LEX campus 10/24/2025 16:15:41

Autor	**Yeşim M. Atamer**
Titel	**Regulatorische Alternativen zur gerichtlichen AGB-Kontrolle in Konsumentenverträgen**
Buchtitel	**RECHT SUCHEN**
	Liber comitum für Jörg Schmid
Jahr	**2024**
Seiten	**21-39**
Herausgeber	**Bettina Hürlimann-Kaup, Alexandra Jungo, Hubert Stöckli, Susan Emmenegger, Frédéric Krauskopf**
ISBN	**978-3-7255-9792-5**
Verlag	**Schulthess Juristische Medien AG**

21

Regulatorische Alternativen zur gerichtlichen AGB-Kontrolle in Konsumentenverträgen

Yeşim M. Atamer*

I. Einführung in die Problematik

Obwohl Allgemeine Geschäftsbedingungen auch in der Schweiz die Vertragsrealität in Konsumentenverträgen weitgehend bestimmen, kam es bis heute zu keinem Durchbruch in der gerichtlichen Inhaltskontrolle mittels Art. 8 UWG.[1] Die Gründe dafür wurden in der Lehre – auch vom Jubilar – extensiv diskutiert.[2] Sie können folgendermassen zusam-

22

mengefasst werden: Einen sehr wichtigen Teil des Problems stellt sicherlich die ungenügende Regelungsdichte von Art. 8 UWG dar. Die als Generalklausel konzipierte Norm gibt den Gerichten keinerlei Leitlinie, wie sie im konkreten Fall die Interessen der Parteien bestimmen und abwägen sollen, um die Missbräuchlichkeit einer AGB-Klausel festzustellen.[3] Diese unklare Situation führt vermutlich auch dazu, dass Konsumenten sowie Konsumentenschutzorganisationen vor Klagen zurückscheuen, da eine solche rechtliche Ungewissheit das Prozessrisiko stark erhöht. Der sicherste und schnellste Weg, um hier eine Konkretisierung zu erreichen, wäre die Berufung der Gerichte auf die rechtsvergleichenden Erkenntnisse[4]

---

* Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Yeşim M. Atamer, LL.M., Ordinaria an der Universität Zürich. Alle Webseiten wurden zuletzt am 17. Mai 2024 besucht. Ich danke meinem Lehrstuhl und besonders Ben Tschigg (BLaw, Hilfsassistent UZH) für die sorgfältige Redaktion des Textes und die damit verbundenen Recherchearbeiten.

1 Siehe aber jüngst z.B. Urteil des Kantonsgerichts Schwyz ZK1_2016_28 vom 2. Mai 2017 E. 3.c; Urteil des Obergerichts Solothurn ZKBES.2021.105 vom 2. November 2021; Urteil des Handelsgerichts Zürich HG210223-O vom 21. Juni 2023 E. 7.3.4; Urteil des Obergerichts Zürich PP2300015 vom 19. Juli 2023 E. 3.1.

2 Jörg Schmid, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 148/2012 S. 1 ff.; Peter Gauch/Walter Schluep/Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 11. Aufl., Zürich 2020, Rz. 1121 ff.; Ernst A. Kramer, Das unfertige Gebäude der AGB-Inhaltskontrolle im schweizerischen Recht, recht 2023 S. 181 ff.; Thomas Koller, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, AJP 2014 S. 19 ff.; Florent Thouvenin, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, in: Jusletter 29. Oktober 2012; Helmut Heiss, in: Reto Heizmann/Leander D. Loacker (Hrsg.), Dike Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich/St. Gallen 2018, N 185 ff. zu Art. 8 UWG.

3 Siehe dazu Yeşim M. Atamer, Interessenabwägung im Recht der AGB, ZSR 2024/II S. 345 ff.

4 Zur Bedeutung der Rechtsvergleichung Jörg Schmid/Oliver Zbinden, Rechtsvergleichung in der obligationenrechtlichen Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts – Anwendungsfälle und kritische Würdigung, in: Jörg Schmid/Alexander H.E. Morawa/Lukas Heckendorn Urscheler (Hrsg.), Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung, Praxis, Legitimität und Methodik, Zürich 2014, S. 65 ff.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2024

aus der Klausel-RL der EU bzw. der Nachbarländer, die schon lange mit sogenannten grauen bzw. schwarzen Listen arbeiten.[5]

Eine zweite grosse Hürde, die hingegen bis zu einer entsprechenden Gesetzesrevision nicht überbrückt werden kann, ist prozessrechtlicher Natur. Nach Art. 10 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG dürfen zwar Konsumentenschutzorganisationen im Sinne einer Verbandsklage auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung klagen und eine Veröffentlichung des Entscheids verlangen. Gemäss herrschender Lehre erwächst jedoch die materielle Rechtskraft eines Verbandsverfahrens nur zwischen den Parteien, sodass Konsumenten, deren Interessen ein Verband im Prozess geltend macht, lediglich von einer «*faktischen Präjudizwirkung*» profitieren können.[6] Damit steht das schweizerische

23

Verbandsverfahren bei missbräuchlichen AGB in diametralem Unterschied zur Klausel-RL und die ergänzende Rechtsprechung des EuGH. Dieser lässt ein nationales Verbandsklageverfahren nur dann als richtlinienkonform nach Art. 7 Abs. 1 und 2 Klausel-RL genügen, wenn eine daraus ergangene Entscheidung auch für Dritte im Individualprozess Wirkung entfaltet, soweit diese mit der gleichen Verwenderin einen Vertrag unter Einbezug der gleichen AGB-Klausel abgeschlossen haben.[7] Die Effektivität der AGB-Kontrolle in der EU wurde durch die Einführung von Art. 8b Klausel-RL im Jahre 2019 noch weiter ausgebaut. Die Bestimmung verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, abschreckende Sanktionen u.a. für die Fälle einzuführen, in denen AGB-Klauseln genutzt werden, die nach nationalem Recht ausdrücklich auf einer schwarzen Liste stehen.[8] Anders sieht die Rechtslage in der Schweiz aus. Da Art. 8 UWG keine schwarze Liste beinhaltet und somit von der Verwenderin nicht rechtssicher vorausgesehen werden kann, wann eine Klausel missbräuchlich ist (Bestimmtheitsgrundsatz), wurde ein Zuwiderhandeln gegen Art. 8 UWG nicht strafbewehrt (siehe Art. 23 UWG).[9]

Problematisch ist zuletzt, dass bei einer Inhaltskontrolle von preisrelevanten Nebenabreden in AGB jeder einzelne Kläger gesondert die Rückerstattung von zu viel gezahlten Preisen, Gebühren bzw. Entgelten geltend machen muss, falls die Klausel für nichtig erklärt wird. Dies stellte im EU-Raum die Justiz insbesondere bei missbräuchlichen Preisanpassungsklauseln (‹PAK›) in Energieverträgen[10] und bei sog. Kreditbearbeitungsgebühren[11] bzw. Zinsanpassungsklauseln[12] in Bankverträgen vor grosse Herausforderungen.[13] Als Reaktion auf dieses Defizit wurde nun im Rahmen des «*New Deal for*

---

5 Anhang der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, zuletzt geändert durch Art. 1 RL (EU) 2019/2161 vom 27. November 2019 (‹Klausel-RL›); vgl. im deutschen Recht §§ 309-310 BGB sowie im österreichischen Recht § 6 Abs. 1 und 2 KSchG; für die Berücksichtigung des Anhangs der Klausel-RL in der Schweiz z.B. auch Gauch/Schluep/Schmid (zit. in Fn. 2), Rz. 1150c; Heiss (zit. in Fn. 2), N 61, 237 zu Art. 8 UWG; Ernst A. Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., Bern 2023, Rz. 740; Florent Thouvenin, in: Reto Hilty/Reto Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013, N 26, 76 zu Art. 8 UWG; Pascal Pichonnaz, Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquences, BR 2012 S. 140 ff., 140 f.; Kramer (zit. in Fn. 2), S. 187.

6 Tanja Domej, in: Reto Heizmann/Leander D. Loacker (Hrsg.), Dike Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich/St. Gallen 2018, N 34 zu Art. 10 UWG; Carl Baudenbacher/Klaus Banke, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2001, N 47 zu Art. 10 UWG; Kramer/Probst/Perrig (zit. in Fn. 5), Rz. 844; Peter Jung/Philippe Spitz, in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 3. Aufl., Bern 2023, N 33 zu Art. 10 UWG; vgl. auch Lisa Aeschimann, Die Verbandsklage bei missbräuchlichen AGB, Unter besonderer Berücksichtigung des Unterlassungsanspruch, Diss. Freiburg, Zürich 2022, Rz. 1124, 1134 f.

7 Urteil des EuGH C-472/10 vom 26. April 2012, *Invitel*, ECLI:EU:C:2012:242, Rz. 38; dazu Alexander Witt, in: Peter Ulmer/Hans Erich Brandner/Horst-Diether Hensen (Hrsg.), ABG-Recht, Kommentar zu den §§ 305–310 BGB und zum UKlaG, 13. Aufl., Köln 2022, N 2 ff. zu § 11 UKlaG.

8 Richtlinie (EU) 2019/2161 vom 27. November 2019 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl. 18.12.2019, L328/7. Vgl. z.B. Art. 246e EGBGB, der in § 1 vorsieht, dass die Nutzung von AGB, die nach § 309 BGB unwirksam sind, eine verbotene Verletzung von Verbraucherinteressen im Zusammenhang mit Verbraucherverträgen darstellt und gemäss § 2 eine Geldbusse wegen Ordnungswidrigkeit auslöst.

9 Stefan Heimgartner, in: Reto Heizmann/Leander D. Loacker (Hrsg.), Dike Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich/St. Gallen 2018, N 6 zu Art. 23 UWG.

10 Urteil des EuGH C- 92/11 vom 21. März 2013, *RWE*, ECLI:EU:C:2013:180.

11 Urteile des BGH XI ZR 405/12 vom 13. Mai 2014, NJW 2014, S. 2420 ff.; XI ZR 348/13 vom 28. Oktober 2014, NJW 2014, S. 3713 ff.

12 Urteile des EuGH C-265/22 vom 13. Juli 2023, *Banco Santander*, ECLI:EU:C:2023:578; C-143/13 vom 26. Februar 2015, *Bogdan Matei*, ECLI:EU:C:2015:127.

13 Gemäss Ulrich Büdenbender (Neugestaltung von Preisanpassungsklauseln in Energielieferungsverträgen über

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2024

Consumers» ergänzend zur Klausel-RL eine Vereinheitlichung des kollektiven Rechtsschutzes und damit auch der Verbandsklagen durch Erlass der Richtlinie 2020/1828 durchge-

24

setzt.[14] Qualifizierte Einrichtungen dürfen neu neben Klagen auf Unterlassung auch Klagen auf Schadenersatz, Reparatur oder Ersatzleistung führen (Art. 8 f. RL 2020/1828).[15] Eine kollektive Durchsetzungsmöglichkeit solcher Ansprüche ist von grosser Bedeutung, da es sich selten um grosse Summen handelt und deswegen die Konsumenten das Klagerisiko sowie die hohen Prozesskosten nicht auf sich nehmen wollen. Leider ist ein entsprechender Gesetzesvorschlag[16] bis heute in der Schweiz nicht umgesetzt worden.[17] Auch ein Versuch der Schweizer Stiftung für Konsumentenschutz, die fehlende gesetzliche Ermächtigung durch eine gebündelte Einklagung von über 6‘000 abgetretenen Ansprüchen zu kompensieren, wurde abgelehnt, da gemäss Zürcher Handelsgericht sowie Bundesgericht die Führung von Sammelklagen nicht vom Stiftungszweck («Wahrung der Interessen der Konsumentinnen und Konsumenten») gedeckt sei.[18] Der Nichteintretensentscheid erfolgte somit aufgrund mangelnder Prozessfähigkeit des klagenden Verbands in Bezug auf die eingeklagten Ansprüche.[19]

Wenn man sich die Hürden bezüglich einer effektiven gerichtlichen *ex post* AGB-Kontrolle in der Schweiz vor Augen führt, wird es umso wichtiger, Alternativen zu einer solchen Kontrolle zu bedenken. Wie schon oft in der Lehre dargestellt wurde, ist der Grund für die Kontrolle von AGB ein Marktversagen.[20] Gerade in Konsumentenverträgen verursachen AGB aufgrund von prohibitiv hohen Informationskosten, die ein Verstehen, Ver-

25

gleichen und Aushandeln von AGB mit sich bringen würde, eine unüberwindbare Informationsasymmetrie. Auch auf einem vollständigen Konkurrenzmarkt kann somit kein Klausel-Wettbewerb zwischen den Anbietern entstehen. Der fehlende Wettbewerb führt zu einem Rückgang von kundenfreundlichen AGB (*race to the bottom*), was wiederum zur Folge hat, dass die Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus[21] nicht mehr funktioniert.[22] Wann immer aber in einer liberalen Marktökonomie ein Marktversagen gegeben ist, muss der Gesetzgeber intervenieren.

Elektrizität und Gas, NJW 2013, S. 3601 ff., 3607) waren etwa 40 Mio. Haushalte in Deutschland in ihrer Eigenschaft als Stromkunden, weitere etwa 13 Mio. Haushalte als Gaskunden betroffen.

14 Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. 04.12.2020, L409/1.

15 Aeschimann (zit. in Fn. 6), Rz. 65.

16 Siehe dazu Ecoplan, RFA zu Verbandsklage und kollektivem Vergleich, Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) zur Änderung der Zivilprozessordnung (Vorlage 21.082), Auftraggeber: Bundesamt für Justiz (BJ) und Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Bern, 23. Juni 2023.

17 Zuletzt hat sich die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates am 12. April 2024 erneut mit der Vorlage des Bundesrates zur Verstärkung der Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozessrecht befasst (21.082) und vor dem Hintergrund des jüngst ergangenen Urteils des EGMR (*Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* [GC] - 53600/2) verlangt, dass vor ihrem Entscheid zum Eintreten weitere Abklärungen seitens der Verwaltung getätigt werden.

18 Urteil des Handelsgerichts Zürich HG170257 vom 6. Dezember 2019 E. 7.4.3; bestätigt durch Urteil des BGer 4A_43/2020 vom 16. Juli 2020 E. 3.2.5.

19 Vgl. Tanja Domej, BGer 4A_43/2020: Keine Prozessfähigkeit der Stiftung für Konsumentenschutz zur gebündelten Einklagung abgetretener Schadenersatzansprüche, AJP 2021 S. 256 ff., S. 257.

20 Siehe z.B. Patrick C. Leyens/Hans-Bernd Schäfer, Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, AcP 210 (2010) S. 771 ff., 772 und 782 ff.; Thouvenin (zit. in Fn. 5), N 14 f. zu Art. 8 UWG; Heiss (zit. in Fn. 2), N 18 ff. zu Art. 8 UWG; Alessia Dedual, Geltungserhaltende Reduktion, Richterliche Ersatzregelbildung im schweizerischen Vertragsrecht, Tübingen 2017, S. 231 ff.; Yeşim M. Atamer, Unlauterer Wettbewerb durch Nutzung von ungültigen AGB?, in: Susan Emmenegger/Stephanie Hrubesch-Millauer/Frédéric Krauskopf/Stephan Wolf (Hrsg.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, S. 35 ff., 41 ff.; Valentin Jentsch, Schutzzweck der Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen, SZW 2020 S. 106 ff., 111 ff.; Peter McColgan, Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen, Tübingen 2020, S. 48 ff.

21 Zum Begriff Ernst A. Kramer, Konzeptionsfragen zur Vertragsinhaltskontrolle, ZSR 2018 I S. 295 ff., 300, insbesondere Fn. 18.

22 Siehe auch Atamer (zit. in Fn. 20), S. 41 ff.; Dedual (zit. in Fn. 20), S. 235; McColgan (zit. in Fn. 20), S. 48 ff.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2024

Fraglich ist, welche Wege der Regulierung dem Gesetzgeber zur Verfügung stehen. Die gerichtliche Kontrolle *ex post* ist zwar ein sehr wichtiger, aber sicher nicht der einzige Weg. Es sollen unten zwei mögliche flankierende Massnahmen vorgestellt werden. Die erste Alternative wäre eine stärkere behördliche Intervention in den Markt, um missbräuchliche AGB noch vor einer verbreiteten Nutzung zu eliminieren. Zweitens könnte in Bezug auf manche missbräuchliche AGB-Klauseln durch den Einsatz von *smart regulation*[23] der Wettbewerb angekurbelt bzw. negative Folgen von AGB-Nutzung kompensiert werden. Exemplarisch sollen dazu Preisnebenabreden in Langzeit- bzw. Dauerschuldverhältnissen analysiert werden. Die nachfolgend erläuterten Möglichkeiten sollen aber in keiner Weise eine *ex post* gerichtliche AGB-Kontrolle ersetzen. Sie werden nur als ergänzende Instrumente zum Ausgleich der Marktmacht von Verwenderinnen verstanden. Ziel ist es, dem Titel dieser Festschrift entsprechend, die Suche nach dem Recht zur besseren Handhabung der AGB-Problematik weiterzuführen.

II. Beispiele regulatorischer Interventionsmöglichkeiten *ex ante*

A. Aktivere Rolle von Marktregulierungsbehörden

Eine gerichtliche AGB-Kontrolle ist nicht nur für Konsumenten, sondern auch für Verwenderinnen oft mit grossen Ungewissheiten verbunden, da sie gerade bei offenen Tatbeständen wie in Art. 8 UWG erst im Nachhinein erfahren, dass ihre AGB-Klausel missbräuchlich war. Dem könnte teilweise dadurch entgegengewirkt werden, dass einer Marktregulierungsbehörde die Aufgabe zugeteilt wird, Leitlinien bezüglich ausgewogener bzw. missbräuchlicher AGB zu formulieren, an denen sich die Praxis orientieren kann. Die Behörde kann durch solche Publikationen dem Markt bekanntgeben, was

26

genau unter Fairness oder Transparenz in B2C-Verträgen zu verstehen ist, und daher unverbindlich die zugrundeliegenden Rechtsnormen konkretisieren.

In dieser Hinsicht sind die Kompetenzen der unabhängigen englischen Marktaufsichtsbehörden besonders erwähnenswert. Gemäss Consumer Rights Act 2015 (CRA)[24] haben u.a. die *Competition and Markets Authority* (CMA)[25] sowie die *Financial Conduct Authority* (FCA)[26] in ihren jeweiligen Zuständigkeitsgebieten die Aufgabe, solche Guidelines im Bereich von missbräuchlichen Klauseln zu veröffentlichen.[27] Die CMA publizierte noch im Jahre 2015, sofort nach Erlass des Consumer Rights Act 2015 sehr umfangreiche Guidelines (u.a. die «*Unfair contract terms guidance*», «*Historic examples of fair and unfair terms*», «*Unfair contract terms explained*»).[28] Dem Beispiel folgte auch die FCA. Sie konzentrierte sich gerade auf die EU-weit diskutierte Problematik der PAK in AGB und legte in einer Guideline aus dem Jahre 2018 ausführlich dar, was die AGB-Verwenderinnen beachten müssen, damit ihre PAK nicht als missbräuchlich eingeordnet werden.[29] Dabei orientierten sich die Behörden weitgehend an den höchstgerichtlichen Entscheiden aus

---

23 Vgl. dazu Leander D. Loacker, Verhaltensökonomik als Erkenntnisquelle für die Rechtsetzung, in: Bea Verschraegen (Hrsg.), Interdisziplinäre Studien zur Komparatistik und zum Kollisionsrecht (Band III), Wien 2012, S. 45 ff.

24 Siehe CRA, Schedule 3, sec. 7. Dazu Peter Rott, Behördliche Durchsetzung von Verbraucherschutz in Großbritannien, den Niederlanden und den USA, in: Hans Schulte-Nölke/Bundesministerium der Justiz und fu r Verbraucherschutz (Hrsg.), Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, Berlin 2017, S. 31 ff., 34 ff.

25 Britische Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde, die 2014 aus der Zusammenführung der *Office of Fair Trading* und der *Competition Commission* hervorgegangen ist und heute u.a. neben der Kontrolle von Kartellen und Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung auch für den Schutz des lauteren und ungestörten Wettbewerbs zuständig ist. Ab 2024 wird sie auch in der Regulierung der digitalen Märkte federführend sein.

26 Die Financial Conduct Authority ist die unabhängige Finanzmarktaufsichtsbehörde in England, deren ausgesprochenes Ziel der Schutz der Konsumenten und des Wettbewerbs sowie die Förderung der Marktintegrität ist.

27 Vgl. für die Liste der anderen Regulierungsbehörden CRA, Schedule 3, sec. 8. Gemäss Schedule 3, sec. 4 haben andere Regulierungsbehörden vor Einreichung einer Unterlassungsklage bzgl. einer AGB-Klausel das CMA zu unterrichten. Mit einem im Juli 2019 unterschriebenen *Memorandum of Understanding between the Competition and Markets Authority and the Financial Conduct Authority on the use of concurrent powers under consumer protection legislation* haben beide Institutionen auch die Kompetenzen bezüglich der Aufsicht von missbräuchlichen Klauseln untereinander aufgeteilt.

28 CMA37: Unfair contract terms, <https://www.gov.uk/government/publications/unfair-contract-terms-cma37>.

29 FG18/7: Fairness of variations terms in financial services consumer contracts under the Consumer Rights Act 2015, Dezember 2018. Siehe zu diesen Kriterien Yeşim M. Atamer/Maurus Furger, Klassiker der Banken-AGB: Vertragsänderungsvorbehalts und Retrozessionsverzichtsklauseln, SZW 2/2024 S. 140 ff., 149.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2024

England sowie des EuGH. Trotz fehlender Bindungswirkung dieser Leitlinien kommt ihnen in der Praxis eine starke Ausstrahlungswirkung zu.[30]

27

Hinzu kommt, dass die CMA sowie die FCA ermächtigt sind, sich bei Bedenken bzgl. einer Klausel proaktiv an die betroffenen Unternehmen zu wenden und eine informelle Konsultation einzuleiten.[31] Sie können dabei eine Zusicherung seitens des Unternehmens genehmigen, dass z.B. eine strittige Klausel eliminiert wird bzw. nicht in der beanstandeten Weise angewandt werden wird.[32] Darüber hinaus haben die Behörden jedoch keine Verfügungs- und Vollzugskompetenzen und müssen ein Gericht zur Feststellung der Missbräuchlichkeit bzw. Unterlassung der Nutzung der jeweiligen Klausel anrufen. Die informelle Konsultation, die Publikation der Resultate auf den Webseiten, sowie die Androhung weitergehender Schritte haben jedoch bereits einen positiven Einfluss auf den jeweiligen Markt.[33] Gerade auch die Leitlinien mit Beispielen missbräuchlicher Klauseln reichen oft aus, um Unternehmen einen Eindruck davon zu geben, wie sie AGB-Bestimmungen rechtskonform und konsumententransparent gestalten können.[34] Die Unternehmen halten sich dabei häufig an die behördlichen Positionspapiere, da sie langwierige und teure Gerichtsverfahren, die zusätzlich eine Missbräuchlichkeit verbindlich festhalten, vermeiden wollen.[35] Dadurch entwickelt sich in Bezug auf die aufgegriffenen Klauseln ein gewisser Standard, ohne zwingende gesetzliche Regeln einzuführen.

Dies entspricht nicht einer *ex ante* behördlichen Genehmigung bzw. Ausformulierung von AGB-Bestimmungen, wie es z.B. im Versicherungssektor zeitweise praktiziert wurde.[36] Die Probleme verbunden mit einer derartigen Kontrolle wurden bereits in den siebziger Jahren intensiv diskutiert, als die ersten AGB-Gesetze verfasst wurden. Insbe-

28

sondere die Gefahr, dass Behörden sachwidrig entscheiden können[37] und eine behördliche Genehmigung eine spätere gerichtliche Kontrolle aus psychologischen Gründen erschweren würde, waren gewichtige Argumente dagegen.[38] Die Rolle von Marktregulierungsbehörden wäre hingegen im hier vorgeschlagenen Rahmen vorwiegend marktkomplementär. Von der Publikation von Guidelines würden insbesondere Verwenderinnen profitieren, da diesen eine gewisse Rechtssicherheit geboten wäre. Auch die aktivere Rolle einer unabhängigen Behörde, durch Verhandlungen die Marktteilnehmerinnen dazu zu motivieren, ihr unlauteres Verhalten einzustellen, erscheint zielführend. Gerade bei offensichtlichen Verletzungsfällen, wie der Nutzung von AGB-Klauseln, die zwingenden Rechtsnormen widersprechen bzw. schon gerichtlich als missbräuchlich festgestellt wurden, würde dies eine effiziente und schnelle Durchsetzung der AGB-Kontrolle ermöglichen. Eine direkte Klagemöglichkeit der Behörde zur gerichtlichen Überprüfung von AGB-Klauseln erscheint bedeutsam, um eine eventuelle Passivität von Konsumentenorganisationen zu kompensieren.

---

30 Vgl. z.B. Simon Whittaker, Consumer Contracts, in: Hugh Beale (Hrsg.), Chitty on Contracts, Vol. II Specific Contracts, London 2021, Rz. 40-317 ff.

31 Enterprise Act 2002, Part 8, sec. 214. CMA58: Consumer protection enforcement guidance (2016) und der *Unfair Contract Terms Regulatory Guide* (UNFCOG, 2024) legen im Detail die Strategie der Behörden dar, wie sie ihre Befugnisse unter dem Consumer Rights Act in Bezug auf missbräuchliche Klauseln nutzen.

32 Siehe für eine Liste solcher *undertakings* <https://www.fca.org.uk/firms/unfair-contract-terms/library>. Zuletzt z.B. am 31. Oktober 2023 von Paypal zu ihren AGB. Siehe auch zu den problematischen AGB der *buy-now, pay-later* Produkte von Zahlungsinstituten <https://www.fca.org.uk/news/press-releases/fca-secures-contract-changes-bnpl-customers-more-consumers-use-product>.

33 Siehe dazu Yeşim M. Atamer, Why Judicial Control of Price Terms in Consumer Contracts Might Not Always Be the Right Answer – Insights from Behavioural Law and Economics, Modern Law Review 2017 S. 624 ff., 641 f.

34 Bspw. <https://www.gov.uk/guidance/how-to-write-fair-contracts>.

35 Z.B. zu Verzugsstrafen in Kreditkarten-AGB das vom damaligen Office of Fair Trading publizierte Positionspapier (Calculating Fair Default Charges in Credit Card Contracts, A statement of the OFT's position, April 2006) und dessen Effekt auf dem Markt Iain Ramsay, Consumer Law and Policy: Text and Materials on Regulating Consumer Markets, 3. Aufl., Oxford 2012, S. 339 f.

36 Dazu Alexander Brunner, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Ernst A. Kramer (Hrsg.), Konsumentenschutz im Privatrecht, SPR X, Basel 2008, S. 111 ff., 124 ff.; für Deutschland Mathias Habersack, in: Peter Ulmer/Hans Erich Brandner/Horst-Diether Hensen (Hrsg.), ABG-Recht, Kommentar zu den §§ 305–310 BGB und zum UKlaG, 13. Aufl., Köln 2022, N 74 der Vorbemerkungen zu § 305 BGB.

37 Zum sog. Problem des *regulatory capture* siehe George Stigler, The Theory of Economic Regulation, The Bell Journal of Economics and Management Science 2/1971, S. 3 ff.; dazu auch W. Kip Viscusi/Joseph E. Harrington/David E.M. Sappington, Economics of Regulation and Antitrust, 5. Aufl., Cambridge 2018, S. 54.

38 Siehe z.B. Manfred Wolf, Vorschläge fu r eine gesetzliche Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1974 S. 41 ff., 44.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2024

Bekanntermeise hat das UWG hauptsächlich eine private Rechtsdurchsetzung vorgesehen (*private enforcement*),[39] die wegen den oben dargelegten Hürden in Bezug auf die AGB-Kontrolle praktisch wirkungslos bleibt. Mit der Revision des UWG im Jahre 2011 wurde aber der Bund (grds. das SECO[40]) ermächtigt, nach Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG negatorische Ansprüche durchzusetzen (Art. 10 Abs. 3 lit. b UWG), wenn die Interessen mehrerer Personen oder einer Gruppe von Angehörigen einer Branche oder andere Kollektivinteressen in der Schweiz betroffen sind.[41] Weiter darf der Bundesrat gemäss Art. 10 Abs. 4 UWG unter Nennung der entsprechenden Firmen die Öffentlichkeit über unlautere Verhaltensweisen informieren, sofern der Schutz des öffentlichen Interesses dies erfordert. Gemäss Botschaft wird im Regelfall vor einer Klageerhebung versucht, aussergerichtlich zu einer Lösung zu kommen.[42] Durch eine Abmahnung wird die Ver-

29

wenderin dazu aufgefordert, ihre AGB in einer bestimmten Zeit anzupassen, widrigenfalls erwägt das SECO ein gerichtliches Vorgehen.[43]

Auf den ersten Blick scheinen die Ermächtigungen des SECO sowie der UK Marktaufsichtsbehörden vergleichbar zu sein. Doch die Praxis aus den Jahren 2012-2022 zu Art. 8 UWG deuten darauf hin, dass es wichtig wäre, die heutige Zuständigkeit des SECO bezüglich der AGB-Kontrolle auf ihre Effektivität hin zu evaluieren. Unter den statistischen Angaben auf der Webseite des SECO hinsichtlich Abmahnungen von Verwenderinnen wegen Nutzung von missbräuchlichen AGB-Klauseln kann man 51 Einträge in elf Jahren finden.[44] Eine der Öffentlichkeit zugänglich gemachte Information, um welche Klauseln es sich konkret handelt, ist nicht auffindbar.[45] Gemäss einer Stellungnahme des Bundesrates aus dem Jahr 2015[46] standen für eine Weile bei Abmahnungen Klauseln zur automatischen Vertragsverlängerung im Vordergrund. Nach dieser Stellungnahme «*haben mittlerweile alle grossen Anbieterinnen (Swisscom, UPC Cablecom, Sunrise, Orange) auf eine automatische Verlängerung von Jahr zu Jahr verzichtet. Das SECO hat im August 2013 die Firmen Sunrise und Orange mit dem Hinweis abgemahnt, die von ihnen verwendeten Rollover-Verträge seien mit Art. 8 UWG nicht vereinbar.*» Doch weitere Indices bezüglich der Effektivität von solchen Abmahnungen lassen sich nicht finden.

Eine negatorische Klage auf Grundlage von Art. 8 UWG wurde bis heute – soweit ersichtlich – nicht eingereicht. Problematisch ist hier, dass das SECO kaum über die nötigen personellen Ressourcen verfügt und auch dass es das finanzielle Risiko trägt, die Gerichtskosten und die Kosten der Gegenpartei zu zahlen, falls es in der Zivilklage unterliegt.[47] Hinzu kommt, dass das Bundesgericht die Schwelle für die Klageberechtigung des SECO hoch ansetzt, indem es grundsätzlich eine ausreichend grosse Zahl von Beschwerden dafür voraussetzt.[48] Es ist bemerkenswert, dass das Bundesgericht sogar die Entscheidung einer Vorinstanz bestätigte, wonach gerade ein Schreiben der CMA und der Verbraucherzentrale Bayern an

---

39 Andreas Heinemann/Andreas Kellerhals, Wettbewerbsrecht in a Nutshell, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, S. 176. Kritisch dazu Ahmet Kut/Demian Stauber, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, in: Jusletter 20. Februar 2012, Rz. 137; siehe auch Baudenbacher/Banke (zit. in Fn. 6), N 5 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 9-11 UWG.

40 Domej (zit. in Fn. 7), N 40 zu Art. 10 UWG.

41 Guido Sutter/Florian Lörtscher, Klagerecht des Bundes gegen missbräuchliche AGB, recht 4/2012 S. 93 ff.; Lorenza Ferrari Hofer/David Vasella, in: Marc Amstutz/Yeşim M. Atamer (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftliche Nebenerlasse, 4. Aufl., Zürich 2023, N 12 zu Art. 9-15 UWG; Jung/Spitz (zit. in Fn. 6), N 34 ff. und 38a zu Art. 10 UWG.

42 Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 2. September 2009, BBl 2009 6151 ff., S. 6181.

43 Sutter/Lörtscher (zit. in Fn. 41), S. 99; Pascal Pichonnaz, L'intervention de l'Etat en matière de lutte contre les conditions générales abusives: Trop ou trop peu?, in: Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat?, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, S. 373 ff., 378 f.

44 Siehe SECO, Werbe- und Geschäftsmethoden, Unlauterer Wettbewerb, Statistische Angaben.

45 Siehe SECO, Werbe- und Geschäftsmethoden, Unlauterer Wettbewerb, Warnungen und Medienmitteilungen.

46 Die Bundesversammlung – Das Schweizer Parlament, Unlauterer Wettbewerb und missbräuchliche Geschäftsbedingungen. Was tut das Seco?, Interpellation eingereicht am 20. März 2015, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20153337>.

47 Pichonnaz (zit. in Fn. 43), S. 379 f.

48 Urteil des BGer 4A_235/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 4; Urteil des HGer ZH HG170194-O vom 11. März 2020 E. II.5.3.4 (*Viagogo*).

49 Urteil des BGer 4A_235/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 4.4 und 4.5. Vgl. Sutter/Lörtscher (zit. in Fn. 41), S. 98; Jung/Spitz (zit. in Fn. 6) , N 38a zu Art. 10 UWG.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2024

das SECO für die Begründung des Klagerechts des Bundes nicht ausreichend ist.[49] Zu guter Letzt ist bei der Publikation von Guidelines auch nur ein

30

spärlicher Output zu verzeichnen. Im Jahre 2016 wurde eine bundesgerichtliche Rechtsprechungsübersicht zu AGB[50] und 2019, ohne jegliche Kommentierung, eine Übersicht zu den grauen und schwarzen Listen in der EU allgemein und in Deutschland, Österreich und Frankreich publiziert.[51]

Mit der zunehmenden Tendenz, das Konsumentenrecht nicht mehr als eine Art ‹Sonderprivatrecht›, sondern vielmehr als einen wichtigen Pfeiler einer funktionierenden Wettbewerbsordnung zu betrachten, geht auch die Suche nach effizienteren Methoden zur Durchsetzung dieser Normen einher.[52] Gerade die Dichotomie zwischen unlauterem Wettbewerb und Konsumentenschutz auf der einen Seite und dem Kartellrecht auf der anderen Seite, und damit verbunden, deren Durchsetzung durch unabhängige Regulierungsbehörden bzw. Ombudspersonen, die Trennung bzw. Zusammenführung von Behörden zu sog. Multifunktions-Behörden, sind wichtige Diskussionspunkte der letzten Jahre.[53] Das CMA schätzt z.B. für die Haushaltsjahre 2020-2022 den Gesamtnutzen für die Verbraucher nur aus der Durchsetzung der Verbraucherschutzvorschriften auf 556,8 Mio. GBP, welcher durch die Unterbindung rechtswidriger Praktiken und durch Auswirkungen dieser Massnahmen auf die Preise entstand.[54] Aus diesem Blickwinkel erscheint es wichtig, dass der Schweizer Gesetzgeber eine Folgenanalyse der UWG-Reform 2011 durchführt und insbesondere auch die institutionelle Untermauerung des freien Wettbewerbs auf Märkten überdenkt. Dies gilt auch in Anbetracht der immensen neuen Herausforderungen, die der Schutz von Konsumenten im digitalen Zeitalter mit sich bringen wird.

31

B. Smart Regulation

Eine zweite Alternative, wie man den negativen Folgen von AGB entgegenwirken könnte, wäre durch sog. *smart regulation*. Gerade AGB-Klauseln, die preisrelevant sind, aber nicht von den Konsumenten wahrgenommen werden, eignen sich dafür besonders. Bekanntermassen müssen Hauptleistungsbestimmungen, insbesondere Preise, die im freien Wettbewerb entstehen, nicht kontrolliert werden, soweit sie transparent und verständlich formuliert sind.[55] Doch Preisnebenabreden[56], wie z.B. Preisanpassungsklauseln[57], die eine indirekte Wirkung auf den Preis haben, sich aber durch ihre

---

50 SECO, Bundesgerichtliche Rechtsprechung zu AGB, 24. Februar 2016, 4 Seiten.

51 SECO, Missbräuchliche Klauseln im Vergleich: EU, Deutschland, Österreich und Frankreich, 18. Oktober 2019, 19 Seiten.

52 Siehe z.B. für eine rechtsvergleichende Übersicht Hans-Wolfgang Micklitz/Geneviève Saumier (Hrsg.), Enforcement and Effectiveness of Consumer Law, Cham 2018; Hans-Wolfgang Micklitz/Andrea Wechsler (Hrsg.), The Transformation of Enforcement, European Economic Law in a Global Perspective, New York 2018; Hans Schulte-Nölke/Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts, Berlin 2017; Colin Scott, Consumer Law, Enforcement and the New Deal for Consumers, European Review of Private Law 6/2019 S. 1279 ff.; vgl. auch Thomas Probst, Wettbewerbsrecht und Konsumentenschutz – Ein (dis-)harmonisches Konkubinat?, in: Jusletter 6. Februar 2017.

53 Vgl. z.B. Thomas M.J. Möllers/Andreas Heinemann (Hrsg.), The Enforcement of Competition Law in Europe, Cambridge 2007; Frederic Jenny, The Institutional Design of Competition Authorities: Debates and Trends, in: Frederic Jenny/Yannis Katsoulacos (Hrsg.), Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developing Countries, Legal and Economic Aspects, Cham 2016, S. 1 ff.; Annetje Ottow, Market and Competition Authorities: Good Agency Principles, Oxford 2015, S. 95 ff.; siehe auch OECD, Changes in Institutional Design of Competition Authorities, 2014-2015 <https://www.oecd.org/daf/competition/changes-in-competition-institutional-design.htm>.

54 Siehe CMA Impact Assessment 2022-2023, 17. Juli 2023, <https://www.gov.uk/government/publications/cma-impact-assessment-2022-to-2023/impact-assessment-2022-to-2023#fn:32>. Der Nutzen von Marktstudien und Marktermittlungen wird sogar für ein Jahr nur auf 1,7 Milliarden GBP geschätzt.

55 Vgl. zur Rolle des Preisüberwachungsgesetz (SR 942.20) Nicolas Diebold/Bernhard Rütsche, Wettbewerbsrecht und Marktregulierung, Zürich 2023, § 3 Rz. 214; zum Transparenzerfordernis z.B. Urteil des EuGH C-125/18 vom 3. März 2020, *Gómez*, ECLI:EU:C:2020:138, Rz. 49.

56 Dazu Atamer/Furger (zit. in Fn. 29), S. 143 ff.; Urteile des EuGH C-776/19 bis C-782/19 vom 10. Juni 2021, *Paribas*, ECLI:EU:C:2021:470, Rz. 52; C-621/17 vom 3. Oktober 2019, *Gyula Kiss*, ECLI:EU:C:2019:820, Rz. 32.

57 Dazu Yeşim M. Atamer/Tarek Al Abiad/Perla Bachmann, Preisanpassungsklauseln in AGB von Dauerschuldverhältnissen, EF 12/2023, S. 664 ff.; Leander D. Loacker, Preisanpassungsklauseln: Rechtsvergleichende Überlegungen de lege lata und de lege (non) ferenda am Beispiel der Versicherungsprämie, in: Anton K. Schnyder (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz: Rückblick und Zukunftsperspektiven, Zürich 2015, S. 127 ff.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2024

Platzierung in AGB regelmässig dem Wettbewerb entziehen, unterliegen der Kontrolle. [58] Das Gleiche gilt für intransparent formulierte Preisbestimmungen in AGB. Überall stellt sich den Gesetzgebern die Frage, wie der Missbrauchsgefahr von solchen Klauseln am effektivsten entgegengetreten werden kann. Hier lohnt es sich, in die seit fast 25 Jahren immer aktiver genutzten Regulierungsmethoden, die sich von verhaltensökonomischen Einsichten leiten lassen, zu spähen.[59]

1. Verhaltensökonomische Grundlagen

Die Verhaltensökonomie befasst sich mit dem Entscheidverhalten von Menschen und zeigt die Divergenzen zwischen der Theorie des *homo oeconomicus* und dem realen Marktverhalten auf.[60] Die Theorie der rationalen Entscheidung (*rational choice theory*) geht davon aus, dass umfassend informierte Entscheidungsträger in der Lage sind, das

32

Angebot zu wählen, das in ihrem besten Interesse liegt, d.h. ein rationales Eigeninteresse verfolgen.[61] Beginnend mit den Schriften von Kahneman und Tversky[62] ist jedoch eine umfangreiche verhaltenswissenschaftliche Literatur entstanden, die diese Annahme in Frage stellt.[63] Entgegen dem traditionellen, effizienzgetriebenen Menschenbild treffen demnach Markteilnehmer ihre Entscheidungen unter Unsicherheit regelmässig nicht nach rein rationalen Gesichtspunkten und streben nicht das absolute Optimum an, was sich nach dem Grundsatz der *bounded rationality* darauf zurückführen lässt, dass die Fähigkeit zur Aufnahme und Verarbeitung von Informationen deutlich beschränkt ist.[64] Empirische Studien zeigen, dass Menschen bei Mangel an Zeit und Ressourcen eher Heuristiken als objektive Kriterien zur Entscheidfindung beiziehen.[65] Dies ist grundsätzlich nichts Negatives, da gedankliche Daumenregeln dazu dienen, komplexe Probleme zu vereinfachen und schnell Lösungen zu finden. Doch sind sie fehleranfällig, da die Entscheidung oft unter Einfluss von kognitiven Verzerrungen (*bias*) getroffen werden.[66] Der Beitrag der Verhaltensökonomie war es, zu zeigen, dass diese Art von Entscheidfindung zu weitverbreiteten und systematischen Verzerrungen führt und somit wohlfahrtssteigernde Entscheidungen regelmässig verhindert.[67] D.h. dass die Anwendung der normativen Regulierungstheorie des *homo economicus* sowie der *Expected Utility Theory* relativiert werden musste.[68]

---

58 Vgl. dazu rechtsvergleichend Yeşim M. Atamer/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Cham 2020; siehe auch Thomas Probst, Bankgebu hren und der Schutz des Kunden vor missbräuchlichen AGB, in: Jusletter 24. April 2017.

59 Dazu z.B. OECD, Behavioural Insights and Public Policy: Lessons from Around the World, Paris 2017. Insbesondere das Behavioural Insights Team (BIT), das im Jahr 2010 in London gegründet wurde, hat sich inzwischen zu einem globalen Unternehmen für soziale Zwecke entwickelt: <https://www.bi.team>. Dazu David Halpern, Inside the Nudge Unit, London 2015. Weiter kann das Office of Evaluation Sciences (OES) in den USA aufgezählt werden.

60 Hanno Beck, Behavioral Economics – Eine Einführung, Wiesbaden 2014, S. 1 ff.; Markus Englerth/Emanuel V. Towfigh, Verhaltensökonomik, in: Emanuel V. Towfigh/Niels Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 3. Aufl., Tübingen 2023, Rz. 479.

61 Atamer (zit. in Fn. 33), S. 629.

62 Daniel Kahneman/Amos Tversky, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, Econometrica 2/1979, S. 263 ff.; Daniel Kahnemann/Paul Slovic/Amos Tversky (Hrsg.), Judgement under uncertainty: Heuristics and Biases, Cambridge 1982.

63 Vgl. z.B. Christoph Engel et al. (Hrsg.), Recht und Verhalten, Beiträge zu Behavioral Law and Economics, Tübingen 2007; Holger Fleischer/Daniel Zimmer (Hrsg.), Beiträge der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Frankfurt am Main 2011; Eyal Zamir/Doron Teichman (Hrsg.), The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law, Oxford 2014; Klaus Mathis (Hrsg.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics, Cham 2015; Alberto Alemanno/Anne-Lise Sibony (Hrsg.), Nudge and the Law – A European Perspective, Oxford 2015; Philipp Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, Die Grenzen des Informationsmodells im Privatrecht und seine Alternativen, Tu bingen 2017.

64 Christine Jolls/Cass R. Sunstein/Richard H. Thaler, A Behavioral Approach to Law and Economics, Stan L Rev, 50/1998, S. 1471 ff., 1476 ff.; Hacker (zit. in Fn. 63) S. 71 ff.; Englerth/Towfigh (zit. in Fn. 60), Rz. 503 ff.

65 Hacker (zit. in Fn. 63), S. 60 ff.; Clemens Latzel, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, Berlin 2020, S. 27 ff.; Helmut Heiss/Leander D. Loacker, Konsumentenschutz eine Typologie, in: Helmut Heiss/Leander D. Loacker (Hrsg.), Grundfragen des Konsumentenrechts, Zürich 2020, S. 27 ff., 57 ff.

66 Philip Maximilian Bender, Grenzen der Personalisierung des Rechts, Tübingen 2023, S. 136 ff.

67 Vgl. dazu Yeşim M. Atamer, Duty of Responsible Lending – Should the European Union Take Action?, in: Stefan Grundmann/Yeşim M. Atamer (Hrsg.), Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law – Failure and Challenges of Contracting, Alphen aan den Rijn 2011, S. 179 ff.; Loacker (zit. in Fn. 23), S. 56.

68 Zum Vergleich der *Prospect Theory* mit der *Expected Utility Theory* Hacker (zit. in Fn. 63), S. 64 ff.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2024

33

Die Verhaltensforschung hat inzwischen eine Vielzahl an Urteilsfehlern entdeckt, die zu einem Abweichen von rationalem Verhalten führen.[69] In Bezug auf preisrelevante AGB-Klauseln in Konsumentenverträgen ist das Ignorieren von Komplexität von besonderer Bedeutung. Unvollkommen rationale Konsumenten gehen mit Komplexität hauptsächlich so um, dass sie Entscheidungen vereinfachen, indem sie bspw. scheinbar unbedeutende Preisdimensionen auslassen und gedankliche Abkürzungen nehmen, die sie letztlich in die Irre führen.[70] Das Ergebnis ist, dass sie sich auf ungünstige Verträge einlassen.[71]

Weiter ist der sogenannte Besitztumseffekt (*endowment effect*), der auf der Annahme gründet, dass insbesondere Konsumenten (Endkäufer) Dinge bzw. einen Status quo mehr schätzen, nur weil sie ihnen gehören, relevant.[72] Demnach sind Konsumenten verlustscheu und bevorzugen daher den Status quo gegenüber Veränderungen, in der Annahme, dass sie so Verluste vermeiden können.[73] Eine Änderung des Status quo ist auch oft mit Kosten für die Beschaffung von Information, dem Vergleich und der Suche nach dem besten Angebot auf dem Markt verbunden.[74] Gerade bei langfristigen Verträgen setzt wegen der sogenannten Status quo-Verzerrung beim Wechseln von Vertragsanbietern eine Konsumententrägheit (*inertia)* ein.[75] Auch wenn sich die Konsumenten manchmal der ungünstigen Bedingungen ihres Vertrags bewusst sind, zögern sie aufgrund der Kosten und unvorhersehbaren Ergebnissen nach neuen Optionen zu suchen.[76]

34

Dass diese Erkenntnisse von der Anbieterseite zur Gewinnmaximierung durch Ausnutzen von Konsumentenschwächen eingesetzt werden, erstaunt nicht.[77] Die Methoden der Preisverschleierung und des Missbrauchs psychologischer Prozesse und kognitiver Einschränkungen der Konsumenten sind vielfältig. Die beiden häufigsten Trends bei der Vertragsgestaltung sind, wie Bar-Gill feststellt,[78] die Erhöhung der Komplexität[79] und das zeitliche Hinausschieben von Kosten[80]. Gerade in AGB werden die Preiskomponenten so intransparent gestaltet, dass der eigentlich gezahlte Preis für die Konsumenten nicht mehr verständlich ist und so auch der Wettbewerb nicht mehr funktioniert. In Dauerschuldverhältnissen wird dieser Effekt durch erschwerte Kündigungsbedingungen verstärkt, was die Trägheit der Konsumenten durch

---

69 Dazu ausführlich Hacker (zit. in Fn. 63), S. 80 ff.; Beck (zit. in Fn. 60), S. 28 ff.; Latzel (zit. in Fn. 65), S. 27 ff.

70 Beck (zit. in Fn. 60), S. 26; Oren Bar-Gill, Seduction by Contract, Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets, Oxford 2012, S. 18 ff.

71 Martin Engel/Johanna Stark, Buttons, Boxes, Ticks, and Trust, On the Narrow Limits of Consumer Choice, in: Klaus Mathis (Hrsg.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics, Cham 2015, S. 107 ff., 116.

72 Beck (zit. in Fn. 60), S. 170 ff.; Englerth/Towfigh (zit. in Fn. 60), Rz. 529 ff.

73 Klaus Mathis/Ariel David Steffen, From Rational Choice to Behavioural Economics, Theoretical Foundations, Empirical Findings and Legal Implications, in: Klaus Mathis (Hrsg.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics, Cham 2015, S. 31 ff., 41.

74 Dies kann aber auch kostspieliger sein als die zusätzlichen Vorteile der Veränderung selbst. Unter solchen Umständen könnte die Apathie des Verbrauchers sogar rational sein Michael Faure/Hanneke Luth, Behavioural Economics in Unfair Contract Terms, Cautions and Considerations , Journal of Consumer Policy 2011, S. 337 ff., 340.

75 Siehe zu *inertia* und eventuelle Regulierungsmöglichkeiten Ali Hortaçsu/Seyed Ali Madanizadeh/Steven L. Puller, Power to Choose? An Analysis of Consumer Inertia in the Residential Electricity Market, American Economic Journal/Economic Policy 2017, S. 192 ff.; Walter Beckert/Paolo Siciliani, Protecting Sticky Consumers in Essential Markets, Review of Industrial Organization 2022, S. 247 ff.

76 Atamer (zit. in Fn. 33), S. 632.

77 Siehe z.B. George A. Akerlof/Robert J. Shiller, Phishing for Phools – The Economics of Manipulation and Deception, Princeton 2015, passim.

78 Bar-Gill (zit. in Fn. 70), S. 17-23.

79 Klassisches Beispiel dafür ist die Aufteilung des Preises in viele unterschiedliche Komponenten, die auch nicht zeitgleich anfallen, so dass ein Vergleich mit anderen Produktanbietern nicht möglich ist. Siehe z.B. Urteil des EuGH C-84/19 u.a. vom 3. September 2020, *Profi Credit Polska SA u.a.*, ECLI:EU:C:2020:631 bzgl. Klauseln eines Verbraucherkreditvertrags, die dem Verbraucher andere Kosten als die Rückzahlung des Kredits in Kapital und Zinsen auferlegen. Umgekehrt kann aber auch das Bündeln von unterschiedlichen Dienstleistungen den gleichen Effekt haben. Insbesondere in Verträgen bzgl. Telekommunikations-, Internet-, Kabelnetzzugangsverträgen ist eine solche Bündelung zu beobachten, mit dem Erfolg, dass der Konsument nicht weiss, welche Dienstleistung er wie oft in Anspruch nimmt und deswegen wieder mit anderen Angeboten nicht vergleichen kann.

80 Vgl. z.B. zum Model des ‹*buy now-pay later*› und zur Überschuldungsproblemen jüngst Paulina Cachero/Paige Smith, Americans are Racking up ‹Phantom Debt› that Wall Street Can’t Track, Bloomberg 8. Mai 2024 und oben Fn. 32 für England.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2024

die Status quo-Verzerrung weiter erhöht.[81] Es tritt unweigerlich eine wohlfahrtsmindernde Wirkung dieses verhaltensbedingten Marktversagens auf.[82]

Die Grundregel der freien Marktwirtschaft, wonach Marktteilnehmer selbst beurteilen sollten, was am besten zu ihrem materiellen Wohlstand beiträgt, ist immer noch gültig. Die Annahme, dass der Markt alle Verhaltensfehler heilen kann, hat sich jedoch als nicht korrekt erwiesen.[83] Die Erkenntnisse der Verhaltenswissenschaften zwingen Gesetzgeber zu überdenken, wie sie mit diesen Phänomenen der Vertragsgestaltung unter Ausnutzung der Konsumentenverzerrung umgehen sollen.[84]

35

2. Disclosure und Nudging

Vor allem in den USA fokussierten sich die Befürworter der rechtlichen Implementierung verhaltensökonomischer Erkenntnisse auf wahlerhaltende Regulierungsinstrumente, darunter *Smart Disclosure* oder *Default Rules*.[85] *Nudging* als Konzeption mit seinem weicheren Ansatz steht dabei aufgrund der strengen Prüfung von Regulierungsvorhaben im Vordergrund, weshalb es auch als libertärer Paternalismus bezeichnet wird.[86] Nudging beschreibt die Instrumentalisierung kleinster Veränderungen in der Struktur einer Entscheidungssituation, die dazu eingesetzt wird, dass Individuen ihr Verhalten und ihre Entscheidungen auf vorhersehbare Art und Weise ändern.[87] Das auf Sunstein und Thaler zurückgehende Konzept zielt in jedem denkbaren Bereich darauf ab, Menschen unter Wahrung ihrer Wahlfreiheit in die Richtung von für sie günstigen Entscheidungen zu lenken bzw. eher zu «stupsen».[88] Der libertäre Gehalt dieser Form des Paternalismus besteht darin, dass trotz vorgegebenen Hilfestellungen zur günstigeren Entscheidfindung in Form eines Nudge der Einzelne sich stets auch anderweitig bzw. gegen die Richtungshilfe entscheiden kann.[89]

36

---

81 Siehe zu den negativen Folgen von Vertragswechselgebühren Stefano DellaVigna/Ulrike Malmendier, Contract Design and Self-Control: Theory and Evidence, The Quarterly Journal of Economics 2/2004 S. 353 ff., 390-393.

82 Oren Bar-Gill, Consumer Transactions, in: Eyal Zamir/Doron Teichman (Hrsg.), The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law, Oxford 2014, S. 465 ff., 475 ff.

83 Bar-Gill (zit. in Fn. 82), S. 469 ff.

84 Dazu ausführlich Atamer (zit. in Fn. 33), S. 642 ff.

85 Cass R. Sunstein/Richard H. Thaler, Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron, U. Chi. L. Rev. 2003 S. 1159 ff.; Siehe auch die Liste in Heiss/Loacker (zit. in Fn. 65), S. 67.

86 Cass R. Sunstein, Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism, New Haven 2014; siehe auch Colin Camerer/Samuel Issacharoff/George Loewenstein/Ted O'Do-noghue/Matthew Rabin, Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for «Asymmetric Paternalism», U. Pa. L. Rev. 2003, S. 1211 ff.

87 Cass R. Sunstein/Richard H. Thaler, Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness, 2. Aufl., New York 2009, S. 1 ff.; Cass. R. Sunstein, Nudging: A Very Short Guide, Journal of Consumer Policy, S. 583 ff.; Heiss/Loacker (zit. in Fn. 65), S. 65 ff.; vgl. auch Lucien Müller, Aufgedrängte Fürsorge – «Paternalistisches» Staatshandeln und die Bestimmung des eigenen Wohls, Eine verfassungsrechtliche Untersuchung, Habil. St. Gallen, Zürich 2024, S. 54 ff.

88 Vgl z.B. zu alternativen Anwendungsbereichen Andreas Heinemann, Recht, Ökonomie und Realität, in: Robert Waldburger et al. (Hrsg.), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, S. 21 ff., 33 f.; Mirjam Eggen, Produktregulierung im Finanzmarktrecht, Bern 2015, S. 110 ff.; Johannes Reich, Verhaltensökonomische Revolution im europäischen und nationalen Verwaltungsrecht? – Potenziale und Grenzen des «Nudging», in: Giovanni Biaggini/Oliver Diggelmann/Christine Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Daniel Thu rer, Zu rich 2015, S. 627 ff.; Lukas Schaub, Die Stimmpflicht als «Nudge»: Der Versuch einer regulatorischen (Neu-) Einordnung, ZBl 118/2017 S. 583 ff., 600; Rolf H. Weber/Rainer Baisch, «Nudging» im Versicherungssektor, in: Pascal Grolimund et al. (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zürich 2018, S. 925 ff.

89 Sunstein/Thaler (zit. in Fn. 87), S. 5. Vgl. zur Effektivität von Nudges Stefano DellaVigna/Elizabeth Linos, RCTS to Scale: Comprehensive Evidence from two Nudge Units, Econometrica 90/2022, S. 81 ff. bzgl. eines Vergleichs der Befunde von randomisiert kontrollierten Studien, die auf einer Seite auf akademische Studien zurückgehen auf der anderen Seite von den zwei der grössten ‹Nudge Units› (BIT und OES) mit fast 37 Mio. Teilnehmern durchgeführt wurden. Obwohl in der ersten Kategorie die durchschnittliche Wirkung von Nudges höher ausgewertet wurde, ist sie auch in der zweiten Kategorie noch so hoch, dass sie als ‹*meaningful and statistically significant*› bewertet wurden (S. 114); siehe auch Dennis Hummel/Alexander Maedche, How effective is nudging? A quantitative review on the effect sizes and limits of empirical nudging studies, Journal of Behavioral and Experimental Economics 80/2019, S. 47 ff.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2024

Regulatorische Eingriffe im Bereich der AGB können unter Berücksichtigung der Erkenntnisse der Verhaltensökonomie gezielter gestaltet werden. Das Hauptproblem bei Preisnebenabreden (und auch intransparenten Preisabreden) in AGB besteht z. B. darin, dass sie nicht dem Wettbewerb unterliegen.[90] Deswegen sollte eine allfällige Regulierung versuchen, durch den Einsatz kognitiv optimierter Informationsvergabe (*smart disclosure*) und *debiasing* dem entgegenzusteuern.[91] Falls es gelingt, das Bewusstsein der Konsumenten für bestimmte Preisgestaltungen zu schärfen, würde die Notwendigkeit einer gerichtlichen Kontrolle abnehmen.

Fraglich ist nämlich im Lichte der verhaltensökonomischen Erkenntnisse, wie weit den strengen gerichtlichen Vorgaben an die Transparenz von Preis- bzw. Preisanpassungsklauseln in Dauerschuldverhältnissen im europäischen Raum[92] Erfolg beschert ist. Insbesondere AGB-Klauseln, die erst in der Zukunft eine Änderung des Preises bzw. die Einführung einer neuen Preiskomponente ermöglichen, werden den Konsumenten nicht interessieren. Sie werden ihren Entscheid nicht an der offengelegten Berechnungsformel späterer Preiserhöhungen orientieren, sondern vielmehr auf den eigentlichen Ausgangspreis abstützen. Deswegen müssen neben strikten inhaltlichen Voraussetzungen für die Gültigkeit von PAK auch innovative Alternativen der Wettbewerbsförderung angestrebt werden, die den Konsumenten dazu anregen, häufiger den Dienstleister zu wechseln.[93]

37

Konsumenten nehmen einen Preisvergleich bei Vertragsabschluss, bei Preiserhöhungen sowie am Ende der Vertragslaufzeit vor, weshalb zu diesen Zeitpunkten vergleichbare Informationen über Preise am wichtigsten sind. *Nudges* und *smart disclosure* könnten hier ansetzen. In den entscheidenden Phasen ist es wichtig, den Konsumenten einen unmittelbaren Überblick über den Markt zu verschaffen, damit sie ihre Trägheit überwinden und durch Anreizkonfrontation über einen Anbieterwechsel nachdenken.[94] Es kommen vier Möglichkeiten in diesem Kontext in Frage: i. die Standardisierung der gegebenen Preisinformationen, so dass ein Vergleich erleichtert wird; ii. die Einführung von akkreditierten Vergleichsportalen; iii. die Bereitstellung von Nutzungsdaten, so dass der Konsument einschätzen kann, welche Dienstleistungen er überhaupt und wie oft in Anspruch nimmt, und iv. die Einrichtung von Intermediären.

Das Ziel der Standardisierung ist offensichtlich: Nur wenn Preise vergleichbar sind, kann auch der Konsument eine bewusste Wahl treffen.[95] Problematisch sind z. B. verbundene Dienstleistungen bzw. Preise, die sich aus unterschiedlichen Komponenten zusammensetzen.[96] Einer der wichtigsten regulatorischen Eingriffe mit dem Ziel der Vergleichbarkeit von Preisen war die Einführung des effektiven Zinssatzes im Jahre 2001 in Art. 6 des Konsumkreditgesetzes. Da bei der Kreditvergabe viele unterschiedliche Kostenpunkte einen Preisvergleich verunmöglichten, wurde dessen Bekanntgabe und sogar die Berechnungsformel des effektiven Jahreszinses gesetzlich festgelegt. Obwohl z.B. das Fernmeldegesetz in Art. 12a vorschreibt, dass Preise für Kunden transparent sein müssen, wird in dieser Hinsicht keine Vorgabe gemacht. Wenn man bedenkt, dass dieser Sektor eigentlich nicht sehr differenzierte Leistungen anbietet, wäre es sicherlich einen Gedanken wert, ob man nicht auch hier das Entscheidungsumfeld (*choice*

---

90 Herstellung eines funktionierenden Wettbewerbs ist auch der Zweck der Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen vom 11. Dezember 1978, die gewährleistet, dass Preise klar und miteinander vergleichbar sind und irreführende Preisangaben verhindert werden (Art. 1 PBV).

91 Vgl. dazu ausführlich Bar-Gill (zit. in Fn. 70), S. 32 ff.; Hacker (zit. in Fn. 63), S. 444 ff. und 574 ff.; Adrian Künzler, Restoring Consumer Sovereignty, How Markets Manipulate Us and What the Law Can Do About It, Oxford 2017, S. 144 ff.; Pascal Pichonnaz, Information Duties, in: Hans-Wolfgang Micklitz/Christian Twigg-Flesner (Hrsg.), The Transformation of Consumer Law and Policy in Europe, Oxford 2023, S. 81 ff., 93 ff. Vgl. zur verfassungsrechtlichen Grenze von Nudges Müller (zit. in Fn. 87), S. 709 ff. und 812 ff.

92 Siehe z.B. EuGH in Rechtssache *RWE* (zit. in Fn. 10), Rz. 44; Rechtssache *Bogdan Matei* (zit. in Fn. 3), Rz. 73 ff.; Rechtssache *Invitel* (zit. in Fn. 7), Rz. 30 f.; Urteil des EuGH C-287/19 vom 11. November 2020, *DenizBank*, ECLI:EU:C:2020:897, Rz. 64–66. Dazu im Detail Atamer/Furger (zit. in Fn. 29), S. 146 ff.; Atamer/Al Abiad/Bachmann (zit. in Fn. 57), S. 666 f. Siehe auch Urteil des EuGH C-395/21 vom 12. Januar 2023, *D.V.*, ECLI:EU:C:2023:14, Rz. 21 ff. bzgl. Transparenz einer Preisklausel in einem Anwaltsvertrag.

93 Vgl. z.B. jüngst die Marktstudie des UK Department for Business & Trade, Government on Smarter Regulation: Improving consumer price transparency and product information for consumers (2023) und die vorgeschlagenen Lösungen im Government response: Unit pricing research (2024).

94 Bar-Gill (zit. in Fn. 70), S. 242. Siehe zu einer Studie, in welcher Form der Nudge am besten kommuniziert werden sollte Oren Bar-Gill/Alma Cohen, How to Communicate the Nudge: A Real-World Policy Experiment, Journal of Law and Economics 2022, S. 607 ff.

95 Loacker (zit. in Fn. 57), S. 163 f.

96 Vgl. oben Fn. 79. Siehe auch den Bericht der Stiftung Konsumentenschutz zum ‹Gebührendickicht› der Banken: <https://www.konsumentenschutz.ch/medienmitteilung-en/stichprobe-bankkonti-guthabengebuehr-verteuert-das-sparen-zusaetzlich/>.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2024

architecture) durch konkrete Transparenzvorgaben und besonders durch Standardisierung verbessern könnte.[97]

Eine wichtige Rolle könnten in diesem Rahmen auch Vergleichsportale spielen, sollte die Preisbekanntgabe nach standardisierten Merkmalen gemacht werden. Spezialisierte Webseiten könnten auf Basis durchschnittlicher Konsumentendaten standardisierte Preisinformationen so abbilden, dass Konsumenten ein objektiver Vergleich je nach Vertragsart ermöglicht wird.[98] Die Verringerung von Such- und Vergleichskos-

38

ten ist gerade für die Ausübung der Privatautonomie von grosser Bedeutung.[99] Doch muss auch das Vertrauen in diese Vergleichstools gewährleistet sein. Die Akkreditierung wäre ein gangbarer Weg. Für das Beispiel der Telekommunikationsgebühren bietet bspw. das Office of Communications der UK einen Überblick über akkreditierte Vergleichsplattformen.[100]

Die Bedeutung von Verbrauchs- und Nutzungsdaten des Konsumenten für eine rationale Entscheidung bzgl. Anbieterwahl rückt in den letzten Jahren immer mehr in den Mittelpunkt.[101] Gerade wenn man bedenkt, dass in Dauerschuldverhältnissen diese Datensätze wichtige Informationen hinsichtlich der Nutzungspräferenzen des Konsumenten beinhalten, ist ein regulärer Zugang zu diesen Informationen besonders wichtig. Die meisten Konsumenten wissen nämlich nicht konkret, wie oft sie während der Dauer ihrer Verträge Dienstleistungen in Anspruch nehmen werden, und können deswegen die Begründetheit des Preises, den sie letztendlich zahlen, nicht vorab einschätzen. Eine reguläre Informierung hätte das Potential, den Konsumenten dazu zu incentivieren, seinen bestehenden Preisplan zu revidieren.[102]

Selbst bei kompletter und übersichtlicher Nutzungsdaten- und Preistransparenz reicht die Anreizsetzung allein womöglich nicht aus, um entsprechende Anbietervergleiche vorzunehmen (siehe oben zur Status quo-Verzerrung). Die Literatur schlägt hier erweiterte Möglichkeiten von (öffentlichen bzw. privaten) Intermediären vor, die von den Konsumenten freiwillig eingesetzt werden können, um auf der Grundlage der tatsächlichen Nutzungsdaten stets den besten Preis auf dem Markt zu finden und stellvertretend für den Konsumenten auch den Vertragswechsel voranzutreiben.[103] Hier ist zu erwarten, dass die neuen digitalen Technologien bald neue Wettbewerbsinstrumente und Geschäftsmodelle hervorbringen werden. Es ist heute schon vorstellbar, dass persönliche AI-Assistenten, die die Daten des Konsumenten besser auswerten und eine viel detailliertere Recherche der im Markt angebotenen Optionen durchführen können, in Zukunft zu einer besseren

39

Vertragswahl beitragen werden. Gerade deswegen wird die Regulierung der freien Verfügbarkeit über eigene Produktnutzungsdaten immer wichtiger.

III. Zusammenfassung

AGB verursachen ein Marktversagen aufgrund des informationellen Ungleichgewichts zwischen den Parteien. In einer liberalen Marktökonomie liegt es am Gesetzgeber, ein Marktversagen zu verhindern. Art. 96 Abs. 2 lit. b und Art. 97 Abs. 1 der Schweizer Verfassung geben diesem einen klaren Auftrag. Die *ex*

---

97 Vgl. dazu Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein/John P. Balz, Choice Architecture, in: Eldar Shafir (Hrsg.), The Behavioral Foundations of Public Policy, Princeton 2013, S. 428 ff.; Loacker (zit. in Fn. 23), S. 64 ff.

98 Atamer (zit. in Fn. 33), S. 647.

99 Hacker (zit. in Fn. 63), S. 425 ff.

100 <https://www.ofcom.org.uk/phones-and-broadband/saving-money/price-comparison/>; vgl. in der Schweiz ohne entsprechende Akkreditierung (und deswegen mit niedrigerer Vertrauensbehaftung) <https://www.comparis.ch> u.a. für partielle Telekommunikationspakete oder <https://www.moneyland.ch> für einfache Bankpakete – fortschrittlich jedoch in Bezug auf Krankenkassenprämien die vom Bund selbst betriebene Vergleichsplattform <https://www.priminfo.admin.ch>.

101 Vgl. zur Unterteilung zwischen produktrelevanten Informationen und Produktnutzungsinformationen Bar-Gill (zit. in Fn. 82), S. 479 ff. Siehe dazu auch Atamer (zit. in Fn. 33), S. 646.

102 Atamer (zit. in Fn. 33), S. 646 ff.; Siehe auch Atamer/Furger (zit. in Fn. 29), S. 162 f.

103 Vgl. z.B. zu den durch die Richtlinie 2015/2366 vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt eingeführten Kontoinformationsdiensten Oscar Borgogno/Giuseppe Colangelo, Data, Innovation and Competition in Finance: The Case of the Access to Account Rule, European Business Law Review 4/2020, S. 573 ff.; Oscar Borgogno/Giuseppe Colangelo, Consumer Inertia and Competition-sensitive Data Governance: The Case of Open Banking, EuCML 4/2020, S. 143 ff.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2024

post gerichtliche Kontrolle von AGB stellt sicherlich einen Weg dar, den Gesetzgeber oft einschlagen. Doch sollte auch über flankierende Massnahmen nachgedacht werden, insbesondere weil eine gerichtliche Kontrolle in der Schweiz bis heute nicht die erhoffte Wirkung entfaltet hat. Eine Möglichkeit wäre, die institutionelle Struktur der Marktaufsicht zu überdenken, da es sich um ein ordnungspolitisches Problem handelt. Mit der Wettbewerbskommission hat die Schweiz zwar im Bereich des Kartellrechts einen starken Wächter, doch der Schutz vor unlauterem Wettbewerb sowie der Konsumentenschutz sind ebenso wichtige Pfeiler eines funktionierenden Marktes. Daher würde es sich lohnen, ausführlicher zu untersuchen, wieweit die Klage- und Interventionsmöglichkeiten des SECO im Rahmen des UWG ausgebaut bzw. an eine spezielle Regulierungsbehörde delegiert werden sollte.

Das Informationsgefälle zwischen Verwenderin und Konsument, das durch AGB-Nutzung entsteht, wirkt sich besonders in Bezug auf preisrelevante Klauseln aus. Da diese Klauseln nicht salient sind, werden sie von Konsumenten nicht wahrgenommen und fallen somit aus dem Preiswettbewerb hinaus. Durch inhaltlich sowie zeitlich gezieltere Informationspflichten (*smart disclosure*) könnte diesem Gefälle entgegengewirkt werden. Besonders in Dauerschuldverhältnissen erscheint eine solche Regulierungsmethode erfolgversprechend.

Nutzung ausschliesslich zu universitären Zwecken

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2024