebssystem führt immer</i> 	

<p>dazu, dass nur ein Teil der potentiellen Nachfrager erreicht werden kann. Der Markt umfasst also auch nach dieser Argumentation ausschliesslich das Betriebssystem Doors</p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>alternativ:</i> Betriebssystem Doors ist für App-Hersteller substituierbar mit anderen Betriebssystemen (gute Argumentation erforderlich). Markt würde nach dieser Argumentation sämtliche Betriebssysteme umfassen. • räumlich relevanter Markt <ul style="list-style-type: none"> ○ Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU analog ○ Nachfrage der Marktgegenseite <ul style="list-style-type: none"> ▪ Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU) ○ <i>i.c.:</i> unproblematisch, da gem. Sachverhalt von Schweizer Markt auszugehen ist • zeitlich relevanter Markt <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>i.c.:</i> kein Hinweis darauf, dass die zeitliche Marktabgrenzung problematisch sein könnte 	
Marktbeherrschende Stellung	2
<p>Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Abstellen auf Begebenheiten im Einzelfall (unter Berücksichtigung von Marktanteilen, Strukturelementen sowie Marktverhalten bzw. Verhalten der Marktgegenseite) • aktueller Wettbewerb/Situation auf dem Markt <ul style="list-style-type: none"> ○ Marktanteile (absolut und relativ) <ul style="list-style-type: none"> ▪ über 50% starke Indizwirkung für Marktbeherrschung ○ Unternehmensstruktur <ul style="list-style-type: none"> ▪ Finanzkraft, technologischer Vorsprung etc. ○ <i>i.c.:</i> zwei Varianten, abhängig von vorgenommener Marktabgrenzung: <ul style="list-style-type: none"> ▪ Markt umfasst einzig Betriebssystem Doors → 100 % Marktanteil in der Schweiz (und weltweit) ▪ Markt umfasst generell Betriebssysteme → Marktanteil von Doors: gem. Sachverhalt 80% in der Schweiz • potentieller Wettbewerb <ul style="list-style-type: none"> ○ Marktzutrittsschranken <ul style="list-style-type: none"> ▪ rechtlich: staatliche Monopole, Immaterialgüterrechte, Importbeschränkungen ▪ faktisch: economies of scale and scope, Netzwerkeffekte, sunk costs ○ <i>i.c. hohe Markteintrittsschranken: hohe Wechselkosten, Netzwerkeffekte, Entwicklung und insb. Etablierung eines neuen Betriebssystems auf dem Markt nur sehr schwer möglich.</i> • Stellung der Marktgegenseite <ul style="list-style-type: none"> ○ Hat die Marktgegenseite eine so starke Position, dass sie auf diesem Weg Einfluss auf den Anbieter eines Betriebssystems nehmen könnte? 	

<ul style="list-style-type: none"> ○ <i>i.c.: keinerlei Hinweise darauf, dass dies möglich ist; allgemeine Lebenserfahrung spricht hier auch dagegen.</i> ● Marktverhalten <ul style="list-style-type: none"> ○ Gelegentlich wird das Verhalten des Marktteilnehmers als Indiz für eine marktbeherrschende Stellung gesehen. Das führt allerdings zu einem Zirkelschluss: Aus dem Verhalten wird geschlossen, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, dies wiederum ist Voraussetzung, das Verhalten selbst als Verstoss gegen das KG zu werten. Das Kriterium daher abzulehnen. ● <i>Ergebnis: Marktanteil des Betriebssystems in der Schweiz ist gem. SV 80 %; abhängig von der Marktabgrenzung kann auch von einer Monopolstellung ausgegangen werden; kaum potentieller Wettbewerb; keine ausreichend starke Position der Marktgegenseite → Marktbeherrschende Stellung auf jeden Fall gegeben</i> 	
Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	1.75
<ul style="list-style-type: none"> ● Verboten wird nicht die Marktbeherrschung, sondern deren Missbrauch ● Missbrauch ist objektiv zu beurteilen, potentielle Beeinträchtigung ist ausreichend ● Missbrauchstatbestände: <ul style="list-style-type: none"> ○ Ausbeutungsmissbrauch (richtet sich gegen die Marktgegenseite) ○ Behinderungsmissbrauch (richtet sich gegen Wettbewerber: Unternehmen werden in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert) ○ (Strukturmissbrauch) ○ <i>i.c. handelt es sich um Behinderungswettbewerb: Brabbl wird in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit auf dem nachgelagerten Markt behindert</i> ● Generalklausel in Art. 7 Abs. 1 KG <ul style="list-style-type: none"> ○ Auf die Generalklausel muss nur zurückgegriffen werden, wenn keiner der Spezialtatbestände greift, allerdings müssen die allgemeinen TB-Merkmale erfüllt sein, die sich aus Abs. 1 ergeben. Die Aufzählung der Spezialtatbestände ist nicht abschliessend. ○ eng angelehnt am EU-Missbrauchs begriff (Art. 102 AEUV), daher Abstützung auf EU-Praxis: <ul style="list-style-type: none"> ▪ „Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen“ ▪ Leistungswettbewerb (strittig): Erfolg auf dem Markt durch Leistung (bessere Produkte, günstigere Konditionen) oder durch Bremsen von anderen, also blosses Profitieren von Marktmacht? 	

<p>Vorbemerkung zur Prüfung der einzelnen Spezialtatbestände:</p> <p>In der vorliegenden Fallkonstellation konnten mehrere Spezialtatbestände geprüft und bejaht werden. Der Schwerpunkt liegt aber auf der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. a KG und der damit verbundenen Problematik der <i>essential facility</i>-Doktrin.</p>	
<p>Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG): Liefer- oder Bezugssperre</p>	<p>4.25</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Grundsatz: Vertrags(abschluss)freiheit, auch bei marktbeherrschenden Unternehmen • Geschäftsverweigerung <ul style="list-style-type: none"> ○ Horizontal und vertikal möglich <ul style="list-style-type: none"> ▪ Mitbewerber: <ul style="list-style-type: none"> • Ausbau der eigenen Stellung auf dem Markt • durch Verweigerung von Zugang: Hinderung, Produkte auf dem beherrschten Markt anzubieten ▪ Unternehmen auf vor- oder nachgelagertem Markt <ul style="list-style-type: none"> • Ausdehnung der beherrschenden Stellung auf die betreffenden Märkte ○ breite Palette von Verhaltensweisen erfasst, die auf eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen hinauslaufen, inkl. Weigerung, Zugang zu einer <i>essential facility</i> oder einem Netz zu gewähren, eine Lizenz für die Nutzung eines immateriellen Guts zu erteilen oder Schnittstelleninformationen offenzulegen ○ Art der Geschäftsverweigerung <ul style="list-style-type: none"> ▪ Nichtaufnahme ▪ Einschränkung/Abbruch <ul style="list-style-type: none"> • Missbrauch ist hier rascher anzunehmen, da eine Geschäftsbeziehung oft mit Abhängigkeit einhergeht ○ <i>i.c.: Brabbl ist auf dem nachgelagerten Markt tätig. Das Funktionieren auf bestimmtem Betriebssystem kann als Geschäftsbeziehung gesehen werden. Megasoft versucht, seine beherrschende Stellung auf den nachgelagerten Markt der Business-Plattformen auszudehnen und führt so einen Abbruch der Geschäftsbeziehung herbei</i> • Produkt, Dienstleistung <ul style="list-style-type: none"> ○ Produkt/Dienstleistung muss unerlässlich sein für wirtschaftliche Tätigkeit auf vor- oder nachgelagertem Markt (gem. einem Teil der Lehre inhärent in Prüfung der Wettbewerbsbehinderung, denn wenn Ausweichen kein Problem wäre, gäbe es auch keine Wettbewerbsbehinderung). <ul style="list-style-type: none"> ▪ fehlende Ausweichmöglichkeit/Substituierbarkeit ▪ objektiv notwendig ▪ wirtschaftliche Tätigkeit ohne Zugang zu diesem Produkt/dieser Dienstleistung massiv erschwert (strittig, teilweise wird Unmöglichkeit verlangt) ▪ Schranken, die es „aussichtslos“ erscheinen lassen, fragliche Dienstleistung/Produkt selbst herzustellen 	

<ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>i.c.: auch hier wieder abhängig von der vorgenommenen Markt- abgrenzung</i> <ul style="list-style-type: none"> • <i>wenn man von einem Markt für Betriebssysteme ausgeht: Ausweichmöglichkeiten bestehen, allerdings nur wenige (gem. Angaben nur 20%)</i> • <i>wirtschaftliche Tätigkeit zweifellos stark erschwert, weil de facto 80% des Marktes wegfallen → wirksames Konkurrenzieren auf dem nachgelagerten Markt somit kaum möglich</i> • <i>handelt sich wohl um einen Fall von Liefersperre</i> • <i>wenn man von einer Monopolstellung ausgeht (Markt umfasst nur dieses eine Betriebssystem): obigen Punkte lassen sich ohne weiteres bejahen</i> • Das Betriebssystem Doors kann vorliegend auch als <i>essential facility</i> betrachtet werden (<i>essential facility</i>-Doktrin als Sonderfall von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG). <ul style="list-style-type: none"> ○ Kontrolle einer wesentlichen Einrichtung: faktisches oder rechtliches Monopol auf wesentliche Infrastruktur (<i>essential facility</i>) <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>i.c.: Bei entsprechender (und überzeugender) Argumentation kann von einer Monopolstellung ausgegangen werden (Argumente ähn- lich wie bei Markt- abgrenzung, siehe oben)</i> ○ Infrastruktur muss unerlässlich sein, um bestimmte Produkte herzu- stellen oder Dienstleistungen zu erbringen (objektiv notwendig) <ul style="list-style-type: none"> ▪ keine sinnvolle Möglichkeit zur Duplizierung/Substituierung. ▪ Im Zusammenhang mit Betriebssystemen kann eine <i>essential facility</i> wohl bereits dann angenommen werden, wenn der Zugang zum Betriebssystem objektiv notwendig ist, um auf einem nach- gelagerten Markt wirksam konkurrieren zu können ▪ <i>i.c.: Zugang zu Betriebssystem stellt für App-Hersteller eine essential facility dar, denn Softwarehersteller können ihre Produkte nicht sinnvoll entwickeln und absetzen, wenn die Lauffähigkeit auf einem bestimmten (relevanten) Betriebssystem nicht gewährleistet ist. Ein Betriebssystem ist aber nicht oder zumindest nicht mit sinnvollem Aufwand duplizierbar</i> 	
<p>Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbe- dingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG)</p>	<p>1.75</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Diskriminierung <ul style="list-style-type: none"> ○ direkte Diskriminierung: marktbeherrschendes Unternehmen wendet ungleiches Verhalten auf äquivalente Sachverhalte an ○ indirekte Diskriminierung: marktbeherrschendes Unternehmen wendet gleichartige Verhaltensweise auf ungleiche Situationen an ○ Diskriminierung liegt namentlich vor, wenn sich das marktbeherrschen- de Unternehmen weigert, mit gewissen Unternehmen Geschäftsbezieh- ungen einzugehen, obwohl es mit vergleichbaren Unternehmen solche unterhält (geschäftsverweigernde Diskriminierung). ○ Das Diskriminierungsverbot greift auch dann, wenn das marktbeherr- schende Unternehmen Wettbewerber in vor- und nachgelagerten Marktstufen anders behandelt als die zum marktbeherrschenden Un- ternehmen gehörenden Wirtschaftseinheiten. 	

<ul style="list-style-type: none"> ○ <i>i.c.:</i> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Megachat, LetsTalk und Brabbl sind in einer äquivalenten Ausgangslage. Megasoft verhindert gezielt die Lauffähigkeit von Brabbl auf dem eigenen Betriebssystem Doors und behandelt Brabbl damit ungleich gegenüber Wettbewerbern (die teils zum Konzern von Megachat gehören) auf dem Markt für Business-Plattformen.</i> ▪ <i>Damit liegt eine direkte (geschäftsverweigernde) Diskriminierung von Brabbl sowohl gegenüber Megasoft resp. Megachat als auch gegenüber LetsTalk vor.</i> ● Handelspartner <ul style="list-style-type: none"> ○ Die Unternehmen können auf vor- oder nachgelagerten sowie auf benachbarten Märkten tätig sein. ○ Es kann sich dabei auch um Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens handeln. ○ Es ist ausreichend, wenn das diskriminierte Unternehmen versucht hat, mit dem marktbeherrschenden Unternehmen bezüglich der fraglichen Leistung zu einer Einigung zu kommen. ○ Erforderlich ist nicht, dass (bereits) eine vertragliche Beziehung besteht. Es reicht aus, wenn Verhandlungen über eine Geschäftsbeziehung angestrebt wurden. ○ <i>i.c.:</i> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>Brabbl ist auf einem nachgelagerten Markt als Konkurrent des marktbeherrschenden Unternehmens (Megasoft) tätig.</i> ▪ <i>Eine vertragliche Beziehung bestand wohl nie, aber Megasoft hat aktiv die zunächst vorhandene Lauffähigkeit von Brabbl auf dem eigenen Betriebssystem Doors obstruiert. Verhandlungen über eine Geschäftsbeziehung erübrigen sich daher.</i> ● <i>i.c.: Das Vorliegen einer Diskriminierung kann bejaht werden (mit guter Argumentation, insb. in Bezug auf die Qualifikation als Handelspartner, kann auch die gegenteilige Ansicht vertreten werden).</i> 	
<p>Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG)</p>	<p>1</p>
<ul style="list-style-type: none"> ● grundsätzlich subsidiär im Verhältnis zu Art. 7 Abs. 2 lit. a KG ● Das marktbeherrschende Unternehmen verhält sich unzulässig, wenn es künstliche Barrieren für den Markteintritt schafft, ohne dass sich diese aus einer normalen Marktentwicklung ergeben würden. ● Von den drei Tatbestandsvarianten ist hier die Einschränkung der technischen Entwicklung relevant: sämtliche Verhaltensweisen, die den Zugang zu technischen Ressourcen verknappen oder aufheben; insb. unzureichende Mitteilung von technischen Daten an weitere Marktteilnehmer, um ihnen die Teilnahme am relevanten Markt zu verunmöglichen ● <i>i.c.:</i> <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>Zugang zum Betriebssystem Doors ist eine technische Ressource, die hier von Megasoft gezielt für Brabbl künstlich verknappt wird.</i> ○ <i>Die Marktentwicklung im Bereich von Betriebssystemen geht normalerweise dahin, dass Apps ohne Beschränkung installiert werden können, denn Hersteller von Betriebssystemen haben ein Interesse an einer</i> 	

<p><i>möglichst breiten Palette von Programmen, die auf ihren Systemen laufen, weil dies die Attraktivität der Betriebssysteme für die Anwender erhöht.</i></p> <ul style="list-style-type: none"> ○ <i>Einschränkung der technischen Entwicklung kann daher vorliegend bejaht werden.</i> 	
<p>Wettbewerbsbeeinträchtigung und Rechtfertigungsgründe (kann für alle Spezialtatbestände gemeinsam geprüft werden)</p>	<p>1</p>
<ul style="list-style-type: none"> ● Beeinträchtigung des Wettbewerbs <ul style="list-style-type: none"> ○ Auswirkungen auf den Wettbewerb, auch Verhinderung des Eintritts von Wettbewerbern auf nachgelagertem Markt ○ Situation auf dem nachgelagerten Markt: Spielt trotzdem noch ausreichend Wettbewerb? ○ verschiedene Lehrmeinungen: Behinderung eines Wettbewerbers reicht vs. Wettbewerb muss insgesamt eingeschränkt sein. ○ <i>i.c.:</i> <ul style="list-style-type: none"> ▪ <i>klarerweise eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt gegeben</i> ▪ <i>Angesichts der Marktanteile der Konkurrenzplattform LetsTalk ist von einer starken Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen, da es Megachat nach «Eliminierung» von Brabbl an Konkurrenz mangelt.</i> ● Rechtfertigung <ul style="list-style-type: none"> ○ ungeschriebener Rechtfertigungsgrund: <i>legitimate business reasons</i> <ul style="list-style-type: none"> ▪ sachliche Gründe für das Verhalten ▪ Effizienzgründe ○ <i>i.c.: kein sachlicher Grund/Effizienzgewinn ersichtlich. Einziger Grund ist die Verdrängung von Brabbl vom nachgelagerten Markt für Business-Plattformen, um die eigene Position auf diesem Markt zu verbessern. Aus wirtschaftlicher Perspektive macht es für Anbieter von Betriebssystemen keinen Sinn, Programme auszuschliessen, weil diese Anbieter von einer möglichst breiten Palette an Programmen profitieren, die auf ihren Betriebssystemen laufen.</i> 	
<p>(Hinweis: Ein Teil der Lehre sieht eine „moderne Prüfweise“ vor, also zuerst Prüfung, ob ein Verhalten missbräuchlich ist, und erst danach Prüfung, ob eine Marktbeherrschung vorliegt. Bei entsprechender Begründung kann für diesen Lösungsweg die gleiche Punktzahl gegeben werden).</p>	