

## Besprechung / Comptes rendu

### Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

RETO M. HILTY / RETO ARPAGAUS (Hg.)

#### Basler Kommentar

Helbing Lichtenhahn, Basel 2013, 880 Seiten, CHF 348.–, EUR 268.–, ISBN 978-3-7190-2602-8

Wettbewerb ist in unserer modernen Welt allgegenwärtig. Auf ihn vertraut die Marktwirtschaft. Er gilt als «Funktionsbedingung des Marktsystems»; ein «Markt ohne Wettbewerb» erscheint im Kontext dieses Systems so undenkbar «wie ein Theater ohne Stücke»<sup>1</sup>. Darüber hinaus wird Wettbewerb mitunter als «menschlicher Urtrieb»<sup>2</sup> oder auch als «Urkraft menschlichen Handelns»<sup>3</sup> bezeichnet. So richtig entfesselt wurde diese (offenbar im Menschen schlummernde) Kraft allerdings erst in der von Kapitalismus und Technisierung getriebenen Wirtschaftsentwicklung der letzten 200 bis 250 Jahre – und erst in deren Gefolge kam auch das moderne Wettbewerbsrecht auf<sup>4</sup>. Die Schweiz schuf 1911 mit dem damaligen Art. 48 OR eine erste wettbewerbsrechtliche Spezialnorm, an deren Stelle 1943 eine erste Version des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und 1986 schliesslich das neu gefasste, bis heute geltende UWG trat, das Gegenstand des vorliegend zu besprechenden Kommentarbandes bildet.

Obschon das Wettbewerbsrecht zu den Kernelementen modernen Wirtschaftsrechts zählt, blieb in der Schweiz die Literatur zum UWG lange Zeit verhältnismässig dünn gesät (was auch daran abzulesen ist, dass ältere bundesgerichtliche Leitentscheidungen in diesem Bereich auffallend häufig auf ausländische, insbesondere deutsche Literatur zurückgriffen<sup>5</sup>). Dies hat sich allerdings geändert. Auch wenn die jüngere wettbewerbsrechtliche Schwesterdisziplin, das Kartellrecht, als Magnet wissenschaftlicher Aufmerksamkeit dem Lauterkeitsrecht inzwischen den Rang abgelaufen haben dürfte, sind in den letzten rund zwei Jahrzehnten doch einige breiter angelegte Werke erschienen, die das UWG aus unterschiedlichen Perspektiven beleuchten<sup>6</sup>. Der von RETO M. HILTY und RETO ARPAGAUS herausgegebene Basler Kommentar zum UWG ist die – vorläufige – Krönung dieser Entwicklung.

Der neue Kommentarband legt den Fokus einerseits auf eine umfassende Aufarbeitung der Rechtsprechung, setzt sich andererseits aber auch vertieft mit dem Meinungsstand in der Lehre auseinander. Im Unterschied zu anderen Kommentarwerken enthält der Band weder eine Einleitung noch Vorbemerkungen, sondern beginnt unmittelbar mit der kommentierenden Erläuterung der einzelnen Gesetzesartikel. Grundlegende Fragen zu Konzeption und Ausrichtung des UWG kommen dennoch kei-

<sup>1</sup> K.-H. FEZER, in: ders. (Hg.), *Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Band 1, München 2005, Einleitung N 68.

<sup>2</sup> B. VON BÜREN, *Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943 unter Einschluss der Ausverkaufsverordnung vom 16. April 1947*, Zürich 1957, Allgemeines N 1.

<sup>3</sup> H. KÖHLER, in: H. Köhler/J. Bornkamm (Hg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Beck'sche Kurz-Kommentare Bd. 13a, 28. Aufl., München 2010, Einleitung N 1.1.

<sup>4</sup> Zur Geschichte des Lauterkeitsrechts M. SCHMOECKEL, *Rechtsgeschichte der Wirtschaft*, Tübingen 2008, 125 ff. (N 191 ff.).

<sup>5</sup> Besonderer Beliebtheit erfreute sich z.B. über Jahrzehnte hinweg der (bis zur 22. Auflage) von A. BAUMBACH und W. HEFERMEHL bearbeitete «Beck'sche Kurzkommentar» zum deutschen UWG, der u.a. in den folgenden Urteilen zitiert wird: BGE 82 II 346, «Weissenburger/Schwarzenburger» (1956); 87 II 345, «Plasticleder» (1961); 90 II 315, «Elin» (1964); 94 II 44, «Spandex» (1968); 102 II 286, «Fernschule» (1976); 106 IV 218, «Fabrikationspreis» (1980); 107 II 356, «San Marco» (1981); 109 II 483, «Computerland» (1983); 114 II 91, «Dior-Parfüme» (1988); 116 II 471, «Kotflügel» (1990); 116 II 614, «Gucci» (1990) und 120 II 76, «Mikrowellen» (1994).

<sup>6</sup> Siehe z.B. R. VON BÜREN/L. DAVID (Hg.), *Lauterkeitsrecht*, SIWR VI/1, 2. Aufl., Basel 1998; C. BAUDENBACHER (Hg.), *Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Basel 2001; L. DAVID/M. A. REUTTER, *Schweizerisches Werberecht*, 2. Aufl., Zürich 2001; M. M. PEDRAZZINI/F. A. PEDRAZZINI, *Unlauterer Wettbewerb UWG*, 2. Aufl., Bern 2002; T. GEISER/P. KRAUSKOPF/P. MÜNCH (Hg.), *Schweizerisches und Europäisches Wettbewerbsrecht*, Handbücher für die Anwaltspraxis Bd. IX, Basel 2005; P. JUNG/P. SPITZ (Hg.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Stämpflis Handkommentar, Bern 2010; M. OESCH/R. H. WEBER/R. ZÄCH (Hg.), *Wettbewerbsrecht II*, Kommentar, Zürich 2011; L. FERRARI HOFER/D. VASELLA, *UWG*, in: Marc Amstutz (Hg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse*: KKG, FusG, UWG und PauRG, 2. Aufl., Zürich 2012.

neswegs zu kurz. RETO M. HILTY diskutiert sie eingehend in seiner Kommentierung der Artikel 1 und 2. Dieser 150 Seiten umfassende Teil bildet innerhalb des Bandes mit seinen insgesamt rund 800 Textseiten ein Schwergewicht. Inhaltlich steht HILTYs scharfsinnige Argumentation auf dem Boden eines «wettbewerbsfunktionalen» Verständnisses des UWG. «Wohlfahrtsökonomische» und «geschäftsmoralische» Ansätze lehnt HILTY ab, weil sie der funktionalen Ausrichtung des UWG widersprechen. Er betont, dem Lauterkeitsrecht komme zunächst nur die Funktion zu, «den Wettbewerb als Institution vor Verfälschungen zu schützen»<sup>7</sup>, d.h. zu erreichen, «dass die Wettbewerbsprozesse frei und ungestört laufen können, dynamisch wirksam bleiben und Verfälschungen durch unsachgemässe Einflüsse von Wettbewerbsteilnehmern unterbleiben»<sup>8</sup>. HILTY plädiert dafür, die «Wettbewerbsfreiheit zum Ausgangspunkt des Lauterkeitsrechts zu nehmen», was bedeute, dass «bei der Anwendung des UWG insgesamt – und v.a. jenseits der gesetzlichen Tatbestände – grosse Zurückhaltung geboten» sei<sup>9</sup>. Aus diesem Grund wendet er sich insbesondere auch gegen die in der Lehre «weit verbreitete Tendenz», die Generalklausel von Art. 2 UWG über die Bildung von Fallgruppen zu konkretisieren und auf diese Weise «eine Art ‹Per-se-Tatbestände› zu definieren, mithin bestimmte Verhaltensweisen [...] von vornherein als unlauter zu qualifizieren»<sup>10</sup>. In einer detaillierten, fein ziselierten Analyse<sup>11</sup> geht es ihm darum, die Fragwürdigkeit der in der Lehre – häufig anhand erdachter Beispiele – entwickelten Fallgruppen aufzuzeigen und Diskrepanzen gegenüber der Realität, wie sie sich in der Rechtsprechung spiegelt, sichtbar werden zu lassen.

HILTYs kritische Analyse bereichert den Diskurs. Sein konsequent an der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs orientiertes Verständnis, hinter dem das Idealbild eines möglichst «moralfreien» Lauterkeitsrechts aufscheint, gerät aber auch in ein gewisses Spannungsverhältnis zur gesetzlichen Terminologie, schwingt doch im Wort «unlauter» durchaus der Vorwurf moralischer Verwerflichkeit mit. HILTY versucht dieses Spannungsverhältnis aufzulösen, indem er den (in der Lehre viel diskutierten<sup>12</sup>) Ausdruck «*lauterer und unverfälschter Wettbewerb*», den Art. 1 UWG verwendet, in «*lauterer, d.h. unverfälschter Wettbewerb*» umdeutet – was darauf hinausläuft, «Unlauterkeit» mit «Verfälschung des Wettbewerbs» bzw. «Beeinträchtigung der freien Wettbewerbsmechanismen» gleichzusetzen<sup>13</sup>. Daraus spricht das Bestreben, die ungehinderte Entfaltung des Wettbewerbs so weit wie nur möglich von geschäftsmoralischen Bedenken zu befreien: Lauter ist alles, was der Freiheit des Wettbewerbs nützt, und unlauter nur, was ihr nachweislich schadet. Mit Blick auf die Anwendung der Generalklausel von Art. 2 UWG spitzt HILTY diesen Gedanken mit einem Boxkampfvergleich zu: «Die Generalklausel ist [...] nicht dazu da, unserem Gerechtigkeitsinn zum Durchbruch zu verhelfen – im Gegenteil: wer sich in den Kampfring begibt, muss mit den Bräuchen klarkommen, die dort herrschen; Aufgabe des Schiedsrichters kann es nur sein, dann einzugreifen, wenn das ausgemachte Regelwerk – das den K.o.-Schlag einschliesst – verletzt wird, nicht hingegen, wenn das Publikum Mitleid empfindet»<sup>14</sup>. In letzter Konsequenz bedeutet das allerdings, dass (im Bereich des UWG) Recht nicht etwa auf Gerechtigkeit, sondern bloss auf die Sicherung einer (als ökonomisch und gesellschaftlich nützlich vorausgesetzten<sup>15</sup>) Wettbewerbsfreiheit zielen soll, dass Gerechtigkeitsüberlegungen also möglichst weitgehend einer alles beherrschenden (sozialdarwinistisch gefärbten) Wettbewerbslogik weichen sollen, deren Sinn und Zweck darin besteht, den «Sieg des Stärkeren über den Schwächeren»<sup>16</sup> zu ermöglichen.

Breiten Raum nimmt im Kommentarband ferner naturgemäss die Erläuterung der Spezialtatbestände der Art. 3–8 UWG ein; sie erstreckt sich auf gegen 500 Seiten. Ausführlich kommentiert werden aber auch die prozessrechtlichen Bestimmungen (Art. 9–13a, fast 100 Seiten), die Bestimmungen zur Preisbekanntgabepflicht (Art. 16–20, 30 Seiten) und zur Zusammenarbeit mit ausländischen Aufsichtsbehörden (Art. 21 und 22, 15 Seiten) sowie die Strafbestimmungen (Art. 23–27, rund 25 Seiten). Die Kommentarbeiträge stammen von Autorinnen und Autoren aus dem Hochschul Umfeld und aus der

<sup>7</sup> UWG 1 N 113.

<sup>8</sup> UWG 1 N 82.

<sup>9</sup> UWG 1 N 117.

<sup>10</sup> UWG 2 N 92.

<sup>11</sup> UWG 2 N 60 ff.

<sup>12</sup> Vgl. UWG 1 N 35 ff.

<sup>13</sup> So explizit UWG 1 N 72.

<sup>14</sup> UWG 2 N 101.

<sup>15</sup> Skeptisch dazu J. MÜLLER, in: R. von Büren/ L. David (Hg.), Lauterkeitsrecht, SIWR V/1, 2. Aufl., Basel 1998, 3 f.

<sup>16</sup> B. VON BÜREN, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, Zürich 1957, Allgemeines N 3; vgl. auch MÜLLER (Fn. 15), UWG 3 N 4.

Anwaltspraxis<sup>17</sup>. Dem Autorenteam ist es gut gelungen, die wissenschaftliche Durchdringung der Materie mit einem ausgeprägten Blick für die Anforderungen der Praxis zu verbinden. Dazu trägt bei, dass sich die Kommentierung in erster Linie auf die sorgfältig ausgewertete Judikatur abstützt. Aufschlussreich und im Zeitalter fortschreitender Internationalisierung wichtig sind auch die rechtsvergleichenden Analysen, die sich in zahlreichen Kommentarbeiträgen finden. Insgesamt liegt ein ausgesprochen wertvolles Nachschlagewerk vor, das als Orientierungspunkt in der wissenschaftlichen Diskussion und als Arbeitsinstrument für die Praxis in jede wirtschaftsjuristische Bibliothek gehört.

*Peter Münch, Prof. Dr. iur.,  
Rechtsanwalt, Professor an der ZHAW School of Management and Law,  
Leiter des Masterstudiengangs in  
Management and Law, Zürich*

---

<sup>17</sup>Neben den Herausgebern (R. M. HILTY, Art. 1–2, und R. ARPAGAU, Art. 3 lit. d, Art. 3 lit. o–r und Art. 5) haben mitgewirkt: M. BERGER (Art. 3 lit. a–c und Art. 3 lit. i), S. BRÜHWILER (Art. 28 und 29), G. BÜHLER (Art. 3 lit. s–u), M.R. FRICK (Art. 4 lit. a–c sowie Art. 4a, 5 und 6), G. GILLIÉRON (Art. 23–27), I. HÄNER (Art. 21 und 22), M. KILLIAS (Art. 23–27), S. ROTH (vor Art. 9–13a und Art. 9), D. RÜETSCHI (vor Art. 9–13a, Art. 9–11 und 13a), C. SCHMID (Art. 3 lit. e und Art. 16–20), F. THOUVENIN (Art. 8), P. VOLKART (Art. 3 lit. m und Art. 4 lit. d) sowie U. WICKIHALDER (Art. 3 lit. f–h, k, l, n, o sowie Art. 7).