

Hubert Stöckli*

Der neue UWG 8 – Aufbruch oder perte d'une chance?

Inhaltsverzeichnis

I.	Ein neuer UWG 8...	199
II.	...nur für Konsumentinnen und Konsumenten	201
III.	Alternativen zu UWG 8	203
IV.	Aufbruch oder perte d'une chance?	204

I. Ein neuer UWG 8...

Art. 8 UWG steht im Zentrum der Bemühungen, ein wirksames, transparentes und berechenbares AGB-Recht zu schaffen¹. Durch die jüngste Teilrevision des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) erhielt er ein neues Gesicht:

«Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.»

Die Referendumsfrist ist am 6. Oktober 2011 unbenutzt abgelaufen, sodass jetzt feststeht, dass diese Neufassung die AGB-rechtliche Diskussion in den nächsten

* Prof. Dr. iur., Inhaber des Lehrstuhls für Zivil- und Handelsrecht der Universität Freiburg Schweiz.

¹ Meine eigenen Bemühungen haben ihren Niederschlag namentlich in folgenden Beiträgen gefunden: STÖCKLI HUBERT, Versicherungen beim Bauen – und was die AVB sagen, in: Schweizerische Baurechtstagung 2011, Freiburg 2011, 1 ff.; DERS., Kritik an einem ungewöhnlichen Deckungsausschluss – Zugleich eine Aufforderung zur aufsichtsrechtlichen AVB-Kontrolle, in: Fuhrer Stephan (Hrsg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht. Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich/Basel/Genf 2010, 591 ff.; DERS., Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, Baurecht/Droit de la Construction 4/2011 (noch ohne Seitenangabe, da dieser Beitrag nach Drucklegung des vorliegenden Bandes erschienen ist).

Jahren prägen wird. Griffiger ist die Bestimmung ob der Teilrevision kaum geworden; erst die praktischen Anwendungsfälle werden ihr Konturen verleihen. Immerhin ist sie schlanker als ihre Vorgängerin. Zudem setzt sie nicht länger voraus, dass eine AGB-Klausel «in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei» ausfällt. Damit kann eine Klausel auch dann gerichtlich überprüft werden, wenn kein Zweifel über ihre Einseitigkeit besteht. Erweist sie sich als unlauter, leidet der entsprechende Vertrag an einem Inhaltsmangel und ist deshalb (infolge Widerrechtlichkeit) nichtig, meist im Sinne einer Teilnichtigkeit (Art. 20 Abs. 2 OR)². Das ist sicherlich eine deutliche Verbesserung aus Sicht all jener, die für eine wirksame Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln eintreten. Ich selber gehöre dazu. Andere sehen das anders. Instrukтив ist das Votum von Nationalrat FLURI: «Die Minderheit [der nationalrätlichen Kommission für Rechtsfragen, die im Vorfeld unterlag] [...] beklagt sich und sagt, das geltende Recht sei nutzlos und nicht praktikabel – kein Wunder: Wir wollen gar nicht etwas anderes»³. Man spricht dann jeweils von der Vertragsfreiheit, die es hochzuhalten gelte. Wenn ich das höre, vermag ich nie recht einzusehen, was ein von unabweichlichen AGB-Klauseln ausgehendes Vertragsdiktat noch mit Vertragsfreiheit zu tun hat. Der Bundesrat war – vor Jahrzehnten – in dieser Hinsicht glasklar:

«Im Versicherungsverkehr ist die Vertragsfreiheit in Tat und Wahrheit «Freiheit» nur für den Versicherer. Der Sicherungsbedürftige ist zunächst regelmäßig nicht in der Lage, den Inhalt der meist umfangreichen Versicherungsbedingungen zu durchdringen und deren Sinn und Tragweite zu erfassen [...] Aber auch der Sachkundige muss sich, wenn er der notwendigen Sicherung nicht entbehren will, kritiklos alle Bedingungen gefallen lassen. Die Versicherungsgesellschaften sind mit einem faktischen Monopole ausgerüstet; ihrem Drucke vermag sich der Einzelne nicht zu entziehen.»⁴

² Siehe Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 2009 6151, 6180; auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, Zürich/Basel/Genf 2008, Nr. 1156; PROBST THOMAS, Kommentar zu Art. 8 UWG, in: Jung Peter/Spitz Philippe (Hrsg.), Handkommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010, Art. 8 N 68; offen gelassen in BGE 119 II 448 E. 1c.

³ Nationalrat FLURI, AB 2011 N 800.

⁴ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu dem Entwurfe eines Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) vom 2. Februar 1904, BBl 1904 I 250, siehe auch 262.

Dieses Zitat ist alt und bekannt, was nichts daran ändert, dass es auch die heutigen Verhältnisse treffend charakterisiert. Man mag zwar einwenden, die Dinge seien jetzt anders, herrsche doch unter den verschiedenen Versicherungsgesellschaften harter Wettbewerb. Mag sein. Doch ist es dann kaum verständlich, weshalb etwa die Bedingungen der Betriebshaftpflichtversicherung von der einen zur anderen Gesellschaft überaus ähnlich sind. Vor diesem Hintergrund halte ich es auch für bedenklich, wenn heute zwar der Konsumentenschutz propagiert, darob aber der Schutz aller übrigen Versicherten in undifferenzierter Weise preisgegeben wird. Auf genau diesen Abweg ist indes auch der neue Art. 8 UWG geraten. Davon handelt das nun Folgende.

II. ...nur für Konsumentinnen und Konsumenten

Anders als im bisherigen Art. 8 UWG ist in der Neufassung nur noch von den «Konsumentinnen und Konsumenten» die Rede. Nur sie, nicht auch Unternehmen, sollen die Bestimmung anrufen können. Damit fällt die Neufassung hinter den bisherigen Rechtszustand zurück, nach dem es (die Irreführung vorausgesetzt) im Prinzip auch Unternehmen möglich war, sich mit Art. 8 UWG zu behelfen. Das ist zwar unerfreulich, entspricht aber eindeutig dem Willen des Gesetzgebers sowie dem insoweit klaren Wortlaut der Bestimmung. Daran gibt es nichts zu deuteln. So gilt nun auch in der Schweiz eine Regel, die in allen Teilen jener des EU-Rechts entspricht. Einschlägig ist dort die Richtlinie 93/13/EWG⁵ über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Die Kernbestimmung, an der sich das Parlament schlussendlich⁶ orientiert hatte, lautet so:

«Eine Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, ist als mißbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes

⁵ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. Nr. L 95 vom 21. April 1993, 29 ff.

⁶ Der bundesrätliche Vorschlag lautete noch anders; insbesondere enthielt er keine Beschränkung auf Konsumenten und Konsumentinnen. Denn der Bundesrat hatte sich (anders als das Parlament) von der richtigen Einsicht leiten lassen, dass «gerade KMU oftmals auch die schwächere Vertragspartei sind und sich im Zusammenhang mit AGB in einer vergleichbaren Situation wie Konsumentinnen und Konsumenten befinden» (Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], BBl 2009 6151, 6173).

Mißverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht» (Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG).

Dieser Nachvollzug europäischen Konsumentenschutzrechts erwies sich als tragfähiger Kompromiss zwischen jenen Kräften, die an sich eine schärfere AGB-Kontrolle anstrebten, und jenen anderen Kräften, die gar nichts anderes wollten als ein «nutzloses und nicht praktikables»⁷ Recht⁸. Das schweizerische Recht liegt AGB-rechtlich nun auf dem Niveau des EU-Rechts, ohne dieses Niveau zu übersteigen. Nicht zu übersehen ist dabei, dass die Mitgliedstaaten frei sind, über Art. 3 der einschlägigen Richtlinie hinauszugehen und das AGB-Recht auch Unternehmen zugänglich zu machen – wie Deutschland es seit jeher hält. Der neue Art. 8 UWG aber bietet diesen Schutz nicht, was ich schon festgehalten habe. Der Gesetzgeber hat dessen Geltungsbereich neu auf «Konsumentinnen und Konsumenten» limitiert. Wer sich fragt, wer im Sinne der Bestimmung eine Konsumentin ist, wird in der Entstehungsgeschichte des neuen Artikels fündig. Gemeint ist der Umstand, dass der Gesetzgeber sich an europäischem Recht orientierte, das dort mit einem Konsumentenbegriff operiert, der über den Begriff hinausreicht, der im Schweizer Recht namentlich in Art. 32 ZPO («Konsumentenvertrag») verwendet wird. Diese Gerichtsstandsregel ist lediglich auf «Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs» anwendbar, was ihren Geltungsbereich beschränkt (Art. 32 Abs. 2 ZPO)⁹. Art. 8 UWG ist weiter auszulegen, indem er jegliche Verträge aufgreift, die eine «natürliche Person» zu einem Zweck abgeschlossen hat, «der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann». Dieser weite, negativ abgegrenzte Konsumentenbegriff entstammt zwar Art. 2 RL 93/13/EWG, scheint mir aber auch für Art. 8 UWG einschlägig zu sein, nachdem sich der schweizerische Gesetzgeber nachweislich davon inspirieren liess. Legt man diesen weiten Konsumentenbegriff an, unterliegt es keinem Zweifel, dass insbesondere sämtliche Versicherungsverträge sowie «Geschäfte zur Vermögensanlage [...] und Vermögensverwaltung»¹⁰ unter Art. 8 UWG fallen, sofern sie von natürlichen Personen zu

⁷ In Anlehnung an den schon zitierten Ausruf von Nationalrat FLURI (Fn. 3).

⁸ Dazu Bundesrat SCHNEIDER-AMMANN: «Der Kompromissvorschlag schränkt [...] den Geltungsbereich auf AGB ein, die gegenüber Konsumentinnen und Konsumenten verwendet werden. AGB unter Gewerbetreibenden werden damit nicht erfasst. Damit wird der Einwand, Artikel 8 gehe weiter als die EU-Richtlinie [...] entkräftet» (AB 2011 N 800).

⁹ Vgl. auch Art. 120 Abs. 1 IPRG («Leistungen des üblichen Verbrauchs»).

¹⁰ WOLF MANFRED, Kommentar AGB-Recht, 5. Aufl., München 2009, N 7 zu Art. 2 RL 93/13/EWG.

einem Zweck abgeschlossen werden, der nicht ihrer «gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden» kann. Die delikate Frage, ob sich – anders als nach der EU-Richtlinie – über die natürlichen Personen hinaus allenfalls auch juristische Personen¹¹ auf Art. 8 UWG stützen können, will ich hier offen lassen. Denkbar aber ist es, da das Parlament vor allem vom Wunsch beseelt war, den Unternehmen den Zugang zu Art. 8 UWG zu versperren.

III. Alternativen zu UWG 8

Wer von Art. 8 UWG ausgesperrt ist, wird sich fragen, was ihm noch bleibt. Er wird sich etwa auf die Ungewöhnlichkeitsregel besinnen, die sich zum behelfsmässigen Vehikel für eine gerichtliche Inhaltskontrolle entwickelt hat (vgl. BGE 135 III 7 E. 2.1)¹², oder auf die Regel, nach der sich zwingendes Recht auch durch allgemeine Versicherungsbedingungen nicht beseitigen lässt.

Kaum im Blick aber ist das aufsichtsrechtliche Instrumentarium. Das ist erstaunlich, denn dort wird «die Verwendung von Vertragsbestimmungen, welche eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen», als Missbrauch taxiert (Art. 117 Abs. 1 lit. c AVO¹³). Wer diese Bestimmung mit dem bisherigen Art. 8 UWG vergleicht, wird sofort feststellen, dass die von der lauterkeitsrechtlichen Norm bislang geforderte Irreführung im Versicherungsaufsichtsrecht keine Rolle spielt. Und wer sie neben dem neuen Art. 8 UWG liest, konstatiert, dass sich das Aufsichtsrecht dem Schutz der Versicherten verschrieben hat, zu denen eben auch Unternehmen, nicht nur Konsumenten und Konsumentinnen gehören. Umso überraschender ist es, dass die

¹¹ Zum Beispiel ein Verein mit idealem Zweck (vgl. Art. 60 Abs. 1 ZGB), der für eine seiner Veranstaltungen eine Haftpflichtversicherung abschliesst.

¹² Dazu jüngst KOLLER THOMAS, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, in: Fuhrer Stephan/Weber Stephan (Hrsg.), Allgemeine Versicherungsbedingungen, Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?, Beiträge zur Tagung vom 28. Oktober 2010, Zürich/Basel/Genf 2011, 13 ff.; spezifisch auch FUHRER STEPHAN, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2011, N 8.35 ff.

¹³ Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 (Aufsichtsverordnung, SR 961.011). Diese Verordnungsbestimmung bezieht sich auf Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG (Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen, SR 961.01), nach dem die FINMA die «Versicherten gegen Missbräuche der Versicherungsunternehmen und der Versicherungsvertreter und -vermittlerinnen» zu schützen hat. Der vom Bundesrat dem Parlament zugeleitete VVG-Entwurf sieht keine Änderung dieser Gesetzesbestimmung vor.

FINMA, der die Aufsicht obliegt, diese Aufgabe bislang offenbar nicht wahrgenommen hat. Das jedenfalls ist der Schluss, den ich aus dem Umstand ziehe, dass die Aufsichtsbehörde auf entsprechende Anfrage hin keinen einzigen Fall benannt hat. Zum Teil wird dann gesagt, das müsse so sein, denn man sei nicht länger im Zeitalter der präventiven Kontrolle allgemeiner Versicherungsbedingungen. Das stimmt natürlich. Ebenso offensichtlich aber ist es, dass eine Missbrauchsaufsicht mit einer präventiven Kontrolle herzlich wenig zu tun hat. Ein weiteres Argument stammt von einer Repräsentantin der FINMA, die mich einst auf Art. 85 VAG hinwies: «Privatrechtliche Streitigkeiten zwischen Versicherungsunternehmen oder zwischen Versicherungsunternehmen und Versicherten entscheidet das Gericht». Doch ist auch dies kein Grund, untätig zu bleiben. Denn selbstverständlich hat die FINMA nicht die Zuständigkeiten eines Zivilgerichts, indes ist hier davon auch gar nicht die Rede. Es geht nicht darum, konkrete Streitigkeiten zu entscheiden, sondern um die Aufsichtstätigkeit auch im Bereich der Versicherungsbedingungen, zu der die FINMA gesetzlich verpflichtet ist. Womöglich trügt der Schein, doch verdichtet sich der Eindruck, dass die Aufsichtsbehörde dieser Aufgabe keine wesentliche Bedeutung zumisst. Weshalb dem so ist, bleibt ihr Geheimnis und hat kaum damit zu tun, dass es schlicht an missbräuchlichen AVB-Klauseln fehlte.

Die Frage war jene nach den Alternativen zu Art. 8 UWG. Wer sich das Aufsichtsrecht zunutze machen will, hat mit einer entsprechenden Anzeige an die FINMA zu gelangen.

IV. Aufbruch oder perte d'une chance?

Die Frage, die der Titel aufwirft, lässt sich kaum jetzt schon beantworten. Der teilrevidierte Art. 8 UWG, auf den sie zielt, ist noch nicht einmal in Kraft. Sicher ist es nicht angezeigt, die Bestimmung vorschnell tot zu reden. Diesen Fehler hatte die wohl überwiegende Lehre schon früh im Zusammenhang mit dem bisherigen Art. 8 UWG gemacht, indem sie die dort geforderte «Irreführung» als eigentlichen Klumpfuss identifizierte, dabei aber übersah, dass die Eignung zur Irreführung schon ausgereicht hätte. Erforderlich war ja lediglich, dass eine AGB-Klausel «de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante» war (aArt. 8 UWG). Diese Diskussion braucht indes nicht weiter geführt zu werden, nachdem der neue Art. 8 UWG ohne jegliche Irreführung auskommt. Dass er jetzt aber auf «Konsumentinnen und Konsumenten» limitiert ist und so sein Geltungsbereich arg beschnitten wurde, werde ich als massiven

Rückschritt. Die Chance, ein integral anwendbares AGB-Recht zu schaffen, wurde vertan. Indes wird erst die Rechtsanwendung zeigen, was im neuen Art. 8 UWG steckt. Die Rechtsanwendung ist es auch, die sich mit dem neuen Wortlaut zurechtzufinden hat. Mit seinen Mehrfachnennungen¹⁴ ist er zwar kompliziert. Zudem ist der materielle Kontrollmassstab, der nach der Bestimmung anzulegen ist, stark konkretisierungsbedürftig. Immerhin wird man zu beachten haben, dass ein Verstoss gegen Treu und Glauben immer schon dann vorliegt, wenn AGB-Klauseln ein erhebliches Missverhältnis in der Verteilung von Rechten und Pflichten begründen und dieses Missverhältnis zum Nachteil der Konsumentin ausfällt¹⁵. Das läutet – für die Konsumentinnen und Konsumenten – doch eher eine Ära ein, in der die Entwicklung hin zu einem wirksameren Schutz vor missbräuchlichen AGB möglich scheint.

¹⁴ Gemeint ist der Umstand, dass die Bestimmung gerade zweifach von Treu und Glauben spricht, wenn sie (etwas verkürzt gesagt) als unlauter bezeichnet, was gegen Treu und Glauben verstösst, und man mit Art. 2 UWG «unlauter» als Verstoss «gegen den Grundsatz von Treu und Glauben» liest.

¹⁵ Diese Betrachtungsweise verdanke ich einer lebhaften Diskussion mit RA CHRISTOF BERGAMIN, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Zivil- und Handelsrecht der Universität Freiburg. Zudem hat Herr BERGAMIN den ganzen Beitrag kritisch gelesen und die Anmerkungen kontrolliert. Danke.