

## Schweizer Forum für Kommunikationsrecht / Forum Suisse pour le Droit de la Communication

### Konsumentenschutz als Dimension des UWG – Diskussion der Vernehmlassungsvorlage zur Revision des UWG

ADRIAN M. GAUTSCHI\*

- I. **Grundlagen der Revision**
- II. **Ist Konsumentenschutz ein lauterkeitsrechtliches Anliegen?**
- III. **Materiellrechtliche Bestimmungen des Vorentwurfs**
  - 1. Unlautere Angebote für Registereinträge (Art. 3a VE-UWG)
  - 2. Unlautere Schneeballsysteme (Art. 3b VE-UWG)
  - 3. Verschärfung der AGB-Bestimmung (Art. 8 VE-UWG)
- IV. **Verfahrens- und verwaltungsrechtliche Bestimmungen des Vorentwurfs**
  - 1. Zusätzliche Aktivlegitimation des Bundes (Art. 10 VE-UWG)
  - 2. Ausdehnung der Pflicht zur Preisbekanntgabe (Art. 16 VE-UWG)
  - 3. Amtshilfe im Lauterkeitsrecht (Art. 21 und 22 VE-UWG)
- V. **Diskussion**

Der Tagungsleiter Dr. MATHIS BERGER, Rechtsanwalt in Zürich, begrüsst die Referierenden und Teilnehmenden inmitten der Zürcher Altstadt in einem Saal der Wirtschaft Neumarkt. Inhalt dieser vom Schweizer Forum für Kommunikationsrecht (SF•FS) organisierten Zusammenkunft ist ein Meinungsaustausch über die Revisionsvorlage «Änderung des UWG 2008». In der Hauptsache gehe es bei dieser UWG-Novellierung um Konsumentenschutz, und es lasse sich pointiert die Frage stellen, ob die Vorlage einer «Mogelpackung» gleichkomme und daher in übertragenem Sinn ins UWG passe.

Der Vorentwurf zur Änderung des UWG (VE-UWG) ist vom Bundesrat gutgeheissen worden und befindet sich bis Ende September 2008 in der Vernehmlassung. Der vorliegende Tagungsbericht dient als Beitrag dazu, wobei er nicht die «offizielle» Meinung von SF•FS darstellt, sondern die Ansichten der Referierenden wiedergibt.

#### I. Grundlagen der Revision

Dr. GUIDO SUTTER, Leiter Ressort Recht beim Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) in Bern und gleichzeitig einer der Väter der Vorlage, stellt die Grundanliegen der Revision vor. Lautere und transparente Geschäftsmethoden seien für eine funktionierende Marktwirtschaft essenziell. Statistiken zeigten, dass heuer die Zahl der an das SECO gerichteten Beschwerden von Konsumenten – auch aus dem Ausland – stark gestiegen sei. Internetbetrügereien würden sich seit 2005 zudem stetig ausweiten; viele Angebote seien nur vermeintlich kostenlos. Als Opfer kämen in erster Linie (jugendliche) Konsumenten in Frage. Den Wettbewerb nur den Privaten zu überlassen, greife zu kurz. Ziel der UWG-Revision sei eine ausgewogene Stärkung des lautereren Wettbewerbs unter Berücksichtigung der Interessen der KMU, der Konsumenten und der Allgemeinheit.

Verbesserungsvorschläge würden nach dem Referenten auf drei Ebenen erfolgen:

Eine erste Ebene umfasse die neuen Tatbestände des Adressbuchswindels (hinten III.1.), der unlauteren Schneeballsysteme (hinten III.2.) und der missbräuchlichen AGB-Bestimmung (hinten III.3.). Die zweite Ebene widme sich der Rechtsdurchsetzung; es gehe dabei um eine Weiterentwicklung des Klagerechts des Bundes (hinten IV.1) und um die grenzüberschreitende Zusammenarbeit (hinten IV.3.). Die Verbesserung der Preistransparenz stelle die dritte Ebene dar (hinten IV.2.).

#### II. Ist Konsumentenschutz ein lauterkeitsrechtliches Anliegen?

Nicht gerade als «Lieblingskind» des schweizerischen Gesetzgebers gelte der Konsumenten- bzw. Verbraucherschutz, konstatiert Prof. Dr. RETO M. HILTY, Universität Zürich und Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht in München. Beeinflusst seien die entworfenen

UWG-Bestimmungen teilweise durch die europäische Richtlinie über «unlautere Geschäftspraktiken» (RL 2005/29/EG). Einzelne Klauseln dieser RL dürften für die Schweiz allerdings nicht blind übernommen werden, sondern seien in ihrem (europäischen) Kontext zu sehen:

Art. 3 Abs. 1 lit. g EG sei Grundlage für ein europäisches Kartellrecht – in der Realität indes nicht automatisch für ein europäisches Lauterkeitsrecht. Weder die Generaldirektion «Wettbewerb» noch die Generaldirektion «Verbraucherschutz» würden sich nämlich als dafür zuständig erachten. In der Lehre sei eine Kompetenz der EG zur Harmonisierung des Lauterkeitsrechts ohnehin strittig sowie politisch derzeit kaum konsensfähig. Desgleichen sprächen Erwägungsgrund 6 und 8 der RL 2005/29/EG deutlich gegen eine solche Kompetenz. Auf nationaler Ebene sei der Rechtsrahmen ein anderer; die europäischen Regulierungen träfen dort auf ein gesamtheitliches Lauterkeitsrecht, bei dem i.d.R. – wie in Deutschland – von dessen Dreidimensionalität ausgegangen werde und die Verbraucherinteressen nicht isoliert geschützt würden.

Diesen Gedanken eines gesamtheitlichen Ansatzes führe der Schweizer Gesetzgeber in Art. 1 UWG weiter – mit der Wendung «lauterer und unverfälschter Wettbewerb» werde «nur» ein Schutzobjekt beschrieben. Die Ergänzung «im Interesse aller Beteiligten» bezeichne keine Schutzsubjekte. Die Verbraucher seien – wie die übrigen Beteiligten – nicht als unmittelbare Schutzadressaten zu sehen, sondern profitierten davon, dass der Wettbewerb überhaupt bestehe und funktioniere. Die Interessen der Beteiligten würden sich m.a.W. darauf richten, dass der Wettbewerb als solcher in seiner Funktionalität nicht beeinträchtigt werde. Demnach folge das Schweizer UWG dem sog. «funktionalen Ansatz», wonach es letztlich allen besser gehe, wenn die Wettbewerbskräfte frei und ungestört wirken könnten, als wenn der Wettbewerb «disfunktional» beeinflusst werde.

Die Ansätze des schweizerischen UWG und des europäischen Verbraucherschutzrechts würden folglich nicht wirklich zusammenpassen. Das europäische Recht gehe von einem abstrakten Verbraucherleitbild aus. Dessen Übernahme in die jeweiligen nationalen Rechte führe dazu, dass der Verbraucher zum Schutzsubjekt werde. Im Unterschied zum ursprünglichen Konzept des schweizerischen UWG bestehe daher in den EU-Staaten ein nicht nur reflexartiger Schutz der Verbraucher. Unter diesen Vorgaben sei nicht mehr allein massgebend, ob ein Geschäftsgebaren einen unerwünschten Einfluss auf die Wettbewerbskräfte habe, sondern es würden «per se»-Verbote aufgestellt, die auf dem Ungleichgewicht der Kräfte zwischen einer stärkeren und einer schwächeren Partei beruhten. Die europäische Rechtslage begründe daher einen interventionistischeren Ansatz als derjenige in der Schweiz. Beim isolierten Verbraucherschutz handle es sich folglich um spezielles Sozialschutzrecht, beim Lauterkeitsrecht um allgemeines Marktverhaltensrecht.

HILTY könne dem Verbraucherschutz zwar durchaus Positives abgewinnen, doch sei dieser kein genuin lauterkeitsrechtliches Anliegen. Der Gesetzgeber sei mit Art. 3 lit. k–o und Art. 4 lit. d UWG freilich vom Weg eines «reinen» Ansatzes des Lauterkeitsrechts abgekommen. Durch solche und weitere verbraucherschutzrechtlich motivierte Manöver im Lauterkeitsrecht werde aber quasi die Quadratur des Kreises angestrebt. Denn solle dem Verbraucherschutz innerhalb des UWG eine Sonderrolle zukommen, könne nicht gleichzeitig die Betonung der Dreidimensionalität des Lauterkeitsrechts im Sinne von Gleichwertigkeit der Interessen von Wirtschaft, Konsumenten und Allgemeinheit postuliert werden.

Ein eigenständiger Erlass für Verbraucherschutz, ähnlich etwa wie in Frankreich der «Code de la Consommation», würde zu einer Erhaltung des UWG in seiner rein funktionalen Konzeption beitragen und sollte daher die favorisierte Lösungsvariante sein. Mit einem Hinweis auf das Forschungsprojekt PRORAT zeigt HILTY, dass Gedanken in diese Richtung durchaus aktuell seien. So habe man in jener Forschungsgruppe, bei der es um einen breit abgestützten, von Professoren ausgearbeiteten Entwurf für einen neuen Allgemeinen Teil des OR gehe, beschlossen, den Verbraucherschutz nicht einzubeziehen, sondern einen eigenständigen Erlass ins Auge zu fassen.

Als zweitbeste Lösung böte sich ein «Aufräumen» im UWG an, zumal der VE-UWG seit 1986 den gewichtigsten Eingriff in das Lauterkeitsrecht darstelle. Dem Verbraucherschutz könne ein eigenständiges Kapitel gewidmet werden; Art. 1 UWG sei dann durch einen Abs. 2 mit beispielsweise folgendem Wortlaut zu ergänzen: Im Rahmen besonderer Schutzbedürfnisse bezweckt es den Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten.

### III. Materielle rechtliche Bestimmungen des Vorentwurfs

#### 1. Unlautere Angebote für Registereinträge (Art. 3a VE-UWG)

Dr. RETO ARPAGAUS, Rechtsanwalt in Zürich, stellt im geltenden Recht zwei Defizite fest. Zum einen seien einzelne Geschäftspraktiken auf der Tatbestandsebene ungenügend geregelt. Daneben sehe er Mängel in der Rechtsdurchsetzung.

Er beschreibt die in der Praxis erfahrungsgemäss sich manifestierenden relevanten Fallkonstellationen. Dazu zähle z.B. der «Besuch» eines Aussendienstmitarbeiters oder die Zusendung von Formularen unterschiedlicher Art. Ein anschaulicher Sachverhalt sei, dass vom Opfer mit einem Schreiben ein «Gut zum Druck» verlangt werde, in der Tat aber eine verschleierte Offerte vorliege. Die Anspruchsgrundlagen im geltenden Recht bildeten neben dem MSchG und dem Firmenrecht die Art. 3 lit. b (Irreführung), lit. d (Verwechslungsgefahr), lit. e (anlehrender Vergleich, Rufausbeutung), lit. h (besonders aggressive Verkaufsmethoden), lit. o (Massenwerbung) und Art. 2 UWG. Bei Art. 3 lit. h UWG würden die Gerichte sehr viel Zurückhaltung zeigen.

Bei der Rechtsdurchsetzung, z.B. bei den vorsorglichen Massnahmen oder der Zustellung von Dokumenten ins Ausland, würden sich zahlreiche praktische Probleme stellen. Häufig fehle auch ein Haftungssubstrat im Inland.

Was den Auslandbezug anbelange, sei die Situation mit Art. 3a VE-UWG unverändert. Dasselbe gelte in Bezug auf den Datenschutz und das Fernmeldegeheimnis. Bei den vorsorglichen Massnahmen gebe es mit dem VE-UWG bessere Chancen betreffend die Hauptsachenprognose. Aufgrund des griffigeren Tatbestandes würden die Gerichte wohl weniger bei dessen Anwendung zögern. Auch die Rahmenbedingungen für ein Strafverfahren seien als Folge der vorsorglichen Massnahmen verbessert.

Mit Art. 3a VE-UWG würden schliesslich die bestehende Praxis (BGE 129 IV 49 E. 2.5) im Bereich der Offert-Rechnungen kodifiziert und die Rechtssicherheit erhöht. Die Handlungsbereitschaft der Strafbehörden werde gefördert. Eine «generalpräventive» Wirkung sei Folge davon, doch würden einige praktische Probleme der Betroffenen bei der Rechtsdurchsetzung nicht gelöst.

#### 2. Unlautere Schneeballsysteme (Art. 3b VE-UWG)

Dr. MAGDA STREULI-YOUSSEF, Rechtsanwältin in Zürich, vermisst bei Art. 3b VE-UWG die klare Abgrenzung zwischen unlauteren Schneeballsystemen und erlaubten MLM-Systemen. Da die neue Norm die Strafbarkeit präsumiere, sei zudem zu befürchten, dass die Menschenrechtskonformität dieser Bestimmung nicht gewährleistet sein könnte.

Bei Art. 3b Abs. 2 lit. a–f VE-UWG wäre nach Einschätzung der Referentin damit gedient, bestimmte Termini wie «vermögensrechtlicher Vorteil» zu erläutern. In den Tagungsunterlagen sind die einzelnen nach Ansicht der Referentin zu wenig präzisen Wendungen erkennbar. Es sei zweifelhaft, ob sich die neue Bestimmung mit diesen Formulierungen als Strafnorm eigne.

Der Wortlaut von Art. 3b VE-UWG sei daneben nicht identisch mit dem Wortlaut des geltenden Art. 43 Ziff. 1 LV. Die Formulierung von Art. 3b VE-UWG lege nahe, dass die gesetzlichen Anforderungen an eine verbotene Veranstaltung niedriger seien. Dem Zweck der erleichterten Anwendung des Gesetzes diene auch die gesetzliche Vermutung in Art. 3b Abs. 2 VE-UWG. Daneben brauche es bloss noch zwei weitere Kriterien für die Qualifikation als illegales Schneeballsystem. Der Katalog von Kriterien in Art. 3b Abs. 2 lit. a–f VE-UWG sei nur beschränkt praxistauglich; insgesamt erscheine die Vorschrift kaum justiziabel. Die Abgrenzung zu den erlaubten MLM-Systemen bleibe auf der Strecke, was eigentlich nicht Ziel der Vorlage sei.

Illegale Schneeballsysteme und erlaubte MLM-Systeme seien tatsächlich aufgrund ihrer jeweiligen Zielsetzungen zu unterscheiden, wobei STREULI-YOUSSEF diese Ziele definiert und eine Reihe von Indizien vorschlägt. Die einzelnen Kriterien seien aber keinesfalls in Stein gemeisselt. Eine genaue Abgrenzung könne äusserst schwierig sein. Für einen Vergleich mit dem europäischen Recht könne Ziff. 14 von Anhang 1 der RL 2005/29/EG dienen.

Erreicht würde durch die Revision die Überführung des Verbots von illegalen Schneeballsystemen ins UWG. Nicht erreichen könne man mit dem VE-UWG allerdings ein taugliches gesetzliches Instrumentarium gegen unlautere Schneeballsysteme. Die Abgrenzung zu den erlaubten MLM-Systemen

sei mit der neuen Bestimmung zu wenig scharf. Folglich werde kein griffiges Rechtsinstrumentarium geschaffen.

### 3. Verschärfung der AGB-Bestimmung (Art. 8 VE-UWG)

Dr. FLORENT THOUVENIN, Oberassistent an der Universität Zürich und Rechtsanwalt, zeigt, in welcher geringen Masse sich Art. 8 VE-UWG effektiv von Art. 8 UWG unterscheidet und weshalb die Idee einer AGB-Kontrolle im UWG von Anfang an zum Scheitern verurteilt gewesen sei. Regelungsgegenstand des UWG sei nämlich ganz allgemein der Wettbewerb – weil aber Unternehmen auf Ebene der AGB keinen Wettbewerb betrieben und das UWG den bestehenden Wettbewerb zwar regulieren, fehlenden Wettbewerb aber nicht hervorrufen könne, müsse eine AGB-Kontrolle im UWG geradezu zwingend ins Leere laufen.

Die Regelung von AGB im Wettbewerbsrecht sei deshalb rechtssystematisch eine Fehlleistung. Der Konnex der betreffenden Bestimmung zur Generalklausel und zu den übrigen Spezialtatbeständen fehle oder sei künstlich. Mit der Aufnahme des Tatbestandsmerkmals der «Irreführung» in Art. 8 UWG sei 1986 gleichzeitig mit der Einführung dieser Norm auch deren Tod besiegelt worden – diese Tatbestandsvoraussetzung sei praktisch nie erfüllt und habe der Bestimmung von Anfang an «die Zähne gezogen». Entsprechend habe Art. 8 UWG in den zwanzig Jahren seiner Geltung auch keine Spuren in der Rechtsprechung hinterlassen. Zusammenfassend könne gesagt werden, dass die bestehende Norm ein Fehlgriff sei. Rechtssystematisch sollte eine voll ausgebaute AGB-Regelung, die ein anerkanntes Ziel sei, überzeugend verortet sein; und dafür sei das UWG der falsche Ort. Wünschenswert sei zusätzlich z.B. ein Klauselkatalog, wie man ihn im europäischen Recht kenne.

Eine mögliche Lösung sei die Aufhebung von Art. 8 UWG und die Einführung eines «Rahmengesetzes zum Konsumentenschutz» mit dazugehörigen Verordnungen. Damit hätte man ein flexibles Instrumentarium und die Möglichkeit der raschen Erfüllung drängender Schutzbedürfnisse. Zudem müssten aussergerichtliche Lösungswege gestärkt werden. Eine einfache Verfahrensordnung, die Kostenlosigkeit von Gerichtsverfahren bis zu einem festzusetzenden Streitwert und die Publikation von Urteilen würden eine solche Regulierung abrunden.

Da Art. 8 VE-UWG bestenfalls einen etwas strengeren Massstab beim Kriterium der Vertragsnatur (Art. 8 lit. b VE-UWG) vorgebe und einen Anstoss für eine abstrakte Inhaltskontrolle gebe, bestehe die akute Gefahr, dass sich die Annahme der revidierten Fassung letztlich negativ auf die Schaffung einer griffigen AGB-Kontrolle auswirke, weil jeder entsprechende Vorstoss mit dem Hinweis auf die Revision von Art. 8 UWG vertröstet werden könne.

## IV. Verfahrens- und verwaltungsrechtliche Bestimmungen des Vorentwurfs

### 1. Zusätzliche Aktivlegitimation des Bundes (Art. 10 VE-UWG)

PD Dr. ALEXANDER BRUNNER, Obergericht in Zürich, berichtet über erfolgreiche und verhinderte Vorlagen für Privathaushalte zwischen 1992 und 2007. So habe das GestG mit dem Klägergerichtsstand transnational Verbesserungen gebracht; ein Klagerecht des Bundes sei hingegen abgelehnt worden, soweit lediglich Interessen der Konsumenten in der Schweiz betroffen seien. Der daraus resultierende Schutz komme nur Konsumenten im Ausland zu (Art. 10 Abs. 2 lit. c UWG).

Mit der UWG-Revision 2008 würden neu auch inländische Konsumenten geschützt durch eine Klagemöglichkeit des Staates. Dass in der Schweiz eine sog. «class action» nicht eingeführt werde, begrüsst BRUNNER ausdrücklich. Er stehe der «Änderung des UWG 2008» durchaus positiv gegenüber.

### 2. Ausdehnung der Pflicht zur Preisbekanntgabe (Art. 16 VE-UWG)

Dr. WERNER STIEGER, Rechtsanwalt in Zürich, bezeichnet die Art. 16, 17, 18, 19, 20 und 24 UWG als Beginn eines möglichen Konsumentenschutzes im UWG. Die gesetzliche Pflicht zur Preisbekanntgabe sei zudem in der PBV und der Wegleitung des SECO zur PBV für die Praxis zu finden.

Bei der Preisbekanntgabe gehe es gemäss dem «Erläuternden Bericht zum Vorentwurf» um einen «Systemwechsel». Neu werde die Pflicht zur Preisbekanntgabe für Waren und Dienstleistungen statuiert. Im geltenden Recht seien Dienstleistungen dagegen nur ausnahmsweise erfasst. Als Grund für den Systemwechsel gibt STIEGER an, dass nach verbreiteter Anschauung die unterschiedliche Be-

handlung von Waren und Dienstleistungen aus Gründen der Preis- und Markttransparenz schwer nachvollziehbar sei. Der Katalog derjenigen Dienstleistungen, die Art. 10 PBV unterstellt und deren Preis anzugeben seien, werde denn auch stets länger.

Der tatsächlich zu bezahlende Preis könne in vielen Fällen, z.B. in einem Parkhaus, nicht bekannt gegeben werden. Die Angabe der den Preis bestimmenden Parameter müsse genügen. Dies sollte sich im Gesetzestext reflektieren.

Mit Blick auf die Berufstätigkeit von Rechtsanwälten genüge Art. 12 Abs. 1 BGFA den Anforderungen von Art. 16 Abs. 3 VE-UWG. Die Bestimmungen im BGFA würden solche dort erwähnten Spezialregelungen darstellen. Auch der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) fordere die Nicht-Unterstellung der Anwalts-Dienstleistungen unter die Preisbekanntgabepflicht i.S.v. Art. 16 Abs. 1 VE-UWG. Eine sinnvolle Preisbekanntgabe, wie sie derweil von der PBV gefordert werde, sei in der Advokatur schlicht nicht möglich. Betreffend Art. 16 Abs. 2 VE-UWG rät der Referent, den Wortlaut «insbesondere aus technischen oder Sicherheitsgründen» dringend zu klären.

STIEGER fragt sich, ob es der neuen PBV mit Dutzenden von Detail-Bestimmungen für die verschiedenen Dienstleistungen und einem langen Katalog von nicht erfassten Dienstleistungen nicht an Praktikabilität mangeln werde. Eine Anfrage beim SECO habe ergeben, dass die neue PBV verständlicherweise noch nicht existiere. Ob die Revision sinnvoll sei, werde allerdings erst der Entwurf der neuen PBV zeigen.

### 3. Amtshilfe im Lauterkeitsrecht (Art. 21 und 22 VE-UWG)

Nach den Ausführungen von Prof. Dr. ROLF H. WEBER, Universität Zürich und Rechtsanwalt in Zürich, hätten Bestimmungen über den Informationsaustausch, die internationale Zusammenarbeit und das Amtsgeheimnis bisher im UWG gefehlt. Die vorgeschlagenen Bestimmungen seien ähnlich denjenigen, die bereits im Rahmen der Ambush Marketing-Vorlage besprochen worden seien (s. R.M. HILTY/H.C. VON DER CRONE/R.H. WEBER, Stellungnahme zur Anpassung des UWG: Ambush Marketing, sic! 2006, 702 ff.).

Der Referent erläutert Art. 21 und 22 VE-UWG und erklärt, dass man mit diesen einem Wunsch der OECD nachgekommen sei. Er kritisiert in der Folge, dass die vorgeschlagenen Bestimmungen weder mit den Bestimmungen in anderen marktbezogenen Gesetzen kongruent seien (z.B. Bankengesetz) noch die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes einhalten würden. Insgesamt sieht der Referent noch Bedarf zur Nachbesserung.

### V. Diskussion

Die Diskussion im Plenum findet in zwei Blöcken statt, die nachfolgend stark zusammengefasst wiedergegeben sind.

Ein zeitlich beträchtlicher Teil der Diskussion widmet sich den Regelungen über AGB. BRUNNER weist dabei verschiedentlich auf entsprechende Diskussionen in Bezug auf das Versicherungsvertragsgesetz hin. Schliesslich merkt er an, dass man Normen betreffend AGB auch im OR platzieren könnte. THOUVENIN folgt dieser Meinung insoweit, als er eine Verortung von AGB-Bestimmungen im OR immerhin für passender halte als im UWG.

Aus dem Publikum wird bemerkt, dass mit dem (Straf-)Antragsrecht des Bundes jedes Delikt zum Offizialdelikt würde, was zu gewissen Verwicklungen führe. BRUNNER geht damit in dem Sinne einig, als das UWG vom Strafrecht auf Distanz gehalten werden sollte.

Abschliessend weist HILTY darauf hin – wobei er den Beitrag von STREULI-YOUSSEF als sehr positives Beispiel herausstreicht –, dass zum jetzigen Zeitpunkt Verbesserungsvorschläge in die Arbeiten rund um den VE-UWG eingebracht werden sollten.

\* lic. iur., Assistent am Lehrstuhl für Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich.