

Recht – Jurisprudenz – Wissenschaft

Festgabe aus Anlass des Schweizerischen Juristentags 2025 in Zürich

Herausgeber/in

TILMANN ALTWICKER
ULRIKE BABUSIAUX
HELMUT HEISS
YOAN HERMSTRÜWER
ANDREAS THIER

unter Mitarbeit von
RAHEL REICHLIN

Schulthess §

Recht – Jurisprudenz – Wissenschaft

Festgabe aus Anlass des Schweizerischen Juristentags 2025 in Zürich

Herausgeber/in

TILMANN ALTWICKER
ULRIKE BABUSIAUX
HELMUT HEISS
YOAN HERMSTRÜWER
ANDREAS THIER

unter Mitarbeit von
RAHEL REICHLIN

Schulthess § 2025

Die Fotografie auf dem Umschlag stammt von Marlen Tinner und wirft einen Blick in die von Santiago Calatrava entworfene Bibliothek an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich.

Copyright: Marlen Tinner, MAT Fotokunst.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen und Mikroverfilmungen sowie für die Einspeicherung in elektronische Systeme und die Verarbeitung in solchen Systemen.

Informationen zur Produktsicherheit: www.schulthess.com/produktsicherheit

Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, CH-8001 Zürich
service@schulthess.com
www.schulthess.com

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2025
ISBN 978-3-7255-9529-7

Inhaltsübersicht

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren IX
Verzeichnis der Herausgeber/in XI

Gastbeiträge

Making Empirical Legal Research More Relevant (Both Within and Beyond the Law Community)
Lee Epstein 1

Grundlagen und Entwicklungslinien der juristischen Methodenlehre im 20. Jahrhundert
Jan Schröder 19

Beiträge aus der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

Quantitative Legal Studies: The Science of Measuring the Law
Tilmann Altwicker / Yoan Hermstrüwer 41

Bedeutung verhaltensökonomischer Erkenntnisse bei der Entscheidfindung: Dargestellt anhand einer fallbezogenen Analyse zur Konkretisierung von Art. 8 UWG
Yeşim M. Atamer / Maurus Furger 71

Die subjektive Seite der Kriminalität: Zur Entwicklung der Kriminalitätsfurcht und des Strafbedürfnisses in der Schweiz
Dirk Baier 105

Transnational Entanglements in Land Law and Land Registration in the 19th Century: A Methodological Research Perspective
Elisabetta Fiocchi Malaspina 119

Urheberrecht und Digitalisierung: Eine rechtssoziologische Perspektive
Christoph Beat Graber 137

Kartellrechtliche Methoden und wettbewerbspolitische Implikationen – ein Streifzug
Andreas Heinemann / Peter Georg Picht 159

Über den Nutzen des Schuldvorbehalts im Strafrecht
Marc Jean-Richard-dit-Bressel 185

Justizforschung in der Schweiz: Ein Blick auf die Schweizer Doktrin zur EMRK und Rechtsprechung des EGMR
Helen Keller / Oliver Lutzke 217

Leonard Nelsons Kritik am Rechtspositivismus: Rechtswissenschaft ohne Mensch
Andreas Kley / Yquem Zberg 237

Der Digital Markets Act als Vorbild für die Regulierung digitaler Technologien?
Adrian Kuenzler 265

The Kite of Family Laws: Studying Legal Approaches to Contemporary Families from a Legally Pluralist Perspective
Alice Margaria 279

Dogmatische und methodische Herausforderungen von Massenverfahren: Am Beispiel des Sozialversicherungsrechts
Michael E. Meier 299

Das Problem der Rechtsfindung und die Rolle der Logik
Pascal Felix Meier 321

Innovationsforschung im Gesellschaftsrecht – eine systembildende Entdeckungsreise
Julia Nicolussi 367

Perspektiven rechtsgeschichtlicher Forschung am Beginn des 21. Jahrhunderts
Andreas Thier 387

Rechtswissenschaft als wahre Philosophie
Benedict Vischer 417

New Technologies and Legal Design
Rolf H. Weber 431

Bedeutung verhaltensökonomischer Erkenntnisse bei der Entscheidfindung

Dargestellt anhand einer fallbezogenen Analyse zur Konkretisierung von Art. 8 UWG

Yeşim M. Atamer / Maurus Furger*

* Wir danken den Lehrstuhlmitarbeitenden für den Einsatz bei der Kontrolle der Fussnoten. Alle in diesem Beitrag enthaltenen Hyperlinks wurden zuletzt am 17. Januar 2025 abgerufen.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung 73

2. Spannungspotenzial verhaltensökonomisch beeinflusster Rechtsanwendung 74

3. Die Relevanz der Verhaltensökonomik für die Entscheidfindung am Beispiel von AGB-Klauseln zur Kündigungserklärung 77

A. Sachverhalt und Entscheid des Bezirksgerichts Bülach 77

B. Bewertung des Sachverhalts aus verhaltensökonomischer Perspektive 79

4. Möglichkeiten zur Berücksichtigung der Verhaltensökonomik in der Entscheidfindung 82

A. Vorfrage: Sind verhaltensökonomische Erkenntnisse bei der richterlichen Rechtsanwendung oder der Sachverhaltsfeststellung von Bedeutung? 82

B. Berücksichtigung im Rahmen der richterlichen Rechtsanwendung 86

a) *Modo-legislatoris*-Konkretisierung von Rechtsnormen 86

b) Konkretisierungsbedürftigkeit von Art. 8 UWG 89

c) Leitlinien zur Konkretisierung 91

5. Potenzieller Einfluss verhaltensökonomischer Erkenntnisse auf den Entscheid des Bezirksgerichts Bülach 95

6. Würdigung 101

1. Einleitung

Da der Wortlaut des Gesetzes «*stets nur de*[n] *unvollkommene*[n] *Ausdruck des wiederzugebenden gesetzgeberischen Gedankens*»[1] darstellt, stehen dem Gericht verschiedene Instrumente zur Verfügung, mittels welcher es die potenziell einschlägige Rechtsnorm so weit konkretisieren kann, dass sich dieser eine Antwort in Bezug auf den zu beurteilenden Sachverhalt entnehmen lässt. Diese Konkretisierungsarbeit des Gerichts ist kein frei dezisionistischer, sondern ein weitgehend methodologisch determinierter Prozess. Das Gericht hat unter Beachtung formeller sowie materieller Leitlinien einen Entscheid zu treffen, welcher insbesondere den rechtsstaatlichen Prinzipien gerecht werden muss. Vor dem Hintergrund des immer wieder und heute vermehrt gehörten Rufs nach einer interdisziplinären Ausrichtung rechtlicher Tätigkeit[2] stellt sich die Frage, wie die Rechtswissenschaft und die Rechtspraxis mit ausserrechtlichen bzw. interdisziplinären Erkenntnissen umzugehen haben. Diese Frage gehört nach Grundmann «*zu den Schicksalsfragen, an denen sich Innovationskraft, Proprium und Verständnis von Recht und Rechtswissenschaft mitentscheiden*».[3] 1

In diesem Beitrag wird unter Bezugnahme auf einen Art. 8 UWG betreffenden Gerichtsentscheid untersucht, ob Erkenntnisse der Verhaltensökonomik in ein Zivilverfahren miteinbezogen werden dürfen und welche Aspekte das Gericht dabei zu beachten hat. Zu diesem Zweck soll zu Beginn aufgezeigt werden, wieso die Einbeziehung von Erkenntnissen der Verhaltensökonomik aus der Sicht des Rechts nicht spannungslos geschehen kann **(2.).** Im Anschluss daran wird anhand eines Gerichtsentscheids exemplarisch dargestellt, inwiefern solche Erkenntnisse von erheblicher Relevanz sein können **(3.).** Auf dieser Grundlage gilt es daraufhin zu untersuchen, welche methodologischen Möglichkeiten das schweizerische Recht dem Gericht bietet, verhaltensökonomische Erkenntnisse in ein Zivilverfahren einzubeziehen **(4.),** und wie sich eine solche Einbeziehung auf den Beispielentscheid hätte auswirken können **(5.).** Abschliessend werden die Chancen und Risiken einer verhaltensökonomisch geprägten Entscheidfindung gewürdigt **(6.).** 2

---

1 Meier-Hayoz, in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, Artikel 1–10 ZGB, Bern 1962, Art. 1 N 132.

2 S. nur Altwicker, Evidenzbasiertes Recht und Verfassungsrecht, ZSR 2019 I, S. 181 ff.; Hamann, Evidenzbasierte Jurisprudenz, Diss., Tübingen 2014; Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, Habil., Tübingen 2016, S. 411; Meier, Ein «More Realistic Approach»?, Diss., Tübingen 2021; Stark, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, Diss., Tübingen 2020; von Aaken, Rechtsdogmatik als Sozialwissenschaft: Plädoyer für eine transparente Rechtslehre, in: Bezemek (Hrsg.), Rechtsdogmatik, Stand und Perspektiven, Wien 2023, S. 365 ff.

3 Grundmann, Pluralistische Privatrechtstheorie, Prolegomena zu einer pluralistisch-gesellschaftswissenschaftlichen Rechtstheorie als normativem Desiderat («normativer Pluralismus»), RabelsZ 2022, S. 364 ff., 364.

2. Spannungspotenzial verhaltensökonomisch beeinflusster Rechtsanwendung

3 Die Rechtswissenschaft und die Wirtschaftswissenschaft verfügen über jeweils eigene Methoden, Modelle, Fachsprachen und Ziele.[4] Im Zentrum der Rechtswissenschaft steht die Rechtsdogmatik,[5] welche sich insbesondere der Ordnung, Auslegung und Anwendung des geltenden Rechts widmet und dazu Begriffe und Prinzipien entwickelt.[6] Mit der Dogmatik bezieht sich die Rechtswissenschaft vorwiegend auf das *normative* Element des Rechts.[7] Die Wirtschaftswissenschaft befasst sich hingegen vorwiegend mit der Produktion, der Verteilung und dem Konsum von Gütern und Dienstleistungen; sie widmet sich der Beschreibung und Erklärung der Wirklichkeit.[8] In ihrem Zentrum steht die Frage, wie eine Gesellschaft die knappen Mittel, die ihr zur Verfügung stehen, möglichst effizient einsetzen kann.[9] Die heute gängige neoklassische Ökonomik basiert auf der Prämisse, dass die Allokationseffizienz durch den Marktmechanismus und einen funktionierenden Wettbewerb erreicht werden kann. Sie geht davon aus, dass Menschen in der Regel egoistisch und rational handeln und den Marktmechanismus nutzen, um ihren Nutzen zu maximieren und den für sie optimalen Vertrag auszuhandeln, was dem Modell des *homo oeconomicus* entspricht.[10] Das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage führt zum Marktgleichgewicht, bei dem kein Teilnehmer durch Umverteilung bessergestellt werden kann, ohne einen anderen schlechterzustellen (Pareto-Optimum). Soweit kein Marktversagen gegeben ist, braucht es auch keinen regulatorischen Eingriff in dieses Sys-

---

4 Meier (Fn. 2), S. 16.

5 Emmenegger/Tschentscher, in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, Art. 1 N 475; Honsell/Mayer-Maly, Rechtswissenschaft, 7. Aufl., Bern 2017, S. 18; Schmid, Was ist die bewährte Lehre? Überlegungen zu Art. 1 Abs. 3 ZGB, in: Ders. (Hrsg.), Hommage für Peter Gauch, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 191 ff., 193; s.a. BK-Meier-Hayoz (Fn. 1), Art. 1 ZGB N 428.

6 S. Honsell/Mayer-Maly (Fn. 5), S. 18; Thommen/Eschle, Was tun wir Juristinnen und Juristen eigentlich, wenn wir forschen? Klassische Dogmatik versus empirische Rechtsforschung als innovativer Weg, in: Meier/Zurkinden/Staffler (Hrsg.), Recht und Innovation, Zürich/St. Gallen 2020, S. 3 ff., 7; Somek, Beantwortung der Frage: Was ist Rechtsdogmatik, in: Bezemek (Hrsg.), Rechtsdogmatik, Stand und Perspektiven, Wien 2023, S. 13 ff., 25; s. allg. Kramer/Arnet, Juristische Methodenlehre, 7. Aufl., Bern 2024, S. 1 ff.; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 1995, S. 17 ff. (wobei die Rechtsdogmatik als «Jurisprudenz» bezeichnet wird, s. a.a.O., S. 11).

7 Honsell/Mayer-Maly (Fn. 5), S. 18 f.

8 Petersen/Towfigh, Ökonomik in der Rechtswissenschaft, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 3. Aufl., Tübingen 2023, N 1 ff., 17.

9 S. allg. Krugman/Wells, Economics, 6. Aufl., New York 2021, S. 8 ff.

10 Zum Gesagten Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl., Berlin 2021, S. 107 ff.

tem.[11] Klassischerweise werden öffentliche Güter, externe Effekte, asymmetrische Information, Monopole und Marktmacht als Typen von Marktversagen anerkannt.[12]

Die als interdisziplinär ausgerichtete Subdisziplin der Ökonomik verstandene «Verhal- 4
tensökonomik» widmet sich der Erforschung des *tatsächlichen menschlichen Verhaltens* im ökonomischen Kontext mittels empirischer Erkenntnisse der Wahrnehmungs-, Entscheidungs- und Gedächtnispsychologie.[13] Das grundsätzliche Anliegen der Verhaltensökonomik besteht darin, zu bestimmen, inwiefern menschliches Verhalten nicht umfassend (im Sinne des *homo oeconomicus*), sondern lediglich bis zu einem gewissen Grad konsequent rational – und damit berechenbar irrational bzw. quasi-rational – ist.[14] Die Erkenntnis, dass das tatsächliche Verhalten von Individuen in bestimmten Situationen aufgrund kognitiver Verzerrungen *(biases)* oder Fehlwahrnehmungen systematisch vom rationalen Verhalten abweicht, hat in den letzten Jahrzehnten dazu geführt, dass zumindest bei solchen kritischen Fallgruppen (situativ) von einem verhaltensbedingten Marktversagen ausgegangen und daher ein Regulierungsbedürfnis anerkannt wird.[15]

Die verhaltensökonomische Analyse des Rechts hat auch deswegen in der Rechtswissen- 5
schaft einen wichtigen Bedeutungsgewinn erfahren.[16] Ausserhalb unserer Landesgren-

---

11 Zum Gesagten Krugman/Wells (Fn. 9), S. 16 f.

12 Vgl. zum Begriff des Marktversagens allgemein und bedingt durch asymmetrische Information im Besonderen Diebold/Rütsche, Wettbewerbsrecht und Marktregulierung, Band 1: Grundlagen, Zürich/Genf 2023, § 1 N 165 ff. und N 199 ff.

13 Meier (Fn. 2), S. 235; s. allg. Englerth/Towfigh, Verhaltensökonomik, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 3. Aufl., Tübingen 2023, N 479 ff.; Schäfer/Ott (Fn. 10), S. 117 ff.; zur Entstehungsgeschichte und den zentralen Inhalten der Verhaltensökonomik sehr ausführlich Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, Diss., Tübingen 2017, S. 29 ff., insb. S. 59 ff.; s.a. Doralt, Langzeitverträge, Habil., Tübingen 2018, S. 181 ff., insb. S. 184 ff.

14 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) 80(4), S. 624 ff., 629 f.; Englerth/Towfigh (Fn. 13), N 481 f.; Heinemann, Recht, Ökonomie und Realität, in: Waldburger *et al.* (Hrsg.), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, S. 21 ff., 27 f., 32; Schäfer/Ott (Fn. 10), S. XIV f.; s. ausführlich Hacker (Fn. 13), S. 60 f., 71 ff.; ferner Atamer, Regulatorische Alternativen zur gerichtlichen AGB-Kontrolle in Konsumentenverträgen, in: Hürlimann-Kaup *et al.* (Hrsg.), Recht suchen, Liber comitum für Jörg Schmid, Zürich/Genf 2024, S. 21 ff., 31 f.

15 S. Bar-Gill, Seduction by Contract, Oxford 2012, S. 2 ff.; Heinemann (Fn. 14), FS Nobel, S. 32; Atamer (Fn. 14), MLR 2017, S. 636 f.; vgl. auch Schäfer/Ott (Fn. 10), S. 143 ff., 156 ff.

16 So Heinemann (Fn. 14), FS Nobel, S. 27 f., 31; Loacker, Verhaltensökonomik als Erkenntnisquelle für die Rechtsetzung, in: Verschraegen (Hrsg.), Interdisziplinäre Studien zur Komparatistik und zum Kollisionsrecht, Band III, Wien 2012, S. 45 ff.; Müller, Aufgedrängte Fürsorge, Habil., Zürich/St. Gallen 2024, S. 4 ff.; grundlegende Darstellungen bieten etwa Engel *et al.* (Hrsg.), Recht und Verhalten, Tübingen 2007; Fleischer/Zimmer (Hrsg.), Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Frankfurt a.M. 2011; Sunstein, Behavioral Law and Economics, Cheltenham/Northampton (MA) 2023; Teitelbaum/Zeiler (Hrsg.), Research Handbook on Behavioral Law and Economics, Cheltenham/Northampton (MA) 2018;

zen hat sich die Berücksichtigung von verhaltensökonomischen Erkenntnissen gerade im Bereich der Gesetzgebung und Regulierung bereits heute etabliert.[17, 18] In der Rechtsanwendung ist und bleibt hingegen fraglich, wieweit eine Berücksichtigung solcher Erkenntnisse möglich und erwünscht ist. Diese Zurückhaltung ist vor dem Hintergrund zu verstehen, dass die realitätsbezogene Verhaltensökonomik in einem Spannungsverhältnis mit dem traditionellen, (rein) normorientierten Verständnis der Rechtsfindung steht, welches die «*Auslegung als wertungsfreie*[n], *in rein logischen Bahnen ablaufende*[n] *Denkvorgang*»[19] begreift.[20] Nach diesem Verständnis könnte die Gegenstand der Verhaltensökonomik bildende *Wirklichkeit,* wenn überhaupt, auf der Stufe der Sachverhaltsfeststellung einbezogen werden.[21]

Zamir/Teichmann, Behavioral Law and Economics, Oxford 2018; Zamir/Teichmann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law, Oxford 2014.

17 S. dazu mit Beispielen Hacker (Fn. 13), S. 1 f.: bspw. Einführung des *Social and Behavioral Sciences Team* in Washington; Aktivitäten des *Behavioral Insights Team* im englischen Kabinett; Verordnung einer verhaltensökonomischen Wende des *Joint Research Centre* der Europäischen Kommission; Einführung einer *Nudge Unit* in Deutschland; ferner auch die OECD und die Weltbank; s. allg. auch Loacker (Fn. 16), S. 45 ff., insb. S. 64 ff.

18 Auch der Schweizer Gesetzgeber greift mittlerweile zunehmend auf wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse zurück, insbesondere im Rahmen der Regulierungsfolgenabschätzung. Diese stützt sich auf Art. 170 BV sowie Art. 141 ParlG und bezeichnet die *ex ante*-Überprüfung der wirtschaftlichen Auswirkungen eines Erlasses (s. Glaser, Die Regulierungsbremse – effizient, aber undemokratisch?, ZBl 2018, S. 66 ff., 70 f.; Lienhard/Marti Locher, in: Waldmann/Belser/Epiney [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 170 N 20 f.; Müller/Uhlmann/Höfler, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 4. Aufl., Zürich 2024, N 57 ff.; Rüefli, Gesetzesevaluation in der Schweiz: Entwicklung, Stand und Ausblick, LeGes 2022, Heft 3 Nr. 4, N 7 ff.; s.a. die Richtlinien des Bundesrates für die Regulierungsfolgenabschätzung bei Rechtsetzungsvorhaben des Bundes [RFA-Richtlinien] vom 6. Dezember 2019 [Stand 1. Oktober 2024]). Zu konkreten Beispielen s. Gericke/Gili, Regulierungsfolgenabschätzung am Beispiel der «grossen» Aktienrechtsreform, in: Weber *et al.* (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, S. 313 ff.; Weber, Gedanken zum Regulierungsprozess im Finanzmarktrecht, in: Waldburger *et al.* (Hrsg.), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, S. 457 ff., 460 ff.; weitere Beispiele auf <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Regulierung/regulierungsfolgenabschaetzung.html>; zu solchen sog. *impact assessments* in der EU und Österreich s. Lurger, Rechtsdogmatik und Interdisziplinarität, in: Bezemek (Hrsg.), Rechtsdogmatik, Stand und Perspektiven, Wien 2023, S. 115 ff., 123.

19 Zu dieser traditionellen Ansicht, sie selbst aber nicht vertretend, Meier-Hayoz, Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts: Zur Frage nach den Grenzen richterlicher Rechtssetzung, JZ 1981, S. 417 ff., 418; s.a. Zäch, Tendenzen der juristischen Auslegung, ZSR 1977 I, S. 313 ff., 313 f.

20 Vgl. dazu auch Heinemann (Fn. 14), FS Nobel, S. 22–26; zum Verhältnis des Rechts zur Ökonomik allgemein Petersen/Towfigh (Fn. 8), N 17; s.a. Harbarth, Empirieprägung von Verfassungsrecht, JZ 2022, S. 157 ff., 157 f.

21 Dazu wird in N 16 ff. und N 29 f. ausführlich Stellung genommen.

3. Die Relevanz der Verhaltensökonomik für die Entscheidfindung am Beispiel von AGB-Klauseln zur Kündigungserklärung

Bevor im nächsten Abschnitt untersucht wird, ob der Prozess der Rechtsanwendung tatsächlich einer Einbeziehung verhaltensökonomischer Erkenntnisse verschlossen bleibt oder ob sich dazu eine methodologische Grundlage entwickeln lässt, die auch mit dem traditionellen Verständnis der Rechtsanwendung möglichst vereinbar ist, soll zunächst anhand eines Gerichtsentscheids exemplarisch aufgezeigt werden, dass und inwiefern in der Praxis überhaupt Bedarf an einer Berücksichtigung solcher Erkenntnisse besteht. 6

A. Sachverhalt und Entscheid des Bezirksgerichts Bülach

Das Bezirksgericht Bülach hatte in einem (nicht publizierten) Entscheid aus dem Jahr 2022 (unter anderem) die Missbräuchlichkeit einer AGB-Bestimmung zu beurteilen (Art. 8 UWG).[22] Gemäss dieser AGB-Bestimmung konnten die Kunden eines Telekomanbieters ihre Abonnemente nur noch per Live-Chat oder Telefon kündigen, womit die Möglichkeit einer schriftlichen Kündigung aufgehoben wurde.[23] Für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit dieser Bestimmung war für das Gericht letztendlich entscheidend, ob die AGB-Verwenderin ihre faktische Gestaltungsmacht missbraucht, um mit den AGB in erheblicher und ungerechtfertigter Weise ihre eigenen Interessen zu verfolgen.[24] 7

Vom Kunden wurde vorgebracht, dass der Live-Chat selten verfügbar sei bzw. man keine Antwort erhalte, telefonisch teilweise stundenlang in der Warteschleife warte oder erst gar nicht zu einem Kundenberater durchkomme. Die Beklagte, so bringt der Kunde weiter vor, würde mit der Einschränkung der Kündigungsmöglichkeiten ausschliesslich eigene wirtschaftliche Interessen verfolgen, indem sie Kündigungen so weit wie möglich zu verhindern suche.[25] Das kundenseitige Vorbringen, dass der Live-Chat selten verfügbar sei bzw. man keine Antwort erhalte, sowie auch, dass am Telefon lange Wartezeiten bestünden bzw. man teilweise niemanden erreiche, wurden nicht bzw. nicht rechtsgenügend bestritten.[26] Doch sieht das Gericht es als nicht erwiesen, «*dass die Beklagte* […] *mit der* 8

[22] Wir danken Frau Daniela Mauchle (ehemals Stiftung für Konsumentenschutz) und Dr. RA Marc Wolfer für die Bereitstellung des Entscheids des Bezirksgerichts Bülach.

[23] BezGer Bülach FV210068 vom 22. Dezember 2022. Zu diesem Entscheid bereits Atamer, Interessenabwägung im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ZSR 2024 II, S. 345 ff., 374 ff.; zur Problematik allg. Rusch, Formvorschriften zur Kündigung in AGB, recht 2024, S. 223 ff.

[24] BezGer Bülach FV210068 vom 22. Dezember 2022, E. V.

[25] Zum Gesagten BezGer Bülach FV210068 vom 22. Dezember 2022, E. IV., 1.2.

[26] BezGer Bülach FV210068 vom 22. Dezember 2022, E. VI., 2.1.

Änderung der Kündigungsformalitäten alleine wirtschaftliche Gründe verfolgt […], *zumal die diesbezüglichen von der Beklagten bestrittenen klägerischen Vorbringen unsubstantiiert blieben*».[27]

9 Die AGB-Verwenderin rechtfertigte die Einführung der AGB-Bestimmung hauptsächlich mit der steigenden Anzahl an konvergenten Produkten und der damit einhergehenden teilweise komplexen Verknüpfung von Abonnementen und Sub-Abonnementen, womit Kombinationsrabatte verbunden sein können. Bei solchen könne die Kündigung von einzelnen (Sub-)Abonnementen Auswirkungen auf den Bestand von anderen (Sub-)Abonnementen und/oder Kombinationsrabatten haben, wobei die Kunden darüber oft ungenügend informiert seien. Vor der Einführung der genannten AGB-Bestimmung hätten sich bei über 250 Fällen pro Monat grosse Schwierigkeiten aufgrund von unvollständigen, unspezifizierten oder fehlerhaften Kündigungsschreiben ergeben, die zu Kündigungspannen zum Nachteil von Kunden geführt hätten.[28] Aus Kostengründen sei es ausserdem nicht möglich, gleichzeitig die Möglichkeit einer schriftlichen Kündigung wie auch einer Kündigung per Telefon oder Live-Chat anzubieten. Darüber hinaus sei die AGB-Klausel (auch) zum Vorteil der Kunden, da der Kündigungsprozess vereinfacht und beschleunigt werde, die Kunden sofort ein Feedback erhielten und sich zusätzlich die Möglichkeit eröffnen würde, dass die Kunden ein «Retentions»-Angebot gemacht erhielten.[29]

10 Das Gericht stellt fest, dass in diesem Fall sowohl die Einschränkung des Kündigungsrechts – als Kernpunkt der Vertragsbeziehung (qualitatives Kriterium der Erheblichkeit)[30] – als auch die häufige Unerreichbarkeit des Live-Chats und die langen Wartezeiten bei telefonischen Anfragen für ein erhebliches Missverhältnis der AGB-Klausel gem. Art. 8 UWG sprächen. Als gegen die Erheblichkeit sprechend und letztendlich für ausschlaggebend erachtet das Gericht die Tatsache, dass eine Kündigung im direkten Austausch mit der AGB-Verwenderin «*insoweit einfacher und weniger fehleranfällig für die Kunden* [erscheint], *indem dort Fragen direkt geklärt und für die Kunden individuell Lösungen gesucht werden können*».[31] Abschliessend bemerkt das Gericht, «*dass es in der schnelllebigen, digitalisierten und immer komplexeren Branche, in der die Beklagte* [AGB-Verwende-

[27] BezGer Bülach FV210068 vom 22. Dezember 2022, E. VI., 2.2.3.2.

[28] Zum Gesagten BezGer Bülach FV210068 vom 22. Dezember 2022, E. IV., 2.3.

[29] Zum Gesagten BezGer Bülach FV210068 vom 22. Dezember 2022, E. IV., 2.4.

[30] S. dazu etwa HGer ZH HG210223 vom 21. Juni 2023, E. 7.2.4.3; Koller, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, AJP 2014, S. 19 ff., 30; Thouvenin, in: Hilty/Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013, Art. 8 N 131.

[31] Zum Gesagten BezGer Bülach FV210068 vom 22. Dezember 2022, E. VI., 2.2.3.2.

rin] *tätig ist, durchaus naheliegend ist, die Kündigungsmodalitäten auf die digitalen und auf die vielschichtigen Bedürfnisse anzupassen»*.[32] Nach dem Gericht liegt daher keine Missbräuchlichkeit gem. Art. 8 UWG vor.[33]

B. Bewertung des Sachverhalts aus verhaltensökonomischer Perspektive

Werden die beschriebenen Sachverhaltselemente (sprich: die erschwerten Kündigungsmodalitäten) aus einer verhaltensökonomischen Perspektive betrachtet, fällt sofort ein Zusammenhang zur sog. Status-quo-Verzerrung *(status-quo bias)* auf.[34] Empirische Studien zeigen,[35] dass Menschen eine starke Präferenz für den Ist-Zustand aufweisen.[36] Nach Kahnemann, Knetsch und Thaler lässt sich diese Verzerrung auf die Verlustaversion *(loss aversion)* in Kombination mit dem Besitztumseffekt *(endowment effect)* zurückführen.[37] Die Verlustaversion ist die Tendenz der Individuen, Verluste höher zu gewichten als Gewinne.[38] Verbunden damit messen sie Dingen allein deshalb einen höheren Wert 11

---

32 BezGer Bülach FV210068 vom 22. Dezember 2022, E. VI., 2.2.3.2.

33 Der Entscheid wurde vom Obergericht Zürich (OGer ZH PP230005 vom 19. Juli 2023) bestätigt. Das Bundesgericht ist auf die darauffolgende Beschwerde nicht eingetreten (BGer 4A_440/2023). Kritisch zum Entscheid Rusch (Fn. 23), recht 2024, S. 226: «*In einer seltsamen Mischung von konkreten Prozessformalismen und abstrakten Grundfragen verneinte es ein erhebliches Missverhältnis* […].»

34 Grundlegend Samuelson/Zeckhauser, Status Quo Bias in Decision Making, Journal of Risk and Uncertainty, Vol. 1, 1988, S. 7 ff.

35 Vgl. etwa Miller/Sahni/Strulov-Shlain, Sophisticated Consumers with Inertia: Long-Term Implications from a Large-Scale Field Experiment (27. Januar 2023) (verfügbar unter: <https://ssrn.com/abstract=4065098>); Beckert/Siciliani, Protecting Sticky Consumers in Essential Markets, Review of Industrial Organization 2022, S. 247 ff.; Hortaçsu/Madanizadeh/Puller, Power to Choose? An Analysis of Consumer Inertia in the Residential Electricity Market, American Economic Journal: Economic Policy 2017, 9(4), S. 192 ff.; s. allg. auch die bei Hacker (Fn. 13), S. 85 f., erwähnten Studien.

36 S. Beck, Behavioral Economics, Wiesbaden 2014, S. 163 f.; Englerth/Towfigh (Fn. 13), N 529 ff., insb. N 532; Hacker (Fn. 13), S. 85 f.; Schäfer/Ott (Fn. 10), S. 121 f.

37 Kahneman/Knetsch/Thaler, Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias, Journal of Economic Perspectives 1991, 5(1), S. 193 ff. Die Feststellungen zur Verlustaversion sind Teil der von Kahneman und Tversky entwickelten *prospect theory,* die aufzeigt, dass Individuen in Entscheidungssituationen unter Unsicherheit häufig nicht rational handeln (Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, Econometrica 1979, Vol. 47, S. 263 ff.). Damit wird die Grundannahme der neoklassischen ökonomischen Entscheidungstheorie, die den *homo oeconomicus* als rationalen Nutzenmaximierer betrachtet, infrage gestellt. Kahnemann wurde 2002 für diese Erkenntnisse mit dem Alfred-Nobel-Gedächtnispreis für Wirtschaftswissenschaften ausgezeichnet.

38 Dazu ausführlich Zamir, Law, Psychology, and Morality, The Role of Loss Aversion, Oxford 2015, S. 3 ff., insb. S. 15 f.; s.a. Schmies, Behavioral Finance und Finanzmarktregulierung, in: Engel *et al.* (Hrsg.), Recht und Verhalten, Tübingen 2007, S. 165 ff., 171.

bei, weil sie diese besitzen.[39] Auf das Vertragsrecht gemünzt bedeutet dies, dass Individuen, auch wenn ihnen die nachteiligen Bedingungen ihres Vertrags bewusst sind, zögern, nach neuen Optionen zu suchen, da diese mit Kosten verbunden sind und das Ergebnis unvorhersehbar bleibt.[40] Man spricht von einer «Wechselträgheit» *(consumer inertia)*.[41]

12 Diese Erkenntnisse sind (zumindest) Teilursache des Umstandes, dass Konsumenten nur zurückhaltend vertragliche Bindungen aufgeben, auch wenn dies bei einer rational-wirtschaftlichen Betrachtung eigentlich in ihrem Interesse läge.[42] Die Wechselträgheit wird regelmässig von Anbietern ausgenutzt, um Konsumenten in langfristigen Verträgen zu halten (*lock-in*-Effekt).[43] Beispielsweise sind automatische Vertragsverlängerungsklauseln,[44]

---

39 Sunstein (Fn. 16), S. 5; von Aaken, Das deliberative Element juristischer Verfahren als Instrument zur Überwindung nachteiliger Verhaltensanomalien, in: Engel *et al.* (Hrsg.), Recht und Verhalten, Tübingen 2007, S. 189 ff., 197.

40 Vgl. ausserdem zum *omission bias* und zur *regret aversion* Beck (Fn. 36), S. 168 ff.; Verbraucherkommission Baden-Württemberg, Stellungnahme zum DE-Referentenentwurf eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge vom 3. Dezember 2020, Nr. 55/2020, S. 3; Brönneke/Schmidt, Gutachten, Kündigung von Verträgen im Internet durch Verbraucher – Befund und rechtspolitische Vorschläge, Verbraucherprobleme beim Kündigen von online geschlossenen Laufzeitverträgen, 29. Februar 2020, S. 15 f.

41 Sunstein (Fn. 16), S. 7 f.; s.a. Atamer (Fn. 14), Liber comitum Schmid, S. 33.

42 Atamer (Fn. 14), MLR 2017, S. 632; Beck (Fn. 36), S. 166.

43 Auf den Umstand, dass sich Unternehmen verhaltensökonomische Erkenntnisse zu Nutzen machen, wird bereits seit Längerem hingewiesen, s. etwa Zamir/Teichmann (Fn. 16), Behavioral Law and Economics, S. 305; s.a. Schmidt-Kessel, Stellungnahme zum DE-Entwurf eines Gesetzes für faire Verbraucherverträge, S. 8 (verfügbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/825870/3f1035778773fc5ea0e9f92c8b00d395/stellungnahme-schmidt-kessel.pdf>).

44 Solche Klauseln sind im schweizerischen Recht unter Einhaltung bestimmter Bedingungen erlaubt (s. Kramer/Probst/Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., Zürich 2023, N 863 f.; in diesem Sinne auch BGer 4A_475/2013; kritisch zu diesen Maissen, Die automatische Vertragsverlängerung, Diss., Zürich 2012, N 373 ff.; Rusch/Maissen, Automatische Vertragsverlängerungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, recht 2010, S. 95 ff. Im Jahr 2013 wurde eine parlamentarische Initiative [13.426: Stillschweigende Verlängerung von Dienstleistungsverträgen. Mehr Informationen und Schutz für Konsumentinnen und Konsumenten] eingereicht, welche auf die Regulierung solcher Verlängerungsklauseln abzielte [insb. Einführung von Informationspflichten]. Die Räte traten jedoch nicht auf die Initiative ein.). Rechtsvergleichend wird aber dezidiert darauf hingewiesen, dass solche Klauseln zu einem grossen konsumentenschutzrechtlichen und marktwirtschaftlichen Problem werden (s. Cox/Caruso, Silence as Consumer Consent: Global Regulation of Negative Option Contracts, 73 American University Law Review 2024, S. 1611 ff., 1614 f. [«*This business model has both exploded and evolved in recent years, proliferating in sectors as diverse as food, sunglasses, massages, streaming content, and now even services that help you track and cancel your subscriptions*»], S. 1618 [«*The ‹subscription economy› grew a whopping 435% between 2012 and 2021 and accelerated in the pandemic era*»] mit zahlreichen Nachweisen; zu den Gefahren, welche solche automatischen Vertragsverlängerungen mit sich bringen a.a.O., S. 1624 ff.; zu den Regulierungen, welche Gesetzgeber weltweit zur Bekämpfung des Problems erlassen a.a.O., S. 1639 ff.).

«Strafgebühren» beim Vertragswechsel[45] oder aber komplizierte Verfahren für die Vertragskündigung[46] klassische Methoden, die eingesetzt werden, um durch Wechselkosten bzw. sonstige Wechselbarrieren einen Wettbewerbsvorteil zu erlangen.[47] Der EU-Gesetzgeber hat sich dieses Problems im Rahmen von bestimmten Langzeitverträgen bereits angenommen und entsprechende Gegenmassnahmen wie eine Begrenzung der Mindestvertragslaufzeit, eine Beschränkung von Vertragswechselgebühren und Massnahmen zum leichteren Vertragswechsel beschlossen.[48] Auch in den USA finden sich mittlerweile vermehrt solche Regulierungen sowohl auf bundesstaatlicher als auch auf staatlicher Ebene.[49]

In diese Art von Hürden reiht sich auch die von der AGB-Verwenderin im Entscheid des Bezirksgerichts Bülach eingesetzte Beschränkung der Kündigungsmöglichkeiten auf persönlichen Kontakt per Telefon oder Live-Chat ein. Darüber hinaus öffnet diese AGB-Bestimmung Tür und Tor für weitere Hindernisse in allen Farben und Formen.[50] Die 13

---

45 Vgl. z.B. <https://www.nzz.ch/finanzen/bankgebuehren-schweiz-tipps-zum-teuren-transfer-von-depot-und-wertschriften-ld.1847962>.

46 S. Brönneke/Schmidt (Fn. 40).

47 Atamer (Fn. 14), MLR 2017, S. 648; Bar-Gill (Fn. 15), S. 206 f., 223 ff., 231.

48 Vgl. z.B. Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Art. 105: Bedingungen der Vertragskündigung darf nicht abschreckend sein, Mindestvertragslaufzeit darf i.d.R. höchstens 24 Monate sein); Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt (Art. 12[2] und 12[3] bzgl. Wechselgebühren, die für Haushaltskunden nur bei befristeten Elektrizitätslieferverträgen mit festem Tarif in Rechnung gestellt werden können und verhältnismässig sein müssen); Richtlinie 2014/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten und den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen (Art. 9 ff. zum Kontowechsel).

49 S. mit Nachweisen Cox/Caruso (Fn. 44), S. 1648.

50 So beispielsweise die – vom Kunden im Entscheid des Bezirksgerichts vorgebrachten und unbestritten gebliebenen – langen Wartezeiten am Telefon oder nur teilweise funktionierenden Chats. Weiter wird aber auch darüber berichtet, dass Kunden vom «*Live-Chat ans Call-Center* [verwiesen wurden und] […] [b]*eide* […] *einen Grund für die Kündigung* [wollten]» (20 Minuten [online] vom 10. Oktober 2023: «Sunrise macht es den Kunden bei Kündigungen so schwer wie möglich», s.a. im gleichen Artikel: «*Zuerst wollte er via Live-Chat kündigen. Dort fragte das Sunrise-Personal nach dem Grund für die Kündigung. Als der Leser sagte, er wolle die Schweiz verlassen, hiess es, er müsse sich telefonisch beim Kundendienst melden. Denn die dafür zuständige Abteilung sei im Chat nicht verfügbar. Er rief die Hotline an, wo ein Mitarbeiter erneut eine Begründung für die Kündigung verlangt habe, sonst sei sie nicht möglich*»). Daneben ist auch zu lesen, dass einem Kunden beim Wort «Kündigung» der Hörer aufgelegt wurde (s. <https://community.sunrise.ch/u/Snorqi>) (s. zu diesen Beispielen auch Rusch [Fn. 23], recht 2024, S. 226); s. ferner Tagesanzeiger (online) vom 6. September 2024: Konsumentenschutz klagt gegen Sunrise und will Teuerungsklausel verbieten lassen *(«Oft schaffen es Kündigungswillige erst nach zig Anläufen, mit einer Person zu sprechen – die ihnen dann neue Produkte andrehen will, anstatt die Kündigung einfach zu akzeptieren* […]*»)*; SRF (online) vom 4. Mai 2018: Absurde AGB-Anpassung, Sunrise verbietet schriftliche Kündigung.

AGB-Verwenderin hat sich damit den verhaltenspsychologischen Ansatz des *status-quo bias* – bewusst oder unbewusst – zu Nutze gemacht.[51] Die Erwägungen des Bezirksgerichts widersprechen nicht nur den dargelegten verhaltensökonomischen Erkenntnissen,[52] sondern laufen auch den globalen gesetzgeberischen Tendenzen zuwider.[53] Hätten die verhaltensökonomischen oder aber die rechtsvergleichenden Erkenntnisse bei der Entscheidfindung Berücksichtigung gefunden, wären die Chancen des Kunden – so viel kann an dieser Stelle bereits festgehalten werden – auf ein Obsiegen im Prozess gestiegen.

4. Möglichkeiten zur Berücksichtigung der Verhaltensökonomik in der Entscheidfindung

A. Vorfrage: Sind verhaltensökonomische Erkenntnisse bei der richterlichen Rechtsanwendung oder der Sachverhaltsfeststellung von Bedeutung?

14 Es bieten sich verschiedene Möglichkeiten an, wie Erkenntnisse aus der verhaltensökonomischen Forschung[54] in ein zivilrechtliches Verfahren einbezogen werden können. Wichtig ist dabei, zu unterscheiden, ob das Einbeziehungsbedürfnis auf der Stufe der Rechtsanwendung oder der Sachverhaltsfeststellung anzusiedeln ist.[55] Die Sachverhaltsfeststellung dient der Sammlung des Prozessstoffs. In diesem Stadium werden die das Verfahren auslösenden rechtserheblichen Geschehnisse ermittelt.[56] Die Rechtsanwendung hingegen beschreibt die Subsumtion eines Falles unter eine bestimmte Rechtsnorm, wozu in aller Regel eine Auslegung oder Ergänzung des Gesetzes vonnöten ist.[57] Im Bewusstsein, dass die Trennung zwischen Sachverhaltsfeststellung und Rechtsanwendung in der Praxis nicht immer exakt vorgenommen werden kann,[58] ist sie den nach-

---

51 Mit diesen Worten zur Lage in Deutschland vor dem Erlass des Gesetzes für faire Verbraucherverträge (zu diesem N 35) Stiegler, Der Kündigungsbutton, VuR 2021, S. 443 ff., 443; s.a. Atamer (Fn. 23), ZSR 2024 II, S. 376.

52 Zu diesen bereits N 11 ff.

53 S. zu diesen bereits N 12 sowie unten N 35 und N 39.

54 Wird nachfolgend von «solchen Erkenntnissen» gesprochen, sind damit jeweils Erkenntnisse aus dem Forschungsgebiet der verhaltensökonomischen Analyse (des Rechts) gemeint.

55 Ausführlich zu dieser Trennung Scheuerle, Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage, AcP 1958/59, S. 1 ff.

56 S. Hurni, in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 55 N 4; Sutter-Somm/Seiler, in: Dies. (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2021, Art. 55 N 1.

57 S. Honsell, in: Geiser/Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022, Art. 1 N 1.

58 S. nur Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, Habil., Zürich 1951, S. 1 f. Fn. 3; Walter, Tat- und Rechtsfragen, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Der Haftpflichtprozess, Tücken der gerichtlichen Schadenerledigung, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 15 ff. 22 f.

folgenden Ausführungen zu Grunde zu legen. Denn ob und wie solche Erkenntnisse in ein gerichtliches Verfahren einbezogen werden können, wird je nachdem, ob diese eine Antwort auf eine Rechts- oder auf eine Tatfrage geben, nach anderen rechtlichen Grundlagen beurteilt. So müssen etwa Erkenntnisse, welche der Feststellung des Sachverhalts dienen – sprich: Tatsachen –, in aller Regel von der Partei, welche aus diesen Rechte ableitet (Art. 8 ZGB), behauptet, substantiiert und bewiesen werden (Art. 55 Abs. 1 ZPO).[59] Wird eine Tatsache gar nicht behauptet bzw. substantiiert, wird diese prozessual als nicht existent betrachtet.[60] Beziehen sich solche Erkenntnisse jedoch auf die Anwendung des Rechts, findet eine Berücksichtigung von Amtes wegen statt (Art. 57 ZPO). Das Gericht stellt das anwendbare Recht von sich aus fest und wendet es auf den massgebenden Sachverhalt an, ohne dass sich die Parteien auf die entsprechenden Normen zu berufen oder deren Auslegung bzw. Ergänzung darzulegen haben.[61] Auch bei der Beschwerde ans Bundesgericht macht sich dieser Unterschied bemerkbar. Während das Bundesgericht Rechtsverletzungen umfassend prüft, kann eine Sachverhaltsfeststellung nur dann gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist (oder auf einer Rechtsverletzung beruht) (Art. 97 Abs. 1 BGG).[62] Offensichtlich unrichtig heisst dabei willkürlich,[63] womit die Hürden für eine Beschwerde, welche Sachverhaltsfeststellungen betrifft, wesentlich höher sind als für eine die Rechtsanwendung betreffende Beschwerde.

Das Bezirksgericht Bülach stellt im oben erläuterten Entscheid den Obersatz auf, dass 15
eine AGB-Klausel, mit welcher die AGB-Verwenderin in erheblicher und ungerechtfertigter Weise ihre eigenen Interessen verfolgt, missbräuchlich ist.[64] In der Folge wies das Gericht die diesbezüglichen Vorbringen des Kunden aufgrund mangelnder Substantiierung zurück.[65] Diese Argumentation zeigt, dass das Gericht die Frage, ob die AGB-Verwenderin mit der AGB-Bestimmung alleine eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt, als Tatfrage qualifizierte und dem Kunden dafür die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast auferlegte. Unseres Erachtens sprechen jedoch gewichtige Gründe dafür, dass diese Frage nicht als Tat-, sondern als Rechtsfrage zu qualifizieren und als Folge davon im Rahmen der Konkretisierung von Art. 8 UWG zu beantworten ist.[66] In diesem Fall hätte nicht der Kunde die relevanten Erkenntnisse in den Prozess einzubringen, sondern grundsätzlich das Gericht diese von sich aus zu beschaffen *(iura novit curia)*.

---

59 Gehri, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl., Basel 2024, Art. 55 N 2 ff.; Jungo, Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Beweislast, Art. 8 ZGB, 3. Aufl., Zürich 2018, Art. 8 N 24 ff.

60 Göksu, in: Arnet/Breitschmid/Jungo (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band 1, 4. Aufl., Zürich 2023, Art. 8 ZGB N 12.

61 BSK ZPO-Gehri (Fn. 59), Art. 57 N 4.

62 Es wird von einer beschränkten Kognition des Bundesgerichts gesprochen (s. BGer 5A_743/2021, E. 4.2; Schmid, Was ist Prozessrisikoanalyse, ZZZ 2022, S. 140 ff., 144 f.).

63 BGE 140 III 115, E. 2.

64 S. N 7.

65 S. N 8.

66 S. dazu N 19 ff.

16 Der Umstand, dass die Verhaltensökonomik eine empirische Wissenschaft darstellt und sich deren Erkenntnisse auf das tatsächliche menschliche Verhalten beziehen,[67] spricht nicht gegen eine Einordnung als Rechtsfrage. Denn wie das Bundesgericht kürzlich klargestellt hat, haben die Gerichte sog. Rechtstatsachen von Amtes wegen festzustellen und zu verwerten.[68] Als Rechtstatsachen gelten Tatsachen, welche von allgemeiner Natur sind und sich prinzipiell auf eine unbeschränkte Zahl von Anwendungsfällen beziehen. Davon zu unterscheiden sind die Tatsachen des Einzelfalls, die nur der Sachverhaltsaufklärung dienen und sich ausschliesslich auf den konkreten Einzelfall sowie die am konkreten Verfahren beteiligten Parteien beziehen.[69] Eine solche Unterscheidung findet sich etwa auch in der amerikanischen Verfassungslehre, wo die Begriffe *legislative facts* für Rechtstatsachen und *adjudicative facts* für Tatsachen des Einzelfalls verwendet werden.[70] Das Bedürfnis, auf welches diese Unterscheidung zurückgeht, ist vor dem Hintergrund eines Rechtssystems, welches auch im öffentlichen Recht weitgehend vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht wird, zu verstehen. So wurde es als verfehlt erachtet, dass ein Gericht bei Entscheiden, welche das Gemeinwesen weit über den einzelnen Fall und die beteiligten Parteien hinaus gestalteten, Rechtstatsachen im Sinne des Verhandlungsgrundsatzes lediglich dann berücksichtigen darf, wenn die Parteien diese vorgetragen haben.[71] Die Praxis wurde deshalb insofern angepasst, als Rechtstatsachen vom Gericht unabhängig vom Parteivortrag zur Kenntnis genommen werden.[72] Auch die deutschen Gerichte unterscheiden in ähnlicher Weise zwischen Norm- und Subsumtionstatsachen.[73]

---

67 S. dazu bereits N 4 f.

68 S. BGer 6B_582/2017, E. 2.1.3; zu diesem Entscheid auch Altwicker (Fn. 2), ZSR 2019 I, S. 185 f.; Kradolfer, Interdisziplinäres Wissen in der Rechtsprechung, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2022/4, N 11–13; Schwendener, Ausgewählte Aspekte des Beweisverfahrens in eherechtlichen Prozessen nach ZPO, AJP 2024, S. 118 ff., 124 f.

69 Vgl. zu dieser Unterscheidung BGer 6B_582/2017, E. 2.1.2; Altwicker (Fn. 2), ZSR 2019 I, S. 185 ff. («legislative vs. richterliche Tatsachen»); Ders., Statistikbasierte Argumentation im Verwaltungsrecht, ZBl 2018, S. 619 ff., 622.

70 Grundlegend Proctor, Rethinking Legislative Facts, Notre Dame Law Review 2024, Vol. 99, S. 955 ff. (S. 976 ff. zu den Definitionsansätzen); s.a. Altwicker (Fn. 2), ZSR 2019 I, S. 185; Kokott, Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten, Habil., Heidelberg 1993, S. 40 f.

71 Zum Gesagten Kokott (Fn. 70), S. 40 und S. 43.

72 Proctor (Fn. 70), S. 963 ff. («*judicial notice*» [a.a.O., S. 963]).

73 Dazu ausführlich Kokott (Fn. 70), S. 40 ff.; Konzen, Normtatsachen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: Schilken/Becker-Eberhard/Gerhardt (Hrsg.), Festschrift für Hans Friedhelm Gaul zum 70. Geburtstag, Bielefeld 1997, S. 335 ff.; Schmidt, Der Umgang mit Normtatsachen im Zivilprozess, in: Broda *et al.* (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag, Neuwied/Darmstadt 1985, S. 807 ff.; Sander, Normtatsachen im Zivilprozess, Diss., Berlin 1998; ferner Seiter, Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, in: Grunsky *et al.* (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, S. 573 ff., welcher noch den Begriff der «Rechtsfortbildungstatsache» verwendete; zurückhaltend Foerste, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO, 21. Aufl., München 2024, § 284 Rn. 3.

Die Terminologie hat sich in der Schweiz noch nicht gefestigt. Während sich in einigen Beiträgen[74] sowie in einem Entscheid der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts aus dem Jahr 2017[75] der Begriff der Normtatsache findet, verwendet das Bundesgericht in einem jüngeren strafrechtlichen Entscheid aus dem Jahr 2018 in ähnlichem Zusammenhang den Begriff der Rechtstatsache.[76] In zwei weiteren (strafrechtlichen) Entscheiden hielt das Bundesgericht – mit Verweis auf den ersten Entscheid – an dieser Terminologie fest.[77] Inhaltlich äusserte sich das Bundesgericht hingegen eindeutig und definierte die Rechtstatsachen als «*fallunabhängig vorgegebene*[] *lebensweltliche*[] *(gesellschaftliche*[], *wirtschaftliche*[], *naturwissenschaftliche*[], *technische*[] *etc.) Rahmenbedingungen einer* ***Rechtsanwendung***».[78] Dieser Ansatz existiert parallel zum Umstand, dass im schweizerischen Recht unter dem Titel der realistischen Auslegung bereits ein anerkanntes methodologisches Instrument – auf welches das Bundesgericht im selben Entscheid auch ausdrücklich hinweist[79] – zur Berücksichtigung von «lebensweltlichen Rahmenbedingungen» besteht.[80] In Bezug auf die Einbringung solcher Rechtstatsachen in ein Gerichtsverfahren wird ausgesagt, dass «[i]*hre Feststellung und Verwertung* […] *in* 17

---

74 Walter, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2007 bis 2009 – Veröffentlicht in den Bänden 133 bis 135, ZBJV 2011, S. 222 ff., 245; Walter, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2000 bis 2006 – Veröffentlicht in den Bänden 127 bis 132, ZBJV 2007, S. 725 ff., 756; BK-Walter (Fn. 5), Art. 8 ZGB N 98.

75 BGer 5A_944/2016, E. 2.5.1.

76 BGer 6B_582/2017, E. 2.1.2.

77 BGE 148 IV 329, E. 5.1 a.E.: «*Unter diesen Vorgaben gehört es zwar zu den Aufgaben der Rechtsprechung, Entwicklungen im tatsächlichen Umfeld eines Straftatbestands zu verfolgen und veränderten lebensweltlichen (gesellschaftlichen, wirtschaftlichen, technischen etc.) Rahmenbedingungen (sog. Rechtstatsachen; Urteil 6B_582/2017 vom 19. Juni 2018 E. 2.1.2) bei der Auslegung des Gesetzes Rechnung zu tragen»;* BGer 6B_34/2020, E. 4.1 a.E.

78 BGer 6B_582/2017, E. 2.1.2 (Hervorhebung hinzugefügt): «*Eine wissenschaftliche Studie erschliesst hingegen keine solchen Tatsachen des Einzelfalls. Vielmehr zeigt sie sog. Rechtstatsachen (Realien) auf. Der Begriff der Rechtstatsache bezeichnet die fallunabhängig vorgegebenen lebensweltlichen (gesellschaftlichen, wirtschaftlichen, naturwissenschaftlichen, technischen etc.) Rahmenbedingungen einer Rechtsanwendung. Rechtstatsachen prägen das Anwendungsgebiet einer gesetzlichen Regelung und markieren deren natürliche Grenzen (vgl. z.B. Urteil 2C_632/2016 vom 6. November 2017 E. 3.6 und 4.3). Mitunter werden auch rechtliche Standards, etwa supranationaler Natur, den Realien zugerechnet (so z.B. BGE 140 V 385 E. 4.1 S. 392). In Gestalt statistischer, rechtssoziologischer, medizinischer etc. Daten bilden sie die Grundlage zur Definierung eines richterrechtlichen Massstabes* (*vgl. z.B. BGE 141 V 281 E. 4.1.1 S. 297 und E. 5.1.1 S. 304* […]*). Empirisch-wissenschaftliche Daten werden des Weitern herangezogen, um unbestimmten Rechtsbegriffen inhaltliche Konturen zu geben (sog. realistisches Element der Gesetzesauslegung [BGE 126 III 129 E. 4 S. 138 mit Hinweis]; z.B. in BGE 142 III 481 nicht publ. E. 3.3 des Urteils 5A_450/2015 vom 11. März 2016.*»

79 BGer 6B_582/2017, E. 2.1.2: «*Empirisch-wissenschaftliche Daten werden des Weitern herangezogen, um unbestimmten Rechtsbegriffen inhaltliche Konturen zu geben* (*sog. realistisches Element der Gesetzesauslegung* […]*).*»

80 Dazu noch ausführlich N 27 ff.

den Bereich der Rechtsanwendung»[81] fallen und «*erhebliche Informationen* [deshalb] *von Amtes wegen in die Entscheidfindung einbezogen* [werden]».[82]

18 Die Erkenntnis, dass Konsumenten in gewissen Situationen nicht egoistisch-rational handeln, sondern sich beispielsweise durch Hürden im Kündigungsprozess rasch von einem wirtschaftlich betrachtet in ihrem Interesse liegenden Kündigungsvorhaben abbringen lassen,[83] betrifft nicht nur den einzelnen, am Verfahren beteiligten, sondern potenziell alle Konsumenten, welche an die entsprechende AGB-Klausel gebunden sind. Diese Erkenntnis stellt deshalb – als gesellschaftliche Rahmenbedingung der Rechtsanwendung – eine Rechtstatsache dar, welche das Gericht von Amtes wegen in die Entscheidfindung einzubeziehen hat. Wie solche Erkenntnisse in den Prozess Eingang finden könnten, ist im Folgenden aufzuzeigen.[84]

B. Berücksichtigung im Rahmen der richterlichen Rechtsanwendung

a) *Modo-legislatoris*-Konkretisierung von Rechtsnormen

19 Zunächst ist darauf einzugehen, welche methodologischen Herausforderungen mit der Anwendung von Art. 8 UWG verbunden sind. Die traditionelle Methodenlehre unterscheidet zwischen der Auslegung einer existierenden Rechtsnorm und der richterlichen Rechtsfortbildung.[85] Von einer Auslegung wird dann gesprochen, wenn eine Rechtsnorm innerhalb ihres möglichen Wortsinns zur Anwendung gebracht werden kann *(intra verba legis),* die richterliche Rechtsfortbildung hingegen bezieht sich auf solche Fälle, in denen das Gericht über den Wortsinn hinausgeht *(praeter verba legis)* oder von diesem abweicht *(contra verba legis).*[86] Es ist heute allgemein anerkannt, dass zwischen der Gesetzesauslegung und der richterlichen Rechtsfortbildung keine klar zu zeichnende Grenze besteht.[87]

---

81 BGer 6B_582/2017, E. 2.1.3.

82 Ibid.

83 S. N 11 f.; zur Verhaltensökonomik allg. N 4 f.

84 S. zur Berücksichtigung von Rechtstatsachen im Rahmen des realistischen Elements insb. N 28.

85 S. Hasenböhler, Richter und Gesetzgeber in der Schweiz, in: Frank (Hrsg.), Unabhängigkeit und Bindungen des Richters in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und in der Schweiz, Ergebnisse einer internationalen Richtertagung, 2. Aufl., Basel 1997, S. 99 ff., 107; Kramer/Arnet (Fn. 6), S. 63; BK-Meier-Hayoz (Fn. 1), Art. 1 ZGB N 137 f.

86 Kramer/Arnet (Fn. 6), S. 63.

87 So bereits Meier-Hayoz (Fn. 19), JZ 1981, S. 419: «*Anerkennt man damit, dass jede richterliche Rechtsfindung ein mehr oder weniger schöpferischer Vorgang ist, muss man aber auch die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Auslegung und Lückenfüllung fallen lassen»;* s.a. Dürr, in: Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Einleitung, Art. 1–7 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1998, Art. 1 N 277 ff. und N 405 ff.; BK-Emmenegger/Tschentscher (Fn. 5), Art. 1 ZGB N 468; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1972, S. 178; Hasenböhler (Fn. 85), S. 107; Merz, Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung: Dargestellt an den Beispielen der unzulässigen Berufung auf Formungültigkeit und des Missbrauchs

So können etwa Fälle, in denen dem Gesetz lediglich eine offene Formulierung («normatives Tatbestandselement»)[88] entnommen werden kann, weder ausschliesslich dem einen noch dem anderen Bereich zugeordnet werden.[89] Denn in diesen Fällen hat der Gesetzgeber zwar eine bestimmte Rechtsfrage gesehen und geregelt, jedoch einzelne Tatbestandselemente (oder die Rechtsnorm insgesamt) bewusst so allgemein formuliert, dass diese (auch durch Auslegung) nicht unmittelbar angewendet werden können, sondern vorerst der weiteren Konkretisierung durch die gerichtliche Praxis bedürfen.[90] Im Rahmen dieser Konkretisierung entscheidet das Gericht weiterhin *intra legem* und befindet sich daher formal betrachtet im Rahmen der Auslegung, jedoch kommt ihm ein so erheblicher Interpretationsspielraum zu, dass die bei der klassischen Gesetzesauslegung zur Anwendung kommenden Instrumente[91] zur Feststellung des Gedankeninhalts des Gesetzes nicht mehr ausreichen und das Gericht zumindest faktisch eine richterliche Rechtsfortbildung vornimmt.[92]

---

der Verjährungseinrede, AcP 1964, S. 305 ff., 331 ff.; Hausheer/Jaun, Stämpflis Handkommentar, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1–10 ZGB, Bern 2003, Art. 1 N 92; Kramer/Arnet (Fn. 6), S. 65; Larenz/Canaris (Fn. 6), S. 187 f.; Loacker, Haftpflicht und Billigkeitskorrektiv, Ein Beitrag zu den Härtefallklauseln im Recht der unerlaubten Handlung, Habil., Zürich/Genf 2023, N 210; Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, Habil., Tübingen 2004, S. 21; Walter, Zeitgemässe richterliche Rechtsfortbildung, recht 2003, S. 2 ff., *passim,* insb. S. 5; s. ferner die Nachweise bei Zimmermann, Juristische Methodenlehre in Deutschland, RabelsZ 2019, S. 241 ff., 257, 267; vgl. ferner die Beobachtungen von Gauch, Argumente. Ein Geburtstagsbrief, recht 2000 (Sondernummer für Wolfgang Wiegand zum 60. Geburtstag), S. 87 ff., 94.

88 Die Terminologie folgt Kramer/Arnet (Fn. 6), S. 74 (s. S. 74 ff. für eine beispielhafte Aufzählung solcher Tatbestandselemente). Die Terminologie, die inhaltliche Einordnung sowie Abgrenzung der verschiedenartigen normativen Tatbestandselemente ist im Einzelnen umstritten (s. zu einer Übersicht der Meinungen etwa BK-Hrubesch-Millauer [Fn. 5], Art. 4 ZGB N 131 ff. und N 201 ff.).

89 Hasenböhler (Fn. 85), S. 107; s.a. bereits Eugen Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, Erster Band, Basel 1886, S. 63, welcher in Bezug auf das richterliche Ermessen, die allgemeinen Rechtsanschauungen und die allgemeine Billigkeit festhält, dass «[d]*ie dem Richter erteilte Weisung, eine gewisse Quelle zu benutzen,* […] *hier unmerklich in die Weisung über*[geht], *nötigenfalls selbst das Recht zu schaffen*».

90 Vgl. etwa BK-Emmenegger/Tschentscher (Fn. 5), Art. 1 ZGB N 367; SHK-Hausheer/Jaun (Fn. 87), Art. 1 ZGB N 90; BK-Meier-Hayoz (Fn. 1), Art. 1 ZGB N 263; vgl. zum deutschen Recht auch Röthel (Fn. 87), S. 35 f.

91 Siehe dazu Forstmoser/Vogt, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012, S. 576 ff.; Kramer/Arnet (Fn. 6), S. 66 ff.

92 Germann, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl., Bern 1965, S. 120 f.; Kramer/Arnet (Fn. 6), S. 65, 88, 219; Meier-Hayoz, Lücken intra legem, in: Noll/Stratenwerth (Hrsg.), Rechtsfindung, Beiträge zur juristischen Methodenlehre, Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag, Bern 1969, S. 149 ff., 150; Biaggini, Verfassung und Richterrecht, Diss., Basel 1991, S. 90 f.; BK-Emmenegger/Tschentscher (Fn. 5), Art. 1 ZGB N 367 f., 445; zum deutschen Recht Röthel (Fn. 87), S. 126 f.; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München 2022, N 836 ff.; Sander (Fn. 73), S. 87; Strohn, Der Richter als Allround-Genie? – Rechtsfortbildung durch Anwendung nicht juristischer Fachbegriffe, ZHR 2014, S. 115 ff., 117 f.

20 Es gibt verschiedene Erscheinungsformen von normativen Tatbestandselementen.[93] Eine prominente Stellung nehmen dabei Generalklauseln ein. Als Generalklausel wird ein normatives Tatbestandselement bezeichnet, welches den zentralen Regelungsgehalt einer Rechtnorm ausmacht und sich durch besonders qualifizierte Vagheit auszeichnet. Beispiele sind das Gebot von «*Treu und Glauben*» nach Art. 2 Abs. 1 ZGB oder die «*guten Sitten*» gem. Art. 19 Abs. 2 OR.[94] Ihr Sinngehalt ist mittels legislatorischer Methode abstrahierend zu bestimmen.[95] Das Gericht hat nach der Regel zu entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde (Art. 1 Abs. 2 Alt. 2 ZGB).

21 Davon zumindest terminologisch zu unterscheiden sind solche normativen Tatbestandselemente, die das Gericht anweisen, nach Billigkeit zu entscheiden (Art. 4 ZGB, «Ermessensbegriffe») und damit eine unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls angemessene Entscheidung zu treffen.[96] Ob über die terminologische Unterscheidung hinaus auch eine andere methodische Vorgehensweise geboten ist, je nachdem ob eine Generalklausel oder ein Ermessensbegriff konkretisiert wird, ist umstritten.[97] Dagegen spricht auf jeden Fall, dass Gerichte einerseits auch im Rahmen des eigentlich legislatorischen Vorgehens nach Art. 1 Abs. 2 Alt. 2 ZGB den Blick oft auf ein billiges Ergebnis richten, andererseits aber auch bei Billigkeitsentscheidungen eine Tendenz zur Generalisierung festzustellen ist, da das Gericht den Entscheid objektiv nachvollziehbar zu begründen hat.[98] Dies ist umso mehr der Fall, wenn Generalklauseln neben unbestimmten Rechtsbegriffen auch Ermessensbestandteile beinhalten.[99] Deshalb erscheint es überzeugend, dass, auch wenn sich Generalklauseln und Ermessensbegriffe in ihrem Ausgangs- und Schwerpunkt (zumindest in der Theorie) unterscheiden, diese in methodischer Hinsicht ähnlich, wenn nicht sogar identisch zu konkretisieren sind.[100]

---

93 Vgl. Fn. 88.

94 Zum Gesagten Kramer/Arnet (Fn. 6), S. 79 ff.; BK-Emmenegger/Tschentscher (Fn. 5), Art. 1 ZGB N 368.

95 Kramer/Arnet (Fn. 6), S. 314 f., 318 ff.; BK-Meier-Hayoz (Fn. 1), Art. 1 ZGB N 31 ff. (der Autor behandelt die Thematik bei der Lückenfüllung, da er Generalklauseln als Lücken *intra legem* auffasst [s. a.a.O., N 262 f. und N 266]); s.a. Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, Diss., Tübingen 2005, S. 144; Biaggini (Fn. 92), S. 81 f.; F. Bydlinski, Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln, in: Behrends/Diesselhorst/Dreier (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, Symposion zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Göttingen 1990, S. 189 ff., 196.

96 BSK ZGB I-Fountoulakis/Honsell (Fn. 57), Art. 4 N 10; Germann (Fn. 92), S. 356; BK-Hrubesch-Millauer (Fn. 5), Art. 4 ZGB N 364; Kramer/Arnet (Fn. 6), S. 315 f.; BK-Meier-Hayoz (Fn. 1), Art. 4 ZGB N 12 und N 18; Riemer, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2003, § 4 N 150.

97 S. Fn. 100.

98 BSK ZGB I-Fountoulakis/Honsell (Fn. 57), Art. 4 N 10; Germann (Fn. 92), S. 356 f.; BK-Meier-Hayoz (Fn. 1), Art. 4 ZGB N 19–21.

99 Vgl. dazu BK-Hrubesch-Millauer (Fn. 5), Art. 4 ZGB N 213, vgl. auch N 135 ff., 198 ff.

100 Für Identität Kramer/Arnet (Fn. 6), S. 315 ff., insb. 318: «*Im Ergebnis ist demnach keinerlei Unterschied in der methodischen Grundausrichtung anzuerkennen, je nachdem ob die richterrechtliche Ent-*

b) Konkretisierungsbedürftigkeit von Art. 8 UWG

Art. 8 UWG sieht vor, dass insbesondere unlauter handelt, «*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 für eine Inhaltskontrolle gem. Art. 8 UWG verlangte Missbräuchlichkeit, im Rahmen welcher die Tatbestandsmerkmale «*erheblich*», «*ungerechtfertigt*», «*in Treu und Glauben verletzender Weise*» in Kombination geprüft werden, stellt eine Generalklausel dar.[101] Denn einerseits verkörpert die Missbräuchlichkeit als den das Missverhältnis qualifizierenden Prüfungsschritt den zentralen Regelungsgehalt von Art. 8 UWG, andererseits kommt ihr – bzw. den ihr zu Grunde liegenden normativen Tatbestandselementen – eine besonders qualifizierte Offenheit zu.[102] Doch sind Begriffe wie «*erheblich*», «*ungerechtfertigt*», «*in Treu und Glauben verletzender Weise*» auch wertausfüllungsbedürftige Tatbestandselemente, die das Missverhältnis qualifizieren und somit gegebenenfalls billigkeitsorientierte Erwägungen nach den Umständen des konkreten Falls (Art. 4 ZGB) erfordern.[103] Versteht man aber die Konkretisierungsaufgabe – wie oben dargelegt[104] – bei Generalklauseln und gesetzlichen Verweisen auf das richterliche Ermessen parallel, so ist im Rahmen von Art. 8 UWG auch ein methodisch kohärentes Vorgehen möglich. Denn auch bei der Individualklage, parallel zur Verbandsklage gem. Art. 10 UWG, hat das Gericht eine abstrakte Missbräuchlichkeitsprüfung durchzuführen.[105] Problematische AGB-Klauseln werden in der jeweiligen Branche flächendeckend eingesetzt, sodass die bei der Inhalts- 22

scheidung auf Art. 1 Abs. 2 oder Art. 4 ZGB gestützt wird»; Diener, Das Ermessen (Art. 4 Z.G.B.), Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre, Diss., Wald 1920, S. 85: «*Aus der Gleichartigkeit im Wesen der beiden Artikel ergibt sich auch eine Gleichartigkeit in ihren Folgen*»; ZK-Dürr (Fn. 87), Art. 4 ZGB N 92 f., 98–100, insb. N 93: «*Und dieser* [der einzige Unterschied] *ist letztlich belanglos* […]»; BSK ZGB I-Fountoulakis/Honsell (Fn. 57), Art. 4 N 10 *(«identisch»);* für Ähnlichkeit: Germann (Fn. 92), S. 356 *(«weitgehend ausgeglichen»);* zurückhaltender Riemer (Fn. 96), § 4 N 151; insofern **a.M.**, als für eine strikte Trennung bei der Interpretation plädiert wird BK-Emmenegger/Tschentscher (Fn. 5), Art. 1 ZGB N 448–450 (jedoch relativiert sich diese Trennung unter Umständen, s. N 469); BK-Hrubesch-Millauer (Fn. 5), Art. 4 ZGB N 235, 364.

101 Atamer (Fn. 23), ZSR 2024 II, S. 356; Koller (Fn. 30), AJP 2014, S. 27 f.; Kramer, Das unfertige Gebäude der AGB-Inhaltskontrolle im schweizerischen Recht, recht 2023, S. 181 ff., 183, 188; vgl. auch F. Bydlinski (Fn. 95), Symposion Wieacker, S. 189.

102 Namentlich Heiss, in: Heizmann/Loacker (Hrsg.), Dike-Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 8 N 190: «*Armut an Leitkriterien*», «*Rechtsunsicherheit wird solcherart zum Strukturmerkmal des neuen Tatbestandes*» (Hervorhebungen entfernt); Koller (Fn. 30), AJP 2014, S. 27: «*ausserordentlich offen formuliert*»; sehr zurückhaltend dahingegen Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 2009 6151, S. 6179: «*gewissen Offenheit*».

103 Atamer (Fn. 23), ZSR 2024 II, S. 356; s.a. BSK UWG-Thouvenin (Fn. 30), Art. 8 N 115, welcher festhält, dass die Missbräuchlichkeit nur anhand einer Wertung bestimmt werden kann.

104 S. N 21.

105 S. dazu Atamer (Fn. 23), ZSR 2024 II, S. 363 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

kontrolle durch das Gericht zu entwickelnden Argumente für andere, an die entsprechenden AGB gebundene Konsumenten genauso gelten, das heisst verallgemeinerungsfähig sein müssen. Dies ist zugleich eine Folge des Rechtsgleichheitsgebots, an welches das Gericht gebunden ist.[106]

23 Das Gericht hat also mittels legislatorischer Methode eine Regel zu erschaffen, nach welcher sich der Fall entscheiden lässt. Methodisch geht es dabei um die Bildung von Fallgruppen, an denen sich künftige Entscheide orientieren können.[107] Ein Blick ins Ausland zeigt, dass verschiedene Gesetzgeber den Gerichten solche Regeln in Form von Listen mit exemplarisch aufgezählten missbräuchlichen Klauseln zur Verfügung stellen.[108] Solche Listen kennt auch das schweizerische Wettbewerbsrecht, so etwa in Art. 3 UWG, wo Beispiele von unlauterem Wettbewerbsverhalten gem. Art. 2 UWG aufgeführt sind. Für die AGB-Inhaltskontrolle fehlt bis dato eine solche Liste. Bestimmungen wie Art. 141 Abs. 1bis, Art. 256 Abs. 2 lit. a, Art. 288 Abs. 2 lit. a OR und Art. 8a UWG, die missbräuchliche Klauseln feststellen, sind eine Ausnahme geblieben.[109] Dies hat zur Folge, dass den Gerichten eine «*zentrale rechtspolitische Konkretisierungsaufgabe*»[110] zukommt.

24 In diesem Rahmen muss das Gericht eine zweistufige Konkretisierung vornehmen:[111] Im ersten Schritt wird ermittelt, wie die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien im durch die betreffenden AGB-Klausel geregelten Sachverhalt idealerweise verteilt sein sollten. Hierbei geht es darum, den objektiv ausgewogenen Zustand sowie den für diesen Vertragstyp massgeblichen Wertungsmassstab zu bestimmen. Ziel ist die Festlegung eines normativen Leitbilds, also der Regelung, die ohne die beanstandete AGB-Klausel auf den entsprechenden Sachverhalt anwendbar wäre. Vorrangig werden dispositive Rechtsregeln als Vergleichsmassstab eingesetzt.[112] Fehlen solche, so hat das Gericht eine der Vertragsnatur entsprechende, angemessene Verteilung von Rechten und Pflichten vorzunehmen und somit den Referenzmassstab selbst zu entwickeln.[113]

---

106 BK-Hrubesch-Millauer (Fn. 5), Art. 4 ZGB N 336 ff.; Kramer/Arnet (Fn. 6), S. 316; BK-Meier-Hayoz (Fn. 1), Art. 4 ZGB N 21.

107 S. Strohn (Fn. 92), ZHR 2014, S. 122.

108 S. zur EU den Anhang der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen; zu Deutschland §§ 308 f. BGB; zu Österreich § 6 KSchG.

109 Hinzukommen einige zwingende Rechtsnormen, die immer Geltung beanspruchen – unabhängig davon, ob in ausgehandelten Verträgen oder in AGB von ihnen abgewichen worden ist (wie z.B. Art. 100, 101, 199, 210 Abs. 4 OR).

110 Meier-Hayoz (Fn. 19), JZ 1981, S. 423.

111 Dazu Atamer (Fn. 23), ZSR 2024 II, S. 348 ff.

112 S. dazu DIKE UWG-Heiss (Fn. 102), Art. 8 N 193 ff.; Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, N 635f; Kramer (Fn. 101), recht 2023, S. 186; Kramer/Probst/Perrig (Fn. 44), N 759; BSK UWG-Thouvenin (Fn. 30), Art. 8 N 126 ff.; Ferrari Hofer/Vasella, in: Amstutz/Atamer (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band 8, 4. Aufl., Zürich 2023, Art. 8 UWG N 6; Atamer (Fn. 23), ZSR 2024 II, S. 348 f.

113 DIKE UWG-Heiss (Fn. 102), Art. 8 N 205; BSK UWG-Thouvenin (Fn. 30), Art. 8 N 128; Probst, in: Jung/Spitz (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbe-

In einem zweiten und wichtigeren Schritt ist sodann zu prüfen, ob die Klausel im konkreten Fall so erheblich vom festgestellten Referenzmassstab abweicht, dass sie als missbräuchlich im Sinne von Art. 8 UWG angesehen werden muss. Die Erwartung im zweiten Konkretisierungsschritt ist, dass Gerichte die fehlende Verbotsnormliste[114] aufstellen. *«Das Modell systematisch-deduktiver Entscheidungsbegründung i.S. des juristischen Syllogismus versagt hier weitgehend; an dessen Stelle tritt eine problemorientierte (eben nicht systemorientierte) ‹discursivité non déductive›, eine induktiv-heuristische Abwägung von Lösungsgesichtspunkten (‹Topoi›, Einzahl: ‹Topos›) rechtlicher oder ausserrechtlicher Provenienz, namentlich die Bewertung der Folgen eines richterrechtlichen Präjudizes, wobei die Interessen aller involvierten Betroffenen zu berücksichtigen sind.»*[115] Es wird eine Regel formuliert, die für alle vergleichbaren Vertragstypen bzw. AGB-Bestimmungen eine Abwägung der Interessen vorwegnimmt und somit bestimmt, wann in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten besteht, sodass die Grenze der Missbräuchlichkeit erreicht ist.[116] Solange der schweizerische Gesetzgeber diese Verbotsliste nicht nachholt, ist es dem Delegationsauftrag entsprechend Aufgabe der Gerichte, diese Konkretisierung vorzunehmen. Damit dieser Abwägungsprozess nicht dezisionistisch bleibt, sondern eine – gerade im AGB-Recht sehr benötigte – regelbildende Funktion[117] ausüben kann, ist es von besonderer Bedeutung, die zu Grunde gelegten Wertungen und Präferenzen offenzulegen und zu begründen.[118] 25

c) Leitlinien zur Konkretisierung

Soll nun Art. 8 UWG in diesem Sinne konkretisiert werden, dass tatsächliche Verbotsnormen von missbräuchlichen Klauseln erarbeitet werden, so hat dieses Verfahren innerhalb formaler wie inhaltlicher Leitlinien zu geschehen.[119] In formeller Hinsicht hat das Gericht eine solche Regel aufzustellen, die es als Gesetzgeber aufstellen würde (Uni- 26

werb (UWG), 3. Aufl., Bern 2023, Art. 8 N 436; Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 13. Aufl., Köln 2022, § 307 BGB Rn. 238; s. ferner Atamer (Fn. 23), ZSR 2024 II, S. 359 f., Fn. 78 m.w.N.

114 Betreffend solche Listen s. N 23.

115 Kramer/Arnet (Fn. 6), S. 323 f.; s.a. Röthel (Fn. 87), S. 141 ff.

116 Vgl. ausführlich zur Interessenabwägung im Rahmen der AGB-Kontrolle Atamer (Fn. 23), ZSR 2024 II, S. 353 ff.

117 S. dazu Röthel (Fn. 87), S. 148 ff.

118 Dies folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör, s. BGE 136 I 229, E. 5.2; BSK BV-Waldmann (Fn. 18), Art. 29 N 57; s.a. Kramer/Arnet (Fn. 6), S. 43; ferner Röthel (Fn. 87), S. 139 f., welche die Begründbarkeit als wesentlichste Leitlinie der Konkretisierung betrachtet.

119 Kramer/Arnet (Fn. 6): formale Rechtsstaatsprinzipien (S. 281 ff.) und inhaltliche Orientierungsgesichtspunkte (S. 287 ff.); s.a. BK-Meier-Hayoz (Fn. 1), Art. 1 ZGB N 316 ff. *(«Methode»)* und N 353 *(«Hilfsmittel»);* ähnlich auch BK-Emmenegger/Tschentscher (Fn. 5), Art. 1 ZGB N 451 ff. *(«Inhalte und Kriterien»);* CHK-Middendorf (Fn. 60), Art. 1 ZGB N 12 *(«methodische Vorgaben»).*

versalisierbarkeitsprinzip).[120] Inhaltlich werden dem Gericht – ähnlich wie bei der Auslegung[121] – verschiedene Instrumente zur Verfügung gestellt, mittels welcher eine Konkretisierung vorzunehmen ist.[122] Insbesondere Präjudizien, einschlägige Lehre,[123] allgemeine Rechtsgrundsätze[124] und rechtsvergleichende[125] Erkenntnisse sind genau wie bei der Schaffung von gesetzesübersteigendem Richterrecht auch bei der Konkretisierung von besonderer Bedeutung.[126]

27 Wieweit hingegen ausserrechtliche Argumente berücksichtigt werden können, wird nicht einheitlich beantwortet.[127] Bereits Eugen Huber hielt fest, dass die Realien – also die «Wirklichkeit» – «*sowohl zur Gestaltung als zur Anwendung des Rechts* [gehören]*, indem sie für beides gewisse Bedingungen setzen, die weder von der Gesetzgebung noch vom Richter übersehen werden dürfen*».[128] Als Folge dessen findet sich in älteren[129] wie neueren[130] Beiträgen zur Methodenlehre (beinahe unbestritten)[131] sowie auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung[132] das realistische Element entweder als selbständiges oder als zu einem der klassischen Elemente der Auslegung gehörendes Instrument der Rechts-

---

120 S. ausführlich Kramer/Arnet (Fn. 6), S. 281 ff.; s.a. Hasenböhler (Fn. 85), S. 108 f.; Hürlimann-Kaup/Schmid, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 4. Aufl., Zürich/Genf 2024, S. 61; BK-Meier-Hayoz (Fn. 1), Art. 1 ZGB N 316 ff.

121 S. Larenz/Canaris (Fn. 6), nach welchen «*weithin dieselben Kriterien, die* [auch] *bei der Auslegung eine Rolle spielen*» (a.a.O., S. 188), relevant sind.

122 Dazu ZK-Dürr (Fn. 87), Art. 4 ZGB N 108 ff.; Kramer/Arnet (Fn. 6), S. 287 ff.; s.a. Röthel (Fn. 87), S. 124 ff.

123 S.a. Art. 1 Abs. 3 ZGB: «*Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung*»; F. Bydlinski (Fn. 95), Symposion Wieacker, S. 190 ff.

124 S.a. BSK ZGB I-Honsell (Fn. 57), Art. 1 N 36; BK-Meier-Hayoz (Fn. 1), Art. 1 ZGB N 405 ff.

125 S.a. BK-Emmenegger/Tschentscher (Fn. 5), Art. 1 ZGB N 461; BSK ZGB I-Honsell (Fn. 57), Art. 1 N 36; BK-Meier-Hayoz (Fn. 1), Art. 1 ZGB N 355 ff.; vgl. auch BGE 126 III 129, E. 4: «*Namentlich im traditionell grenzüberschreitenden Rechtsverkehr lässt sich überdies eine sachgerechte Rechtsfindung und damit auch Lückenfüllung ohne rechtsvergleichende Grundlage nicht verwirklichen* […]»; vgl. ferner BGE 118 II 459, E. 3e.

126 Ausführlich dazu Kramer/Arnet (Fn. 6), S. 287 ff.

127 Dafür etwa Germann (Fn. 92), S. 150 f.; Heinemann (Fn. 14), FS Nobel, S. 41; BSK ZGB I-Honsell (Fn. 57), Art. 1 N 36; Kradolfer (Fn. 68), «Justice – Justiz – Giustizia» 2022/4, N 3; Kramer/Arnet (Fn. 6), S. 284, 305 ff.; Schmidt (Fn. 73), FS Wassermann, S. 811.

128 Eugen Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, Basel 1921, S. 281. Vor ihm (1912/13) bereits Egger, Schweizerische Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, Berlin/Heidelberg 1913, S. 42: «*Soll sie* [die Rechtswissenschaft] *ihrer kritischen und schöpferischen Aufgabe gerecht werden, dann bedarf sie der Kenntnis der realen Vorgänge des Lebens.*»

129 Stellvertretend BK-Meier-Hayoz (Fn. 1), Art. 1 ZGB N 210 ff. sowie N 323 ff.

130 Statt vieler ZK-Dürr (Fn. 87), Art. 1 ZGB N 89 f., 167–187; BK-Emmenegger/Tschentscher (Fn. 5), Art. 1 ZGB N 325 ff., 462 ff.; Kramer/Arnet (Fn. 6), S. 197 ff.

131 In der hier dargelegten Form ablehnend etwa SHK-Hausheer/Jaun (Fn. 87), Art. 1 ZGB N 152.

132 BGE 126 III 129, E. 4; BGer 6B_582/2017, E. 2.1.2; noch weitergehend BGE 131 II 13, E. 7.1: «*Zu ermitteln ist das aktuell geltende Recht, das ohne Realitätsbezüge nicht verstanden werden kann* […].»

anwendung.[133] Zur Anwendung kommt das realistische Element vorwiegend dort, wo das Recht mit anderen Wissenschaftsbereichen verwoben ist, wie etwa im Bereich des Wirtschaftsrechts.[134] Die Herstellung eines Realitätsbezugs erscheint umso angezeigter, wo das Gericht bei der Konkretisierung von Generalklauseln (zumindest faktisch)[135] zur richterlichen Rechtsfortbildung angehalten wird.[136] Denn es ist gerade das Gericht, welches gem. Art. 1 Abs. 2 ZGB *«in die Schuhe des Gesetzgebers»*[137] zu schlüpfen hat und sich damit ein eigenständiges Bild von den tatsächlichen Gegebenheiten, den involvierten Interessen sowie den Auswirkungen der geplanten Regelung machen muss. Diese rechtsstaatlich und methodologisch wichtige Aufgabe darf nicht unter Verweis auf den Verhandlungsgrundsatz auf die Verfahrensparteien abgeschoben werden, und umso weniger darf das Gericht diesbezüglich relevante tatsächliche Umstände unberücksichtigt lassen, nur weil die Parteien diese nicht vorgetragen haben.[138] Dem Gericht als *«Mini-Gesetzgeber»*[139] müssen deshalb (zumindest) die für den Gesetzgeber wesentlichsten Erkenntnisquellen – also nicht nur rechtliche und politische, sondern namentlich auch wirtschaftliche und psychologische – ebenfalls zur Verfügung stehen.[140] Denn *«Rechtsnormen sind nur sinnvoll, wenn sie sich auf* [die] *Wirklichkeit beziehen, indem sie die Wirk-*

---

133 Zu den Möglichkeiten der Berücksichtigung von Realien im Zusammenhang mit dem teleologischen Auslegungselement s. etwa Hoffmann-Riem, Zwischenschritte zur Modernisierung der Rechtswissenschaft, JZ 2007, S. 645 ff., 647; Petersen/Towfigh (Fn. 8), N 19; in Bezug auf die Effizienz auch Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, Diss., 4. Aufl., Tübingen 2015, S. 451 ff.

134 BK-Emmenegger/Tschentscher (Fn. 5), Art. 1 ZGB N 327; Kunz, Sondermethodik zur wirtschaftsrechtlichen Rechtsanwendung?, recht 2017, S. 141 ff., 149.

135 S. dazu bereits N 19.

136 Martens, Rechtliche und ausserrechtliche Argumente, Rechtstheorie 2011, S. 145 ff., 163 f.; ausführlich (auch zum konkreten Nutzen) Stark (Fn. 2), S. 245–247; s.a. Hergenröder, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, Habil., Tübingen 1995, S. 336 ff.; **a.M.** offenbar BGE 114 II 239, E. 5b: «*Die gesetzesübersteigende richterliche Rechtsfortbildung hat von vornherein ihre Grenzen dort, wo eine Antwort im Rahmen der geltenden Rechtsordnung mit spezifisch rechtlichen Erwägungen allein nicht gefunden werden kann* […].» Dieser Entscheid steht jedoch bis zu einem gewissen Grad im Widerspruch mit den in Fn. 132 angeführten Bundesgerichtsentscheiden.

137 Hasenböhler (Fn. 85), S. 109; s.a. Meier-Hayoz (Fn. 19), JZ 1981, S. 418.

138 Schmidt (Fn. 73), FS Wassermann, S. 812.

139 Hasenböhler (Fn. 85), S. 109.

140 So bereits Eugen Huber, in: Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung, Nationalrat, 1906, S. 1036: «*Mit diesem letzteren Satz* […] *wird also der Richter angewiesen,* […] *sich auf die hohe Warte des Gesetzgebers zu stellen und den anzuwendenden Rechtssatz sich nach den Motiven zu bilden, die dem Gesetzgeber gegeben sind, so dass er nach den Ueberlegungen, die einer richtigen Gesetzgebung zu grunde liegen müssen, für diesen Fall sein Urteil zu sprechen hat»;* in diesem Sinne auch Deschenaux, Der Einleitungstitel, in: Gutzwiller (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, zweiter Band, Einleitung und Personenrecht, Basel 1967, S. 1 ff., 108; Hasenböhler (Fn. 85), S. 109; zum deutschen Recht Röthel (Fn. 87), S. 86 ff.; Schmidt (Fn. 73), FS Wassermann, S. 809 f., welcher von einem Einbezug von «*Sozialdaten*» (S. 810) spricht.

lichkeit im Rahmen des Möglichen überformen».[141] So hält auch das Bundesgericht fest, dass im Zusammenhang mit dem realistischen Element «[e]*mpirisch-wissenschaftliche Daten* […] *herangezogen* [werden], *um unbestimmten Rechtsbegriffen inhaltliche Konturen zu geben* […]».[142]

28 Im Rahmen des realistischen Elements ist es also Aufgabe der Gerichte, unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse auf den Sinngehalt einer Norm zu schliessen.[143] Zu den tatsächlichen Verhältnissen gehören selbstredend auch überindividuelle Realien (sog. Rechtstatsachen),[144] welche sich zwar nicht spezifisch auf den konkreten Sachverhalt auswirken, gleichwohl aber relevante Bezüge zum (anzuwendenden) Recht aufweisen.[145] «*In Gestalt statistischer, rechtssoziologischer, medizinischer etc. Daten bilden* [solche Rechtstatsachen] […] *die Grundlage zur Definierung eines richterrechtlichen Massstabes* […].»[146]

29 Die Öffnung des gerichtlichen Argumentationsspektrums für Erkenntnisse anderer Wissenschaften birgt ohne Zweifel Risiken und Schwierigkeiten in sich. So wird aus einer rechtspraktischen Sicht darauf hingewiesen, dass der gerichtliche Sachverstand vorwiegend auf die rechtliche Argumentation und nicht auf die Verwertung empirischer Befunde ausgerichtet sei und den Gerichten zur Bewältigung der Aufgabe, mit ausserrechtlichen Erkenntnissen zu judizieren, möglicherweise erhebliche sachliche und personelle Mittel zur Verfügung gestellt werden müssten.[147] Auch seien die Verfahrensregeln von Zivilverfahren – abgesehen von der Feststellung der Tatsachen des Einzelfalls[148] – gar nicht darauf ausgerichtet, dass Gerichte ausserjuristischen Sachverstand aktivieren.[149]

---

141 Starck, Empirie in der Rechtsdogmatik, JZ 1972, S. 609 ff., 612; s.a. Mathis, Interdisziplinarität und Rechtswissenschaft, ius.full 2021, S. 196 ff., 199.

142 BGer 6B_582/2017, E. 2.1.2 (zu diesem Entscheid bereits ausführlich N 16 f.).

143 BK-Emmenegger/Tschentscher (Fn. 5), Art. 1 ZGB N 325. Darunter sind nicht nur die faktischen Verhältnisse zum Zeitpunkt des Erlasses einer Rechtsnorm (wie dies SHK-Hausheer/Jaun [Fn. 87], Art. 1 ZGB N 152 vertreten), sondern auch die aktuellen zu berücksichtigen (s. BK-Emmenegger/Tschentscher [Fn. 5], Art. 1 ZGB N 326); s.a. Larenz/Canaris (Fn. 6), S. 12: «*Der Jurist muss die sozialen Sachverhalte, auf die eine Norm sich bezieht, mit in den Blick nehmen, wenn er sie interpretiert.*»

144 S. zu diesen bereits ausführlich N 16 f.

145 S. BGer 6B_582/2017, E. 2.1.2; ZK-Dürr (Fn. 87), Art. 1 ZGB N 179; zum deutschen Recht Sander (Fn. 73), S. 86 ff., insb. S. 95–97; Schmidt (Fn. 73), FS Wassermann, S. 809 f.

146 BGer 6B_582/2017, E. 2.1.2; s.a. Forstmoser/Vogt (Fn. 91), S. 589; BK-Meier-Hayoz (Fn. 1), Art. 1 ZGB N 211.

147 S. etwa Croon-Gestefeld, Interdisziplinäres Arbeiten der Zivilgerichte, in: Christandl *et al.* (Hrsg.), Intra- und Interdisziplinarität im Zivilrecht, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftlicher 2017, Baden-Baden 2018, S. 51 ff., 67 f.; Eidenmüller (Fn. 133), S. 394 (in Bezug auf die Ökonomik); Lurger (Fn. 18), S. 130; Petersen, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Der Staat 2010, S. 435 ff., 447 ff., insb. S. 451; Schmidt (Fn. 73), FS Wassermann, S. 813 f.; s.a. Meier (Fn. 2), S. 29 f.

148 Zur Unterscheidung von Rechtstatsachen und Tatsachen des Einzelfalls N 16 f.

149 S. etwa Biaggini (Fn. 92), S. 395; vgl. auch Schmidt (Fn. 73), FS Wassermann, S. 814 f.

Diese Kritik ist sicherlich berechtigt. Doch sollte nicht ausser Acht gelassen werden, 30
dass der Rechtswissenschaft in der Aufarbeitung solcher Argumente eine zentrale Rolle zukommt. So liegt es insbesondere an dieser, den Dialog mit den Nachbarwissenschaften zu suchen.[150] Durch solche interdisziplinären Interaktionen können nützliche Verknüpfungen hergestellt werden,[151] auf welche die Gerichte bei ihrer Entscheidfindung wiederum zurückgreifen können. Wie sich die Wissenschaft ausserrechtliche Argumente zu eigen machen kann, wird zwar unterschiedlich bewertet.[152] Dass dies jedoch nur in Form einer reflektierten Übernahme geschehen kann, bei der jedes Argument auf juristischer Ebene kritisch geprüft und in die dogmatische Analyse integriert wird, versteht sich von selbst.[153]

5. Potenzieller Einfluss verhaltensökonomischer Erkenntnisse auf den Entscheid des Bezirksgerichts Bülach

Wie bereits festgestellt,[154] setzt die Qualifizierung einer AGB-Klausel als missbräuchlich 31
eine Wertung voraus. Anhand welcher Kriterien diese Wertung vorzunehmen ist, hat das Gericht nach dem Gesagten *modo legislatoris* festzulegen. Das Bezirksgericht Bülach hat Art. 8 UWG insofern konkretisiert, als es – in Übereinstimmung mit der Lehre und bisherigen Rechtsprechung – festhielt, dass im Rahmen von Art. 8 UWG eine umfassende

---

150 S. (in Bezug auf die ökonomische Analyse des Rechts) Nobel, Zur Koexistenz von Recht und Ökonomie: ökonomische Analyse des Rechts als Aufforderung zum Dialog, in: Dubs *et al.* (Hrsg.), Der Kanton St. Gallen und seine Hochschule, Beiträge zur Eröffnung des Bibliothekbaus, St. Gallen 1989, S. 454 ff., 458; s.a. Heinemann (Fn. 14), FS Nobel, S. 40 f.

151 Petersen (Fn. 147), Der Staat 2010, S. 455, spricht von «*Wissenschaftler*[n]*, die eine gewisse Brückenfunktion ausüben* […]*»;* s.a. Augsberg, Von einem neuerdings erhobenen empirischen Ton in der Rechtswissenschaft, Der Staat 2012, S. 117 ff., 119.

152 Einen diesbezüglich sehr offenen Standpunkt vertretend Altwicker (Fn. 2), ZSR 2019 I, S. 181; P. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Aufl., Wien 2023, S. 63; Eidenmüller, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, JZ 1999, S. 53 ff.; Heinemann (Fn. 14), FS Nobel, S. 27 f.; Ott/Schäfer, Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, JZ 1988, S. 213 ff., 214; Hoffmann-Riem (Fn. 133), S. 649; Mathis (Fn. 141), ius.full 2021, S. 196; Petersen/Towfigh (Fn. 8), N 18; Zäch (Fn. 19), ZSR 1977 I, S. 326; eine eher zögerliche Haltung einnehmend Ernst, Gelehrtes Recht, Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007, S. 3 ff., 15 ff., insb. S. 19 f.: generell ablehnend Lobinger, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts, AcP 2016, S. 28 ff., 39, 79, 105; Rittner, Das Modell des homo oeconomicus und die Jurisprudenz, JZ 2005, S. 668 ff., 669 f.

153 Fleischer, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als wissenschaftliche Disziplin, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007, S. 50 ff., 76.

154 S. N 22–25.

Interessenabwägung vorzunehmen sei.[155] Weiter konkretisierte das Gericht, dass diese Interessenabwägung dann zu Lasten der AGB-Verwenderin ausfalle (das heisst Missbräuchlichkeit vorliegt), wenn die AGB-Verwenderin ihre Gestaltungsmacht missbrauche, um mit den AGB in erheblicher und ungerechtfertigter Weise ihre eigenen Interessen zu verfolgen.[156] Das Gericht kam dabei zum Schluss, dass diese Voraussetzungen nicht erfüllt seien, da die AGB-Verwenderin berechtigte Gründe hatte, die AGB-Bestimmung einzuführen und diese (auch) zum Vorteil des Kunden waren.[157]

32 Wie oben dargelegt wurde, hätte das Gericht in einem ersten Schritt den Vergleichsmassstab, anhand welchem bestimmt wird, ob ein Missverhältnis vorliegt, feststellen müssen. Das dispositive Vertragsrecht, auf welches in erster Linie zurückzugreifen ist, sieht ganz mehrheitlich vor, dass die Vertragsbeendigung durch Rücktritt bzw. Kündigung keinen Form- bzw. Zugangserfordernissen unterliegt.[158] Mit anderen Worten können die Vertragspartner in der Regel auch mündlich oder per Briefpost den Vertrag beenden. Ferner geht das dispositive Recht davon aus, dass die Kündigung eine einseitige Willenserklärung darstellt.[159] Indem die Kunden im Beispiel des Bezirksgerichts Bülach für eine erfolgreiche Kündigung faktisch von der Mitwirkung von Mitarbeitenden der AGB-Verwenderin abhängig gemacht werden,[160] mutiert die Kündigung zu einem Konsensgeschäft, was dem Charakter einer einseitigen Willenserklärung zuwiderläuft. Nach dem Gesagten wird durch die besonderen Erfordernisse des Anrufs bzw. Live-Chats vom dispositiven Recht abgewichen, weshalb ein Missverhältnis vorliegt.

---

155 BezGer Bülach FV210068 vom 22. Dezember 2022, E. V: *«Demgemäss ist bei der Bewertung von AGB nach dem Massstab von Treu und Glauben eine umfassende Abwägung sämtlicher schutzwürdiger Interessen des AGB-Verwenders und der Konsumenten vorzunehmen* […]*»;* aus der bisherigen Rechtsprechung etwa HGer ZH HG210223, E. 7.3.4.3 *(«Verhältnismässigkeitsprüfung»);* vgl. dazu ausführlich Atamer (Fn. 23), ZSR 2024 II, S. 345 ff.; s.a. Atamer/Furger, Klassiker der Banken-AGB: Vertragsänderungsvorbehalts- und Retrozessionsverzichtsklauseln, SZW 2024, S. 140 ff., 146 m.w.N.; so im Ergebnis auch Botschaft UWG (Fn. 102), S. 6179.

156 Ähnlich BGH VII ZR 249/12 vom 4. Juli 2013, Rn. 23 *(«wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen»);* s.a. Atamer (Fn. 23), ZSR 2024 II, S. 355.

157 S. zum Entscheid ausführlich N 7 ff.

158 Eine wichtige Ausnahme bildet das Mietrecht (s. Art. 266l Abs. 1 OR); s. ferner zur Pacht Art. 298 Abs. 1 OR; zum Auftrag zur Ehe- oder zur Partnerschaftsvermittlung Art. 406e Abs. 3 OR.

159 BGE 113 II 259, E. 2a; Koller, Ordentliche, fristlose und missbräuchliche Kündigung des Arbeitsvertrages, AJP 1995, S. 1251 ff., 1251.

160 Wie aus den Kundenbeschwerden in Fn. 50 ersichtlich ist, können die Mitarbeitenden der AGB-Verwenderin ihre Mitwirkung verweigern und damit die Kündigung verunmöglichen; s.a. Rusch (Fn. 23), recht 2024, S. 226.

In einem zweiten Schritt hätte das Gericht feststellen müssen, ob bzw. unter welchen Umständen diese Abweichung so erheblich ist, dass von einer Missbräuchlichkeit ausgegangen werden kann. So hätte es sich unseres Erachtens im Rahmen des realistischen Elements angeboten, eine Fallgruppe von missbräuchlichen AGB-Klauseln zu entwickeln. Denn unter Berücksichtigung der – durch empirisch-wissenschaftliche Studien nachgewiesenen – tatsächlichen Umstände haben solche, durch die AGB-Bestimmung eingeführte Hürden im Kündigungsprozess einen erheblichen Einfluss auf die Kündigungsbereitschaft der Kunden und führen für die Unternehmen zu ebensolchen «*Erfolgen im Sinne der Verhinderung von an sich objektiv interessengerechten Kündigungen*».[161] 33

Dass dieses Problem weitverbreitet ist, zeigt auch ein Blick über die Grenzen.[162] So haben verschiedene Gesetzgeber eine entsprechende Fallgruppe in ihre exemplarischen Listen missbräuchlicher Klauseln aufgenommen.[163] Das österreichische Recht sieht z.B. in § 879 ABGB i.V.m. § 6 Abs. 1 Ziff. 4 KSchG vor, dass «[f]*ür den Verbraucher* […] *besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich* [sind], *nach denen* [Ziff. 4] *eine vom Verbraucher dem Unternehmer oder einem Dritten abzugebende Anzeige oder Erklärung einer strengeren Form als der Schriftform oder besonderen Zugangserfordernissen zu genügen hat*». Ferner sieht auch das deutsche Recht eine ähnliche, noch restriktivere Fallgruppe von absolut unwirksamen AGB-Klauseln in § 309 Ziff. 13 lit. b und c BGB vor: «*Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam* [Ziff. 13] *eine Bestimmung, durch die Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender oder einem Dritten gegenüber abzugeben sind, gebunden werden* [lit. b] *an eine strengere Form als die Textform in anderen als den in Buchstabe a*[164] *genannten Verträgen oder* [lit. c] *an besondere* 34

[161] Verbraucherkommission Baden-Württemberg (Fn. 40) (die Stellungnahme baut auf dem in Fn. 40 zitierten Gutachten auf), S. 4; dazu bereits ausführlich N 11 ff.

[162] Verbraucherkommission Baden-Württemberg (Fn. 40), S. 4: «*Auffällig ist durch zahlreiche Verbraucherbeschwerden und daraus resultierenden Verfahren der Verbraucherzentralen, dass Kündigungen beispielsweise von Rückrufen oder Bestätigungen des Anbieters abhängig gemacht, oder Verbraucher angeblich nur auf bestimmten Wegen kündigen könnten* […]»; Solmecke, Das Gesetz für faire Verbraucherverträge – Das Ende der Endlosverträge bei Handys und Streaming, K&R 2021, S. 613 ff., 614: «*Häufig werden Kunden stattdessen* [statt einer Online-Kündigungsmöglichkeit] *auf Briefe, ein Fax oder sogar eine Telefonhotline verwiesen, wo sie dann zum Verzicht auf die Kündigung bewegt werden sollen.*»

[163] S. zu diesen Listen bereits N 23.

[164] Von «Buchstabe a» werden solche Verträge erfasst, für die das Gesetz die notarielle Beurkundung vorsieht.

Zugangserfordernisse.»[165] Dabei wird betont, dass auch eine AGB-Klausel, welche nur eine telefonische Erklärung zulässt, gem. § 309 Nr. 13 lit. b BGB unwirksam ist.[166] Daneben fallen solche AGB-Klauseln, welche nur eine Kündigung via Telefon bzw. Online-Chat vorsehen, unter § 309 Nr. 13 lit. c BGB.[167] Denn sowohl beim Anrufs- als auch beim Online-Chat-Erfordernis ist grundsätzlich – insbesondere aber im genannten Beispiel des Bezirksgerichts Bülach[168] – erforderlich, dass Mitarbeitende der AGB-Verwenderin die Kündigung entgegennehmen und bestätigen. Ein solches Erfordernis der tatsächlichen Kenntnisnahme stellt ein unerlaubtes besonderes Empfangserfordernis gem. § 309 Nr. 13 lit. c BGB dar.[169]

35 Akzentuiert haben sich diese Probleme insbesondere in den letzten Jahren durch den Abschluss von Langzeitverträgen – wie z.B. bei Streaming-, Telefon- oder Internetverträgen – über digitale Kanäle. Auch hier werden die Kündigungsmöglichkeiten erschwert, indem von Kunden die Einhaltung komplizierter oder ungewöhnlicher Prozesse erwartet wird.[170] Um diesen Entwicklungen gegenzusteuern, erliess der deutsche Gesetzgeber 2021, wohl gestützt auf eine verhaltensökonomisch geprägte Stellungnahme[171] und das ihr zu Grunde liegende Gutachten,[172] ein sog. Gesetz für faire Verbraucherverträge.[173] Nach

---

165 Zu dieser Bestimmung etwa Coester-Waltjen, in: Staudinger BGB, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Berlin 2022, § 309 Nr. 13 Rn. 6–7b.

166 Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 7. Aufl., München 2020, § 309 Nr. 13 Rn. 28: «*Aus diesem Grunde ist ein Formerfordernis generell nur dann milder als ein Textbzw. Schriftformerfordernis, wenn es dem Kunden zugleich die Freiheit zur Wahl der Text- bzw. Schriftform belässt*» (Hervorhebungen entfernt); zustimmend Weiler, in: Gsell *et al.* (Hrsg.), beck-online. GROSSKOMMENTAR, Stand: 1.12.2024, § 309 BGB Nr. 13 Rn. 42; so wohl auch Wurmnest, in: Säcker *et al.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I: §§ 241–310, München 2019, § 309 Nr. 13 Rn. 8, welcher festhält, dass die Voraussetzungen an die Textform nicht zum Nachteil des Vertragspartners abgeändert werden dürfen.

167 S. zum Erfordernis des Zugangs über eine Hotline ausdrücklich Becker, in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, Stand: 1.5.2024, § 309 Nr. 13 Rn. 9.

168 S. diesbezüglich die Kundenbeschwerden in Fn. 50.

169 BeckOGK/Weiler (Fn. 166), § 309 BGB Nr. 13 Rn. 54: «*So verhält es sich, wenn auf die tatsächliche Kenntnisnahme* […] *abgestellt wird.*»

170 S. etwa Brönneke/Schmidt (Fn. 40), S. 16 ff. (S. 16: «*Es wurden die öffentlich zugänglichen Bereiche der Webseiten [externen Bereiche] von 37 Unternehmen hinsichtlich der Anzahl der notwenigen ‹Klicks› von einer [zufällig ausgewählten] Produktseite bis zur erstmaligen Erwähnung von Kündigungsinformationen [Frist, Form, Formular; AGB separat erwähnt] analysiert*»; a.a.O., S. 32: «*Betrachtet man die ökonomischen Hintergründe, so ist eine solche* [komplizierte] *Ausgestaltung der Webpages aus Sicht der Anbieter interessengerecht, es handelt sich um ein ‹Kundenbindungsprogramm› eigener Art, das allerdings aus übergeordneter Gemeinwohlsicht durch nichts gerechtfertigt ist.*»)

171 Verbraucherkommission Baden-Württemberg (Fn. 40).

172 Brönneke/Schmidt (Fn. 40).

173 S.a. Stiegler (Fn. 51), S. 443.

diesem werden Unternehmen in Bezug auf gewisse Verträge dazu verpflichtet, «*sicherzustellen, dass der Verbraucher auf der Webseite eine Erklärung zur ordentlichen* […] *Kündigung eines auf der Webseite abschliessbaren Vertrags* […] *über eine Kündigungsschaltfläche abgeben kann. Die Kündigungsschaltfläche muss gut lesbar mit nichts anderem als den Wörtern ‹Verträge hier kündigen› oder mit einer entsprechenden eindeutigen Formulierung beschriftet sein.*» (§ 312k Abs. 2 BGB).[174] Die Schaltfläche «Kündigen» muss direkt zu einer Formularseite führen, auf der sich der Verbraucher identifizieren und den Kündigungsantrag durch Klicken auf die Schaltfläche «Jetzt kündigen» wirksam einreichen kann. Der französische Gesetzgeber folgte dem deutschen[175] und fügte Art. L-215-1-1 in den *Code de la consommation* mit dem Ziel ein, dass die Kündigung mit wenigen Schritten möglich ist und der Konsument dadurch von besseren Angeboten auf dem Markt profitieren kann.[176] Auch der englische Gesetzgeber hat im *Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024* in *Sec.* 260(1) eine explizite Regelung zur leichten und schnellen Beendigung von sog. *‹subscription contracts›* aufgenommen.[177]

Vor diesem Hintergrund kann dem Bezirksgericht Bülach zwar insofern zugestimmt wer- 36
den, als «*Kündigungsmodalitäten auf die digitalen und auf die vielschichtigen Bedürfnisse anzupassen*»[178] sind. Jedoch erfolgt eine solche Anpassung nicht dadurch, dass dem Kunden ein Telefonat oder die Kommunikation über einen Live-Chat aufgedrängt wird, sondern bspw., indem ihm die (einfache) Möglichkeit gegeben wird, mit wenigen Klicks auf der Webseite seinen Vertrag zu kündigen, ohne dass die AGB-Verwenderin involviert werden muss.

Zuletzt gilt es noch zu beantworten, was für eine Fallgruppe von missbräuchlichen Klau- 37
seln gem. Art. 8 UWG im Beispiel des Bezirksgerichts Zürich hätte erarbeitet werden können. Unter Berücksichtigung der verhaltensökonomischen sowie der rechtsvergleichenden Erkenntnisse erscheint es auf jeden Fall angebracht, dass dem Kunden eine Kün-

174 S. zum Gesetzgebungsprozess und zur Bestimmung ausführlich Stiegler (Fn. 51), S. 443 ff.

175 Dazu Douville, La résiliation par voie électronique, Recueil Dalloz 2022, S. 1602 ff.

176 S. Art. 15 LOI n° 2022–1158 du 16 août 2022 portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat; dazu Bernheim-Desvaux, Les incidences en droit de la consommation de l'adoption de la loi dite pouvoir d'achat, Contrats Concurrence Consommation, Éditions techniques – Éditions du Juris-classeur – LexisNexis 2022, n° 162; s.a. <https://www.francenum.gouv.fr/guides-et-conseils/developpement-commercial/gestion-de-la-relation-client/resiliation-en-3-clics>.

177 Dazu im Detail Busch/Twigg-Flesner, A Roadmap for Regulating Subscriptions in the Digital Fairness Act, EuCML 2024, S. 234 ff., 240.

178 BezGer Bülach FV210068 vom 22. Dezember 2022, E. VI., 2.2.3.2.

digungsmöglichkeit zur Verfügung steht, welche er ohne Mitwirkung der AGB-Verwenderin ausüben kann. Entsprechend hätte das Ergebnis einer solchen Konkretisierung etwa lauten können:

Eine AGB-Klausel ist insbesondere dann missbräuchlich, wenn sie für eine Kündigung des Konsumenten Bedingungen vorsieht, die nicht wenigstens eine Kündigung in Textform erlauben.

38 Nach dieser Fallgruppe von Art. 8 UWG müsste die Kündigung *wenigstens* in einer Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, zugelassen werden.[179] Die Textform als Formerfordernis ist dem schweizerischen Recht denn auch bereits bekannt.[180] So ist diese etwa für Gerichts- und Schiedsvereinbarungen (Art. 17 Abs. 2 und Art. 358 Abs. 1 ZPO) sowie für die Erfüllung der Orientierungspflicht bei Haustürgeschäften (Art. 40d Abs. 1 OR) vorgesehen. Mit dem «wenigstens» soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die AGB-Verwenderin weiterhin eine Kündigung über andere Kanäle, so etwa über das Telefon oder einen Online-Kündigungsbutton, ermöglichen, aber nicht erzwingen kann. Es muss parallel zu solchen (alternativen) Kanälen in jedem Fall auch die Kündigung in Textform möglich sein.[181]

39 Vor dem Hintergrund, dass Vertragsabschlüsse vermehrt auch über das Internet möglich sind, wäre es zeitgemäss und wünschenswert, wenn bei solchen Anbieterinnen – nach dem Vorbild von § 312k BGB – auch eine (einfache) Kündigung via Internet ermöglicht werden würde. Der Ansatz der «[p]*arallel initiation and cancellation methods*»[182] ist denn auch ein Trend, welcher sich global etabliert; so sehen unter anderem bereits ver-

[179] Weniger weitgehend Rusch (Fn. 23), recht 2024, S. 225 f., nach welchem immer eine Kündigung in Schriftform möglich sein muss.

[180] S. etwa Huguenin (Fn. 112), N 347; Müller, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht, Art. 11 N 95 ff.

[181] So auch zum deutschen Recht in Bezug auf das Verhältnis von § 312k (Kündigungsbutton) zu § 309 Nr. 13 (AGB-Kontrolle) BGB: Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 18. Juni 2021, 19/30840, S. 16; Güster/Booke, Kündigungsbutton-Pflicht bei Dauerschuldverhältnissen, MMR 2022, S. 450 ff., 450; s. zu § 309 Nr. 13 BGB ferner Fn. 166.

[182] So nennen ihn Cox/Caruso (Fn. 44), S. 1650.

schiedene Bundesstaaten in den USA,[183] die Niederlande[184] sowie Dänemark[185] entsprechende Regulierungen vor.[186] Eine solche Vorschrift kann jedoch nicht durch die Konkretisierung von Art. 8 UWG geschaffen werden. Denn die offene AGB-Inhaltskontrolle zielt auf die Verbietung von *missbräuchlichen* Klauseln ab und ist nicht dazu geeignet, aus verhaltensökonomischer,[187] rechtsvergleichender,[188] aber auch marktwirtschaftlicher[189] Sicht *gebotene* Zustände herzustellen. Der Schaffung einer solchen Regelung müsste sich der Gesetzgeber annehmen.

6. Würdigung

Das Recht im Allgemeinen, aber auch der gerichtliche Entscheidfindungsprozess im Besonderen sollten sich nicht *per se* vor Erkenntnissen ausserrechtlicher bzw. interdisziplinärer Natur verschliessen. Vielmehr erscheint es geboten, dass die Rechtsdogmatik 40

[183] So etwa California (§ 17602[d][1] Business and Professions Code [BPC]: «[A] *business that allows a consumer to accept an automatic renewal or continuous service offer online shall allow a consumer to terminate the automatic renewal or continuous service exclusively online, at will, and without engaging any further steps that obstruct or delay the consumer's ability to terminate the automatic renewal or continuous service immediately*»), Delaware (§ 2732[4] Delaware Code, Title 6, Commerce and Trade: «[…]. *A consumer who enters into a contract online shall be permitted to cancel the contract online*»), Florida (§ 501.165[2][d] Florida Statutes: «*A seller that enters into or renews any service contract with a consumer which includes an automatic renewal provision must allow the consumer to cancel the service contract in the same manner, and by the same means, as the consumer manifested his or her acceptance of the service contract*»), Illinois (Illinois Compiled Statutes 815 ILCS 601/10[b-5]: «[…]. *A consumer who accepts an automatic renewal or continuous service offer online must be allowed to terminate the automatic renewal or continuous service exclusively online, which may include a termination email formatted and provided by the business that a consumer can send to the business without additional information, or a link to a website or other online service consumers can use to cancel*»).

[184] Art. 236 f. Burgerlijk Wetboek Boek 6 und dazu Netherland Enterprise Agency, RVO, Automatic renewal subscription (<https://business.gov.nl/regulation/automatic-renewal-subscription/>): «*Consumers must be able to cancel their agreement in exactly the same way as they signed up for it*»; Autoriteit Consument & Market, Annuleren en opzeggen (<https://www.acm.nl/nl/verkoop-aan-consumenten/klantenservice/annuleren-en-opzeggen#bronnen>).

[185] Nach dem Konsumentenombudsmann sind Klauseln, nach welchen eine Kündigung auf eine andere und für den Konsumenten belastendere Weise erfolgen muss als die Art und Weise, in der der Vertrag geschlossen wurde, missbräuchlich nach § 36 und 38C Danish Contracts Act (s. Forbrugerombudsmanden, En aftale skal kunne opsiges ved benyttelse af samme medie/kanal, som aftalen er indgået på, 29. September 2014 [<https://forbrugerombudsmanden.dk/find-sager/sager/markedsfoeringsloven/sager-efter-markedsfoeringsloven/kontraktvilkaar/opsigelse-af-aftale-paa-samme-medie-som-indgaaelse>]).

[186] S. dazu auch Cox/Caruso (Fn. 44), S. 1650 f.

[187] Ausführlich N 11 ff.

[188] S.a. N 35.

[189] S. zu situativem Marktversagen N 4; zu den negativen marktwirtschaftlichen Auswirkungen von sich automatisch verlängernden Verträgen allg. Cox/Caruso (Fn. 44), S. 1626 ff.

sowie die Rechtspraxis empirisch gesicherte Erkenntnisse z.B. der Verhaltensökonomie berücksichtigen. Denn, auch wenn die Anwendung des Rechts einen vom Recht selbst determinierten und dementsprechend überwiegend rechtlich geprägten Prozess darstellt, kann sich die Rechtsetzung, die Rechtswissenschaft und die Rechtsprechung nicht den Erkenntnissen empirischer Forschung verschliessen, wenn sie zeitgemässe und wirklichkeitsnahe Lösungen anzubieten beabsichtigen. Die Gerichtspraxis hat deshalb, wie dies für das schweizerische Recht unseres Erachtens berechtigterweise verschiedentlich gefordert wird, die lebensweltlichen Grundlagen im Rahmen der Entscheidfindung (mit) zu berücksichtigen. Mit dieser Forderung ist jedoch kein Paradigmenwechsel angestrebt. Die traditionellen methodologischen Instrumente werden weiterhin das primäre Hilfsmittel zur Findung und Anwendung des Rechts bleiben. Doch soll insbesondere dann auf realistische Erwägungen zurückgegriffen werden, wenn die klassischen Instrumente zu keinem klaren Ergebnis führen, weil dem Gesetz lediglich sehr offene und daher in hohem Masse konkretisierungsbedürftige Tatbestandselemente (Stichwort: Generalklausel) entnommen werden können. Empirische Erkenntnisse sollen somit als Hilfsmittel zur Rechtsvervollständigung, ergänzend zu den tradierten Instrumenten und damit die Rechtsdogmatik unterstützend zur Anwendung gelangen.

41 In besonderer Weise hat dies für das in diesem Beitrag behandelte Beispiel zur Konkretisierung von Art. 8 UWG zu gelten. Denn seit über 12 Jahren verfügt das schweizerische Recht nun über eine Bestimmung, welche der Gerichtspraxis eine grundsätzlich auf eine Vielzahl von Fällen anwendbare Grundlage zur Kontrolle von AGB-Bestimmungen zur Verfügung stellt.[190] Doch kann bis heute kein bemerkenswerter Einsatz[191] dieser offenen Inhaltskontrolle vermerkt werden, obwohl die Thematik im Ausland vieldiskutiert und regelmässig ausschlaggebend für neue legislatorische Vorstösse ist.[192] Deshalb ist mit Nachdruck zu fordern, dass – wenn sich schon der schweizerische Gesetzgeber nicht um eine faire und zeitgemässe Kontrolle von missbräuchlichen AGB-Bestimmungen bemüht,[193] indem er den Gerichten exemplarische Listen von missbräuchlichen Klau-

---

190 Vor der UWG-Revision im Jahr 2012 war Art. 8 UWG aufgrund des Tatbestandsmerkmals der «Irreführung» nur selten zur Anwendung gekommen (s. nur Dike UWG-Heiss [Fn. 102], Art. 8 N 33; Kramer/Probst/Perrig [Fn. 44], N 351).

191 Lediglich eine Handvoll Entscheide befassen sich ausführlich mit der Thematik, s. etwa OGer ZH PP230005 vom 19. Juli 2023, E. 3.1; HGer ZH HG210223-O vom 21. Juni 2023, E. 7.3.4; OGer SO ZKBES. 2021.105 vom 2. November 2021; KGer SZ ZK1_2016_28 vom 2. Mai 2017, E. 3c.

192 Loos/Luzak, Update the Unfair Contract Terms Directive for Digital Services, European Parliament, 2021, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies PE 676.006 – February 2021; Wendehorst, Rechtsdurchsetzung im Verbraucherrecht – materiellrechtliche Aspekte, in: Verhandlungen des 21. Österreichischen Juristentags, Bd. II/1, Wien 2022, S. 1 ff., 50 f.; Lehmann/Busch, Make It Stringent: A Plea for an Unfair Terms Regulation, ERPL 2023, S. 1175 ff.; s.a. Kramer (Fn. 101), recht 2023, S. 188.

193 S. exemplarisch die Ablehnung der parlamentarischen Initiative in Fn. 44 («Stillschweigende Verlängerung von Dienstleistungsverträgen. Mehr Informationen und Schutz für Konsumentinnen und Konsumenten»).

seln an die Hand gibt – die Gerichtspraxis sich für eine sachgerechte Konkretisierung von Art. 8 UWG einsetzt. Denn verstecken sich die Gerichte noch lange Zeit hinter dem erkennbar unzureichend konkretisierten Tatbestand von Art. 8 UWG, indem sie (in verschiedenen europäischen Rechtsordnungen als missbräuchlich anerkannte) Sachverhalte als nicht unter die Bestimmung subsumierbar qualifizieren und dabei die von der Verhaltensökonomik aufgearbeiteten Erkenntnisse ignorieren, droht die Justiz von der gesellschaftlichen Realität abzudriften.[194] Mit den (bereits 1975 ausgedrückten) Worten Hopts lässt sich die Lage aber auch wesentlich optimistischer beschreiben, nämlich, dass *«die Rechtsprechung* […] [hier] *die Chance* [hat], […] *durch wegweisende Entscheidungen die Existenzaufgabe des politischen und sozialen Ausgleichs in der modernen Industriegesellschaft mitzutragen».*[195]

[194] Grundmann (Fn. 3), RabelsZ 2022, S. 408: *«Es wäre nicht einmal übertrieben zu konstatieren, dass sich die Rechtswissenschaften ohne solch einen Austausch von ihrem primären Betrachtungsobjekt, der Gesellschaft, entfernen und langfristig zu einer formalen Disziplin verkümmern würden»;* Hopt, Was ist von den Sozialwissenschaften für die Rechtsanwendung zu erwarten?, JZ 1975, S. 341 ff., 347: *«Gelingt es ihm* [dem Rechtsanwender] *nicht, wenigstens grobe Abhilfe zu schaffen, dann weitet sich die Kluft zwischen Bevölkerung und Justiz oder droht die politische und soziale Entwicklung die Rechtsprechung einfach zu überrollen.»*

[195] Hopt (Fn. 194), JZ 1975, S. 347.