

## Besprechung / Comptes rendu

### Die funktionale Konkretisierung von Art. 2 UWG

**MATHIS BERGER**

Zürcher Studien zum Privatrecht Bd. 137, Schulthess Verlag, 1997, 297 Seiten, broschiert,  
CHF 62.– / DEM 78.–, ISBN 3-7255-3676-7

Eine akkurate und durchaus lesenswerte Dissertation.

Hastige Praktiker werden vielleicht im ersten (fast einen Drittel des Buches füllenden) Teil, in welchem BERGER weitläufig über Recht und Wirtschaft sinniert, in fiebriges Blättern verfallen, zumal die Lehre hier schon gründliche Vorarbeit geleistet hat.

Ab Teil 2 der Arbeit (Konkretisierung von Art. 2 UWG) empfiehlt sich indessen sorgsames Lesen.

Art. 2 UWG ist gewiss ein königlicher Paragraph, aber die Rechtsfindung innerhalb dieser Generalklausel bleibt aus bekannten (und oft beklagten) Gründen eine anspruchsvolle Aufgabe. BERGER zieht verschiedene Konkretisierungsmethoden heran und berührt dabei auch das Verhältnis von Art. 2 UWG zu Art. 2 ZGB. Die vordergründige Angleichung des Wortlautes der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel an die Bestimmung des ZGB hat bekanntlich während langen Jahren zu dogmatischen Missverständnissen geführt, die mittlerweile weitgehend geklärt werden konnten: Die Generalklausel des UWG ist (wie auch BERGER zutreffend festhält) nicht blosse Ausführungsnorm von Art. 2 ZGB, sondern direkt anwendbare, Erlaubtes vom Unerlaubten abgrenzende Norm.

Gleiche Aufmerksamkeit verdient der dritte, der funktionalen Anwendung von Art. 2 UWG gewidmete Teil des Buches. Bei Abgrenzung von lauterem (unverfälschtem) zu unlauterem Wettbewerb ist bekanntlich nicht nur auf geschäftsmoralische Kriterien, sondern (Folge des funktionalen Ansatzes) auch auf die Ergebnisse abzustellen, die von einem System wirksamen Wettbewerbs erwartet werden können. Unlauterkeit ist schon dann zu bejahen, wenn ein Wettbewerbsverhalten auch nur an einem der beiden Kriterien scheitert.

Ich teile die Auffassung von BERGER, wonach (wie im Kartellrecht) auch im Lauterkeitsrecht vom offenen Leitbild des wirksamen Wettbewerbs auszugehen ist. Damit ist aber noch nicht viel gewonnen. Denn das revidierte Kartellgesetz geht von einem neu verstandenen (fast möchte man sagen: helvetischen) Konzept des wirksamen Wettbewerbs aus: Temporäre Marktunvollkommenheit und Gleichgewichtsstörungen werden hingenommen, auf ein «fine tuning» wird angesichts der Komplexität des Marktgeschehens verzichtet. Das führt zu fabelhaften Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung, die natürlich auch BERGER nicht entgangen sind. Er meint, sie mit Rückgriff auf die Musterfigur des (geschäftsmoralisch handelnden) «reasonable competitor» lösen zu können. Das überzeugt wenig, weil damit (nach dem Fachmann im Patentrecht) eine weitere fiktive Figur eingeführt und die Problematik nur auf eine andere Ebene verschoben wird. Zudem gewinnt die Geschäftsmoral eine Bedeutung, die ihr nach dem Willen des Gesetzgebers in dieser Ausschliesslichkeit nicht mehr zukommen sollte.

Diese kritische Schlussbemerkung ändert nichts an der Tatsache, dass BERGER mit seiner Dissertation einen sehr wertvollen Beitrag zur funktionalen Auslegung des UWG geleistet hat.

*Jürg Müller, Bern*