



## Arbeitsrechtlicher Gedankenflug übers UWG

STEFANIE MEIER-GUBSER

*Obwohl das Lauterkeitsrecht auf das Arbeitsrecht anwendbar ist, und das UWG selbst teilweise den direkten Bezug zu Arbeitsverhältnissen macht, setzt sich der Arbeitsrechtler in der Regel wenig mit Lauterkeitsrecht auseinander. Dabei können insbesondere die zusätzlichen zivil- und strafprozessualen Möglichkeiten, die das UWG bietet, interessant sein – oder zur Stolperfalle werden. Typischerweise stellt sich die Frage nach der Schnittstelle zwischen UWG und Arbeitsrecht bei wettbewerbsrelevantem täuschendem Verhalten, der Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen, der Privatbestechung, der Verwertung fremder Leistung oder der Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen. Ein Überblick.*

*Bien que les règles sur la concurrence déloyale s'appliquent également au droit du travail et que la LCD fasse parfois directement référence aux rapports de travail, les spécialistes en droit du travail se penchent rarement sur le droit de la concurrence déloyale. A cet égard, les possibilités supplémentaires qu'offre la LCD en matière de procédure civile et pénale peuvent s'avérer intéressantes, ou au contraire être une pierre d'achoppement. La question de la jonction entre LCD et droit du travail se pose typiquement lors de comportements fallacieux de nature concurrentielle, en cas de violation de secrets de fabrication et de secrets d'affaires, de corruption privée, d'exploitation d'une prestation d'autrui ou de non-respect des conditions de travail. Aperçu.*

### Inhaltsübersicht

- I. Check-in: Einleitung
- II. Boarding: Konzeption des UWG
- III. Abflug: Arbeitsrecht und UWG
  - A. Anwendbarkeit des UWG in arbeitsrechtlichen Konstellationen
  - B. Schnittstellen zwischen Arbeitsrecht und UWG
  - C. Arbeitsrechtliche Wettbewerbshandlung
- IV. Rundflug 1: Individualarbeitsrecht und UWG
  - A. Generalklausel (Art. 2 UWG): Wettbewerbsrelevantes treuwidriges Verhalten
    1. Normzweck und wichtigste Tatbestandsmerkmale
    2. Arbeitsrechtliche Aspekte
    3. Abgrenzungen
  - B. Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden und anderes widerrechtliches Verhalten (Art. 3 UWG)
    1. Herabsetzung/Anschwärzung (Abs. 1 lit. a)
    2. Selbst- oder drittbegünstigende Täuschung und Irreführung (lit. b)
    3. Verwendung unzulässiger Titel oder Berufsbezeichnungen (lit. c)
  - C. Aktive und passive Privatbestechung (Art. 4a UWG)
    1. Normzweck und wichtigste Tatbestandsmerkmale
    2. Arbeitsrechtliche Aspekte
    3. Abgrenzungen
  - D. Verwertung fremder Leistung (Art. 5 UWG)
    1. Normzweck und wichtigste Tatbestandsmerkmale
    2. Arbeitsrechtliche Aspekte
  - E. Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen (Art. 6 und 4 lit. c UWG)
    1. Normzweck und wichtigste Tatbestandsmerkmale
    2. Arbeitsrechtliche Aspekte
    3. Abgrenzungen
  - F. Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen (Sozialdumping, Art. 7 UWG)
  - G. Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen (Art. 8 UWG)
  - H. Rundflug 2: Kollektives Arbeitsrecht und UWG
    1. Unlauteres und widerrechtliches Verhalten nach UWG im Allgemeinen

2. Abwicklung von Gesamtarbeitsverträgen
3. Nichteinhalten von Arbeitsbedingungen (Art. 7 UWG)
4. Klagerecht der Verbände
- V. Landung: Einige Gedanken zur Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche
  - A. Aktiv- und Passivlegitimation
  - B. Verfahrensart
  - C. Zuständigkeit
  - D. Verjährung
- VI. Flugbericht: Fazit

### I. Check-in: Einleitung

Lauterkeitsrecht ist eine klassische Querschnittsmaterie. Seine Fragestellungen reichen namentlich auch ins Privatrecht<sup>1</sup> hinein und umgekehrt. Dieser Gedankenflug soll einen Überblick geben über arbeitsrechtliche Konstellationen, die typischerweise (auch) lauterkeitsrechtliche Fragen aufwerfen können. In Betracht fallen dabei nicht nur das Verhältnis zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer, sondern auch Handlungsweisen Dritter, am Arbeitsverhältnis Unbeteiligter, die dieses beeinflussen können.

Das UWG<sup>2</sup> macht in gewissen Tatbeständen explizit den Konnex zu einem Arbeitsverhältnis, so bei der Ver-

STEFANIE MEIER-GUBSER, lic. iur., Rechtsanwältin, Centre Patronal, Bern.

<sup>1</sup> Das UWG gilt (wie auch das Kartellgesetz) traditionellerweise selber als Teil des Privatrechts, vgl. LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. überarbeitete A., Bern 2012, RZ 14.

<sup>2</sup> Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986, SR 241.

leitung zu Vertragsverletzung (Art. 4 UWG), der Privatbestechung (Art. 4a UWG), der Verwertung einer fremden Leistung (Art. 5 UWG) oder der Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen (Art. 7 UWG). Aber auch weitere Tatbestände können eine arbeitsrechtliche Relevanz aufweisen.

Der Arbeitsrechtler setzt sich in der Regel wenig oder nur am Rande mit dem UWG auseinander. Auch Literatur und Rechtsprechung beschäftigen sich wenig mit lauterkeitsrechtlichen Aspekten im Arbeitsrecht. Lauterkeitsrechtliche Überlegungen können indessen insbesondere in zwei Situationen interessant sein: 1. wenn keine (genügende) vertragliche Anspruchsgrundlage besteht, um gegen den Verletzer vorzugehen und 2. wegen der (zusätzlichen) zivil- und strafprozessualen Möglichkeiten des Klägers im UWG. Der vorliegende Aufsatz soll aus relativ hoher Flughöhe mögliche Ansatzpunkte aufzeigen und Gedankenanstösse zur Prüfung allfälliger lauterkeitsrechtlicher Ansprüche liefern. Im Einzelfall wird man um die vertiefte Auseinandersetzung mit der Kasuistik der jeweiligen UWG-Tatbestände und der entsprechenden einschlägigen Literatur und Rechtsprechung nicht herumkommen.

## II. Boarding: Konzeption des UWG

Das UWG schützt den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten.<sup>3</sup> Es dient damit nicht ausschliesslich dem Schutz der Institution Wettbewerb als solcher, sondern auch demjenigen von Konsumenten- und Allgemeininteressen.<sup>4</sup> Unlauteres Handeln muss nicht vom Konkurrenten ausgehen, sondern kann auch durch Dritte begangen werden. Das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses wird nicht vorausgesetzt. Indessen sind nur Wettbewerbshandlungen relevant, d.h. Verhaltensweisen, die «objektiv auf eine Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse angelegt» und «marktrelevant, marktgeneigt oder wettbewerbsgerichtet» sind.<sup>5</sup> Der Begriff der Wettbewerbshandlung ist weit zu fassen. Es braucht keine tatsächliche Beeinflussung des Wettbewerbs, sondern es genügt die objektive Eignung der Handlung zur Beeinflussung des Wettbewerbs. Auf rein

private oder betriebsinterne Vorgänge ist das UWG indessen nicht anwendbar.<sup>6</sup>

In seiner Generalklausel (Art. 2 UWG) und in mehreren nicht abschliessenden Spezialtatbeständen (Art. 3–8 UWG) listet das Gesetz lauterkeitsrechtlich inkriminiertes Verhalten auf. Unlauter und damit widerrechtlich ist grundsätzlich «jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst». <sup>7</sup> Insbesondere stellen gewisse Werbe- und Verkaufsmethoden und anderes widerrechtliches Verhalten (Art. 3 UWG), die Verleitung zu Vertragsverletzung oder -auflösung (Art. 4 UWG), die Privatbestechung (Art. 4a UWG), die Verwertung fremder Leistung (Art. 5 UWG), die Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen (Art. 6 UWG), die Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen (Art. 7 UWG) sowie die Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen (Art. 8 UWG) unlautere Wettbewerbshandlungen dar. Zur Beantwortung der Frage, ob eine bestimmte Verhaltensweise nach UWG unlauter und damit widerrechtlich ist, prüfen Praxis und Rechtsprechung die Spezialtatbestände vor der Generalklausel, was aus dogmatischen Gründen bedauert werden kann<sup>8</sup>, für die Rechtsanwendung aber regelmässig praktischer ist. Ist ein Spezialtatbestand nicht erfüllt, kann eine Verhaltensweise immer noch unter die UWG-Generalklausel fallen. Allerdings kann nicht auf dem Umweg übers UWG eine Handlung verboten werden, die spezialgesetzlich erlaubt ist und umgekehrt.

Den lautereren und unverfälschten Wettbewerb schützt das UWG sowohl mit zivil-<sup>9</sup>, als auch mit verwaltungs-<sup>10</sup> und strafrechtlichen<sup>11</sup> Mitteln. Die vorsätzliche Begehung unlauteren Wettbewerbs kann – ausser in den Fällen der Verletzung der Generalklausel, der Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen und der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen – sowohl lauterkeitszivil- als auch lauterkeitsstrafrechtlich verfolgt werden. Zivilrechtlich besteht nebst den Rechtsbehelfen des Obligationenrechts (Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe) ein Klageanspruch auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung der Verletzung sowie die Möglichkeit, die Mitteilung oder Veröffentlichung des Urteils zu ver-

<sup>3</sup> Art. 1 UWG (Zweckartikel).

<sup>4</sup> Siehe beispielsweise die per 1. Juli 2012 in Kraft gesetzte Möglichkeit einer AGB-Inhaltskontrolle bei Konsumentenverträgen (Art. 8 UWG); bereits Art. 1 UWG (Zweckartikel) bildet mit der Formulierung «im Interesse aller Beteiligten» die Gleichwertigkeit der Interessen von Wirtschaft, Konsument und Allgemeinheit ab (sog. genannte Schutzzwecktrias oder Dreidimensionalität des UWG).

<sup>5</sup> BGE 120 II 76 E.3a.

<sup>6</sup> RETO M. HILTY, Basler Kommentar UWG, Basel 2013, N 26 zu Art. 2.

<sup>7</sup> Art. 2 UWG (Generalklausel).

<sup>8</sup> Z.B. DAVID/JACOBS (FN 1), RZ 39.

<sup>9</sup> Art. 9 ff. UWG.

<sup>10</sup> Art. 16 ff. UWG.

<sup>11</sup> Art. 23 UWG.

langen. Strafrechtlich ist unlauteres Handeln ein Vorsatz- und Antragsdelikt, ausser die Verletzung der Preisbekanntgabepflicht gegenüber Konsumenten, die auch bei fahrlässiger Begehung strafbar ist.

Lauterkeitsrechtliche Ansprüche bestehen grundsätzlich autonom und neben anderen Gesetzesbestimmungen, weil sich die Schutzobjekte in der Regel unterscheiden.<sup>12</sup> Konkurrenzen und Abgrenzungen müssen jedoch im Einzelfall abgeklärt werden.<sup>13</sup>

### III. Abflug: Arbeitsrecht und UWG

#### A. Anwendbarkeit des UWG in arbeitsrechtlichen Konstellationen

Sowohl aus dem UWG selbst als auch aus Lehre und Rechtsprechung ergibt sich, dass das Lauterkeitsrecht auf Arbeitsverhältnisse respektive arbeitsrechtliche Konstellationen anwendbar ist.<sup>14</sup> Schnittstellen zwischen Arbeitsrecht und UWG können sich insbesondere aus Vertragsrecht, Persönlichkeitsrecht und Deliktsrecht ergeben.

Das Lauterkeitsrecht dient «dem Schutz der kollektiven Interessen der Marktgegenseite».<sup>15</sup> Nicht anwendbar ist das UWG deshalb dort, wo diese Kollektivinteressen nicht berührt sind, weil es diesfalls an der vorausgesetzten Wettbewerbshandlung fehlt. Die Wettbewerbsrelevanz wird in der Regel bei einem isolierten vertragsrechtlichen Verstoss fehlen,<sup>16</sup> kann hingegen aber vor allem in vor- oder nachvertraglichen Phasen oder bei einem Verhalten mit Aussenwirkung sowie bei einem Eingriff durch Dritte in ein fremdes Arbeitsverhältnis gegeben sein.

<sup>12</sup> So Lehre und seit Aufgabe der sog. Umwegtheorie auch bundesgerichtliche Rechtsprechung explizit für das Verhältnis zwischen Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht. Zum Verhältnis des privaten Lauterkeitsrechts zum allgemeinen Privatrecht s. PETER JUNG, Stämpflis Handkommentar zum UWG, Bern 2010, N 10 ff. Einleitung.

<sup>13</sup> Nach Auffassung des Bundesgerichts ist «grundsätzlich davon auszugehen, dass die jeweils spezifischen Schutzvoraussetzungen für jedes beanspruchte Recht eigenständig zu beurteilen sind» (Urteil des BGer vom 26.5.2009, 4 A\_86/2009, E. 4.1).

<sup>14</sup> Anders das Kartellgesetz: Das KG von 1962 und 1985 erklärte das Kartellrecht als nicht anwendbar «auf Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, soweit sie ausschliesslich das Arbeitsverhältnis» betrafen (Art. 1 KG 1962 und Art. 1 KG 1985). Das geltende KG von 1995 nimmt Arbeitsverhältnisse nicht mehr explizit von seiner Anwendbarkeit aus, trotzdem ist die Nichtanwendbarkeit des geltenden KG auf Arbeitsverhältnisse auch aufgrund der Materialien anerkannt. s. dazu STEFAN KELLER, Der Gesamtarbeitsvertrag – ein Kartell?, in: sic! 3/2009, 214.

<sup>15</sup> JUNG (FN 12), N 10 Einleitung.

<sup>16</sup> JUNG (FN 12) N 15 Einleitung.

#### B. Schnittstellen zwischen Arbeitsrecht und UWG

Das Lauterkeitsrecht hat in den letzten Jahren an Dynamik und Bedeutung gewonnen.<sup>17</sup> Wurden bis heute vorwiegend die Schnittstellen zum Persönlichkeitsschutz nach ZGB,<sup>18</sup> zum wettbewerbsrechtlichen Schwestererlass Kartellgesetz,<sup>19</sup> zum Immaterialgüterrecht oder zu einzelnen Bestimmungen des Strafgesetzbuches<sup>20</sup> diskutiert, rücken zunehmend auch Schnittstellen zu weiteren Rechtsgebieten in den Fokus.

Aus arbeitsrechtlicher Sicht stehen dabei typischerweise Themenkomplexe um die Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen, die Privatbestechung, die Verwertung fremder Leistung oder die Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen im Zentrum. Aber auch die Generalklausel sowie weitere Spezialtatbestände können einen direkten Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis aufweisen. Für die Arbeitgeberinnen können namentlich die Klagen gegen den Geschäftsherrn (Art. 11 UWG) zum lauterkeitsrechtlichen Fallstrick werden: Sie können für unlautere Wettbewerbshandlungen ihrer Arbeitnehmer, die diese bei «dienstlicher oder geschäftlicher Verrichtung» begehen, lauterkeitszivilrechtlich eingeklagt werden auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung der Verletzung sowie Veröffentlichung respektive Bekanntgabe des Urteils (nicht aber auf Schadenersatz, Genugtuung oder Herausgabe des Gewinns).<sup>21</sup> Zudem ist strafrechtlich die Teilnahme der Arbeitgeberin an unlauteren Wettbewerbshandlungen des Arbeitnehmers und umgekehrt nach den allgemeinen Regeln denkbar und möglich.<sup>22</sup> Last but not least sieht Art. 102 Abs. 2 StGB vor, dass bei der aktiven Privatbestechung (Art. 4a Abs. 1 UWG) unabhängig von der Strafbarkeit einer natürlichen Person auch das Unternehmen bestraft werden kann, wenn ihm vorzuwerfen ist, «dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern».

Zwar kann durch die Klagemöglichkeit gegen den Geschäftsherrn und die strafrechtliche Teilnahme am lauterkeitsrechtlichen Delikt grundsätzlich jeder Tatbestand

<sup>17</sup> PETER JUNG/PHILIPPE SPITZ, Stämpflis Handkommentar zum UWG, Bern 2010, Vorwort.

<sup>18</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB), SR 210.

<sup>19</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG), SR 251.

<sup>20</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB), SR 311.0.

<sup>21</sup> Art. 11 i.V.m. Art. 9 UWG.

<sup>22</sup> Art. 23 ff. UWG.

einen Konnex zum Arbeitsrecht aufweisen, im Folgenden soll jedoch nur auf diejenigen Tatbestände eingegangen werden, bei denen sich typischerweise die Frage nach der Schnittstelle zwischen UWG und Arbeitsrecht stellt, die also einen direkten arbeitsrechtlichen Bezug haben.<sup>23</sup> Ausgeklammert werden Tatbestände, die dem Konsumentenschutz, dem Schutz vor Adressbuchschiwindel sowie vor Schneeballsystemen dienen, respektive gewisse Anforderungen an den elektronischen Geschäftsverkehr stipulieren.<sup>24</sup> Dabei folgt der arbeitsrechtliche Gedankenflug – unterteilt in je einen Rundflug übers Individualarbeitsrecht und übers kollektive Arbeitsrecht – der Systematik des Gesetzes, fasst indessen dort, wo es sinnvoll erscheint, gewisse Tatbestände zusammen.

### C. Arbeitsrechtliche Wettbewerbs-handlung

Voraussetzung für ein UWG-relevantes Verhalten ist, wie bereits erwähnt, eine Wettbewerbshandlung, deren Begriff weit zu fassen ist, rein private oder betriebsinterne Handlungen jedoch ausschliesst. Eine Wettbewerbshandlung ist nur dort möglich, wo Wettbewerb, sprich Markt, besteht. Da der Verletzer nicht Wettbewerber zu sein braucht, ist das Bestehen eines Markts nur, aber immerhin, in Bezug auf den Verletzten zu prüfen. Dieser muss sodann in seinen wirtschaftlichen Interessen verletzt sein,<sup>25</sup> eine rein ideelle Verletzung genügt nicht.

In arbeitsrechtlicher Hinsicht darf in Bezug auf den Arbeitsmarkt, verstanden als Angebot und Nachfrage von Arbeitsstellen und Arbeitskräften, immer von einem Wettbewerb ausgegangen werden. Als Verletzter auf diesem Markt kommen sowohl der Arbeitnehmer als auch die Arbeitgeberin in Frage. Obwohl beide Parteien Abnehmer einer Leistung der anderen sind, gelten sie nicht als Kunden im Sinne des UWG. Diese Auslegung wäre zu weit. Die Normen, die ausschliesslich dem Konsumentenschutz dienen, sind daher auf Arbeitsverhältnisse nicht direkt anwendbar. In aller Regel wird sodann die Arbeitgeberin als Unternehmen mit ihrem Angebot im Wettbewerb stehen<sup>26</sup> und kann durch eine Handlung ihres Arbeitnehmers oder eines Dritten in ihrer diesbezüglichen Stellung verletzt oder gefährdet werden.

Die arbeitsrechtliche Wettbewerbsbehandlung, wie sie diesem Aufsatz zugrunde liegt, ist also entweder relevant in Bezug auf den Arbeitsmarkt oder auf den Markt, in dem sich die Arbeitgeberin bewegt.

## IV. Rundflug 1: Individualarbeitsrecht und UWG

### A. Generalklausel (Art. 2 UWG): Wettbewerbsrelevantes treuwidriges Verhalten

Gemäss Generalklausel ist jedes täuschende oder in anderer Weise treuwidrige wettbewerbsrelevante Verhalten unlauter und damit widerrechtlich. Die Verletzung der Generalklausel ist nicht unter Strafe gestellt.

#### 1. Normzweck und wichtigste Tatbestandsmerkmale

Das Gesetz betitelt die Generalklausel als Grundsatz. Die Norm ist einerseits im Zusammenhang mit dem Zweckartikel, andererseits mit den Spezialtatbeständen von Art. 3–8 UWG zu verstehen. Zweckartikel und Spezialtatbestände können in die Interpretation der Generalklausel miteinflussen wie auch umgekehrt. Die Spezialtatbestände sind mithin gesetzlich geregelte Anwendungsfälle der Generalklausel.<sup>27</sup>

Die wichtigsten Tatbestandsmerkmale der Generalklausel sind:

- Verhalten oder Geschäftsgebaren (Tun oder Unterlassen)
- täuschend oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossend
- Wettbewerb beeinflussend.

Die Begriffe «Verhalten und Geschäftsgebaren» der Generalklausel sind weit auszulegen und erfassen sowohl ein Tun als auch ein Unterlassen.<sup>28</sup> Der lauterkeitsrechtliche Begriff von Treu und Glauben ist aufgrund seines wettbewerbslichen Bezugs nicht deckungsgleich mit demjenigen von Art. 2 ZGB.<sup>29</sup>

#### 2. Arbeitsrechtliche Aspekte

Der einfache Verstoss gegen arbeitsvertragliche Pflichten wird in der Regel kein unlauteres Verhalten darstellen.

<sup>23</sup> Art. 2/3 Abs. 1 lit. a-c/Art. 4a/Art. 5/Art. 6 (i.V.m. Art. 4 lit. c)/Art. 7 UWG.

<sup>24</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. d-u/Art. 4 lit. a und d/Art. 8 UWG.

<sup>25</sup> Art. 9 Abs. 1 UWG.

<sup>26</sup> So m.E. auch Behörden, sofern und soweit sie eine Marktleistung erbringen.

<sup>27</sup> LORENZA FERRARI HOFER/DAVID VASELLA, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht UWG, Zürich 2012, N 5 zu Art. 1 und 2.

<sup>28</sup> HILTY (FN 6), N 24 zu Art. 2.

<sup>29</sup> HILTY (FN 6), N 33 zu Art. 2.



Der qualifizierte Verstoss hingegen kann lauterkeitsrechtlich relevant sein. Diesfalls können die rein vertraglichen Sanktionsmöglichkeiten eventuell unbefriedigend sein, und das UWG stellt unter Umständen wirksamere Mittel zur Verfügung. Oder es soll (zusätzlich) ein Dritter, zu dem keine vertragliche Beziehung besteht, ins Recht gefasst werden.

Unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten können insbesondere folgende Handlungsweisen, sofern sie nicht von einem der Spezialtatbestände erfasst sind, eine Rolle spielen: Die Verleitung eines Dritten zum Vertragsbruch des Arbeitnehmers mit der Arbeitgeberin,<sup>30</sup> die unerlaubte Weitergabe anvertrauter Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse ohne Vorteilsgewährung,<sup>31</sup> die Vereinbarung von Exklusivbezügen, Whistleblowing,<sup>32</sup> unerlaubte Weitergabe interner Informationen, die nicht geheim sind etc.

Die Abwerbung von Arbeitnehmern ist grundsätzlich zulässig, ausser es bestünde im konkreten Fall ein entsprechendes vertragliches Verbot.<sup>33</sup>

### 3. Abgrenzungen

Die Generalklausel ist prinzipiell gleichrangig mit den Spezialtatbeständen von Art. 3–8 UWG. Regelt ein Spezialtatbestand eine Frage nicht abschliessend<sup>34</sup> oder fehlt es an gewissen Tatbestandsmerkmalen, so kann ein Sachverhalt immer noch unter die Generalklausel fallen.<sup>35</sup>

## B. Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden und anderes widerrechtliches Verhalten (Art. 3 UWG)

Art. 3 Abs. 1 UWG listet unlautere Handlungen bei Werbung und Verkauf sowie «anderes widerrechtliches Verhalten» auf. Die aufgeführten Handlungen richten sich zum Teil gegen Wettbewerber, zum Teil gegen andere Beteiligte (namentlich Kunden). Die Verletzung von Art. 3 UWG ist unter Strafe gestellt.<sup>36</sup>

<sup>30</sup> Art. 4 lit. a UWG schützt nur den Vertragsbruch des Abnehmers, nicht aber des Arbeitnehmers.

<sup>31</sup> Art. 6 UWG schützt nur vor Verwertung oder Mitteilung unrechtmässig beschaffter Informationen, Art. 4 lit. c UWG nur, wenn ein nicht gebührender Vorteil gewährt wird.

<sup>32</sup> Sofern nicht unter den Spezialtatbestand von Art. 3 Abs. 1 lit. a fallend.

<sup>33</sup> Vgl. zum Ganzen ROGER RUDOLPH, Kontakte zu Kunden des alten Arbeitgebers nach einem Stellenwechsel, in: ARV – Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung 2009, 93 ff.

<sup>34</sup> Z.B. Art. 5 lit. c UWG.

<sup>35</sup> Zum Verhältnis der Generalklausel zu den Spezialtatbeständen im Allgemeinen s. HILTY (FN 6), N 3 ff.

<sup>36</sup> Art. 23 UWG.

## 1. Herabsetzung/Anschwärtzung (Abs. 1 lit. a)

Unlautere Herabsetzung (Anschwärtzung) ist die in irgendeiner Form erfolgte, qualifiziert negative Äusserung über einen Wettbewerbsteilnehmer in Bezug auf seinen Marktauftritt. Die Äusserung muss geeignet sein, ein falsches Bild hervorzurufen, das seinerseits geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinflussen.

### a. Normzweck und wichtigste Tatbestandsmerkmale

Falsche Vorstellungen über einen Wettbewerber können den Wettbewerb beeinflussen und verfälschen. Die Norm schützt einerseits den Wettbewerb vor dieser Verfälschung<sup>37</sup> und andererseits den Wettbewerber vor Anschwärtzung.<sup>38</sup>

Die wichtigsten Tatbestandsmerkmale sind:

- Äusserung
- unrichtig, irreführend oder unnötig verletzend
- qualifizierte Herabsetzung.

Die unlautere Herabsetzung kann in irgendeiner Form erfolgen, unter Umständen auch durch das Unterlassen einer Äusserung, wenn es als konkludente Äusserung mit einem qualifiziert negativen Inhalt gewertet werden kann.<sup>39</sup> Die Äusserung (Werturteil oder Tatsachenbehauptung) muss zudem unrichtig, irreführend oder unnötig verletzend sein.<sup>40</sup> Eine einmalige Äusserung reicht, unter Umständen kann die Äusserung jedoch erst durch die ständige Wiederholung irreführend oder unnötig verletzend werden. Bei der Beurteilung ist ein objektivierter Massstab anzuwenden und auf den Durchschnittsadressaten im konkreten Einzelfall abzustellen.<sup>41</sup> Eine Selbst- oder Fremdbegünstigungsabsicht ist nicht erforderlich. Es gibt keine Rechtfertigungsgründe für eine unlautere Herabsetzung.<sup>42</sup>

### b. Arbeitsrechtliche Aspekte

Unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten sind folgende drei Konstellationen denkbar:

1. Der Arbeitnehmer schwärzt die Arbeitgeberin an: Die qualifiziert negative Äusserung des Arbeitnehmers über seine Arbeitgeberin kann den Tatbestand der Herabset-

<sup>37</sup> MATHIS BERGER, Basler Kommentar UWG, Basel 2013, N 5 zu Art. 3 Abs. 1 lit. a.

<sup>38</sup> PHILIPPE SPITZ, Stämpfli Handkommentar zum UWG, Bern 2010, N 1 zu Art. 3 Abs. 1 lit. a.

<sup>39</sup> BERGER, (FN 37), N 11.

<sup>40</sup> BERGER (FN 37), N 5.

<sup>41</sup> BERGER (FN 37), N 15; SPITZ (FN 38), N 35.

<sup>42</sup> BERGER (FN 37), N 54.

zung sowohl in Bezug auf den Arbeitsmarkt als auch in Bezug auf den Markt, in dem sich die Arbeitgeberin bewegt, erfüllen.

2. Die Arbeitgeberin schwärzt den Arbeitnehmer an: Auch die Arbeitgeberin kann gegenüber dem Arbeitnehmer den Tatbestand der unlauteren Herabsetzung erfüllen, z.B. durch qualifiziert negative Äusserungen gegenüber potentiellen weiteren Arbeitgeberinnen. Kritisch dürften in diesem Zusammenhang insbesondere herabsetzende Referenzauskünfte sein.

3. Ein Dritter schwärzt den Arbeitnehmer der Arbeitgeberin an: Der Tatbestand kann auch erfüllt werden durch herabsetzende Äusserungen eines Dritten über den Arbeitnehmer der Arbeitgeberin, sofern sie deren Stellung im Wettbewerb berühren.

### c. Abgrenzungen

Die unlautere Herabsetzung greift in die Persönlichkeitsrechte und in die Ehre ein. Sie steht damit in einem Spannungsverhältnis zu Art. 28 ff. ZGB und Art. 328 OR (Persönlichkeitsschutz) sowie zu Art. 173 ff. StGB (Ehrverletzung). Schutzzweck und Schutzobjekt des UWG unterscheiden sich von demjenigen des Persönlichkeitsrechts und der Ehrverletzungsdelikte. Die Ansprüche bestehen daher grundsätzlich autonom nebeneinander.<sup>43</sup> Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht hingegen vom subsidiären Charakter der Artikel 28 ff. ZGB gegenüber Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG aus.<sup>44</sup>

Die selbst- oder drittbegünstigende vergleichende und anlehrende Herabsetzung fällt unter Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG, der als *lex specialis* lit. a vorgeht. Diese Norm hat ihre praktische Bedeutung vor allem an der Schnittstelle zum Immaterialgüterrecht und in der Werbung.

## 2. Selbst- oder drittbegünstigende Täuschung und Irreführung (lit. b)

Eigen- oder drittbegünstigende unrichtige, täuschende und irreführende Angaben sind lauterkeitsrechtlich verboten.

### a. Normzweck und wichtigste Tatbestandsmerkmale

Die Norm zählt zu den Grundanliegen des Lauterkeitsrechts: zum Wahrheits- und Transparenzgebot und damit

zum Verbot unwahrer und irreführender Angaben, wie es auch der Generalklausel zugrunde liegt.

Die wichtigsten Tatbestandsmerkmale sind:

- Angabe
- unrichtig oder irreführend
- Selbst- oder Drittbegünstigung.

Wie bei Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG kann die täuschende Angabe durch eine Äusserung in irgendeiner Form, auch durch Unterlassung, erfolgen. Sie muss inhaltlich entweder nachprüfbar sein oder beim Durchschnittsadressaten eine konkrete, auf ihre Übereinstimmung mit der Wirklichkeit überprüfbare Vorstellung auslösen.<sup>45</sup> Marktschreierische und reisserische Anpreisungen, die nach allgemeiner Verkehrsauffassung von vornherein nicht ernst zu nehmen sind, sind nicht tatbestandsmässig.

### b. Arbeitsrechtliche Aspekte

Unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten steht die selbstbegünstigende Täuschung und Irreführung im Vordergrund. Sowohl die Arbeitgeberin als auch der Arbeitnehmer können den Tatbestand durch unrichtige oder irreführende Angaben über sich selbst erfüllen. Relevant dürfte die Norm insbesondere im Stadium der Vertragsanbahnung sein, in dem sich die Parteien auf dem Arbeitsmarkt möglichst vorteilhaft präsentieren wollen. So kann die Arbeitgeberin beispielsweise über sich, ihre Geschäftsbeziehungen und -verhältnisse falsche Angaben machen, um den Arbeitnehmer zu gewinnen. Der Arbeitnehmer seinerseits kann die Arbeitgeberin über sich, seine Fähigkeiten oder auch seine Geschäftsbeziehungen täuschen.

Sodann können sowohl die (vermeintliche) Arbeitgeberin als auch der (vermeintliche) Arbeitnehmer über das Vorhandensein eines Arbeitsverhältnisses oder über die Stellung und Funktion des Arbeitnehmers im Unternehmen täuschen. Bei dieser Täuschung können sowohl die wirtschaftlichen Interessen der Arbeitsvertragsparteien als auch eines Dritten verletzt oder bedroht sein. Beispielsweise kann die Arbeitgeberin vom ehemaligen Arbeitnehmer verlangen, seine Social Media Profile anzupassen, oder der ehemalige Arbeitnehmer die Arbeitgeberin auffordern, seine Angaben von ihrer Internetseite zu löschen.

### c. Abgrenzungen

Die unlautere Täuschung und Irreführung kann im Bereich des Arbeitsvertragsrechts insbesondere zu Willens-

<sup>43</sup> BERGER (FN 37), N 61 zu Art. 3 Abs. 1 lit. a.

<sup>44</sup> Siehe SPITZ (FN 38), N 11 zu Art. 3 Abs. 1 lit. a mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

<sup>45</sup> BERGER (FN 37), N 22 zu Art. 3 Abs. 1 lit. b.

mängel führen. Da das Vertragsrecht den mängelfreien Abschluss des Vertrags respektive den tatsächlichen Willen der Vertragsparteien im Fokus hat, und das UWG die Institution Wettbewerb in ihrer lautereren und unverfälschten Form schützen will, bestehen die beiden Ansprüche grundsätzlich autonom nebeneinander.<sup>46</sup>

Der Sonderfall der Täuschung durch die Verwendung unzutreffender Titel oder Berufsbezeichnungen ist in Art. 4 lit. c UWG geregelt. Die Verschleierung von Art. 3 Abs. 1 lit. i UWG ist mit der Täuschung und Irreführung nach Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG eng verwandt. Die Lehre nennt die beiden Tatbestände oft zusammen oder sieht sie als Ergänzung zueinander.<sup>47</sup> In arbeitsrechtlicher Hinsicht unterscheiden sie sich insofern, als das Verbot der Verschleierung dem Konsumentenschutz dient und nur gegenüber dem Kunden begangen werden kann.

### 3. Verwendung unzulässiger Titel oder Berufsbezeichnungen (lit. c)

Die Verwendung unzutreffender Titel oder Berufsbezeichnungen ist unlauter, wenn dadurch der Anschein besonderer Auszeichnung oder Fähigkeit erweckt werden kann.

#### a. Normzweck und wichtigste Tatbestandsmerkmale

Die Norm soll den Wettbewerb vor der unerlaubten Führung von Titeln und Berufsbezeichnungen schützen, wenn und soweit dadurch die Gefahr einer Irreführung besteht.

Die wichtigsten Tatbestandsmerkmale sind:

- Titel oder Berufsbezeichnung
- unzutreffend
- Eignung, den Anschein besonderer Auszeichnung oder Fähigkeit zu erwecken.

Dabei dürfte es sich in erster Linie um Titel handeln, die von staatlichen Stellen (z.B. akademische Grade) oder von Privaten im Auftrag respektive mit Genehmigung des Staates (z.B. geschützte Berufsbezeichnungen nach Abschluss eines Berufslehrgangs) verliehen werden. Unzutreffend ist ein Titel, wenn er überhaupt nicht erteilt, erschlichen oder gekauft oder nachträglich aberkannt worden ist. Für die Beurteilung, ob private Titel den lauterkeitsrechtlichen Titelschutz geniessen oder nicht, ist auf die jeweiligen Marktgegebenheiten abzustellen.<sup>48</sup> Auch die Verwendung eines Titels oder einer Berufsbe-

zeichnung, die es gar nicht gibt, und die geeignet sind, beim Durchschnittsadressaten den Anschein besonderer Auszeichnung oder Fähigkeiten zu erwecken, kann m.E. unlauter sein.

#### b. Arbeitsrechtliche Aspekte

Die Verwendung unzutreffender Titel oder Berufsbezeichnungen dürfte praktisch in erster Linie vom Arbeitnehmer ausgehen, indem er gegenüber der Arbeitgeberin Titel, allenfalls Berufsbezeichnungen, angibt und verwendet, zu deren Führung er nicht berechtigt ist. Unter Umständen kann aber auch die Arbeitgeberin gegen den lauterkeitsrechtlichen Titelschutz verstossen, indem sie beispielsweise unzulässigerweise private Zertifizierungen verwendet. Diese Verletzung könnte sie sowohl gegenüber dem Arbeitnehmer als auch gegenüber Wettbewerbern begehen, wobei die Marktbedeutung im Arbeitsmarkt regelmässig kleiner sein dürfte als im Wettbewerb, in dem sich die Arbeitgeberin befindet.

Gegen die unlautere Verwendung von Titel oder Berufsbezeichnungen können auch die den Titel verleihenden Berufsverbände lauterkeitsrechtlich vorgehen.

#### c. Abgrenzungen

Nach Art. 63 BBG<sup>49</sup> wird mit Busse bestraft, wer «einen geschützten Titel führt, ohne die erforderlichen Prüfungen bestanden oder ein gleichwertiges Qualifikationsverfahren erfolgreich durchlaufen zu haben oder einen Titel verwendet, der den Eindruck erweckt, er oder sie habe die entsprechende Prüfung bestanden oder ein gleichwertiges Qualifikationsverfahren erfolgreich durchlaufen». Zwischen den beiden Tatbeständen besteht Idealkonkurrenz, was das Berufsbildungsgesetz explizit festhält<sup>50</sup>.

Wichtig ist die Abgrenzung zwischen lauterkeitsrechtlich geschützten und ungeschützten Titel oder Berufsbezeichnungen. Unbestrittenermassen sind akademische Grade nach Abschluss eines Studiengangs (Dr. iur., MLaw, CAS etc.) und Titel nach Abschluss eines Berufslehrgangs (EFZ, eidg. dipl. etc.) geschützt. Für private Titel und Standesbezeichnungen muss jeweils fallbezogen auf die Bedeutung im Markt abgestellt werden. Der Titel muss, damit er den lauterkeitsrechtlichen Schutz geniessen, im Markt eine gewisse Bedeutung haben, verstanden und mit entsprechenden Fähigkeiten oder Qualitäten in Verbindung gebracht werden.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Vgl. auch BERGER (FN 37), N 149.

<sup>47</sup> Siehe dazu BERGER (FN 37), N 27.

<sup>48</sup> BERGER (FN 37), N 7 zu Art. 3 Abs. 1 lit. c.

<sup>49</sup> Bundesgesetz über die Berufsbildung vom 13.12.2002, Berufsbildungsgesetz BBG, SR 412.20.

<sup>50</sup> Art. 63 Abs. 2 BBG.

<sup>51</sup> BERGER (FN 37), N 7.

Die Verwendung unzutreffender Titel oder Berufsbezeichnungen ist *lex specialis* zur selbst- oder drittbegünstigenden Täuschung und Irreführung nach Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG und soll diese nicht etwa einschränken.<sup>52</sup>

### C. Aktive und passive Privatbestechung (Art. 4a UWG)

Wer jemandem im Rahmen dessen dienstlicher Tätigkeit für eine pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung einen nicht gebührenden Vorteil verspricht (aktive Privatbestechung, Abs. 1 lit. a) oder sich einen solchen versprechen lässt (passive Privatbestechung, Abs. 1 lit. b), handelt unlauter. Die beiden Tatbestände sind spiegelbildlich ausgestaltet. Es handelt sich um ein Tätigkeitsdelikt, ein Erfolg ist nicht Voraussetzung. Die Privatbestechung ist lauterkeitsrechtlich strafbar.

Die Privatbestechung soll auch auf Sachverhalte ausserhalb des Wettbewerbs ausgedehnt und deshalb neu im StGB als Offizialdelikt geregelt werden. Der Bundesrat hat am 30. April 2014 die entsprechende Botschaft zuhanden des Parlaments verabschiedet.<sup>53</sup>

#### 1. Normzweck und wichtigste Tatbestandsmerkmale

Art. 4a UWG schützt das Vertrauensverhältnis zwischen Vertrauensherrn und Vertrauensträger. Dieses kann sich sowohl aus Gesetz als auch Vertrag ergeben.

Die wichtigsten Tatbestandsmerkmale sind:

- Dreiecksverhältnis Extraneus-Intraneus-Prinzipal
- Vertrauensverhältnis zwischen Intraneus und Prinzipal
- Handlungsmacht des Intraneus
- nicht gebührender Vorteil.

Die aktive und passive Privatbestechung beruht auf einem Dreiecksverhältnis zwischen Vertrauensherrn (Opfer der Bestechung, auch: Prinzipal), dem Vertrauensträger (Bestechener, auch: Intraneus) und einem Dritten (Bestechender, auch Extraneus).

Als Extraneus kommt jede Person in Frage. Intraneus kann nur sein, wer die vom Gesetz genannten Sondereigenschaften aufweist, namentlich Arbeitnehmer. Unternehmen können für aktive Privatbestechung unabhängig von der Strafbarkeit einer natürlichen Person bestraft werden, wenn sie «nicht alle erforderlichen und zumutbaren

organisatorischen Vorkehrungen getroffen haben, um eine solche Straftat zu verhindern».<sup>54</sup>

Damit der Tatbestand der Privatbestechung erfüllt ist, muss ein «nicht gebührender Vorteil» versprochen oder angeboten bzw. angenommen worden sein. Vertraglich vom Dritten genehmigte oder geringfügige sozial übliche Vorteile stellen keinen nicht gebührenden Vorteil dar.<sup>55</sup>

Zwischen Intraneus und Prinzipal muss zudem ein Vertrauensverhältnis bestehen, aufgrund dessen der Prinzipal dem Intraneus eine Handlungsmacht einräumt, was wiederum zu einer besonderen Treuepflicht des Intraneus gegenüber dem Prinzipal führt.<sup>56</sup>

#### 2. Arbeitsrechtliche Aspekte

Der Tatbestand nennt den Arbeitnehmer explizit als möglichen Intraneus der Privatbestechung. Für die tatbestandsmässige Handlung muss der Arbeitnehmer eine besondere vertragliche (allenfalls allgemeine) Treuepflicht verletzen und das Vertrauen der Arbeitgeberin ausnutzen. Im laufenden Arbeitsverhältnis darf wohl in der Regel vom Vorliegen dieses Vertrauensverhältnisses ausgegangen werden.

In arbeitsrechtlicher Hinsicht stehen die Verletzung der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflichten von Artikel 321a OR sowie explizit oder implizit übertragener Pflichten des Arbeitnehmers im Vordergrund. Die Weitergabe von anvertrauten und rechtmässig erfahrenen Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen dürfte ebenfalls unter Art. 4a UWG fallen, sofern der Arbeitnehmer sich dafür einen nicht gebührenden Vorteil versprechen lassen oder in Anspruch genommen hat.

Aus Sicht der Arbeitgeberin ist in Bezug auf die Privatbestechung interessant, dass sie nicht nur gegen den bestochenen Arbeitnehmer vorgehen kann, sondern sowohl lauterkeitszivil- als auch lauterkeitsstrafrechtlich<sup>57</sup> ebenfalls gegen den bestechenden Dritten und gegen dessen Arbeitgeberin.<sup>58</sup>

Für die Arbeitgeberin nicht zu vernachlässigen ist Art. 102 Abs. 2 StGB, der sie mehr oder weniger verpflichtet, die nötigen Vorkehrungen gegen Privatbestechung zu treffen, weil sie sonst – u.U. sogar als Geschädigte der Privatbestechung – riskiert, unabhängig der Strafbarkeit einer natürlichen Person, nach Unternehmensstrafrecht bestraft zu werden.

<sup>52</sup> BERGER (FN 37), N 27.

<sup>53</sup> 14.035. Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuchs (Korruptionsstrafrecht) vom 30. April 2014, BBl 2014 3591/Entwurf BBl 2014 3615.

<sup>54</sup> Art. 102 Abs. 2 StGB.

<sup>55</sup> Art. 4a Abs. 2 UWG.

<sup>56</sup> ALDO STAUB, Zivilrechtliche Folgen der Privatbestechung, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR), Band Nr. 79, N 224.

<sup>57</sup> Art. 9 und 23 UWG.

<sup>58</sup> Art. 11 UWG und Art. 102 Abs. 2 StGB.



### 3. Abgrenzungen

In welchem Verhältnis spezialgesetzliche Bestechungstatbestände (z.B. Art. 158 StGB oder Art. 33 HMG) zur Privatbestechung stehen, ist umstritten. Gemäss FRICK<sup>59</sup> besteht echte Konkurrenz, gemäss FERRARI HOFER/VASELLA<sup>60</sup> gehen die spezialgesetzlichen Tatbestände von Art. 4a UWG vor.

Die Verleitung zum Geheimnisverrat nach Art. 4 lit. c UWG geht der aktiven Privatbestechung als *lex specialis* vor.<sup>61</sup> Zur Generalklausel besteht grundsätzlich echte Idealkonkurrenz. Aufgrund dessen, dass diese nicht strafbewehrt ist, dürfte die Privatbestechung allerdings praxisrelevanter sein.<sup>62</sup>

### D. Verwertung fremder Leistung (Art. 5 UWG)

Unlauter nach Art. 5 UWG ist die unbefugte Verwertung eines anvertrauten oder fremden Arbeitsergebnisses (Offerten, Berechnungen, Pläne etc.) sowie die unmittelbare Übernahme eines fremden marktreifen Arbeitsergebnisses «ohne angemessenen eigenen Aufwand». Die Norm ist strafbewehrt.

#### 1. Normzweck und wichtigste Tatbestandsmerkmale

Die Norm steht im Spannungsfeld zwischen immaterialgüterrechtlichem Schutz und dem Interesse der Marktteilnehmer, sonderrechtlich nicht geschützte Rechtsgüter frei zu übernehmen und zu verwerten. Sie schafft jedoch keine neue Kategorie von Rechtsgütern.<sup>63</sup> Schutzobjekt des Art. 5 UWG ist nicht das Arbeitsergebnis als solches, sondern vielmehr die Art und Weise seiner Übernahme und Verwertung.

Die wichtigsten Tatbestandsmerkmale sind:

- Arbeitsergebnis
- anvertraut sein oder unbefugt überlassen
- unbefugte Verwertung.

Unlauter ist die Verwertung, wenn sie gegen ein vertragliches (oder vertragsähnliches) Verwertungsverbot verstösst,<sup>64</sup> unabhängig davon, ob es sich um ein anver-

trautes Arbeitsergebnis (direkte Vorlagenausbeutung, lit. a) oder um dasjenige eines Dritten (indirekte Vorlagenausbeutung, lit. b) handelt. Im zweiten Fall muss der Verletzer allerdings darum wissen, dass ihm die fremde Leistung unbefugterweise überlassen oder zugänglich gemacht worden ist.

Als Arbeitsergebnisse nennt das UWG beispielhaft Offerten, Berechnungen und Pläne. Arbeitsergebnisse sind demnach «Produkte geistiger Anstrengung und materieller Aufwendungen»<sup>65</sup> in ihrer materialisierten Form. Der Begriff ist weit auszulegen, dennoch sind blosser Ideen oder angedachte Methoden kein Arbeitsergebnis im Sinne des UWG.<sup>66</sup> Marktreif schliesslich ist ein Arbeitsergebnis dann, wenn es ohne weiteres gewerblich genutzt werden kann.<sup>67</sup>

Das Arbeitsergebnis muss anvertraut sein. Die Definition des Begriffs ist allerdings uneinheitlich und wird kontrovers diskutiert.<sup>68</sup> Das Bundesgericht zieht eine – in der Lehre umstrittene – Analogie zum Veruntreuungstatbestand von Art. 138 Abs. 1 StGB. Anvertraut kann ein Arbeitsergebnis auch ausserhalb einer vertraglichen Beziehung sein.<sup>69</sup>

Unbefugte Verwertung bedeutet schliesslich jede Verwertung ohne Zustimmung des Berechtigten, wobei «jede wirtschaftliche Nutzung fremder Arbeitsergebnisse» als Verwertung gilt.<sup>70</sup>

#### 2. Arbeitsrechtliche Aspekte

Die Verwertung einer fremden Leistung steht häufig im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis. Entweder nutzt der Arbeitnehmer Arbeitsergebnisse unbefugterweise oder er macht sie einem Dritten unerlaubterweise zugänglich. Unabhängig von ihrer Schutzzähigkeit gehören Erfindungen und Designs des Arbeitnehmers im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses automatisch und entschädigungslos der Arbeitgeberin. Bei sogenannten Gelegenheitserfindungen und -designs kann sich die Arbeitnehmerin deren Erwerb vertraglich ausbedingen.<sup>71</sup> Das entsprechende Arbeitsergebnis (Erfindung oder Design) darf als dem Arbeitnehmer anvertraut gelten. Der Arbeitnehmer verletzt durch die unerlaubte Verwertung seine vertragliche Sorgfalts- und Treuepflicht<sup>72</sup> (und unter

<sup>59</sup> MARKUS R. FRICK, Basler Kommentar UWG zu Art. 4a, N 82.

<sup>60</sup> FERRARI HOFER/VASELLA (FN 27), N 4 zu Art. 4a.

<sup>61</sup> FRICK (FN 59), a.a.O., N 85.

<sup>62</sup> FRICK (FN 59), a.a.O., N 84.

<sup>63</sup> RETO ARPAGAU/MARKUS R. FRICK, Basler Kommentar UWG, Basel 2013, N 10 zu Art. 5.

<sup>64</sup> ARPAGAU/FRICK (FN 63), N 12.

<sup>65</sup> ARPAGAU/FRICK (FN 63), N 23.

<sup>66</sup> ARPAGAU/FRICK (FN 63), N 25.

<sup>67</sup> ARPAGAU/FRICK (FN 613), N 30.

<sup>68</sup> ARPAGAU/FRICK (FN 63), N 42.

<sup>69</sup> GLM. ARPAGAU/FRICK (FN 63), N 44.

<sup>70</sup> ARPAGAU/FRICK (FN 63), N 53.

<sup>71</sup> Art. 332 OR.

<sup>72</sup> Art. 321a OR.

Umständen immaterialgüterrechtliche Ansprüche der Arbeitnehmerin), was allenfalls zu einer Kündigung des Arbeitnehmers durch die Arbeitgeberin oder/und Schadenersatzansprüchen führen kann. Nach den prozessrechtlichen Bestimmungen des UWG hat die Arbeitgeberin die zusätzliche Möglichkeit, sowohl gegenüber ihrem Arbeitnehmer als auch gegenüber einem Dritten, die drohende unlautere Verwertung verbieten respektive die bestehende beseitigen oder allenfalls die Widerrechtlichkeit feststellen zu lassen. Zudem stehen ihr nebst Schadenersatz- gegebenenfalls Genugtuungsansprüche und Ansprüche auf Gewinnherausgabe zu. Insbesondere bei einem Vorgehen gegen den unlauter handelnden Dritten kann die Bekanntgabe oder Veröffentlichung des Urteils interessant sein. Da die Norm strafbewehrt ist, kann zusätzlich auch Strafantrag gestellt werden.

Möglich ist auch, dass die Arbeitgeberin, ihr vom Arbeitnehmer anvertraute oder unzulässigerweise zugänglich gemachte Arbeitsergebnisse unbefugterweise verwendet. Die vorgenannten Rechtsbehelfe stehen auch dem Arbeitnehmer oder dem Dritten gegenüber der Arbeitgeberin zu, wenn eine Verletzung oder Bedrohung in den wirtschaftlichen Interessen gegeben ist.

Der sorgfältigen Redaktion der Arbeitsverträge ist in Bezug auf die Arbeitsergebnisse bzw. deren zulässige oder unzulässige Verwertung besondere Beachtung zu schenken.

### 3. Abgrenzungen

Die Lehre erachtet die unlautere Übernahme und Verwertung eines Arbeitsergebnisses mittels technischer Reproduktionsverfahren von lit. c als abschliessende Umschreibung unlauteren Handelns. Fehlt ein Tatbestandsmerkmal, kommt auch die Generalklausel von Art. 2 UWG nicht zur Anwendung. Hingegen ist die Anrufung der Generalklausel möglich, wenn die Tatbestände von lit. a und b nicht erfüllt sind.<sup>73</sup> Innerhalb des Art. 5 UWG gehen lit. a und lit. b vor.<sup>74</sup>

Die Arbeitsergebnisse von Art. 5 müssen nicht wie die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse von Art. 6 UWG einen Geheimnischarakter aufweisen. Die beiden Artikel zielen auf ein anderes Schutzobjekt, weshalb zwischen ihnen echte Konkurrenz besteht.<sup>75</sup>

## E. Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen (Art. 6 und 4 lit. c UWG)

Wer Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse auskundschaftet oder sonstwie unrechtmässig erfährt, verwertet oder anderen mitteilt, handelt unlauter nach Art. 6 UWG. Ebenso ist die Verleitung zur Auskundschaftung oder zum Verrat von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen der Arbeitgeberin oder Auftraggeberin nach Art. 4 lit. c UWG unzulässig. Die Normen sind strafbewehrt.

### 1. Normzweck und wichtigste Tatbestandsmerkmale

Das UWG schützt Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse nicht als solche, sondern nur vor deren Verwertung, wenn sie aufgrund unlauterer Handlungsweise (Auskundschaften, unrechtmässig erfahren, Verrat) in Kenntnis gebracht wurden.

Die wichtigsten Tatbestandsmerkmale sind:

- Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis
- Auskundschaften, unrechtmässiges Erfahren oder Verleiten
- Verwertung oder Mitteilung an Dritte.

Der lauterkeitsrechtliche Begriff des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses deckt sich sowohl mit dem strafrechtlichen von Art. 162 StGB, als auch dem arbeitsrechtlichen von Art. 321a Abs. 4 und Art. 340 Abs. 2 OR.<sup>76</sup> Allerdings liefert keine dieser Normen eine Definition. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung umfasst das Geheimnis «alle Tatsachen des wirtschaftlichen Lebens, an deren Geheimhaltung ein schutzwürdiges Interesse besteht».<sup>77</sup> Unbestritten ist, dass nur Geheimnis sein kann, was der Geheimnisherr tatsächlich geheim halten will. Als Fabrikationsgeheimnisse gelten technische, als Geschäftsgeheimnisse kaufmännische und betriebswirtschaftliche Geheimnisse. Die Abgrenzung ist aufgrund der einheitlichen Rechtsfolgen jedoch praktisch entbehrlich.

### 2. Arbeitsrechtliche Aspekte

Die Verletzung der Geheimhaltungspflicht durch den Arbeitnehmer stellt eine häufige Schnittstelle zwischen

<sup>73</sup> ARPAGAU/FRICK (FN 63), N 112 ff.

<sup>74</sup> ARPAGAU/FRICK (FN 63), N 119.

<sup>75</sup> ARPAGAU/FRICK (FN 63), N 121.

<sup>76</sup> FRICK (FN 59), N 12 zu Art. 6.

<sup>77</sup> BGE 98 IV 209, E. 1a.

Arbeitsrecht und Lauterkeitsrecht dar.<sup>78</sup> Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich sowohl während als auch nach dem Arbeitsverhältnis verpflichtet, über alle geheim zu haltenen Tatsachen (namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse) Verschwiegenheit zu wahren. Allerdings nimmt der Schutzbereich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ab.<sup>79</sup> Das nachvertragliche Konkurrenzverbot<sup>80</sup> schützt nicht in erster Linie die Verschwiegenheit über Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse – wiewohl der Einblick in diese Gültigkeitserfordernis ist –, sondern hat den Verzicht auf die Ausübung gewisser Tätigkeiten oder auf die Anstellungen bei gewissen Arbeitgeberinnen zum Ziel. Allerdings kann unter den Bedingungen des Art. 340 OR auch eine Geheimhaltungspflicht vereinbart werden.

Die Verletzung arbeitsrechtlicher Geheimhaltungs- oder Konkurrenzverbote (oder deren Ausnutzung) ist jedoch nicht automatisch eine unlautere Handlung.<sup>81</sup> Vielmehr müssen dafür qualifizierte Handlungsweisen hinzutreten.

Für die Arbeitgeberin sind vor allem die lauterkeits-zivilrechtlichen Mittel zur Verhinderung oder Unterbindung einer drohenden oder bestehenden Verletzung und unter Umständen die Möglichkeit der Gewinnherausgabe interessant, die sowohl gegenüber dem Arbeitgeber als auch gegenüber einem Dritten geltend gemacht werden können.

### 3. Abgrenzungen

Bezüglich der Abgrenzung zwischen Art. 162 StGB und Art. 6 und 4 lit. c UWG herrscht überwiegend die Meinung vor, die lauterkeitsrechtlichen Tatbestände gingen den strafrechtlichen als *lex specialis* vor.<sup>82</sup>

Art. 6 UWG setzt voraus, dass die Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse ausgekundschaftet oder unrechtmässig erfahren wurden. Die Verwertung anvertraute Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse und solche deren Kenntnis rechtmässig erfolgt ist, fallen mithin nicht in den Bereich von Art. 6 UWG, können aber unter Umständen unter die Generalklausel von Art. 2 UWG fallen.

Zwischen Art. 4 lit. c und Art. 6 UWG schliesslich besteht unechte Idealkonkurrenz.<sup>83</sup>

### F. Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen (Sozialdumping, Art. 7 UWG)

Gemäss Art. 7 UWG ist die Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen, «die durch Rechtssatz oder Vertrag auch einem Mitbewerber auferlegt, oder berufs- oder ortsüblich sind», unlauter. Die Norm hat bis heute allerdings keine nennenswerte praktische Bedeutung erlangt.<sup>84</sup>

Das sog. Sozialdumping kann nur von Mitbewerbern oder Kundschaft der Arbeitgeberin sowie gegebenenfalls von Verbänden eingeklagt werden, nicht aber von den betroffenen Arbeitnehmern.<sup>85</sup> Die Norm wird daher unter V. Rundflug 2 (Kollektives Arbeitsrecht und UWG) erörtert. Sozialdumping ist nicht strafbewehrt.

### G. Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen (Art. 8 UWG)

Die aktuelle Fassung von Art. 8 UWG erklärt allgemeine Geschäftsbedingungen als unlauter, «die in Treu und Glauben verletzender Art und Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und vertraglichen Pflichten vorsehen.» Die damit seit 1. Juli 2012 mögliche richterliche Inhaltskontrolle bei AGB gilt also nur für sogenannte Konsumentenverträge. Zwar können Reglemente der Arbeitgeberin (Betriebsreglemente, Personalhandbücher, allgemeine Arbeitsbedingungen etc.) den Charakter von AGB aufweisen und damit der AGB-Kontrolle nach OR bzw. bundesgerichtlicher Rechtsprechung unterstehen, der Anwendung des UWG entziehen sie sich jedoch, weil es sich bei Arbeitsverhältnissen nicht um Konsumentenverträge handelt. Die Norm ist nicht unter Strafe gestellt.

Diese erst durch das Parlament eingefügte gesetzlich vorgesehene Einschränkung wurde seither verschiedentlich kritisiert. Im September 2014 wurde eine parlamentarische Initiative eingereicht, die genau diese Einschränkung auf Konsumentenverträge aufheben will.<sup>86</sup>

<sup>78</sup> ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, *Praxis-Kommentar zum Arbeitsvertrag*, 7. A., Zürich 2012, N 12 zu Art. 321a OR.

<sup>79</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 78), N 18.

<sup>80</sup> Art. 340 OR.

<sup>81</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 78), N 18.

<sup>82</sup> FRICK (FN 59), N 61 zu Art. 6.

<sup>83</sup> FRICK (FN 59), N 57.

<sup>84</sup> JUNG (FN 12), N 1 zu Art. 7; URS WICKIHALDER, *Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Basel 2013, N 2 zu Art. 7.

<sup>85</sup> Art. 9 UWG; JUNG (FN 12), N 1; WICKIHALDER (FN 84), N 2 zu Art. 7.

<sup>86</sup> 14.440. *Parlamentarische Initiative Beat Flach. Artikel 8 UWG. Missbräuchliche Geschäftsbedingungen* (eingereicht am 23. September 2014 im Nationalrat).

## H. Rundflug 2: Kollektives Arbeitsrecht und UWG

### 1. Unlauteres und widerrechtliches Verhalten nach UWG im Allgemeinen

Gibt es bereits für das individuelle Arbeitsrecht nicht Unmengen an lauterkeitsrechtlicher Literatur und Rechtsprechung, so ist die Ausbeute für das kollektive Arbeitsrecht noch viel karger. Die Sozialpartner können bereits im Sinne der unter IV. Rundflug 1 (Individualarbeitsrecht und UWG) erwähnten Verhaltensweisen unlauter auf ein Arbeitsverhältnis einwirken. Insoweit sich aus ihrer Stellung als Sozialpartner keine Besonderheit ergibt, kann auf die gemachten Ausführungen verwiesen werden.

An dieser Stelle soll nur auf Besonderheiten eingegangen werden, die für Arbeitgeber oder ihre Verbände und Gewerkschaften aus ihrer Stellung als Sozialpartner im Bereich der Gesamtarbeitsverträge herrühren. Dabei kann allenfalls ein Sozialpartner gegenüber einem anderen unlauter handeln, vorstellbar ist aber auch, dass die Sozialpartner gemeinsam gegen Dritte unlautere Verhaltensweisen zeigen. In der Regel wird dabei die Generalklausel von Art. 2 UWG zum Tragen kommen, so dass die Sozialpartner nur, aber immerhin, lauterkeitszivilrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können.

### 2. Abwicklung von Gesamtarbeitsverträgen

Im Zusammenhang mit der Abwicklung von Gesamtarbeitsverträgen kann etwa die Verweigerung des Beitritts eines Dritten zu einem bestehenden GAV durch die Sozialpartner unlauter und damit widerrechtlich sein, oder die Aufforderung eines Sozialpartners an seine Mitglieder zum Bruch des Gesamt- oder Einzelarbeitsvertrags. Allenfalls ist auch das Verhandeln eines GAV rein pro forma und ohne tatsächlichen Verhandlungs- und Abschlusswille, um die Verhandlungen oder den Abschluss mit einem anderen Sozialpartner zu verhindern, unlauter.

### 3. Nichteinhalten von Arbeitsbedingungen (Art. 7 UWG)

Nach Art. 7 UWG handelt unlauter, wer Arbeitsbedingungen, die durch Rechtssatz oder Vertrag auch dem Mitbewerber auferlegt oder berufs-, branchen- oder ortsüblich sind, nicht einhält.

#### a. Normzweck und wichtigste Tatbestandsmerkmale

Die Norm bezweckt nicht die Verhinderung von Sozialdumping als solchem, sondern den Schutz vor einem

Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch.<sup>87</sup> Deshalb ist der Arbeitnehmer auch nicht direkt klageberechtigt, sondern aktivlegitimiert sind allenfalls Kunden, Mitbewerber oder Verbände. Die Bestimmung hat bisher keine nennenswerte Bedeutung erlangt.<sup>88</sup>

Die wichtigsten Tatbestandsmerkmale sind:

- Arbeitsbedingungen
- auch dem Mitbewerber auferlegt oder berufs- oder ortsüblich.

Als Arbeitsbedingungen gelten alle Normen und Bestimmungen, die die Modalitäten der Erbringung einer unselbständigen Arbeitsleistung regeln.<sup>89</sup> Die Literatur fordert zudem, dass die Verletzung der Arbeitsbedingungen zu Wettbewerbszwecken erfolgen muss, damit sie in den Anwendungsbereich von Art. 7 UWG fällt. Die Nichteinhaltung aus Not oder Mangel an verfügbaren Mittel erfüllte den Tatbestand nicht.<sup>90</sup>

Eine Rechtfertigung durch Einwilligung des Arbeitnehmers ist hingegen insbesondere wegen des Schutzzobjekts des lautereren Wettbewerbs nicht möglich.<sup>91</sup>

#### b. Arbeitsrechtliche Aspekte

Hält eine Arbeitgeberin die auch für den Mitbewerber verbindlichen Arbeitsbedingungen nicht ein, um sich daraus einen Wettbewerbsvorsprung zu verschaffen, handelt sie unlauter. Im Vordergrund stehen etwa die Einhaltung öffentlichrechtlicher Bestimmungen wie Arbeitszeitenregelungen, Geschäftsöffnungszeiten, Gesundheitsschutz etc. sowie von Normal- und Gesamtarbeitsverträgen. Gemäss Bundesgericht ist das Einstellen von billigen, unqualifizierten Arbeitskräften nicht unlauter, sofern der Einsatz besonders qualifizierter Arbeitskräfte nicht vorgeschrieben ist.<sup>92</sup>

Adressat dieser Bestimmung sind ausschliesslich Arbeitgeberinnen. Selbständig Erwerbende, Freiberufler oder Arbeitnehmer, die von sich aus Arbeitsbedingungen missachten, um sich gegenüber anderen Arbeitnehmern einen wettbewerblichen Vorteil zu verschaffen, fallen nicht in den Anwendungsbereich der Norm.<sup>93</sup> In Bezug auf das kollektive Arbeitsrecht riskieren gegen Art. 7 UWG verstossende Arbeitgeberinnen Klagen von Arbeit-

<sup>87</sup> Keiner soll sich durch das Nichteinhalten gesetzlicher oder vertraglicher Normen Vorteile im Wettbewerb verschaffen können.

<sup>88</sup> WICKIHALDER (FN 84), N 2 zu Art. 7.

<sup>89</sup> WICKIHALDER (FN 84), N 3.

<sup>90</sup> WICKIHALDER (FN 84).

<sup>91</sup> JUNG (FN 12), N 9 zu Art. 7.

<sup>92</sup> WICKIHALDER (FN 84), N 8 zu Art. 7.

<sup>93</sup> JUNG (FN 12), N 2 zu Art. 7.



nehmerverbänden und Gewerkschaften, sofern diese im Einzelfall aktivlegitimiert sind.

### c. Abgrenzungen

Art. 7 UWG dient nicht dem Arbeitnehmerschutz, sondern dem Schutz des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs. Da sich Normzweck und Schutzobjekt unterscheiden, bestehen die Ansprüche aus Arbeitsrecht und Wettbewerbsrecht bezüglich Sozialdumpings grundsätzlich autonom nebeneinander.

Innerhalb des UWG stellt Art. 7 m.E. einen abschliessenden Spezialtatbestand dar, so dass, kommt er nicht zur Anwendung, auch die Generalklausel nicht angerufen werden kann.

## 4. Klagerecht der Verbände

Verbände haben ein Klagerecht gegen eine unlauter handelnde Person entweder aufgrund von Art. 9 UWG, wenn sie in ihren eigenen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt sind, oder aufgrund des speziellen Verbandsklagerechts von Art. 10 UWG, wenn sie statutarisch zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen befugt sind. So können Arbeitnehmerverbände und Gewerkschaften gegebenenfalls lauterkeitszivil- und lauterkeitsstrafrechtlich gegen Arbeitgeberinnen vorgehen.

## V. Landung: Einige Gedanken zur Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche

### A. Aktiv- und Passivlegitimation

Zur Klage und damit für Verhaltensweisen nach Art. 3–6 UWG auch zum Strafantrag berechtigt ist, wer in seinen eigenen wirtschaftlichen Interessen (Kundschaft, Kredit, berufliches Ansehen, Geschäftsbetrieb, als Kunde etc.) bedroht oder verletzt ist.<sup>94</sup> Zusätzlich sind Berufs- und Wirtschaftsverbände, die statutarisch zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind, und Konsumentenschutzorganisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung aktivlegitimiert.<sup>95</sup> Zum Schutz des öffentlichen Interesses kann sogar der Bund klagen oder Massnahmen ergreifen.<sup>96</sup> Zur Passivlegitimation enthält das UWG keine allgemeine Regelung. Somit

ist für jeden einzelnen Tatbestand zu prüfen, wer als Verletzer und damit als passivlegitimiert gilt.

### B. Verfahrensart

Rührt der Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis und richtet er sich gegen den Vertragspartner, so liegt eine arbeitsrechtliche Streitigkeit i.S.v. Art. 34 ZPO vor.<sup>97</sup> Für alle anderen UWG-Streitigkeiten gilt Art. 5 ZPO, d.h. für einen Streitwert über 30'000 Franken muss sich der Kläger an die vom Kanton als einzige Instanz bezeichnete Behörde wenden. Sowohl für arbeitsrechtliche Streitigkeiten als auch für UWG-Klagen bis zu einem Streitwert von CHF 30'000 muss ein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden.<sup>98</sup>

Reicht die verletzte Person Strafantrag ein, so richtet sich das Verfahren nach der Strafprozessordnung, und der Strafantragsteller kann seine lauterkeitszivilrechtlichen Forderungen adhäsionsweise geltend machen. Es ist aber davon auszugehen, dass der Privatkäufer ausser in ganz einfachen und klaren Verhältnissen für die Geltendmachung seiner Ansprüche nach Art. 9 UWG auf den Zivilweg verwiesen wird.

### C. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit ergibt sich aus der Verfahrensart. Im Arbeitsprozess nach Art. 34 ZPO ist also das Gericht am Sitz oder Wohnsitz der beklagten Partei oder am gewöhnlichen Arbeitsort zuständig. Für alle anderen lauterkeitszivilrechtlichen Klagen richtet sich die Zuständigkeit nach Art. 36 ZPO. Zuständig ist damit das Gericht am Sitz oder am Wohnsitz der beklagten Partei oder der geschädigten Person oder am Handlungs- oder Erfolgsort. Für UWG-Streitigkeiten mit einem Streitwert über CHF 30'000 müssen die Kantone eine einzige kantonale Instanz bezeichnen. Liegt eine handelsrechtliche Streitigkeit vor, ist in Kantonen mit einem Handelsgericht dieses für die Beurteilung zuständig.

Diese Zuständigkeiten sind auch bei Gesuchen um vorsorgliche Massnahmen zu beachten, allerdings besteht dort zusätzlich der Vollstreckungsort als Gerichtsstand.<sup>99</sup>

Für den Strafantrag richtet sich die Zuständigkeit nach Art. 31 ff. StPO. In erster Linie sind also die Behörden am Ausführungsort und in zweiter Linie diejenigen am Erfolgsort zuständig.

<sup>94</sup> Art. 9 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 23 UWG.

<sup>95</sup> Art. 10 Abs. 2 UWG.

<sup>96</sup> Art. 10 Abs. 3–5 UWG.

<sup>97</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 78), 22 f.

<sup>98</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. d. i.V.m. Art. 198 lit. f. ZPO.

<sup>99</sup> Art. 13 ZPO.

## D. Verjährung

Das UWG verzichtet auf eine spezialgesetzliche Regelung der Verjährung, so dass die allgemeinen Bestimmungen zur Anwendung kommen. Damit unterstehen deliktische Ansprüche der einjährigen Verjährungsfrist von Art. 60 Abs. 1 OR. Für den Fall, dass die unzulässige Wettbewerbshandlung gleichzeitig eine Vertragsverletzung darstellt, gilt die zehnjährige Verjährungsfrist von Art. 127 OR. Sind UWG Straftatbestände betroffen, kommt – rechtzeitig gestellten Strafantrag vorausgesetzt – die siebenjährige Verjährungsfrist von Art. 70 Abs. 1 lit. c StGB, bei Verletzung der Preisbekanntgabepflicht die dreijährige gemäss Art. 109 StGB zum Tragen.<sup>100/101</sup> Zudem können die reparatorischen Ansprüche, insbesondere bei länger bewusster Duldung der Verletzung, verwirken.<sup>102</sup>

## VI. Flugbericht: Fazit

Das UWG ist auf Arbeitsverhältnisse anwendbar. Durch die zusätzlichen prozessualen Möglichkeiten ist eine

Prüfung lauterkeitsrechtlicher Ansprüche insbesondere dort interessant, wo das Arbeitsrecht zu wenig wirksame Mittel zur Verfügung stellt, oder wo (zusätzlich) gegen einen Dritten vorgegangen werden soll. Dabei ist jedoch nicht jede Vertragsverletzung eine unlautere Handlung im Sinne des UWG. Damit lauterkeitsrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden können, bedarf es einer qualifizierten Verhaltensweise. Unlauter ist jede täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Wettbewerbshandlung. Dieser Begriff ist weit zu verstehen und erfasst jedes Verhalten, das marktrelevant, marktgeneigt oder wettbewerbsgerichtet ist. Eine tatsächliche Beeinflussung des Wettbewerbs ist nicht nötig. Es genügt die objektive Eignung der Handlung. Auf rein private oder betriebsinterne Vorgänge ist das UWG indessen nicht anwendbar.

Der Kläger kann das Verbot einer drohenden Verletzung, die Beseitigung einer bestehenden Verletzung oder die Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Verletzung beantragen. Insbesondere kann er auch die Mitteilung oder Veröffentlichung des Urteils verlangen. Daneben steht ihm die Möglichkeit offen, Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche nach Obligationenrecht geltend zu machen sowie die Herausgabe des Gewinns zu verlangen. Zudem steht ihm bei den strafbewehrten Spezialtatbeständen von Art. 3–6 UWG die Möglichkeit offen, einen Strafantrag zu stellen.

Insbesondere diese prozessualen Möglichkeiten machen das UWG auch für das Arbeitsrecht interessant – oder riskant. Je nachdem.

<sup>100</sup> PHILIPPE SPITZ, Haftung für Wettbewerbshandlungen, in: Tagungsband Recht aktuell 2006 (Aktuelle Entwicklungen im Haftpflichtrecht), Bern 2006 (online-Version) bzw. 2007 (ergänzte Print-Version), RZ 77, 78 und 80; DAVID RÜETSCHI/SIMON ROTH, Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zu Art. 9, Basel 2013, N 108; MARTIN KILLIAS/GWLADYS GILLIÉRON, Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zu Art. 24, Basel 2013, N 8.

<sup>101</sup> Das Bundesgericht unterstellt – entgegen der Lehre – den Anspruch auf Gewinnherausgabe nach Art. 9 Abs. 3 UWG der deliktischen Verjährungsfrist von Art. 60 OR (BGE 126 III 382).

<sup>102</sup> SPITZ (FN 99), RZ 82.

UWG	Tatbestand	strafbar	Arbeitsrechtliche Aspekte/Bemerkungen
Art. 1	Zweckartikel	nein	Anwendbarkeit des UWG auf arbeitsrechtliche Konstellationen. Voraussetzung: Wettbewerbshandlung (nicht rein private oder betriebsinterne Vorgänge).
Art. 2	Grundsatz (Generalklausel)	nein	Qualifizierter Verstoß gegen arbeitsrechtliche (vertragliche oder gesetzliche) Pflichten, der nicht unter einen der Spezialtatbestände von Art. 3–8 fällt.
Art. 3	Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden und anderes widerrechtliches Verhalten	ja	
Abs. 1 lit. a	Unlautere Herabsetzung (Anschwärzen)		Möglich sind unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen sowohl von Arbeitnehmer über Arbeitgeberin als auch von Arbeitgeberin über Arbeitnehmer. Auch das Anschwärzen des Arbeitnehmers durch einen Dritten, kann den Tatbestand erfüllen.

UWG	Tatbestand	strafbar	Arbeitsrechtliche Aspekte/Bemerkungen
<b>Abs. 1 lit. b</b>	Eigen- und drittbegünstigende Täuschung und Irreführung (Begünstigung)		Möglich sind sowohl unrichtige oder irreführende Angaben der Arbeitgeberin gegenüber dem Arbeitnehmer als auch des Arbeitnehmers gegenüber der Arbeitgeberin. Beides vor allem im vorvertraglichen Stadium. Auch das Vorspiegeln eines Arbeitsverhältnisses gegenüber Dritten durch Arbeitgeberin oder Arbeitnehmer kann den Tatbestand erfüllen.
<b>Abs. 1 lit. c</b>	Verwendung unzutreffender Titel oder Berufsbezeichnungen (lauterkeitsrechtlicher Titelschutz)		Im Vordergrund steht die Verwendung unzutreffender staatlicher oder im Auftrag des Staates verliehener privater Titel oder Berufsbezeichnungen durch den Arbeitnehmer. Unter Umständen kann aber auch die Arbeitgeberin unzutreffende Titel führen (Prüfung der Marktrelevanz im Einzelfall).
<b>Art. 4 lit. c</b>	Verleitung zu Vertragsverletzung oder -auflösung Verleitung zum Vertragsbruch von Hilfspersonen (insbesondere Arbeitnehmern)	ja	s. Art. 6
<b>Art. 4a</b> lit. a und b	Bestechen und sich bestechen lassen Aktive und passive Privatbestechung	ja	Aktive und passive Privatbestechung basieren auf dem Dreiecksverhältnis Extraneus (bestechender Dritter) – Intraneus (bestochener Arbeitnehmer) – Prinzipal (Arbeitgeberin). Der Arbeitnehmer begeht für einen nicht gebührenden Vorteil eine pflichtwidrige Handlung (Tun oder Unterlassen). Nach Art. 102 Abs. 2 StGB kann das Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit einer natürlichen Person bestraft werden, wenn es nicht die nötigen Vorkehrungen gegen Privatbestechung getroffen hat. Die Privatbestechung soll neu im StGB geregelt und als Officialdelikt ausgestaltet werden.
<b>Art. 5</b> lit. a–c	Verwertung fremder Leistung Unbefugte Verwertung/ Übernahme von Arbeitsergebnissen	ja	Verwertung muss gegen ein vertragliches (oder vertragsähnliches) Verwertungsverbot verstösst, unabhängig davon, ob es sich um ein anvertrautes Arbeitsergebnis (direkte Vorlagenausbeutung, lit. a) oder um dasjenige eines Dritten (indirekte Vorlagenausbeutung, lit. b) handelt. Im zweiten Fall muss der Verletzer allerdings darum wissen, dass ihm die fremde Leistung unbefugterweise überlassen oder zugänglich gemacht worden ist. Die Übernahme und Verwertung eines marktreifen Arbeitsergebnisses durch technische Reproduktion (elektronische Daten oder Software) ist in lit. c geregelt.
<b>Art. 6 und 4c</b>	Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen	ja	Für die Arbeitgeberin sind vor allem die lauterkeitszivilrechtlichen Mittel zur Verhinderung oder Unterbindung einer drohenden oder bestehenden Verletzung und unter Umständen die Möglichkeit der Gewinnherausgabe interessant, die sowohl gegenüber dem Arbeitgeber als auch gegenüber einem Dritten geltend gemacht werden können. Der Begriff deckt sich mit demjenigen des StGB und Arbeitsrechts.
<b>Art. 7</b>	Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen (Sozialdumping)	nein	Adressatin ist ausschliesslich die Arbeitgeberin. Nur relevant, wenn mit der Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen ein Wettbewerbsvorteil erreicht werden soll. Klageberechtigt sind nur Kunden, Wettbewerber und Arbeitnehmerverbände.
<b>Art. 8</b>	Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen	nein	Konsumentenschutz. Kein direkter arbeitsrechtlicher Bezug. Eine im September 2014 eingereichte parlamentarische Initiative (14.440) will die Einschränkung auf dem Konsumentenschutz aufheben.
<b>Art. 9 und 10</b>	Klageberechtigung		Klageberechtigt ist, wer in seinen eigenen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt ist. Ferner sind betroffene Berufs- und Wirtschaftsverbände sowie Konsumentenschutzorganisationen (allenfalls sogar der Bund) klageberechtigt.
<b>Art. 11</b>	Klagen gegen den Geschäftsherrn		Für unlautere Wettbewerbshandlungen, die Arbeitnehmer während ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtung begehen, kann auch gegen die Arbeitgeberin geklagt werden (nicht für reparatorische Ansprüche).
<b>Art. 23</b>	Strafbestimmungen unlauterer Wettbewerb		Mögliche Teilnahme der Arbeitgeberin am unlauteren Wettbewerb des Arbeitnehmers und umgekehrt.