

Christmann, Robin

Working Paper

Vertragliche Anreize und die Fehlbarkeit des Richters: Der ungewisse Gang vor Gericht und sein Einfluss auf eine Verhaltenssteuerung im BGB-Vertragsrecht

Diskussionspapier, No. 133

Provided in Cooperation with:

Fächergruppe Volkswirtschaftslehre, Helmut-Schmidt-Universität (HSU)

Suggested Citation: Christmann, Robin (2013) : Vertragliche Anreize und die Fehlbarkeit des Richters: Der ungewisse Gang vor Gericht und sein Einfluss auf eine Verhaltenssteuerung im BGB-Vertragsrecht, Diskussionspapier, No. 133, Helmut-Schmidt-Universität - Universität der Bundeswehr Hamburg, Fächergruppe Volkswirtschaftslehre, Hamburg

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/71097>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Diskussionspapierreihe
Working Paper Series



HELMUT SCHMIDT
UNIVERSITÄT
Universität der Bundeswehr Hamburg

VERTRAGLICHE ANREIZE UND DIE
FEHLBARKEIT DES RICHTERS –
DER UNGEWISSE GANG VOR GERICHT
UND SEIN EINFLUSS AUF EINE
VERHALTENSSTEUERUNG IM
BGB-VERTRAGSRECHT

ROBIN CHRISTMANN

Nr./ No. 133
MARCH 2013

Department of Economics
Fächergruppe Volkswirtschaftslehre

Autor / Author

Robin Christmann

Helmut Schmidt Universität Hamburg

Professur für politische Ökonomik und empirische Wirtschaftsforschung

Holstenhofweg 85, 22043 Hamburg

christmann@hsu-hh.de

Redaktion / Editors

Helmut Schmidt Universität Hamburg / Helmut Schmidt University Hamburg

Fächergruppe Volkswirtschaftslehre / Department of Economics

Eine elektronische Version des Diskussionspapiers ist auf folgender Internetseite zu finden/

An electronic version of the paper may be downloaded from the homepage:

<http://fgvwl.hsu-hh.de/wp-vwl>

Koordinator / Coordinator

Julia Freese

wp-vwl@hsu-hh.de

Vertragliche Anreize und die Fehlbarkeit des Richters

Der ungewisse Gang vor Gericht und sein Einfluss auf eine Verhaltenssteuerung im BGB-Vertragsrecht

ROBIN CHRISTMANN

Zusammenfassung/ Abstract

Nach dem Grundsatz «*pacta sunt servanda*» ermöglichen Verträge den Beteiligten das Vertrauen in den Bestand eines Leistungsversprechens. Die Zivilgerichte können jedoch in der Praxis pflichtgemäßes und vertragswidriges Verhalten nicht fehlerfrei unterscheiden. Unter Zuhilfenahme des Instrumentariums der Ökonomischen Analyse des Rechts wird gezeigt, dass die Parteien selbst durch eine geeignete Gestaltung von Anreizen und Sanktionen gegenseitig Vertragsteilnahme und vertragliche Treue sicherstellen können. Der optimale Vertrag ist dabei auf die Fähigkeit der Gerichte zu konditionieren, Vertragsbruch oder ordnungsgemäße Leistung der Parteien zutreffend zu erkennen und zu würdigen. Eine derartige Verhaltenssteuerung ist Teilgebieten des BGB-Vertragsrechts keineswegs fremd: So bilden das Haftungsprivileg des Arbeitnehmers und die Gesamtheit der Gewährleistungsansprüche im Werkvertrag die vertragstheoretische Lösung zumindest teilweise nach. Gleichwohl ist in der Praxis eine zutreffende Würdigung von vertragswidrigem Verhalten durch die Rechtsprechung aufgrund mangelnder Information, hoher Komplexität der Transaktionen und sozialen Erwägungen oftmals schwierig, und belastet somit eine optimale Vertragsgestaltung. Weiterhin ist eine effiziente Funktion des Vertragsrechts nur durch Abstimmung auf die reale Leistungsfähigkeit der Gerichte zu erreichen.

JEL-Klassifikation / JEL-Classification: K12, K31, K42

Schlagworte / Keywords: Verhaltenssteuerung, Vertragstheorie, Werkvertrag, Arbeitnehmerhaftung

I Einleitung

1. Überblick und Stand der Diskussion

«*Pacta sunt servanda!*» – Verträge sind einzuhalten. Nach diesem einfachen Grundsatz wirkt der Vertrag unbemerkt im Schatten vielfältiger Markttransaktionen als zentraler Mechanismus: Hinter nahezu jedem Leistungsversprechen steht ein Vertrag, welcher die oft hochkomplexen Interaktion der Parteien definiert, steuert und koordiniert.¹ Verträge ermöglichen so Vertrauen in den Bestand des Vereinbarten und in das Verhalten der Gegenseite. Die Nichteinhaltung des Vertrages hingegen ist rechtswidrig, und die Ahndung dieses Verhaltens Aufgabe der Rechtsanwendung. Die einfache Dichotomie zwischen vertragskonformer und vertragswidriger Handlung dieses zivilrechtlichen Grundsatzes täuscht jedoch darüber hinweg, dass rechtswidriges Verhalten als solches in der Rechtspraxis kaum ohne Weiteres zu erkennen ist. Im Streitfall werden üblicherweise beide Parteien jeweils behaupten, selbst den Vertrag eingehalten zu haben. In Erwartung einer derartigen Pattsituation würde ein Vertrag seine Funktion als Koordinationsmechanismus jedoch nicht mehr erfüllen können.

Bereits der amerikanische Bundesrichter HOLMES erkannte hier eine weitergehende Bedeutung der Rechtsanwendung für den Rechtsverkehr:² Jedes vertragliche Leistungsversprechen ist letztlich genau so viel wert wie die Gewissheit, dieses notfalls auch vor Gericht durchsetzen zu können. Die Wahrscheinlichkeit zutreffender richterlicher Entscheidungen beeinflusst daher zwingend die reale Geltungskraft von vertraglichen Ansprüchen. Diese ist ursächlich für eine verhaltenssteuernde Wirkung und erzeugt vertragliche Treue. Gleichzeitig erfährt damit die unvermeidbare Fehlbarkeit des Richters eine erhebliche praktische Relevanz. Zwar werden die Gerichte somit nur bei konkreten Leistungsstörungen angerufen, durch die Erwartungshaltung des Rechtsverkehrs wirken ihre fachlichen Urteile jedoch über den Einzelfall hinaus auf alle Marktteilnehmer. Hieraus muss folgen, dass ein vertraglicher Steuerungsmechanismus bzw. die Rechtssetzung insgesamt die Fehlbarkeit richterlicher Entscheidungen

¹ Vgl. die verbreitete Definition von Schweizer, Vertragstheorie, 1999, 5.

² "The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law." Holmes Harvard Law Review X (1897), 457, 460.

berücksichtigen muss, um effiziente Verhaltensanreize zur Erreichung des Vertragszweckes zu setzen.³

Vor diesem Hintergrund muss es überraschen, dass in der rechtswissenschaftlichen Literatur die Verhaltensteuerung als Funktion des (Vertrags-)Rechts bis heute Gegenstand einer anhaltenden Kontroverse ist. So sehen NAUKE, HONSELL und STÜRNER in einem primär auf Verhaltenssteuerung ausgerichteten Recht sogar die historisch entwickelte filigrane Rechtsdogmatik gefährdet und einer neuen argumentativen oder politischen Beliebigkeit ausgesetzt.⁴

RÜTHERS, ADOMEIT sowie SCHÄFER und OTT weisen hingegen explizit auf die Möglichkeit hin, durch eine geeignete Gestaltung von Recht eine überindividuelle Verhaltenssteuerung zu erreichen und Konfliktsituationen von vornherein zu vermeiden. Exemplarisch zeigt etwa KIRSTEIN, dass die gegenseitige Vertragstreue bereits durch eine geeignete Festlegung der Gerichtskosten bei richterlicher Benevolenz erreichbar ist.⁵ Für WAGNER, STAUDINGER und STEINDORF ist das Privatrecht sogar durchdrungen von einem klaren Steuerungsauftrag, ohne welchen rechtliche Institutionen wie das moderne Vertragsrecht nicht denkbar wären. Vielmehr sei bei jeder Rechtsetzung zu berücksichtigen, dass etwa die vertragliche Haftung, die Totalreparation des Schadensersatzrechts sowie die Gestaltung von Individualabreden auch als effektive Anreize zur Vertragstreue bzw. Prävention auf den Rechtsverkehr wirken.⁶ Insbesondere für das Haftungsrecht hat sich so eine juristisch fundierte Literatur entwickelt, welche Rechtsfiguren direkt auf ihre verhaltenssteuernde Wirkung untersucht und sich dabei dem Instrumentarium der ökonomischen Analyse bedient. Exemplarisch seien hier nur

³ Dem Ökonomen ist diese Betrachtungsweise nicht fremd, denn die Untersuchung rationalen Entscheidungsverhaltens von Individuen, darauf einwirkender Umweltanreize sowie des am Ende realisierten Marktergebnisses sind zentraler Gegenstand der Wirtschaftswissenschaft und der ökonomischen Rechtsanalyse. Vgl. Coase *Journal of Law and Economics* 3 (1960), 1; Posner, *Economic Analysis of Law*, 1986 sowie im deutschen Sprachraum Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 2005, 15-55.

⁴ Vgl. Nauke *KritV* 1993, 135, 158f.; Honsell, *Römisches Recht*, 2002, 89f.; Stürner *AfP* 01/1998, 1.

⁵ Vgl. Kirstein, *Imperfekte Gerichte und vertragliche Treue*, 1999. Kirstein verzichtet hier auf die Modellierung eines synallagmatischen Steuerungsmechanismus, wie er einem perfekten Vertrag zu Grunde liegt, und ersetzt diesen vollständig durch eine Anreiz-Steuerung über ein effizientes Gerichtskostenregime.

⁶ Vgl. Rütters, *Rechtstheorie*, 2008, 52ff.; Adomeit *RdA* 2011, 102, 404ff.; Schäfer/Ott (Fn.3), 125ff.; Schäfer/Ott in: *Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen*, 1999, 131-155; Wagner *AcP* 206 (2006), 352, 426ff.; Staudinger *NJW* 2006, 2433, 2434f.; Steindorf, *Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl. 1985, 5.

TAUPITZ und HUBER für den Schadensersatzanspruch sowie SADOWSKI und SCHNEIDER für die Arbeitnehmerhaftung genannt.⁷

Die Auswirkung von Recht auf individuelle Entscheidungen wird ebenfalls in der Diskussion um eine vermehrt folgenorientierte Rechtsprechung thematisiert, welche auf ECKER und ESSER zurückgeht.⁸ Trotz allgemeiner Relevanz im gerichtlichen Alltag konnte sich das Folgenargument rechtstheoretisch aber nicht durchsetzen: Sowohl die Legitimität einer folgenbasierten Urteilsfindung als auch ihre Handhabbarkeit für die Rechtsprechung bleiben stark umstritten.⁹

Mit dem unliebsamen Folgenargument werden jedoch vorhandene Wechselwirkungen zwischen Verhaltenssteuerung im Rechtsverkehr und richterlicher Fehlbarkeit erneut ausgeblendet und der Richter als Entscheider zum gefühlvollen Rechtsanwender bzw. zum benevolenten Pianisten entproblematisiert.¹⁰

Insgesamt ergibt damit die juristische Diskussion einer verhaltenssteuernden Wirkung des (Vertrags-)Rechts ein nebulöses Substrat: Zwar ist sie als Rechtsfunktion dem Vertrag nicht fremd, doch fehlt eine genaue Spezifikation ihrer Tragweite für den Rechtsverkehr sowie ihres Verhältnisses zur diskreten Rechtsprechung. Wechselwirkungen zwischen der vertraglichen Verhaltenssteuerung und der Arbeit der Gerichte sowie das Auftreten von Friktionen im Rechtsverkehr wurden bislang kaum betrachtet.

Es ist daher Zielsetzung dieser Untersuchung herauszustellen, in welcher Weise der potentielle Opportunismus der Vertragsparteien und die Fehlbarkeit richterlicher Entscheidungen bei einem Gang vor Gericht die vertragliche Verhaltenssteuerung

⁷ Vgl. Taupitz AcP 196 (1996) 114; Huber, Fragen der Schadensberechnung, 1995; Sadowski/Schneider in: Ott/Schäfer (Hg.) Ökonomische Analyse des Arbeitsrechts, 2001.

⁸ Als Folgenorientierung wird eine Form der Rechtsanwendung beschrieben, welche die tatsächlichen Folgen der richterlichen Entscheidung prognostiziert und ggf. ihre Auslegung bzw. Rechtsfindung an diesem Ergebnis orientiert, vgl.; Ecker JZ 1967, 265, 271; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970; sowie einführend Deckert, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995.

⁹ Vgl. Teubner in: Teubner (Hg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995, 9f.; Luhmann in: Teubner (Hg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995, 19, 30-34. Einen Überblick über die Diskussion bieten Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005, 397ff. sowie Deckert (Fn.8), 9-21.

¹⁰ Im Soraya-Urteil hob das BVerfG den Akt des wertenden Erkennens durch den Richter hervor, in welchem der Richter nicht nur das geschriebene Gesetz sondern das gesellschaftliche Sinnganze erkenne, BVerfG 34, 269, 39ff.; In ähnlicher Weise verglich der Präsident des BGH den Richter mit einem virtuoson Pianisten, s. Hirsch ZRP 2006, 161. Kritisch zur Rolle des Richters exemplarisch Rüthers FAZ 02.02.2005, 8; Picker JZ 1988, 1-12 u. 62-75; Müller JuS 1980, 627, Richardi NZA 2008, 1.

insgesamt beeinflussen und welche Implikationen sich daraus für Vertragsgestaltung und Rechtsetzung ergeben. Hierauf aufbauend wird untersucht, inwieweit die Ausgestaltung des BGB-Vertragsrechts diesen Anforderungen Rechnung trägt. Dabei sind die Funktion der Rechtsprechung für den Rechtsverkehr und ihr Einfluss auf die Wirkungsweise von Verträgen aufzuzeigen.

Für die folgende formale Analyse von Austauschverhältnissen wird ein vertragstheoretischer Ansatz gewählt, um hierdurch in fassbarer Form die unterschiedlichen Informations- und Kontrollprobleme zwischen den Vertragsparteien zu erklären. Es wird dazu ein Modell eines Schuldverhältnisses, basierend auf der Arbeit von ZHU und ZHANG, weiterentwickelt und auf verschiedene Regelungsprobleme angewandt.¹¹ Die weitere Untersuchung wird in Kapitel I.2 zunächst den Erkenntniswert der Ökonomischen Analyse für die Rechtstheorie herausstellen und in Kapitel II ein ökonomisches Vertragsmodell entwickeln und diskutieren. Dieses dient als Referenzlösung für die folgende Betrachtung konkreter vertragsrechtlicher Rechtsfiguren in Kapitel III, wobei in III.1 die Druckminderung des Werkvertrags, in III.2 das Haftungsprivileg des Arbeitnehmers analysiert werden. Abschließend erfolgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Kapitel IV.

2. Ökonomische Analyse des Vertragsrechts

Die Ökonomische Analyse des Rechts als Zweig der Wirtschaftswissenschaft untersucht den Einfluss von Regelungen, Rechtsinstitutionen und Normen auf die Verwendung der knappen gesellschaftlichen Ressourcen. Sie versucht, das geltende Recht zu beschreiben, zu analysieren, zu bewerten und in letzter Konsequenz zu formen – und drängt mit diesem weitreichenden Anspruch in die Bereiche der Rechtstheorie und Rechtspolitik. Ihr Postulat ökonomischer Effizienz und das scheinbar kalte Menschenbild des *homo oeconomicus* haben jedoch zu bestenfalls zwiespältiger Rezeption in der deutschen Rechtswissenschaft geführt – und damit außerhalb der ökonomischen Lehre ein

¹¹ Dieses Vertragsmodell ist eine Weiterentwicklung der diskreten Modellierung eines Austauschvertrages von Zhu und Zhang, s. Zhang/Zhu European Journal of Law and Economics 9 (2000), 281. Für eine formale Darstellung des Vertragsabschlusses vgl. Christmann European Journal of Law and Economics (2012).

Schattendasein begründet.¹² Dies muss eigentlich insbesondere dort überraschen, wo die Schnittstelle zwischen Ökonomie und Rechtswissenschaft besonders evident ist und sich interdisziplinäre Forschung nahezu aufdrängt, wie etwa im Recht der Verträge.

Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht beschreibt ein Vertrag sämtliche institutionellen Vorkehrungen, welche die Möglichkeiten der strategischen Interaktion von individuellen Entscheidungsträgern definieren, beeinflussen und koordinieren.¹³ Dieses weite Verständnis vom Vertrag als optimale Antwort auf ein gegebenes Informationsumfeld stellt im Unterschied zur juristischen Definition nicht allein den rechtlichen Erfolg, sondern die wechselseitige Verhaltenssteuerung in den Vordergrund.¹⁴ Dies gründet auf der Vorstellung, dass rationale Akteure nur kontrahieren, um ihre eigenen jeweiligen Interessen zu erreichen. Im Wissen, dass auch der Vertragspartner vor allem seine eigenen Ziele verfolgen könnte, werden beide Parteien dann einen Steuerungsmechanismus etablieren wollen, welcher die vertragliche Treue sicherstellt. Die allgemeine Rationalitätsannahme sowie die Prämisse, dass Individuen lediglich ihren Eigennutz verfolgen, werden oft argwöhnisch betrachtet. Sie sind aber nicht als Wertung menschlichen Handelns zu verstehen, sondern als Instrument der Verhaltensprognose: Auch wenn Individuen anders handeln können, so werden sie im Großen und Ganzen ihre Entscheidungen durchdenken und ihren eigenen Vorteil nicht aus den Augen verlieren. Gerade bei der Untersuchung bilateraler Verhandlungen und Verträge erfährt dieser individualistische Ansatz der ökonomischen Analyse damit eine erhebliche Leistungsfähigkeit, denn er kann Rechtspositionen unmittelbar in Bezug zum dynamischen, reflektierten Handeln der Entscheidungsträger setzen. Recht und Rechtswirklichkeit werden so in ihrer Interdependenz beschreibbar. Hieraus folgt auch eine empirische Überprüfbarkeit der theoretischen Erkenntnisse. Die ökonomische Analyse im Recht ist damit vielmehr eine methodische Vorgehensweise, die Komplexität

¹² Kritisch zur ökonomischen Rechtsanalyse vgl. insbesondere Fezer JZ 1986, 817, 824; Assmann in: Kirchner/Assmann (Hg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, 1993, 22-61. Dagegen Eidenmüller (Fn.9); Taupitz (Fn.7), 121; Wagner (Fn.6), 352-476 sowie Rüthers (Fn.6), 202f.

¹³ Vgl. Schweizer (Fn.1), 5.

¹⁴ Nach vorherrschender Definition ist der Vertrag eine erklärte Willensübereinstimmung von zwei Personen zur Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges, vgl. MüKo/Kramer Vorbem. §145 Rn.26; BeckOK/Eckert §145 Rn.1f.

der rechtlichen Vertragswirklichkeit zu durchdringen und Informationsasymmetrien, Handlungsabfolgen und Einzelentscheidungen mit ihren Wirkungen auf das Vertragsergebnis zu erkennen. Letztlich können so strukturelle Defizite im Rechtsverkehr identifiziert werden, welche einer allgemeinen Regelung bedürfen. Die ökonomische Analyse des Rechts ist damit nicht Ausdruck eines ökonomischen Wissenschaftsimperialismus, sondern wird zu einem Instrument der Rechtstheorie in der Beantwortung normativer, analytischer und empirischer Fragen.

Zur eingehenden, quantifizierbaren Betrachtung des Vertragsverhaltens eigennütziger Parteien sowie der Rückkopplung zwischen Rechtsverkehr und Rechtsanwendung wird daher im Folgenden das Instrumentarium der ökonomischen Analyse gewählt.

II. Verhaltenssteuerung und richterliche Dezision bei unvollständigen Verträgen

Markttransaktionen werden üblicherweise als gegenseitige, synallagmatische Verträge gestaltet. Der juristische Vertrag erfährt dabei aus ökonomischer Sicht oft erst seine institutionelle Bedeutung, wenn der Marktmechanismus allein Erfolg und Stabilität eines vorteilhaften Austauschs von Leistungen nicht mehr sicherstellen kann.¹⁵ In Abschnitt II.1 wird daher zunächst herausgestellt, unter welchen Bedingungen dies der Fall ist und welche Auswirkung dies auf den Vertrag hat. Es gilt dann zu untersuchen, inwieweit die Parteien durch Gestaltung des vertragsrechtlichen Ordnungsrahmens die Transaktion dennoch stabilisieren können. Hierzu wird in Abschnitt II.2 ein vertragstheoretisches Verhaltensmodell entwickelt, welches gleichzeitig als Referenzsystem für die weitere qualitative und quantitative Analyse von vertraglichen Regelungsproblemen geeignet ist.

¹⁵ Grundlegend setzt jede ökonomische Aktivität und Ressourcenverwendung einen rechtlichen Regelungsrahmen voraus, so etwa Verfügungs- und Handlungsrechte über Güter. In einem vollkommenen Wettbewerb führen dann die dezentralen Entscheidungen der Wirtschaftssubjekte zu einer effizienten Verwendung der Ressourcen. Opportunistisches Verhalten wird regelmäßig nicht auftreten, da dieses erkannt und vom Markt verdrängt wird. Da in der Wirklichkeit Märkte vielfältigen Unvollkommenheiten unterliegen, ist diese Funktion durch das (Vertrags-)Recht nachzubilden. Das schließt sowohl das vertragliche Regelungsnetzwerk als auch dispositives Vertragsrecht mit ein. Vgl. Schäfer/Ott (Fn.3), 393-399.

1. Die unvermeidbare Unvollständigkeit von Verträgen

Nach der ökonomischen Vertragstheorie ist ein Vertrag nur dann vollständig, wenn für alle denkbaren zukünftigen Ereignisse sowie Verhaltensweisen der Vertragsparteien die genaue Leistungspflicht festgelegt wird und dies vor Gericht jeweils beweisbar ist.^{16, 17} Zwar eignet sich ein derartiger Vertragsbegriff als analytischer Referenzpunkt, aber offenkundig sind derartig idealisierte Rechtsverhältnisse in der Wirklichkeit nicht zu finden.¹⁸ Als wesentliche Ursache für Unvollständigkeit von Verträgen werden in der Ökonomik seit COASE Transaktionskosten identifiziert, z.B. Aufwendungen für Informationsbeschaffung, Risikobewertung, Verhandlungsführung oder die präzise formale Fixierung des Vereinbarten, welche einen perfekten Kontrahierungsversuch prohibitiv teuer werden lassen.¹⁹ Im Kalkül der Vertragsparteien stehen den Kosten einer umfassenden Vertragsgestaltung dabei jedoch Risiken in der Durchführung entgegen: Vertragliche Unvollständigkeiten erzeugen stets sanktionsfreie Handlungsspielräume zu vertragswidrigem, schädigendem Verhalten (moralisches Risiko²⁰).²¹ Daher müssen die Parteien Kosten und Risiken der vertraglichen Präzision gegeneinander abwägen und vereinbaren einen - im ökonomischen Sinne planmäßig - unvollständigen Vertrag. Dies entspricht der rechtlichen Praxis, welche für den wirksamen Vertragsabschluss lediglich eine Einigung über verkehrswesentliche Faktoren fordert.²²

¹⁶ Die Vertragstheorie als Teildisziplin der ökonomischen Institutionenlehre beschäftigt sich mit den Beziehungen zwischen Parteien, welche strategisch interagieren und asymmetrisch informiert sind. Im Gegensatz zur klassischen Gleichgewichtstheorie basiert sie nicht auf einem idealisierten, friktionsfreien Gütertausch. Einen Überblick liefern Richter/Furubotn, *Neue Institutionenökonomik*, 1999 sowie Hart/Holmström, in: Bewley (Hg.), *Advances in Economic Theory*, 1987, 71.

¹⁷ Verträge sind vollständig, wenn sie umfassend gestaltet und verifizierbar sind, vgl. Schweizer (Fn.1), 22-24. Abweichend dazu Tirole *Econometrica* 67 (1999), 741-781.

¹⁸ Die ökonomische Fiktion des vollständigen Vertrages entspricht der juristischen Figur des hypothetischen Parteiwillens, welchen die Gerichte im Falle einer Regelungslücke zu bestimmen suchen. Vgl. Palandt/Heinrichs §157 Rn.2,3 sowie Schäfer/Ott (Fn.3), 436-439.

¹⁹ S. Schäfer/Ott (Fn.3), 401-418 und E. Posner, *Economics of Contract Law*, 2007. Der Begriff der Transaktionskosten bezeichnet reale Ressourcenaufwendungen, die erforderlich sind um eine Institution zu schaffen und zu erhalten. Er wurde maßgeblich von Coase und Williamson geprägt, vgl. hierzu Coase, *The Nature of the Firm*, 1937 und Williamson, *Transaktionskostenanalyse*, 1996, 2ff. Vgl. auch Richter/ Furubotn (Fn.16), 53-63, 149ff. und Janson, *Ökonomische Theorie im Recht*, 2004, 75-80.

²⁰ Als moralisches Risiko (*Moral Hazard*) wird eine asymmetrische Informationsverteilung bezeichnet, welche von der besser informierten Seite zum Nachteil anderer ausgenutzt werden kann.

²¹ S. allgemein zur Unvollständigkeit von Verträgen Schäfer/Ott (Fn. 3), 396-403; Schweizer (Fn.1), 239f.; Richter/Furubotn (Fn.14), 275f. sowie für das moralische Risiko besonders Hart/Hölmström (Fn.16) 74f.; Salanié, *Economics of Contracts*, 1997, 119-21.

²² Vgl. etwa MüKo/Westermann, §433 Rn.9f.

Die vielfältige Unvollständigkeit von Verträgen ist jedoch nicht nur ökonomisch effizient, sondern für den Rechtsverkehr weitgehend unauffällig und problemlos. Zwar bietet eine Vielzahl von Regelungslücken erhebliche Möglichkeiten für kurzfristiges, opportunistisches Verhalten, doch betrachten rationale Vertragsparteien auch die außervertraglichen Folgen ihres Tuns.²³ An die Stelle eines gerichtlichen Sanktionsmechanismus tritt direkt die Reaktion des funktionierenden Marktes. Parteien, die ihren vertraglichen Pflichten nicht nachkommen, verlieren ihre Partner und werden von pflichtbewussten Akteuren verdrängt. Diese evolutionäre Instabilität des Vertragsbruches garantiert damit regelmäßig die erfolgreiche Behauptung unvollständiger Verträge im Rechtsverkehr.²⁴ Richterliche Entscheidungen und gesetzliches Vertragsrecht sind in diesem institutionellen Umfeld lediglich ein verdeckter Steuerungsmechanismus, welcher von den Marktkräften letztlich überlagert wird.²⁵

Diese Betrachtung ändert sich jedoch, wenn unvollständige Verträge nicht unter den Idealbedingungen des vollkommenen Wettbewerbs geschlossen werden. Einseitige Informationsverteilungen, beziehungsspezifisches Kapital und Akteure mit hoher Markt- und Verhandlungsmacht sind jedoch typische und häufige Erscheinungsformen gestörten Wettbewerbs. In diesem Umfeld werden unvollständige Verträge nicht (ausreichend) durch marktbezogene Sanktionsmechanismen stabilisiert, denn pflichtwidriges Verhalten wird eventuell nicht erkannt oder kann von der schwächeren Vertragspartei nicht effektiv geahndet werden.²⁶ In der rechtlichen Bewertung wird dies als Störung der Vertragsgerechtigkeit bzw. Vertragsparität bezeichnet. Es ist dann Aufgabe von Gesetzgebung und den Gerichten, diese vertraglichen Störungen zu korrigieren und damit einen funktionsfähigen Steuerungsmechanismus wiederherzustellen.²⁷

²³ Unter Opportunismus wird in der Ökonomik das Verfolgen des Eigeninteresses unter Zuhilfenahme von List verstanden. Vgl. Janson (Fn.19), 76.

²⁴ Vgl. Rüthers (Fn.6), 45-46; Janson (Fn.19), 76f.; sowie Schäfer/Ott (Fn.3), 395-399.

²⁵ Nach Schäfer und Ott ist in diesen Fällen die genaue richterliche oder gesetzliche Ausgestaltung nicht entscheidend, da eine ineffiziente Risikozuordnung über den Markt korrigiert wird. Als Beispiel werden langlebige Konsumgüter, z.B. Neuwagen, genannt, bei welchen die vertraglichen Gewährleistungspflichten wesentlich über den gesetzlich definierten Fristen liegen. S. Schäfer/Ott (Fn.3), 487ff.

²⁶ Zu den Ursachen und Folgen gestörter Marktprozesse vgl. Schäfer/Ott (Fn.3), 488-489 sowie grundlegend Akerlof Quarterly Journal of Economics (1970), 84, 488.

²⁷ Vgl. MüKomm/Kramer, Vorwort §145 Rn.3f.

2. Der Vertragsschluss als ökonomisches Verhaltensmodell

Rationale Marktteilnehmer können weder die Unvollständigkeit von gegenseitigen Verträgen vermeiden noch ausschließlich unter den Bedingungen vollkommener Märkte kontrahieren. Folglich richten sie ihre Rechtsgeschäfte am praktizierten Recht der Gerichte aus, denn erst diese Institution verschafft ihren rechtlichen Ansprüchen die reale Wirksamkeit.²⁸ Dies begründet die volkswirtschaftliche Relevanz der Rechtsprechung.

Grundsätzlich gilt, dass ein Gerichtsurteil, welches nur über den Einzelfall befindet, lediglich eine ex post – Umverteilung des eigentlichen Vertragsergebnisses vornimmt. Erwarten jedoch die Parteien vorab, dass ein vertraglicher Anspruch vom Gericht bei Leistungsstörungen nur auf eine bestimmte Weise umgesetzt wird, so wird dies Vertragsinhalt und allokativer Entscheidung beeinflussen müssen. Damit kommt jeder Gerichtsentscheidung, welche eigentlich allein den Einzelfall zu betrachten hat, immer auch eine gesamtwirtschaftliche Steuerungswirkung zu. Für die Gestaltung von Verträgen ist es für die Parteien notwendig zu antizipieren, inwieweit die Gerichte in der Lage sind, vertragliche Leistungen und ihre Störungen zu verifizieren.²⁹ Der Modellansatz folgt dieser Intuition (und damit dem Rechtsbegriff nach Holmes), um im Folgenden Funktion und Bedeutung der Rechtsprechung für vertragliche Allokationen auszuweisen.

a) Modellprämissen

Für die formale Analyse des Verhaltens der Vertragsparteien wird hier ein vertragstheoretischer bzw. spieltheoretischer Zugang verwendet, um so in fassbarer Form die unterschiedlichen Informations- und Kontrollprobleme im synallagmatischen Vertrag abzubilden.³⁰ Die Gestaltung von Verträgen ist dabei stets ein sehr komplexes Entscheidungsproblem, welches sich aus der Interdependenz verschiedener Einzelentscheidungen und Wahrnehmungen der Parteien ergibt. Um diesem analytisch gerecht zu werden, wird der Vertrag im Folgenden in mehrere logische

²⁸ S. hierzu den in Abschnitt I. zitierten Ausspruch von *Holmes* zum Rechtsbegriff.

²⁹ S. Rüthers (Fn.6), 37f.; Picker ZfA 2005, 353, 362ff.; von Wangenheim, Die Evolution von Recht, 1995, 6f.; Schäfer/Ott (Fn.3), 3-6, 16ff.

³⁰ Gegenstand der Spieltheorie ist die Erfassung und Lösung strategischer Entscheidungssituationen, wobei die Entscheidungsträger als Spieler, ihre Restriktionen als Spielregeln modelliert werden. Sie ist ein formales, abstraktes Instrumentarium der modernen ökonomischen Analyse. S. Holler/Illing, Einführung in die Spieltheorie, 2006.

Einzelentscheidungen zerlegt und jeweils der verfügbare Informationshorizont der Parteien berücksichtigt. Obwohl in der Realität die Vertragsparteien letztlich nur eine Entscheidung als solche tätigen, d.h. den Vertragsabschluss selbst, ermöglicht dieses Vorgehen eine präzise Lösung komplexer Entscheidungsvorgänge.

Der Vertrag wird daher als mehrstufiges Entscheidungsproblem mit zwei Vertragsparteien modelliert. Zum besseren Verständnis des Modellansatzes und der Handlungsoptionen der Vertragsparteien wird das synallagmatische Leistungsverhältnis am Beispiel des gesetzlichen Kaufvertrages gemäß § 433 BGB dargestellt.³¹ Das Vertragsmodell ist jedoch auch auf andere Schuldverhältnisse, etwa den Arbeitsvertrag oder Werkvertrag, übertragbar.

Das Vertragsmodell ist wie folgt spezifiziert: Der Verkäufer (Agent) kann für den Käufer eine Leistung erbringen, welche ihm jedoch Kosten verursacht. Die Höhe der Kosten hängt dabei von den konkreten Eigenschaften der Leistungserbringung ab. Denkbare Leistungen wären z.B. das Verschaffen eines Gebrauchtwagens mit qualitätsabhängigem Einkaufspreis.

Für den Käufer (Prinzipal) hat diese Leistung des Verkäufers einen gewissen Wert, etwa die private Wertschätzung für einen Gebrauchtwagen. Um diese Leistung zu erhalten, zahlt der Käufer einen zu vereinbarenden Kaufpreis. Es sei an dieser Stelle zusätzlich angenommen, dass die Zahlung dabei variabel und abhängig von den Eigenschaften der Leistung des Verkäufers ist. Diese Prämisse wird später jedoch fallengelassen.³²

Ferner kann jede Partei zur Durchsetzung des Vertrages vor Gericht gehen. Richterliche Entscheidungen seien jedoch nicht fehlerfrei, wobei mit bekannten Wahrscheinlichkeiten

³¹ In der folgenden Analyse wird der Verkäufer als Agent, der Käufer als Prinzipal bezeichnet. In der ökonomischen Vertragstheorie wird damit die Beziehung sowie die Interessen- und Informationskonstellation zweier Akteure charakterisiert: Der Prinzipal als Auftraggeber und der Agent ist Auftragnehmer.

³² Die Verwendung variabler Zahlungsvorschriften ist eine Standardannahme der ökonomischen Vertragstheorie, vgl. Schweizer (Fn.1), 11-28. Im Rechtsverkehr sind Festpreisvereinbarungen jedoch die bedeutendste vertragliche Erscheinungsform. Dieser scheinbare Widerspruch löst sich jedoch auf, wenn man wieder die Rolle der Erwartungen betrachtet. Auch wenn rechtlich die Hauptleistungspflicht fix ist und Pflichtverletzungen einer Partei separate gesetzliche Leistungspflichten auslösen, so wird der rationale Entscheidungsträger den Gesamtnutzen seines rechtlichen Verhaltens maximieren wollen. Aus der ökonomischen Perspektive ergibt sich damit trotz Festpreisvertrag in der Rechtswirklichkeit eine verhaltensabhängige Netto-Zahlung.

eine tatsächliche Erfüllung durch Leistung vom Gericht nicht als solche erkannt (Fehler 1. Art) bzw. eine schuldhafte Schlechtleistung einer Partei übersehen wird (Fehler 2. Art).³³ Beide Fehlerwahrscheinlichkeiten bestimmen die Verifizierbarkeit eines vertraglichen Merkmals durch die Rechtsprechung.

Es sei weiterhin angenommen, dass die Leistung des Verkäufers eine vertragsspezifische Investition darstellt, d.h. bei Scheitern des Vertrages nur ein deutlich geringerer Wert am Markt erzielt werden kann. Hieraus resultiert eine erhebliche Störung der Vertragsparität, so dass der Käufer über vollkommene Verhandlungsmacht verfügt und dem Verkäufer ein take-it-or-leave-it Angebot unterbreiten kann.³⁴

Für Verkäufer und Käufer sei die Gültigkeit der REMM-Hypothese angenommen, d.h. dass beide Parteien als rationale Entscheider stets ihren Handlungsspielraum reflektieren und jeweils diejenige Entscheidung treffen, welche ihnen den größtmöglichen Nutzen stiftet. Diese Annahme schließt weder die potentielle Beschränktheit verfügbarer Information noch die Existenz nichtpekuniären Nutzens aus. Sie ist vielmehr eine theoretische Approximation des durchschnittlichen menschlichen Verhaltens.³⁵

Das vertragliche Entscheidungsproblem stellt sich nun wie folgt dar (s. Abbildung 1): Aufgrund seiner privilegierten Verhandlungsposition macht der Käufer dem Verkäufer ein Vertragsangebot und benennt Kaufgegenstand und Kaufpreis. Lehnt der Käufer ab, kommt kein Vertrag zustande. Nimmt er hingegen das Angebot an, so entscheidet er nun bei der Durchführung des Vertrages über die eigene Leistungserbringung bzw. sein Leistungsniveau.

³³ Anwalts- und Gerichtskosten werden hier nicht betrachtet, da sie abhängig vom Gerichtskostenregime lediglich eine Umverteilung herbeiführen, nicht aber das gewinnmaximale Leistungsniveau im Vertrag beeinflussen, vgl. Christmann (Fn.11), 9.

³⁴ Investitionen im Vertrauen auf den Bestand des Vertrages sind wesentliches Merkmal des Vertragsrechts und werden durch diesen vertragstheoretischen Ansatz explizit ausgewiesen. Auf den Fall beiderseitiger Investitionen wird hier verzichtet, da in II.1 dargestellt wurde, dass dieser regelmäßig über den Markt stabilisiert werden kann.

³⁵ REMM-Hypothese bedeutet *resourceful, evaluating maximizing man* und entspricht dem Menschenbild des Homo Oeconomicus. Vgl. Kirchgässner, Homo Oeconomicus, 2000, 13ff.; Janson (Fn.19), 27 sowie Lieth, Die ökonomische Analyse des Rechts im Spiegelbild klassischer Argumentationsrestriktionen des Rechts und seiner Methodenlehre, 2007, 51f.

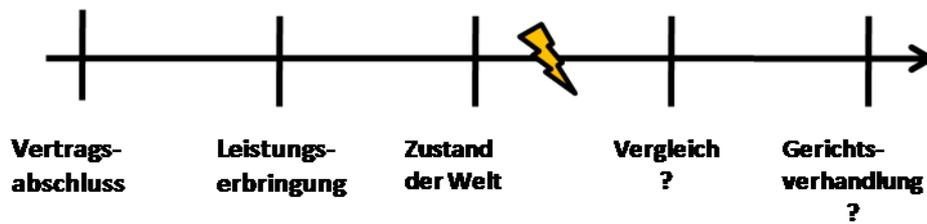


Abbildung 1: Der Vertrag als mehrstufiges Entscheidungsproblem

Wird die Leistung vom Verkäufer wie geschuldet erbracht, so ist der Vertrag erfüllt und die entsprechende Allokation wird realisiert. Es kann jedoch, bedingt durch vom Verkäufer nicht beeinflussbare Umstände oder das Verhalten einer Vertragsseite, eine Leistungsstörung auftreten. Dann können die Parteien sich außergerichtlich einigen und den Vertrag selbst anpassen. In diesem Fall kommt erneut die Verhandlungsmacht des Käufers zum Tragen: Eine Gerichtsverhandlung kann der Käufer immer vermeiden, wenn er dem Verkäufer eine Vergleichszahlung genau in der Höhe anbietet, welche ihm einen minimalen Vorteil gegenüber dem Richterentscheid belässt. Scheitert jedoch der Vergleich, so setzt der Richter anhand des Vertrages den wirklich zu zahlenden Kaufpreis fest. Auch wenn eine Gerichtsverhandlung idealerweise (nahezu) nicht auftritt, beeinflussen jene „*prophecies of what the courts will do*“ jede dieser Entscheidungsebenen bei der Kontrahierung und damit den Vertrag selbst.³⁶

b) Kernfunktion des Vertrages: Teilnahme und Anreizverträglichkeit

Aufgrund seiner vollkommenen Verhandlungsmacht wird der Käufer bestrebt sein, einen maximalen Transaktionsgewinn durch die Wahl eines entsprechenden Vertragsangebotes zu erreichen. Er wird daher das bestmögliche Verhältnis vom Wert der Leistung und Kaufpreis anstreben.

Dafür muss er jedoch zunächst sicherstellen, dass der Verkäufer überhaupt selbst ein Interesse daran hat, dem Vertragsangebot zu zustimmen. Dies wird als *Teilnahme-Bedingung* des Vertrages bezeichnet. Hierzu müssen die vom Verkäufer erwarteten

³⁶ Dieses mehrstufige Entscheidungsproblem ist formal durch Rückwärtsinduktion eindeutig zu lösen. Ausgehend vom Endpunkt, der Gerichtsverhandlung, kann für jede vorgelagerte Entscheidungsebene jeweils eine optimale Entscheidung der Partei bestimmt und so schließlich das Vertragsangebot des Käufers ermittelt werden. Folglich werden vorgelagerte Entscheidungen durch die Erwartungen über den Ausgang einer Gerichtsverhandlung beeinflusst.

Kosten seiner Leistungserbringung für die Fälle Erfüllung und unverschuldete Leistungsstörung gedeckt sein: Im Falle einer unkomplizierten Vertragserfüllung ist dies intuitiv, z.B. die Deckung des Einkaufspreises des Gebrauchtwagens. Tritt jedoch eine Friktion ein und gegen den Verkäufer werden etwa vor Gericht Gewährleistungsrechte geltend gemacht, kann der Verkäufer mit erheblichen Mehrkosten belastet sein. Da der Verkäufer aber seine pflichtgemäße Leistungserbringung selbst kontrollieren kann, muss ihn der Vertrag lediglich gegen das Risiko versichern, dass ihm diese Mehrkosten aufgrund fehlerhafter Gerichtsentscheidung irrtümlich zugewiesen werden.³⁷ Deckt der Vertrag diese erwarteten Mehrkosten nicht ebenfalls ab, so wäre auch im Falle einer vom Käufer bewusst ausgelösten Friktion der Rechtsweg für den pflichtgemäßen Verkäufer stets mit einem Verlustgeschäft verbunden. Es wäre dann rational, diesen Vertragsbruch hinzunehmen. Folglich wäre er so anfällig für opportunistisches Verhalten des Käufers und wird dies antizipierend den Vertrag ex ante ablehnen. Faktisch garantiert die Teilnahme-Bedingung einen Kaufpreis, der die Einkaufskosten und die erwartete Belastung durch Rechtsunsicherheit (Fehler 1. Art) abdeckt und an den Käufer weitergibt. Verträge unterhalb dieses Preisniveaus werden nicht abgeschlossen. Anders ausgedrückt ist der Verkäufer durch die Erbringung einer spezifischen Investition angewiesen auf die Durchsetzbarkeit seines Anspruches vor Gericht, und der Vertrag damit kostenintensiv im Falle einer hohen Fehlerwahrscheinlichkeit der Rechtsprechung.

Neben der Teilnahme-Bedingung muss das Vertragsangebot des Käufers auch gewährleisten, dass der Verkäufer selbst sich nicht opportunistisch verhält. Diese *Anreiz-Verträglichkeitsbedingung* sichert damit den eigentlichen Vertragszweck. Da Ansprüche vor Gericht nur imperfekt verifizierbar sind, besteht grundsätzlich die Gefahr, dass ein Verkäufer dieses vertragliche Kontrollproblem ausnutzt und z.B. entgegen der Abrede Reparaturen am Fahrzeug unsachgemäß durchführt oder Bagatellschäden verschweigt: Verhält er sich opportunistisch, spart er durch die ungenügende Leistung immer Kosten ein, wird jedoch nicht immer dafür vom Gericht auch sanktioniert. Die Minderleistung

³⁷ Dies entspricht einem Risikozuschlag aufgrund von Rechtsunsicherheit. Der Verkäufer wird dabei die Höhe des Entgeltausfalls sowie die Wahrscheinlichkeit einer Niederlage vor Gericht bei legitimem Zahlungsanspruch kalkulieren und üblicherweise Erfahrungswerte hinzuziehen.

wird dann zu individuell rationalem, unternehmerisch sogar gewinnsteigerndem Verhalten. Die Anreiz-Verträglichkeit ist gewahrt, wenn es in Erwartung einer ausreichenden Sanktion für den Verkäufer niemals vorteilhaft ist, den Vertrag verdeckt zu brechen. Die Gefahr des vertraglichen Opportunismus ist dabei zum Einen eng mit der Fähigkeit der Gerichte verbunden, einen Sachverhalt richtig zu beurteilen und Pflichtverletzungen zuverlässig zu zuordnen. Zum Anderen wirkt sich auch die Kostenstruktur der Leistungserbringung aus, denn diese determiniert, in welchem Ausmaß Kosteneinsparungen durch opportunistische Minderleistung überhaupt profitabel sind.

c) Vertragsergebnis und die Stabilisierungswirkung der Rechtsprechung

Der rationale Käufer wird aufgrund seiner Verhandlungsmacht das Vertragsangebot so gestalten wollen, dass der angestrebte Vertragszweck realisiert wird. Dies wird erreicht, indem das imperfekt kontrollierbare Leistungsverhalten des Verkäufers durch eine geeignete Zahlung so beeinflusst wird, dass dieser in Erwartung rechtlicher Sanktionen in opportunistischem Verhalten keinen Vorteil findet. Abbildung 2 zeigt schematisch das theoretische Ergebnis dieses unvollständigen Vertrages.

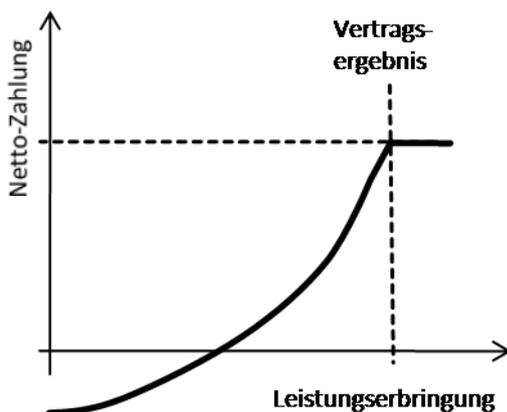


Abbildung 2: optimaler Vertrag

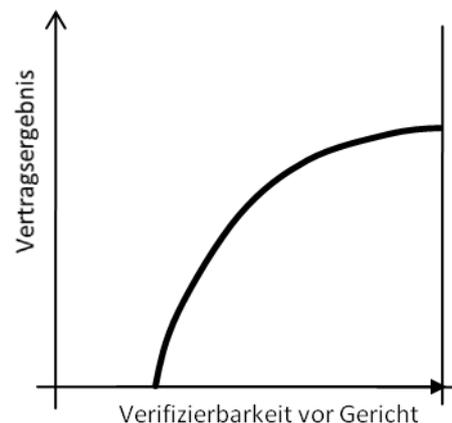


Abbildung 3: Vertrag und Rechtsprechung

Auf der Ordinate ist hier die Netto-Zahlung an den Verkäufer abgetragen, d.h. die Verrechnung des Kaufpreises mit eventuellen Vertragsstrafen oder Gewährleistungsansprüchen. Die gestrichelten Linien zeigen die gewinnmaximale

vertragliche Kombination von Kaufpreiszahlung und Eigenschaften der Kaufsache aus Sicht des Käufers.

Die dargestellte Netto-Zahlung des optimalen Vertrages steigt also zunächst deutlich, bis die vom Käufer definierte Höhe der Leistungserbringung erreicht ist, und bildet an dieser Stelle den Kaufpreis. Eine Erhöhung der Leistung über das geschuldete Niveau hinaus führt zu keinem weiteren Anstieg der Zahlung. Im Umkehrschluss führt eine Abweichung des Verkäufers von der vereinbarten Leistung, d.h. eine bewusste Pflichtverletzung, zu deutlich reduzierten Zahlungen. Die Kürzung der Zahlung muss dabei immer die Kosteneinsparung des Verkäufers derart übersteigen, dass dieser nicht darauf hoffen kann, sich im Bewusstsein des Kontrollproblems des Käufers durch Vertragsbruch besser stellen zu können. Es ist intuitiv, dass die Verpflichtung zu einer Ausgleichszahlung, die allein diesen Kosten entspricht, niemals einen ausreichenden Anreiz zur Vertragstreue setzen kann, wenn diese nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vor Gericht durchgesetzt werden kann.³⁸ Die optimale Netto-Zahlungsfunktion stellt zudem (vereinfacht) den Zusammenhang zwischen Teilnahme-Bedingung und Anreiz-Verträglichkeit im Vertrag dar. Führt eine Abweichung vom vereinbarten Vertragsergebnis (Schlechtleistung) zu einer Auszahlung, die oberhalb dieser Funktion liegt, dann ist dieser Sanktionsmechanismus zu schwach. Es steht dann zu erwarten, dass Vertragsbrüche häufiger vorkommen werden. Fällt die verbleibende Auszahlung jedoch deutlich unter die Netto-Zahlungsfunktion, dann ist diese Sanktion übermäßig stark und gefährdet die Vertragsteilnahme der Gegenseite.

In Abbildung 3 wird die allokativer Wirkung der Verifizierbarkeit eines vertraglichen Merkmals durch die Rechtsprechung auf den Kaufvertrag dargestellt. Auf der Ordinate ist hierbei das Vertragsergebnis bzw. die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt, auf der Abszisse

³⁸ Regelmäßig gilt nach § 249 Abs. 1 BGB für den Schadensersatz, dass die Gegenseite so zu stellen sei, als wäre der Schaden nicht eingetreten und das Rechtsgeschäft ordentlich erfüllt worden (positives Interesse). Dies ist vor diesem Hintergrund insofern relevant, da das positive Interesse an der Erfüllung für die Gerichte schwer ex post zu quantifizieren ist. Als Behelf wird dieses oft allein über die entstandenen Kosten geschätzt. Dies ist jedoch angesichts einer gewissen Wahrscheinlichkeit, dass die Schlechtleistung von den Gerichten nicht als solche erkannt wird, kein ausreichender Anreiz zur vertraglichen Treue.

die Verifizierbarkeit vor Gericht abgetragen.³⁹ Das als Funktion dargestellte Vertragsergebnis steigt dabei mit zunehmender Verifizierbarkeit des Vertrages, d.h. je valider die Rechtsprechung die wahre Natur der Friktion erkennt. Dabei ist aber das soziale Optimum, d.h. das bestmögliche Verhältnis von Nutzen und Kosten einer Transaktion, nur im trivialen Fall perfekter Rechtsprechung erreichbar. In allen anderen Fällen wird nur eine zweitbeste Lösung realisiert, deren Wert mit sinkender Validität der richterlichen Entscheidung abnimmt. Unterschreitet diese Validität einen gewissen Punkt, wird der unvollständige Vertrag zudem undurchführbar und die vorteilhafte Transaktion muss vollständig unterbleiben. Dies ist darin begründet, dass nun die richterliche Entscheidung nicht mehr (oder gar negativ) mit der Leistungserbringung des Verkäufers korreliert. Daraus folgt, dass das Gericht bei vertraglichen Transaktionen zumindest in der Tendenz befähigt sein muss, den zu Grunde liegenden Sachverhalt zutreffend aufzuklären.

Insgesamt ist durch den Vertrag eine vorteilhafte Ressourcenverteilung erreicht worden, welche das ökonomische Pareto-Kriterium erfüllt.⁴⁰ Ohne die richterliche Stabilisierung des Vertrages wäre aufgrund der gestörten Vertragsparität ansonsten keine Transaktion durchgeführt worden. Durch die Signalwirkung richterlicher Urteile können rationale Vertragsparteien ihren Vertrag auf die erwartete Verifizierbarkeit vor Gericht optimal konditionieren. Gleichzeitig folgt aus einer vertraglichen Imparität, dass die beiden Arten von gerichtlichen Fehlentscheidungen, Fehler I. Art und Fehler II. Art, sich unterschiedlich auf den Vertrag auswirken können.⁴¹

³⁹ Die Verifizierbarkeit eines vertraglichen Merkmals folgt aus der Validität der Rechtsprechung als die Fähigkeit der Gerichte, wahrheitsgemäße Rechtsansprüche als solche zu erkennen und durchzusetzen, opportunistische Ansprüche jedoch zurückzuweisen.

⁴⁰ Nach dem Pareto-Kriterium liegt eine Pareto-Verbesserung vor, wenn durch Umverteilung von Ressourcen der Nutzen eines Individuums erhöht wird ohne dass mindestens ein anderes Individuum schlechter gestellt ist. Ist ein Zustand erreicht, ab dem keine derartige Umverteilung mehr möglich ist, so wird dieser als Pareto-effizient bezeichnet. Vgl. exemplarisch Schäfer/Ott (Fn.3), 24-31.

⁴¹ Dies ergibt sich notwendigerweise aus der Tatsache, dass eine Versicherung der Vertragsgegenseite gegen den Fehler I. Art (Verlust eines legitimen Anspruches) gleichzeitig die Fähigkeit begrenzen muss, der Gegenseite für vertragswidriges Verhalten hohe Sanktionen aufzuerlegen. Es ist im Falle eines Fehlers I. Art dann zu erwarten, dass derartige Sanktionen auch irrtümlich auf die Gegenseite angewandt werden und damit deren Teilnahme am Vertrag gefährden.

Erkennbar ist, dass die tatsächliche Gerichtsverhandlung für die Effizienz des Vertragsergebnisses nicht bedeutend ist, da deren Ergebnis von rationalen Parteien bereits antizipiert wird und damit faktisch das Gericht nicht mehr angerufen wird.⁴² Gesamtwirtschaftlich relevant ist daher nicht das einzelne, streitige Vertragsergebnis, sondern vielmehr die Erwartung des Rechtsverkehrs über die Validität der Rechtsprechung. Je positiver die Vertragsparteien dabei die Fähigkeit des Richters einschätzen, das vorliegende Verifizierungsproblem zu überwinden und die Ursache einer Friktion zutreffend zu erkennen, desto höher ist die erreichte Wohlfahrt. Auch wenn die richterliche Entscheidung potenziell fehlerbehaftet ist, so bestimmt die ex ante verfügbare Information über die Leistungsfähigkeit der Gerichte hier letztlich das volkswirtschaftliche Ergebnis. Diese Information basiert wiederum wesentlich auf einschlägigen Präjudizien. Daher ist aus ökonomischer Bewertung nicht die Beilegung von Konflikten im Einzelfall ausschlaggebend für den Rechtsverkehr. Vielmehr begründet erst eine durch diese Publizität der Urteile entstehende Signalwirkung, die auf eine Vielzahl von Verträgen ausstrahlt, die Bedeutung richterlicher Rechtsprechung für die Marktteilnehmer. Nur auf dieser Grundlage wird eine Vielzahl von gesamtwirtschaftlich vorteilhaften Verträgen durchführbar, von welchen angesichts der strukturellen Probleme die Parteien sonst Abstand genommen hätten. Gleichzeitig wirkt die Rechtsprechung sowohl allokativ auf die insgesamt am Markt realisierten Transaktionen, denn ihre Validität beeinflusst die Zahlungsverpflichtung des Käufers, als auch auf die interne Anreiz-Wirkung im Vertrag selbst.

3. Zwischenergebnis der vertragstheoretischen Analyse

Der verwendete Ansatz liefert im Rahmen der ökonomischen Analyse des Vertragsrechts einen theoretischen Einstieg zum Verständnis der institutionellen Wirkungsweise von Verträgen, sowie zu Funktion und Leistungsfähigkeit richterlicher Rechtsprechung. Hierzu wurde ein Modell eines unvollständigen Vertrages entwickelt, welches ausgehend

⁴² Die Vermutung eines logischen Zirkels trifft hier nicht zu. Gerichtsverhandlungen werden von den Parteien durchaus geführt, solange die wahre Validität der Rechtsprechung nicht genau bekannt ist und insbesondere wenn die Parteien ihre Gewinnaussichten unterschiedlich einschätzen. Erst im Zeitverlauf lernen zukünftige Vertragsparteien die Gerichte besser einzuschätzen, die Erwartungen konvergieren stetig bis das vertragliche Optimum ohne Gerichtsverhandlungen erreicht werden kann. Die Dokumentation der Präjudizien ist Zeugnis dieses Anpassungsprozesses.

von der Rechtswahrnehmung der Vertragsparteien, die eigene Leistungsentscheidung sowie die Möglichkeiten opportunistischen Verhaltens formal beschreibt und in einem quantifizierbaren Vertragsergebnis ausweist. Vertragliche Steuerungsmechanismen werden dabei nur als relevant angenommen, wenn Störungen des Marktes vorliegen. Allein in diesen Fällen erzeugt eine informationelle, finanzielle oder strukturelle Ungleichheit ein moralisches Risiko im Vertrag, welches rationale Parteien durch ihr Interesse in den Bestand der Transaktion zu kontrollieren suchen. Das sich daraus ergebende Entscheidungsproblem wurde dabei in logische Einzelentscheidungen zerlegt und analysiert: Wesentliche Funktion von Verträgen ist damit zum Einen die Sicherstellung der Vertragsteilnahme, d.h. der Schutz der unterlegenen Partei vor unverschuldetem Verfehlen des Vertragszwecks, sowie die interne Anreiz-Wirkung, welche opportunistisches Verhalten für die Gegenseite unattraktiv macht. Jedes (vertragliche) Rechtsinstitut muss beide Funktionen erfüllen, um das gewünschte Ergebnis gewährleisten zu können. Trotz Rechtsunsicherheit und möglichem Opportunismus können beide Parteien daher einen optimalen Vertrag sicherstellen, indem sie sich auf die erwartete Fähigkeit des Richters abstützen, im Streitfall die Leistung korrekt zu bestimmen. Das Verhalten der Vertragsparteien sowie der Wert der Transaktion selbst folgen damit der konkreten Rechtserwartung des Rechtsverkehrs. Damit wird jedoch sowohl das allokative Marktergebnis als auch der interne Vertragszweck bzw. die Gefahr des Opportunismus durch die Leistungsfähigkeit der Gerichte beeinflusst. Durch die Kopplung des Vertragsergebnisses an die Rechtserwartung liefert das Modell nicht nur ein Referenzsystem für eine abstrakte, rechtstheoretisch-orientierte Bestandsaufnahme von Verträgen und Rechtsprechung, sondern auch einen Zugang für die empirische Forschung im Vertragsrecht.

III. Diskussion der vertraglichen Steuerungsfunktion anhand des BGB-Vertragsrechts

Aus rechtstheoretischer Sicht kann das vorgestellte ökonomische Vertragsmodell als ein vereinfachtes Referenzsystem verwendet werden, um konkrete vertragsrechtliche Probleme und Verhaltensweisen zu identifizieren und zu bewerten. Um die Eignung

dieses Ansatzes für die Beantwortung analytischer und normativer Fragen zu verdeutlichen, ist zunächst herauszustellen, inwieweit die dargestellten modellbasierten Erkenntnisse zur internen Steuerungsfunktion von Verträgen und zum Stellenwert der Rechtsprechung durch die gegenwärtige Rechtssetzung im BGB-Vertragsrecht berücksichtigt wurden bzw. neben anderen rechtspolitischen Zielen zu erkennen sind.

Im Folgenden wird dies anhand zweier Beispiele aus dem deutschen Vertragsrecht, dem Druckzuschlag im Werkvertrag und dem Haftungsprivileg des Arbeitnehmers, exemplarisch gezeigt werden.

1. Der Druckzuschlag im Werkvertragsrecht

a) Struktur des Werkvertrages

Der Werkvertrag ist ein entgeltlicher synallagmatischer Vertrag, bei welchem sich ein Unternehmer verpflichtet, ein Werk herzustellen, und der Besteller hierfür eine Vergütung entrichtet.⁴³ Im Zentrum des Schuldverhältnisses steht hierbei nach ganz h.M. die Herbeiführung eines ex ante definierten Erfolges durch den Unternehmer, d.h. die vertragliche Steuerung einer erfolgsbezogenen Tätigkeit. Dies wird vielfach in der Form der Leistungsbeschreibung direkt konkretisiert.⁴⁴

Ein wesentliches Merkmal des Werkvertrages ist die häufig überlegene Verhandlungsmacht des Bestellers.⁴⁵ Faktisch ist die Herstellung des Werkes als mindestens teilweise beziehungspezifische Investition zu klassifizieren, die außerhalb des

⁴³ Zur Bedeutung des Werkvertrages s. Staudinger/Peters/Jakoby (2008), Vorbem. zu §§631 Rn.2f.; Weyers AcP 182 (1982), 60; Palandt/Sprau Einf. v. §631 Rn. 16-32.

⁴⁴ Zur Struktur des Werkvertrages s. Palandt/Sprau, Vorbem. zu §§631 Rn.2f.; §631 Rn.1,12,24; Staudinger/Peters/Jakoby (Fn.43); Vorbem. zu §§631 Rn.3-6, 17ff., 25f.; Korinthenberg, Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrage, 1935, 29-35; Thode ZfBR 2002, 13,14, 18ff..

⁴⁵ Als Grund wird in der juristischen Literatur oft auf eine besondere Nachfragemacht verwiesen, da der Besteller eine Vielzahl konkurrierender Kleinunternehmen gegeneinander ausspielen könne. Diese Argumentation kann ökonomisch nicht überzeugen, denn dies sind gewöhnliche und effiziente Marktprozesse. Durch die asymmetrische Informationsverteilung zugunsten des Unternehmers in der Vertragsverhandlung sowie die nur kostenintensive Verfügbarkeit von Information allgemein ist auch der Besteller in seinem Marktverhalten eingeschränkt. Die juristische Vermutung einer unterlegenen Position des Unternehmers trifft jedoch aus anderem Grund zu: Regelmäßig wird dieser aufgrund seiner Vorleistungspflicht die Preisgefahr des Vertrages zunächst selbst tragen müssen.

Vertrages oft nur einen geringeren Wert aufweist, und so den Unternehmer rechtlich und wirtschaftlich besonders an den Besteller bindet.⁴⁶

Der Werkvertrag entspricht in seiner Struktur dem vorgestellten ökonomischen Vertragsmodell, wobei insbesondere die gestörte Vertragsparität und der Erfolgscharakter der Leistung im Werkvertrag offen hervortreten. Der Prinzipal tritt in dieser Vertragsform als Besteller auf, der Agent als Unternehmer. Wert und Kosten der vereinbarten Werkleistung werden hier direkt über den beabsichtigten Erfolg erklärt. Die Entgeltabrede sei üblicherweise als Fixzahlung angenommen, bilateral vereinbarte Vertragsstrafen seien nicht betrachtet.⁴⁷ Weiterhin liegt ein Sachmangel der Werkleistung vor, wenn der tatsächliche Erfolg vom vereinbarten Erfolg abweicht. Beide Parteien wissen, dass ein festgestellter Sachmangel durch die Ausübung von Gewährleistungsansprüchen zu einer Absenkung des Entgeltes kraft Gesetz bzw. Rechtsprechung führen kann. Durch die fixe Entgeltvereinbarung kommt eine vertragliche Verhaltenssteuerung durch den Prinzipal zunächst über die gesetzlichen Gewährleistungsrechte des Bestellers in Betracht: Werden sie ausgeübt, sind die Leistungspflichten an den Leistungserfolg gekoppelt.⁴⁸

b) Anreiz-Probleme im Gewährleistungsrecht

Bei Sachmängeln des Werkes stehen dem Besteller verschiedene Gewährleistungsrechte zur Verfügung, welche ihn gegen die Enttäuschung seines Interesses versichern (*Primärfunktion*): So kann er Nacherfüllung verlangen (§ 635 BGB), den Mangel gegen

⁴⁶ Vgl. Staudinger/Peters/Jakobi (Fn.43), Vorbem. zu §§631 Rn.13f.; Weyers (Fn.43), 66. Dies wurde auch vom Gesetzgeber festgestellt, vgl. BT 14/1246, 4-6. Gleichwohl ist die Leistung des Unternehmers im Werkvertrag nicht eine ausschließlich spezifische und damit irreversible Investition, wie sie bspw. im Arbeitsverhältnis aufgrund des Fixschuldencharakters konstatiert werden kann. Zum Einen besteht auch außerhalb der Werkvertragsbeziehung häufig ein Marktwert der Leistung, welcher liquidierbar ist. Zum Anderen steht dem Besteller bei geringfügigen Mängeln u.a. lediglich die Minderung nach § 634, § 638 BGB zu, so dass der Unternehmer eine Teilkompensation erwarten kann.

⁴⁷ Ein vertraglicher Anreiz-Mechanismus kann über ein System von Vertragsstrafen erreicht werden. Dies ist jedoch oft sehr komplex und in der Erstellung für die Parteien kostspielig. Es ist daher ökonomisch vorteilhaft, wenn das Rechtssystem verschiedene dispositive Rechtsinstitute beinhaltet, welche einen derartigen Mechanismus für eine Vielzahl von Verträgen bereitstellen und die Akteure entlastet.

⁴⁸ Die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche des § 634 BGB gelten mit Ausnahme des Schadensersatzes zunächst verschuldensunabhängig. Für die Verhaltenssteuerung ist daher zu differenzieren: Gegenüber unverschuldeten Ansprüchen ist der Unternehmer entsprechend seiner Erwartungen versichert und wälzt sie als Preisaufschlag auf den Besteller ab. Insofern der Unternehmer jedoch das Schadensaufkommen durch sein Verhalten beeinflussen kann, erfahren die Gewährleistungsansprüche neben der Versicherungsfunktion auch eine Steuerungsaufgabe. Vgl. exemplarisch Schäfer/Ott (Fn.3), 473-479.

Aufwendungsersatz selbst beseitigen (§ 637 BGB), die Vergütung mindern (§638 BGB), vom Vertrag ganz zurücktreten (§§ 323, 636 BGB) oder Schadensersatz verlangen (§ 280, 281, 636 BGB). Da der rationale Unternehmer diese Rechtsbehelfe des Bestellers kennt, wird er sie in seiner Leistungsentscheidung ex ante berücksichtigen.⁴⁹

aa) Nacherfüllung

Bei Vorliegen eines Sachmangels kann der Besteller zunächst gem. § 635 BGB Nacherfüllung verlangen. Dieser auf den ersten Blick einfache und grundlegende Rechtsanspruch des enttäuschten Gläubigers ist jedoch aus vertragstheoretischer Sicht deutlich schwieriger zu beurteilen. Im Wesentlichen basiert der Erfolg eines Nacherfüllungsanspruches im Gegensatz zu den anderen Gewährleistungsrechten ausschließlich auf gerichtlichem Zwang, und dem behaupteten Erfolg desselben.⁵⁰ Mit anderen Worten: Das Anreizproblem wird hier bereits durch die Prämisse gelöst, dass der Unternehmer dem rechtlichen Anspruch Folge leisten *wird*. Nutzeneinbußen des schlechtleistenden Unternehmers durch zusätzliche Kosten, welche eine Verhaltenssteuerung entfalten könnten, werden daher ausschließlich realisiert, wenn eine Nacherfüllung tatsächlich erfolgt. Vielen Unternehmern mag an dieser zweiten Andienung insbesondere bei unbeabsichtigter Schlechtleistung tatsächlich gelegen sein, um den gewünschten Erfolg doch noch zu erzeugen. Der modifizierte Erfüllungsanspruch des § 635 BGB ermöglicht dies.⁵¹ Ist das Unternehmen jedoch nicht derart „gutwillig“, d.h. es ist auf das Vertragsrecht zur ordnungsgemäßen Leistung abzustellen, dann zeigt der Nacherfüllungsanspruch eine wesentliche Schwäche: Leistet der Unternehmer auch einer gerichtlichen Aufforderung zur Nacherfüllung nicht Folge, dann kommt praktisch nur noch eine Vollstreckung nach § 887 ZPO in Frage. In diesem Fall entfaltet der Nacherfüllungsanspruch eine Wirkung, welche zwar ähnlich zum Recht auf Selbstvornahme zu bewerten ist (s.u.) und einen Ersatz auch erheblicher Kosten prinzipiell ermöglicht, jedoch einen weiteren Rechtsstreit zur Zwangsvollstreckung zwingend erfordert.⁵² Der enttäuschte Besteller sieht sich bei diesem Gewährleistungsanspruch daher in beträchtlichem Umfang neben den Prozesskosten auch der Ungewissheit der richterlichen Entscheidung ausgesetzt. Es ist daher fraglich, ob der gesetzliche Nacherfüllungsanspruch die

⁴⁹ Zur Untrennbarkeit von Versicherungsfunktion und Verhaltensanreizen s. Wagner (Fn.6), 426f.

⁵⁰ Sowohl im Falle von Selbstvornahme, Minderung oder Schadensersatz als auch beim Rücktritt erhält der Besteller hingegen entweder direkt vollstreck- und aufrechenbare monetäre Ansprüche oder entledigt sich des Entgeltsanspruches des Unternehmers.

⁵¹ In Analogie zum Kaufrecht ist dies eine wichtige Funktion der Nacherfüllung, vgl. BT-Dr 14/6040, 221 sowie Oechsler NJW 2004, 1825f..

⁵² Im Kaufrecht hat der EUGH bei Verbraucherverträgen den Umfang des Nacherfüllungsanspruches beträchtlich erweitert, vgl. EUGH C-65/09.

Anreizverträglichkeit vieler alltäglicher Werkverträge abseits von unternehmerischem „Goodwill“ wirklich steigern kann.⁵³

bb) Selbstvornahme

Dem Besteller steht das Recht zur Selbstvornahme nach erfolgloser Nachfristsetzung zu. In den meisten Fällen wird dies bedeuten, dass der Besteller einen Dritten beauftragt, den Mangel zu beseitigen. Unter der Annahme vollständiger Konkurrenz ist davon auszugehen, dass auch dieser Dritte, der ebenfalls Unternehmer ist, für die Schadensbeseitigung mindestens dieselbe Vergütung erhalten muss, wie sie der säumige Unternehmer für diese (nicht erbrachte) Teilleistung veranschlagt hätte. In Abbildung 4 seien die Kosten der Selbstvornahme am Markt (rote Linie) in Abhängigkeit zum Leistungserfolg dargestellt.

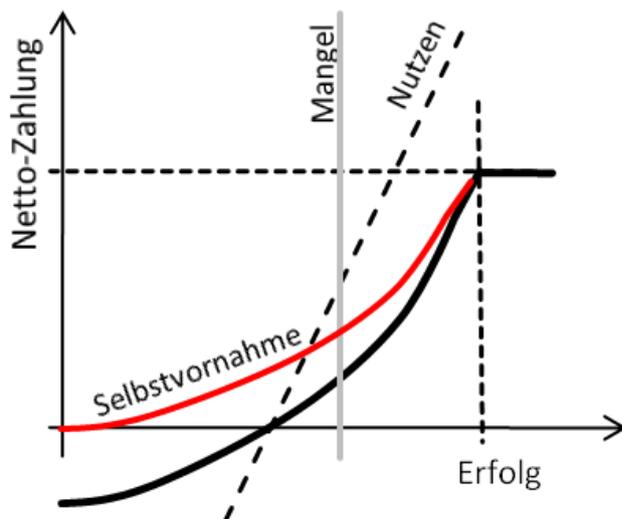


Abbildung 4: Selbstvornahme

Diese Kosten entsprechen dabei genau dem Entgelt, welches für die zu erbringende Teilleistung eines Unternehmers seine vertragliche Teilnahme-Bedingung erfüllen

⁵³ Zwar wird ein gewisser Anreiz zur pflichtgemäßen Leistung insoweit erzeugt, dass der Unternehmer im Falle einer Niederlage im Prozess auch die Kosten der Beweisführung des Bestellers tragen muss. Hierdurch solle die praktische Handhabbarkeit des Nacherfüllungsanspruches gewahrt bleiben, s. BeckOK/Voit § 635 Rn. 9-10. Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass jeder Rechtsstreit durch richterliche Fehlentscheidung auch zu Lasten des Bestellers enden kann. Vgl. auch MüKo/Busche § 635 BGB Rn. 2ff; Schäfer/Ott (Fn.3), 478-484.

würde.⁵⁴ Sie sind jedoch für jede Mangelbeseitigung stets niedriger als die optimale vertragstheoretische Sanktion (schwarze Linie).⁵⁵ Selbst wenn die ersatzfähigen Kosten durch den Gewinnanteil des Drittunternehmers die privaten Kosten des ersten Unternehmers übersteigen werden, wird dies regelmäßig keine ausreichende Verhaltenssanktion darstellen: Faktisch ist dies nur eine Umformung der Teilnahme-Bedingung, denn ein Unternehmer, welcher der Schlechtleistung vor Gericht überführt wird, erwartet auch, dass sein bereits eingepreister Gewinnanteil entsprechend der Minderleistung gesenkt wird. Angesichts imperfekter Rechtsprechung bleibt damit aber immer ein gewisser Verhaltensspielraum bestehen. Hieraus folgt, dass es für den Unternehmer stets vorteilhaft wäre, den Ersatz der Kosten einer Selbstvornahme zu verweigern und den Besteller vor Gericht zu zwingen.⁵⁶

Es ist unstreitig, dass im rechtsgeschäftlichen Alltag z.T. höhere Zahlungsansprüche möglich sind, da regelmäßig Entgeltunterschiede bei verschiedenen Unternehmen bestehen und die Behebung von Mängeln häufig aufwendiger ist als die Kosten fehlerfreier Werkleistung.⁵⁷ Eine antizipierbare, anreiz-verträgliche Steuerung wird hier aber eher zufällig erreicht. Insbesondere bei geringen Mängeln der Werksache werden zudem die Beweislastprobleme des Bestellers⁵⁸ und die geringen Reparaturkosten oft eine

⁵⁴ Unter der Annahme vollständiger Konkurrenz stellen die marktbezogenen Entgelte auch die Teilnahme des ersten Unternehmers am Vertrag sicher, so dass die optimale Zahlungsfunktion und die Marktfunktion sich genau im vereinbarten Erfolg des ursprünglichen Werkvertrages schneiden müssen.

⁵⁵ Dies ist darin begründet, dass die erwarteten Kosten eines Unternehmers vor Vertragsschluss neben der reinen Leistungserbringung lediglich das Risiko unverschuldeter Entgeltausfälle, d.h. eines mangelfreien, aber (vom Gericht) beanstandeten Werkes beinhalten. Der Sanktionsmechanismus muss aber zusätzlich die bewusste Erbringung eines mangelhaften Werkes, und damit ein unternehmerseitiges Ausnutzen der Rechtsunsicherheit, unterbinden und erreicht dies nur durch höhere Entgelteinbußen.

⁵⁶ Dieser Effekt tritt durch die imperfekte Validität der Gerichte ein: Der Erwartungswert gerichtlicher Sanktionen ist geringer als eine Belastung durch die Kosten, in jedem Fall die geschuldete Leistung selbst zu erbringen. Folglich besteht nur ein geringer Anreiz zur Erfüllung.

⁵⁷ Höhere Aufwendungsersatzansprüche sind möglich, jedoch allein nach einer Einzelfallbetrachtung dem Interesse des Bestellers an einer schnellen Mangelbeseitigung geschuldet, d.h. allein aus im Mangel begründeten Sachzwängen. Vgl. OLG Frankfurt NJW-RR, 88, 918; BGH NJW-RR, 91, 789 sowie BeckOK/Voit, BGB § 637 Rn.9; MüKo/Busche §637 Rn.9ff. sowie Palant/Sprau (Fn.43) Rn.6ff.

⁵⁸ Grundsätzlich muss der Unternehmer beweisen, dass die Aufwendungen nicht erforderlich waren. Der Besteller muss jedoch zuvor die Voraussetzungen des §634 beweisen: Bei geringfügigen Mängeln wird es jedoch regelmäßig schwierig sein, die Mangelhaftigkeit des Werkes einem Dritten darzulegen. Vgl. Palandt/Sprau, §637 Rn.7, §634 Rn.12.

ausreichende Anreiz-Wirkung verhindern. Konsequenterweise muss daher eine wirksame Steuerungsfunktion auch des § 637 BGB verneint werden.⁵⁹

cc) Rücktritt

Als weiteres Gewährleistungsrecht kann der Besteller nach fruchtloser Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten. Hieraus folgt die vollständige Rückabwicklung des Vertrages, d.h. etwaige Rückzahlung geleisteter Entgelte und Herausgabe des mangelhaften Werkes. Da die Herstellung des Werkes eine beziehungspezifische Investition darstellt, trägt in diesem Fall der Unternehmer allein die Kosten. Der Besteller wird jedoch nur zurücktreten (s. Abbildung 5), wenn das mangelhafte Werk für ihn in diesem Zustand wertlos ist: Der Nutzen des mangelhaften Werkes (gestrichelte Linie) würde in der schematischen Darstellung links von Punkt A zum Rücktritt führen.⁶⁰ Für den Unternehmer impliziert dies angesichts § 323 BGB eine erfolgsabhängige Auszahlung (rote Linie). Der Ausschluss eines Rücktritts bei unerheblichem Mangel nach § 323 V BGB knüpft in objektivierter Form an die Beeinträchtigung durch den Mangel und die Beseitigungskosten an.⁶¹ Dieses gesetzliche Ausschlusskriterium wird in den meisten Fällen der Interessenlage eines verständigen Bestellers entsprechen, vielfach wird dieser sogar bei nicht unerheblichen Mängeln am Vertrag festhalten wollen. Faktisch wird in der Folge der Unternehmer vor übermäßigen Zahlungsausfällen geschützt (rechts von Punkt A). Somit entspricht die gesetzliche Erheblichkeitsschwelle innerhalb gewisser Grenzen ausschließlich der Rationalität der Teilnahmebedingung.⁶² Hieraus ist aber klar erkennbar, dass eine Verhaltenssteuerung bei unerheblichen Mängeln mangels Sanktion nicht über § 323 BGB greifen kann.

⁵⁹ Die gleiche Anreiz-Wirkung wird erzielt, wenn diese Kosten über den kleinen Schadensersatz beansprucht werden.

⁶⁰ Entscheidend für den Rücktritt ist der verbleibende Netto-Nutzen des Bestellers: Wird dieser negativ, weil die Werklohnzahlung den Nutzen übersteigt (links von A), so wird dieser nicht am Vertrag festhalten. Solange der Nutzen jedoch den Werklohn übertrifft, liegt es nicht im Interesse des Bestellers, sich trotz des Schadens vom Vertrag zu lösen und damit das Werk herauszugeben.

⁶¹ Vgl. BGH NJW 05, 3490.

⁶² Die Erheblichkeitsschwelle erfordert eine umfassende Interessenabwägung, bei der sowohl die Mangelbeseitigungskosten als auch der verbleibende Restwert des Werkes berücksichtigt werden. Vgl. OLG Nürnberg NJW 05, 2019 sowie Palandt/Grüneberg, § 323 Rn.32. Wird die Schwelle der Vertragsliquidierung zu stark abgesenkt, gefährdet dies jedoch die Vertragsteilnahme insgesamt, s. die Kritik von Ernst in MüKo/Ernst, § 323 Rn.2.

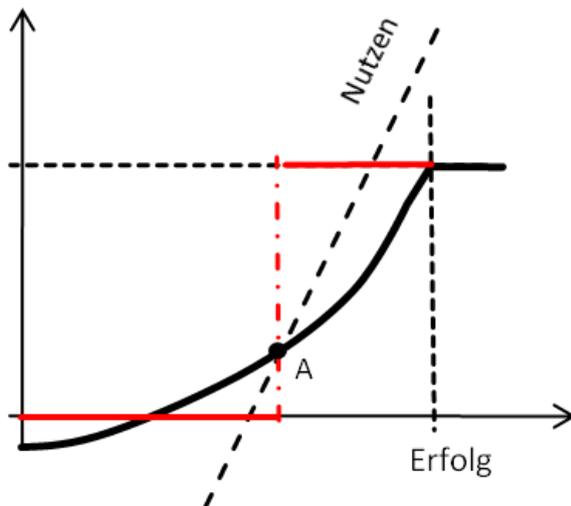


Abbildung 5: Rücktritt

Für die Fälle eines Rücktritts ist die Verhaltenssteuerung differenziert zu betrachten: Letztlich wird deren Effektivität auch von der erwarteten Rücktrittsneigung des Bestellers abhängen: Reagiert der Besteller empfindlich auf Mängel, besteht ein starker Anreiz zur korrekten Vertragsausführung, wobei der Unternehmer sich hier ein hohes, unverschuldetes Rücktrittsrisiko durch das Entgelt teilweise ausgleichen lassen wird. Dieser Anreiz kann durch einen möglichen Schadensersatz statt der Leistung (Großer Schadensersatz) nach §§ 280, 281 BGB iVm § 636 BGB noch erheblich verstärkt werden. Ist der Besteller hingegen rücktrittsscheu, entsteht über § 323 BGB nur ein unzureichender Sanktionsmechanismus.⁶³

dd) Minderung

Anstelle eines Rücktritts kann der Besteller bei einem mangelhaften Werk auch das Entgelt mindern. Das Ausmaß der Minderung wird dabei im Gesetz als proportionale Entgeltkürzung im Verhältnis der Wertminderung des Werkes festgesetzt. Die idealtypische Entsprechung dieses Ansatzes verdeutlicht Abbildung 6, wobei die gestrichelte Linie den Proporz der Minderung ausdrückt. Erkennbar ist diese Minderungshöhe immer oberhalb des erforderlichen Sanktionsmechanismus.

⁶³ Dies ist nach Thode (Fn.44), 299, bei Bauverträgen besonders problematisch, da hier der Rücktritt und Rückabwicklung für beide Seiten gravierende wirtschaftliche Nachteile erzeugen. Diese Vermeidung des Rücktritts senkt jedoch wiederum die effizienten Verhaltensanreize für den Unternehmer.

Faktisch ist die Handhabung der Berechnungsformel in der Praxis schwierig: Zunächst ist der Sollwert des Werkes nicht direkt bestimmbar. Die Rechtsprechung orientiert sich hier richtigerweise an dem objektivierbaren Maßstab des Verkehrswertes und setzt diesen als widerlegbare Vermutung mit der vereinbarten Vergütung gleich.⁶⁴ Die Bestimmung des Istwertes der Leistung ist hingegen deutlich schwieriger, da es regelmäßig keinen Verkehrswert für mangelhafte Leistungen geben kann. Behelfsmäßig kann der in der Regel anzusetzende Minderungsbetrag hierbei über die zur Mangelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen ermittelt werden. Dieser darf jedoch das Maß der Beeinträchtigung des Bestellers nicht überschreiten.⁶⁵ Wird der Verkehrswert des Werkes an der Wertschätzung des (verständigen) Bestellers festgemacht, so ergibt sich zwischen einem Verkehrswert von Null (Punkt B) und der Soll-Beschaffenheit eine erfolgsabhängige Zahlung durch den Minderungsproporz (rote Linie). Die Minderung ist damit zwar grundsätzlich in ihrer Anreizwirkung schwächer als dies im optimalen Vertrag effizient wäre, der Sanktionsmechanismus wird jedoch stärker je mehr der Verkehrswert dem vereinbarten Werklohn und damit dem Marktpreis der Leistung entspricht.

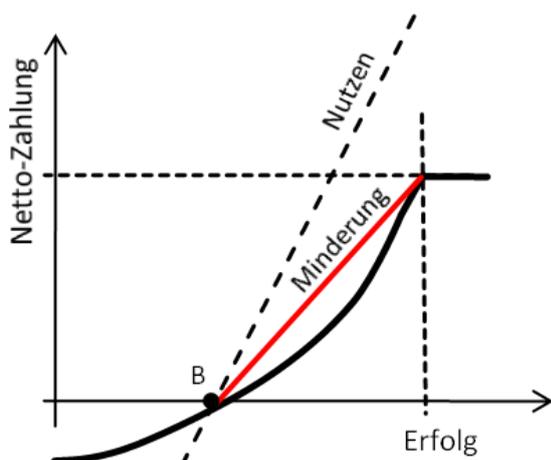


Abbildung 6: Minderung nach dem Verkehrswert

Eine an den Beseitigungskosten orientierte Minderung entspricht hingegen in der Regel der Wirkung des § 637 BGB, da auch hier die Entgeltreduzierung analog determiniert

⁶⁴ Zur Problematik der Sollwertbestimmung vgl. BeckOK/ Voit, §638 Rn.6; Palandt/Sprau, §638 Rn.4 sowie MüKo §638, Rn.9; Staudinger/Peters §634 Rn. 61.

⁶⁵ Vgl. MüKo/Busche, §638 Rn.11; Palant/Sprau, §638 Rn.4; BeckOK/Voit, §638 Rn.7f.

wird. Auch wenn beide Berechnungsarten einen suboptimalen Sanktionsmechanismus erzeugen, so erscheint üblicherweise eine Minderung anhand der Beseitigungskosten für geringe Mängel bzw. eine Abstellung auf den Verkehrswert für moderate Mängel eine gewisse Annäherung an den optimalen Vertrag zu erlauben.⁶⁶ Es ist anzumerken, dass eine Minderung bei geringen Mängeln jedoch aufgrund der Voraussetzung des § 638 BGB ausscheiden kann, wenn der Mangel insgesamt unerheblich ist.

ee) Bewertung

Insgesamt ist festzustellen, dass die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche im Vergleich zur optimalen vertragstheoretischen Lösung primär eine Versicherung des Bestellers vor Leistungsstörungen bewirken und der Vertrag in seinem hauptsächlichen Bestand möglichst gewahrt bleiben soll. Dies betont das distributive Element des Vertrages. Verhaltensanreize zur Schadensvermeidung treten bei den einzelnen Rechtsbehelfen hinter das Bestandsinteresse zurück und sind nur in Teilbereichen ausgeprägt. Da jedoch das Gewährleistungsrecht im Werkvertrag ein Stufensystem darstellt, welches die einzelnen Ansprüche und Gestaltungsrechte unter ansteigenden Voraussetzungen implementiert, ist eine vollständige und optimale Verhaltenssteuerung über einzelne Rechtsbehelfe nicht erforderlich. In der Gesamtbetrachtung ist hingegen in der Ausgestaltung der Rechtsbehelfe eine gewisse Parallelität zur vertragstheoretischen Lösung zumindest erkennbar (s. Abbildung 7).

⁶⁶ Die Rechtsfigur des kleinen Schadensersatzes ist, wenn die zusätzlichen Voraussetzungen des § 636 BGB vorliegen, in der Wirkung der Minderung tatsächlich sehr ähnlich: Der Ersatz des Schadens ist so bemessen, dass der Besteller gleichgestellt wird mit dem Zustand, bei dem der Unternehmer ein mangelfreies Werk geliefert hätte. Durch den kleinen Schadensersatz wird der Wertunterschied zwischen Soll- und Ist-Beschaffenheit kompensiert.

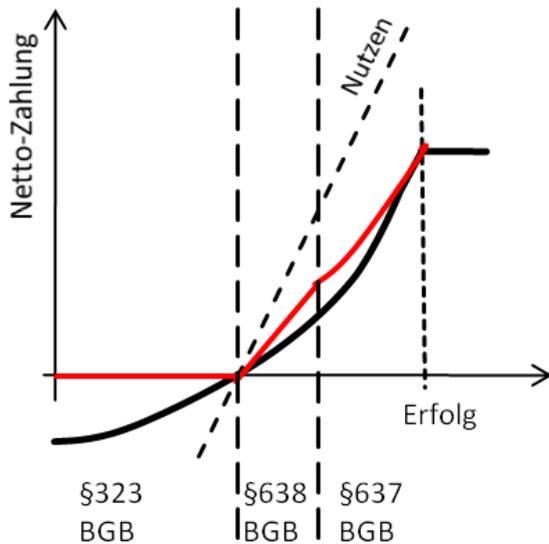


Abbildung 7: Zusammenwirken der Gewährleistungsrechte

Unter der Annahme, dass ein verständiger Besteller seine Gewährleistungsrechte rational einsetzt, wäre im Falle einer geringfügigen Schlechtleistung über die Selbstvornahme bzw. bei moderater Schlechtleistung über die Minderung ein leistungsabhängiger Vertrag zu implementieren. Bei einer erheblichen Schlechtleistung kann dieser Vertrag über die Rechtsfigur des Rücktritts, ggf. signifikant verstärkt durch Schadensersatzforderungen, komplettiert werden. Damit haben die grundlegenden Betrachtungen zur Vertragsteilnahme und zur Anreizverträglichkeit, welche in der theoretischen Analyse erarbeitet wurden, im Gewährleistungsrecht durchaus Beachtung gefunden. Ein gewisser Vorrang des Bestandsinteresses gegenüber der optimalen Anreizsetzung ist jedoch evident. In der Rechtspraxis mag diese Tendenz trotz der vertraglichen Effizienzverluste angesichts von Bewertungsunsicherheiten der Gerichte über die realen Vertragsgrößen insofern folgerichtig erscheinen, als das eine optimale Anreiz-Setzung zu Lasten der Teilnahmebedingung von Transaktionen insgesamt abgeschreckt hätte. Diese praxisorientierte Lösung ist jedoch durch ein Defizit dieses vollständigen Vertrages erkaufte: Eine geringfügige Schlechtleistung kann mit keinem Rechtsinstitut sicher unterdrückt werden, da der Unternehmer hier ihm lästige Tätigkeiten einspart und gleichzeitig die unvollkommene Sanktionierbarkeit durch die Gerichte ausnutzt. Löst man sich von der Annahme perfekten Wettbewerbs, so sind diese Anreiz-Probleme immanent und damit die Gefahr des Opportunismus im Werkvertragsrecht ernst zu nehmen.

c) Anreiz-Setzung durch Druckzuschlag

Die mangelnde Anreiz-Wirkung auf Unternehmer, geringfügige und somit häufig als lästig empfundene Mängel dennoch abzustellen, wurde von den Gerichten durchaus erkannt. Da der Unternehmer seinerseits hier regelmäßig Erfüllung behauptete und die Vergütung forderte, bestand die Gefahr eines systematischen Leerlaufens der Gewährleistungsansprüche und damit eines immanenten Verfehlens des Vertragszwecks. Als Abhilfe entwickelte die Rechtsprechung die Rechtsfigur des Druckzuschlags, um so den Unternehmer zur endgültigen Schadensbeseitigung zu zwingen.⁶⁷

Der Druckzuschlag wird dabei so bemessen, dass ein ausreichender Verhaltensanreiz gesetzt werde. Nach h.M. ist dieser daher grundsätzlich in Relation zu den objektiven Mangelbeseitigungskosten zu setzen, keineswegs ist auf die Selbstkosten des Unternehmers abzustellen.⁶⁸ Die st. Rspr. hat hierzu regelmäßig das zwei- bis dreifache des eigentlichen Kostenaufwands als ausreichende Anreiz-Wirkung angenommen. Ausgehend von einer Einzelfallbewertung wurde insbesondere bei marginalen, dem Unternehmer lästigen Mängeln teilweise ein deutlich höherer Druckzuschlag für erforderlich gehalten.⁶⁹

Die durch die Rechtsprechung entwickelte Rechtsfigur des Druckzuschlags ist grundsätzlich geeignet, eine ausreichende vertragstheoretische Anreiz-Verträglichkeit auch für marginale Mängel angesichts verhältnismäßig hoher Beseitigungskosten zu erreichen. Die richterliche Daumenregel knüpft dabei zunächst sinnvollerweise an die objektiven, für alle Beteiligten transparenten Kosten einer Schadensbeseitigung am Markt

⁶⁷ Nach h.M. steht dem Besteller bei mangelhaftem Werk trotz Abnahme ein teilweises Leistungsverweigerungsrecht aus §320 BGB zu. Dies bewirkt eine Verurteilung zur Leistung Zug-um-Zug. Zweck dieses Verweigerungsrechtes ist hier nicht die Versicherung des Bestellers, sondern unmittelbar die Druckausübung auf den Unternehmer. Vgl. zur Rechtsprechung zum sog. Druckzuschlag s. BGH NJW 1958, 706; BGH NJW 1970, 2019; BGH NJW 1973, 1792; BGH NJW 1982, 2494 sowie allgemein Korinthenberg (Fn.44), 182; BeckOK/Voit, §641, Rn.27f.; MüKo/Busche §641 Rn.31; Palandt/Sprau §641, Rn.10-12.

⁶⁸ Die Anknüpfung an die marktbezogenen Beseitigungskosten ist auch aus ökonomischer Sicht praktikabel: Zunächst ist die Information relativ einfach verfügbar und unabhängig von Behauptungen des Unternehmers. Weiterhin ist zur Bemessung der Rechtsunsicherheit dann nur der Fehler 2. Art relevant und muss geschätzt werden.

⁶⁹ Vgl. MüKo/Busche, §641 Rn.35ff.; BeckOK/Voit, §641 Rn.28; Palandt/Sprau §641, Rn.12; Zur richterlichen Daumenregel bei der Bemessung des Druckzuschlages vgl. exemplarisch BGH NJW 81, 1981; BGH NJW 84, 725; BGH NJW 1992, 1632. Im Einzelfall wurde ein Druckzuschlag bis zum 21-fachen der Kosten zuerkannt, s. LG Oldenburg NJW-RR 96, 817.

an. Die richterliche Forderung nach einer ausreichenden Druckausübung bemisst sich damit an der Überwindung des moralischen Risikos, d.h. des bisherigen verdeckten Verhaltensspielraums des schlechtleistenden Unternehmers. Da dieser erst aus der Unsicherheit des Rechtsverkehrs, bzw. der nicht perfekt durchsetzbaren Rechte des Bestellers resultierte, muss sich der Druckzuschlag auch an der Validität der Rechtsprechung orientieren. Durch die stetige Entwicklung der Rechtsregel zur st.Rspr. und damit verbundenen gerichtlichen Lernprozesse ist anzunehmen, dass dies insoweit auch gelingen kann.⁷⁰ Die allgemeine vertragstheoretische Notwendigkeit dieser richterlichen Rechtsregel zur Wahrung eines wirksamen Anreiz-Mechanismus im Werkvertrag ist unbestreitbar.⁷¹

Der Gesetzgeber hat diese richterliche Rechtsfigur im Rahmen des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen bestätigt und in § 641 III BGB kodifiziert. Im Rahmen des Forderungssicherungsgesetzes (FoSiG) 2008 wurde die regelmäßige Bemessung auf das Doppelte der Beseitigungskosten reduziert.⁷² Diese Entwicklung ist ein deutlicher Beleg für eine Vorreiterrolle der Rechtsprechung im Bereich der Rechtsentwicklung. Sie offenbart ebenfalls die durch Feedback gewonnene gerichtliche Erkenntnis, dass Anreiz-Probleme im Werkvertrag systematisch bestanden und eine Lösung erforderten.

2. Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers

a) Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses

Das Rechtsinstitut des Arbeitsvertrages verpflichtet einen Arbeitnehmer zur Leistung unselbständiger Arbeit für einen Dritten gegen Entgelt. Wesentliches Merkmal ist zum Einen die Leistungserbringung des Schuldners in einem fremdbestimmten

⁷⁰ Diese gerichtlichen Lernprozesse werden jedoch gestört, wenn Parteien trotz vorhandener Anreiz-Probleme auf eine Klage ex post verzichten.

⁷¹ Die Bemessung der Daumenregel lässt einige vage Rückschlüsse auf die reale Validität der Rechtsprechung zu: Ein zweifacher Kostenzuschlag nach diesem Modell wäre effizient, wenn die Rechtsprechung mit 50 v.H. einen Fehler 2. Art begeht, d.h. aufgrund des geringen Mangels das Werk fälschlich für mangelfrei erklärt bzw. den Mangel als unbeachtlich einstuft. Dieser Wert ist im Werkvertragsrecht aber vmtl. deutlich zu hoch. Es steht zu erwarten, dass die Rechtsprechung in diesem Faktor richtigerweise zu einem erheblichen Teil auch das Verhältnis der Beseitigungskosten zu den (im Modell so nicht erfassten) zusätzlichen Kosten der zweiten Andienung (erneute Anfahrt, weiterer Verdienstausschlag etc.) berücksichtigt. Unter Erfassung dieser Zusatzkosten wäre jedoch eine Regressionsanalyse zur Bestimmung der richterlichen Validität vielversprechend.

⁷² Vgl. den Gesetzentwurf BT 14/1246 sowie Entwurf und Beschluss des FoSiG, BT 16/511; BT 616/08.

Organisationsbereich, üblicherweise im Betrieb des Arbeitgebers.⁷³ Hieraus folgt, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich nur verpflichtet ist, seine Arbeitskraft vertragsgerecht dem Gläubiger zur Verfügung zu stellen.⁷⁴ Der produktive Einsatz dieser bezogenen Arbeitsleistung ist dann Sache des Arbeitgebers, denn allein dieser besitzt die hierzu notwendige betriebliche Organisationsmacht.⁷⁵ Da der Arbeitnehmer damit keinen bestimmten Erfolg schuldet, kennt der Arbeitsvertrag auch kein Gewährleistungsrecht, etwa für Minderleistungen.⁷⁶ Zum Anderen besteht im Arbeitsvertrag i.d.R. eine strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers, welche insbesondere aus seiner finanziellen Abhängigkeit vom Lohneinkommen folgt.⁷⁷ Als Dauerschuldverhältnis ist der Arbeitsvertrag zudem unvollständiger Vertrag *par excellence*.⁷⁸

Die praktische Relevanz inhaltsoffener Arbeitsverträge im Rechtsverkehr, welche erst durch das Weisungsrecht des Arbeitgebers *ex post* konkretisiert werden, scheint der erfolgsbezogenen, *ex ante* Spezifizierung des Vertrages im ökonomischen Modell nicht zu entsprechen. Um die Steuerungswirkung eines derartigen Vertrages dennoch untersuchen zu können, ist auf nicht-inhaltsoffene Merkmale abzustellen, welche mit der Primärleistungspflicht typischerweise verbunden sind, ohne jedoch allein den intendierten, produktiven Leistungserfolg zu begründen. So kann eine Spezifizierung im

⁷³ Im Mittelpunkt der Betrachtung steht die Arbeitsleistung. Daher ist der Schuldner allein der Arbeitnehmer, der Gläubiger der Arbeitgeber.

⁷⁴ Die Rechtsprechung des BAG hat die Leistungspflicht des Arbeitnehmers definiert als die angemessene Anspannung seiner körperlichen und geistigen Kräfte, vgl. BAG NJW 1971, 111; BAG NZA 2008, 693. Normalleistungen der Person, nicht Spitzenleistungen sind gefordert. Dies impliziert einen subjektiven Leistungsmaßstab. Vgl. MüKo §611 Rn.19-21; ErfK/Preis §611 Rn.643ff.; HWK/Thüsing, §611 Rn.299.

⁷⁵ Im Gegensatz zum Werkvertrag schuldet der Arbeitnehmer keinen Erfolg, sondern nach h.M. lediglich seine Arbeitszeit. Vgl. MüHzA/Reichold, §36 Rn.2-5; ErfK/Preis, §611 Rn.3f.; MüKo/Müller-Glöge §611 Rn.154-157.

⁷⁶ Vgl. ErfK/Preis, §611 Rn.645,682-684; BeckOK/Fuchs, §611, Rn.87ff.; MüHzA/Reichold §36, Rn.43f.; BAG NZA 2007, 1015; HWK/Thüsing, Vorb §611, Rn.8.

⁷⁷ Die Vertragsfreiheit wird daher durch das arbeitsrechtliche Arbeitnehmerschutzprinzip beschränkt. Vgl. exemplarisch MüHzA/Richardi §3 Rn.30ff.; ErfK/Preis §611 Rn.7.; Von ökonomischer Relevanz ist hier zum einen üblicherweise die erhebliche finanzielle Ungleichheit der Vertragsparteien und damit die unterschiedliche Fähigkeit, finanzielle Lasten und Risiken zu tragen. Zum anderen entfaltet die Arbeitsleistung lediglich einen produktiven Wert innerhalb des Organisationsbereiches des Arbeitgebers, so dass der Arbeitnehmer *de facto* zu einer irreversiblen, verwendungsspezifischen Investition verpflichtet ist. Die rechtswissenschaftliche Vermutung einer Paritätsstörung entspricht i.W. auch dem ökonomischen Befund und rechtfertigt daher grundsätzlich Eingriffe der Rechtsordnung, vgl. Eidenmüller (Fn.9), 65ff.; Schäfer/Ott (Fn.3), 91ff.; Wagner/Jahn, Neue Arbeitsmarkttheorien, 2004, 97-100; Janson (Fn.19), 211-219.

⁷⁸ Aus dieser zeitlichen Komponente und der damit verbundenen unvollkommenen Voraussicht des Arbeitgebers resultiert eine erhebliche Offenheit des Vertragsinhaltes, welches insbesondere die Beschreibung der Leistungspflicht des Arbeitnehmers betrifft. Der Arbeitsvertrag wird daher z.T. als inhaltsleerer Vertrag bezeichnet, s. auch MüKo/Müller-Glöge §611 Rn.17f.; MüHzA/Reichold, §36 Rn.4-5; HWK/Thüsing, Vor §611, Rn.8, §611, Rn.286-295.

Widerspruch zur Rechtspraxis vermieden werden. Typischerweise kommen hier Neben- und Verhaltenspflichten in Betracht, welche im engen Zusammenhang zur Durchführung des Schuldverhältnisses stehen.

Zur Analyse des Haftungsprivilegs des Arbeitnehmers ist auf die *vertragliche* Pflicht des Arbeitnehmers abzustellen, durch sein Verhalten die Rechtsgüter des Arbeitgebers, die Betriebsmittel, nicht zu schädigen.⁷⁹ Daher wird im Folgenden der Leistungsbegriff auf die arbeitnehmerseitige Sorgfalt (negativ: Schadensvermeidung) bei der Arbeitsleistung, verengt: Der Arbeitnehmer (Agent) kann seine Arbeitsleistung mit unterschiedlicher Sorgfalt erbringen. Seine privaten Kosten entstehen durch die fixen Lebenshaltungskosten sowie durch variable Kosten seines Sorgfaltsniveaus, resultierend aus stärkerer körperlicher und geistiger Anspannung seiner Fähigkeiten.⁸⁰ Für den Arbeitgeber (Prinzipal) entspricht der Wert der Arbeitsleistung hier dem Wert vermiedener Schäden. Die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadens sei dabei von der Sorgfalt des Arbeitnehmers beeinflussbar. Beide Parteien vereinbaren im Arbeitsvertrag eine feste Lohnzahlung.

b) Haftungsprivilegierung aus vertragstheoretischer Sicht⁸¹

Eine vertragliche Verhaltenssteuerung des Arbeitnehmers entsteht nur, wenn dieser im Schadensfall eine Belastung durch Haftungsansprüche erwarten muss und er die Eintrittswahrscheinlichkeit des Schadens ex ante durch sorgfältige Arbeitsleistung beeinflussen kann.⁸² Diese Wirkung ist im Vertrag grundsätzlich angelegt, denn eine Ersatzpflicht liegt nur bei schuldhafter Handlung vor (Verschuldenshaftung).

⁷⁹ Pflicht zur Schadensabwendung als Nebenpflicht, vgl. ErfK/Preis §611 Rn.744.

⁸⁰ Zum Leistungsmaßstab s. MüKo/Müller-Glöge §611 Rn.19ff; BAG NZA 2008, 693.

⁸¹ Die allgemeine ökonomische Rationalität einer Privilegierung der Arbeitnehmerhaftung wurde bereits von Janson (Fn.19); Sandmann, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, 2001; Sadowski/Schneider (Fn.7) gezeigt. Es wird sich im Folgenden daher auf die vertragstheoretische Anwendung beschränkt.

⁸² Diese Wirkung auf das Verhalten ergibt sich erneut aus der Rationalität des Arbeitnehmers. Diese ist unabhängig davon, ob eine derartige Verhaltenssteuerung im Recht intendiert ist: Als wichtigste Funktion des Schadensrechts gilt der Ausgleich des Geschädigten für den erlittenen Schaden. Vgl. MüKo/Emmerich, §280, Rn.7; MüKo/Wagner, Vor §823, Rn.38f., 40-41. Aus ökonomischer Sichtweise ist hingegen die Präventionsfunktion bedeutender, denn allein hier wird eine Wirkung auf allokativen Entscheidungen erzielt und kann die Wohlfahrt der Gesellschaft insgesamt beeinflusst werden. Taupitz bezeichnet dies als den Sprengstoff ökonomischer Rechtsanalyse, vgl. Taupitz (Fn.7), 138ff. sowie zur Präventionsfunktion Wagner (Fn.6), 422ff; MüKo/Wagner, Vor §823 Rn.41.

Diese vertraglichen Verhaltensanreize sind genau dann als effizient zu charakterisieren, wenn sie eine Minimierung aller durch das Vertragsergebnis erzeugten Schadenskosten bewirken. Hierbei ist die Unterscheidung in drei Kostenarten nach CALABRESI weithin üblich:⁸³ Kosten aller durch den Schaden vernichteten Werte (primäre Kosten), Folgekosten durch ungünstige Risikostreuung (sekundäre Kosten) sowie Kosten aus Rechtsunsicherheit bzw. Schadensregulierung (tertiäre Kosten). Weiterhin sind die Kosten der Schadensvermeidung hierzu in Relation zu setzen, denn eine Schadensminimierung um jeden Preis kann nicht effizient bzw. sozial wünschenswert sein. Aus ökonomischer Sicht ist es intuitiv, dass daher ein effizientes Schadensniveau bzw. ein optimaler Grad der Sorgfalt (der Fahrlässigkeit) bei jeder Tätigkeit existieren muss. Bei der vertraglichen Verschuldenshaftung ist dieses Niveau erreicht, wenn die marginalen Vermeidungskosten genau dem Nutzen aus zusätzlich vermiedenen Schäden entsprechen (*Learned Hand-Kriterium*).⁸⁴

Es gilt zu untersuchen, inwieweit der Arbeitsvertrag unter Abstützung auf die geltende Rechtslage diese effiziente Anreiz-Wirkung sicherstellen kann. Das Prinzip der Totalreparation des BGB wurde dabei von der Rechtsprechung frühzeitig durchbrochen, da das erhebliche Haftungsrisiko des Arbeitnehmers als unbillig empfunden wurde.⁸⁵ Insbesondere der Gedanke einer interessengerechten Verteilung des Betriebsrisikos führte zu der Überzeugung (heute h.M), dass der Unternehmer als Inhaber der Organisationsmacht sich ein Mitverschulden i.S.d. § 254 BGB zurechnen lassen muss.⁸⁶ Unter den Voraussetzungen des Haftungsprivilegs hat die Rechtsprechung eine Dreiteilung (Haftungstrias) beim Grad des Verschuldens vorgenommen: Im Grundsatz gilt

⁸³ Vgl. Calabresi, *The Costs of Accidents*, 1977. Umfassend im deutschen Sprachraum Schäfer/Ott (Fn.3), 121-153. Eine Würdigung dieses Vorgehens bei Taupitz (Fn.7), 137-46.

⁸⁴ Das Learned Hand-Kriterium wird zur Bestimmung des optimalen Fahrlässigkeitsmaßstabes herangezogen. Es entspricht der Wertung des §276 II BGB nach einer im Verkehr erforderlichen, angemessenen Sorgfalt. Hierzu ausführlich Schäfer/Ott (Fn.3), 157-69.

⁸⁵ Zur Rechtshistorie der Arbeitnehmerhaftung vgl. Sandmann (Fn.81), 4ff.; Sadowksi/Schneider (Fn.7), 112; MüKo/Henssler, §619a, Rn.5-9; BeckOK/Fuchs, §611 Rn.93f.; ErfK/Preis, §619a Rn.9f.; MüHZA/Reichold, §51 Rn.19,27f.;HWK/Krause, §619a Rn.11-19; Grundsatzentscheidungen hierzu s. BAG v. 3.11.1970; BAG NZA 1994, 1083 sowie die Zustimmung des BGH zur Rechtsauffassung des BAG, vgl. BGH NZA 1994, 270.

⁸⁶ Die Betriebsrisikolehre verortet betriebliche Störungen in der Risikosphäre des Arbeitgebers, so dass er als Rechtsfolge auch die Lohngefahr zu tragen habe. Dies wird darin begründet, dass der Arbeitgeber durch seine Entscheidungs- und Organisationsmacht das Risiko am besten beherrschen oder abwenden kann. Vgl. Luke NZA 2004, 244; Reichold ZfA 2006, 223; Nitsche, *Die Betriebsrisikolehre*, 1976 sowie Kalb, *Rechtsgrundlage und Reichweite der Betriebsrisikolehre*, 1977.

dann, dass bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit keine Haftungsbeschränkung, bei mittlerer Fahrlässigkeit eine Haftungsquotelung sowie bei leichtester Fahrlässigkeit keine Haftung des Arbeitnehmers erfolgen soll.⁸⁷ In Ausnahmefällen kann auch eine grobe Fahrlässigkeit noch eine Haftungsbeschränkung begründen.⁸⁸

Ausgehend von der Rationalität der Vertragsparteien wird diese Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers in das individuelle Vertragskalkül einbezogen: Der Arbeitgeber weiß, dass durch diese teilweise Haftungsbeschränkung er nun regelmäßig anteilig für innerbetriebliche Schäden aufkommen muss. Er kennt das Betriebsrisiko und Gefahrenpotential seiner Produktionsprozesse und verfügt durch seine Organisationsmacht über adäquate Mittel, dieses Risiko abzusenken. Bereits im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Rechnung wird er damit selbst Schadensvermeidungsaufwand betreiben wollen.⁸⁹ Gleichzeitig weiß er auch, dass seine privaten Schadensrisiken zudem maßgeblich von der Sorgfalt und Aufmerksamkeit seiner Belegschaft bestimmt werden. Da er regelmäßig Teile des Schadens tragen muss, wird der Unternehmer sein Gewinnpotential unter Berücksichtigung der eigenen und der fremden Möglichkeiten zur Schadensvermeidung maximal ausschöpfen wollen. Diesem Kalkül folgt im theoretischen Idealfall die Gestaltung des Arbeitsvertrages und steuert über Anreize implizit das Sorgfaltsniveau des Arbeitnehmers: Abbildung 8 zeigt damit die bekannte Gestalt des optimalen Vertrages (dicke schwarze Linie) sowie die Rechtsfigur des Haftungsprivilegs (rote Linien). Die richterrechtlichen Fahrlässigkeitsstufen sind hier in Bezug zur Sorgfalt schematisch abgetragen. Aus vertragstheoretischer Betrachtung ergibt sich damit folgende Bewertung:

⁸⁷ Die Rechtspr. fordert jedoch eine umfassende Abwägung des Einzelfalls: Als wichtige Kriterien gelten das allgemeine Betriebsrisiko, subjektive Vorwerfbarkeit der Handlung, die Schadensgeneigntheit der Tätigkeit, das Lohn Einkommen des Arbeitnehmers sowie die Versicherbarkeit des Risikos. Vgl. MüKo/Henssler §619a Rn.37.

⁸⁸ Bei großen Schadenssummen nimmt die Rechtsprechung regelmäßig eine Realisierung des Betriebsrisikos des Unternehmers an und begrenzt daher die Haftung. Vgl. ErfK/Preis §619a, Rn.18; MüKo/Henssler §619a, Rn.36.

⁸⁹ Dies gilt insbesondere, da Prävention als Kollektivgut zu betrachten ist und der Arbeitgeber durch eigene Schadensvermeidung den Wert aller Arbeitsleistungen gleichzeitig erhöhen kann.

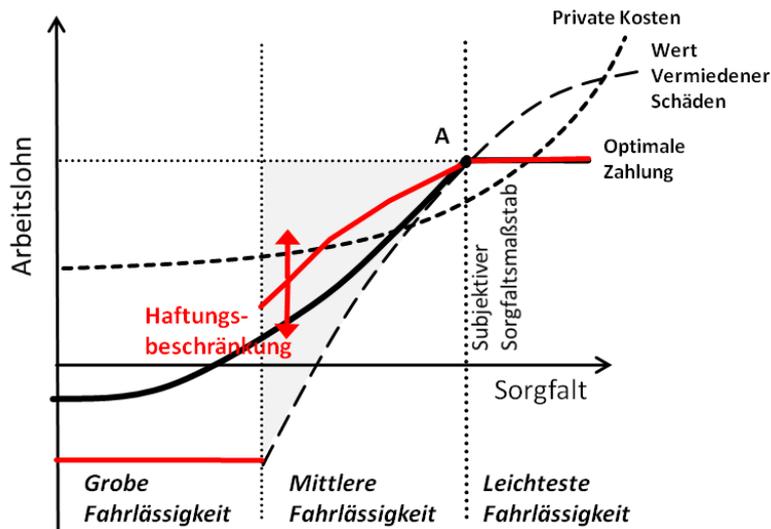


Abbildung 8: optimale Sorgfalt und Schadensrisiko im Arbeitsvertrag

Grundsätzlich ist zunächst der Arbeitnehmer am kostengünstigsten in der Lage, Schäden zu vermeiden (*cheapest cost avoider*), da er selbst die Tätigkeiten durchführt und seine körperliche und geistige Anspannung das Schadensrisiko z.T. erheblich beeinflussen. Intuitiv gilt dies besonders im Bereich niedriger Sorgfalt, denn hier reduziert zusätzliche Anstrengung sehr schnell das Schadensrisiko. Mit ansteigender Sorgfalt flacht dieser Einfluss der Sorgfalt deutlich ab, d.h. es beginnt das Betriebsrisiko als Schadensursache die Fahrlässigkeit des Einzelnen zu verdrängen. Die untere gestrichelte Kurve zeigt diesen Wert vermiedener Schäden, welcher erst steil ansteigt und dann nach rechts zunehmend abflacht. Gleichzeitig steigen mit zunehmender Anspannung des Arbeitnehmers seine privaten Kosten (obere gestrichelte Kurve). Der Arbeitgeber wird daher ein gewisses Maß an körperlicher und geistiger Anspannung von seinen Angestellten einfordern wollen und entsprechende Entlohnung bieten.⁹⁰ Mangels Einfluss auf die Betriebsorganisation kann der Arbeitnehmer das Schadensrisiko aber nur begrenzt durch sein Verhalten beeinflussen, so dass ab einem gewissen Punkt eine zu entlohnende Anstrengung erforderlich wäre, welche außer Relation zur erzielten Absenkung des Schadensrisikos stünde (rechts von Punkt A). Da der Arbeitgeber seinem Angestellten auch hierfür eine Entlohnung in Aussicht stellen müsste, um ihn zum Abschluss des Vertrages zu bewegen,

⁹⁰ Die dargelegten Überlegungen zu Anreiz-Verträglichkeit und Vertragsteilnahme begrenzen dabei in Abhängigkeit zur Validität der Rechtsprechung die mögliche Entgeltgestaltung und wirken für den Unternehmer wie ein Aufschlag auf die Vermeidungskosten.

wird er ein derartiges Sorgfaltsniveau ex ante nicht einfordern wollen. Faktisch ist es für den Unternehmer nun günstiger, selbst als flankierende Maßnahme Vermeidungsaufwand zu betreiben um das Risiko zu beherrschen.⁹¹ Der Punkt, ab welchem der Unternehmer selbst zum *cheapest cost avoider* wird, kennzeichnet die gewinnmaximale Sorgfalt der Arbeitsleistung bzw. den subjektiven Sorgfaltsmaßstab im Vertrag (A). Die Rechtsprechung des BAG hat dieser Bewertung mit der Haftungsfreistellung bei leichtester Fahrlässigkeit entsprochen.⁹²

Aus vertragstheoretischer Sicht erfüllt die Haftungsfreistellung bei leichtester Fahrlässigkeit noch eine weitere Funktion: Sie schützt den Arbeitnehmer vor unverhältnismäßig hohen Sorgfaltsansprüchen des Arbeitgebers, denn dieser hat bei bereits eingetretenem Schaden im Nachhinein immer den Anreiz zu behaupten, der Arbeitnehmer habe doch fahrlässig gehandelt. Durch diese Versicherungswirkung der Haftungsfreistellung vor arbeitgeberseitigem Opportunismus wird damit der Teilnahmebedingung des Vertrages entsprochen und die ex ante-Erwartung in das Vertragsergebnis stabilisiert. Ohne die Haftungsfreistellung würde der rationale Arbeitnehmer hingegen seine Sorgfalt auf ein ineffizient hohes Niveau anheben wollen, um auf diesem Weg das Opportunismus-Risiko zu beherrschen. Eine derartige Sorgfalt würde die Produktionsprozesse jedoch mehr belasten als volkswirtschaftlichen Nutzen generieren. Aus der Teilnahmebedingung folgt zudem, dass der optimale Lohnsatz steigen wird, wenn das Risiko fehlerhafter Gerichtsentscheidungen und damit die Gefahr unberechtigter Haftungsansprüche gegen den Arbeitnehmer zunehmen. Damit beeinflusst aber die

⁹¹ Nach Krause und Koller wäre dies bei gleich starken Verhandlungspartnern ohnehin der Fall gewesen, da sich der Arbeitnehmer jeden Vermeidungsaufwand vergüten ließe. Erst die Imparität im Vertragsverhältnis macht es erforderlich, den Arbeitgeber über das Betriebsrisiko selbst zur Schadensvermeidung zu veranlassen. Vgl. Krause NZA 2003, 577, 580 sowie Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverhältnissen, 1979, 405ff.

⁹² Die Sorgfalt des Arbeitnehmers wird hier auf ein Maß gesetzt, welches die Vermeidungskosten und die erwarteten Schadenskosten minimiert (Learned Hand). Vgl. Janson (Fn.19), 240f.; Schäfer/Ott (Fn.3), 158-162. Eine darüber hinausgehende Sorgfalt wird von rationalen Parteien bei Vertragsschluss nicht angestrebt, so dass ein höherer Sorgfaltsmaßstab auch in der Rechtsanwendung nicht zu rechtfertigen wäre. Dieser Logik ist das BAG weitgehend gefolgt: Kann der Arbeitnehmer bei angemessener Anspannung seiner Kräfte [...] den Schaden nicht vermeiden, hat er seine vertraglichen Pflichten erfüllt und eine objektive Pflichtverletzung scheidet aus, vgl. BAG vom 17.9.98, AP §611 Mankohaftung Nr.2.

Tätigkeit der Gerichte, d.h. die Validität ihrer Rechtsprechung, letztlich die vertraglich erreichbare Sorgfalt insgesamt.⁹³

Schwieriger ist die Beurteilung der Anreiz-Wirkung durch die Haftungsstufe der mittleren Fahrlässigkeit, denn hier ist nach h.M. eine Abwägung der Gesamtumstände nach Zumutbarkeits- und Billigkeitserwägungen vorzunehmen.⁹⁴ SANDMANN, JANSON sowie SCHNEIDER und SADOWSKI zeigten bereits überzeugend, dass diese Form der Haftungsteilung für Arbeitnehmer und Arbeitgeber effiziente Anreize zur Schadensprävention setzen kann.⁹⁵ Aus vertragstheoretischer Sicht wird man hier nur teilweise zustimmen können: Die quotale Haftungsteilung bei mittlerer Fahrlässigkeit erzeugt zunächst einen erheblichen Ermessensspielraum der Gerichte (grau hinterlegte Fläche), bei welchem der effiziente Anreizmechanismus nur nahezu zufällig erreicht wird. Gerade bei kleinen Verletzungen des subjektiven Sorgfaltsmaßstabs wird eine Ermessensentscheidung nur dann einen ausreichenden Anreiz erzeugen, wenn eine nahezu völlige Haftung des Arbeitnehmers festgesetzt wird.⁹⁶ Das ist in einer auf Zumutbarkeitskriterien gestützten Rechtspraxis kaum zu erwarten. Zudem wird die schwierige Beweisbarkeit kleinerer Pflichtverletzungen hier dem Arbeitnehmer einen z.T. erheblichen Spielraum zu suboptimaler Sorgfalt eröffnen.⁹⁷ Dies ist insbesondere zu erwarten, wenn die Parteien zur Vereinfachung ex ante von hälftiger Haftung ausgehen. Im Bereich der mittleren Fahrlässigkeit besteht dann eine systematische Schwäche des Anreiz-Mechanismus über den richterlichen Haftungstrias.⁹⁸

⁹³ Insofern greift die Kritik von Sadowski am vertragstheoretischen Ansatz hier nicht mehr, vgl. Sadowski/Schneider (Fn.7), 121.

⁹⁴ Vgl. BeckOK/Fuchs §611 Rn.93f.; MüKo/Hennsler §619a Rn.37;ErfK/Preis §619a Rn.16; BAG AP §611 Haftung des Arbeitnehmers Nr.92.

⁹⁵ Vgl. Janson (Fn.19),238-246; Sadowski/Schneider (Fn.7), 121ff.; Sandmann (Fn.81), 72ff.

⁹⁶ Auch hier gilt: Effiziente Anreize müssen angesichts der Rechtsunsicherheit immer die marginalen Vermeidungskosten übersteigen, da ansonsten eine geringere Sorgfalt den Arbeitnehmer im Ergebnis besser stellt.

⁹⁷ Die Unterscheidung von mittlerer und leichtester Fahrlässigkeit erweist sich in der Rechtsanwendung als äußerst problematisch, vgl. Wohlgemuth DB (1991), 910, 911; Sadowski/Schneider (Fn.7), 120. Eine Anwendung des Learned Hand-Kriteriums ist insofern schwierig, da hierzu die Schadensvermeidungskosten sowie das ex ante Schadensrisiko vom Gericht bestimmt werden müssen. Im Gegensatz zum Werkvertrag kann hier aber nicht auf marktübliche Preise abgestellt werden.

⁹⁸ Dies erkennt Sandmann, wenn er darauf verweist, dass das Betriebsrisiko auch bei null liegen kann und somit dem Arbeitgeber nicht pauschal eine allein abstrakte Sachgefahr zugewiesen werden sollte. S. Sandmann (Fn.81), 71.

Diese Feststellung rechtfertigt aber noch keine Ablehnung der Haftungsregel aus ökonomischer Sicht. Zwar wird ein effizienter Anreiz regelmäßig nicht ausreichend gesetzt, obwohl der Arbeitnehmer im Bereich der mittleren Fahrlässigkeit noch *cheapest cost avoider* ist. Gleichwohl kann der Arbeitgeber derartige Risiken deutlich kostengünstiger versichern, denn er kann hier Größenvorteile ausschöpfen (*cheapest insurer*). Damit wird die Effizienz der Haftungsregel zu einer empirischen Frage: Überwiegt eine innerbetriebliche Schadenssteigerung durch unzureichende Anreizwirkung oder eine Absenkung des Kostenrisikos für den Arbeitgeber durch den Abschluss von Versicherungen?⁹⁹ Die Rechtsprechung beantwortet diese Frage zugunsten der Versicherbarkeit des Risikos und weist daher dem Arbeitgeber die Mehrbelastung aus unterlassener Versicherung des Schadens zu.¹⁰⁰

Im betrieblichen Alltag werden durch mittlere Fahrlässigkeit verursachte Vermögensschäden vom Arbeitgeber kaum wahrgenommen, solange Interesse am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses insgesamt besteht. Anreize zur Sorgfalt werden hier meist allein über erwartete Karrierefolgen oder geringe Betriebsbußen gesetzt. Die Unternehmen übernehmen damit freiwillig eine weitgehende Schirmfunktion für den Arbeitnehmer. Diese interne Versicherungslösung durch den *cheapest insurer* bewirkt damit auch, dass der Arbeitgeber einen Teil des Lohnentgeltes einsparen kann, welcher ansonsten als Risikoprämie zu leisten gewesen wäre (Teilnahme-Bedingung). Der Arbeitsvertrag erreicht aus dieser Perspektive eine weitgehend effiziente Risikoverteilung. Die betriebliche Praxis scheint damit der richterlichen Wertung zu entsprechen, dass Anreiz-Probleme bei geringen Sorgfaltsverletzungen im Vergleich zu betrieblichen Kosteneinsparungen aus der Versicherung des Risikos nicht ins Gewicht fallen.¹⁰¹

Nach st.Rechtspr. kommt eine Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers auch bei grober Fahrlässigkeit in Betracht, wenn das Schadensrisiko außer Verhältnis zur wirtschaftlichen

⁹⁹ Vgl. Schäfer/Ott (Fn.3), 411-2; Sadowski/Schneider (Fn.7), 115ff.; Sandmann (Fn.81), 61f. sowie MüKo/Hennsler §619a Rn.37.; ErfK/Preis §619a Rn.16 sowie MüHzA/Reichold §51 Rn.51.

¹⁰⁰ Vgl. BAG AP §611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 30, Nr. 92; BAG NZA 1988, 584.

¹⁰¹ Vgl. Sadowski/Schneider (Fn.7), 132-136; Wohlgemuth (Fn.97), 910.

Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers steht.¹⁰² Dies entspricht grundsätzlich dem vertragstheoretischen Ansatz, welcher ebenfalls in Abhängigkeit vom Lohn eine Begrenzung der maximalen Einkommenseinbuße vorsieht. Negative Anreiz-Wirkungen treten dabei nicht auf, solange die Lohneinbuße den privaten Vermeidungsaufwand deutlich übersteigt. Angesichts der Schadenshöhe und der vergleichbar geringen in Geld zu bewertenden Anstrengung des Arbeitnehmers wird dies regelmäßig zutreffen. Auch hier begründet die Versicherungsfunktion des Vertrages (Teilnahme-Bedingung), dass der Arbeitnehmer davor zu schützen ist, faktisch ohne Schuld der groben Fahrlässigkeit bezichtigt zu werden. Solange eine derartige richterliche Fehlentscheidung nicht absolut ausgeschlossen werden kann und eine Restunsicherheit verbleibt, fordert der vertragstheoretische Ansatz eine Haftungsbeschränkung. Ein vollständig rationaler Arbeitnehmer würde ansonsten den Arbeitsvertrag von Anfang an ablehnen. Dies mag in der Realität aufgrund wirtschaftlicher Zwänge oftmals keine echte Option sein, jedoch werden dann erneut starke Anreize zu einem völlig überhöhten, kostenintensiven Sorgfaltsniveau gesetzt. Das Argument der beschränkten wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers entspricht der Teilnahme-Bedingung: Wird dem finanziell überlegenen Unternehmer (*superior risk bearer*) ein Teil des Schadensrisikos weiterhin zugewiesen, so wird eine vorteilhafte Transaktion ermöglicht, indem dem Arbeitnehmer ex ante in Aussicht steht, gegen einen unverschuldeten Ruin versichert zu sein.

Diese Anwendung des Vertragsmodells auf den Arbeitsvertrag zeigt, dass durch die privilegierte Arbeitnehmerhaftung ein weitgehend effizientes Sorgfaltsniveau erreicht werden kann. Die Untersuchung unterscheidet sich dabei vor allem im methodischen Vorgehen von SANDMANN, JANSON sowie SCHNEIDER und SADOWSKI: Wurde bislang vor allem kostenbezogen argumentiert, so beurteilt der vertragstheoretische Ansatz hier explizit die Effizienz von Anreiz-Wirkungen. Insofern ist festzustellen, dass zwar auch hier die Vorteilhaftigkeit dieser Rechtsfigur im Vergleich zur Totalreparation außer Frage steht, jedoch besonders im Bereich der mittleren Fahrlässigkeit notwendige

¹⁰² Vgl. MüKo/Hennsler §619a Rn.36; ErfK/Preis §619a Rn.18 sowie BAG AP §611 Haftung des Arbeitnehmers Nr. 94, 97, 117.

Verhaltensanreize zur Schadensvermeidung nur schwach gesetzt werden. Die Folge sind stattdessen innerbetriebliche Strukturen und Anreiz-Systeme, die wirksam Abhilfe schaffen. Die bisherigen Untersuchungen konnten diesen Trend der betrieblichen Praxis nicht erklären.

c) **Rechtsunsicherheit und richterliche Validität**

Es wurde bereits gezeigt, dass effiziente Anreize zur Schadensvermeidung maßgeblich beeinflusst werden durch Fähigkeit der Arbeitsgerichte, den jeweiligen *subjektiven Sorgfaltsmaßstab* im Vertrag zutreffend zu bestimmen bzw. überhöhte Sorglosigkeit ausreichend zu sanktionieren. Diese faktische Abhängigkeit des Rechtsverkehrs von der Rechtsprechung muss besonders im Falle des Haftungsprivilegs gelten, da mangels gesetzlicher Konkretisierung hier die Parteien ihre Vertragsgestaltung weitgehend auf die kommunizierte Rechtsüberzeugung der Arbeitsgerichte abstützen müssen.¹⁰³ Auch wenn gezeigt wurde, dass der Haftungstrias grundsätzlich effiziente Anreize setzen kann, so ist für die abschließende Bewertung ebenfalls die Validität der Rechtsprechung zu analysieren.

Das herausragende Problem richterlicher Entscheidungen ist hier die Bestimmung des vertragsimmanenten subjektiven Sorgfaltsmaßstabes. Eine Abrede über diese vertragliche Pflicht besteht regelmäßig nicht, obwohl das Vertragsmodell dem Sorgfaltsniveau eine zentrale allokativen Funktion zuweist. Hat sich daher im Rechtsverkehr kein valider, transparenter Sorgfaltsmaßstab allgemein durchgesetzt, besteht die Gefahr, dass in diesem Punkt der Vertragszweck durch den Richter definiert wird. Die Abstellung der st.Rechtspr. auf einen subjektiven Sorgfaltsmaßstab entspricht zwar zunächst der Modellaussage, dass die Relation der spezifischen Schadensvermeidungskosten und –nutzen das bilaterale Verhandlungsergebnis definieren sollten.¹⁰⁴ Dies kann jedoch nicht

¹⁰³ Vgl. Picker (Fn.29), 362ff.; Rütters (Fn.6), 548-556; Iannone AuR 2008, 197, 197-203; ErfK/Preis, §611, Rn. 234; MüKo/Müller-Glöge §611 Rn.388ff.

¹⁰⁴ Der subjektive Sorgfaltsmaßstab kann die Erwartung des Rechtsverkehrs an einem ausrechenbaren Maßstab daher nicht per se enttäuschen, denn er ist notwendigerweise bereits Bestandteil des Gewinnstrebens des Arbeitgebers und liegt der Vertragsverhandlung immer zu Grunde. Erst aufgrund der Schwierigkeit, diesen ex post durch die Gerichte zu bestimmen und zu kommunizieren kann dieses Verkehrsbedürfnis enttäuscht werden. Sandmanns Argumentation entspricht dieser Überlegung, denn demnach begründe die subjektive

verhindern, dass das ökonomische Grenzkostenkalkül einer richterlichen Bemessung des Sorgfaltsniveaus hier wenig zugänglich sein wird: Sowohl die betriebspezifischen und technischen Eigenheiten als vor allem auch die reziproke Natur der Schadensverursachung bzw. des Vermeidungspotentials werden nicht umfassend vom Richter festzustellen sein.¹⁰⁵ Angesichts dieser Erkenntnis ist es zielführend, den notwendigen Informationsbedarf der Gerichte für valide Entscheidungen durch institutionelle Vorkehrungen zu senken. Zwar reduziert eine abgestufte Gefährdungshaftung des Arbeitgebers, d.h. die pauschale Risikozuweisung für das Betriebsrisiko, den Aufwand für den Richter, die jeweilig angewendete Sorgfalt beider Parteien genau zu ermitteln. Die Bemessung des subjektiven Sorgfaltsmaßstabs, d.h. die richterliche Festlegung der Grenze zwischen leichtester und mittlerer Fahrlässigkeit im Einzelfall, wird dadurch jedoch weder vermieden noch nennenswert erleichtert. Da dies jedoch letztlich die alloкатive Effizienz der Transaktionen ex-ante determiniert, erscheint es aus vertragstheoretischer Sicht verfrüht, die Privilegierte Arbeitnehmerhaftung als *zweitbeste Lösung* zu bezeichnen, ohne eine hohe Validität der Rechtsprechung nachgewiesen zu haben.¹⁰⁶

Evolutionäre Lernprozesse der Gerichte könnten diese Leistungsfähigkeit der Rechtsprechung langfristig sicherstellen, denn durch die häufige Verhandlung ähnlich gelagerter Regelungsprobleme können diese große Mengen zusätzlicher, auch fachfremder Informationen aufnehmen und verarbeiten. Eine derartige, kontinuierliche Rückkopplung zwischen Rechtsprechung und Rechtsverkehr kann die Qualität richterlicher Entscheidungen in einem iterativen Prozess erhöhen.¹⁰⁷ Die erhebliche Heterogenität der Arbeitsleistung, der dadurch zu verhandelnden Schadensfälle sowie die untergeordnete Bedeutung der Arbeitnehmerhaftung im Alltag der Arbeitsgerichte stehen

Haftungserwartung der Vertragsparteien bei Vertragsschluss den subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstab. Vgl. Sandmann (Fn.81), 25-28; MüHzA/Reichold §51, Rn.10.

¹⁰⁵ Zum Grenzkostenkalkül, auch Learned Hand-Kriterium vgl. Schäfer/Ott (Fn.3), 158ff.; Sadowski/Schneider (Fn.7), 119-121; Sandmann (Fn.81), 74f. sowie Taupitz (Fn.7), 120ff; 137ff.

¹⁰⁶ So Sadowski/Schneider (Fn.7), 120f.

¹⁰⁷ Im Zeitverlauf konnte diese kontinuierliche Rückkopplung die Qualität richterlicher Entscheidungen erhöhen bzw. die Varianz der Urteile deutlich absenken bis hin zur vollkommenen Rechtssicherheit der *stare decisis*.

diesem jedoch entgegen.¹⁰⁸ Auch der von der Rechtsprechung zur Bestimmung des Fahrlässigkeitsmaßstabes entwickelte Kriterienkatalog überzeugt als Indiz für erfolgreiche, iterative Lernprozesse nicht: Zwar sind Merkmale wie Gefahrneigung, Höhe des Arbeitsentgeltes oder die Versicherbarkeit des Risikos tatsächlich wesentlich zur Bestimmung eines effizienten Sorgfaltsniveaus und werden von den Parteien berücksichtigt. Jedoch sind Kriterien wie die Pflichterfüllung des Arbeitnehmers in der Vergangenheit, Lebensalter, Dauer der Betriebszugehörigkeit und persönliche Familienverhältnisse keineswegs korreliert mit dem intendierten Sorgfaltsniveau und liefern somit keinen Erkenntniswert für die richterliche *Learned Hand*-Formel. Die zusätzliche Tatsache, dass dieser Katalog der Gerichte nicht abschließend ist und keine Angaben zu Gewichtung oder Reihung der Kriterien enthält, dürfte die Erwartungsbildung des Rechtsverkehrs hingegen nicht unwesentlich erschweren. Dies ist von Seiten der Rechtswissenschaft wiederholt als „Zickzack-Kurs“¹⁰⁹ oder „Haftungspotpourri“¹¹⁰ kritisiert worden.¹¹¹ Möglicherweise hat die Validität der Rechtsprechung hier bereits ihre Obergrenze erreicht.¹¹²

Angesichts dieser Faktoren ist nicht von der Hand zu weisen, dass eine gewisse Unsicherheit über die Rechtsprechung zur Arbeitnehmerhaftung im Rechtsverkehr besteht. Das Modell weist hier deutlich die negativen Implikationen für die Anreizwirkung im Vertrag, aber auch für den gesamtwirtschaftlichen Nutzen der Transaktionen in messbarer Weise aus und bietet damit ein Referenzsystem für notwendige quantitative Forschung: Auch wenn die Grundstruktur des Haftungsprivilegs vertragstheoretischer Rationalität weitgehend folgt und effiziente Anreize zu setzen sucht, so bleibt für die Einstufung der Rechtsfigur als *zweitbeste Lösung* die empirische Frage über die Leistungsfähigkeit der Gerichte bislang offen.

¹⁰⁸ Vgl. Sadowski/Schneider (Fn.7), 119ff. Die untergeordnete Rolle der Arbeitnehmerhaftung in der Gerichtspraxis ist an den Jahresberichten des BAG erkennbar, vgl. exemplarisch BAG, Jahresbericht, 2008.

¹⁰⁹ Wohlgemuth (Fn.97), 910.

¹¹⁰ Krause (Fn.91), 577.

¹¹¹ Vgl. Krause (Fn.91), 577f.; Sadowski/Schneider (Fn.7), 131f.; MüKo/Henssler §619a, Rn.34ff.; MÜHzA/Reichold, §51 Rn.8ff.; ErfK/Preis §619a, Rn.16.

¹¹² Angesichts der Dynamik von Lebenssachverhalten ist es plausibel, dass ein gerichtlicher Lernprozess das Niveau einer *stare decisis* niemals erreichen wird. Eine empirische Studie von Posner, Niblett und Shleifer findet keinen Beleg für eine langfristige Konvergenz von Richterrecht an US-Gerichten über einen gewissen Grad hinaus, vgl. Posner/Niblett/Shleifer, in: 3rd Annual Conference on Empirical Legal Studies Papers, 2008, S.38 ff.

IV Schlussbetrachtung

Die vorliegende Arbeit liefert einen Beitrag zum besseren Verständnis der institutionellen Funktionsweise von Verträgen und des hierfür notwendigen Rückgriffs auf die Fähigkeit der Gerichte, vertragliche Ansprüche zutreffend durchzusetzen. Abweichend von der überwiegenden Literatur wurde hier das Instrumentarium der Ökonomischen Rechtsanalyse verwendet und die Beziehung zwischen Rechtsverkehr und Rechtsanwendung sowohl theoretisch untersucht als auch anhand von Anwendungsbeispielen exemplarisch diskutiert. Hieraus ergeben sich vier relevante Erkenntnisse:

Erstens wurde im Rahmen der Ökonomischen Rechtsanalyse gezeigt, dass die Gestaltung von effizienten Rechtsfiguren insgesamt auf die Leistungsfähigkeit der Gerichte zu einer zutreffenden Tatsachenfeststellung und rechtlichen Würdigung abzustimmen ist. Angesichts einer potentiellen Fehlbarkeit der Gerichte und der daher nur unvollkommenen Kontrolle der Vertragseinhaltung müssen effiziente Verträge zwei wesentliche Funktionen erfüllen: Als Rechtsinstitut stellen sie zunächst die Vertragsteilnahme beider Seiten sicher und müssen gleichzeitig durch interne Anreize deren Vertragstreue gewährleisten. Dabei können beide Parteien einen optimalen Vertrag erreichen, indem sie sich auf die erwartete Fähigkeit des Richters abstützen, im Fall einer Leistungsstörung zutreffend zwischen legitimem und opportunistischem Vertragsverhalten zu unterscheiden. Je höher die Verifizierbarkeit des Vertrages vor Gericht, desto besser das Vertragsergebnis. Ausreichende vertragliche Anreize sind dann in Abhängigkeit von dieser erwarteten Durchsetzbarkeit eines Anspruches zu bemessen: Trotz der Kontrollprobleme der Gegenseite darf der potentielle Schädiger angesichts einer dann greifenden Sanktion nicht mehr darauf hoffen können, sich durch Vertragsbruch dennoch besser zu stellen. Der theoretische Ansatz verdeutlicht damit, in welchem Umfang sich die (unvermeidbare) Fehlbarkeit der Gerichte auf eine optimale Vertragsgestaltung tatsächlich auswirkt und wie die Parteien ihr Verhalten anpassen.

Zweitens ist erkennbar, dass die dargestellten theoretischen Erkenntnisse zur Vertragsteilnahme und Anreiz-Verträglichkeit sowohl dem Werkvertrag und dem

Arbeitsverhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuches im Ergebnis keineswegs fremd sind. Dies verdeutlicht insbesondere die Rechtsentwicklung zur Haftungsbeschränkung und dem Druckzuschlag. Gleichwohl ist in der Rechtsetzung das primäre Ziel des Bestandschutzes von Verträgen klar erkennbar, welches bei geringfügiger Schlechtleistung einen ausreichenden Sanktionsmechanismus im Werkvertrag und im Arbeitsvertrag zu verhindern scheint. Insofern fehlen im Vertrag selbst ausreichende Erfüllungsanreize, und es ist mit auftretendem Opportunismus von Seiten des Unternehmers bzw. des Arbeitnehmers zu rechnen. Insbesondere die häufige Approximation des enttäuschten Interesses durch die Beseitigungskosten, die Minderung des Verkehrswertes oder eine pauschal hälftige Haftung erfüllen die vertragstheoretischen Anforderungen nur unzureichend, da angesichts der richterlichen Fehlbarkeit dann systematische Spielräume für verdecktes opportunistisches Verhalten bestehen und dem Schädiger Kosteneinsparungen ermöglichen. Die unzureichende Anreiz-Wirkung des Vertrages kann in der Realität jedoch durch Konkurrenzdruck, durch Bildung von gegenseitigem Vertrauen oder Reputationseffekte kompensiert werden. Die intensive Diskussion um den Druckzuschlag im Werkvertrag offenbart, dass zumindest hier die praktische Relevanz einer vertraglichen Fehlsteuerung erkennbar war.

Drittens scheinen in der richterlichen Praxis Bemessungsprobleme hervorzutreten und damit die Umsetzung der vertragstheoretischen Erkenntnisse zu erschweren: Viele der in den Überlegungen dargestellten Parameter, wie tatsächliche Herstellungskosten oder Wertschätzung für die Leistung, sind dem Gericht unbekannt. Eine Approximation über erkennbare Werte wie Marktpreise oder Beseitigungskosten eines Schadens wird jedoch nur eher zufällig optimale Anreize setzen können. Die Betonung des Bestandsinteresses im Gewährleistungsrecht kann vor diesem Hintergrund auch mit der Bewertung des Gesetzgebers erklärt werden, dass ein Scheitern von Transaktionen insgesamt deutlich schwerwiegender sei als eine gewisse vertragliche Fehlsteuerung. Zur Abhilfe ist der Druckzuschlag des Werkvertragsrechts bewusst als richterliche Daumenregel konzipiert, um so dieser ungenügenden Anreiz-Wirkung entgegenzutreten und dabei vor allem die Handhabbarkeit für die Gerichte zu berücksichtigen. Im Gegensatz hierzu verbleibt die

Bestimmung des optimalen Sorgfaltsniveaus im Arbeitsvertrag für den Richter schwierig und diffus. Der von der ständigen Rechtsprechung entwickelte und nicht gewichtete Kriterienkatalog vermag hier keine vergleichbar einheitliche Rechtspraxis zu formulieren, sondern erzeugt ein schwer zu antizipierendes Konglomerat von ökonomisch relevanten Parametern und sozialen Erwägungen. Dass die betriebliche Praxis insbesondere im Bereich geringfügiger Schlechtleistungen davon keine Notiz zu nehmen scheint, mag darin begründet sein, dass eine entsprechende Anreiz-Wirkung durch den Arbeitgeber aufgrund seiner Organisationsmacht außervertraglich ebenso erreicht werden kann.

Viertens ist die Signalwirkung richterlicher Entscheidungen aus ökonomischer Sicht die herausragende Leistung der Gerichte für den Rechtsverkehr, welcher in der Erwartung der geltenden Rechtslage kontrahiert. Das vorgestellte Vertragsmodell bildet dieses rationale Verhalten der Vertragsparteien von der Vertragsanbahnung bis zu seiner Durchführung und etwaiger Gerichtsverhandlung ab. Evident ist dabei, dass eine geringe Verifizierbarkeit des Vertrages durch richterliche Entscheidungen sowohl den innervertraglichen Opportunismus erleichtert als auch negativ auf das Marktergebnis insgesamt wirkt. Diesem Umstand kann innerhalb gewisser Grenzen beispielsweise durch eine entsprechende Verteilung der Beweislast bereits im Gesetzgebungsprozess Rechnung getragen werden. Letztlich bleibt festzustellen, dass wenn man die Steuerungsfunktion des Rechts und damit einhergehend die Signalwirkung der Rechtsprechung als immanent akzeptiert, dann wird die Leistungsfähigkeit der Gerichte zu einer wesentlichen empirischen Frage für die Gestaltung des Vertragsrechts.

DISKUSSIONSPAPIERE DER FÄCHERGRUPPE VOLKSWIRTSCHAFTSLEHRE

DISCUSSION PAPERS IN ECONOMICS

Die komplette Liste der Diskussionspapiere ist auf der Internetseite veröffentlicht / for full list of papers see:
<http://fgvwl.hsu-hh.de/wp-vwl>

2013

- 133 Christmann, Robin: Vertragliche Anreize und die Fehlbarkeit des Richters – Der ungewisse Gang vor Gericht und sein Einfluss auf eine Verhaltenssteuerung im BGB-Vertragsrecht, March 2013.
- 132 Gerrits, Carsten: Internetnutzer und Korruptionswahrnehmung - Eine ökonometrische Untersuchung, February 2013.
- 131 Freese, Julia: The regional pattern of the U.S. house price bubble - An application of SPC to city level data, January 2013.

2012

- 130 Kruse, Jörn: Unabhängige staatliche Institutionen: Funktionalität und demokratische Legitimation, November 2012.
- 129 Andrae, Jannis: Unabhängigkeit von Institutionen - Gründe bzw. Ursachen und Kriterien zur Beurteilung der Unabhängigkeit von öffentlichen Institutionen im demokratischen Rechtsstaat, November 2012.
- 128 Andrae, Jannis: Ideengeschichtliche Aspekte unabhängiger Institutionen, November 2012.
- 127 Pfeiffer, Christoph P.: Causalities and casualties: Media attention and terrorism, 1970–2010, November 2012.
- 126 Pierdzioch, Christian; Emrich, Eike: A Note on the International Coordination of Anti-Doping Policies, November 2012.
- 125 Berlemann, Michael; Wesselhöft, Jan-Erik: Estimating Aggregate Capital Stocks Using the Perpetual Inventory Method – New Empirical Evidence for 103 Countries –, October 2012.
- 124 Berlemann, Michael; Freese, Julia; Knoth, Sven: Eyes Wide Shut? The U.S. House Market Bubble through the Lense of Statistical Process Control, October 2012.
- 123 Pierdzioch, Christian; Emrich, Eike; Klein, Markus: Die optimierende Diktatur – Politische Stabilisierung durch staatlich verordnetes Doping am Beispiel der DDR, August 2012.
- 122 Flatau, Jens; Emrich, Eike; Pierdzioch, Christian: Zum zeitlichen Umfang ehrenamtlichen Engagements in Sportvereinen – sozioökonomische Modellbildung und empirische Prüfung, August 2012.
- 121 Pfeiffer, Christoph P.: The curse of anxiety-pleasure: Terrorism, the media, and advertising in a two-sided market framework, August 2012.
- 120 Pitsch, Werner; Emrich, Eike; Pierdzioch, Christian: Match Fixing im deutschen Fußball: Eine empirische Analyse mittels der Randomized-Response-Technik, August 2012.
- 119 Dluhosch, Barbara; Horgos, Daniel; Zimmermann, Klaus W.: EU Enlargement and Satisfaction with Democracy: A Peculiar Case of Immizerising Growth, July 2012.
- 118 Pierdzioch, Christian; Rülke, Jan-Christoph; Stadtmann, Georg: Forecasting U.S. Housing Starts under Asymmetric Loss, June 2012.
- 117 Dluhosch, Barbara; Horgos, Daniel; Zimmermann, Klaus W.: Explaining the Income Distribution Puzzle in Happiness Research: Theory and Evidence, May 2012.
- 116 Dluhosch, Barbara; Horgos, Daniel: (When) Does Tit-for-Tat Diplomacy in Trade Policy Pay Off?, April 2012.
- 115 Dluhosch, Barbara; Horgos, Daniel: Trading Up the Happiness Ladder, March 2012.

2011

- 114 Castellani, Davide; De Benedictis, Luca; Horgos, Daniel: Can we really trust offshoring indices? June 2011.
- 113 Hielscher, Kai. Monetary Policy Delegation and Transparency of Policy Targets: A Positive Analysis, June 2011.
- 112 Berlemann, Michael; Hielscher Kai. A Time-varying Indicator of Effective Monetary Policy Conservatism, June 2011.
- 111 Kruse, Jörn. Netzneutralität. Soll die Neutralität des Internet staatlich reguliert werden?, May 2011.
- 110 Kruse, Jörn. Eine Demokratische Reformkonzeption: Mehr Einfluss für die Bürger und mehr Fachkompetenz und Langfristigkeit bei politischen Entscheidungen, May 2011.
- 109 Kruse, Jörn. Staatsverschuldung ist ein Problem des politischen Systems, February 2011.
- 108 Börnsen, Arne; Braulke, Tim; Kruse, Jörn; Latzer, Michael. The Allocation of the Digital Dividend in Austria, January 2011.
- 107 Beckmann, Klaus. Das liberale Trilemma, January 2011.

2010

- 106 Horgos, Daniel. Global Sourcing of Family Firms, December 2010.
- 105 Berlemann, Michael; Freese, Julia. Monetary Policy and Real Estate Prices: A Disaggregated Analysis for Switzerland, October 2010.

