

09.000

**Botschaft  
zur Änderung des Bundesgesetzes  
gegen den unlauteren Wettbewerb  
(UWG)**

vom ...

---

Sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin  
Sehr geehrter Herr Ständeratspräsident  
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit dieser Botschaft unterbreiten wir Ihnen den Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) mit dem Antrag auf Zustimmung.

Wir versichern Sie, sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin, sehr geehrter Herr Ständeratspräsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

...

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates  
Der Bundespräsident: Hans-Rudolf Merz  
Die Bundeskanzlerin: Corina Casanova

---

## Übersicht

**Die vorgeschlagene Änderung des UWG will den Schutz gegen einzelne unlautere Geschäftspraktiken verbessern, die Rechtsdurchsetzung stärken und die Grundlage für die Zusammenarbeit mit ausländischen Lauterkeitsaufsichtsbehörden schaffen.**

*Lautere und transparente Geschäftspraktiken sind Voraussetzung für eine gut funktionierende Marktwirtschaft. Die Abnehmerinnen und Abnehmer aller Handelsstufen, einschliesslich der Konsumentinnen und Konsumenten, können die ihnen zugedachte Steuerungsfunktion nur wahrnehmen, wenn sie über transparente und unverfälschte Marktinformationen verfügen. Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken hat deshalb eine höchst wettbewerbspolitische Komponente und liegt im öffentlichen Interesse. In den vergangenen Jahren haben sich Mängel auf drei Ebenen offenbart: Bei einzelnen Geschäftspraktiken, in der Rechtsdurchsetzung und in der Zusammenarbeit mit ausländischen Lauterkeitsaufsichtsbehörden.*

### Stärkung des materiellen Lauterkeitsschutzes

- *Neue Bestimmungen, welche den Rahmen der Lauterkeit von Offerten für Registereinträge und Insertionsaufträge klar festlegen (Art. 3 Bst. p und q Entwurf): Der Missbrauch mit untransparenten Antragsformularen für Einträge in nutzlose Register jeglicher Art ist gross. Mit einer griffigen Bestimmung soll diesem Missstand ein Riegel geschoben werden.*
- *Neue Regelung, welche die Unlauterkeit von Schneeballsystemen fest schreibt (Art. 3 Bst. r Entwurf). Eine entsprechende Bestimmung hätte im Rahmen der Totalrevision des Lotterieggesetzes ins UWG eingefügt werden sollen. Wegen der Sistierung der Lotterieggesetzrevision war die UWG-Ergänzung blockiert. Der vorliegende Entwurf überführt das Verbot von Schneeballsystemen ins UWG, wo es rechtssystematisch hingehört.*
- *Griffigere Ausgestaltung der bestehenden AGB-Bestimmung in Artikel 8 UWG: Die Schaffung eines griffigeren Instrumentariums gegen missbräuchliche allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) ist eine bereits mehrfach formulierte Forderung der Eidg. Kommission für Konsumentenfragen. Mit einer Korrektur von Artikel 8 UWG soll eine Inhaltskontrolle von AGB ermöglicht werden. Gemäss Entwurf können AGB vom Richter u.a. dann als unlauter erklärt werden, wenn sie in Treu und Glauben verletzender Weise ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und der vertraglichen Pflichten vorsehen (z.B. eine Klausel, die sämtliche Risiken auf den Käufer oder Kunden überwälzt). Nach geltendem Recht sind AGB nur dann unlauter, wenn sie eine solch einseitige Risikoverteilung «in irreführender Weise» vorsehen. Verstösse gegen Artikel 8 UWG führen zur Nichtigkeit der fraglichen Klauseln.*

---

### **Bessere Rechtsdurchsetzung**

*Die Rechtsdurchsetzung soll durch eine Weiterentwicklung des Klagerechts des Bundes verbessert werden (Art. 10 Abs. 3 ff. Entwurf): Der Bund soll nicht nur Klage erheben können, wenn unlautere Geschäftspraktiken den Ruf der Schweiz im Ausland beeinträchtigen (so nach bisherigem Art. 10 Abs. 2 Bst. c UWG), sondern auch bei der Schädigung von Kollektivinteressen im Inland. Die durch allfällige unlautere Geschäftspraktiken aus dem In- und Ausland gefährdeten Interessen von Schweizer KMU, Konsumentinnen und Konsumenten liessen sich damit besser verteidigen. Ferner soll dem Bundesrat die Möglichkeit gegeben werden, vor unlauteren Machenschaften, die öffentliche Interessen gefährden, unter Nennung der entsprechenden Firmen zu warnen.*

### **Zusammenarbeit mit ausländischen Lauterkeitsaufsichtsbehörden**

*Die Globalisierung und das Internet haben zu einer erheblichen Zunahme grenzüberschreitender unlauterer Geschäftspraktiken geführt. Das zeigt sich auch in der Jahresstatistik der bei den Bundesbehörden aus dem Ausland eingehenden Beschwerden gegen Geschäftspraktiken von Schweizer Firmen (2008: 1650 Beschwerden). Umgekehrt werden auch immer mehr Schweizer Bürgerinnen und Bürger sowie KMU Opfer von Betrügereien aus dem Ausland. In diesem Zusammenhang ist die Schweiz auf die grenzüberschreitende Zusammenarbeit mit ausländischen Partnerbehörden angewiesen. Amtshilfebestimmungen sind deshalb sowohl für den Schutz des Ansehens wie auch für eine effiziente Bekämpfung grenzüberschreitender Betrügereien unabdingbar.*

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>Übersicht</b>	<b>2</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>5</b>
<b>1 Grundzüge der Vorlage</b>	<b>6</b>
1.1 Ausgangslage	6
1.1.1 Vorgeschichte	6
1.1.2 Geltendes UWG	6
1.1.3 Mängel im geltenden Recht	7
1.2 Die beantragte Neuregelung	11
1.2.1 Stärkung des materiellen Lauterkeitsschutzes	11
1.2.2 Bessere Rechtsdurchsetzung	12
1.3 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung	14
1.3.1 Rechtliche und wirtschaftliche Begründung der Vorlage	14
1.3.2 Übersicht über die Ergebnisse der Vernehmlassung	17
1.3.3 Die Vernehmlassung zu den einzelnen Revisionspunkten	18
1.3.4 Überarbeitung des Vorentwurfs	21
1.4 Rechtsvergleich und Verhältnis zum europäischen Recht	22
<b>2 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln</b>	<b>24</b>
<b>3 Auswirkungen</b>	<b>35</b>
3.1 Auswirkungen auf den Bund	35
3.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden	36
3.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	36
<b>4 Verhältnis zur Legislaturplanung</b>	<b>38</b>
<b>5 Rechtliche Aspekte</b>	<b>38</b>
5.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit	38
5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	38
5.3 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	39
<b>Anhang: Vergleich der beim SECO eingegangenen UWG-Beschwerden 2005–2008</b>	<b>40</b>
<b>Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (<i>Entwurf</i>)</b>	<b>43</b>

## Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BJ	Bundesamt für Justiz
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999; SR 101
E	Gesetzesentwurf
E.	Erwägung
EG	Europäische Gemeinschaft
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EKK	Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101
EU	Europäische Union
FN	Fussnote
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht; SR 291
KIG	Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (Konsumenteninformationsgesetz); SR 944.0
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
LV	Verordnung vom 27. Mai 1924 zum Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten; SR 935.511
N	Randnummer
NR	Nationalrat
OECD	Organisation of Economic Cooperation and Development
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht); SR 220
PBV	Verordnung vom 11. Dezember 1978 über die Bekanntgabe von Preisen; SR 942.211
PVÜ	Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967; SR 0.232.04
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937; SR 311.0
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, BBl 2007 6977; SR 312.0
UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb; SR 241
vgl.	vergleiche

# **Botschaft**

## **1 Grundzüge der Vorlage**

### **1.1 Ausgangslage**

#### **1.1.1 Vorgeschichte**

Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken hat eine höchst wettbewerbspolitische Komponente und liegt im öffentlichen Interesse. In den vergangenen Jahren haben sich in diesem Zusammenhang Mängel insbesondere bei der Ausgestaltung einzelner Geschäftspraktiken sowie bei der Rechtsdurchsetzung einschliesslich der Zusammenarbeit mit ausländischen Lauterkeitsaufsichtsbehörden gezeigt. Zwar waren Versuche unternommen worden, das UWG in Einzelpunkten zu verbessern. Da diese Änderungsvorschläge Bestandteil grösserer Gesetzespakete waren, die aus unterschiedlichen Gründen nicht weiter geführt wurden, konnten auch die angestrebten UWG-Anpassungen nicht realisiert werden. Bei den erwähnten Gesetzespaketen handelte es sich um die Vorlagen «Stärkung des Konsumentenschutzes im elektronischen Geschäftsverkehr» (2000), «Totalrevision des Lotteriegelgesetzes» (2002–2004) und «Änderung des Konsumenteninformationsgesetzes» (KIG; 2005). Für die einzelnen UWG-Anliegen ist der Revisionsbedarf ausgewiesen. So hat der Bundesrat u.a. in seinem Beschluss vom 22. November 2006, mit dem er die Weiterführung einer Ambush-Marketing-Regelung stoppte, zum Ausdruck gebracht, dass die Schaffung von Rechtsgrundlagen für den Informationsaustausch mit ausländischen Lauterkeitsaufsichtsbehörden ein vordringliches Ziel ist.

#### **1.1.2 Geltendes UWG**

Ein wesentliches Ziel der Totalrevision des UWG von 1986 bestand darin, die Dreidimensionalität des Lauterkeitsrechts – Gleichwertigkeit der Interessen von Wirtschaft, Konsumentinnen und Konsumenten sowie der Allgemeinheit – sichtbar zu machen. Schutzobjekt ist deshalb der lautere Wettbewerb, dessen Verfälschung durch unlautere Praktiken nicht nur die Personen beeinträchtigt, die sich mitbewerben, sondern die Abnehmerinnen und Abnehmer aller Stufen, also auch die Konsumentinnen und Konsumenten (Art. 1 UWG). Unlauter und widerrechtlich ist demnach jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst (Art. 2 UWG). Neben der Generalklausel ist das als unlauter zu betrachtende Geschäftsgebaren in einer Reihe von Tatbeständen umschrieben (Art. 3–8 UWG).

Das UWG ist zivilrechtlich ausgerichtet, wobei die Verletzung einzelner Tatbestände auf Antrag einer klageberechtigten Person hin auch strafrechtliche Konsequenzen haben kann. Sowohl Zivilklagen wie auch ein Strafantrag sind bei den zuständigen kantonalen Gerichten oder Strafverfolgungsbehörden einzureichen. Klageberechtigt sind die in ihren wirtschaftlichen Interessen betroffenen Personen, also Mitbewerber und Kunden aller Handelsstufen, aber auch Berufs- und Wirtschaftsverbände sowie die Konsumentenorganisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die sich statutengemäss dem Konsumentenschutz widmen (Art. 9 und 10

UWG). Dem Bund steht seit 1992 dann ein Klagerecht zu, wenn er es zum Schutz des Ansehens der Schweiz im Ausland als nötig erachtet und wenn die klageberechtigten Personen im Ausland ansässig sind (Art. 10 Abs. 2 Bst. c UWG). Er ist dabei an das Klageinstrumentarium gebunden, welches das UWG den Berufs- und Wirtschaftsverbänden sowie den Konsumentenorganisationen zur Verfügung stellt: Die zivilrechtlichen Abwehrklagen gemäss Artikel 9 Absätze 1 und 2 UWG sowie das Recht, Strafantrag zu stellen (Art. 23 UWG).

Der verwaltungsrechtliche Teil des UWG (Art. 16–20 UWG) regelt die Preisbekanntgabe an Konsumentinnen und Konsumenten. Es geht darum, Missbräuche bei fehlenden oder irreführenden Preisangaben zu bekämpfen sowie Markt- und Preistransparenz zu schaffen. Das UWG statuiert eine obligatorische Preisbekanntgabe für sämtliche Waren sowie für diejenigen Dienstleistungen, welche der Bundesrat bezeichnet.

### **1.1.3 Mängel im geltenden Recht**

Mängel sind im geltenden Recht auf drei Ebenen auszumachen: Bei einzelnen Geschäftspraktiken sowie in der Rechtsdurchsetzung und dem Informationsaustausch mit ausländischen Lauterkeitsaufsichtsbehörden.

#### **Mangelhafte Regelung einzelner Geschäftspraktiken**

Als mangelhaft erwiesen haben sich das Fehlen eines klaren Tatbestands für Offerten betreffend Registereinträge und Anzeigenaufträge, für Schneeballsysteme sowie die beschränkt taugliche Bestimmung über missbräuchliche allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB; Art. 8 UWG).

##### *Adressbuchschwindeleien*

Der Missbrauch mit intransparenten Offertformularen für Einträge in Register aller Art mit geringem oder gar keinem Nutzen ist enorm (siehe Anhang 1). Vergleichbare Missbräuche kommen auch beim Verkauf von Anzeigen auf Orts- und anderen Karten, Plänen, Notfallinformationsblättern, Tischsets und weiteren Werbemitteln vor. Opfer sind KMU genau so wie Grossbetriebe, Verwaltungen und Freiberufler. Die Akquirierungsmethoden sind zahlreich. Anzutreffen sind vor allem folgende Methoden:

##### *Werbeschreiben*

Die Werbeschreiben für den Eintrag in ein Branchenverzeichnis werden oft massenhaft und in Form von Formularen versandt. Es wird suggeriert, der Eintrag in ein Branchenverzeichnis sei gratis. Zu diesem Zweck ist die Geschäftsadresse im Formular bereits vorgedruckt. Der Empfänger wird aufgefordert, die Korrektheit der Geschäftsadresse zu überprüfen, allfällige Änderungen vorzunehmen und die von ihm angebotenen Dienstleistungen und Produkte einzutragen, um auf der idealen Werbepattform dabei zu sein.

Oft werden unentgeltliche und entgeltliche Dienstleistungen sprachlich und auch in der Anordnung des Texts so vermengt, dass der eilige Leser glaubt, das gesamte Angebot sei gratis. Im Kleingedruckten verstecken sich die meist schwerfällig formulierten Vertragsklauseln mit ungewollten Folgen: Die Unterzeichnung und Retournierung des Formulars führt zum Abschluss eines Auftrags, der eine minimale

Laufzeit von ein bis drei Jahren aufweisen kann. Die Kosten pro Jahr liegen in der Regel zwischen CHF 800.– und CHF 1700.–.

#### *Unaufgeforderte Telefonanrufe oder Telefaxe*

Eine beliebte Methode besteht auch in der Vortäuschung, es existiere bereits ein laufender Insertionsauftrag. Falls der Angerufene kein Interesse an der Weiterführung des Auftrags habe, solle er das gefaxte Formular unterzeichnen und retournieren, um das Auftragsverhältnis aufzulösen. Aber: Mit der Unterzeichnung und Retournierung des Formulars wird erst ein entgeltlicher Auftrag abgeschlossen! Diese Methode wird oftmals auch für Insertionen auf Werbemitteln wie Karten, Plänen und Tischsets verwendet.

#### *Als Rechnungen verschleierte Offerten*

Mitunter versenden unseriöse Anbieter Rechnungen ähnelnde Offerten für Einträge in Branchenverzeichnisse. Sie erwecken gegenüber der Empfängerin oder dem Empfänger den Eindruck, es bestehe bereits ein Vertragsverhältnis. Der Vertrag wird allerdings erst mit der Bezahlung der Rechnung abgeschlossen. Beliebte Zielscheiben sind neue Marken- oder Firmeninhaber. Der Versand der «Rechnung» unmittelbar nach der Publikation der neuen Marke oder der neuen Firma im Schweizerischen Handelsamtsblatt ist kein Zufall; die Empfängerinnen und Empfänger glauben, eine Rechnung vom Institut für Geistiges Eigentum oder vom zuständigen kantonalen Handelsregisteramt zu erhalten. Mit der Einzahlung des fraglichen Geldbetrags schliessen sie gegen ihren Willen einen Auftrag ab, statt die angeblich geschuldete Gebühr zu bezahlen.

#### *Agentinnen und Agenten*

Auch im Zusammenhang mit Agentinnen und Agenten, die unaufgefordert Unternehmen aufsuchen, können sich nach der Unterzeichnung des ungelesenen Formulars unliebsame Überraschungen ergeben. Manche Agenten beteuern, der Eintrag sei gratis. Andere wiederum täuschen vor, es gehe lediglich darum, mit der Unterschrift das Telefonverzeichnis aufzudatieren oder die Korrektheit der Angaben zu bestätigen. Oftmals wird auch behauptet, mit der Unterschrift werde lediglich bestätigt, der Agent habe das betreffende Unternehmen aufgesucht. Wer allerdings den Beteuerungen der Agenten blind vertraut und unterzeichnet, riskiert, gegen seinen Willen einen mehrjährigen Auftrag abzuschliessen, der mit hohen Kosten verbunden ist.

*Fazit:* Die Schwindeleien für Einträge in nutzlose Register und für Anzeigenaufträge auf Werbemitteln werden in weiten Kreisen als grosses Ärgernis empfunden. Die Erfahrungen, die der Bund mit Unternehmen gemacht hat, die von der Schweiz aus weltweit nutzlose Register vertreiben, belegen, dass das geltende UWG den lauterkeitsrechtlichen Rahmen nicht in befriedigendem Masse zu setzen vermag. Dies mit dem Ergebnis, dass Schwindelfirmen jahrelang, nämlich bis zu einem höchstrichterlichen Entscheid<sup>1</sup>, KMU und sonstige Firmen und Institutionen übertölpeln können. Dies führt oftmals zum Ergebnis, dass einzelne Sachverhalte im Zusammenhang mit Strafverfahren verjährt sind.

<sup>1</sup> Etwa BGE 129 IV 49 und 129 IV 305

### *Schneeballsysteme*

Die für die Totalrevision des Lotterieggesetzes eingesetzte Expertenkommission schlug in ihrem Bericht vom 25. Oktober 2002 und in dem damit einhergehenden Gesetzesentwurf vor<sup>2</sup>, die sog. Schneeballsysteme aus der Verordnung vom 27. Mai 1924<sup>3</sup> zum Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten (LV) herauszulösen und im UWG zu regeln. Schneeballsysteme wie z.B. Kettenbriefe kennzeichnen sich dadurch, dass sie in irgendeiner Form mit Geldeinsatz verbunden sind oder pyramiden- bzw. lawinenähnliche Verkaufs- und Vertriebssysteme darstellen wie etwa diejenigen des European Kings Club (EKC). Die bisherige Anbindung der Schneeballsysteme im Lotterieggesetz ist in erster Linie historisch zu erklären – im Jahre 1938 gab es noch kein UWG – und nur bedingt sachlich zu begründen<sup>4</sup>.

Die Totalrevision des Lotterieggesetzes wurde im Mai 2004 vom Bundesrat sistiert, da die Kantone im Rahmen der Vernehmlassung vorgeschlagen hatten, die Missstände im Lotterie- und Wettbereich selber zu beheben. Aus diesem Grunde kam es u.a. nicht zur geplanten Überführung der Bestimmung über die Schneeballsysteme ins UWG. Dies soll im Rahmen der jetzigen UWG-Änderung nachgeholt werden.

### *Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)*

Die Schaffung eines griffigeren Instrumentariums gegen missbräuchliche allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) ist zum wiederholten Male eine Forderung der Eidg. Kommission für Konsumentenfragen (EKK)<sup>5</sup>. Sie ist darüber hinaus auch immer wieder Gegenstand parlamentarischer Vorstösse<sup>6</sup>. In seiner Antwort auf die Motion der Kommission für Rechtsfragen NR (02.461) Minderheit Leuthard (siehe FN 6) erklärte sich der Bundesrat bereit, Änderungen des schweizerischen Rechts zu prüfen, die die konkrete und die abstrakte Kontrolle des Inhalts von allgemeinen Geschäftsbedingungen verstärken könnten. Er stellte einen diesbezüglichen Vorschlag im Rahmen der KIG-Revision in Aussicht, wobei auf das Erfordernis der Täuschung in Artikel 8 UWG verzichtet werden sollte. Dies auch deshalb, weil die abstrakte Inhaltskontrolle in den Artikeln 8–10 UWG bereits vorgesehen sei. Im Rahmen der Vernehmlassungsvorlage zur KIG-Revision übernahm der Bundesrat dann den Vorschlag der interdepartementalen Arbeitsgruppe, welche die allgemeinen Geschäftsbedingungen umfassend im Obligationenrecht regeln wollte. Aufgrund der äusserst kontroversen Vernehmlassungsergebnisse verzichtete der Bundesrat im November 2005 auf die Weiterverfolgung der gesamten KIG-Revisions-Vorlage. Dies mit dem Resultat, dass die rechtliche Situation rund um die AGB nach wie vor einer Lösung harret.

<sup>2</sup> <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2002/3.html>

<sup>3</sup> SR 935.511

<sup>4</sup> Die Schneeballsysteme wurden zusammen mit den lotterieähnlichen Unternehmungen im Jahre 1938 in die LV integriert (AS 54 237); vgl. Gunther Arzt, Lehren aus dem Schneeballsystem: in Festschrift für Koichi Miyazawa, Baden-Baden, 1995, S. 519 ff.

<sup>5</sup> Die letzte diesbezügliche Empfehlung zu Handen des Bundesrats datiert vom 6. November 2007. Die früheren Empfehlungen der EKK stammen vom 12.6.1997 und vom 3.6.2003.

<sup>6</sup> Motion der Kommission für Rechtsfragen NR (02.461) Minderheit Leuthard vom 23.6.2003 betr. Überprüfung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, die der Nationalrat am 3.10.2003 in der Form des Postulates überwiesen hat. Ferner parlamentarische Initiative Sommaruga Simonetta vom 20.12.2006 (06.489). Gegen missbräuchliche Klauseln im «Kleingedruckten».

Nach geltendem Artikel 8 UWG ist die Verwendung vorformulierter AGB nur dann unlauter, wenn sie *in irreführender Weise* zum Nachteil einer Vertragspartei von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen. Die Rechtslehre stuft diese Bestimmung wegen des Einschubs «in irreführender Weise» als untaugliches Mittel gegen missbräuchliche AGB ein<sup>7</sup>. Insbesondere verhindert dieser Passus eine abstrakte Inhaltskontrolle von AGB, wie sie ursprünglich vorgesehen war<sup>8</sup>. Damit können AGB, welche zu einseitig zulasten der einen Vertragspartei stipuliert sind, nicht von ihrem missbräuchlichen Inhalt her als unlauter taxiert werden.

### **Mängel in der Rechtsdurchsetzung**

Dass gesetztes Recht auch durchgesetzt wird, ist ein wesentlicher Pfeiler für die Effizienz von Rechtsetzung. Die besten Tatbestände taugen nichts, wenn es an der Durchsetzung fehlt. Im UWG sind zwei Schwachstellen in der mangelhaften Rechtsdurchsetzung auszumachen:

Einerseits ist die Durchsetzung im nationalen Bereich ganz den Privaten übertragen. Der Bund kann nach geltendem Recht nur gegen unlautere Geschäftspraktiken intervenieren, wenn eine Person oder Firma aus der Schweiz die wirtschaftlichen Interessen von im Ausland ansässigen Unternehmen oder Kundinnen und Kunden beeinträchtigt und damit das Ansehen der Schweiz im Ausland schädigt (Art. 10 Abs. 2 Bst. c UWG). In der Schweiz ansässige Unternehmen und Konsumentinnen und Konsumenten sind somit weniger gut geschützt als im Ausland ansässige. Das Prozesskostenrisiko ist den durch Täuschung gefährdeten Unternehmen und Kundinnen und Kunden in der Regel zu gross, als dass sie altruistisch zugunsten anderer möglicher Opfer unlauteren Wettbewerbs gerichtlich vorgehen würden. Erst wenn bedeutende individuelle Interessen auf dem Spiel stehen, ist ein einzelner Mitbewerber oder Kunde bereit, den Urheber einer unlauteren Geschäftspraktik einzuklagen. Die Finanzkraft der Konsumentenorganisationen steht hingegen auf einer zu schwachen Basis, als dass sie regelmässig gegen unlauteres Verhalten grossen Stils einschreiten könnten. In verschiedenen Bereichen sind Kollektivinteressen betroffen, die ein Eingreifen von Amtes wegen wünschenswert machen. Zu denken ist an die seit 2005 grassierenden Internetbetrügereien (im Jahre 2008 gab es 447 diesbezügliche Beschwerden, wobei ein grosser Anteil aus dem Inland stammt) sowie an die stets wiederkehrenden unlauteren Gewinnversprechen derselben Urheberschaft, welcher weite Teile der Bevölkerung ausgesetzt sind. Die Kontakte mit betroffenen Personen zeigen ein klares Unverständnis mit der geltenden Rechtslage auf. Als Mangel erweist sich in solchen Fällen auch, dass keine gesetzliche Grundlage besteht, um die Öffentlichkeit unter Nennung der involvierten Firmen zu informieren.

Andererseits fehlt es an Rechtsgrundlagen für den Informationsaustausch mit ausländischen Lauterkeitsaufsichtsbehörden. Die Globalisierung und das Internet haben zu einer erheblichen Zunahme grenzüberschreitender unlauterer Geschäftspraktiken geführt. Das zeigt sich auch in der Jahresstatistik der beim SECO aus dem Ausland eingehenden Beschwerden gegen Geschäftspraktiken von Schweizer Firmen (2008:

<sup>7</sup> Vgl. Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG); St. Gallen/Berlin 2000, N 23 ff. zu Artikel 8; M. M. Pedrazzini/F. A. Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb UWG, 2. A., Bern 2002, Ziff. 12.02.

<sup>8</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983, BBl 1983 II 1094

1650 Beschwerden; 2007: 700 Beschwerden; 2006: 1000 Beschwerden; vgl. Anhang 1). Umgekehrt werden auch immer mehr Schweizer KMU sowie Konsumentinnen und Konsumenten Opfer von Betrügereien aus dem Ausland. Zu erwähnen sind der Adressbuchswindel, die Internetbetrügereien und Gewinnversprechen. In diesem Zusammenhang ist die Schweiz auf die grenzüberschreitende Zusammenarbeit mit ausländischen Partnerbehörden angewiesen. Entsprechende Rechtsgrundlagen sind deshalb sowohl für den Ansehensschutz wie auch für eine effiziente Bekämpfung grenzüberschreitender Betrügereien unabdingbar. Das gilt auch mit Blick auf den per 1. April 2007 in Kraft getretenen Anti-Spam-Artikel im UWG<sup>9</sup>. Die Spam-Problematik macht eine neue Dimension der internationalen Zusammenarbeit und des damit einhergehenden Informationsaustausches nötig.

## 1.2 Die beantragte Neuregelung

Aufgrund der dargelegten Mängel wird eine Neuregelung einzelner Punkte beantragt. Ihr Zweck besteht in einer Stärkung der Institution «lauterer Wettbewerb». Anvisiert wird diese Stärkung auf den Ebenen «Besserer materieller Schutz vor einzelnen unlauteren Geschäftspraktiken» und «bessere Rechtsdurchsetzung».

### 1.2.1 Stärkung des materiellen Lauterkeitsschutzes

Im Vordergrund stehen drei neue Lauterkeitstatbestände sowie die griffigere Gestaltung eines bestehenden Tatbestands. Im Einzelnen geht es um Folgendes:

*Neue Tatbestände, welche den Rahmen der Lauterkeit von Offerten für Register-einträge und Anzeigenaufträge klar festlegen (Art. 3 Bst. p und q Entwurf):*

Der neue Tatbestand in Artikel 3 Buchstabe p zählt die einzelnen Elemente auf, welche notwendigerweise auf einer Offerte für einen Eintrag in ein Adressverzeichnis oder Firmenregister aufzuführen sind. Dabei geht es darum, auf die Kostenpflichtigkeit und den privaten Charakter des Angebots, die Laufzeit des Vertrags, den von dieser abhängigen Gesamtpreis sowie auf die Verbreitung und Form der Publikation hinzuweisen. Dabei sind diese Informationen in grosser Schrift, an gut sichtbarer Stelle und in verständlicher Sprache anzubringen. Der Versand von Rechnungen für eine Registereintragung oder die Aufgabe einer Anzeige soll verboten sein, wenn kein vorgängiger Auftrag dazu ergangen ist (Art. 3 Bst. q Entwurf). Die beiden Bestimmungen orientieren sich an den vom Bundesgericht für Offertrechnungen entwickelten Grundsätzen<sup>10</sup> sowie am Ehrenkodex des Schweizerischen Adressbuchverlegerverbandes<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Art. 3 Bst. o; AS 2007 921 940

<sup>10</sup> BGE 129 IV 49 (E. 2.5); ferner in: sic! 4/2003, 354 ff.; Urteil des Bundesgerichts vom 8. Oktober 2008 (Akten-Nr. 6B\_272/2008), sic! 1/2009, 46 f.

<sup>11</sup> Ehrenkodex für die Mitglieder des Schweizerischen Adressbuch- und Datenbankverlegerverbandes (Ziff. 7); www.sadv.ch

*Neuer Tatbestand, welcher die Unlauterkeit von Schneeballsystemen festschreibt (Art. 3 Bst. r Entwurf)*

Das bisher in der LV vorgesehene Verbot der Vertriebssysteme nach dem Schneeball-, Lawinen- oder Pyramidenprinzip wird ins UWG überführt. Bei einem Schneeball- oder Pyramidensystem geht es in den meisten Fällen um eine aggressive Umverteilung von Geldern von der Pyramidenbasis in Richtung Spitze der Pyramide, die häufig mit einem speziellen Waren- oder Dienstleistungsvertrieb gekoppelt und dadurch getarnt ist. Die Schneeballsysteme sind im umliegenden Ausland in der Regel im Lauterkeits- oder Konsumentenschutzrecht geregelt. Die künftige Regelung dieser Materie im UWG ist daher naheliegend.

*Griffigere Ausgestaltung der bestehenden AGB-Bestimmung (Art. 8 UWG)*

Mit einer Korrektur der geltenden AGB-Bestimmung im UWG, u.a. mit der Streichung der Textpassage «in irreführender Weise», soll eine abstrakte Inhaltskontrolle von AGB ermöglicht werden. Das heisst, AGB könnten vom Gericht ohne Vorliegen eines konkreten Vertragsverhältnisses aufgrund ihres Inhalts als unlauter erklärt werden. Die geänderte Bestimmung entspräche damit der vom Bundesrat in der Antwort auf die Motion der Rechtskommission Minderheit Leuthard zum Ausdruck gebrachten Absicht<sup>12</sup>, auch wenn sie mit dem seinerzeit vom Bundesrat vorgeschlagenen Tatbestand<sup>13</sup> nicht mehr identisch ist. Zwar wird in der Rechtslehre zum Teil die Meinung vertreten, die AGB seien entweder im Obligationenrecht oder in einem Spezialgesetz zu regeln. Die hier vorgesehene Korrektur versucht das Problem dort zu lösen, wo bereits eine zentrale Regelung besteht, nicht zuletzt mit dem Vorteil, dass es sich erübrigt, in diversen Spezialgesetzen Sonderregelungen einzufügen. Kommt hinzu, dass den Konsumentenorganisationen im UWG die Klageberechtigung zusteht<sup>14</sup>.

## **1.2.2 Bessere Rechtsdurchsetzung**

Im Vordergrund stehen die Ausdehnung des Klagerechts des Bundes sowie die Schaffung von Rechtsgrundlagen für den Informationsaustausch mit ausländischen Lauterkeitsbehörden.

*Weiterentwicklung des Klagerechts des Bundes (Art. 10 Abs. 3 ff. Entwurf):*

Der Bund soll nicht nur Klage erheben können, wenn unlautere Geschäftspraktiken den Ruf der Schweiz im Ausland beeinträchtigen (so nach bisherigem Art. 10 Abs. 2 Bst. c UWG), sondern auch bei der Schädigung von Kollektivinteressen im Inland. Die durch allfällige unlautere Geschäftspraktiken aus dem In- und Ausland gefährdeten Interessen von Schweizer KMU, Konsumentinnen und Konsumenten liessen sich damit besser verteidigen. Unter Kollektivinteressen sind Interessen zu verstehen, welche nicht die Rechtsstellung oder die wirtschaftlichen Interessen einer einzelnen, durch unlauteres Geschäftsgebaren gefährdeten natürlichen oder juristischen Person betreffen. Gemeint sind vielmehr gefährdete Interessen einer Mehrzahl

<sup>12</sup> Siehe FN 6

<sup>13</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983, BBl 1983 II 1094.

<sup>14</sup> Art. 97 Abs. 2 BV; Art. 10 Abs. 2 Bst. b UWG

von Personen, sei es einer bestimmten Altersgruppe (Jugendliche, Seniorinnen und Senioren), einer bestimmten Branche oder gar der Allgemeinheit. Im Übrigen geht es auch um den Schutz der Institution des lautereren Wettbewerbs, dem mit einem blossen Abstellen auf Individualklagen zu wenig Rechnung getragen wird.

Ferner soll dem Bund die Möglichkeit gegeben werden, die Öffentlichkeit über unlautere Verhaltensweisen unter Nennung der entsprechenden Firmen zu informieren, soweit der Schutz des öffentlichen Interesses es erfordert. Damit können Folgeschäden abgewandt und eine bei Unlauterkeitsfällen besonderer Tragweite zu erwartende Beschwerdeflut eingedämmt werden.

Schliesslich soll unmissverständlich festgelegt werden, dass bei der Ausübung des Klagerechts des Bundes das Schweizer UWG zur Anwendung gelangt. Diese Frage war in der Vergangenheit oft strittig, wenn der Bund aufgrund eines Auslandsachverhalts eine Zivilklage auf Feststellung der Widerrechtlichkeit oder auf Unterlassung eingereicht hat. Dies deshalb, weil das Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG)<sup>15</sup> bei Ansprüchen aus unlauterem Wettbewerb vom Auswirkungsprinzip ausgeht. Danach ist das Recht desjenigen Staates anwendbar, auf dessen Markt sich die unlautere Handlung entfaltet. Damit wäre das im Jahre 1992 von den eidg. Räten geschaffene Klagerecht des Bundes (Art. 10 Abs. 2 Bst. c UWG)<sup>16</sup> in lauterkeitsrechtlichen Zivilverfahren gar nie anwendbar, was dem klaren Willen des Gesetzgebers widersprechen würde. Der Bund hat sich denn auch immer darauf berufen, dass eine sog. «loi d'application immédiate» im Sinne von Artikel 18 IPRG vorliege. Danach bleiben Bestimmungen des schweizerischen Rechts vorbehalten, die wegen ihres besonderen Zweckes, unabhängig von dem durch das IPRG bezeichneten Recht, zwingend anzuwenden sind. Die vorgeschlagene Verdeutlichung trägt zur Rechtssicherheit und -klarheit wesentlich bei, indem ausdrücklich festgehalten wird, dass das Klagerecht des Bundes eine «loi d'application immédiate» im Sinne von Artikel 18 IPRG darstellt.

*Rechtsgrundlagen für die Zusammenarbeit mit ausländischen Aufsichtsbehörden im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden unlauteren Geschäftspraktiken (Art. 21/22 Entwurf):*

Die Rechtsgrundlagen für die Zusammenarbeit mit ausländischen Aufsichtsbehörden sind analogen Bestimmungen in anderen Gesetzen nachgebildet<sup>17</sup>. Bei den hier in Frage kommenden ausländischen Aufsichtsbehörden geht es der Natur der Sache nach um Lauterkeitsaufsichts- oder Konsumentenschutzbehörden. Um auch keine Missverständnisse aufkommen zu lassen, wie sie einzelnen Vernehmlassungen im Rahmen der KIG-Revision im Jahre 2005 zugrunde lagen, sei Folgendes klar gestellt: Der Informationsaustausch mit ausländischen Aufsichtsbehörden bezieht sich bloss auf denjenigen Bereich, wo dem Bund das Klagerecht nach Artikel 10 UWG zukommt. Es geht also nicht um Amts- oder Rechtshilfe in den klassischen UWG-Bereichen des Individualschutzes (Bsp. Verwechslung mit einem anderen Kennzeichen, Leistungsschutz, Herabsetzung des Mitbewerbers usw.).

<sup>15</sup> SR 291; Art. 136

<sup>16</sup> AS 1992 1514 1515; BBl 1992 I 355

<sup>17</sup> Vgl. Art. 42 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG), SR 956.1; Art. 22 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003 über den internationalen Kulturgütertransfer, SR 444.1; Art. 7 des Bundesgesetzes vom 22. März 2002 über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen, SR 946.231.

Die Schaffung von Rechtsgrundlagen für den Informationsaustausch trägt auch der Entwicklung in der EU und OECD Rechnung, welche Massnahmen gegen grenzüberschreitende unlautere Geschäftspraktiken erlassen (EG)<sup>18</sup> oder in Form von Soft Law ausgearbeitet (OECD)<sup>19</sup> haben.

*Kleinere Anpassungen im strafrechtlichen Teil (Art. 23 Abs. 3 Entwurf):*

Neu wird in einer Sonderbestimmung ausdrücklich festgehalten, dass dem Bund die Stellung eines Privatklägers zukommt. Die Sonderbestimmung schafft Klarheit und trägt insbesondere im Verhältnis zur neuen StPO, deren Inkrafttreten per 1.1.2011 geplant ist, zur Rechtssicherheit bei.

### **1.3 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung**

#### **1.3.1 Rechtliche und wirtschaftliche Begründung der Vorlage**

Die Stärkung sowohl des materiellen Lauterkeitsschutzes wie auch der Rechtsdurchsetzung verbessert letztlich die wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen. Das Institut des laueren Wettbewerbs und damit die Qualität desselben werden gestärkt. Die Begründung der einzelnen Änderungen findet sich unter den Ziffern 1.1. und 1.2. Ergänzend kann auf Folgendes hingewiesen werden:

- Um dem Adressbuchswindel Herr zu werden, müssten die lauterkeitsrechtliche Generalklausel (Art. 2 UWG) und das Irreführungsverbot (Art. 3 Bst. b UWG) konsequent im Dienste der Lauterkeit des Wettbewerbs ausgelegt werden. Oftmals scheuen sich aber die Gerichte vor dem Ermessen, das ihnen die Auslegung dieser Grundsatzbestimmungen abfordert und schützen damit die Täterinnen und Täter statt die Opfer. Der Adressbuchswindel nimmt nach wie vor die Spitzenstellung in der Rangliste der gemeldeten Geschäftsmethoden ein. Es sei in diesem Zusammenhang auf die Statistik in Anhang 1 verwiesen. Diese zeigt, dass die Registerbetrügereien während der letzten drei Jahre stets die Hälfte oder mehr aller beim SECO eingegangenen Beschwerden ausmachten. Dabei kommen 90 Prozent der Beschwerden aus dem Ausland und betreffen Unternehmen in der Schweiz, die den Schweizer Markt von ihren dubiosen Angeboten aussparen. Allerdings werden immer häufiger auch Schweizer Firmen Opfer von Betrügereien aus dem In- oder Ausland.

Wie lange sich ein Verfahren gegen einen Adressbuchswindel in Anwendung von Artikel 3 Buchstabe b UWG hinziehen kann, zeigte sich im Fall der Firma XY AG aus Zug. Ab 1993 versandte sie weltweit an Unternehmen sog. Offertrechnungen, d.h. Offerten für einen Registereintrag in Form einer

<sup>18</sup> Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 27. Oktober 2004 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden («Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz»), ABl. L 364 vom 9.12.2004, S. 1; zuletzt geändert durch die Richtlinie 2007/65/EG, ABl. L 332 vom 18.12.2007, S. 27.

<sup>19</sup> Leitlinien der OECD über den Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten gegen grenzüberschreitende betrügerische und täuschende Geschäftspraktiken, Juni 2003.

Rechnung. Eine Vielzahl von Unternehmen, vor allem arbeitsteilig organisierte, glaubte, es handle sich um die Rechnung für eine bezogene Leistung. Sie zahlten die Rechnung, womit sie einen mehrjährigen Insertionsvertrag eingingen. Das mittels Strafklage von der Eidgenossenschaft eingeleitete Strafverfahren endete nach acht Jahren, als das Bundesgericht die von der Beklagten verwendeten Offertrechnungen als irreführend beurteilt hatte<sup>20</sup>. Eine Reihe von Formularen war wegen eingetretener Verjährung nicht mehr überprüfbar. Eine Bestimmung, welche die Grundanforderungen bezüglich Transparenz einer vertraglichen Verpflichtung, des privaten Charakters, des Preises und der Vertragsdauer festlegt, schafft deshalb Rechtssicherheit und hilft dem Gericht, zu einer schnellen Entscheidung zu kommen.

- Der Regelungsbedarf der Schneeballsysteme ist ausgewiesen. Sie sind – wie bereits erwähnt – seit den 30er-Jahren des vorigen Jahrhunderts in der LV als lotterieähnliche Veranstaltung verboten. Dies deshalb, weil findige Köpfe sie stets von Neuem benutzen, um zum schnellen Geld zu kommen. Es sei auf die diesbezüglichen Warnungen des BJ hingewiesen, die dieses beim Marktauftritt eines neuen Schneeballsystems publiziert<sup>21</sup>. Vorliegend geht es um die Überführung des Schneeballsystem-Verbots ins UWG.
- Für die Begründung einer griffigeren Regelung der AGB im UWG sei auf die Ausführungen in den Ziffern 1.1 und 1.2 verwiesen. Hier sei bloss wiederholt, dass die AGB bereits im UWG geregelt sind (Art. 8 UWG) und es naheliegender ist, sie in diesem Umfeld griffiger zu gestalten, als eine vollständige Neuregelung im Obligationenrecht vorzusehen.
- Weite Kreise in der Bevölkerung verstehen es nicht, dass die Eidgenossenschaft nur klagen kann, wenn im Ausland ansässige Unternehmen oder Konsumentinnen und Konsumenten von unlauteren Geschäftspraktiken Schweizer Unternehmen betroffen sind, nicht aber, wenn Unternehmen und Konsumentinnen und Konsumenten in der Schweiz Opfer von Betrügereien sind. Sie sehen darin eine ungerechtfertigte Diskriminierung. Der Entwurf will diesen Zustand korrigieren und gleiche Rechte schaffen. Dies hätte zur Folge, dass die Eidgenossenschaft gegen unlautere Praktiken eines bestimmten Ausmasses vorgehen könnte, unabhängig davon, ob die Betroffenen im In- oder Ausland ansässig sind. Voraussetzung wäre die Gefährdung kollektiver und nicht bloss individueller Interessen. Wie dargelegt, ist die Eidgenossenschaft heute zu einer Zivilklage oder zum Stellen eines Strafantrages berechtigt, wenn sie es zum Schutz des Ansehens der Schweiz im Ausland als nötig erachtet und die klageberechtigten Personen im Ausland ansässig sind<sup>22</sup>. Bezweckt wird damit, gegen unlautere Verhaltensweisen schweizerischen Ursprungs, die sich gegen Betroffene im Ausland richten und das Ansehen des Wirtschaftsstandortes schädigen, vorgehen zu können<sup>23</sup>. Das

<sup>20</sup> BGE 129 IV 49 (E. 2.5); ferner in: sic! 4/2003, 354 ff.; bestätigt mit Urteil des Bundesgerichts vom 8. Oktober 2008 (Akten-Nr. 6B\_272/2008), sic! 1/2009, 46 f.

<sup>21</sup> Pressemitteilung vom 10.9.2002 betr. die Teilnahme an Schenkkreisen; <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2002/2002-09-10.html>

<sup>22</sup> Art. 10 Abs. 2 Bst. c i. V. mit Art. 23 UWG

<sup>23</sup> BB1 1992 I 356

SECO, dem die Wahrnehmung des Klagerechts übertragen ist<sup>24</sup>, hat denn auch schon in einer Vielzahl von Fällen entsprechende Klagen oder Strafanträge eingereicht. Diese Fälle betreffen insbesondere unlautere Geschäftspraktiken im Zusammenhang mit dem Vertrieb von esoterischen und pseudomedizinischen Produkten, Gewinnspielen und -versprechen, Eintragungsofferten für private Firmen- und Markenregister usw. Da sich diese Interventionsmöglichkeit des Bundes auf grenzüberschreitende Fälle beschränkt, sind in der Schweiz ansässige Opfer unlauterer Praktiken diskriminiert. Sie können nicht auf eine staatliche Intervention hoffen, wenn sie Opfer unlauterer Geschäftspraktiken grossen Stils geworden sind. Dies hat schon dazu geführt, dass sich der Bund für eine Klage auf ausländische Opfer stützen musste, um auch den inländischen Betroffenen einen gewissen Schutz zukommen zu lassen<sup>25</sup>.

Anstelle der Weiterentwicklung des Klagerechts des Bundes, das an das vom UWG den privaten Klägerinnen und Klägern zur Verfügung stehende prozessuale Instrumentarium anknüpft, wäre auch denkbar, die Verletzung kollektiver Interessen durch unlauteres Geschäftsgebaren dem Verwaltungsstrafrecht des Bundes zu unterstellen. Dies hätte zur Folge, dass die Strafuntersuchung nicht mehr in die Kompetenz der Kantone fallen, sondern von den Bundesbehörden ausgeübt würde. Da dies einen gewissen administrativen Überbau zur Folge hätte, sieht der Entwurf von dieser Variante ab.

Ebenfalls denkbar wäre, die Verteidigung kollektiver Interessen privaten Organisationen mit entsprechender Abgeltung zu übertragen. So könnten allenfalls Branchenverbände oder Konsumentenorganisationen mit finanziellen Anreizen motiviert werden, unlautere Geschäftspraktiken besonderer Tragweite vor Gericht zu tragen. Der Entwurf sieht von diesem Modell ab, da es um die Wahrnehmung öffentlicher Interessen geht, welche weder mit denjenigen von Branchenverbänden noch mit solchen der Konsumentenorganisationen identisch sein müssen. Zudem verfügen die Bundesbehörden über einschlägige Erfahrung mit dem UWG und haben im Zusammenhang mit dem Klagerecht des Bundes zum Ansehensschutz der Schweiz auch das prozessuale Know-how aufgebaut, womit Synergien am besten genutzt werden können.

In jüngerer Zeit haben sich mit den Internetbetrügereien zweifelhafte Geschäftspraktiken verbreitet, welchen in kürzester Zeit eine Vielzahl von Personen zum Opfer fällt. In solchen Fällen sollten die Bundesbehörden unter Nennung der involvierten Firmen die Öffentlichkeit informieren können. Damit kann die Entstehung weiteren Schadens zumindest gemildert werden. Im Einzelfall braucht es eine entsprechende Abwägung zwischen den gefährdeten Interessen der Öffentlichkeit und dem publik zu machenden Geschäftsgebaren des involvierten Unternehmens.

- Da das UWG bis jetzt keine Bestimmungen zur Zusammenarbeit mit ausländischen Lauterkeitsaufsichtsbehörden enthält, muss dafür eine entspre-

<sup>24</sup> Art. 1 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Februar 1993 über das Klagerecht des Bundes im Rahmen des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241.3.

<sup>25</sup> Exemplarisch der in der Fragestunde des Nationalrates vom 18. Dezember 1995 angesprochene Fall (95.5222 – Fra. Gysin Hans Rudolf. Geschäftspraktiken der Firma Vidamed. Ansehen der Schweiz).

chende Rechtsgrundlage geschaffen werden. Informationsaustausch ist unumgänglich und findet schon deshalb statt, weil rund die Hälfte aller eingehenden Beschwerden von ausländischen Partnerbehörden stammt. Betrügereien, sei es an Konsumentinnen und Konsumenten oder an KMU, machen seit Langem nicht mehr vor Landesgrenzen halt. In Schweizer Haushalte flattern irreführende Gewinnversprechen mit einem Postfachabsender in Australien oder den USA. Umgekehrt nutzen ausländische Betrügerbanden die relativ liberale Rechtsordnung der Schweiz zu ihren Gunsten aus, indem sie mit Hilfe von Schweizer Firmen, Postfachern oder Scheinfirmen weltweit dubiose Angebote streuen. Es sei in diesem Zusammenhang auf die Statistiken in Anhang 1 verwiesen, welche zeigen, dass die beim Bund eingehenden Beschwerden aus dem Ausland in den letzten Jahren massiv zugenommen haben. Neben ihren positiven Auswirkungen trägt die Globalisierung auch dazu bei, dass grenzüberschreitende Betrügereien stetig im Aufwind begriffen sind. Dabei profitieren Schwindler davon, dass auf ihre Betrügereien nach wie vor das jeweilige nationale Recht anwendbar ist, das zumeist auf lokaler Ebene vollzogen wird. Während die Möglichkeiten für den globalen Austausch von Waren und Dienstleistungen in vielen Bereichen dank des Internets buchstäblich grenzenlos geworden sind, müssen davon profitierende Betrügerinnen und Betrüger lokal verfolgt werden. Dies bedingt einen entsprechenden Informationsaustausch zwischen Aufsichtsbehörden, der oftmals erschwert wird durch fehlende rechtliche Grundlagen zur Amts- und Rechtshilfe. Die oben erwähnten Leitlinien der OECD vom 11. Juni 2003 zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten vor grenzüberschreitenden betrügerischen und irreführenden Handelspraktiken fordern deshalb die Mitgliedstaaten auf, die für einen besseren Informationsaustausch und eine effizientere Zusammenarbeit notwendigen Rechtsgrundlagen zu schaffen. Mit den neuen Rechtsgrundlagen könnten zwei der fünf OECD-Empfehlungen konkretisiert werden:

- Die Verbesserung der Zusammenarbeitsmechanismen in Bezug auf Benachrichtigung, Informationsaustausch sowie Unterstützung bei Ermittlungen;
- Die Verbesserung der Möglichkeit, ausländische Konsumentinnen und Konsumenten vor innerstaatlichen Unternehmen und innerstaatliche Konsumentinnen und Konsumenten vor ausländischen Unternehmen zu schützen, die sich betrügerischer oder irreführender Handelspraktiken bedienen.

### **1.3.2 Übersicht über die Ergebnisse der Vernehmlassung**

Mit Beschluss vom 2. Juni 2008 beauftragte der Bundesrat das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement (EVD), ein Vernehmlassungsverfahren zu einer Änderung des UWG durchzuführen. Die Vernehmlassungsfrist dauerte bis zum 30. September 2008. Gegenstand der Vernehmlassungsvorlage war – neben den Revisionspunkten in dieser Botschaft – zusätzlich eine generelle Unterstellung der Dienstleistungen unter die Preisbekanntgabepflicht.

Zur Vernehmlassung eingeladen wurden alle Kantonsregierungen, 13 politische Parteien, die drei gesamtschweizerischen Dachverbände der Gemeinden, Städte und

Berggebiete, acht gesamtschweizerische Dachverbände der Wirtschaft sowie 33 weitere Organisationen. 58 der offiziell eingeladenen (darunter alle Kantone und die vier grössten Parteien) und 25 nicht formell begrüßte Vernehmlasser/-innen haben sich geäußert, was eine Gesamtzahl von 83 Teilnehmenden ergibt.

Der Bundesrat hat am 19. Dezember 2008 vom Ergebnis der Vernehmlassung Kenntnis genommen<sup>26</sup>. Im Folgenden wird eine kurze Übersicht über die Ergebnisse der Vernehmlassung gegeben. Danach wird die Aufnahme der einzelnen Revisionspunkte in der Vernehmlassung dargestellt (Ziff. 1.3.3).

Die weit überwiegende Mehrheit der Kantone befürwortet die Vorlage ausdrücklich. Kein Kanton spricht sich gegen das Revisionsvorhaben als Ganzes aus. Ebenfalls positiv aufgenommen wird die Vorlage von CVP, SP, Arbeitnehmer- und Konsumentenorganisationen sowie verschiedenen Wirtschaftsverbänden. Die FDP hält einzelne Revisionspunkte für verbesserungswürdig, lehnt aber die abstrakte Inhaltskontrolle für AGB und die generelle Unterstellung der Dienstleistungen unter die Preisbekanntgabepflicht ab. Diese beiden Punkte werden auch von den arbeitgeberseitigen Dachverbänden der Wirtschaft, den Banken und weiteren Wirtschaftsverbänden abgelehnt. Die SVP unterstützt nur die Revisionspunkte Adressbuchschwindel und Schneeballsysteme.

### **1.3.3 Die Vernehmlassung zu den einzelnen Revisionspunkten**

#### *– Angebote für Registereinträge*

Der neue Tatbestand zu unlauteren Angeboten für Registereinträge wird von der weit überwiegenden Mehrheit begrüßt. Zum Teil werden Vorschläge für eine weitergehende Präzisierung gemacht. Insbesondere wird darauf hingewiesen, dass der Tatbestand analoge Missbräuche mit Insertionsaufträgen nicht erfasst.

#### *– Schneeballsysteme*

Auch der neue Tatbestand betreffend unlautere Schneeballsysteme findet überwiegende Zustimmung. Kritisiert wird zum Teil, die Bestimmung sei nicht hinreichend präzise. Insbesondere Absatz 2 mit den aufgelisteten Kriterien erlaube keine Abgrenzung zwischen erlaubten Multi-Level-Marketing- und unlauteren Schneeballsystemen. Für drei Kantone stellt die Überführung der Schneeballsysteme ins UWG eine Verschlechterung dar, da sie vom Offizialdelikt zum Antragsdelikt mutierten. Der SGV und einzelne Organisationen aus dem Umkreis von Multi-Level-Marketing-Gesellschaften fordern eine klarere Bestimmung, die in der Praxis umsetzbar sei. Vereinzelt wird die gesetzliche Vermutung in Absatz 2 kritisiert. Sie führe zu einer Umkehr der Beweislast. Dies sei unzulässig und mit der verfassungsrechtlich garantierten Unschuldsvermutung nicht vereinbar, zumal ein Verstoß gegen das UWG strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen könne. Ebenfalls wird eine Angleichung der Bestimmung an die in der EG-Richt-

<sup>26</sup> Der Bericht des Bundesrates ist unter folgendem Link abrufbar: <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1615/Ergebnis.pdf>

linie zu den unlauteren Geschäftspraktiken<sup>27</sup> aufgeführten Klausel betreffend Schneeballsysteme<sup>28</sup> vorgeschlagen.

– *Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen*

Äusserst kontrovers ausgefallen sind die Stellungnahmen zur Verschärfung des geltenden Artikels 8 betr. missbräuchliche Geschäftsbedingungen. Während sämtliche Kantone, CVP, SP, die Dachverbände der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, der Schweiz. Bauernverband, die Konsumentenorganisationen und einzelne gewerblich orientierte Wirtschaftsverbände die Neuausrichtung begrüessen, stellen sich FDP, SVP und die Spitzenverbände der Wirtschaft (economiesuisse, SGV, Bankiervereinigung), unterstützt von anderen Wirtschaftsorganisationen, dem Vorhaben entgegen. Kritisiert wird insbesondere, dass mit der vorgeschlagenen Änderung eine abstrakte Inhaltskontrolle von AGB eingeführt würde, was die Vertragsfreiheit verletze. Zudem wird moniert, die Bestimmung gehe weiter als das entsprechende EG-Recht, da der Schutzbereich nicht nur Konsumentinnen und Konsumenten umfasse, sondern auch gewerbliche Abnehmerinnen und Abnehmer. Dieser Aspekt wird andererseits gerade von einzelnen Gewerkekreisen positiv gewürdigt. Vereinzelt wird gesagt, eine Verschärfung mittels Streichung von «in irreführender Weise» im geltenden Artikel 8 sei der Vernehmlassungsvorlage vorzuziehen (WEKO, Schweiz. Anwaltsverband). Schliesslich gibt es Stimmen, welche die abstrakte Inhaltskontrolle im UWG als verfehlt erachten und diese Thematik im OR geregelt haben wollen. Einige Befürworter der Verschärfung halten es für notwendig, parallel im OR die Rechtsfolgen unlauterer AGB vorzukehren.

Der Bundesrat stellt fest, dass missbräuchliche AGB EU-weit geregelt sind und einer gerichtlichen Überprüfung unterliegen. Exportierende Schweizer Unternehmen oder im EU-Raum ansässige Schweizer Firmen sind also gehalten, dort AGB zu verwenden, die einer abstrakten Inhaltskontrolle offenstehen. Der Bundesrat erachtet es als wünschenswert, dass Schweizer Kundinnen und Kunden in diesem Bereich nicht weiterhin diskriminiert werden. Der Schutzbereich des UWG erstreckt sich auf sämtliche Abnehmer, nicht bloss auf Konsumentinnen und Konsumenten.

– *Erweitertes Klagerecht des Bundes*

Die überwiegende Mehrheit der Vernehmlasser unterstützt die vorgeschlagene Weiterentwicklung des Klagerechts des Bundes. Die FDP wünscht noch Präzisierungen in der Botschaft zur Frage, wie oft der Bund von seinem Klagerecht Gebrauch macht. Abgelehnt wird die Ausweitung des Klagerechts von BL, SVP, SGV und einzelnen Wirtschaftsverbänden. Es sei den betroffenen Parteien zuzumuten, in Eigenverantwortung allfällige rechtliche Schritte einzuleiten. Economiesuisse äussert sich differenziert. Nach ihr

<sup>27</sup> Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. Nr. L 149 vom 11.06.2005, S. 22 ff.

<sup>28</sup> Klausel Nr. 14

müssten zumindest die Eingriffsmöglichkeiten des Bundes klar und restriktiv festgehalten werden.

Zur Eigenverantwortung ist zu sagen, dass bei gewissen Betrügereien grossen Stils die getäuschten Abnehmerinnen und Abnehmer an den Staat gelangen, weil der individuelle Schaden zu klein ist, um sich selber prozessual wehren zu können. Staatliche Stellen werden dann mit Beschwerden überhäuft, müssen sich mit der Materie auseinandersetzen, haben aber keine Interventionsmöglichkeit.

– *Pflicht zur Preisbekanntgabe für alle Dienstleistungen*

Der vorgeschlagene Systemwechsel betr. Preisbekanntgabe für Dienstleistungen – Unterstellung sämtlicher Dienstleistungen mit Ausnahmekatalog – wurde kontrovers aufgenommen. Er wird von einer klaren Mehrheit der Kantone sowie von Arbeitnehmer- und Konsumentkreisen befürwortet. Abgelehnt wird er hingegen von FDP, SVP, den arbeitgeberseitigen Dachverbänden der Wirtschaft und den Banken. Bei den übrigen sich äussernden Wirtschaftskreisen halten sich Befürworter und Gegner etwa die Waage. Einzelne Branchenverbände reklamieren für sich eine Ausnahme. Generell monieren die ablehnenden Kreise, bei komplexen und individuell zu beziehenden Dienstleistungen sei es unmöglich, den tatsächlich zu bezahlenden Preis zum Voraus zu bestimmen. Zudem würden Dienstleistungen eine ungleich höhere Vielfalt und Komplexität aufweisen als Waren. Befürchtet werden zusätzliche administrative Belastungen. Auch für die CVP ist der Systemwechsel nur akzeptabel, wenn es gelinge, diesem Aspekt in befriedigender Masse Rechnung zu tragen.

– *Internationale Zusammenarbeit und Datenbekanntgabe*

Die Notwendigkeit, Rechtsgrundlagen für einen Informationsaustausch mit ausländischen Partnerbehörden zu schaffen, wird von der weit überwiegender Mehrheit anerkannt. Von mehreren Teilnehmern wird gefordert, dass die beiden Bestimmungen nochmals auf ihre Vereinbarkeit mit dem Datenschutzgesetz<sup>29</sup> geprüft werden. Abgelehnt werden die Bestimmungen zur internationalen Amtshilfe von der SVP.

– *Anpassung der Strafbestimmungen*

Die Anpassung der strafrechtlichen Bestimmungen an die materiellen Änderungen der Revisionsvorlage wird überwiegend befürwortet. In einzelnen Stellungnahmen wird die Befürchtung geäussert, mit der vorgesehenen Parteistellung des Bundes werde das Antragsdelikt in ein Offizialdelikt umgewandelt.

– *Weitere Revisionsvorschläge*

Einzelne Kantone, die SP und Konsumentkreise schlagen zusätzliche Ergänzungen im UWG vor. Gefordert werden insbesondere gesetzliche Regelungen zum elektronischen Geschäftsverkehr, zu unadressierten Werbesendungen und zu irreführenden Gewinnspielen und –versprechen. Ferner

<sup>29</sup> Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG), SR 235.1

wird vereinzelt eine entsprechende Anpassung des Obligationenrechts verlangt.

### 1.3.4 Überarbeitung des Vorentwurfs

Die Ausarbeitung der Botschaft erfolgte auf der Grundlage der Vernehmlassungsvorlage, wobei die Einwände, Bemerkungen und Vorschläge der Vernehmlassung soweit wie möglich eingearbeitet wurden. Hervorzuheben sind insbesondere folgende Änderungen gegenüber der Vernehmlassungsvorlage:

- Die Tatbestände für Registereinträge und Schneeballsysteme werden als Buchstaben p, q und r in den Katalog der unlauteren Werbe- und Verkaufsmethoden des Artikels 3 UWG eingebaut (in der Vernehmlassungsvorlage figurieren sie als Art. 3a und 3b). Gesetzssystematisch und vom Inhalt her gehören die Tatbestände hierher.
- Der Tatbestand «Angebote für Registereinträge» wurde mit den Insertionsaufträgen erweitert (Art. 3 Bst. p E).
- Bei der Bestimmung über die Schneeballsysteme (Art. 3 Bst. r E) wurde der in der Vernehmlassung kritisierte Absatz 2 gestrichen. Die Abgrenzung gegenüber den zulässigen Multi-Level-Marketing-Systemen wurde in Analogie zum europäischen Recht<sup>30</sup> eingebaut.
- In Artikel 8, Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen, wird die Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben als Voraussetzung für die Unlauterkeit von AGB in den Einleitungssatz gestellt und gilt damit für beide nachfolgenden Buchstaben. Damit wird der teilweisen Kritik in der Vernehmlassung Rechnung getragen. Zudem wird Buchstabe b neu formuliert und damit an den Wortlaut von Artikel 3 der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln<sup>31</sup> angeglichen.
- Auf die generelle Einführung einer Preisbekanntgabepflicht für Dienstleistungen wird aufgrund der kontroversen Stellungnahmen in der Vernehmlassung verzichtet. Der Bundesrat kann nachvollziehen, dass die Umsetzung und der Vollzug einer solchen Pflicht problembehaftet sein können und dass für gewisse komplexe Dienstleistungen der tatsächlich zu bezahlende Preis vorgängig nicht genannt werden kann. Auch hat die Vernehmlassung gezeigt, dass der Umfang des Katalogs allfälliger Ausnahmen von der Preisbekanntgabepflicht schwer abschätzbar ist und zu ausufernden Diskussionen Anlass geben könnte.
- Den in der Vernehmlassung geäußerten datenschutzrechtlichen Bedenken in der Bestimmung über die internationale Zusammenarbeit (Art. 22 E) wurde Rechnung getragen; die Bestimmung wurde entsprechend präzisiert.

<sup>30</sup> Klausel 14 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (siehe FN 27).

<sup>31</sup> Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. Nr. L 095 vom 21.04.1993 S. 29.

## 1.4 **Rechtsvergleich und Verhältnis zum europäischen Recht**

Da es bei der vorliegenden UWG-Änderung um die Verbesserung bloss einzelner Anliegen geht, erfolgt der Rechtsvergleich mit Blick auf die einzelnen Revisionspunkte und nicht global zum gesamten Lauterkeitsrecht.

### **Regelung des Adressbuchschwindels**

Soweit überblickbar kennt nur das Fürstentum Liechtenstein eine analoge Regelung des Adressbuchschwindels<sup>32</sup>. Dabei ist die Situation in Liechtenstein teilweise mit derjenigen in der Schweiz vergleichbar: Ausländisch beherrschte Firmen lassen sich dort nieder und überziehen die Welt mit zweifelhaften Angeboten für Einträge in irgendwelche nutzlose Register. Die Schädigung des Ansehens des jeweiligen Wirtschaftsstandorts ist die Folge. Belgien hat einen etwas breiteren Lösungsansatz, indem es kostenlose Angebote für Waren oder Dienstleistungen verbietet, wenn der Antrag auf Inanspruchnahme des Angebots nicht von jeglichem Bestellschein getrennt ist<sup>33</sup>. Auf die Praxis des Adressbuchhandels übertragen heisst das, dass die Werbung für Gratisenträge auf dem Bestellformular nicht mit kostenpflichtigen Einträgen vermengt werden darf.

Die EG hat keine spezielle Regelung für den Adressbuchhandel. Wie im geltenden schweizerischen UWG gilt das allgemeine Irreführungsverbot, wie es sich aus der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung<sup>34</sup> ergibt.

### **Regelung der Schneeballsysteme**

Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken<sup>35</sup> muss seit 12. Dezember 2007 von den Mitgliedsländern angewandt werden. Die Richtlinie beschränkt sich auf die Regelung unlauterer Geschäftspraktiken im Verhältnis von Anbieter zu Konsument (sog. Business to Consumer-Konzept, B2C). Die Richtlinie ist ähnlich strukturiert wie das UWG: Generalklausel, Tatbestand der Irreführung einschliesslich der irreführenden Unterlassung, Tatbestand der aggressiven Verkaufsmethoden. Die Richtlinie listet zudem in Anhang I 31 irreführende und aggressive Geschäftspraktiken auf, die unter allen Umständen als unlauter zu gelten haben. Als unlauter geltende Praktik wird in Ziffer 14 das Schneeballsystem aufgeführt, und zwar in folgendem Wortlaut: Als irreführende Geschäftspraktik gilt Einführung, Betrieb oder Förderung eines Schneeballsystems zur Verkaufsförderung, bei dem der Verbraucher die Möglichkeit vor Augen hat, eine Vergütung zu erzielen, die hauptsächlich durch die Einführung neuer Verbraucher in ein solches System und weniger durch den Verkauf oder Verbrauch von Produkten zu erzielen ist.

Die Nachbarländer Deutschland, Österreich und Liechtenstein haben die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und damit auch den Tatbestand der Schneeballsysteme in ihren jeweiligen Gesetzen zum unlauteren Wettbewerb umgesetzt. Italien

<sup>32</sup> Art. 3 Bst. n des Gesetzes vom 22. Oktober 1992 gegen den unlauteren Wettbewerb, Liechtensteinisches Landesgesetzblatt 240.

<sup>33</sup> Art. 23 Ziff. 14 des belgischen Gesetzes vom 14. Juli 1991 über die Handelspraktiken sowie die Aufklärung und den Schutz der Verbraucher.

<sup>34</sup> Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung, AB1 Nr. L 376 vom 27.12.2006, S. 21 ff.

<sup>35</sup> Siehe FN 27.

hat ein neues Gesetz über unlautere Geschäftspraktiken erlassen und Frankreich seine Konsumentenschutzgesetzgebung erweitert.

### **AGB**

Die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln<sup>36</sup> verpflichtet die Mitgliedsländer, entsprechende Regelungen zu erlassen. Als missbräuchlich gilt eine nicht im Einzelnen ausgehandelte Klausel, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht. Artikel 8 Buchstabe b UWG entspricht weitgehend dem zitierten Artikel 3 der Richtlinie. Allerdings enthält der Anhang zur Richtlinie eine nicht erschöpfende Liste der Klauseln, die als missbräuchlich erklärt werden können. Zu nennen ist zum Beispiel eine Klausel, welche die gesetzliche Haftung des Anbieters ausschliesst oder einschränkt, wenn die Konsumentin oder der Konsument aufgrund einer Handlung des Anbieters sein Leben verliert oder verletzt wird. Während der Geltungsbereich der Richtlinie auf missbräuchliche Klauseln gegenüber Konsumentinnen und Konsumenten beschränkt ist, gilt Artikel 8 UWG für das Verhältnis zwischen Anbietern und Abnehmern aller Stufen. Gerade KMU sind im Zusammenhang mit AGB oftmals ebenfalls die schwächere Vertragspartei und finden sich dann in einer vergleichbaren Situation wie Konsumentinnen und Konsumenten.

### **Rechtsdurchsetzung**

Praktisch alle EU- und OECD-Staaten (insbesondere auch Australien, Japan, Kanada, Mexiko, Neuseeland, Südkorea und die USA) überwachen die Lauterkeit des Wettbewerbs von Amtes wegen. Deutschland und Österreich, die wie die Schweiz einen privatrechtlichen Ansatz zur Überwachung der Lauterkeit des Wettbewerbs kennen, mussten aufgrund der nachstehend genannten EG-Verordnung für die grenzüberschreitende Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken eine nationale Zentralstelle schaffen. Im nationalen Bereich werden Überwachungsaktionen von Verbraucherschutzorganisationen von den jeweiligen Bundesbehörden subventioniert<sup>37</sup>.

In der EG regelt die bereits erwähnte Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz<sup>38</sup> den Informationsaustausch zwischen den nationalen Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten. Artikel 14 der Verordnung äussert sich zum Informationsaustausch mit Drittländern, wobei die Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Datenschutzvorschriften Voraussetzung ist. Artikel 18 der genannten Verordnung enthält eine Rechtsgrundlage für den Abschluss von Amtshilfeabkommen zwischen der Gemeinschaft und Drittstaaten, um die Zusammenarbeit auch gegen grenzüberschreitende Betrügereien zu intensivieren. Die gleiche Verordnung verpflichtet die Mitgliedstaaten, auf nationaler Ebene eine zuständige Behörde als zentrale Verbindungsstelle zu benennen, welche die Kooperationsaufgaben und den Informationsaustausch wahrnimmt (Art. 4).

<sup>36</sup> Siehe FN 31

<sup>37</sup> Siehe für Deutschland «Verbraucherzentrale Bundesverband», [www.vzbv.de](http://www.vzbv.de); für Österreich «Verein für Konsumenteninformation VKI»: [www.konsument.at](http://www.konsument.at)

<sup>38</sup> FN 18

Die grenzüberschreitende Zusammenarbeit gegen unlautere Geschäftspraktiken und generell im Konsumentenschutz ist gegenwärtig Gegenstand von exploratorischen Gesprächen zwischen der Schweiz und der EU-Kommission. Die EU knüpft eine Beteiligung der Schweiz am EG-Schnellwarnsystem RAPEX<sup>39</sup> an die Bedingung, dass eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit auch auf anderen Gebieten des Konsumentenschutzes stattfindet.

Die Leitlinien der OECD über den Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten gegen grenzüberschreitende betrügerische und täuschende Geschäftspraktiken<sup>40</sup> fordern die Mitgliedstaaten auf, die für einen besseren Informationsaustausch und eine effizientere Zusammenarbeit notwendigen Rechtsgrundlagen zu schaffen.

## 2 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln

*Art. 3 Bst. p (neu)* Angebote für Registereinträge und Anzeigenaufträge

Regelungsgegenstand sind gemäss *Buchstabe p* Offertformulare, Korrekturangebote oder ähnliche Mittel. Mit solchen wird für Eintragungen in gedruckte oder elektronische Verzeichnisse wie Branchen-, Telefon-, Marken- oder sonstige Register oder für das Aufgeben von Anzeigen geworben. Erfasst sind auch unmittelbare Angebote für solche Eintragungen, sei es per persönlicher Vorsprache zum Beispiel an der Réception eines Unternehmens oder per Telefon. Werden solche Dienstleistungen angeboten, so muss

- in grosser Schrift
- an gut sichtbarer Stelle und
- in verständlicher Sprache

auf folgende Punkte hingewiesen werden:

- die Entgeltlichkeit und den privaten Charakter des Angebots
- die Laufzeit des Vertrages
- den von der Laufzeit abhängigen Gesamtpreis
- die geografische Verbreitung, die Form, die Mindestauflage und den spätesten Zeitpunkt der Publikation

Um die Unlauterkeit auszulösen, genügt es, dass einer der oben genannten Punkte nicht in der vorgeschriebenen Art und Weise genannt ist. Die Anbieter von Eintragungen in Verzeichnisse jeglicher Art und von Anzeigenaufträgen auf Werbeträgern haben die eigentlichen Vertragsklauseln, mithin die wesentlichen Vertragselemente, klar und deutlich darzustellen: Die ein Formular unterzeichnende Person soll mühelos den Preis (und insbesondere auch den Gesamtpreis), die Laufzeit des Vertrags und die ihr zukommende Gegenleistung erkennen können. Mit dem Erfordernis der Angabe des privaten Charakters des Angebots soll erreicht werden, dass niemand über den Zweck des Registers oder der Insertion irregeführt wird. Es

<sup>39</sup> Das «Rapid Exchange of Information System» ist ein Schnellwarnsystem der EG im Bereich der Produktsicherheit und basiert auf der Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. Dezember 2001 über die allgemeine Produktsicherheit, ABl. Nr. L 11 vom 15.1.2002, S. 4.

<sup>40</sup> FN 19

muss klar kommuniziert werden, dass es sich um einen Eintrag in ein privates Register handelt, der Eintrag auf freiwilliger Basis basiert und keine Rechtswirkungen entfaltet. Jeglicher Eindruck, es handle sich um den Eintrag in ein öffentliches Register (Handels-, Marken-, Patentregister) muss vermieden werden.

Schaffen intransparente Formulare eine Verwechslungsgefahr mit Rechnungsstellungen amtlicher Institutionen, so sind die Lauterkeitstatbestände von Artikel 3 Buchstabe b (Irreführung) und d (Verwechslungen) ergänzend anwendbar. Das Bundesgericht hat einen solchen Sachverhalt mit Entscheid vom 8. Oktober 2008 klar als unlauter bezeichnet: «Das Formular der A. AG ist aufgrund seiner äusseren Ausstattung einer Rechnung des Handelsregisteramtes täuschend ähnlich (vgl. E. 4.3 hiavor). Beim Eintrag ins private oder öffentliche Register handelt es sich um gleichartige Dienstleistungen. Zudem erwartete die Geschädigte eine Rechnung des Handelsregisteramtes, so dass sie die Offerte für eine Rechnung hielt. In Würdigung aller Umstände sind der Vermerk «A. AG» und die Tatsachen, dass das Handelsregisteramt die Offerten nur in deutscher Sprache und ohne Angabe einer Mehrwertsteuernummer versendet und die Gebühren nicht identisch sind, von untergeordneter Bedeutung. Der Beschwerdeführer hat mit seinem Verhalten eine Verwechslungsgefahr mit der Leistung für den Eintrag ins öffentliche Handelsregister geschaffen».<sup>41</sup>

Die in Buchstabe p aufgeführten Kriterien gelten auch für den Inserateverkauf wie er im Zusammenhang mit Insertionen auf Werbeträgern wie Ortsplänen, Karten, Tischsets oder Informationsblättern praktiziert wird.

#### *Art. 3 Bst. q (neu)*                      Werbung mit Rechnungsformularen

*Buchstabe q* erklärt den Versand von Rechnungen für Registereintragungen jeglicher Art und für Anzeigeaufträge als unlauter, sofern zum Voraus kein entsprechender Auftrag erteilt worden ist. Das Bundesgericht hält im nachfolgend ausgeführten Entscheid die Versendung von Offertrechnungen dem Grundsatz nach als unlauter. Der Schweizerische Adressbuchverlegerverband erklärt sie in seinem Ehrenkodex ebenfalls als verpönt<sup>42</sup>.

*Die Buchstaben p und q* sind bezüglich Anforderungen an die Transparenz und die Gestaltung von Offerten vom Entscheid des Bundesgerichts vom 18. Dezember 2002<sup>43</sup> inspiriert. In diesem Entscheid beurteilte das Bundesgericht bestimmte Offertrechnungsformulare für Einträge in ein Telefaxverzeichnis als unlauter, da sie Rechnungen täuschend ähnlich seien. Im Einzelnen führte das Bundesgericht Folgendes aus: «Die Formulare, die angesichts ihrer Aufmachung und einzelner darin enthaltener Angaben Rechnungen täuschend ähnlich sind, sind auf Irreführung der Adressaten angelegt und dazu auch geeignet; die Vermerke und Hinweise, aus denen der geneigte Leser allenfalls den Offertcharakter erkennen kann, haben bloss Alibi-funktion. Es gibt keinen sachlichen Grund, eine Offerte in einer derartigen Aufmachung zu gestalten. Soweit aber eine solche Aufmachung aus irgendwelchen Gründen ausnahmsweise geboten sein sollte, ist in grossen Buchstaben an hervorgehobener Stelle in verständlicher Sprache und für jeden Adressaten und für jede

<sup>41</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 8. Oktober 2008 (Akten-Nr. 6B\_272/2008), E. 6.3.

<sup>42</sup> Ziffer 8 (siehe FN 11).

<sup>43</sup> BGE 129 IV 49, Erwägung 2.4 und 2.5; ferner in: sic! 4/2003, 354 ff.; vom Bundesgericht mit Urteil vom 8. Oktober 2008 (Akten-Nr. 6B\_272/2008) bestätigt; sic! 1/2009, 46 f.

Adressatin sofort ohne Weiteres erkennbar festzuhalten, dass das Formular keine Rechnung, sondern lediglich eine Offerte darstellt.»<sup>44</sup>

*Art. 3 Bst. r (neu)* Schneeballsysteme

Das generelle Verbot der Vertriebssysteme nach dem Schneeball-, Lawinen- oder Pyramidenprinzip soll beibehalten werden. Diese Vertriebssysteme sind dadurch charakterisiert, dass der Abnehmerin oder dem Abnehmer Vorteile erwachsen, die weniger im Verkauf einer Ware oder Dienstleistung liegen, als vielmehr in der Anwerbung neuer Personen als Teilnehmende im System. Es geht also in den meisten Fällen um eine aggressive Umverteilung von Geldern von der Pyramidenbasis in Richtung Spitze der Pyramide, die häufig mit einem speziellen Waren- oder Dienstleistungsvertrieb gekoppelt und dadurch getarnt ist.

Die neue Bestimmung lehnt sich eng an den Wortlaut des Artikels 43 Ziffer 1 LV an, welcher bis anhin die Schneeballsysteme regelt. Im Unterschied zu Artikel 43 Ziffer 1 LV ist der Tatbestand des neuen Artikels 3 Buchstabe r bereits erfüllt, wenn der Vorteil der angeworbenen Person *hauptsächlich* in der Anwerbung weiterer Personen besteht. Nach Artikel 43 Ziffer 1 LV muss dies noch ausschliesslich der Fall sein. Durch die neue Formulierung wird sichergestellt, dass auch Systeme erfasst werden, bei denen ein Waren- oder Dienstleistungsbetrieb nur vorgeschoben wird.

Die Abgrenzung von legitimen Multi-Level-Marketingsystemen gegenüber illegalen Schneeball- bzw. Pyramidensystemen fällt nicht immer leicht. Während bei Schneeballsystemen einzig die Akquisition neuer Teilnehmerinnen und Teilnehmer im Vordergrund steht, wird beim seriösen Network-Marketing ein tatsächlich marktfähiges Produkt vertrieben. Dieses wesentliche Unterscheidungsmerkmal ergibt sich auch klar aus dem Wortlaut des neuen Artikels 3 Buchstabe r, wonach der Vorteil für die Teilnehmerin oder den Teilnehmer hauptsächlich in der Anwerbung weiterer Personen liegt und weniger im Verkauf oder Verbrauch von Produkten. Ein weiteres typisches Merkmal von illegalen Schneeballsystemen liegt darin, dass diese zumeist so angelegt sind, dass sich die Zahl der Teilnehmer schnell und unkontrollierbar erhöht. Weitere Kriterien, die bei der Beurteilung eines Schneeballsystems dienlich sein können, sind:

- Die Teilnehmenden erhalten einen vermögensrechtlichen Vorteil für die blosse Anwerbung von neuen Personen.
- Die Teilnehmenden müssen eine beträchtliche Eintrittsinvestition leisten.
- Die Teilnehmenden haben kein Recht, die nicht verkauften Produkte gegen Erstattung des Erwerbspreises zurückzugeben.
- Die Struktur des Systems oder die Berechnung der Provisionen sind intransparent.
- Die Produkte können nur innerhalb des Systems von Teilnehmenden an andere Teilnehmende verkauft werden, oder sie sind aufgrund ihrer Eigenschaften oder der Teilnahmeregelungen des Anbieters ausserhalb des Systems kaum absetzbar.

<sup>44</sup> BGE 129 IV 49 Erwägung 2.5

Der Vorentwurf enthielt zusätzlich einen Absatz 2, der eine gesetzliche Vermutung für ein verbotenes Schneeball-, Lawinen- oder Pyramidensystem stipulierte. Ein solches System wäre bei einer schnellen und unkontrollierbaren Zunahme der Zahl der Teilnehmerinnen und Teilnehmer und Vorliegen von zwei der sechs in den Buchstaben a–f genannten Kriterien von Gesetzes wegen vermutet worden. Dieser zweite Absatz wurde aufgrund der in der Vernehmlassung geäußerten Kritik nochmals überprüft.

Er ist schliesslich aus folgenden Gründen gestrichen worden:

- Die gesetzliche Vermutung hätte zu einer Umkehr der Beweislast geführt. Im Bereich des Strafrechts wäre aber eine Umkehr der Beweislast mit der von der Verfassung und der EMRK garantierten Unschuldsvermutung (Art. 32 BV, Art. 6 Abs. 2 EMRK) nicht zu vereinbaren gewesen. Folglich hätte die gesetzliche Vermutung bei strafrechtlichen Angelegenheiten nicht berücksichtigt werden können. Eine unterschiedliche Anwendung der Vermutung je nach Straf- oder Zivilverfahren ist jedoch nicht wünschenswert.
- Die Einführung neuer Kriterien zur Abgrenzung von illegalen und legalen Systemen hätte einen gewissen Bruch mit der heute bereits existierenden Praxis zu den Schneeballsystemen bedeutet. Der Verzicht auf die Umschreibung der Kriterien im Gesetz ermöglicht es den Gerichten, an die bisherige Rechtsprechung anzuknüpfen und die bestehenden Unterscheidungskriterien weiterzuentwickeln. Eine Reihe solcher Kriterien ist weiter oben aufgeführt.
- Durch den Verzicht auf die Kriterien wird auch die Vereinbarkeit mit dem europäischen Recht gewährleistet. Schneeballsysteme werden auf europäischer Ebene im Anhang I als Klausel Nr. 14 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken<sup>45</sup> geregelt. Diese Bestimmung legt keine detaillierten Abgrenzungskriterien für die Unterscheidung von legalen und illegalen Systemen fest. Mit dem Erlass der Richtlinie 2005/29/EG wurde der Bereich der unlauteren Geschäftspraktiken vollständig harmonisiert. Allfällige Kriterien dürften die in der Richtlinie enthaltene Regelung weder ändern noch einschränken noch über diese hinausgehen. Die Abgrenzungskriterien in Absatz 2 hätten wohl diesen Rahmen gesprengt, weshalb die Bestimmung, so wie sie in der Vernehmlassungsvorlage vorgesehen war, mit dem europäischen Recht nicht kompatibel wäre.

#### Art. 8 Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen

Unter Allgemeinen Geschäftsbedingungen versteht man Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf eine Vielzahl von Vertragsabschlüssen zum Voraus formuliert werden. AGB haben im heutigen Wirtschaftsleben für diejenigen Personen und Unternehmen, die eine Vielzahl identischer Rechtsgeschäfte mit verschiedenen Geschäftspartnern tätigen, eine wichtige Rationalisierungsfunktion. Allerdings besteht die Gefahr, dass mit AGB die Vertragspartei in der schwächeren Verhandlungsposition systematisch benachteiligt wird. Deshalb sollten zu einseitige AGB auf ihren Inhalt kontrolliert werden können. Die Rechtsprechung hat bisher eine offene Inhaltskontrolle von AGB abgelehnt, in extensiver Anwendung der so-

<sup>45</sup> Siehe FN 27

nannten Ungewöhnlichkeitsregel allerdings eine verdeckte Inhaltskontrolle ausgeübt.

Einseitige zulasten der Gegenpartei verfasste AGB können gemäss Wortlaut des jetzigen Artikels 8 UWG nur dann unlauter sein, wenn sie *in irreführender Weise* von der gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechenden Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen. Da dies zumeist nicht zutrifft, stellt der bisherige Artikel 8 UWG kein effizientes Instrument zur Überprüfung von AGB dar. Durch Streichen des Tatbestandsmerkmals der Irreführung soll nun der Weg für eine offene Inhaltskontrolle bereitet werden.

Ebenfalls gestrichen wurde die Passage «zum Nachteil der anderen Vertragspartei». Eine AGB-Kontrolle zugunsten des Verfassers erscheint zum Vornherein ausgeschlossen, allein schon aufgrund der Tatsache, dass jemand, der sich auf die Unlauterkeit der von ihm selbst verfassten AGB beruft, widersprüchlich handelt und damit auch keinen Schutz verdient.

Die Einführung einer offenen Inhaltskontrolle wurde von verschiedenen Vernehmlassungsteilnehmern als ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in die Vertragsfreiheit bezeichnet. Dem ist entgegenzusetzen, dass der Vertragspartner des Verwenders der AGB zumeist gar keine Möglichkeit hat, den Vertrag individuell auszuhandeln. Auch ein Ausweichen auf einen anderen Vertragspartner ist in der Regel nutzlos, da in den jeweiligen Branchen mehr oder weniger die gleichen AGB verwendet werden. Kritisiert wurde zudem, dass die offene Inhaltskontrolle die Unterscheidung zwischen zwingendem und dispositivem Recht verwische, da faktisch das dispositive Recht nur noch sehr beschränkt verändert werden könne. Unlauter kann eine Klausel jedoch immer nur dann sein, wenn das Tatbestandselement der Erheblichkeit erfüllt ist und zugleich eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben vorliegt. Innerhalb der vom neuen Artikel gezogenen Leitplanken verbleibt daher den Parteien immer noch ein beträchtlicher Spielraum, um ihr Vertragsverhältnis mittels AGB auch in Abweichung vom dispositiven Recht zu gestalten

In den folgenden beiden Fällen können AGB zu Unlauterkeit führen:

- Wenn sie in Treu und Glauben verletzender Weise von der gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen (Bst. a). Der Begriff «gesetzliche Ordnung» ist dahingehend zu interpretieren, dass er neben dem geschriebenen Recht auch die durch Lehre und Rechtsprechung vorgenommene Auslegung umfasst. Aus diesem Grunde wurde auf die im geltenden Artikel 8 Buchstabe a enthaltene Wendung «unmittelbar oder sinngemäss anwendbare gesetzliche Ordnung» verzichtet. Für die Unlauterkeit genügt allerdings die erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Ordnung noch nicht, sondern diese muss in Treu und Glauben widriger Weise geschehen. Dies deshalb, weil es nicht anstössig sein kann, von einem Gesetz abzuweichen, das der Gesetzgeber erklärtermassen bloss als dispositiv betrachtet hat. AGB, die vom dispositiven Recht abweichen, sollen nicht unter dem Generalverdacht stehen, unlauter zu sein, weil sie von der gesetzlichen Ordnung (erheblich) abweichen.
- Wenn sie in Treu und Glauben verletzender Weise ein erhebliches und un gerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und der vertraglichen Pflichten vorsehen (Bst. b). Gemäss Buchstabe b des geltenden Artikels 8 und des Vorentwurfes wären AGB bei einer der Vertragsnatur erheblich widersprechenden Verteilung von Rechten und Pflichten unlauter gewesen.

Auf den Begriff der Vertragsnatur wird nun verzichtet, insbesondere deshalb, weil unter der bisherigen Geltung von Artikel 8 UWG unklar blieb, was mit der «Vertragsnatur» überhaupt gemeint ist<sup>46</sup>. Die Schwammigkeit dieses Begriffes wurde denn auch in der Vernehmlassung stark kritisiert. Der neu formulierte Buchstabe b stützt sich nun in seinem Wortlaut auf Artikel 3 der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln<sup>47</sup>. Das Missverhältnis zulasten der anderen Vertragspartei muss erheblich und ungerechtfertigt sein, sodass ein Beibehalten der Klausel mit dem Grundsatz der Billigkeit nicht zu vereinbaren ist und daher die Nichtigkeit der Klausel als die angemessene Folge erscheint. Die zu einseitig belastete Vertragspartei dürfte in der Regel der schwächere Marktteilnehmer, KMU sowie Konsumentinnen und Konsumenten, sein.

Im Gegensatz zum Wortlaut von Artikel 8 des Vorentwurfes sind AGB nicht nur bezüglich der Abweichung vom dispositiven Recht (Bst. a), sondern auch – wie von verschiedenen Vernehmlassungsteilnehmern gefordert – im Hinblick auf das Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten (Bst. b) einer Bewertung nach Treu und Glauben zu unterziehen. Hierfür ist eine umfassende Abwägung sämtlicher schutzwürdiger Interessen des Verwenders der AGB und des Vertragspartners vorzunehmen. Das Kriterium von Treu und Glauben erlaubt eine differenzierte Bewertung im Bezug auf das Kräfteverhältnis zwischen dem Verwender der AGB und dem Vertragspartner. So kann insbesondere auch die Geschäftserfahrung und Rechtskundigkeit des Vertragspartners berücksichtigt werden. Ist der Vertragspartner des Verwenders der AGB eine Konsumentin oder ein Konsument, so ist grundsätzlich ein strengerer Massstab anzuwenden als im kaufmännischen Verkehr. Wenn AGB auf die Vereinbarkeit mit dem Prinzip von Treu und Glauben überprüft werden, können im Falle der Individualkontrolle auch die konkreten Umstände des Vertragsverhältnisses mitberücksichtigt werden. Dagegen drängt sich bei einer abstrakten Inhaltskontrolle zwangsläufig eine typisierende, am durchschnittlichen Vertragspartner orientierte Betrachtungsweise auf.

Die Formulierung des neuen Artikels 8 wurde zum Teil als zu unbestimmt und zu auslegebedürftig kritisiert. Dem ist entgegenzuhalten, dass AGB in den unterschiedlichsten Rechtsverhältnissen verwendet werden und daher in der Praxis auch in den vielfältigsten Ausprägungen anzutreffen sind. Eine gewisse Offenheit ist mithin unumgänglich, um all diesen Erscheinungsformen von AGB gerecht zu werden und um auch längerfristig eine angemessene Überprüfung derselben gewährleisten zu können.

Es wurde auch vorgebracht, dass die Anwendung der neuen Bestimmung auf AGB-Klauseln in Innominatkontrakten sehr schwierig sei. Dies mag im Falle von Buchstabe a teilweise zutreffen, wobei es sich bei Innominatsverträgen oft um Mischverträge handelt, welche Elemente verschiedener Nominatsverträge enthalten. Daher kann eine erhebliche Abweichung von einer Vorschrift, die analog auf einen Innominatkontrakt angewandt wird, durchaus die Unlauterkeit einer Klausel indizieren. Dagegen kann Buchstabe b stets ohne Probleme gleichermaßen auf Nominats- und Innominatsverträge angewendet werden.

<sup>46</sup> Vgl. François Dessemontet, Le contrôle judiciaire des conditions générales, in: Philippe Carruzo/Pierre-André Oberson (Hrsg.), La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, CEDIDAC Nr. 11, Lausanne 1988, S. 76 ff.; Baudenbacher (FN 7), N 52 zu Art. 8.

<sup>47</sup> Siehe FN 31

In Artikel 2 UWG sind die für das Gesetz relevanten Wettbewerbsbeziehungen umschrieben. Danach unterstehen diejenigen Verhaltensweisen dem Gesetz, welche das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflussen. Entsprechend gilt Artikel 8 UWG für das Verhältnis zwischen Anbietern und Abnehmern aller Stufen. Verschiedene Vernehmlassungsteilnehmer schlugen vor, die Anwendbarkeit von Artikel 8 auf den Verkehr mit Konsumenten zu beschränken. Eine solche Beschränkung wäre aber nicht sachgerecht, da gerade KMU oftmals auch die schwächere Vertragspartei sind und sich im Zusammenhang mit AGB in einer vergleichbaren Situation wie Konsumentinnen und Konsumenten befinden. Zudem wäre es eine Durchbrechung des grundsätzlichen Anwendungsbereichs des UWG auf alle Abnehmerstufen.

In der Lehre herrscht grossmehrheitlich Einigkeit darüber, dass Verstösse gegen Artikel 8 UWG zur Nichtigkeit der fraglichen Klauseln führen<sup>48</sup>. Mit Bezug auf den Gesamtvertrag kann, da die Verwendung missbräuchlicher AGB widerrechtlich ist (Art. 2 UWG), die Teilnichtigkeitsregel von Artikel 20 Absatz 2 OR angerufen werden. Ob einzelne AGB-Klauseln auf das zulässige Mass zu reduzieren sind, ist in der Praxis und Lehre umstritten. Das Bundesgericht hat kürzlich eine geltungserhaltende Reduktion einer AGB-Klausel unter Berufung auf den Schutzzweck der verletzten Gesetzesnorm abgelehnt. Es befand daher, dass die betreffende AGB-Klausel gänzlich und ungeteilt nichtig sei<sup>49</sup>.

#### *Art. 10 Abs. 3–5 (neu)* Klagerecht des Bundes

*Absatz 3* entwickelt das bisherige Klagerecht des Bundes, das sich auf Auslandsachverhalte bezieht<sup>50</sup>, weiter und dehnt es auf nationale Sachverhalte aus. Der Bund soll nach Artikel 9 Absätze 1 und 2 UWG klagen können, wenn er es zum Schutz des öffentlichen Interesses als nötig erachtet. Das öffentliche Interesse ist gegeben, wenn:

- wie bisher – das Ansehen der Schweiz im Ausland bedroht oder verletzt ist und die betroffenen Personen im Ausland ansässig sind, oder
- neu – die Interessen einer Mehrzahl von Personen oder einer Gruppe von Angehörigen einer Branche oder andere Kollektivinteressen durch unlauteres Geschäftsgebaren bedroht oder verletzt sind.

Voraussetzung dafür, dass der Bund im nationalen Bereich von seinem Klagerecht Gebrauch machen kann, ist die Bedrohung oder Verletzung von Kollektivinteressen. Dies setzt ein unlauteres Verhalten eines gewissen Ausmasses mit einer grösseren Zahl von Opfern voraus. Damit wird ausgeschlossen, dass der Bund in blossen Einzelfällen oder zugunsten individualrechtlich gefärbter Interessen tätig werden kann. Bei den einschlägigen unlauteren Geschäftspraktiken handelt es sich um dieselben, die auch grenzüberschreitend zu beobachten sind: irreführende Gewinnversprechen, Internetbetrügereien, als Rechnungen getarnte oder sonstwie verschleierte Offerten für Einträge in irgendwelche Register oder für die Aufgabe einer Anzeige, dubiose Angebote für esoterische Produkte, psychischen Druck erzeugende

<sup>48</sup> Lucas David, Schweizerisches Wettbewerbsrecht. 3. A., Bern 1997, N 244; Baudenbacher, (FN 7), N 59 zu Art. 8.

<sup>49</sup> BGE 4A 404/2008

<sup>50</sup> Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe c UWG.

Angebote von Hellseherinnen und -sehern usw.<sup>51</sup> Aber auch Schneeballsysteme können Gegenstand einer Bundesintervention sein. Damit wird die Befürchtung, die Überführung der Schneeballsysteme vom Lotterierecht ins UWG und der damit einhergehende Übergang vom Offizial- zum Antragsdelikt bedeute eine Schwächung gegenüber dem geltenden Recht, entscheidend entkräftet. Im Gegenteil können mit dem Klagerecht der Eidgenossenschaft Schneeballsysteme, welche Kollektivinteressen verletzen, effizienter bekämpft werden.

In der Vernehmlassung wurde teilweise bemängelt, der Begriff der Kollektivinteressen sei unklar. Der Begriff des Kollektivinteresses steht als Ergänzung zur Umschreibung «Interessen einer Mehrzahl von Personen oder einer Gruppe von Angehörigen einer Branche». Damit ist gesagt, dass eine Geschäftspraktik die wirtschaftlichen Interessen einer Vielzahl von Personen verletzt oder geeignet sein muss, solche Interessen zu verletzen. Wichtig ist, dass die unlautere Praktik in ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung über den Einzelfall hinausreicht und eine grundsätzliche Klärung geboten erscheinen lässt. Der Begriff «Kollektivinteresse» findet sich auch in der europäischen Gesetzgebung: Die Verordnung 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz<sup>52</sup> definiert Kollektivinteressen als «die Interessen mehrerer Verbraucher, die durch einen Verstoß geschädigt worden sind oder geschädigt werden könnten» (Art. 3 Bst. k).

Der Nachweis, dass Kollektivinteressen verletzt oder bedroht sind, obliegt im Klagefall der Eidgenossenschaft. Er bildet insofern eine Voraussetzung der Aktivlegitimation. Der Nachweis kann nur erfolgreich geführt werden, wenn der Kläger, also der Bund, in der Lage ist darzulegen, dass die Verletzung von Kollektivinteressen gegeben ist. Dies lässt sich grundsätzlich nur so bewerkstelligen, dass als Beweis eine Mehrzahl von Beanstandungen betroffener Personen eingereicht wird. Die Beanstandungen können von Direktbetroffenen stammen. Aber auch Interventionen kantonaler Verwaltungsstellen, von Konsumentenorganisationen sowie Berufs- und Wirtschaftsverbänden können für das Vorliegen der Aktivlegitimation berücksichtigt werden. In Fortführung der bisherigen Rechtsprechung zum Klagerecht des Bundes zum Ansehensschutz sind keine hohen Anforderungen an das Vorliegen der Aktivlegitimation zu stellen. Aus der Erfahrung mit diesem bestehenden Klagerecht des Bundes zeigt sich, dass – nur schon aus Ressourcengründen – eine Klageerhebung erst ab rund zwanzig Beschwerden realistisch wird. Es sei denn, es zeichne sich schon früh ab, dass ein zweifelhaftes Geschäftsgebaren von seinem Gewicht und seiner Bedeutung her weit über den Einzelfall hinausreicht und eine Beschwerdeflut erwarten lässt<sup>53</sup>. Im Regelfall wird – bevor überhaupt Klage erhoben wird – versucht, aussergerichtlich zu einer Lösung zu kommen. Deshalb führt nur ein Bruchteil der beanstandeten Fälle zu einer gerichtlichen Intervention. Eine solche ist nur gegen unverbesserliche Schwindler angezeigt, die trotz Abmahnungen und aussergericht-

<sup>51</sup> Die Broschüre «Vorsicht! Konsumentenfalle» des SECO und des Büro für Konsumentenfragen nennt die einschlägigen Praktiken: <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00035/00038/01787/index.html?lang=de>

<sup>52</sup> Siehe FN 18

<sup>53</sup> Dies wäre zum Beispiel im Jahre 2008 bei der von einer Firma in Baar verschickten Spam-E-Mail mit dem Betreff «Ihr Nacktbild wurde freigegeben» der Fall gewesen. Mit diesem Trick lockte die Firma erschreckte User auf ihre Website, auf der diese unwissentlich einen Vertrag für erotische Bilder eingingen. Später folgte eine Rechnung, die zur einmaligen Zahlung von 98 € aufforderte. Vgl. <http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/de/18561>

lichen Streitbeilegungsversuchen nicht bereit sind, von ihren betrügerischen Methoden Abstand zu nehmen.

Das Klagerecht des Bundes ordnet sich in die zivilrechtliche Systematik des UWG ein. Der Privatrechtscharakter des Gesetzes bleibt insoweit gewahrt. Dem Bund stehen die gleichen zivilrechtlichen Ansprüche zu wie den klageberechtigten Verbänden und Organisationen. Dies sind die Klage auf Feststellung der Widerrechtlichkeit, auf Beseitigung und auf Unterlassung, nicht aber auf Schadenersatz oder Genugtuung. Der Bund trägt die üblichen Risiken eines Zivilklägers. Die Berechtigung zur Zivilklage beinhaltet zugleich das Recht, Strafantrag zu stellen (Art. 23 Abs. 2 UWG).

Die Ausdehnung des Klagerechts des Bundes auf nationale Sachverhalte rechtfertigt eine Regelung in einem eigenständigen Absatz (Abs. 3). Absatz 2 Buchstabe c mit dem bisherigen auf Auslandsachverhalte beschränkten Klagerecht kann gestrichen werden.

*Absatz 4* räumt dem Bundesrat die Möglichkeit ein, die Öffentlichkeit über unlautere Geschäftspraktiken, welche das öffentliche Interesse tangieren, zu informieren. Dies unter Nennung der involvierten Firmen. Der Bundesrat soll auch im Vorfeld der Ausübung des Klagerechts informieren können. Dies kann zum Beispiel bei einer Beschwerdeflut gegen ein bestimmtes Geschäftsgebaren der Fall sein. Dann hilft die Information, das anvisierte Zielpublikum zu warnen und weiteren Schaden abzuwenden.

*Absatz 5* stellt unmissverständlich klar, dass bei Klagen des Bundes im Sinne von Absatz 3 das schweizerische UWG zur Anwendung gelangt. Aus dem Blickwinkel des IPRG heisst das, dass es sich beim Klagerecht des Bundes um eine «loi d'application immédiate» im Sinne von Artikel 18 IPRG handelt. In der Vergangenheit war dies – wie ausgeführt – im Rahmen der vom Bund eingeleiteten Zivilprozesse immer wieder ein Streitgegenstand, welcher einem schnellen Verfahren im Wege stand. Klagen des Bundes zum Schutz des Ansehens der Schweiz im Ausland setzen eine gewisse Beeinträchtigung dieses Ansehens voraus, was eine bestimmte Zahl von entsprechenden Beanstandungen von Betroffenen aus dem Ausland bedingt. Die entsprechenden Beanstandungen kommen denn auch in der Regel von Betroffenen aus einer Vielzahl von Ländern. Ein Abstellen auf das jeweils anwendbare Recht der Marktauswirkung im Sinne von Artikel 136 IPRG würde das Klagerecht der Eidgenossenschaft ad absurdum führen.

### **3a. Kapitel: Zusammenarbeit mit ausländischen Aufsichtsbehörden**

#### *Art. 21 (neu)* Zusammenarbeit

*Artikel 21* regelt die Zusammenarbeit der für den Vollzug des UWG zuständigen Bundesbehörden mit ausländischen Aufsichtsbehörden sowie mit internationalen Organisationen oder Gremien (*Abs. 1*). Eine Vollzugsaufgabe nehmen die Bundesbehörden mit der Ausübung des Klagerechts der Eidgenossenschaft wahr. Diese ist beschränkt auf unlautere Sachverhalte, bei denen das öffentliche Interesse bedroht oder verletzt wird (*Art. 10 Abs. 3 Entwurf*). Ausländische Aufsichtsbehörden im Kontext des UWG sind solche, welche die Lauterkeit des Wettbewerbs überwachen oder Konsumentenschutzaufgaben wahrnehmen. Unter internationalen Gremien sind ausschliesslich solche zu verstehen, deren Mitglieder Staaten sind. Ein im vorlie-

genden Zusammenhang bestehendes internationales Gremium ist das «International Consumer Protection and Enforcement Network (ICPEN)», das Marktüberwachungsbehörden von 37, vor allem der OECD und der EU angehörenden Staaten umfasst<sup>54</sup>. Ebenfalls zu erwähnen ist das «Contact Network of Spam Enforcement Authorities (CNSA)» der EU, bei dem die Schweiz ebenfalls mitmacht.

Voraussetzung für die Zusammenarbeit ist, dass diese zur Bekämpfung unlauteren Geschäftsgebarens erforderlich ist und dass die ausländischen Behörden, internationalen Organisationen oder Gremien an das Amtsgeheimnis gebunden sind oder einer entsprechenden Verschwiegenheitspflicht unterliegen.

Hingegen bleibt der gesamte Individualschutz, den das UWG den Marktteilnehmern gewährt, von der internationalen Zusammenarbeit im Rahmen dieser Bestimmung ausgeschlossen. Bei diesbezüglichen Streitigkeiten kommen allenfalls mit den entsprechenden Staaten bestehende Rechtshilfeabkommen in Zivil- oder Strafsachen zur Anwendung.

*Absatz 2* räumt dem Bundesrat die Kompetenz ein, mit ausländischen Lauterkeits- oder Konsumentenschutzbehörden Staatsverträge über die Zusammenarbeit zur Bekämpfung unlauteren Geschäftsgebarens abzuschliessen. Staatsvertraglich geregelt würde beispielsweise das Prozedere der Zusammenarbeit, die Art und Weise des Informationsaustauschs sowie die Bindung der Partnerbehörde an die Verschwiegenheitspflicht oder an das Amtsgeheimnis. Der Vorteil eines Kooperationsabkommens läge auch darin, die Zusicherungen betr. Gegenrecht, Verschwiegenheit usw. nicht in jedem konkreten Einzelfall neu vereinbaren zu müssen. Kooperationsverträge würden sich mit jenen Staaten anbieten, von denen aufgrund sprachlicher und kultureller Nähe bereits heute die meisten Beschwerden geliefert werden, also mit den Nachbarstaaten Frankreich, Deutschland, Österreich und Italien. Aus dem englischen Sprachraum wären England und die USA mögliche Vertragspartner.

#### *Art. 22 (neu) Datenbekanntgabe*

*Artikel 22* regelt im Einklang mit der schweizerischen Datenschutzgesetzgebung<sup>55</sup> die Bekanntgabe von Daten ins Ausland.

*Absatz 1* bezieht sich auf die Bekanntgabe von Daten über Personen und Handlungen der für den Vollzug des UWG zuständigen Bundesbehörden an die ausländischen Instanzen. Die Datenbekanntgabe erfolgt im Rahmen und somit unter den Voraussetzungen von Artikel 21. Erlaubt sind namentlich die Bekanntgabe von Daten, welche die Beteiligung von natürlichen oder juristischen Personen an einem unlauteren Geschäftsgebaren betreffen; ferner aber auch Dokumente, in denen das unlautere Verhalten manifestiert ist (z.B. Werbebriefe, Formulare, Gewinnbenachrichtigungen).

*Absatz 2* regelt die Voraussetzungen der Datenherausgabe der Bundesbehörden zugunsten der ausländischen Datenempfänger. Die Bestimmung entspricht analogen Vorschriften in jüngeren Bundesgesetzen<sup>56</sup>. Wesentlich ist, dass der Datenempfän-

<sup>54</sup> [www.icpen.org](http://www.icpen.org); vgl. auch «Die Volkswirtschaft», 2003/5, S. 44 ff.

<sup>55</sup> Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1)

<sup>56</sup> Vgl. Art. 42 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG), SR 956.1; Art. 38 Börsengesetz, SR 954.1; Art. 22 Kulturgütertransfersgesetz, SR 444.1; Art. 7 Embargogesetz, SR 946.231.

ger zusichert, Gegenrecht zu halten, und dass die Daten nur für die Bekämpfung unlauteren Geschäftsgebarens bearbeitet werden. Zudem bleibt Artikel 6 DSGVO vorbehalten.

Von dem Erfordernis des Gegenrechts kann abgesehen werden, wenn der Datenempfänger eine internationale Organisation oder ein internationales Gremium ist, denn diese haben i.d.R. keine Rechtsetzungskompetenzen zum Erlass analoger ausländischer Amtshilfevorschriften.

Die Leistung der Rechtshilfe richtet sich nach den für die Rechtshilfe massgebenden Normen. Ein entsprechender Verweis im UWG hätte bloss deklaratorischen Charakter und erübrigt sich daher. Falls in einem besonderen Fall einmal Verdacht besteht, dass auf dem Weg der Amtshilfe die Anforderungen der Rechtshilfe umgangen werden sollen, so würde die zuständige Amtsstelle vor der Leistung der Amtshilfe mit dem BJI/Internationale Rechtshilfe Rücksprache nehmen und, falls der Verdacht nicht ausgeräumt werden kann, vom anderen Staat eine Zusicherung verlangen, dass er die Daten nicht in einem Strafverfahren verwendet, für das die Leistung von Rechtshilfe wegen der Art der Tat ausgeschlossen wäre.

#### *Art. 23 Abs. 3 (neu)*      Parteirechte des Bundes

Nach Artikel 104 Absatz 2 der StPO (voraussichtliches Inkrafttreten am 1.1.2011) kann der Bund Behörden, welche öffentliche Interessen zu wahren haben, in Strafverfahren volle oder beschränkte Parteirechte einräumen. Weil den Parteien gemäss StPO jedoch unterschiedliche Rechte zustehen, sind die Parteirechte näher zu bestimmen. Dem Bund sollen im Rahmen des UWG die gleichen Parteirechte zukommen wie einer Privatklägerschaft im Sinne der StPO. Demnach stehen dem Bund insbesondere die Teilnahmerechte gemäss Artikel 107 StPO sowie die Möglichkeit der Ergreifung von Rechtsmitteln gegen Einstellungsverfügungen (Art. 322 Abs. 2 StPO) und gegen gerichtliche Entscheide (Art. 382 Abs. 1 StPO) zu.

Gemäss der im Anhang 1 der neuen StPO vorgesehenen Fassung von Artikel 81 Absatz 1 Buchstabe b Ziffer 5 Bundesgerichtsgesetz<sup>57</sup> ist die Privatklägerschaft zur Beschwerde in Strafsachen berechtigt, wenn sie nach StPO zur Ergreifung von Rechtsmitteln legitimiert ist<sup>58</sup>. Soweit ersichtlich, könnte die fragliche Bestimmung wieder umformuliert und die ursprüngliche Fassung des heute geltenden Artikel 81 Absatz 1 Buchstabe b Bundesgerichtsgesetz für das voraussichtliche Inkrafttreten der StPO am 1.1.2011 übernommen werden. Zurzeit hat die erwähnte Bestimmung den nachfolgenden Wortlaut:

«Zur Beschwerde in Strafsachen ist berechtigt, wer ein rechtliches geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat, insbesondere das Opfer, wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung seiner Zivilansprüche auswirken kann».

<sup>57</sup> Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110)

<sup>58</sup> BBl 2007 7116; siehe hierzu auch Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl 2006 1336



### **3.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden**

Die Strafverfolgung nach UWG ist bereits heute Sache der Kantone. Die Weiterentwicklung des Klagerechts des Bundes kann allenfalls zu einer Mehrbelastung von Gerichts- und Strafverfolgungsbehörden führen. Es ist aber in Betracht zu ziehen, dass eine Zivil- oder Strafklage immer das letzte Mittel ist und erst eingereicht wird, wenn Abmahnungen oder Verhandlungen mit den Urhebern unlauterer Praktiken nicht zum Ziel führen. Aufgrund der bisherigen Erfahrungen mit dem Klagerecht des Bundes zum Ansehensschutz führt nur ein Bruchteil der Fälle zu einer gerichtlichen Intervention.

### **3.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft**

*Prüfpunkt 1. Notwendigkeit staatlichen Handelns:* Wird die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs durch unlaute Geschäftspraktiken in einer Branche oder durch ein Vertriebssystem beeinträchtigt, so ist entsprechender gesetzgeberischer Handlungsbedarf gegeben. Dies trifft auf die neuen Unlauterkeitstatbestände «Adressbuchschwindel» (Art. 3 Bst. p und q E) und «Schneeballsysteme» (Art. 3 Bst. r E) zu. Mit der Korrektur der Bestimmung über die missbräuchlichen allgemeinen Geschäftsbedingungen wird eine im Vergleich mit dem europäischen Recht bestehende Lücke geschlossen und eine für Schweizer Bürgerinnen und Bürger bestehende Diskriminierung beseitigt. Schweizer Unternehmen, welche Waren oder Dienstleistungen im EU-Markt anbieten, sind bereits heute gehalten, die strengeren EU-Bestimmungen betr. missbräuchliche Vertragsklauseln einzuhalten. Auch die Weiterentwicklung des Klagerechts des Bundes beseitigt eine heute existierende Diskriminierung der Inländer gegenüber den im Ausland ansässigen Opfern unlauterer Praktiken schweizerischen Ursprungs. Die UWG-Änderung schafft gleichzeitig die notwendige Rechtsgrundlage für den Informationsaustausch mit ausländischen Lauterkeitsaufsichtsbehörden bei grenzüberschreitenden unlauteren Geschäftspraktiken.

*Prüfpunkt 2. Auswirkungen auf die einzelnen gesellschaftlichen Gruppen:* Nutzniesser des neuen Lauterkeitstatbestandes über die Transparenz von Registereintragungsformularen sind einmal die KMU. Der Adressbuchschwindel wird zu einem grossen Teil auf deren Rücken ausgetragen, auch wenn sich Opfer im gesamten Spektrum von Wirtschaft, Verwaltung, Kultur und Gemeinwesen finden. Das Verbot der Schneeballsysteme sowie die griffigere AGB-Bestimmung nützen sowohl Unternehmen wie auch Konsumentinnen und Konsumenten. Unlaute Schneeballsysteme treffen nicht nur Konsumentinnen und Konsumenten, sondern auch seriöse Anbieter des Direktverkaufs oder des Multi-Level-Marketings. Andererseits trifft die AGB-Änderung sämtliche Unternehmen, welche allgemeine Geschäftsbedingungen benutzen.

*Prüfpunkt 3. Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft:* Zu einem funktionierenden Wettbewerb gehört auch, dass Abnehmer aller Stufen nicht durch falsche Signale wie irreführende Aussagen oder täuschende Methoden fehlgeleitet werden. Solche Marktstörungen führen zu falschen Wettbewerbsergebnissen und sind in der Regel ohne volkswirtschaftlichen Nutzen. Die Bekämpfung von Täuschungen jeglicher Art stärkt deshalb die wettbewerblichen Rahmenbedingungen und die Allokationseffizienz. Zwar sind die durch unlauteres Geschäftsgebaren ausgelösten wirtschaftlichen

Schäden schwer messbar, doch zeigt sich in Gerichtsfällen, dass Schäden schnell in Dutzende von Millionen Franken gehen können. Die hier vorgeschlagenen Neuerungen tragen zur Lauterkeit des Marktes bei und erlauben den seriösen Anbietern, sich von den schwarzen Schafen noch besser abzugrenzen. Mit der Weiterentwicklung des Klagerechts des Bundes sowie mit der Schaffung von Rechtsgrundlagen für den Informationsaustausch mit ausländischen Marktüberwachungsbehörden wird die Institution des lautereren Wettbewerbs gestärkt und grenzüberschreitenden Betrügereien ein härterer Kampf angesagt. Dies stärkt einerseits den Wirtschaftsstandort Schweiz, da ihm nicht vorgeworfen werden kann, er stelle sich als Hafen für Schwindler und Betrüger zur Verfügung. Andererseits wird auch das Vertrauen in den inländischen und grenzüberschreitenden Austausch von Waren und Dienstleistungen gesteigert.

*Prüfpunkt 4. Alternativen:* Die Alternative zur Neuregelung der Registerbetrügereien wäre die Abstützung auf das geltende Recht. Die Erfahrungen seit der Einführung des Klagerechts des Bundes im Jahre 1992 haben aber gezeigt, dass das geltende Recht für eine effiziente Eindämmung dieser Geschäftsmethoden nicht genügt. Die Alternative zur Überführung der Schneeballsysteme ins UWG wäre das Zuwarten auf die Weiterführung der Totalrevision des Lotteriegesetzes. Was die allgemeinen Geschäftsbedingungen betrifft, wäre auch eine Regelung im OR oder in Spezialgesetzen denkbar. Tatsache ist aber, dass die AGB bereits im UWG geregelt sind, wo den Konsumentenorganisationen auch die Klageberechtigung eingeräumt wird. Die Änderung des UWG bewirkt weitgehende Eurokompatibilität in diesem Bereich. Was die Schaffung von Rechtsgrundlagen für den Informationsaustausch mit ausländischen Lauterkeitsaufsichtsbehörden betrifft, gibt es keine Alternativen. Grenzüberschreitende Betrügereien haben stark zugenommen. Soweit sie ihren wirklichen oder scheinbaren Ursprung in der Schweiz haben, schaden sie dem Ansehen der Schweiz als seriösem Wirtschaftsstandort. Die Alternative zur Weiterentwicklung des Klagerechts des Bundes im UWG wäre die Beibehaltung des Status quo, das heisst Beschränkung auf transnationale Sachverhalte zum Schutz des Ansehens der Schweiz. Für den Inlandbereich könnten als Alternative finanzielle Anreize geschaffen werden, dank derer sich Konsumentenorganisationen sowie Berufs- und Wirtschaftsverbände stärker und vermehrt für die Überwachung der Lauterkeit des Wettbewerbs engagieren würden. Selbstredend müssten für die Abgeltung dieser Tätigkeit entsprechende Bundesgelder zur Verfügung gestellt werden. Ebenfalls teurer zu stehen käme ein Systemwechsel auf das Verwaltungsstrafrecht, wonach unlautere Praktiken besonderer Tragweite direkt von den Bundesbehörden verfolgt würden. Dies hätte zudem einen gewissen administrativen Überbau zur Folge. Ein völliges Untätigbleiben würde hingegen bedeuten, dass sich die Privaten bei unlauteren Handlungen von besonderer Tragweite nach wie vor selber wehren müssten. Dies käme einer Belohnung des Einsatzes unlauterer Geschäftspraktiken gleich.

*Prüfpunkt 5. Zweckmässigkeit im Vollzug:* Bei Unlauterkeitsfällen, die das öffentliche Interesse gefährden, würde die Klageberechtigung beim Bund liegen, wie es heute für unlautere Sachverhalte mit Auslandsbezug bereits der Fall ist. Für die Strafverfolgung von Verstössen gegen das UWG sind die Kantone zuständig (Art. 27 UWG), unabhängig davon, ob der Bund oder Private als Strafantragsteller auftreten.

## **4 Verhältnis zur Legislaturplanung**

Die Vorlage ist weder in der Botschaft vom 23. Januar 2008<sup>62</sup> über die Legislaturplanung 2007 bis 2011 noch im Bundesbeschluss vom 18. September 2008<sup>63</sup> über die Legislaturplanung 2007-2011 angekündigt.

Im Rahmen der Legislaturplanung 2007–2011 lässt sich die Änderung des UWG unter Leitlinie 1 «Den Wirtschaftsstandort Schweiz stärken» subsumieren. Diese nennt als Ziel 1, den «Wettbewerb im Binnenmarkt verstärken und die Rahmenbedingungen verbessern».

## **5 Rechtliche Aspekte**

### **5.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit**

Nach Artikel 96 Absatz 2 Buchstabe b BV trifft der Bund Massnahmen gegen den unlauteren Wettbewerb. Zu erwähnen ist auch Artikel 97 BV, wonach der Bund Massnahmen zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten trifft. Wesentlich ist ferner, dass den Konsumentenorganisationen im Bereich des UWG die gleichen Rechte zustehen wie den Berufs- und Wirtschaftsverbänden (Art. 97 Abs. 2 BV). Die Gesetzgebungshoheit für das Zivil- und Strafrecht liegt ebenfalls beim Bund (Art. 122 und 123 BV).

### **5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz**

Der vorliegende Entwurf ist mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar. Die Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ)<sup>64</sup> verpflichtet in Artikel 10<sup>bis</sup> die Verbandsländer, den Verbandsangehörigen einen wirksamen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zu sichern. Zu untersagen seien in diesem Zusammenhang insbesondere auch jegliche irreführende Aussagen oder Behauptungen. Mit der Weiterentwicklung des Klagerechts des Bundes und der Rechtsgrundlage für Informationsaustausch mit ausländischen Partnerbehörden werden auch wichtige Forderungen der OECD<sup>65</sup> umgesetzt, die u.a. von den Mitgliedstaaten verlangen, die notwendigen Rechtsgrundlagen für einen verbesserten Informationsaustausch und eine effizientere Zusammenarbeit zu schaffen.

<sup>62</sup> BBl 2008 753

<sup>63</sup> BBl 2008 8543

<sup>64</sup> Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums vom 14. Juli 1967, SR 0.232.04.

<sup>65</sup> Leitlinien vom 11. Juni 2003 betr. grenzüberschreitende unlautere Handelspraktiken (siehe FN 19).

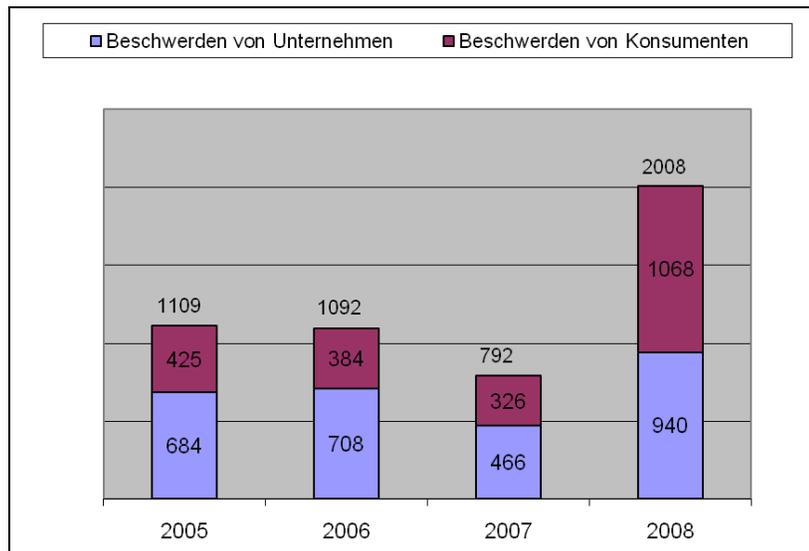
### 5.3

#### **Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen**

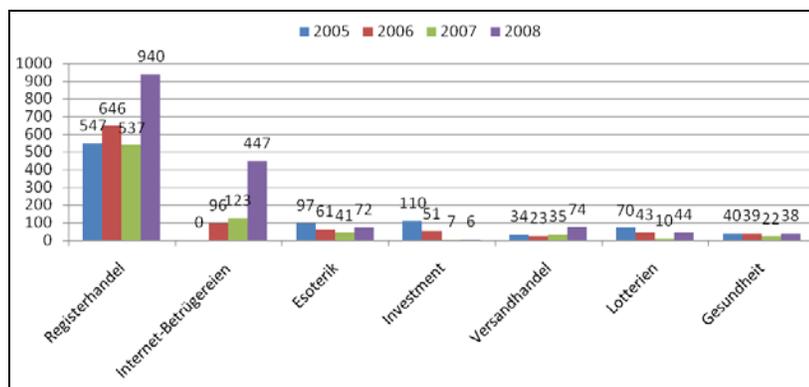
Artikel 21 Absatz 2 des Entwurfs ermächtigt den Bundesrat, in eigener Zuständigkeit Staatsverträge über die Zusammenarbeit mit ausländischen Marktaufsichtsbehörden abzuschliessen. Staatsvertraglich geregelt würde beispielsweise das grundsätzliche Prozedere der Zusammenarbeit, das Gegenrecht, die Art und Weise des Informationsaustauschs sowie die Bindung der Partnerbehörde an die Verschwiegenheitspflicht oder an das Amtsgeheimnis. In jedem Fall betrifft die Kompetenzdelegation nicht Staatsverträge, welche dem obligatorischen oder fakultativen Referendum unterstehen.

## Vergleich der beim SECO eingegangenen UWG-Beschwerden 2005–2008

### Beschwerden nach Unternehmen, nach Konsumenten



### Beschwerden nach Branchen



### Beschwerden nach In- und Ausland

