

«INTERESSENABWÄGUNG» / «PESÉE DES INTÉRÊTS»

Prof. Dr. Dr. h.c. Yeşim M. Atamer, LL.M.

**Interessenabwägung im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**

**Thesen**

1. AGB sind paradigmatisch für Interessenkonflikte zwischen Vertragsparteien, insb. im b2c-Kontext. Obwohl Verwenderinnen die Interessen der Konsumenten systematisch ignorieren, schliessen letztere den Vertrag unter Einbezug der AGB ab. Zurückzuführen ist dieses Verhalten auf ein Marktversagen. Die Kenntnisnahme und der Vergleich mit anderen AGB unterbleiben aufgrund prohibitiv hoher Informationskosten; die Konsumenten handeln in rationaler Ignoranz. Ein Konditionenwettbewerb findet nicht statt.
2. Dementsprechend ist das Hauptziel der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG die Wiederherstellung des gestörten Interessenausgleichs zwischen den Parteien. Die Konkretisierung der als Generalklausel konzipierten Vorschrift obliegt den Gerichten. Dabei ist im Rahmen einer zweistufigen Angemessenheitsprüfung zunächst zu ermitteln, wie die Rechte und Pflichten der Parteien in dem von der fraglichen AGB-Klausel geregelten Sachverhalt idealtypisch verteilt wären. Erst danach kann beurteilt werden, ob die Klausel von diesem Wertungsmassstab so weit abweicht, dass sie missbräuchlich im Sinne von Art. 8 UWG ist. Eine Interessenabwägung ist beiden Schritten immanent: Sowohl der Ermittlung der objektiv gerechten Interessenverteilung als auch der Beurteilung der konkreten AGB-Klausel.
3. Als objektives Leitbild dient insbesondere das dispositive Recht, welches die standardisierte Form des vertraglichen Interessenausgleichs darstellt. Fehlt es an einem solchen normativen Leitbild, muss das vom Gesetzgeber vorgegebene Gerechtigkeitsmodell dem konkreten Vertragstypus und -zweck entsprechend gerichtlich weiterentwickelt werden.
4. Für die Beurteilung, ob die fragliche AGB-Klausel vom Leitbild zu Lasten der Konsumenten in nicht mehr hinnehmbarer Weise abweicht, bietet der Gesetzgeber den Gerichten jedoch keinerlei Orientierungshilfe. Die Lückenhaftigkeit von Art. 8 UWG verhindert eine systematisch deduktive Entscheidungsfindung, sodass die gerichtliche Ausarbeitung eines Topoi-Katalogs unumgänglich ist. Dabei dient die Rechtsvergleichung als primäre Erkenntnisquelle. Namentlich die 30-jährige Praxis des EuGH und der Gerichte der EU-Mitgliedstaaten ist von grosser Bedeutung, da sich der Gesetzgeber bei der Abfassung von Art. 8 UWG bewusst an Art. 3(1) der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln orientierte.
5. Damit der Abwägungsprozess der Gerichte nicht dezisionistisch bleibt, sondern eine regelbildende Funktion ausüben kann, müssen die ihm zugrunde liegenden Wertungen und Präferenzen offengelegt und begründet werden. Die Gerichte sind gehalten, verallgemeinerungsfähige Wertungskriterien zu entwickeln, um somit auch die notwendige Vorhersehbarkeit künftiger Urteilsfindung zu gewährleisten. Die bisher in der Rechtsprechung überwiegend praktizierte «verdeckte Inhaltskontrolle» in Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel steht einer Konkretisierung von Art. 8 UWG im Wege.
6. Die Abwägung zwischen den Interessen der Parteien ist im Rahmen der Verbands- sowie Individualklage durch eine abstrakte Bewertung der AGB-Klausel unter Berücksichtigung des gesamten Vertrags zu bestimmen. Es kommt somit nicht auf die subjektive Schutzwürdigkeit des Konsumenten im konkreten Fall an. Bei der Beurteilung spielen hauptsächlich verfassungsrechtliche Wertungen, Verhältnismässigkeitsabwägungen sowie rechtsökonomische Gesichtspunkte eine Rolle.