

Jörn Basel / Marco S. Meier

## **Nudging: rechtliche Grauzonen und moralische Fallstricke**

---

Welche rechtlichen und moralischen Probleme können aus der Verwendung von Nudges als subtile Entscheidungshilfen resultieren? Dieser Aufsatz bietet hierfür eine fundierte Diskussionsgrundlage. Dazu wird zunächst das Konzept Nudging in seinem verhaltensökonomischen und psychologischen Ursprung eingeordnet, zu verwandten Konzepten abgegrenzt und präzisiert. Praxisbeispiele illustrieren anschliessend, welche geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen in der Schweiz zu berücksichtigen sind und wo sich mögliche moralische Fallstricke verbergen. Der Aufsatz schliesst mit Empfehlungen für einen informierten Umgang mit analogen und digitalen Nudges.

---

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Privatrecht; Konsumentenrecht; Wettbewerbsrecht; Datenschutz

Zitiervorschlag: Jörn Basel / Marco S. Meier, Nudging: rechtliche Grauzonen und moralische Fallstricke, in: Jusletter 21. September 2020

## Inhaltsübersicht

- Einleitung
- 1. Konzept und leitende Ideen
- 2. Evidenzlage
- 3. Rechtliche Grauzone
  - 3.1. Rechtliche Rahmenbedingungen und Grundlagen in der Schweiz
  - 3.2. Unlauterer Wettbewerb durch Nudging
  - 3.3. Unrichtige oder irreführende Angaben
  - 3.4. Besonders aggressive Verkaufsmethoden
  - 3.5. Rückgriff auf die Generalklausel
  - 3.6. Rechtsschutz bei UWG-Verstössen
  - 3.7. Selbstregulierung
  - 3.8. Regulierungsbestrebungen in Europa
- 4. Moralische Fallstricke
- 5. Diskussion – Nudging aus Sicht der Praxis: Was ist zu beachten?

## Einleitung

[1] Mittels welcher Strategien menschliches Verhalten sich vorhersagbar beeinflussen lässt, war schon immer eine der Königsfragen angewandter Wirtschaftsforschung. Kaum ein Ansatz hat aber in den letzten Jahren für so viel Aufsehen gesorgt, wie das massgeblich von dem Ökonom RICHARD THALER und dem Juristen CASS SUNSTEIN geprägte Thema Nudging.<sup>1</sup> Die Empfehlung für «sanfte Stupser» (Englisch «to nudge» = (an)stupsen), welche unsere Entscheidungen positiv beeinflussen sollen, fand nicht nur grosse Resonanz in der akademischen Forschung, sondern wurde auch in der wirtschaftlichen und politischen Praxis breit rezipiert. Die Einführung von sogenannten «Nudge-Units» in den Regierungsapparaten der USA und von Grossbritannien, sind nur zwei prominente Beispiele dieser «erstaunlichen Erfolgsgeschichte».<sup>2</sup>

[2] Die Verwendung von subtil-wirkenden Entscheidungshilfen wirft aber auch Fragen auf. Diese betreffen zum einen die rechtlichen Rahmenbedingungen, nach denen Ansätze wie Nudging – insbesondere in einem privatwirtschaftlichen Kontext – verwendet werden dürfen. Zum anderen sind auch moralische Aspekte zu adressieren, etwa inwieweit durch solche psychologischen Interventionen in die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen bevormundend eingegriffen wird.

[3] Dieser Aufsatz soll eine fundierte Diskussion dieser Fragen ermöglichen. Hierzu wird zunächst das Konzept Nudging in seinem verhaltensökonomischen- und psychologischen Ursprung eingeordnet, zu verwandten Konzepten abgegrenzt und präzisiert. Auf dieser Basis werden aktuelle Studien zur empirisch untersuchten Wirksamkeit von Nudging-Massnahmen diskutiert. Praxisnahe Anwendungsbeispiele illustrieren anschliessend, welche geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen am Beispiel Schweiz zu berücksichtigen sind und wo sich mögliche moralische Fallstricke verbergen. Der Aufsatz schliesst mit Empfehlungen für einen informierten Umgang mit analogen und digitalen Nudges.

---

<sup>1</sup> RICHARD H. THALER/CASS R. SUNSTEIN, Nudge. Improving decision about health, wealth, and happiness, Yale 2008.

<sup>2</sup> TOBIAS VOGEL, Nudging – eine erstaunliche Erfolgsgeschichte, Wirtschaftspsychologie aktuell (1), 2018, S. 48–52.

## 1. Konzept und leitende Ideen

[4] Nicht jede Massnahme, welche darauf zielt, unser Verhalten in eine bestimmte Richtung zu lenken, ist mit einem Nudge gleichzusetzen. Auch nicht jede Entscheidungsdirektive, welche sich auf psychologische Ansätze bezieht, ist deshalb ein Nudge. Diese Vorbemerkungen mögen trivial erscheinen, sind jedoch wichtig, wenn man sich fundiert mit dem Konzept Nudging auseinandersetzen möchte. Die anhaltende Popularität der Nudge-Thematik hat bedauerlicherweise auch dazu geführt, dass das ursprüngliche Konzept in manchen Diskussionen verwässert wurde und sich dadurch von seinem wissenschaftlichen Präzisionsanspruch entfernt.

[5] Im definitorischen Sinne bedeutet Nudging, dass eine Entscheidungsumwelt auf eine systematische Art ausgerichtet wird, dass dadurch das Verhalten der betroffenen Akteure vorhersagbar beeinflusst wird. Die Wirkungsmechanismen sind hierbei evolutionär angelegte Wahrnehmungs- und Verhaltensmuster, etwa unsere Empfänglichkeit für soziale Einflüsse oder die Schwierigkeit im Umgang mit Wahrscheinlichkeiten. Diese Muster sind in zahlreichen verhaltenswissenschaftlichen Studien gut dokumentiert und bilden das wissenschaftlich-empirische Fundament des Nudging-Ansatzes. Besondere Prominenz hat hierbei die Unterscheidung unserer Denkvorgänge in zwei Modi bzw. Prozesse: Einer für schnelle Routineaufgaben und ein zweiter, langsamerer für – im weitesten Sinne – anspruchsvollere Aufgaben. Das schnelle System sorgt gleichsam eines Autopiloten für einen effizienten Umgang mit alltäglichen Entscheidungen und Handlungen. Es hat allerdings den Nachteil, dass es auch fehleranfälliger ist und dies unter Umständen zu Fehlentscheidungen und Urteilsverzerrungen führen kann.<sup>3</sup>

[6] In der Gesamtbetrachtung dieser Befunde entsteht das Bild, dass unsere Entscheidungen in zahlreichen Fällen weniger einem hyper-rationalen *Homo Oeconomicus* entsprechen, sondern wir teilweise erstaunlich irrational agieren – allerdings, bedingt durch die Fehler des «schnellen» Systems, «vorhersagbar irrational». <sup>4</sup> Folglich kann an dieser Vorhersagbarkeit ein robuster Hebel angesetzt werden, um das Verhalten in eine bestimmte Richtung zu lenken. Vereinfacht gesagt, nutzt ein Nudge daher (vermeidliche) Schwächen der menschlichen Natur und des kognitiven Apparates und wendet diese zum eigenen Vorteil.

[7] Der entscheidende Aspekt, damit es sich um einen Nudge im Sinne von THALER und SUNSTEIN handelt, sind jedoch zwei zusätzliche Eigenschaften, welche dieser Massnahme inhärent sein müssen: Das erste Element ist die Entscheidungsfreiheit, welche nicht eingeschränkt werden darf. Ein simples Verbot einer bestimmten Alternative ist daher kein Nudge. Das zweite Element ist der Verzicht auf monetäre Anreize. Dadurch entziehen sich verschiedene finanzielle Belohnungs- und Bestrafungsansätze ebenfalls dem definitorischen Nudge-Rahmen.<sup>5</sup> VOGEL fasst dies wie folgt zusammen: «Sie (Nudges) lassen einem die Freiheit, geben und nehmen einem (unmittelbar) kein Geld».<sup>6</sup>

[8] Diese beiden zentralen Einschränkungen sind eng mit dem rechtsphilosophischen und politisch ausgerichteten Überbau des Nudging-Ansatzes verknüpft. Dieser wird unter dem Begriff des

---

<sup>3</sup> JÖRN SEBASTIAN BASEL/ROLF BRÜHL, Rationality and dual process models of reasoning in managerial cognition and decision making, *European Management Journal*, 31, 2013, S. 745–754.

<sup>4</sup> DAN ARIELY, *Predictably irrational: The hidden forces that shape our decisions*, New York 2008.

<sup>5</sup> RICHARD H. THALER/CASS R. SUNSTEIN (Fn. 1).

<sup>6</sup> TOBIAS VOGEL (Fn. 2), S. 48.

liberalen Paternalismus («libertarian paternalism»)<sup>7</sup> diskutiert. Liberaler Paternalismus bedeutet, dass zwar eine bestimmte Entscheidungsschichtung als zu präferieren angesehen wird, allerdings soll diese Direktive nicht den Entscheidungsspielraum des Einzelnen einschränken. Was zunächst klingt wie ein Oxymoron (und folglich an diesem Ansatz auch kritisiert wird, z.B. von MITCHELL<sup>8</sup>), soll dadurch realisiert werden, dass der eigene Vorteil des Individuums konsequent im Mittelpunkt steht. Im Idealfall soll das entsprechende Ziel (z.B. sich gesund zu ernähren), auch unabhängig von bestimmten Interventionen, sowieso bereits apriori angestrebt werden. Eine Facette des liberalen Paternalismus wäre etwa die eines Ampelsystems zu gesundheitlichen Risiken von bestimmten Produkten, da hierbei davon auszugehen ist, dass das individuelle Wohlbefinden an den persönlichen Gesundheitszustand gekoppelt ist und folglich dessen Schutz auch im Eigeninteresse erfolgt.

[9] Als übergeordnete Ausrichtung kann auch eine Form der sanften Wohltätigkeit die Schichtung des Nudges legitimieren. Hierbei steht statt dem individuellen Vorteil das Wohl der Allgemeinheit im Mittelpunkt, welches aber ebenfalls mehrheitlich mitgetragen werden soll. Ein Beispiel wäre die Sicherstellung eines nachhaltigen Umgangs mit Umweltressourcen. Profiteur davon ist schlussendlich die gesamte Gesellschaft, aber dieses Ziel wird ebenfalls durch einen breiten Konsens mitgetragen und nicht top-down verordnet.

[10] In beiden Varianten (individueller Nutzen und sanfte Wohltätigkeit) zeigt sich jedoch klar, dass Nudging, als bewusst gewählte Strategie, stets eine normative Komponente beinhaltet. Es besteht folglich keine Wertefreiheit im Rahmen dieses Ansatzes. Allerdings betonen auch zahlreiche Autoren, dass es grundsätzlich auch gar keine Möglichkeit gibt, dass Entscheidungsalternativen vollkommen neutral präsentiert werden können.<sup>9</sup> Angelehnt an das Bonmot, dass man nicht nicht kommunizieren kann, könnte man also in diesem Bereich postulieren, dass man daher auch nicht nicht nudgen kann, beziehungsweise zumindest sich nicht der Rolle eines Entscheidungsgestalters entziehen kann.

[11] Die normative Grundausrichtung von Nudges wird auch dadurch ersichtlich, dass diese in zahlreichen Fällen darauf zielen, dass die betroffenen Personen zum Treffen einer Entscheidung angehalten werden, statt untätig diese zu vertagen. Prominentes Beispiel hierfür ist die knappe Ablehnung eines Gesetzentwurfes zur Widerspruchslösung bei Organspenden durch den Deutschen Bundestag im Januar 2020. Dieser Entwurf hätte vorgesehen, dass per Default alle Bundesbürger ab 16 Jahren automatisch zu Organspendern werden, ausser es erfolgt ein aktives Widersprechen. Eine sogenannte «Opt-Out»-Regelung wird bereits in den meisten westeuropäischen Ländern praktiziert und das Ziel, die deutlich zu niedrige Anzahl der Organspender zu erhöhen, wird dort klar erreicht.<sup>10</sup> Die fehlende Zustimmung durch die Abgeordneten erfolgte jedoch mit der Begründung, dass dieser Automatismus mit dem verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrecht des Menschen nicht vereinbar sei. Ausgangspunkt der Kritik ist daher weniger die allgemeine Wohltätigkeit, sondern die negativen individuellen Konsequenzen. Die Trägheit

<sup>7</sup> RICHARD H. THALER/CASS R. SUNSTEIN, *Libertarian paternalism*, *American Economic Review*, 93(2), 2003, S. 175–179.

<sup>8</sup> GREGORY MITCHELL, *Libertarian paternalism is an oxymoron*, *Northwestern University Law Review*, 99, 2005, S. 1245–1278.

<sup>9</sup> ERIC J. JOHNSON/SUZANNE B. SHU/BENEDICT G.C. DELLAERT/CRAIG FOX/DANIEL G. GOLDSTEIN/GERALD HÄUBL/BRIAN WANSINK, *Beyond nudges: Tools of a choice architecture*, *Marketing Letters*, 23(2), 2012, S. 487–504.

<sup>10</sup> ERIC J. JOHNSON/DANIEL G. GOLDSTEIN, *Defaults and donation decisions*, *Transplantation*, 78(12), 2004, S. 1713–1716.

des Einzelnen kann – so die Kritik – dazu führen, dass eine nicht unerhebliche Anzahl von Personen als Organspender klassifiziert wird, obwohl sie diesem nicht zugestimmt haben und dies vielleicht auch nie würden.

[12] Dass Nudging jedoch weit über politische Anwendungsbereiche hinaus zielt, kann weniger mit dem liberalen Paternalismus begründet werden, als durch die intensive Bezugnahme auf etablierte sozial- und kognitionspsychologische Theorien und verhaltensökonomische Befunde. Konsequenterweise wird auch zwischen öffentlichen/staatlichen Nudges und wirtschaftlichen/privaten Nudges differenziert.<sup>11</sup> Hierbei wird die Wechselbeziehung des Nudging deutlich. Nicht nur der Adressat (Individuum, Gesellschaft) der Nudging-Intervention ist bei der moralisch-rechtlichen Bewertung von Bedeutung, sondern auch der Nudge-Architekt. Für eine Wertediskussion spielt es eine massgebliche Rolle, ob diese von einem staatlichen Akteur oder einem privat-wirtschaftlichen Unternehmen ausgeht. Während dem Staat – je nach politischer Couleur – ein gewisses Mass an wohltätigem Streben durchaus zugebilligt wird, ist es für privatwirtschaftlich handelnde Akteure wesentlich schwieriger, den Brückenschlag von Gewinnstreben hin zu individuellem Nutzen darzulegen. Während folglich im politischen Bereich das Thema Wahlfreiheit und Autonomie die wichtigsten Punkte sind, ist die wirtschaftliche Nutzung von Nudges stärker auf die eigentlichen psychologischen Wirkungsmechanismen fokussiert. Im definitiven Sinne sind bei einer wirtschaftlichen Ausrichtung des Nudges insofern Einschränkungen zu machen, da die Vorgabe eines Verzichtes auf monetäre Anreize kaum in letzter Konsequenz umsetzbar scheint.

	<b>Public nudging</b>	<b>Private nudging</b>
Stossrichtung	sanfte Wohltätigkeit	individueller Nutzen
theoretische Grundlage	libertarian paternalism	Sozial- und Kognitionspsychologie; Verhaltensökonomie
Nudge-Architekt	staatlich	staatlich, privatwirtschaftlich
Hauptadressat	Gesellschaft	Individuum

**Tabelle 1: Unterscheidung öffentliche und private Nudging-Ansätze**

[13] Im Gegensatz zur politischen Entscheidungsgestaltung ist im wirtschaftlichen Bereich der Nutzen von psychologischen Überzeugungsansätzen auch nicht neu. Im Gegenteil, Psychologie wird bereits seit dem frühen 20. Jahrhundert intensiv im Bereich wirtschaftlicher Anwendungen genutzt. Gerade im Bereich Persuasion finden sich ganze Lehrbücher<sup>12</sup>, welche systematisch psychologische Befunde auf spezifische Anwendungsbereiche als Best-Practices anbieten. Bestimmte Diskurse, welche bereits über die grundlegende Verwendung von psychologischen Techniken geführt wurden, gelten daher zu einem Teil auch für die aktuelle Debatte um die Verwendung von Nudges. Exemplarisch sei hier die Diskussion um sublimale, sprich unterschwellig-wirkende Werbemassnahmen genannt.<sup>13</sup> Da Nudging zum Teil ebenfalls eine subtil-implizierte Wirkung

<sup>11</sup> PHILIPP HACKER, Nudging and autonomy: A philosophical and legal appraisal, in: Handbook of research methods in consumer law, Hans-W. Micklitz/Anne-Lise Sibony/Fabrizio Esposito (Hrsg.), Cheltenham, United Kingdom 2016, S. 77–128.

<sup>12</sup> So z.B.: J. SCOTT ARMSTRONG, Werbung mit Wirkung, Bewährte Prinzipien überzeugend einsetzen, Stuttgart 2011.

<sup>13</sup> So z.B.: ROBERT F. BORNSTEIN, Subliminal techniques as propaganda tools: Review and critique, The Journal of Mind and Behavior, 1989, S. 231–262.

attestiert wird, erscheint dieser Vergleich hier angemessen. Auch diese Diskussion zeichnete sich durch eine hohe Emotionalität aus. Vergleichbar mit der Debatte um den Einsatz von Nudges in der Politik ging es weniger um tatsächliche Effekte, sondern um die Frage, ob Einflussstrategien, welche nicht als solche erkannt werden, unmoralischer sind, als diejenigen, welche direkt als solche auszumachen sind. Zumindest aus Sicht der Forschung wird hier recht pragmatisch mehrheitlich argumentiert, dass Unternehmen immer daran interessiert sind, die Entscheidungen von potentiellen Kunden zu beeinflussen. In diesem Sinne ist der Grad, zu welchem die Massnahme unbewusst stattfindet, für die moralische Bewertung nicht entscheidend.

## 2. Evidenzlage

[14] Die Abstützung auf robuste psychologische Modelle und verhaltensökonomische Erkenntnisse lässt den Schluss zu, dass das Konzept Nudging grundsätzlich als evidenzbasierter Ansatz eingestuft werden kann. Die empirische Befundlage, über verschiedene Disziplinen und Anwendungsbereiche hinweg, zeigt auch in der Tat, dass Nudging wirkt. Erfolgreiche Anwendungen finden sich insbesondere in den Bereichen Gesundheitsverhalten, umweltbezogene (Konsum-) Entscheidungen (z.B. Energiesparen, nachhaltiger Lebensmittelkonsum), private Vorsorge und Gestaltung politischer Rahmenbedingungen.

[15] Diese Wirksamkeit ist jedoch kein Automatismus und auch nicht universal für jeden Nudge in gleichem Masse gültig. So zeigt beispielsweise eine Übersichtsarbeit von HUMMEL und MAEDCHE, dass nur 62% der Nudging Interventionen als statistisch signifikant einzustufen sind.<sup>14</sup> Hierbei ist zusätzlich anzumerken, dass eine statistische Signifikanz nicht mit einer bedeutsamen Praxisrelevanz gleichzusetzen ist.

[16] Eine weitere Ursache, weshalb die in Studien dargestellte Wirksamkeit von Nudging vorsichtig zu interpretieren ist, liegt auch darin, dass vorrangig nur statistisch signifikante Befunde den Weg in eine wissenschaftliche Publikation finden. Studien, welche kein signifikantes Ergebnis vorlegen können, verschwinden daher gerne in der Schublade der Wissenschaftler oder schaffen es nicht im Peer-Review Begutachtungsprozess zu bestehen. Diese bekannte Verzerrung der Befundlage von sozialwissenschaftlichen Studien ist als «Filedrawer Problem» bekannt und auch beim Thema Nudging zu berücksichtigen. Dies bedeutet, dass die in Reviews ermittelten Grössen den tatsächlichen Effekt eher über- als unterschätzen dürften.

[17] Um die Wirkung einer spezifischen Intervention zu bewerten, hilft es folglich nur, die verfügbare Datenlage zu genau diesem Nudge-Typus (z.B. einer Default-Vorgabe) in einem möglichst vergleichbaren Kontext (z.B. private Gesundheitsvorsorge) heranzuziehen. Auch SUNSTEIN argumentiert, dass ein Nudge sich stets von neuem einer Prüfung stellen muss. Es besteht nämlich durchaus die Möglichkeit, dass a) Zielpersonen durch eine bestimmte Entscheidungsgrundlage nicht adäquat angesprochen wurden b) die Wirkung eines Nudges zeitlich begrenzt ist oder c) ein Nudge sogar Reaktanz bzw. Kompensationsverhalten auslösen kann.<sup>15</sup> Ein erfolgreicher Nudge ist daher eng eingebettet in eine theoretische Fundierung, aber auch in eine empirische Überprüfung im Sinne der gewünschten Stossrichtung.

---

<sup>14</sup> DENNIS HUMMEL/ALEXANDER MAEDCHE, How effective is nudging? A quantitative review on the effect sizes and limits of empirical nudging studies, *Journal of Behavioral and Experimental Economics*, 80, 2019, S. 47–58.

<sup>15</sup> CASS R. SUNSTEIN, Nudges that fail, *Behavioral Public Policy*, 1 (1), 2017, S. 4–25.

[18] Hinsichtlich der rechtlichen und moralischen Bewertung des Nudging ist die Diskussion um die empirische Beweislage in letzter Konsequenz allerdings nicht entscheidend. Für die moralische Einschätzung des Nudges-Architekten bzw. Gestalters spielt vielmehr dessen Intention eine Rolle. Sprich, welche Ziele werden mit dem Nudge verfolgt. Bei der Interventionsbewertung aus rechtlicher Perspektive adressieren die meisten Punkte ebenfalls weniger die tatsächliche Wirksamkeit, sondern eher die Art und Weise wie diese wirkt (implizit versus explizit, unter zu Hilfenahme von Anreizen oder ohne etc.).

### 3. Rechtliche Grauzone

[19] Nudging ist nicht nur aus wirtschaftlicher und verhaltenspsychologischer Perspektive von Interesse, sondern durchaus auch von rechtlicher Relevanz. Vor dem Hintergrund, dass die meisten Menschen in der Regel nicht nach dem Konzept des *Homo Oeconomicus* unter Abwägung aller Vor- und Nachteile entscheiden, stellt sich die Frage, ob das Recht nicht regulierend eingreifen soll, um den Markt einerseits, aber auch die irrational entscheidenden Konsumenten andererseits, zu schützen. Neben der Trägheit der Menschen in Bezug auf zu treffende Entscheidungen neigen Individuen zudem dazu, Wahrscheinlichkeiten falsch einzuschätzen. Zusätzlich nehmen sich Menschen jeweils selbst als überdurchschnittlich gut wahr (sog. «Above-Average»-Effekt). In diesem Bereich setzt Nudging an. Durch das «Anstupsen» soll das Zusammenspiel dieser psychologischen Faktoren geschickt genutzt werden, sodass automatisch die richtige Entscheidung getroffen wird. Das ist insbesondere im Rahmen des Marketings oder beim Abschluss von (Online-)Verträgen bedeutsam, weil die Rahmenbedingung für eine Entscheidung eines potenziellen Kunden derart geschickt verändert werden können, dass der Kunde zwar nach wie vor die freie Wahl hat, jedoch unbewusst zum «richtigen» Verhalten gelenkt wird. Dabei kann dieser Effekt nicht nur im Rahmen wirtschaftlicher Aktivitäten genutzt werden, sondern auch im Bereich der öffentlich-rechtlichen Aufgaben oder in der Rechtsetzung. Mit diesen neueren Entwicklungen hat sich sowohl die Rechtspraxis und Lehre als auch die Rechtsprechung noch nicht eingehend beschäftigt. Dafür können mehrere Gründe angeführt werden. Zum einen ist Nudging naturgemäss diskret, d.h. unauffällig. Zum anderen existieren derart viele unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten eines Nudges, was eine umfassende rechtliche Beurteilung stark erschwert.

[20] Nachfolgend soll insbesondere auf die Aspekte des unlauteren Wettbewerbs aus Schweizer Sicht eingegangen werden. Die Gesichtspunkte der Rechtsetzung werden nicht behandelt, zumal sie den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen würden.

#### 3.1. Rechtliche Rahmenbedingungen und Grundlagen in der Schweiz

[21] In der Schweiz ist Nudging aus rechtlicher Sicht ein nahezu unentdecktes und unerforschtes Phänomen. Darum ist es auch wenig überraschend, dass es keine *lex specialis* gibt, welche sich mit der verhaltenspsychologischen Erscheinung des Nudgings auseinandersetzt. Obwohl das «Anstupsen» für gewisse Branchen (z.B. den Tourismus, den Online-Handel oder die Werbebranche) ein durchaus spannender Ansatz ist, gilt es festzuhalten, dass das Schweizer Recht weder ein Marketing- noch ein Werbegesetz im engeren Sinne kennt. Vielmehr sind Bestimmungen zum Werberecht in einer Vielzahl unterschiedlicher Erlasse verstreut – z.B. im Bundesgesetz über den

unlauteren Wettbewerb<sup>16</sup>, in der Preisbekanntgabeverordnung<sup>17</sup> oder aber in branchenspezifischen Gesetzen, wie dem Lebensmittelgesetz<sup>18</sup>, dem Heilmittelgesetz<sup>19</sup> und weiteren.<sup>20</sup> Folglich muss für die Beurteilung von Sachverhalten mit Nudging-Elementen auf allgemeine Regeln zurückgegriffen werden. Von besonderem Interesse ist vorliegend das UWG, welches gewisse Verhaltensweisen von Marktteilnehmern als unlauter qualifiziert und sanktioniert, sobald der Anwendungsbereich des UWG eröffnet ist und die geforderten Tatbestandsmerkmale erfüllt sind.

[22] Im Bereich des Lauterkeitsrechts existiert zudem eine breit anerkannte und etablierte Selbstregulierung, welche durch die Schweizerische Lauterkeitskommission (SLK) geprägt ist. Mit der (schleichenden) Entdeckung des Nudgings durch das Recht dürfen sich diesbezüglich noch weitere (selbst-) regulatorische Erlasse entwickeln, welche massgeblich von den publizierten Schriften der Begründer des Nudgings – RICHARD H. THALER und CASS R. SUNSTEIN – beeinflusst werden dürften.<sup>21</sup>

[23] Neben den lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen existieren noch weitere Erlasse des Schweizer Rechts, welche auf Sachverhalte mit Nudging-Elementen anwendbar sind. Zu denken ist etwa an das Bundesgesetz über den Datenschutz<sup>22</sup>. Das richtige «Anstupsen» erfordert regelmässig eine eingehende Analyse des Verhaltens der Kunden. Dabei werden unter anderem Daten erhoben, welche einen Personenbezug aufweisen (z.B. beim Tracking des Userverhaltens auf einer Webseite mittels Cookies und anderen Technologien). Sobald Daten mit Personenbezug bearbeitet werden, müssen die Grundsätze des DSG – d.h. der Grundsatz der Rechtmässigkeit, der Grundsatz von Treu und Glauben, der Grundsatz der Transparenz, der Grundsatz der Zweckbindung, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, der Grundsatz der Richtigkeit der Daten sowie der Grundsatz der Datensicherheit – eingehalten werden (Art. 4 ff. DSG).<sup>23</sup> Nudging basiert bereits heute auf der Grundlage von sog. Big Data-Analysen. Big Data-Analysen sind besonders attraktiv, weil sich dadurch individuelles Verhalten voraussagen lässt, sodass die Verbindung zwischen der technologischen Datenanalyse und den zugrundeliegenden verhaltenspsychologischen Modellen, wie beispielsweise dem Nudging, erst das volle Potenzial von Big Data-Analysen zu Tage bringen.<sup>24</sup> In der Tendenz werden diese Analysen in Zukunft nicht nur besser und schneller, sondern sie umfassen immense Datenmengen, welche regelmässig personenbezogene Daten beinhalten, sodass das DSG und andere anwendbare datenschutzrechtliche Gesetze eine noch entscheidendere Rolle spielen werden.

[24] Schliesslich kann Nudging je nach Ausgestaltung von weiteren Rechtsgrundlagen (z.B. dem Strafrecht) erfasst werden, welche im Einzelfall analysiert, und sofern deren Anwendungsbereich eröffnet ist, geprüft werden müssen.

---

<sup>16</sup> Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG; SR 241).

<sup>17</sup> Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen vom 11. Dezember 1978 (PBV; SR 942.211).

<sup>18</sup> Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 20. Juni 2014 (LMG; SR 817.0).

<sup>19</sup> Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 (HMG, SR 812.21).

<sup>20</sup> LORENZA FERRARI HOFER/DAVID VASELLA, in: Marc Amstutz/Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 1 und 2 UWG N 1 (zit. CHK UWG-Autor).

<sup>21</sup> RICHARD H. THALER/CASS R. SUNSTEIN (Fn. 1).

<sup>22</sup> Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG, SR 235.1).

<sup>23</sup> DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 4 DSG Rz 1 ff.

<sup>24</sup> ADRIAN KÜNZLER, Wettbewerbschutz in der Digitalwirtschaft – Neue Herausforderungen, Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ) 115(13)/2019, S. 407–415, S. 408.

### 3.2. Unlauterer Wettbewerb durch Nudging

[25] Nudging dient dazu, Menschen zu einem gewünschten Verhalten zu lenken. Somit ist dieses Instrument auch für Unternehmen attraktiv. Beispielsweise werden Kunden durch gewisse Angaben in einem Onlineshop «angestupst», um einen Kauf zu tätigen oder eine Buchung vorzunehmen. Dazu zählen die (korrekte) Mengenangabe für lagernde Ware (u.U. optisch hervorgehoben), Pop-up Fenster mit Hinweisen wie «zuletzt gebucht für Ihre Daten vor 1 Stunde» und andere Anreize, die eine Verknappung des Angebots hervorheben bzw. indizieren.<sup>25</sup> In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob es sich dabei um unlautere Methoden handelt. In der Schweiz regelt das UWG Fälle des unlauteren Wettbewerbs. Damit das UWG aber anwendbar ist, muss dessen Anwendungsbereich eröffnet sein.

[26] Grundsätzlich bezweckt das UWG die Gewährleistung des lauterer und unverfälschten Wettbewerbs im Interesse aller Beteiligten (Art. 1 UWG).<sup>26</sup> Diesen Zweck erfüllt das UWG dadurch, dass es unlauteres Verhalten verbietet und sanktioniert. Festgehalten wird dies durch den Grundsatz, dass jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Handeln unlauter ist (Art. 2 UWG; sog. Generalklausel). Demnach ist das UWG sachlich auf Wettbewerbshandlungen anwendbar. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung liegt eine Wettbewerbshandlung vor, wenn ein Verhalten objektiv dazu geeignet ist, den Wettbewerb oder die Chancen eines Wettbewerbsteilnehmers im Wettbewerb zu beeinflussen.<sup>27</sup> Das Verhalten muss somit lediglich dazu geeignet sein, eine Beeinflussung des Wettbewerbs herbeizuführen. Eine tatsächliche Beeinflussung ist nicht nachzuweisen. Der Nachweis der objektiven Eignung ist ausreichend.<sup>28</sup> Zu beachten ist, dass Wettbewerb im Sinne des UWG nur dort bestehen kann, «wo sich die Betätigung des Handelnden ausserhalb der eigenen, privaten Sphäre auswirkt oder auszuwirken geeignet ist».<sup>29</sup> Demzufolge sind lediglich Handlungen einer gewinnorientierten Unternehmung zur Verbesserung oder Minderung seiner Chancen im Markt objektiv dazu geeignet, den Wettbewerb zu tangieren. Nur solche Handlungen sind im Sinne des UWG wettbewerbsrelevant.<sup>30</sup> Nudging im vorliegend interessierenden kommerziellen Kontext dürfte regelmässig dazu geeignet sein, in irgendeiner Form auf den Wettbewerb einzuwirken. Dennoch sind auch Konstellationen denkbar, in welchen der «Anstupser» zwar beabsichtigt, den Wettbewerb zu seinen Gunsten zu steuern, sich jedoch objektiv betrachtet der Nudging-Versuch als untauglich oder objektiv ungeeignet zur Wettbewerbsbeeinflussung herausstellt. Die schlichte Absicht eines Wettbewerbsteilnehmers ist aber gerade nicht zur Beeinflussung des Wettbewerbs geeignet und keine Voraussetzung unlauteren Handelns.<sup>31</sup> Beim Nudging dürften sich dabei in der Praxis diffizile Abgrenzungsfragen stellen. Grund dafür ist, dass Nudging definitionsgemäss eine subtile Art ist, jemanden in seiner Entscheidung zu lenken. Dabei sind die Grenzen zwischen

<sup>25</sup> Vgl. dazu das Urteil des Handelsgerichts Zürich HG170194-O vom 11. März 2020, E. 5.9 zu den Angaben «Tickets sind sehr nachgefragt», «es bleiben nur noch wenige Tickets», «Tickets sind fast ausverkauft», sowie einem Countdown bzgl. der Reservierung.

<sup>26</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 18. Mai 1983, BBl 1983 II 1009, S. 1037 f.

<sup>27</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_376/2013 vom 29. Oktober 2013, E. 6.1.3; BGE 136 III 23, E. 9.1; BGE 131 III 384, E. 3; BGE 126 III 198, E. 2c.

<sup>28</sup> BGE 132 III 414, E 3.1.

<sup>29</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_376/2013 vom 29. Oktober 2013, E. 6.1.3.

<sup>30</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_376/2013 vom 29. Oktober 2013, E. 6.1.3; BGE 126 III 198, E. 2c; BGE 124 IV 262, E. 2b; BGE 120 II 76, E. 3a.

<sup>31</sup> BGE 120 II 76 E 3a.

zulässigem streben nach Gewinnmaximierung und unzulässiger Beeinflussung des Wettbewerbs fliessend. Daneben dürfte diese Beurteilung durch weitere Aspekte, wie beispielsweise durch den Konsumentenschutz oder politisch gefärbte Meinungen, indoktriniert werden. Schliesslich ist das UWG in räumlicher Hinsicht nach dem Prinzip der Marktauswirkung anwendbar, sobald sich eine in Frage stehende Handlung in der Schweiz auswirkt.<sup>32</sup> Auch wenn der Anwendungsbereich des UWG im kommerziellen Umfeld in aller Regel eröffnet sein dürfte, ist eine Prüfung im Einzelfall unerlässlich.

[27] Die Generalklausel von Art. 2 UWG bildet die Grundbestimmung des Schweizer Lauterkeitsrechts. Die gesetzgeberische Idee hinter der Generalklausel ist es, dem raschen Wandel der Wettbewerbsverhältnisse gerecht zu werden, aber auch unlauteres Verhalten, welches nicht durch einen Spezialtatbestand abgedeckt wird, lauterkeitsrechtlich zu erfassen.<sup>33</sup> Insofern stellt sich die Frage, ob die Anwendbarkeit eines Spezialtatbestands des UWG (vgl. Art. 3–Art. 8 UWG) die Anwendbarkeit der Generalklausel nach dem anerkannten Grundsatz *lex specialis derogat leges generalis* per se ausschliesst oder ob die Generalklausel nicht nur subsidiär, sondern ergänzend zu den Spezialtatbeständen anzuwenden ist. Einleitend hält Art. 3 Abs. 1 UWG fest, dass «insbesondere» derjenige unlauter handelt, der einen der aufgezählten Tatbestände erfüllt. Insofern legt die Auslegung nach dem Wortlaut nahe, dass die Aufzählung der Spezialtatbestände nicht abschliessend, sondern lediglich beispielhaft ist. Demzufolge ist richtigerweise davon auszugehen, dass die Spezialtatbestände die Generalklausel konkretisieren und dazu dienen, bestimmte Fälle ergänzend zur Generalklausel abzudecken.<sup>34</sup> Der höchstrichterlichen Rechtsprechung folgend ist sodann in einem ersten Schritt zu prüfen, ob ein UWG-Spezialtatbestand Anwendung finden will. Erst wenn feststeht, dass kein Spezialtatbestand einschlägig ist, soll die Generalklausel – gewissermassen als Auffangbestimmung – herangezogen werden.<sup>35</sup>

[28] Im Zusammenhang mit ggf. lauterkeitsrechtlich relevantem Nudging ist somit vorab zu erörtern, welche Spezialtatbestände in Frage kommen. Das «Anstupsen» erfolgt regelmässig durch die geschickte Setzung von entscheiderelevanten Parametern. Dazu zählen beispielsweise gewisse Angaben auf einer Webseite oder in einem Verkaufslokal, welche ein knappes Angebot suggerieren (z.B. Slogans wie «Nur heute», «Nur für kurze Zeit» oder Hinweise wie «Nur noch 3 Stück verfügbar», «Zuletzt gebucht an Ihrem Datum vor 30 Minuten» etc.).<sup>36</sup> Aus rechtlicher Sicht drängt sich deshalb insbesondere eine genauere Betrachtung von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG – der auf unrichtige

<sup>32</sup> CHK UWG-FERRARI HOFER/VASELLA (Fn. 20), Art. 1 und 2 UWG Rz 9.

<sup>33</sup> BBl 1983 II 1009, S. 1010.

<sup>34</sup> LORENZA FERRARI HOFER, in: Reto Heinzmann/Leander D. Loacker (Hrsg.), UWG, Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich/St.Gallen 2018, Art. 2 UWG Rz 16 f. (zit. UWG-KOMMENTAR-AUTOR); differenzierter: RETO M. HILTY, in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar – Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013, Art. 2 UWG Rz 3 ff. (zit. BSK UWG-AUTOR); PETER JUNG, in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar – Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl., Bern 2016, Art. 2 UWG Rz 5 (zit. SHK UWG-AUTOR) mit weiteren Hinweisen.

<sup>35</sup> Anstelle vieler BGE 133 III 431, E. 4.1; etwas differenzierter dazu die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung: Urteil des Bundesgerichts 6B\_887/2016 vom 6. Oktober 2016, E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_443/2015 vom 12. April 2016, E. 2; Urteil des Bundesgerichts 4A\_647/2014 vom 15. April 2015, E. 2.1; kritisch aber übereinstimmend UWG-KOMMENTAR-FERRARI HOFER (Fn. 34), Art. 2 UWG Rz 19; differenzierter: CHK UWG-FERRARI HOFER/VASELLA (Fn. 20), Art. 1 und 2 UWG Rz 5; BSK UWG-HILTY (Fn. 34), Art. 2 UWG Rz 3 ff.; SHK UWG-JUNG (Fn. 34), Art. 2 UWG Rz 3 ff.

<sup>36</sup> Vgl. dazu das Urteil des Handelsgerichts Zürich HG170194-O vom 11. März 2020, E. 5.9 zu den Angaben «Tickets sind sehr nachgefragt», «es bleiben nur noch wenige Tickets», «Tickets sind fast ausverkauft», sowie einem Countdown bzgl. der Reservierung.

oder irreführende Angaben abzielt – und Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG – welcher besonders aggressive Verkaufsmethoden als unlauter qualifiziert – auf.

### 3.3. Unrichtige oder irreführende Angaben

[29] Unlauter handelt insbesondere, wer über sich, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung, seine Waren, Werke oder Leistungen, deren Preise, die vorrätige Menge, die Art der Verkaufveranstaltung oder über seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt (Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG). Eine verbreitete Praxis ist die sog. künstliche Verknappung eines Angebots, um den Kaufentschluss eines Kunden zu beschleunigen. Dabei handelt es sich um eine Form eines Nudges, weil dem Kunden suggeriert wird, dass wenn er sich nicht schnell für den Kauf entscheidet, das Angebot nicht mehr oder nicht mehr zu den gleichen Konditionen verfügbar sein könnte.

[30] Wirtschaftlicher Wettbewerb existiert grundsätzlich nur dann, wenn bezüglich Produkten und Dienstleistungen Transparenz besteht und die Nachfrage das Angebot bestimmt. Diesbezüglich bezweckt die Bestimmung von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG die Wahrheit und Klarheit des Angebots sicherzustellen, dadurch Markttransparenz zu schaffen und einen unverfälschten Wettbewerb zu fördern.<sup>37</sup> Die Transparenz erfolgt über die gegen aussen offenbarte Aussage. Geschützt wird nicht nur das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage, sondern auch das Allgemeininteresse – insbesondere das Vertrauen der Konsumenten in die Einhaltung gegebener Versprechen der Marktteilnehmer.<sup>38</sup> Damit unlauteres Verhalten im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG vorliegt, muss folglich eine Angabe über einen bestimmten Gegenstand vorliegen, der nach dem Verständnis eines Durchschnittsadressaten irreführend oder unrichtig ist. Selbstredend muss die Angabe einen Bezug zum Wettbewerb haben.

[31] Eine Angabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG liegt nach h.L. dann vor, wenn sie eine nachprüfbar Aussage beinhaltet oder aber bei einem Durchschnittsadressaten eine tatsächliche und vernunftmässige Vorstellung auslöst, welche nachprüfbar und beweisbar ist.<sup>39</sup> Es handelt sich folglich um eine nachprüfbar Tatsachenaussage, die dem Beweis zugänglich ist. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass Angaben, welche von Durchschnittsadressaten nicht überprüfbar werden können, keine lauterkeitsrechtlich relevanten Angaben sein können. Solche untauglichen Angaben können aus marktschreierischen oder reklamehaften Angaben, Glücksversprechen, subjektiven Meinungsäusserungen oder reinen Wertungen bestehen.<sup>40</sup> In der Praxis bereitet die Abgrenzung zwischen der nachprüfbar Tatsachenbehauptung und einer marktschreierischen Übertreibung z.T. erhebliche Schwierigkeiten. Besonders augenscheinlich ist dies beim Nudging, weil regelmässig eine gewisse (aber trotzdem transparente) Überspitzung oder Übertreibung gewollt ist, um ein Individuum zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen. Dennoch

<sup>37</sup> BSK UWG-BERGER (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rz 3; UWG Kommentar-BLATTMANN (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rz 5 ff.; SHK UWG-JUNG (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rz 1.

<sup>38</sup> Urteil des Handelsgerichts ZH HG110005 vom 12. Juli 2012, E. 2.3.

<sup>39</sup> Urteil des Handelsgerichts ZH HG110005 vom 12. Juli 2012, E. 2.3; BSK UWG-BERGER (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rz 22; UWG Kommentar-BLATTMANN (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rz 12; SHK UWG-JUNG (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rz 17.

<sup>40</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_443/2015 vom 12. April 2016, E. 2.2; BSK UWG-BERGER (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rz 23 ff.; UWG Kommentar-BLATTMANN (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rz 12 f.; SHK UWG-JUNG (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rz 26.

können Übertreibungen aber auch im Kern nachprüfbar Tatsachen enthalten. Freilich kann die Abgrenzungsproblematik u.E. aber durch die Besinnung auf den Zweck der Bestimmung gelöst werden. In der Essenz will Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG verhindern, dass beim Durchschnittsadressaten eine Diskrepanz zwischen der subjektiven Wahrnehmung und den realen Gegebenheiten entsteht. Folglich findet die Bestimmung nur dann Anwendung, wenn die Angabe dazu geeignet ist, eine solche Diskrepanz hervorzurufen.<sup>41</sup> Im Falle des Nudging bedeutet dies konsequenterweise, dass es bereits genügt, wenn eine Angabe nicht mit Sicherheit als Übertreibung erkannt werden kann. Gerechtfertigt ist dies u.E., weil Nudging definitionsgemäss eine subtile und getarnte Form der Beeinflussung darstellt. Dennoch sollte der Massstab nicht übermässig streng angelegt werden, sodass dem Durchschnittsadressaten im Einzelfall die Mündigkeit nicht abgesprochen werden darf.

[32] Die Angabe muss ferner marktrelevant, marktgeeignet oder wettbewerbsgerichtet sein, d.h., sie muss geeignet sein den Wettbewerb zu beeinflussen.<sup>42</sup> Diesbezüglich bildet wiederum die Vorstellung des Durchschnittsadressaten den Massstab. Lauterkeitsrechtliche Relevanz liegt folglich dann vor, wenn der Durchschnittsadressat die Angabe zumindest teilweise als wettbewerbsbezogen versteht, insbesondere dann, wenn sich die Angabe auf eine der in Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG explizit aufgelisteten Angaben bezieht. Dazu gehören u.a. Waren, Werke oder Leistungen eines Marktteilnehmers, deren Preise, die vorrätige Menge oder die Art der Verkaufsveranstaltung. Im kommerziellen Verkehr wird Nudging zurzeit regelmässig über die Angabe der vorrätigen Menge genutzt. Dem Kunden soll durch geschickt platzierte Hinweise (z.B. «Nur noch 3 Stück verfügbar» oder «Zuletzt gebucht an Ihrem Datum vor 30 Minuten») eine Verknappung des Angebots glaubhaft gemacht werden. Blosser Kaufappelle und nichtssagende Anpreisungen können aber kaum als unrichtige oder irreführende Angaben qualifizieren, da sie vom Durchschnittsadressaten regelmässig enttarnt werden (z.B. «Nur für kurze Zeit»)<sup>43</sup> Eindeutig ist der Fall dann, wenn die Angaben offensichtlich unrichtig sind und alleine dazu dienen, den Konsumenten zu einem schnellen (und unüberlegten) Vertragsschluss zu bewegen. Praktiziert wird dies beispielsweise von einschlägigen Buchungsportalen während des Buchungsprozesses. Dabei erscheinen dem Kunden jeweils mehrere Hinweise, die eine Verknappung des Angebots anpreisen. Solange solche Anpreisungen der Wahrheit entsprechen und transparent sind, dürfte dies lauterkeitsrechtlich unbedenkliches Nudging darstellen. Das gilt beispielsweise, wenn die tatsächliche (Waren-)Verfügbarkeit angezeigt wird (z.B. «noch 2 Stück an Lager» oder «Für den angegebenen Buchungszeitraum ist nur noch ein Zimmer auf unserer Seite verfügbar»). Aus diesen Angaben kann der Durchschnittsadressat selbstverständlich interpretieren, dass sich die Verfügbarkeit auf das in Frage stehende Angebot des einzelnen Anbieters bezieht und nicht um die «weltweite» Verfügbarkeit. Anders beurteilt dürften aber ambivalente Angaben werden.<sup>44</sup> Solche Angaben können im Einzelfall durchaus zu einem Verstoss gegen Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG führen. Zwar hatten sich die Schweizer Gerichte soweit ersichtlich noch nicht eingehend mit ausschliesslich

<sup>41</sup> So auch: BSK UWG-BERGER (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rz 23 f.; UWG Kommentar-BLATTMANN (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rz 14.

<sup>42</sup> BGE 120 II 76, E. 3a.

<sup>43</sup> Vgl. dazu SHK UWG-JUNG (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rz 27.

<sup>44</sup> Vgl. dazu Urteil des OLG Köln 6 U 193/10 vom 01. Juni 2011 – «Booking.com»: Busse von 250'000 Euro für künstliche Verknappung des Angebots; Deutsche Wettbewerbszentrale, Pressemitteilung vom 05. November 2015: Wettbewerbszentrale erhebt Klage gegen Zalando wegen irreführender Werbung und künstlicher Verknappung in Bezug auf den Warenbestand.

lauterkeitsrechtlich relevanten Nudging-Sachverhalten zu beschäftigen<sup>45</sup>, dennoch kann erwartet werden, dass die ersten Fälle im nahen Ausland auch zu erhöhter Aufmerksamkeit in der Schweiz führen werden. Rechtsfälle im Zusammenhang mit Nudging sollten von den Schweizer Gerichten im Einzelfall mit Augenmass und ohne «Entmündigung» der Konsumenten beurteilt werden. Bis zu einer Etablierung einer Gerichtspraxis bleibt die Verwendung von mehrdeutigen und unklaren Angaben für Unternehmen weiterhin risikobehaftet, da sie zu einer Fehldeutung des Durchschnittsadressaten führen können.

### 3.4. Besonders aggressive Verkaufsmethoden

[33] Neben der Irreführung durch bestimmte Angaben, kann das «Anstupsen» ggf. im Rahmen eines weiteren UWG-Spezialtatbestands relevant werden. Unlauter handelt insbesondere, wer den Kunden durch besonders aggressive Verkaufsmethoden in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt (Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG). In erster Linie bezweckt Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG den Schutz der freien Meinungsbildung der Kunden. Erfasst ist somit die breite Kundschaft und nicht nur Konsumenten im rechtlichen Sinne.<sup>46</sup> Durch diese Bestimmung soll verhindert werden, dass ein Kunde in «eine Lage versetzt wird, in der er sich aus inneren Gefühlen zu einem Kauf verpflichtet fühlt».<sup>47</sup> Geschützt ist mithin die freie Willensbildung eines Kunden. Entscheidend ist, ob die Entscheidungsfreiheit des Kunden in Zweifel gezogen wird. Ist dies nicht der Fall, kann auch keine unlautere Handlung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG vorliegen. Folglich kann nicht jede aggressive Methode als unlauter qualifizieren.<sup>48</sup>

[34] Vorab ist demnach zu klären, ob eine Verkaufsmethode im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG vorliegt. Grundsätzlich wird der Begriff der Verkaufsmethode weit gefasst. Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung ist dabei fundamental, dass das Verhalten des Anbieters geeignet ist, einen unmittelbaren Vertragsschluss herbeizuführen.<sup>49</sup> Im Gegensatz zu den Verkaufsmethoden sind Werbemethoden an die Allgemeinheit gerichtet und führen darum gerade nicht unmittelbar zu einem Vertragsschluss, weil der Kunde noch die Möglichkeit hat, den Vertrag zu verhandeln.<sup>50</sup> Als Verkaufsmethoden gelten somit alle möglichen und denkbaren Absatzbemühungen. Für die Unlauterkeit ist ein effektiver Vertragsschluss allerdings nicht vorausgesetzt. Die blanke Möglichkeit dazu ist mithin ausreichend.<sup>51</sup>

[35] Damit eine Absatzbemühung als unlauter angesehen wird, muss sie besonders aggressiv sein. Besonders aggressiv ist ein Verhalten dann, wenn die Intensität einer Überredung das vernünftige

<sup>45</sup> Ausnahme davon bildet soweit ersichtlich das jüngst publizierte Urteil des Handelsgerichts Zürich HG170194-O vom 11. März 2020.

<sup>46</sup> UWG Kommentar-FURRER/AEPLI (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 4 ff.; SHK UWG-OETIKER (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 22.

<sup>47</sup> BBl 1983 II 1009, S. 1068; BSK UWG-WICKIHALDER (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 1.

<sup>48</sup> UWG Kommentar-FURRER/AEPLI (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 7.

<sup>49</sup> Urteil des Bundesgerichts 6S.357/2002 vom 18. Dezember 2002, E. 3.1.

<sup>50</sup> UWG Kommentar-FURRER/AEPLI (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 4 ff.; BSK UWG-WICKIHALDER (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 6; im Resultat gleich: SHK UWG-OETIKER (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 5, der ausschliesslich auf die persönliche und direkte Ansprache des Kunden abstellt, welche bei Werbemethoden fehle.

<sup>51</sup> Urteil des Bundesgerichts 6S.677/2001 vom 16. März 2002 E. 4; UWG Kommentar-FURRER/AEPLI (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 18; SHK UWG-OETIKER (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 8; BSK UWG-WICKIHALDER (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 2.

Mass übersteigt, sodass die Entscheidungsfreiheit des Kunden beeinträchtigt wird.<sup>52</sup> Regelmässig als besonders aggressiv gelten Verkaufsmethoden, die auf dem Prinzip des «Vorsprungs durch Rechtsbruch» basieren, mithin den Absatz durch ein rechtswidriges Mittel oder auf rechtswidrige Weise fördern.<sup>53</sup> Beim «Anstupsen» wäre es zwar denkbar, dass dies durch rechtswidriges Verhalten erfolgen könnte, in der Praxis scheint dies aber nicht umgesetzt zu werden. In der Regel dürfte sich Nudging durch rechtswidriges Verhalten kaum lohnen, weil nicht nur die rechtlichen, sondern auch die Reputationsrisiken für einen «seriösen» Anbieter zu gross sein dürften. Daneben kann aber auch rechtmässiges Verhalten besonders aggressiv im Sinne der Bestimmung sein. Dabei zeigt sich, dass eine allgemeine Definition besonders aggressiven Verhaltens in der Praxis kaum möglich ist. Insofern ist im Zusammenhang mit rechtmässigem Verhalten jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob eine besondere Aggressivität vorliegt. Bei dieser Beurteilung der Umstände des Einzelfalls ist aber entscheidend, ob der Kunde durch die besondere Aggressivität in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt wurde.<sup>54</sup> Massstab für die Prüfung, ob die Entscheidungsfähigkeit in UWG-relevanter Weise beschnitten wird, bildet der Durchschnittsadressat. Die Beeinträchtigung der Entscheidungsfähigkeit hat eine gewisse Intensität zu erreichen. Die notwendige Intensität liegt gemeinhin dann vor, wenn der Kunde einen Vertrag nicht ausschliesslich aus Interesse am Vertragsgegenstand, sondern sich aufgrund des Gefühls der Nötigung oder des Drucks zum Vertragsabschluss verpflichtet fühlt und dadurch seine Entscheidung nicht mehr nach sachlichen Kriterien treffen kann.<sup>55</sup> Im Zusammenhang mit Nudging geht es somit vordergründig um psychischen oder psychologischen Zwang. Neben dem Ausüben von Druck kann auch Überraschung, Überrumpelung, Zwang, Belästigung oder die Ausnutzung von Angst, Dankbarkeit, Anstand, Peinlichkeit oder anderen inneren Gefühlen zur Beeinträchtigung der Entscheidungsfähigkeit führen. Um einer solch misslichen Lage zu entkommen, sieht der Adressat bzw. Kunde nur noch einen Ausweg, nämlich den Vertragsschluss.<sup>56</sup>

[36] Nudging im Sinne der Begründer des Konzepts – RICHARD H. THALER und CASS R. SUNSTEIN – zielt darauf ab, Menschen sanft zu einem gewissen Verhalten zu bewegen. Sofern die Grundprinzipien des Nudgings, insbesondere die Transparenz und der Verzicht auf Ausübung von Druck eingehalten werden, wird ein Anbieter, der seine Kunden «anstupst», kaum von Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG erfasst sein. Beim Nudging geht es gerade nicht darum, den Kunden in eine Zwangslage zu bringen, welche seine Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt. Vielmehr sollen die Parameter für eine Entscheidung derart ausgestaltet werden, dass der Kunde ohne Druck eine aus seiner Sicht effiziente Entscheidung basierend auf transparenten Fakten und ohne die Gefahr, einen Nachteil zu erleiden, treffen kann. Selbstredend fällt die rechtliche Beurteilung dann anders aus, wenn es sich um einen Nudge handelt, der die ursprüngliche Idee geradezu missachtet und auf sub-

<sup>52</sup> UWG Kommentar-FURRER/AEPLI (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 18; SHK UWG-OETIKER (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 9; BSK UWG-WICKIHALDER (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 8.

<sup>53</sup> Urteil des Bundesgerichts 6S.357/2002 vom 18. Dezember 2002, E. 4.3.4; UWG Kommentar-FURRER/AEPLI (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 20; SHK UWG-OETIKER (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 14.

<sup>54</sup> UWG Kommentar-FURRER/AEPLI (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 21 ff.; SHK UWG-OETIKER (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 9; BSK UWG-WICKIHALDER (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 8.

<sup>55</sup> Urteil des Bundesgerichts 6S.357/2002 vom 18. Dezember 2002, E. 3.1; UWG Kommentar-FURRER/AEPLI (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 21 ff.; SHK UWG-OETIKER (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 11/20; BSK UWG-WICKIHALDER (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 9.

<sup>56</sup> Urteil des Bundesgerichts 6S.357/2002 vom 18. Dezember 2002, E. 3.1; UWG Kommentar-FURRER/AEPLI (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 25; SHK UWG-OETIKER (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 10 ff.; BSK UWG-WICKIHALDER (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 10.

tile Art und Weise einen Vertragsabschlussdruck erzeugt. In diesem Zusammenhang mussten sich Schweizer Gerichte, soweit ersichtlich, noch nicht mit reinen Nudging-Sachverhalten auseinandersetzen.<sup>57</sup> Ein Blick über die Grenze zeigt jedoch, dass Nudging durchaus bereits von ersten Gerichten beurteilt wurde. In den Fokus gerückt ist hauptsächlich die Ausgestaltung von Onlineangeboten. Sobald ein Angebot derartig ausgestaltet wird, dass dem Kunden vorgespiegelt wird, es handle sich um eine einmalige Gelegenheit wegen des knappen Angebots, kann das «Anstupsen» lauterkeitsrechtlich relevant werden, insbesondere dann, wenn dies objektiv betrachtet nicht der Fall ist (vgl. die Fälle «Booking.com» und Zalando).<sup>58</sup> Es wäre somit durchaus denkbar, dass ein Gericht in der Schweiz Nudging im Einzelfall als eine unlautere, besonders aggressive Verkaufsmethode im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG qualifiziert.<sup>59</sup> In einem solchen Fall sind aber alle Umstände des Einzelfalls – insbesondere auch die Intensität des Nudges – zu berücksichtigen und mit Augenmass zu beurteilen.

### 3.5. Rückgriff auf die Generalklausel

[37] Der höchstrichterlichen Rechtsprechung folgend kommt die Generalklausel von Art. 2 UWG erst dann zur Anwendung, wenn feststeht, dass kein Spezialtatbestand einschlägig ist. Dabei bildet die Generalklausel gewissermassen eine Auffangbestimmung.<sup>60</sup> Nach Art. 2 UWG ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst, unlauter und widerrechtlich. Die gesetzgeberische Idee hinter der Generalklausel ist es, dem raschen Wandel der Wettbewerbsverhältnisse durch eine generelle Bestimmung gerecht zu werden, aber auch unlauteres Verhalten, welches nicht durch einen Spezialtatbestand abgedeckt wird, lauterkeitsrechtlich zu erfassen.<sup>61</sup> Wie aufgezeigt, wird Nudging nur in gewissen Fällen von einem Spezialtatbestand erfasst. In der Praxis erfolgt der Rückgriff auf Art. 2 UWG durch Gerichte mit relativ grosser Zurückhaltung. Dies gründet darin, dass, im Gegensatz zum System des «common law», Richter nur in krassen Fällen oder bei offensichtlichem Missbrauch Richterrecht schaffen sollen, sodass dem Gesetzgeber nicht vorgegriffen wird, weil dieser demokratisch besser legitimiert ist.<sup>62</sup> Diese Zurückhaltung dürfte sodann auch die Beurteilung von Nudging-Sachverhalten unter Art. 2 UWG beeinflussen und deren Anwen-

<sup>57</sup> Ausnahme davon bildet soweit ersichtlich das jüngst publizierte Urteil des Handelsgerichts Zürich HG170194-O vom 11. März 2020, welches sich neben einem Nudging-Sachverhalt mit weiteren Rechtsfragen auseinandersetzen hatte.

<sup>58</sup> Siehe Fn. 44.

<sup>59</sup> Vgl. SHK UWG-OETIKER (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG Rz 15, der im Zusammenhang mit Absatzbemühungen ausserhalb der Geschäftsräumlichkeiten zum Schluss kommt, dass ein Kunde u.U. «in eine solche Situation [gerät], wenn der Eindruck erweckt wird, er verpasse eine einmalige Gelegenheit, wenn er dem Geschäft nicht umgehend zustimme»; ferner: Urteil des Handelsgerichts Zürich HG170194-O vom 11. März 2020, E. 5.9, wonach die Angaben «Tickets sind sehr nachgefragt», «es bleiben nur noch wenige Tickets», «Tickets sind fast ausverkauft» sowie ein Countdown keine besonders aggressiven Verkaufsmethoden darstellen.

<sup>60</sup> Anstelle vieler BGE 133 III 431, E. 4.1; etwas differenzierter dazu die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung: Urteil des Bundesgerichts 6B\_887/2016 vom 6. Oktober 2016, E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_443/2015 vom 12. April 2016, E. 2; Urteil des Bundesgerichts 4A\_647/2014 vom 15. April 2015, E. 2.1; kritisch aber übereinstimmend UWG Kommentar-FERRARI HOFER (Fn. 34), Art. 2 UWG Rz 19.; differenzierter CHK UWG-FERRARI HOFER/VASELLA (Fn. 20), Art. 1 und 2 UWG Rz 5; BSK UWG-HILTY (Fn. 34), Art. 2 UWG Rz 3 ff.; SHK UWG-JUNG (Fn. 34), Art. 2 UWG Rz 3 ff.

<sup>61</sup> BBl 1983 II 1009, S. 1010.

<sup>62</sup> BGE 103 II 211 E. 3.b; BSK UWG-HILTY (Fn. 34), Art. 2 UWG Rz 12 f.

derung in den meisten Fällen verhindern. Offensichtlich krasse, missbräuchliche oder treuwidrige UWG-Verstösse durch Nudging können in aller Regel durch einen der Spezialtatbestände – insbesondere Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG und Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG – abgedeckt werden. Dadurch steht der Rückgriff im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung kaum mehr offen.<sup>63</sup>

### 3.6. Rechtsschutz bei UWG-Verstössen

[38] Die Rechtsfolgen bei Verstössen gegen einen der in Art. 3 UWG speziell aufgelisteten Fälle richtet sich nach den Art. 9 ff., Art. 16 ff. und Art. 23 ff. UWG. Das Gesetz unterscheidet dabei zwischen zivilrechtlichen (Art. 9 ff. UWG), verwaltungsrechtlichen (Art. 16 ff. UWG) und strafrechtlichen Sanktionen (Art. 23 ff. UWG).

[39] In zivilrechtlicher Hinsicht stehen demjenigen, der durch den unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichem Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt ist, eine Reihe von Klagen offen. So kann der Verletzte eine drohende Verletzung richterlich verbieten, eine bestehende Verletzung durch den Richter beseitigen oder die Widerrechtlichkeit einer Verletzung gerichtlich feststellen lassen (Art. 9 Abs. 1 UWG). Die Substantiierungspflicht sowie die Beweislast für die zivilrechtlichen Klagen richtet sich nach den allgemeinen Regeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuches<sup>64</sup>. Danach obliegt es demjenigen, der aus einer Tatsache Rechte ableiten will, die tatbestandsmässigen bzw. die anspruchsbegründenden Voraussetzungen der Verletzung des UWG zu beweisen (Art. 8 ZGB). Im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG hat der Verletzte insbesondere zu beweisen, ob und wie eine Angabe erfolgt ist sowie ob diese Angabe korrekt ist oder nicht. Zudem obliegt dem Verletzten auch die Beweislast bezüglich des relevanten Adressatenkreises, d.h., er muss die Fähigkeiten und Kenntnisse des Durchschnittsadressaten substantiiert hervorbringen.<sup>65</sup> In Bezug auf die Beweislastverteilung ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Richter gestützt auf Art. 13a UWG die Beweislast umkehren kann. Aus dem Wortlaut von Art. 13a UWG kann entnommen werden, dass die Beweislastumkehr nur gegenüber Werbenden zur Anwendung kommt, sofern der Beweis einer werblichen Tatsachenbehauptung dem Richter unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden und anderen Verfahrensbeteiligten angemessen erscheint. Die Beweislastumkehr liegt somit im Ermessen des Richters, beschränkt sich aber auf in der Werbung enthaltene Tatsachenbehauptungen. Eine Ausweitung dieser Regel auf Tatsachenbehauptungen ausserhalb der Werbung oder gar auf strafrechtliche Sanktionen des UWG – z.B. im Zusammenhang mit Nudging – ist alleine schon aufgrund des Wortlauts der Bestimmung und der Verletzung der strafrechtlichen Unschuldsvermutung ausgeschlossen.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Anstelle vieler BGE 133 III 431, E. 4.1; so auch das Urteil des Handelsgerichts Zürich HG170194-O vom 11. März 2020, E. 5.9.4; etwas differenzierter dazu die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung: Urteil des Bundesgerichts 6B\_887/2016 vom 6. Oktober 2016, E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_443/2015 vom 12. April 2016, E. 2; Urteil des Bundesgerichts 4A\_647/2014 vom 15. April 2015, E. 2.1; kritisch aber übereinstimmend UWG Kommentar-FERRARI HOFER (Fn. 34), Art. 2 UWG Rz 19.; differenzierter CHK UWG-FERRARI HOFER/VASELLA (Fn. 20), Art. 1 und 2 UWG Rz 5 BSK UWG-HILTY (Fn. 34), Art. 2 UWG Rz 3 ff.; SHK UWG-JUNG (Fn. 34), Art. 2 UWG Rz 3 ff.

<sup>64</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

<sup>65</sup> UWG Kommentar-BLATTMANN (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rz 212; SHK UWG-JUNG (Fn. 34), Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG Rz 88 f.

<sup>66</sup> Urteil des Bundesgerichts 4C.167/2006 vom 16. Mai 2007, E. 5.1; Urteil des Bundesgerichts 4C.170/2006 vom 28. August 2006, E. 2.2; UWG Kommentar-DOMEJ (Fn. 34), Art. 13a UWG Rz 6 f.; BSK UWG-RÜETSCHI (Fn. 34), Art. 13a UWG Rz 8; anders ausgestaltet ist dies nach den Grundsätzen der Schweizerischen Lauterkeitskommission

[40] Zusätzlich zu den oben aufgeführten zivilrechtlichen Rechtsbehelfen, kann der Verletzte gestützt auf das Schweizerische Obligationenrecht auf Schadenersatz, Genugtuung sowie die Herausgabe eines Gewinns klagen, sofern die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 9 Abs. 3 UWG). Das gilt selbstredend auch für Verletzungen durch Nudging, sofern der Schaden substantiiert bewiesen werden kann.

[41] Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen zielen insbesondere auf Verletzungen der Bestimmungen zur Preisangabe und Preiswerbung ab (Art. 16 ff. UWG). Im Zusammenhang mit Nudging kann jedoch festgehalten werden, dass der Preis regelmässig kein ausschlaggebendes Kriterium für das eigentliche «Anstupsen» sein dürfte. Folglich sind die verwaltungsrechtlichen Sanktionen vorliegend von untergeordneter Bedeutung, wodurch eine detaillierte Erörterung in casu obsolet ist. Dennoch ist im Einzelfall jeweils zu prüfen, ob eine Verletzung der Bestimmungen über die Preisangabe und die Preiswerbung erfolgte.

[42] Ferner sieht das UWG für Verstösse gegen Art. 3, 4, 5 oder 6 UWG strafrechtliche Sanktionen vor (Art. 23 UWG). Geahndet werden vorsätzliche Verstösse gegen Art. 3 bis 6 UWG auf Antrag mit einer Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder einer Geldstrafe. Antragsberechtigt ist jede Person, welche zur Erhebung einer Zivilklage (Art. 9 f. UWG) legitimiert ist. Allerdings wird nur ein Teil der Sondertatbestände des UWG – namentlich Art. 3 bis 6 UWG – strafrechtlich pönalisiert. Somit steht die strafrechtliche Verfolgung für unlauteres Nudging offen, wenn einer der oben ausgeführten Fälle von Art. 3 UWG eingetreten ist und dessen Voraussetzungen erfüllt sind. Nicht strafbedroht ist hingegen die Verletzung der Generalklausel von Art. 2 UWG, weil dies nicht mit dem strafrechtlichen Grundsatz *nulla poena sine lege certa* vereinbar ist.<sup>67</sup> Bei Verstössen gegen die UWG-Generalklausel stehen somit insbesondere die zivilrechtlichen Rechtsbehelfe offen.

### 3.7. Selbstregulierung

[43] Neben den gesetzlichen Regelungen, welche Nudging, wie oben aufgezeigt, u.U. erfassen können, kennt die Schweiz im Bereich des Lauterkeitsrechts auch Selbstregulierung. Diese wird durch die Schweizer Lauterkeitskommission als ausführendes Organ der Stiftung der Schweizer Werbung für die Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation, der alle bedeutenden Organisationen der schweizerischen Kommunikationsbranche angehören, gesetzt.

[44] Die Grundsätze «Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation» der SLK<sup>68</sup> decken die oben abgehandelten UWG-Spezialtatbestände ab und konkretisieren diese. Die Grundsätze zielen auf die kommerzielle Kommunikation ab. Darunter ist jede Massnahme zu verstehen, die eine gewisse Anzahl von Personen systematisch in ihrer Einstellung zu bestimmten Produkten oder Geschäftsverhältnissen zum Zwecke des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes oder seiner Verhinderung beeinflusst (Grundsatz Nr. A.3). Erfasst ist somit u.E. auch das Nudging im kommerziellen Zusammenhang, weil es definitionsgemäss dazu dient, Personen systematisch in ihrer Ein-

---

zur kommerziellen Kommunikation in Grundsatz Nr. A.5, wonach stets der Werbende die Richtigkeit der Werbeaussagen beweisen können muss.

<sup>67</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_67/2014 vom 2. September 2014, E. 2.6.1; UWG Kommentar-FERRARI HOFER (Fn. 34), Art. 2 UWG Rz 43; UWG Kommentar-HEIMGARTNER (Fn. 34), Art. 23 UWG Rz 5; SHK UWG-JUNG (Fn. 34), Art. 2 UWG Rz 3; BSK UWG-KILLIAS/GILLIÉRON (Fn. 34), Art. 23 UWG Rz 1.

<sup>68</sup> SLK, Grundsätze Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation, Januar 2019 ([https://www.faire-werbung.ch/wordpress/wp-content/uploads/2019/05/SLK-Grundsaeetze\\_DE-1.1.2019.pdf](https://www.faire-werbung.ch/wordpress/wp-content/uploads/2019/05/SLK-Grundsaeetze_DE-1.1.2019.pdf), Website zuletzt besucht am 16. August 2020).

stellung zu lenken – insbesondere auch in Bezug auf bestimmte Produkte oder Geschäftsverhältnisse – sodass auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts hingearbeitet wird. Grundsatz Nr. B.2 bezeichnet sodann kommerzielle Kommunikation als unlauter, wenn eine Person, ein Unternehmen oder eine Organisation sich oder andere durch die Kommunikation unrichtiger oder irreführender Darstellungen, Aussagen oder Angaben vorteilhafter darstellt, als dies in Wirklichkeit der Fall wäre. Dabei müssen gemäss diesem Grundsatz insbesondere Darstellungen, Aussagen und Angaben zur verfügbaren Menge wahr und klar sein. Im Übrigen sei auf eine beschränkte Erhältlichkeit oder Verfügbarkeit klar und gut leserlich hinzuweisen. Dieser Grundsatz ist auch auf Nudging anwendbar. Eine allgemeine Regelung in Bezug auf besonders aggressive Verkaufsmethoden (Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG) sehen die Grundsätze (wohl beispielhaft) für den Fernabsatz und im Zusammenhang mit Gewinnspielen vor (Grundsatz Nr. B.13 und C.4). Sollte ein Nudge in der kommerziellen Kommunikation gegen Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG oder u.U. gegen Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG verstossen, kann neben den Rechtsbehelfen des UWG auch eine kostenlose Beschwerde bei der SLK eingereicht werden.

[45] Gemäss dem Geschäftsreglement «Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation» (GS-SLK)<sup>69</sup> ist jede Person legitimiert, eine Beschwerde gegen Massnahmen der kommerziellen Kommunikation zu führen, sofern die beschwerdeführende Person handlungsfähig ist (Art. 8 Abs. 1 GS-SLK). Die SLK fällt sodann einen freien Entscheid, sobald der Sachverhalt genügend abgeklärt ist (Art. 16 Abs. 1 GS-SLK). Der Entscheid wird den Parteien schriftlich mit kurzer Begründung eröffnet (Art. 16 Abs. 2 GS-SLK). Trotz der eingeschränkten Sanktionsmöglichkeiten – namentlich die Veröffentlichung des Entscheids unter voller Namensnennung (sog. «Naming and Shaming»), die Abgabe der Empfehlung, einen Werbenden aus einem Fachverband auszuschliessen oder als Organisation von gesamtschweizerischer Bedeutung von ihrem straf- oder zivilrechtlichen Klagerecht des UWG Gebrauch zu machen – sind die Entscheide der SLK anerkannt und werden in aller Regel respektiert.

[46] Schliesslich haben sich verschiedene Branchenverbände weitere Selbstbeschränkungen auferlegt. Dazu zählen insbesondere die Tabak-, die Pharma-, die Alkohol- oder die Telekommunikationsmehrwertdienstbranche.<sup>70</sup>

### 3.8. Regulierungsbestrebungen in Europa

[47] In der europäischen Union ist die Diskussion zur Regulierung des Nudgings bereits weiter fortgeschritten als in der Schweiz. Jedoch beschränkt sich der Diskurs auf den öffentlich-rechtlichen Bereich und klammert den privat-rechtlichen Bereich trotz erster prominenter Fälle im Zusammenhang mit Booking.com und Zalando aus.<sup>71</sup> Dennoch scheint Nudging auch auf höchster politischer Ebene für Aufmerksamkeit zu sorgen, da Nudging im Rahmen von sog. Dark Nudges missbraucht werden kann. Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss emp-

<sup>69</sup> SLK, Geschäftsreglement Lauterkeit in der kommerziellen Kommunikation, Januar 2019 (<https://www.faire-werbung.ch/wordpress/wp-content/uploads/2019/02/SLK-Geschaeftsreglement-DE-1.1.2019.pdf>, Website zuletzt besucht am 16. August 2020).

<sup>70</sup> CHK UWG-FERRARI HOFER/VASELLA (Fn. 20), Art. 1 und 2 UWG Rz 3.

<sup>71</sup> Siehe Fn. 44; Deutsche Wettbewerbszentrale, Pressemitteilung vom 05. November 2015: Wettbewerbszentrale erhebt Klage gegen Zalando wegen irreführender Werbung und künstlicher Verknappung in Bezug auf den Warenbestand ([https://www.wettbewerbszentrale.de/de/home/\\_pressemittteilung/?id=268](https://www.wettbewerbszentrale.de/de/home/_pressemittteilung/?id=268), Website zuletzt besucht am 16. August 2020).

fehlt zwar die Nutzung des Nudging-Konzepts für öffentlich-rechtliche Aufgaben, ist sich jedoch der Gefahren der Dark Nudges bewusst. Darum beabsichtigt er, einen konkreten Verhaltenskodex für Nudge-Konzepte festzulegen, «um sicherzustellen, dass diese nicht für unverantwortliche Ziele missbraucht werden».<sup>72</sup> Gemäss der Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses soll ein verantwortungsvolles Nudging vier Voraussetzungen erfüllen: (i) Transparenz des Prozesses, (ii) Flexibilität für die Beteiligten, welche immer Entscheidungsfreiheit haben müssen, (iii) Bereitstellung zuverlässiger Informationen sowie (iv) Vermeidung von Schuldzuweisungen an Einzelne.<sup>73</sup> U.E. dürfte ein Verhaltenskodex jedoch insgesamt ein eher zahnloses Instrument darstellen, da er keine rechtlich bindende und somit verpflichtende Wirkung entfaltet und zurzeit kaum durchsetzbar ist.

[48] Im privatrechtlichen Bereich wird Nudging in Europa – insbesondere in Deutschland – nach den bestehenden rechtlichen Grundlagen beurteilt (z.B. nach dem UWG). Es bleibt somit abzuwarten, ob und wann die bestehenden Gesetze bei der Beurteilung vor Nudging-Vorgängen an ihre Grenzen stossen. Ein solches Vakuum sollte entweder durch die Anpassungen der Gesetze oder aber – wenn auch nur in ausserordentlichen Konstellationen – durch Richterrecht gefüllt werden.

#### 4. Moralische Fallstricke

[49] Wenn Organisationen den Einsatz von Nudging-Massnahmen prüfen, lassen Beschwerden und Bedenken meist nicht lange auf sich warten. Teilweise sind die Vorwürfe auf mangelndes Wissen zur Wirksamkeit von Nudging zurückzuführen («gegen den eigenen Willen mittels Psychotricks manipuliert»). Blendet man fehlendes Wissen und rein politisch motivierte Kommentare aus, bleiben aber durchaus ernst zu nehmende Kritikpunkte. Der meist artikulierteste Vorwurf besagt, dass Nudging die Entscheidungssouveränität des Konsumenten einschränkt. Der Hintergedanke hierbei ist die Tatsache, dass die proklamierte Wahlfreiheit, welche Nudging eigentlich sicherstellen soll, in einer realen multi-Options Umwelt nicht realisierbar ist. Die digitale Lebenswirklichkeit ist schliesslich dadurch gekennzeichnet, dass es nahezu unmöglich ist, bei jeder Entscheidung alle Alternativen zu prüfen – selbst, wenn diese nur einen Mausklick entfernt sind. So argumentiert beispielsweise LOBO: «Nudging plus Datenanalyse ist eine Art von gesellschaftlicher Manipulation, die mit zunehmender Komplexität des Alltags immer leichter durchsetzbar erscheint. Wer über den Grundzustand, über die Voreinstellungen bestimmt, bestimmt das Verhalten der Masse».<sup>74</sup>

[50] Diese Kritik ist nicht vollkommen von der Hand zu weisen, insbesondere, wenn man berücksichtigt, dass die Wirksamkeit von Nudges unabhängig vom moralischen Wert der Zielrichtung gilt. Steht hierbei weniger der Nutzen des Individuums im Vordergrund, beziehungsweise ist eine

---

<sup>72</sup> Vgl. dazu die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema «Für eine Berücksichtigung des Nudge-Konzepts in den politischen Massnahmen der EU» (Initiativstellungnahme), 2017/C 075/05 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016IE1333&from=DE>, Website zuletzt besucht am 16. August 2020).

<sup>73</sup> Siehe Fn. 71.

<sup>74</sup> SASCHA LOBO, *Realitätsschock*, Köln 2019, S. 213.

bestimmte Entscheidungsvorgabe sogar nachteilig für ihn, spricht man von Dark Nudges.<sup>75</sup> Diese dunkle Seite der Entscheidungsarchitektur ist durchaus weit verbreitet, auch wenn hier ebenso gilt, dass nicht jeder konsumentennachteilige, psychologische Ansatz mit einem Dark Nudge gleichzusetzen ist.

[51] Beispiele für Dark Nudges sind unter anderem unvorteilhafte Voreinstellungen (im Englischen «Self-Serving Default Rules»). Eine teure Variante ist hierbei etwa als Vorauswahl festgelegt oder unnötige Zusatzdienstleistungen müssen erst durch den Konsumenten ausgewählt werden. Diese nachteiligen Opt-Out-Einstellungen sind besonders dann zweifelhaft, wenn versucht wird, den Kunden durch einen langwierigen Abwahlprozess zu ermüden. Diese moralisch mindestens zweifelhafte Strategie wird auch unter dem Label «Inertia Selling» beschrieben. Zumindest in diese Richtung gehend sind die langwierigen Checkout-Prozesse vieler Buchungsplattformen zu deuten. Viele dieser Prozesse versuchen das Nudging am Rande zum Dark Nudge zu ihrem Vorteil zu nutzen, sodass er Konsument über mehrere Unterseiten im künstlich in die Länge gezogenen Checkout diverse Entscheide treffen muss. Zu denken ist etwa an diverse vorangewählte und kostenpflichtige Zusatzleistungen wie Versicherungen, Platzreservierungen, Zahlungsgebühren oder sonstige «Premium»-Angebote.

[52] Eine weitere Facette von Dark Nudges ist das Evozieren eines Dringlichkeitseindrucks, während eine Entscheidung getroffen wird. Dies geschieht dadurch, dass eine bestimmte Option als besonders beliebt dargestellt wird oder durch den Hinweis, dass nur noch eine begrenzte Stückzahl des Produktes verfügbar ist. Die Darstellung der Verknappung des Produktvorrats (im Englischen auch als «Scarcity Theory»<sup>76</sup> bekannt) wird in manchen Fällen durchaus in einer vagen Grauzone belassen. Der Interpretationsspielraum einer Information wie «nur noch wenig verfügbar» trägt dazu bei, dass diese Darstellungsvariante auch als «künstliche Verknappung» bezeichnet wird. Die bestehende Entscheidungsalternative für den Konsumenten, abzuwarten oder nach einer günstigeren Option zu suchen, wird durch solche Darstellungsformate untergraben. Derartige Formen des emotionalen Drucks, gerne in Zusammenspiel mit verschiedenen weiteren Framing-Komponenten, sind besonders bei Buchungsplattformen verbreitet, dort auch oftmals in kombinierter Form (siehe Abb. 1).

[53] Hervorzuheben ist hierbei auch, dass dort statt einer vagen Verknappung auf eine explizite Verknappung gesetzt wird. Dies bedeutet, es werden exakt quantifizierte Angaben zur aktuellen Verfügbarkeit gemacht. Die Problematik dieses Vorgehens wird dann ersichtlich, wenn angegebene und tatsächliche Verfügbarkeit nicht übereinstimmen oder diese zumindest nicht plausibel erklärt werden können (z.B. durch Retouren, Stornierungen etc.). Bekanntes Beispiel ist in diesem Zusammenhang der Fall des Onlinehändlers Zalando, welchem 2015 durch die Wettbewerbszentrale Deutschland irreführende und damit unlautere Angebotspraxis vorgeworfen wurde. Zalando hatte auf ihrer Webseite bestimmte Produkte mit «nur noch 3 Exemplare verfügbar» angegeben. Nach der Unterlassungsklage durch die Wettbewerbszentrale wurde dies in die Formulierung «noch mehr als 3 Exemplare verfügbar» angepasst. Auch das Buchungsportal Booking.com wurde in diesem Zusammenhang bereits durch Wettbewerbshüter gerügt. Dort

<sup>75</sup> CHRISTOPH BOGENSTAHL, Dark Patterns – Mechanismen (be)trügerischen Internetdesigns, Themenkurprofil 30, Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag, Berlin 2019.

<sup>76</sup> DOREÉN PICK, Knappheit im Einzelhandel–Status Quo der Forschung und eine Arbeitsagenda, in: Handel in Theorie und Praxis, Wiesbaden 2013, S. 183–207.

erfolgte die Anpassung dahingehend, dass die begrenzte Anzahl «noch 3 Zimmer verfügbar» mit dem Zusatz «auf dieser Seite» ergänzt wurde.

The image shows a booking card for a hotel. On the left is a photo of the hotel building. To its right, there's a green box saying 'Frühstück inbegriffen'. The hotel name 'Holiday Inn Express London Greenwich' is in blue. Below it are three stars and a thumbs-up icon with the text 'Hervorgehoben'. A location pin icon is followed by 'Greenwich, London – Auf der Karte anzeigen' and '(Zentrum: 9 km)'. Below that, it says '6 Personen sehen sich das gerade an' and 'Sehr gefragt! In den letzten 24 Stunden 31-mal gebucht'. A red arrow points to the text 'Nur noch 4 Zimmer auf unserer Seite verfügbar!'. Below this is a green note: 'Ohne Risiko: Sie können später stornieren, also sichern Sie sich diesen tollen Preis noch heute.' To the right, there's a 'Fabelhaft 8,6' badge with '3.404 Bewertungen'. The price '€ 282' is shown in green, with 'Frühstück inbegriffen', 'KOSTENLOSE Stornierung', and 'Keine Voraus-/Anzahlung notwendig' listed below it. At the bottom right is a blue button that says 'Unsere letzten verfügbaren Zimmer ansehen >'.

**Abb. 1: Dark Nudges mittels (künstlicher) Verknappung eines Buchungsportals**

[54] Die hier dargestellte digitale (künstliche) Verknappung ist in ihrer Wirkungsweise auch subtiler einzustufen als bekannte nicht-digitale Varianten, welche gerne mit dem unspezifischen Hinweis «so lange der Vorrat reicht» versehen werden. Neben der Nennung quantifizierter Stückzahlen wird durch manche Anbieter auch nachgefasst, wenn ein Kunde sich nicht direkt für eine bestimmte Variante entscheidet. Ein mehrfacher Hinweis wie «sind Sie sicher, dass sie sich diese einmalige Option entgehen lassen wollen» kann durchaus Verunsicherung oder sogar Schuldgefühle hervorrufen. Zusätzlich bieten digitale Analyse-Instrumente die perfide Möglichkeit, mittels grosser Datensätze genau die Rhetorik zu entwickeln, welche zu einer hohen Konversionsrate beitragen.

[55] Schliesslich ist auch die Gestaltung des Präsentationsformates eine Nudge-Option, welcher sich nachteilig für Konsumenten auswirken kann. Eine dunkle Variante ist hierbei die intransparente, beispielsweise prozentuale, Darstellung von Kosten oder die Strategie, dass die Gesamtkosten erst im letzten Kaufschritt vollständig angezeigt werden. Die Option, nach der investierten Arbeit – im Sinne eines Sunk-Cost-Bias – noch den Kauf abzuberechnen, wird dadurch in deutlich negativerem Licht präsentiert. Psychologisch ist auch dies eine Form der Trägheit, welche sich hier ungünstig auswirkt, beziehungsweise deren ungünstige Auswirkung wird bewusst durch den Entscheidungs-Architekten herbeigeführt.

[56] Insgesamt sind auch die unvoreilhaftesten Dark Nudges als nicht weniger wirksam einzustufen als deren positiv konnotierte Gegenspieler. Die negative Wirkungsrichtung wird auch in den zentralen Publikationen von THALER und SUNSTEIN wenig bis kaum diskutiert. Dass sich diese Autoren der negativen Konsequenzen allerdings durchaus bewusst sind, lässt sich daraus ablesen, dass zumindest THALER seine Bücher mit dem Hinweis «Nudge for Good» signiert.<sup>77</sup> Schlussendlich gilt es ferner zu beachten, dass die unvoreilhaftesten Dark Nudges je nach Ausgestaltung auch gegen das geltende Recht, insbesondere das Lauterkeitsrecht, verstossen können. Diesbezüglich

<sup>77</sup> RICHARD H. THALER, in: New York Times vom 1. November 2015, «The power of nudges for good and bad» (<https://www.nytimes.com/2015/11/01/upshot/the-power-of-nudges-for-good-and-bad.html>, Website zuletzt besucht am 16. August 2020).

werden die zuständigen Behörden und Gerichte in Zukunft eine wichtige Rolle einnehmen, da es gerade im Bereich des für Konsumenten unvorteilhaften Nudging in der Regel keine klaren Schwarz-Weiss-Fälle gibt, sondern eine Vielzahl von Grauschattierungen existieren, welche alle im Einzelfall und mit Augenmass beurteilt werden müssen.

## 5. Diskussion – Nudging aus Sicht der Praxis: Was ist zu beachten?

[57] Das Fehlen spezifischer rechtlicher Grundlagen und die existierende Möglichkeit, dass Nudging auch zu Ungunsten von Konsumenten eingesetzt werden können, hat zu einer weiteren Gestaltungs-Präzisierung durch THALER geführt.<sup>78</sup> Diese sind auch für die berufliche Praxis als Handlungsempfehlungen zu verstehen, um die diskutierten Grauzonen bestmöglich zu vermeiden. Neben den bekannten Charakteristika (Wahlfreiheit und Fehlen einer monetären Bevorteilung) rücken nicht nur bestimmte Gestaltungselemente des «Stupers» in den Vordergrund, sondern auch das Wohlergehen der betroffenen Individuen.

[58] Die erste Forderung betrifft die Transparenz des Nudging. Wenn ein Nudge zum Einsatz kommt, sollte er als solcher zu erkennen sein. Dies bedeutet, dass auf Irreführungen oder Täuschungen zu verzichten ist, ebenso auf intransparente Darstellung von Entscheidungsalternativen. Transparenz kann auch bedeuten, dass der Anbieter dem Kunden mitteilt, warum er eine bestimmte Auswahl voreingestellt hat oder die Informationen auf eine bestimmte Art präsentiert.

[59] Daran knüpft auch die zweite Gestaltungsempfehlung an. Die Opt-Out Möglichkeit, sprich die Möglichkeit, eine andere Variante zu wählen, sollte so einfach als möglich gehalten werden. Sobald der Wechsel einer Default-Einstellung minimalen (kognitiven) Aufwand mit sich bringt, wissen wir, dass die menschliche Trägheit den Wechselwillen immens reduziert. Die Empfehlung, dass der Wechsel höchstens einen Mausklick entfernt sein sollte, ist im digitalen Kontext durchaus wörtlich zu verstehen. Die Empfehlungen schliessen mit dem dritten Hinweis, dass das präferierte Verhalten auf das Wohlergehen der betroffenen Person ausgerichtet sein sollte.

[60] Diese Richtlinien sind durchaus als geeignet anzusehen, bestimmte moralische und rechtliche Bedenken auszuräumen. Es wäre auch einseitig, Unternehmen zu unterstellen, grundsätzlich das Wohl des Kunden vollkommen aussen vor zu lassen. Anschauliche Gegenbeispiele finden sich unter anderem auch unter den Preisträgern des «Nudging for Good» Awards. Dieser Preis zeichnet Unternehmen aus, welche sich an den Gestaltungsempfehlungen für «gute» Nudges von THALER orientieren und dies beispielsweise nutzen, um eine höhere Recyclingquote zu erzielen oder um über eine ausgewogene Ernährung zu informieren.

[61] Herausfordernd bleibt die Tatsache, dass in zahlreichen Kampagnen und Strategien Nudges selten in Reinform auftreten. In Zeiten von digitalisierten Kundenspuren und Standards wie A/B-Testing ist nahezu das gesamte Erscheinungsbild der meisten online Angebote ein einziges grosses Beispiel angewandter Entscheidungsarchitektur. Als Konsequenz dieser Vielschichtigkeit bleibt die Erkenntnis, dass zumindest ein zentraler Hebel im Umgang mit Nudging unumgänglich ist: Wissen.

[62] Unternehmen und die Mitarbeitenden in den betroffenen Abteilungen sollten die Prinzipien einer kundenorientierten Entscheidungsarchitektur kennen. Dazu gehört insbesondere, die

---

<sup>78</sup> Siehe Fn. 76.

typischen Verhaltensmuster eines Kunden zu antizipieren und nicht von einer durchgängig anzutreffenden Rationalität der Akteure auszugehen. In der Verantwortung sind aber auch die Konsumenten selbst zu sehen, welche sich mit den neuen Optionen digitaler Angebotspräsentationen vertraut machen und diesbezüglich eine Sensibilität entwickeln müssen. Rein rechtliche Forderungen ohne eine Berücksichtigung der jeweiligen Kompetenzen sind daher als wirkungsarm einzuschätzen. Dennoch wird es wichtig sein, klar irreführendes, täuschendes oder besonders aggressives Nudging durch den «Stupser» rechtlich zu verfolgen und ggf. mit Augenmass zu sanktionieren.

---

Prof. Dr. JÖRN BASEL, Hochschule Luzern, Institut für Tourismuswirtschaft, Luzern / Kalaidos Fachhochschule Schweiz, Institut für Wirtschaftspsychologie, Zürich.

RA MARCO S. MEIER, MLaw, Meyerlustenberger Lachenal AG, Zürich.