

Besprechungen / Comptes rendus

McColgan, Peter: *Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen*. Studien zum Privatrecht, Band 91. XXIII, 360 S. (Tübingen 2020. Mohr Siebeck). Geb. ca. CHF 152.00.

Die von Dr. Peter McColgan am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Ökonomik an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin bei Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M., verfasste Dissertation verspricht einen Paradigmenwechsel: Der Titel der Arbeit, ein Abschied vom Informationsmodell, ist Programm. Das Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen basiert auf dem Versuch, «Schutz vor unangemessenen Geschäftsbedingungen durch Aufklärung der Kunden über Klauselinhalte zu erreichen» (S. 146), es ist ein liberales «Selbstschutzmodell» (S. 147).

Erklärtes Ziel der Arbeit ist es, «das Ungeheuer [allgemeine Geschäftsbedingungen] einzuzäunen und Licht auf die «Geisterbeschwörung» [Privatautonomie] zu werfen» (S. 1). Das papierförmige Ungeheuer allgemeiner Geschäftsbedingungen, so McColgan, «zieht den Karren der Gesamtwirtschaft, jedoch hängt es ganz von der politischen Einordnung ab, ob allgemeine Geschäftsbedingungen ein genügsamer Zügochse oder ein unbändiger Stier sind» (S. 5). Die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen versteht McColgan zu Recht als «eine Ausgestaltung zwingenden Vertragsrechts» (S. 14), das einem Marktversagen entgegenwirken soll. Mit diesem Verständnis widmet sich die Arbeit der Untersuchung, wo das Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen den Orientierungsanker «zwischen Rationalisierung und Standardisierung, Risikoabwälzung und Ausbeutung, zwischen Wettbewerbsverstärkung und Wettbewerbsverhinderung [zu] setzen [hat] und dabei die Winde der Beschleunigung des Rechtslebens und der Etablierung neuer Geschäftsmodelle berücksichtigen» muss (S. 14).

McColgan untersucht in einem Kapitel den Schutzzweck der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen aus einer rechtsökonomischen Perspektive. In diesem Zusammenhang geht er zunächst der modernen Grundsatzfrage nach, wie «auf der erschütterten Grundlage ökonomischer Annahmen eine ökonomische Analyse noch zeitgemäss durchgeführt werden» kann (S. 20 ff., mit der zutreffenden Überschrift «Totgesagte leben länger»). Dabei wird die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen als «eine staatliche Intervention in die Vertragsfreiheit der Individuen» verstanden

(S. 34), die mit einem Marktversagen begründet wird. Besonders hervorzuheben ist die Darstellung und Besprechung verschiedener empirischer Untersuchungen über allgemeine Geschäftsbedingungen, wonach der Mensch allgemeine Geschäftsbedingungen schlichtweg nicht liest (S. 82 ff.). Die Frage, ob und wie allgemeine Geschäftsbedingungen tatsächlich gelesen werden, ist gemäss McColgan deshalb von so grosser Bedeutung, weil von ihr abhängt, «ob eine Inhaltskontrolle angesichts eines Marktversagens effizienzsteigernd ist oder ob diese durch Beschränkung eines effizienten Marktes zur Steigerung von Ineffizienz führt» (S. 82). Unter Zugrundelegung der realen Facetten der bestehenden Informationsasymmetrie, die im Kern auf einer teuren und nicht nützlichen Informationsbeschaffung basiert, gelangt McColgan zum durchaus plausiblen Ergebnis, wonach das Lesen allgemeiner Geschäftsbedingungen äusserst unwahrscheinlich ist (S. 130). Ergänzt wird diese Analyse durch das Nichtlesen allgemeiner Geschäftsbedingungen als Heuristik (S. 131 ff.) und die Frage, ob die Digitalisierung die Inhaltskontrolle zu ersetzen vermag (S. 134 ff., wohlwollend als «Deus ex machina» bezeichnet).

Als Zwischenergebnis hält McColgan ein Marktversagen durch Informationsasymmetrie («Behavioral Market Failure») fest: «Niemand [weder Verbraucher noch Unternehmer noch die gesamte Gesellschaft] will, dass allgemeine Geschäftsbedingungen gelesen werden», mit der Schlussfolgerung, «dass die Problematik des immensen Informationsgefälles ihre Lösung nicht darin findet, dem Gefälle die Steigung zu nehmen und die Empfänger so doch zum Lesen zu überreden» (S. 143), da dem Informationsgefälle (Informationsasymmetrie) ein rationales Motivationsgefälle (Transaktionskosten) zugrunde liegt. Nach meinem Verständnis (SZW 2020, 106 ff.), wonach Individualschutz («Schutz der schwächeren Vertragspartei») und Institutionenschutz («Schutz der Steuerungsfunktion von Markt und Wettbewerb») gleichberechtigte Grundpfeiler einer vertragstheoretischen und rechtsökonomischen Rechtfertigung der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen sind, die sich gegenseitig bedingen und ergänzen – dem scheint auch McColgan zuzustimmen (S. 157 ff., «Synthetisierungstendenzen im modernen Schrifttum») –, ist jedoch seine abschliessende Handlungsempfehlung, «dass man an der Ungewissheit des Empfängers nichts verändern möchte, sondern nur ihre Auswirkungen zu verwalten sucht» (S. 144), nicht in jeder Hinsicht (Transaktionskostenansatz) zwingend.

Die titelgebende Kernthese, wonach im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen vom Informationsmodell Abschied zu nehmen ist, wird sodann in einem eigenen Kapitel näher erläutert und begründet (S. 145 ff.). Als Grundkonzepte zum Schutz vor allgemeinen Geschäftsbedingungen unterscheidet *McColgan* einerseits die Inhaltskontrolle, womit unangemessene Klauseln verboten werden, und andererseits das Informationsmodell, welches bei der Information des Empfängers anknüpft (S. 146). Während *McColgan* auf Ersteres setzt, möchte er Letzteres in die Verbannung schicken. Die Auffassung, dass die Inhaltskontrolle heutzutage einen legitimen Anwendungsbereich hat, dürfte mittlerweile unumstritten sein. Die Gretchenfrage besteht vielmehr darin, den Anwendungsbereich einer solchen Inhaltskontrolle genau festzulegen, wozu ich mich kürzlich aus einer ökonomischen, historischen und vergleichenden Perspektive äussern durfte (recht 2020, 73 ff.). Die Inhaltskontrolle ist demnach keine Wunderwaffe, sondern hat durchaus ihre Grenzen, die es zu respektieren gilt. Im Gegenzug ist aber auch das Informationsmodell kein Teufelszeug. Anders beurteilt dies *McColgan*, der gleich einen Angriff über zwei Flanken einleitet. Unter dem Titel «Ökonomischer Abschiedskuss an das Informationsmodell» bezieht *McColgan* zunächst wie folgt Position: «Nimmt man den ökonomischen Schutzzweck eines Marktversagens ernst, so ist es im Moment des Vertragsschlusses völlig irrelevant, ob die Klauseln transparent gestaltet sind oder nicht» (S. 152 f., wo auch von «Pervertierung» und «Hilfe für den Hilflösen» gesprochen wird). Zudem beruft sich *McColgan*

aber auch auf die fehlenden dogmatischen Grundlagen des Informationsmodells und spricht sich «Für ein Ende der Geisterbeschwörung» aus (S. 171 ff.). Diese Wendung stellt zugleich eine mutige Kampfansage an die in der Schweiz praktizierte und bislang stets in Ehren gehaltene «verdeckte» Inhaltskontrolle über die Ungewöhnlichkeitsregel (Geltungskontrolle) und die Unklarheitsregel (Auslegungskontrolle) dar.

Dr. *Peter McColgan* hat eine grundsätzliche rechtsökonomische Arbeit vorgelegt, wie sie in dieser Breite und Tiefe im deutschsprachigen Raum nur selten anzutreffen ist. Ebenso erfreulich ist, dass die Arbeit den nordamerikanischen Diskurs rund um «Standard-Form Contracts» gründlich aufarbeitet und sorgfältig miteinbezieht, was auch auf dem Kontinent auf Interesse stossen dürfte. Über den normativen Gehalt der titelgebenden Kernthese, die einen Abschied vom Informationsmodell verheisst, darf die Leserschaft geteilter Meinung sein. Die Argumentationslinie, wonach das Informationsmodell im europäischen Privatrecht gegenüber einem weitergehenden staatlichen Eingriff in die Privatautonomie zu bevorzugen ist, hat damals schon Prof. Dr. Dr. *Stefan Grundmann*, LL.M., vorgezeichnet (JZ 2000, 1133 ff.). Sofern man die Selbstverantwortung des Individuums ernst nimmt und die Privatautonomie weiterhin hochhält, vermag der hier heraufbeschworene Paradigmenwechsel jedoch nicht vollends zu überzeugen. Zumindest der liberale Geist der Theorie des Privatrechts wird sich wohl gegen einen solchen Schwur wenden wollen, mit oder ohne ökonomischen Abschiedskuss.

Dr. iur. Valentin Jentsch, LL.M., Rechtsanwalt (Zürich)