

**Münchener
Universitätsschriften**

Reihe der Juristischen Fakultät

Band 247

Tim Schlösser

**Druckausübung
in Vertragsverhandlungen**

Eine ökonomische Analyse zum allgemeinen Zivilrecht

C.H.BECK

Druckausübung in Vertragsverhandlungen

Eine ökonomische Analyse zum
allgemeinen Zivilrecht

von

Dr. Tim Schlösser



Verlag C.H. Beck München 2014

www.beck.de

D 6

ISBN 978 3 406 66374 1

© 2014 Verlag C.H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck: Nomos Verlagsgesellschaft
In den Lissen 12, 76547 Sinzheim

Satz: Fotosatz H. Buck
Zweikirchener Str. 7, 84036 Kumhausen

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Münchener Universitätsschriften

Reihe der Juristischen Fakultät

Herausgegeben

von

Claus-Wilhelm Canaris, Peter Lerche, Claus Roxin

Band 247

Vorwort

Die Arbeit hat der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Wintersemester 2011/2012 als Dissertation vorgelegen und ist im Wesentlichen auf dem Stand zum Dezember 2011. Gesetzgebung, Rechtsprechung und ausgewählte Literatur konnten noch bis zum September 2013 berücksichtigt werden. Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Horst Eidenmüller, und Herrn Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit, der das Zweitgutachten erstellt hat. Zu Dank verpflichtet bin ich zudem der Studienstiftung des Deutschen Volkes für ein großzügiges Promotionsstipendium und Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus-Wilhelm Canaris für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe der Münchener Universitätsschriften. Sehr herzlich möchte ich mich schließlich bedanken bei Herrn Prof. Dr. Markus Rehberg, Herrn Dr. Martin Tasma und Herrn Thomas Krawitz für ihre wertvollen Anmerkungen und die geduldige Auseinandersetzung mit den frühen Versionen der Arbeit. Vor allem aber danke ich meinen Eltern, die mich wie immer vorbehaltlos unterstützt haben. Ihnen ist dieses Buch gewidmet.

Frankfurt am Main, im Februar 2014

Tim Schlösser

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
A. Einführung	1
I. Grundlagen und Methodologie der ökonomischen Analyse des Rechts ..	2
II. Ökonomische Analyse von Zwang/Druckausübung in Vertragsverhandlungen	8
III. Fazit zum weiteren Vorgehen	15
B. Ökonomisches Verständnis von Druckausübung in Vertragsverhandlungen: Rent Seeking und Private Enforcement	17
I. Der Status Quo: Positive Ressourcenverteilung und Ordnung	18
II. Transfers durch Druckausübung in Vertragsverhandlungen: Die zu sanktionierenden Verhaltensweisen	33
C. Ökonomische Analyse der Regulierung von Druckausübung in Vertragsverhandlungen im deutschen Recht	69
I. Einführung	69
II. Abschlusskontrolle mit typisierter Rechtsfolge	74
III. Inhaltskontrolle im engeren Sinne	134
IV. Abschlusskontrolle ohne typisierte Rechtsfolge: Schadensersatzansprüche	144
D. Fazit	169
I. Rent Seeking und unerwünschte Druckausübung	169
II. Grundsätze der effizienten Regulierung	169
III. Weitere ausgewählte Erkenntnisse der ökonomischen Analyse des deutschen Vertragsrechts	170
Literaturverzeichnis	173
Stichwortverzeichnis	187

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
 A. Einführung	 1
I. Grundlagen und Methodologie der ökonomischen Analyse des Rechts	2
1. Effizienz	3
2. Verhaltensannahmen	4
3. Vergleichende Institutionenanalyse und die Rolle des Rechts	5
II. Ökonomische Analyse von Zwang/Druckausübung in Vertragsverhandlungen	8
1. Rights-Based vs. Welfare-Based Approach	8
2. Der Monopol-Ansatz (<i>Trebilcock</i>)	10
3. Ein anreizbasierter Ansatz	13
a) Rent Seeking in Vertragsverhandlungen und seine Regulierung ...	13
b) Kritik am Rent Seeking Ansatz	14
III. Fazit zum weiteren Vorgehen	15
 B. Ökonomisches Verständnis von Druckausübung in Vertragsverhandlungen: Rent Seeking und Private Enforcement	 17
I. Der Status Quo: Positive Ressourcenverteilung und Ordnung	18
1. Verfügungsrechte und Verfügungsmöglichkeiten	18
2. Normen und Verträge	22
a) Unvollständige Definition, oder „Regelungslücken“	24
b) Unvollständige Durchsetzung, oder „ökonomische Unvollständigkeit“	27
3. Normimmanente und vertragsimmanente Durchsetzungsmechanismen	28
a) Verfügungsrechte und ihre Durchsetzung	28
b) Vertragsimmanente Durchsetzungsmechanismen	30
4. Fazit	32
II. Transfers durch Druckausübung in Vertragsverhandlungen: Die zu sanktionierenden Verhaltensweisen	 33
1. Einführung	33
2. Einzelne Formen der Druckausübung in Vertragsverhandlungen	35
a) Verbesserung der eigenen Nichteinigungsalternativen	35
b) <i>Commitment</i> -Strategien	36
c) Beeinträchtigung der Nichteinigungsalternativen der anderen Seite	38
aa) Drohungen	39
(i) Drohungen und Vermögenstransfers	41

(ii) Das <i>Hold Up</i> Problem	43
(a) Nachvertraglicher <i>Hold Up</i>	43
(b) Vorvertraglicher <i>Hold Up</i>	45
(aa) Drohung mit Verhandlungsabbruch	46
(bb) Koordinierung vorvertraglicher Investitionen	47
(cc) Vorfeldvereinbarungen	48
(dd) Vertrauensbasierte Koordinierung	48
(ee) Unvollständige Grundlage der Investitionsent-	
scheidung	49
(ff) Zusammenfassung: Erkennungsmerkmale	50
bb) Real wirkende Formen der Druckausübung	51
d) Der Faktor Zeit	52
aa) Einseitig wirkender zeitlicher Druck	53
bb) Allseitig wirkender zeitlicher Druck	54
3. Kein Transfer bei Private Enforcement	56
a) Privatautonome Ordnungen (Verträge)	57
aa) Abgrenzung von Rent Seeking	57
bb) Vertragsimmanente Durchsetzungsmechanismen und	
Nachverhandlungen	58
(i) „Drohung mit Vertragsbruch“	58
(ii) Drohung mit der Inanspruchnahme staatlicher	
Durchsetzungsmechanismen	60
b) Zentral durchgesetzte Ordnungen	62
4. Die Kosten unerwünschter Druckausübung	64
a) Einzelne Kostenfaktoren	65
b) Kosten-Nutzen-Kalkül	66
5. Zwischenfazit	67

C. Ökonomische Analyse der Regulierung von Druckausübung in Vertragsverhandlungen im deutschen Recht

69

I. Einführung

69

1. Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts in dieser	
Untersuchung	71
2. Mechanismen der Regulierung	72
a) Kosten einzelner Regelungsmechanismen	72
b) „Rangfolge“ der einzelnen Mechanismen	73

II. Abschlusskontrolle mit typisierter Rechtsfolge

74

1. § 123 Abs.1 Alt.2 BGB	75
a) Die Struktur der Regelung: Verhaltenskontrolle mit typisierter	
Rechtsfolge	75
aa) Verhaltensbezogener oder situationsbezogener Schutz des	
Betroffenen?	75
(i) Das Konzept des BGB-Gesetzgebers	76
(ii) Die Ansicht der Mindermeinung (v. Tuhr, Kramer)	76
(iii) Die herrschende Meinung	78
(iv) Direkte oder indirekte Verhaltenskontrolle	80
bb) Die typisierte Rechtsfolge des § 123 Abs.1 Alt.2 BGB	81

(i) Funktionsweise des Anfechtungsrechts	81
(ii) Ökonomische Betrachtung der Rechtsfolge Anfechtungsrecht	84
(a) Vergleich mit Nichtigkeit als Rechtsfolge	84
(b) Vergleich mit Schadensersatz als Rechtsfolge	84
(c) „Starre“ Lösung ist ökonomisch vorzuzugswürdig	87
(iii) Fazit	89
b) Die zu erfassenden Verhaltensweisen	89
aa) Unerwünschte Drohungen	90
bb) Interventionsschwelle	90
c) Analyse der Tatbestandsmerkmale des § 123 Abs.1 Alt.2 BGB vor dem Hintergrund seiner ökonomischen Funktion	92
aa) Drohung im Sinne des § 123 Abs.1 Alt.2 BGB	92
bb) Das Kausalitätserfordernis	95
cc) Das Problem der Drittdrohungen	97
dd) Die Widerrechtlichkeit der Drohung	98
(i) Die Konzeption der h.M.	98
(ii) Ökonomische Analyse der Konzeption der h.M.	99
(a) Die Zweck-Mittel-Relation	100
(aa) Die Drohung mit Strafanzeige und die Drohung mit der Offenlegung von Informationen	100
(bb) Die Drohung mit der Inanspruchnahme rechtlicher Durchsetzungsmechanismen	101
(b) Die Widerrechtlichkeit des Mittels	103
(c) Die Drohung mit Vertragsbruch	103
(d) Sonstige Transfers	106
(iii) Regelungsvorschlag: Kein Anfechtungsrecht bei vernünftigen Alternativen des Bedrohten	106
ee) Subjektive Voraussetzungen	108
2. § 123 Abs.1 Alt.2 BGB analog	109
a) Die zu erfassenden Verhaltensweisen	109
aa) Abgrenzung des Anwendungsbereichs	109
(i) Verhaltenssanktion	109
(ii) Vermögenstransfers und Finalität	110
(iii) Aufhebungsrecht als Rechtsfolge bei situativer und virtueller Beeinträchtigung	112
(a) Aufhebungsrecht nach Ende der beeinträchtigenden Wirkung	112
(b) Ergänzende Anwendung neben dem Schadensrecht ...	113
bb) Fallgruppen	114
(i) Allseitig wirkender zeitlicher Druck	114
(ii) Einseitig wirkender zeitlicher Druck	117
(iii) Überrumpelung	118
b) Rechtsdogmatische Voraussetzungen der Analogie	119
aa) Regelungslücke bei Entstehung des BGB	120
bb) Regelungslücke nach Schuldrechtsmodernisierungsgesetz?	121
cc) Analoge Anwendung des § 123 Abs.1 Alt.2 BGB vorzuzugswürdig	122

3. Das Widerrufsrecht bei Vertragsschluss im Direktvertrieb	124
a) Die Struktur der Regelung: Situative Anknüpfung mit typisierter Rechtsfolge	124
b) Die zu erfassenden Verhaltensweisen	126
c) Ökonomische Analyse des Tatbestands	126
aa) Die bis zum 13. Juni 2014 geltende Fassung	127
(i) Tatbestand des Haustürwiderrufsrechts	127
(ii) Kausalitätserfordernis	128
bb) Die ab dem 13. Juni 2014 geltende Fassung	129
d) Analoge Anwendung auf sonstige Fälle der Überrumpelung oder Überraschung?	132
4. §§ 134 BGB i. V. m. 240 Abs. 1 StGB	133
III. Inhaltskontrolle im engeren Sinne	134
1. § 138 Abs. 1 BGB	135
a) Die Struktur der Regelung: Inhaltskontrolle mit grundsätzlich typisierter Rechtsfolge	135
b) Die zu erfassenden Verhaltensweisen	137
aa) Das aktive Herstellen von Zwangslagen durch real wirkende Formen der Druckausübung als Fallgruppe des § 138 Abs. 1 BGB?	138
bb) Subtile Formen der Druckausübung in gegebenen strukturellen Abhängigkeitsverhältnissen	139
c) Einordnung in die anerkannten Fallgruppen zu § 138 Abs. 1 BGB ..	141
2. Freie Regulierung auf Grundlage des Rechtsgedankens des § 315 Abs. 3 BGB	143
IV. Abschlusskontrolle ohne typisierte Rechtsfolge:	
Schadensersatzansprüche	144
1. Die Struktur der Regelungen: Abschlusskontrolle und Inhaltsergänzung durch Schadensersatzansprüche	144
2. Die zu erfassenden Verhaltensweisen	145
a) Abgrenzung des Anwendungsbereichs	145
aa) Vorübergehende reale Beeinträchtigungen	146
bb) Die beeinträchtigte Entscheidungssituation kann wieder hergestellt werden	146
cc) Eine strukturelle Zwangslage wird geschaffen	147
dd) Vorvertraglicher Hold Up	147
b) Kriterien zur Beurteilung der relevanten Verhaltensweisen	148
aa) Reale Beeinträchtigungen	148
bb) Vorvertraglicher Hold Up	149
3. Die einschlägigen Anspruchsgrundlagen	149
4. Die Haftung aus culpa in contrahendo	150
a) Real wirkende Beeinträchtigungen der Entscheidungssituation des Betroffenen	150
aa) Haftungsbegründung	151
(i) Pflichtverletzung	151
(ii) Vertretenmüssen	152
bb) Haftungsausfüllung	153

(i) Die Ansicht der Rechtsprechung und der h. M. in der Literatur	153
(ii) Der Ansatz von <i>Lieb</i>	153
(iii) Der Ansatz von <i>Lorenz</i>	154
(iv) Modifizierte Naturalrestitution und Spezialität des § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB	155
(v) Ergebnisorientierter Vergleich mit dem Ansatz von <i>Lorenz</i>	157
b) Vorvertraglicher Hold Up	158
aa) Haftungsbegründung	158
(i) Pflichtverletzung	158
(a) Unzutreffendes Verständnis der durch einen vorvertraglichen Hold Up verletzten Pflichten in Rechtsprechung und Literatur	158
(b) Pflichtverletzung bei vorvertraglichem Hold Up	160
(c) Vorfeldvereinbarungen	161
(d) Vertrauensbasierte Koordinierung	161
(e) Pflichtverletzung und „triftiger Grund“	163
(aa) Drohung mit Verhandlungsabbruch	163
(bb) Kein „triftiger Grund“	164
(ii) Vertretenmüssen	165
bb) Haftungsausfüllung	165
(i) Der erfolgreiche Hold Up	166
(ii) Der fehlgeschlagene Hold Up	167
D. Fazit	169
I. Rent Seeking und unerwünschte Druckausübung	169
II. Grundsätze der effizienten Regulierung	169
III. Weitere ausgewählte Erkenntnisse der ökonomischen Analyse des deutschen Vertragsrechts	170
1. Drohung mit Vertragsbruch	170
2. Vernünftige Alternativen	171
3. Vorvertraglicher Hold Up	171
Literaturverzeichnis	173
Stichwortverzeichnis	187

A. Einführung

„Zivilrechtswissenschaft“ bedeutet in Deutschland regelmäßig in erster Linie „Zivilrechtsdogmatik“. Die systemtreue, weitgehend selbstreferentielle Entwicklung des bestehenden Rechtssystems hat traditionell einen sehr hohen, wenn nicht sogar dominanten Stellenwert.¹ Inzwischen haben zwar folgenorientierte Analysen und Argumentationsmuster, die nach den Auswirkungen von zivilrechtlichen Normen fragen,² insbesondere in Gestalt der ökonomischen Analyse des Rechts auch Einzug in den deutschen rechtswissenschaftlichen Diskurs gehalten.³ Ein gewisser Mangel besteht jedoch noch an Untersuchungen zur regulierenden Funktion der Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts, aus denen sich ökonomische Argumente zu einzelnen Regelungsfragen systematisch ableiten lassen. Das erschwert die systematische Auseinandersetzung mit den Prämissen und Konsequenzen des ökonomischen Zugangs zum Recht und seinem Verhältnis zur Dogmatik.

Hier will die vorliegende Untersuchung ansetzen. Ihr Gegenstand ist die Regulierung von Verhaltensweisen, durch die ein Akteur offen,⁴ d.h. ohne eine Informationsasymmetrie auszunutzen, einen anderen Akteur in einer von diesem als negativ empfundenen Art und Weise zu beeinflussen sucht, um den Betroffenen so zu einem für den handelnden Akteur vorteilhaften Vertragsschluss zu bewegen. Solche Verhaltensweisen werden im Folgenden als „Druckausübung in Vertragsverhandlungen“ bezeichnet. Sie werden zunächst einer ökonomischen Analyse unterzogen, um zu erklären, weshalb und unter welchen Voraussetzungen das Recht Druckausübung in Vertragsverhandlungen regulieren sollte (unten Teil B.). Sodann werden die einschlägigen Regelungen des deutschen Privatrechts⁵ daraufhin untersucht, ob sie diese Funktion effizient erfüllen (unten Teil C.).

Methodisch bedient sich die Arbeit dazu der Instrumente der ökonomischen Analyse des Rechts, die jedoch in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand der Arbeit ihrerseits kein homogenes analytisches Instrumentarium bereithält.⁶ Der in dieser Arbeit verfolgte Ansatz, seine methodischen Grundlagen und die notwendigen Annahmen werden daher in diesem einführenden Teil zu erläutern sein. Dafür werden zunächst

¹ Vgl. Grechenig/Gelter (2008), S. 514, 540 ff.

² Zur Leistungsfähigkeit folgenorientierter Rechtsanwendung siehe Deckert (1995), S. 219 ff., vgl. auch Schäfer/Ott (2012), S. 4 ff.

³ Siehe zur Rolle der ökonomischen Analyse im deutschen Recht Honsell (2012), S. 71 f.; Müller (2009), S. 370; Grechenig/Gelter (2008), S. 516 ff.; Lieth (2007), S. 156 f.; Eidenmüller (2005), S. 393 ff.; Eidenmüller (1997a), S. 115 ff.

⁴ D.h. beide Akteure verfügen über volle Information zu den wechselseitigen Verhaltensweisen in der konkreten gegebenen Situation, vgl. Trebilcock (1993), S. 78 und 102.

⁵ Dazu zählen die §§ 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB, 138 Abs. 1 BGB, 312 Abs. 1 BGB (in der bis zum 13. Juni 2014 geltenden Fassung sowie seine Nachfolgerregelungen) sowie die Haftung nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 3, 241 Abs. 2 BGB (*culpa in contrahendo*).

⁶ Zu den beiden wesentlichen, einander gegenüberstehenden Strömungen in der ökonomischen Analyse des Rechts siehe Katz (1998), S. 39 ff.; Katz spricht vom „Model of Cooperation“, dass der vergleichenden Institutionenanalyse zuzuordnen ist (dazu siehe sogleich 3.), und vom „Model of Market Failure“. Vgl. auch Kirchner (2010), S. 48 ff.

die allgemeinen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts kurz beschrieben. Insbesondere wird es für den weiteren Verlauf der Untersuchung entscheidend sein, ein Verständnis der ökonomischen Funktion zu vermitteln, die von den Vorschriften des allgemeinen Teils des BGB wahrgenommen wird (zu alledem unten I.). Im Anschluss werden die verschiedenen Ansätze diskutiert, die von ökonomisch argumentierenden Autoren entwickelt worden sind, um die hier als „Druckausübung in Vertragsverhandlungen“ umschriebenen Verhaltensweisen zu analysieren und zu bewerten (unten II.). Ein Fazit zum weiteren Vorgehen schließt den einführenden Teil.

I. Grundlagen und Methodologie der ökonomischen Analyse des Rechts

Die ökonomische Analyse des Rechts⁷ ist der Wohlfahrtsökonomie zuzuordnen, die sich mit der Frage beschäftigt, wie sich die Wohlfahrt einer Gesellschaft bei knappen Ressourcen steigern lässt.⁸ Ausgangspunkt der Wohlfahrtsökonomik ist der so genannte Welfarismus,⁹ d. h. die Annahme, dass sich alle Aussagen über die Wohlfahrt einer Gesellschaft auf Aussagen über die Nutzenniveaus ihrer einzelnen Mitglieder zurückführen lassen müssen.¹⁰ Dabei geht sie von dem Grundsatz der Präferenzautonomie aus. Das bedeutet, dass grundsätzlich nur die Akteure selbst wissen, was ihr individuelles Nutzenniveau in welcher Weise beeinflusst.¹¹ Auf dieser Grundlage wird untersucht, wie eine Gesellschaft ihr Nutzenniveau insgesamt steigern kann, indem sie die erreichbaren knappen Ressourcen ihren Mitgliedern auf eine bestimmte Art und Weise zuordnet.¹² Diese Zuordnung – Allokation – wird über die Institutionen einer Gesellschaft gesteuert. Eine der wichtigsten Institutionen jeder Gesellschaft ist ihr Rechtssystem.¹³ Die ökonomische Analyse des Rechts untersucht das Recht als Institution auf seine Auswirkungen auf die gesellschaftliche Wohlfahrt und ist somit dem so genannten Institutionalismus zuzuordnen.¹⁴

Um die Auswirkungen bestimmter institutioneller Arrangements, also z. B. von Rechtsnormen, auf die Wohlfahrt einer Gesellschaft zu beurteilen, sind verschiedene Parameter relevant, die im Folgenden kurz umrissen werden sollen. Zunächst wird ein Entscheidungskriterium benötigt, nach dem sich das Nutzenniveau – die Wohlfahrt – einer Gesellschaft bemessen lässt; dieses Entscheidungskriterium ist die so genannte Wohlfahrtseffizienz (dazu unten 1.). Sodann müssen Annahmen über das Verhalten der Akteure eingeführt werden, um Aussagen darüber zu ermöglichen, wie sich die Akteure in bestimmten, durch die Institutionen der Gesellschaft geprägten Situationen verhalten (dazu 2.). Weil jedes institutionelle Arrangement mit spezifischen Kosten

⁷ Zur Historie der Disziplin und zum philosophischen Hintergrund siehe Lieth (2007), S. 26 ff.; Eidenmüller (2005), S. 22 ff., 173 ff.

⁸ Eidenmüller (2005), S. 4.

⁹ Eidenmüller (2005), S. 47.

¹⁰ Sog. methodologischer Individualismus, siehe Lieth (2007), S. 59 ff.; Mathis (2009), S. 23; Eidenmüller (2005), S. 25, Etzrodt (2003), S. 42, vgl. auch Schäfer/Ott (2012), S. XXXV und 11 ff.

¹¹ Eidenmüller (2005), S. 47; vgl. Schäfer/Ott (2012), S. XXXV.

¹² Vgl. Towfigh/Petersen (2010), S. 31.

¹³ Näher zum Begriff der Institution Homann/Suchanek (2005), S. 21, 100 ff. („Regelsysteme, in denen bestimmte Verhaltensweisen verbindlich festgelegt sind.“).

¹⁴ Schäfer/Ott (2012), S. XXXVII f.

(den so genannten Transaktionskosten) verbunden ist, können auf dieser Grundlage verschiedene institutionelle Arrangements miteinander verglichen werden (unten 3.).

1. Effizienz

Ob ein Zustand A einer Gesellschaft einem Zustand B vorzuziehen ist, wird in der Wohlfahrtsökonomik anhand des Effizienzkriteriums ermittelt.¹⁵ Dabei wird insbesondere auf zwei Entscheidungsregeln zurückgegriffen.

Eine Entscheidungsregel ist das so genannte Pareto-Kriterium. Danach ist ein Zustand A vorzugswürdig, wenn kein Akteur schlechter steht als in Zustand B und mindestens ein Akteur besser. Man sagt dann, dass Zustand A gegenüber Zustand B Pareto-superior oder Pareto-effizient ist.¹⁶

Das Pareto-Kriterium ist vor allem deshalb hilfreich, weil es unmittelbar einleuchtend, leicht zu beschreiben und zumindest in abstrakter Form auch einfach zu handhaben ist. Weil nach dem Pareto-Kriterium kein Akteur schlechter gestellt werden darf als im *Status Quo Ante*, sind seine Aussagen allerdings stets von der im jeweiligen Ausgangspunkt gegebenen Ressourcenverteilung abhängig.¹⁷ Das ist nicht optimal, weil das Kriterium dadurch beliebig wird: Seine Aussagen darüber, was erwünscht ist, ändern sich je nachdem, von welchem *Status Quo* man ausgeht.¹⁸ Damit gibt es potentiell unzählige Pareto-effiziente Lösungen, die ihrerseits nicht anhand des Pareto-Kriteriums wertend miteinander verglichen werden können.¹⁹

Die distributiven Implikationen der Pareto-Regel lassen sich jedoch ausblenden, wenn man fragt, ob Zustand A gegenüber Zustand B *potentiell* Pareto-effizient ist.²⁰ Das ist dann der Fall, wenn in Zustand A der Nutzenzuwachs der Akteure, die gegenüber Zustand B besser gestellt sind, so groß ist, dass daraus alle Akteure, die in Zustand A gegenüber Zustand B schlechter gestellt sind, kompensiert werden könnten und die besser gestellten Akteure nach einem solchen Ausgleich weiterhin Zustand A vorziehen würden. Diese potentielle Pareto-Effizienz wird nach seinen „Erfindern“ auch als *Kaldor-Hicks-Kriterium* bezeichnet.²¹

Will man das *Kaldor-Hicks-Kriterium* anwenden, stellt sich jedoch ein Informationsproblem. Erstens ist es grundsätzlich nicht möglich, aus einer am Geldwert orientierten Kosten-Nutzen-Rechnung Rückschlüsse auf die Nutzenniveaus der an einem bestimmten sozialen Zustand beteiligten Akteure zu ziehen (Präferenzautonomie).²² Zweitens müssen stets Partialanalysen durchgeführt werden, weil es nicht möglich ist,

¹⁵ Dazu ausführlich Towfigh/Petersen (2010), S. 31 ff.; Cooter/Ulen (2012), S. 13 f.; Hermalin/Katz/Craswell (2007), S. 22 f.; Schäfer/Ott (2012), S. 11 ff.; Eidenmüller (2005), S. 47 ff.

¹⁶ Siehe dazu Lieth (2007), S. 45; Mathis (2009), S. 48 ff.; Eidenmüller (2005), S. 48; Schäfer/Ott (2012), S. 13 f.

¹⁷ Eidenmüller (2005), S. 49.

¹⁸ Eidenmüller (2005), S. 49, Hermalin/Katz/Craswell (2007), S. 22; Richter/Furubotn (2010), S. V bestreiten generell, dass das Konzept der Pareto-Effizienz sinnvoll sei.

¹⁹ Siehe nur Schäfer/Ott (2012), S. 19.

²⁰ Katz (1998), S. 4.

²¹ Für eine ausführliche Diskussion des Kaldor-Hicks-Kriteriums und seiner Schwächen siehe Lieth (2007), S. 45 ff.; Mathis (2009), S. 56 ff.; Schäfer/Ott (2012), S. 19 ff.; Eidenmüller (2005), S. 51 ff.

²² Eidenmüller (2005), S. 52, 206; vgl. auch Hermalin/Katz/Craswell (2007), S. 23 (für Kaldor-Hicks-Aussagen ist ein interpersoneller Nutzenvergleich notwendig); Schäfer/Ott (2012), S. 28 ff.

sämtliche Auswirkungen einer Maßnahme auf das Wirtschaftssystem insgesamt zu beurteilen.²³ Wegen dieser Unwägbarkeiten kann nie mit letzter Gewissheit vorhergesagt werden, ob eine konkrete Maßnahme „effizienzsteigernd“ ist oder nicht.²⁴

Sowohl das *Pareto*-Kriterium als auch das *Kaldor-Hicks*-Kriterium haben damit ihre Nachteile. Im weiteren Verlauf dieser Arbeit wird sich zeigen, dass das *Pareto*-Kriterium vor allem für die Analyse auf der Mikroebene hilfreich ist, soweit die Ressourcenverteilung im *Status Quo Ante* nicht hinterfragt wird.²⁵ Das *Kaldor-Hicks*-Kriterium ist demgegenüber für die ökonomische Analyse auf der Makroebene unentbehrlich.²⁶ Dabei sind seine genannten Schwächen stets zu berücksichtigen. Aussagen, die auf Grundlage des *Kaldor-Hicks*-Kriteriums getroffen werden, sind daher grundsätzlich nicht „richtig“ oder „falsch“, sondern bestenfalls plausibel oder vernünftig.²⁷

2. Verhaltensannahmen

Um Voraussagen darüber treffen zu können, wie sich die Akteure in bestimmten Situationen verhalten, wie sie auf Restriktionen reagieren,²⁸ ist es notwendig, bestimmte Annahmen über das Verhalten der Akteure einzuführen.²⁹ Die Ökonomik geht davon aus, dass die Akteure jederzeit danach streben, ihr persönliches Nutzenniveau zu steigern,³⁰ und sich dabei grundsätzlich rational verhalten.³¹ Die Anforderungen an vollständig rationales Verhalten sind jedoch unrealistisch.³² Denn die Fähigkeit der Akteure, alle in einer konkreten Entscheidungssituation zur Verfügung stehenden Informationen auszuwerten und auf dieser Grundlage ihren Eigennutzen zu optimieren, ist begrenzt.³³ Oftmals ist es den Akteuren daher nicht möglich, optimal nutzensteigernde Entscheidungen zu treffen; sie verhalten sich bis zu einem gewissen Grad irrational.³⁴ Diese Erkenntnis macht sich das in der Transaktionskostenökonomik

²³ Eidenmüller (2005), S. 161 ff.

²⁴ Eidenmüller (2005), S. 161 ff. Diese Aussage beruht auf dem von Lipsey und Lancaster entwickelten sog. Theorem des Zweitbesten (Lipsey/Lancaster (1956/57), S. 11), dessen Sprengkraft darin lag, zu zeigen, dass es nicht notwendig effizient ist, einzelne Voraussetzungen des modellhaften effizienten Wettbewerbsmarktes zu herzustellen, wenn zugleich andere Voraussetzungen – etwa die Abwesenheit von Transaktionskosten – nicht gegeben sind. Siehe dazu ausführlich Eidenmüller a. a. O.

²⁵ Siehe unten II. 3. a).

²⁶ Eidenmüller (2005), S. 50, 51 ff.

²⁷ Siehe Richter/Furubotn (2010), S. 578 f. Zu den impliziten Wertungen, die in Aussagen auf der Grundlage des *Kaldor-Hicks*-Kriteriums regelmäßig enthalten sind, siehe Eidenmüller (2005), S. 78; vgl. auch Mathis (2009), S. 68.

²⁸ Hierzu Mathis (2009), S. 26 f.

²⁹ Eidenmüller (2005), S. 28 f.

³⁰ Homann/Suchanek (2005), S. 26 ff.; Mathis (2009), S. 23 f.; Schäfer/Ott (2012), S. 46, 95 ff. Was den Eigennutzen steigert, bemisst sich nach den Präferenzen der Akteure, Homann/Suchanek (2005), S. 26, wobei weitere Annahmen zur Präferenzstruktur der Akteure gemacht werden müssen, siehe Korobkin/Ulen (2000), S. 1055, 1068.

³¹ Lieth (2007), S. 51 ff.; Mathis (2009), S. 25 f. Zum ökonomischen Handlungsmodell (*homo oeconomicus*) siehe G. S. Becker (1976), S. 3–14; siehe weiter Homann/Suchanek (2005), S. 363 ff.; Eidenmüller (2005), S. 28 ff.; Kirchgässner (1991); zu seiner methodologischen Funktion eingehend Homann/Suchanek (2005), S. 363 ff. Zum Begriff der Rationalität siehe Tietzel (1985), S. 83 ff.

³² Eidenmüller (1997b), S. 34 f.

³³ Etzrodt (2003), S. 42, spricht insoweit von „internen Restriktionen“.

³⁴ Siehe für eine gute Übersicht über die empirische Forschung zu den systematisch auftre-

entwickelte Konzept der „*bounded rationality*“ zu eigen, demzufolge die Akteure sich zwar bemühen, ihren Eigennutzen zu optimieren, dazu aber nur in beschränktem Maß in der Lage sind.³⁵ Zumindest dann, wenn Aussagen über das Verhalten einer Vielzahl von Akteuren gemacht werden, dürfte diese Annahme sinnvoll sein.³⁶ Sie wird daher auch im weiteren Verlauf der Untersuchung zugrunde gelegt.

3. Vergleichende Institutionenanalyse und die Rolle des Rechts

Die Institutionen einer Gesellschaft steuern die zur Verfügung stehenden Ressourcen über verschiedene Allokationsmechanismen zum Ort ihrer jeweiligen Verwendung.³⁷ So kann Ressourcenallokation dezentral erfolgen, also durch die beteiligten Akteure selbst, oder durch eine zentrale Instanz, insbesondere den Staat.³⁸ Grundlegend für die ökonomische Analyse des Rechts ist dabei die Erkenntnis, dass jede Ressourcenallokation mit Transaktionskosten verbunden ist.³⁹ Diese Kosten variieren, je nachdem, auf welchen Allokationsmechanismus zurückgegriffen wird, um ein bestimmtes Allokationsproblem zu lösen. Daher ist es sinnvoll, zu fragen, welcher Allokationsmechanismus für eine bestimmte Allokationsfrage vorzugswürdig ist, um die Transaktionskosten zu reduzieren,⁴⁰ und auf dieser Grundlage verschiedene institutionelle Arrangements miteinander zu vergleichen.⁴¹

Eine moderne Gesellschaftsordnung nutzt sowohl zentrale als auch dezentrale Allokationsmechanismen.⁴² Der zentrale Einfluss zeigt sich darin, dass die Zentralgewalt – regelmäßig der Staat – mit ihrem Gewaltmonopol eine Ordnung schafft und *property rights* durchsetzt.⁴³ Indem der Staat Gewalt monopolisiert, unterbindet er den Anreiz für die einzelnen Akteure, sich gewaltsam selbst zu nehmen, was ihren Nutzen steigert.⁴⁴ Die bestehenden *property rights* können sodann von den Akteuren getauscht

tenden Abweichungen von der Rationalitätsannahme und ihren Auswirkungen auf den rational choice-Ansatz Korobkin/Ulen (2000), S. 1075 ff.; Ulen (2000), S. 804 ff.; vgl. auch Schäfer/Ott (2012), S. 103 ff.

³⁵ Richter/Furubotn (2010), S. 192 f. m. w. N.; Williamson (1985), S. 45; der Begriff geht auf Herbert Simon zurück, siehe Simon (1957), S. 199; siehe hierzu auch ausführlich Korobkin/Ulen (2000), S. 1075 ff.

³⁶ Eidenmüller (2005), S. 40, 41; G. S. Becker (1993) S. 402.

³⁷ Schäfer/Ott (2012), S. XXXVII f; Behrens (1986), S. 109 ff.

³⁸ Die Unterscheidung zwischen zentraler und dezentraler Ressourcenallokation ist zwar zu undifferenziert, weil es vielfältige Zwischenformen gibt, etwa von privaten Akteuren geschaffene Organisationen, innerhalb derer eine zentrale Allokation vorherrscht (insbesondere Unternehmen), siehe dazu Behrens (1986), S. 110 ff., 113. Für die Zwecke dieser Arbeit ist sie jedoch ausreichend.

³⁹ Grundlegend Coase (1960), S. 15 ff.; Arrow (1969), S. 48 (Transaktionskosten als „Betriebskosten des Wirtschaftssystems“); Stigler (1972), S. 12 (Transaktionskosten ebenso unvermeidlich wie „Reibung in der physischen Welt“); ausführlich zu dem Begriff Eidenmüller (2005), S. 97 ff.

⁴⁰ Coase (1960), S. 43.

⁴¹ Coase (1960), S. 34, 43; Kirchner (2010), S. 152 f.; Homann/Suchanek (2005), S. 113; Behrens (1986), S. 109 ff., 326; vgl. auch Barzel (1985), S. 13.

⁴² Coase (1960), S. 17 f.; vgl. Richter/Furubotn (2010), S. 319: „Märkte“ und „Hierarchien“; vgl. auch Behrens (1986), S. 113 ff., 198 ff.

⁴³ Homann/Suchanek (2005), S. 180 ff. Dazu dienen die *coercion-constraining institutions* im Sinne von Greif (2008), S. 747 ff. Zur Entstehung von *property rights* siehe Schäfer/Ott (2012), S. 600 ff.; Anderson/Hill (2003), S. 118 ff.

⁴⁴ Siehe hierzu nur Homann/Suchanek (2005), S. 180 f.

und so an den Ort ihrer jeweiligen Verwendung gesteuert werden.⁴⁵ Diese dezentrale Allokation erfolgt auf der Mikroebene durch Verhandlungen,⁴⁶ deren Ergebnis auch intertemporär wirksam bleibt, wenn die Akteure auf die von der Rechtsordnung bereitgestellte Möglichkeit zurückgreifen, einen bindenden Vertrag zu schließen.⁴⁷ Auf der Makroebene, auf der eine Vielzahl von Akteuren einander gegenüber stehen und als Austauschpartner in Betracht kommen, wirken die Gesetze des Wettbewerbsmarktes.⁴⁸ Wettbewerbsmarkt und Verhandlungen sind damit nicht alternative, sondern komplementäre Allokationsmechanismen.⁴⁹

Wenn das Vertragsrecht bestimmte Verhandlungsergebnisse als verbindliche Verträge anerkennt und durchsetzt, muss es eine Entscheidung darüber treffen, ob es im gegebenen Fall eine dezentrale oder eine zentrale Allokation⁵⁰ für vorzugswürdig hält.⁵¹ Für Wettbewerbsmarkt und Verhandlungen/Verträge als dezentrale Allokationsmechanismen wird bisweilen angeführt, dass sie über den freiwilligen Austausch die Interessen aller Beteiligten inkorporierten und auf diese Weise sicherstellten, dass die herbeigeführte Neuallokation zu einer Pareto-Verbesserung im Vergleich mit dem *Status Quo Ante* führe.⁵² Demgegenüber sei der Schluss auf die Pareto-Effizienz der so herbeigeführten Allokation nicht möglich, wenn eine Partei die andere zum Vertragsschluss zwingt und dieser daher nicht freiwillig sei.⁵³ Mit dieser Aussage ist jedoch nicht viel gewonnen, denn mit dem Instrumentarium der Ökonomik kann zwischen

⁴⁵ Schwartz/Scott (2003), S. 559; vgl. Greif (2008), S. 727. Dieses Bild ist stark vereinfacht. Tatsächlich interagieren zentrale und dezentrale Allokation auf sehr komplexe Weise. Vgl. J. W. Singer (1988), S. 488; Kennedy (1991), S. 330 ff.

⁴⁶ Hale (1943), S. 605: „We rely on the bargaining process to serve the conflicting interests of individuals in securing a share of the collective output of society, and also to serve their common interest in the creation of that collective output.“ Siehe auch Eidenmüller (2005), S. 84 ff.; Mathis (2009), S. 71 ff., 73. Eine der Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts ist das so genannte Coase-Theorem, demzufolge die Akteure in einer Welt ohne Transaktionskosten Ressourcen (*property rights*) durch Verhandlungen unabhängig von der initialen Ressourcenverteilung stets an den Ort ihrer effizientesten Verwendung steuern, siehe hierzu ausführlich Eidenmüller (2005), S. 59 ff.; Medema/Zerbe (2000), S. 837 ff.; das Coase-Theorem beruht auf Coase (1960), wenngleich es dort nicht explizit formuliert worden ist.

⁴⁷ Schwartz (2007), S. 107; Behrens (1986), S. 125, vgl. zu dieser Funktion des Vertragsrechts auch Tröger (2012), S. 222.

⁴⁸ Dazu, dass auch der Wettbewerbsmarkt die Existenz von *property rights* voraussetzt, siehe Behrens (1986), S. 116.

⁴⁹ Alexander (2001), S. 42. Bei Abwesenheit oder Versagen eines Wettbewerbsmarktes verbleiben als einvernehmlich dezentraler Allokationsmechanismus nur Verhandlungen, Cooter (1982), S. 16.

⁵⁰ Das Rechtssystem trifft auch eine zentrale Allokationsentscheidung, indem es dezentrale Allokation in bestimmten Fällen unmöglich macht (durch die Nichtanerkennung von Verträgen in Verbindung mit der Durchsetzung des Law of Property) und so den *Status Quo Ante* aufrecht erhält. Siehe hierzu Barzel (2002), S. 160, Behrens (1986), S. 179.

⁵¹ Vgl. Posner (2011), S. 707: „We have seen that the ultimate question in many lawsuits is what allocation of resources would maximize efficiency, The market normally decides this question, but it is given to the legal system to decide when the costs of a market determination would exceed those of a legal determination.“; Craswell (1993), S. 38 ff.; Cohen (1933), S. 562: „Enforcement, in fact, puts the machinery of the law in the service of one party against the other. When that is worthwhile and how it should be done are important questions of public policy.“; vgl. auch J. W. Singer (1988), S. 483 ff.

⁵² Cooter/Ulen (2012), S. 344 f.; Schmidtchen/Kirstein (2004), S. 40.

⁵³ Cooter/Ulen (2012), S. 344 f.