German Working Papers in Law and Economics

Volume 2004 *Paper* 15

Störung der Vertragsparität

Dieter Schmidtchen
Universität des Saarlandes

Roland Kirstein
Universität des Saarlandes

Abstract

Dieser Beitrag behandelt Begriff, Ursachen, Wirkungen sowie Bewertung und mögliche Ausgleichsmagestörter Vertragsparität. Dabei wird auf die ökonomische Verhandlungstheorie und die Theorie der Wettbewerbsmärkte zurückgegriffen. Es werden in der Rechtswissenschaft vorfindbare Definitionen in die ökonomische Sprache übersetzt und ihre logische Konsistenz überprüft. Unter normativen Gesichtspunkten werden Begründungen für einen rechtspolitischen Handlungsbedarf im Falle gestörter Vertragsparität untersucht. Abschliewerden zwei Klassen von Möglichkeiten zum Ausgleich gestörter Vertragsparität erörtert: Vertragsregulierung und Ordnungspolitik.

Copyright ©2004 by the authors.
http://www.bepress.com/gwp
All rights reserved.

Störung der Vertragsparität

von

Prof. Dr. Dieter Schmidtchen*

Dr. Roland Kirstein*

* Center for the Study of Law and Economics, Universität des Saarlandes, Postfach 151 150, Gebäude 31, 66041 Saarbrücken, Telefon 0681/302-2132, E-mail: csle@rz.uni-saarland.de, Web: http://www.uni-sb.de/rewi/fb2/csle

Wir danken Horst Eidenmüller, Günther Hönn und den Teilnehmern am IX. Travemünder Symposium für wertvolle Hinweise.

Produced by bepress.com, 2013

Zusammenfassung:

Dieser Beitrag behandelt Begriff, Ursachen, Wirkungen sowie Bewertung und mögliche Ausgleichsmaßnahmen gestörter Vertragsparität. Dabei wird auf die ökonomische Verhandlungstheorie und die Theorie der Wettbewerbsmärkte zurückgegriffen. Es werden in der Rechtswissenschaft vorfindbare Definitionen in die ökonomische Sprache übersetzt und ihre logische Konsistenz überprüft. Unter normativen Gesichtspunkten werden Begründungen für einen rechtspolitischen Handlungsbedarf im Falle gestörter Vertragsparität untersucht. Abschließend werden zwei Klassen von Möglichkeiten zum Ausgleich gestörter Vertragsparität erörtert: Vertragsregulierung und Ordnungspolitik.

A. Einleitung

Das Vertragsrecht erfüllt nach einhelliger Ansicht drei Funktionen: Es regelt erstens, welche Vereinbarungen rechtsverbindlich sind und welche nicht. Es liefert zweitens Anhaltspunkte zur Definition von Rechten und Pflichten in unvollständigen (lückenhaften) oder nicht eindeutigen Verträgen. Und drittens kann man ihm entnehmen, welche Konsequenzen Leistungsstörungen haben. Während die zweite und dritte Funktion in der ökonomischen Analyse des Rechts vielfach adressiert wurde, spielte die erste Funktion eher eine untergeordnete Rolle. Sie steht im Zentrum dieses Beitrags.

Jede Rechtsordnung, die den Prinzipien der Selbstbestimmung und der Selbstbindung im Vertrag – also der Privatautonomie – verpflichtet ist, steht vor dem Problem, ob und inwieweit sie das, was die Parteien vereinbart haben, als rechtsverbindlich anerkennen soll. Wenn die Vertragsfreiheit in Gestalt der Abschlußfreiheit und der Freiheit der inhaltlichen Gestaltung nicht lediglich auf dem Papier stehen soll, dann muß die Rechtsordnung grundsätzlich Verträge beliebigen Inhalts als rechtsverbindlich anerkennen: pacta sunt servanda.[1] Jedoch gilt der Satz „pacta sunt servanda“ nur grundsätzlich. Er schließt nicht aus, daß die Anerkennung verweigert werden kann, wenn es sich um einen „unfairen“ Vertrag handelt. Dies ist unter anderem bei einer Störung der Vertragsparität der Fall (siehe Becker 2003).

[1] Dieser Satz meint, „daß sich in ihm zwei (oder mehrere) Partner wechselseitig, jeder gegenüber dem anderen, in bestimmter Weise ‚binden’. Dies geschieht in der Regel durch zwei inhaltlich einander ent-sprechende ‚Willenserklärungen’, durch die jeder dem anderen seinen Willen zu erkennen gibt, dies, nämlich der Inhalt des hiermit vereinbarten, solle unter ihnen rechtens sein, gelten“ (Larenz, K., Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik, 1979, S. 57).

Hönn unterscheidet formale Parität, d. h. gleichberechtigte Mitgliedschaft in der Rechtsgemeinschaft, von der „materiellen“ Vertragsparität, die er mit „angemessenen wirklichen Einflußchancen der Beteiligten auf den Vertragsschluß“ umschreibt (Hönn 1982, S. 9); an anderer Stelle spricht er von „Ausgewogenheit des Kräfteverhältnisses zwischen den Vertragsbeteiligten, eine Art Waffengleichheit“ (Hönn 1982, S. 15), oder vom „Bereich eines Kräftegleichgewichts …, der für die freie Einigung die Chance der Äquivalenz gewährleistet“ (Hönn 1982, S. 95).[2] Während bei diesen Definitionen des Begriffs der Vertragsparität Störungen derselben mit unterschiedlichen Chancen zur Beeinflussung des Vertragsinhalts gleichgesetzt werden – man kann dies Inputorientierung nennen –, stellen andere Definitionen auf die Verletzung des Äquivalenzprinzips ab, nach dem Leistung und Gegenleistung nicht in einem „auffälligen Mißverhältnis“ zueinander stehen dürfen; ein „(annäherndes) Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung“ (Larenz 1979, S. 66) gewahrt sein muß. Da hier auf das Ergebnis von Vertragsverhandlungen in Form des Vertragsinhalts geschaut wird, läßt sich von Outputorientierung sprechen. Diese Trennung zwischen gleichem Einfluß auf das Vertragsergebnis (siehe Hönn; Weitnauer) einerseits und Äquivalenz des Ergebnisses andererseits (siehe etwa Larenz), die sich in der juristischen Literatur findet, wird unter Rückgriff auf die Spieltheorie in diesem Beitrag zurückgewiesen. Verhandlungen werden als Variabelsummen-Spiel interpretiert, dessen Regeln die Verteilung der Wertschöpfung determinieren. Das Ergebnis des Spiels ist Ausdruck des Einflusses der Spieler (Vertragsparteien).

Die rechtliche Anerkennung eines Vertrages steht unter dem Vorbehalt, daß er einen Interessenausgleich herbeiführt: Fördert ein Vertrag nicht den Nutzen beider Parteien, „dann kann er aus ökonomischer Sicht keine Geltung beanspruchen und sollte durch einen Eingriff in den Vertragsinhalt korrigiert werden“ (Schäfer/Ott 2000, S. 390). Herrscht ein Machtungleichgewicht zwischen den Parteien, dann muß nach Ansicht von Schäfer und Ott der Gesetzgeber oder der Richter eingreifen, um zu verhindern, „dass der Vertrag faktisch zum Instrument der Fremdbestimmung der einen Vertragspartei über die andere wird“ (Schäfer/Ott 2000, S. 391). Wann eine solche Fremdbestimmung gegeben ist, mag im einzelnen zwar strittig sein, aber daß eine Vereinbarung nicht als rechtsverbindlich anerkannt werden kann, die unter Ausnutzung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen,

[2] Nach Weitnauer müssen die Vertragsparteien „mit annähernd gleicher Erfolgsaussicht“ auf den Inhalt von Verträgen einwirken können (siehe Weitnauer, H., Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, 1975, S. 18 f.). Hönn spricht von Mitbestimmung aller Vertragsbeteiligten bei der inhaltlichen Gestaltung des Vertrages (siehe Hönn, G., Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 89 ff.).

durch Täuschung, mit den Mitteln von Gewalt (Zwang) oder unter Ausnutzung einer Notlage zustande kam, wird in jeder positiven Rechtsordnung akzeptiert. Solche Verträge sind unter bestimmten Voraussetzungen anfechtbar (siehe §§ 119, 123 BGB) oder nichtig (§ 138 BGB).

Sucht man nach einem gemeinsamen Merkmal, das die Grenze zwischen rechtlicher Anerkennung und Nichtanerkennung eines Vertragsinhaltes definiert, so findet man es in der starken Belastung bei gleichzeitiger struktureller Unterlegenheit einer Partei, der begriffsnotwendig die strukturelle Überlegenheit einer anderen Partei korrespondiert („Ungleichgewichtslage"). In einer neueren Entscheidung zum Ehevertragsrecht definiert der Bundesgerichtshof strukturelle Unter-, Überlegenheit als „eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz" eines Verhandlungspartners. Offensichtlich handelt es sich hierbei um Beschreibungen der Umstände, unter denen es zum Vertragsabschluß kam. Aber warum soll die Bindungswirkung eines Vertrages von den Umständen abhängen, unter denen der Vertrag geschlossen wurde?

Zwei Antworten bieten sich an.

a) Unabhängig vom Inhalt eines Vertrages fällt die Rechtsordnung ein Unwerturteil über unter solchen Umständen zustande gekommene Vereinbarungen.

b) Der Inhalt des Vertrages verstößt gegen Prinzipien, denen sich die Rechtsordnung verpflichtet fühlt, aber man kann dies dem Vertragsinhalt nicht ansehen. Wenn ein und derselbe Vertragsinhalt sowohl im Einklang wie im Widerspruch zu solchen Prinzipien stehen kann, bleibt als Ausweg, die Umstände zu normieren, die bindende Verträge und nicht bindende Verträge zur Folge haben. Einheitlicher Bezugspunkt der Prinzipien einer Rechtsordnung ist die Rechtsidee (siehe Larenz 1979, S. 24 ff.). Zur Rechtsidee aber gehört die Gerechtigkeit (siehe Larenz 1979, S. 37 ff.), die beim gegenseitigen Vertrag durch das Äquivalenzprinzip beschreiben wird.[3] Nach ihm müssen Leistung und Gegenleistung in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen. In dieser Gerechtigkeitsidee wird das reflektiert, was seit Aristoteles die Austauschgerechtigkeit (kommutative Gerechtigkeit) genannt wird.

Der Beitrag ist wie folgt aufgebaut.

In Kapitel B (Modellierung gestörter Vertragsparität) geht es um die Frage, wie sich Störungen der Vertragsparität (im Sinne der Rechtswissenschaft) in einem ökonomischen Modell abbilden lassen. Wir werden hier auf die axiomatische und strategische ökonomische

[3] Nach Larenz ist die ausgleichende Gerechtigkeit ein der Rechtsordnung immanenter Gedanke (siehe Larenz, K., Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S. 51).

Verhandlungstheorie sowie auf die Theorie der Wettbewerbsmärkte zurückgreifen. Ziel ist nicht, Vor- und Nachteile der ökonomischen Verhandlungstheorie aus Sicht eines Verhandlungsmanagements herauszuarbeiten, sondern rechtliche Kategorien ökonomisch zu interpretieren.

Kapitel C (Begründung rechtspolitischen Handlungsbedarfs) untersucht Begründungen für ein Unwerturteil über Störungen der Vertragsparität. Wenn ein Schuldner den Einwand vorbringt, daß die Vertragsparität gestört gewesen sei, so läßt sich dies als Behauptung interpretieren, er habe dem Vertrag nicht freiwillig zugestimmt. Das Problem besteht darin, die Umstände zu identifizieren, die der Zustimmung zum Vertrag den Charakter der Freiwilligkeit nehmen. Dieses Problem ist äquivalent zu dem Problem der Bestimmung der Formen von Vorteilsnahme in Austauschbeziehungen, die nicht mit dem Prinzip der Vertragsfreiheit vereinbar sind. Zwar wird auch der idealtypische Austauschvertrag durch beiderseitige Vorteilsnahme gekennzeichnet, aber im Falle gestörter Vertragsparität besitzt der Gläubiger einen Vorteil gegenüber dem Schuldner, den er für sich ausbeutet. Wir werden fünf Gruppen von Kriterien untersuchen, auf die sich ein Unwerturteil über Störungen der Vertragsparität stützen könnte. Es sind dies: Verstoß gegen das Wesen eines Austauschvertrages, Verletzung von Freiheits-rechten, Verstoß gegen das Prinzip gegenseitigen Achtens, Verletzung des Prinzips subjektiver oder objektiver Äquivalenz, Ineffizienz.

Kapitel D (Ausgleich gestörter Vertragsparität) behandelt mögliche Reaktionen auf Störungen der Vertragsparität. Insbesondere werden wir fragen, ob und inwieweit eine Verstärkung der Rechtsposition einer als strukturell unterlegen bezeichneten Vertragspartei die Folgen einer Störung der Vertragsparität beseitigen kann. Kapitel E beschließt den Beitrag.

Wir werden uns im folgenden mit dem gegenseitigen Vertrag, dem Austauschvertrag, beschäftigen. Aber viele Probleme stellen sich in ähnlicher Weise bei Verträgen, in denen sich Personen verpflichten, Leistungen zur gemeinsamen Verfolgung eines Zweckes zu erbringen (etwa Teamproduktion); denn sowohl gegenseitige Verträge wie auch Kooperationsverträge dienen der Erzeugung einer Kooperationsrente (Wertschöpfung).

B. Modellierung gestörter Vertragsparität (positive Analyse)

Im folgenden wird zu zeigen versucht, wie sich „gestörte Vertragsparität“ in ökonomischen Modellen abbilden läßt. Wir werden zunächst auf die axiomatische und strategische Verhandlungstheorie zurückgreifen.[4] Im Anschluß daran wird kurz auf die Theorie der Wettbewerbsmärkte eingegangen. Dabei ist es nicht erforderlich, sich in modelltheoretische Einzelheiten zu verlieren. Um übertriebene Erwartungen zu vermeiden, sei auch vorweg gesagt, daß auf der Grundlage der ökonomischen Verhandlungstheorie und der Theorie der Mehrpersonen Verhandlungsspiele keine Wertungsfragen entschieden werden können, weil diese sich als positive Theorien verstehen. Eine solche Wertungsfrage wäre die Frage, wann ein Rechtsgeschäft sittenwidrig ist (§138 BGB). Gleichwohl ist der Rückgriff auf die ökonomische Theorie nützlich, wenn es (a) um die Rekonstruktion juristischer Begriffe und Konzepte geht, sowie (b) um die Ableitung ökonomischer Wirkungen etwa von Reformvorschlägen zum Schutz des Schwächeren.

I. Axiomatische Verhandlungstheorie

1. Ein Verhandlungsspiel

Ein Verhandlungsspiel ist durch die Menge der Spieler und durch das Paar (X, d) gegeben. X ist die Menge der möglichen Auszahlungsvektoren (Verhandlungsmenge) und d ist der Auszahlungsvektor bei Nichteinigung (status quo). In einem einfachen Verhandlungsspiel ist der Nichteinigungspunkt gegeben; in einem allgemeinen Verhandlungsspiel ist dieser Punkt selbst Gegenstand des Spiels (siehe Holler/Illing 2003, S. 191). Ein Verhandlungsproblem ist dadurch gekennzeichnet, daß X mindestens ein Element x enthält, das für alle Spieler eine höhere Auszahlung als d liefert. Sollte es mehrere solcher Elemente geben, stellt sich ein Lösungsproblem: Welche verbindliche Abmachung wird gewählt? Wenn X mindestens ein Element x enthält, dann existiert eine Kooperationsrente. Die Kooperationsrente berechnet sich als Differenz zwischen der maximalen Zahlungsbereitschaft eines Käufers und dem Preis, den der Verkäufer mindestens erhalten muß, damit er sich auf die Transaktion einläßt.

[4] Siehe zu einer verständlichen Eidenmüller, H., Ökonomische und spieltheoretische Grundlagen von Verhandlung/Mediation, in: Breidenbach, S./ Henssler, M. (Hrsg.): Mediation für Juristen, 1997, S. 31 – 55. Der Beitrag geht allerdings auf die Frage gestörter Vertragsparität nicht ein.

Die maximale Zahlungsbereitschaft bezeichnen wir als Beschaffungspreis-Obergrenze; den Mindestpreis des Verkäufers als Abgabepreis-Untergrenze. Wenn Adams Beschaffungspreis-Obergrenze für ein Fahrrad, das Eva anbietet, 100 Euro beträgt, und Evas Abgabepreis-Untergrenze 50 Euro, dann existiert eine Kooperationsrente in Höhe von 50 Euro. Wenn sich beide auf einen Verkaufspreis von 75 Euro einigen, dann erhält jeder eine individuelle Rente von 25 Euro. Diese Rente ist der individuelle Tauschgewinn. Es ist das grundlegende Theorem der Ökonomie, daß bei Transaktionskosten von Null jede Möglichkeit für eine Kooperationsrente ausgenutzt wird, weil beide Seiten durch die betreffende Transaktion gewinnen (Coase-Theorem; siehe Coase 1960).

Wir stellen unser Beispiel graphisch dar. Der Nutzen sei in Geldeinheiten gemessen. Evas absoluter Anteil an der Kooperationsrente sei mit x_E bezeichnet, Adams mit x_A; mit p als Transaktionspreis gilt: $x_A = 100 – p$; $x_E = p - 50$.

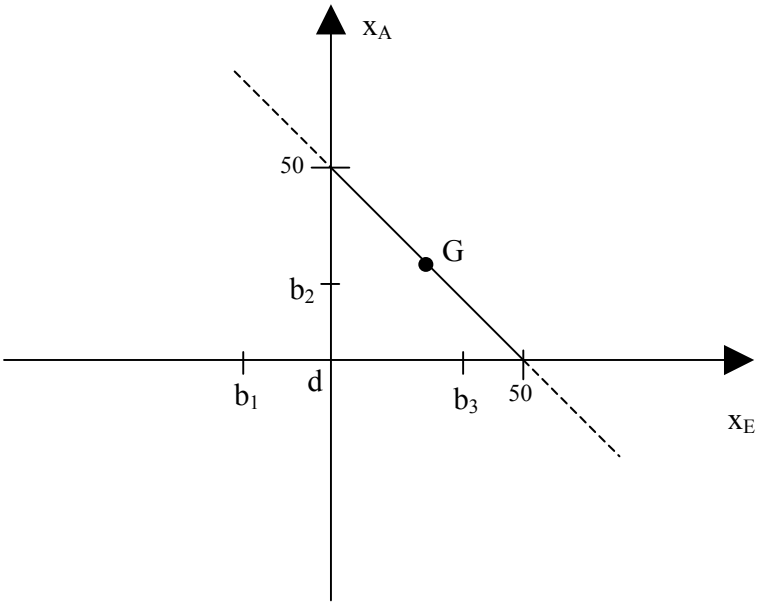

Abbildung 1: Der Auszahlungsraum

Wir betrachten zunächst nur den ersten Quadranten. Punkt d_0 ist der Nichteinigungspunkt mit den Koordinaten ($x_E = 0$, $x_A = 0$). Die Verbindungsgerade zwischen $x_A = 50$ und $x_E = 50$ wird

realisiert, wenn für den zwischen A und B vereinbarten Preis (p) gilt: $100 \geq p \geq 50$. Mit einem Preis in diesem Intervall stellen sich beide Parteien besser als durch Nichteinigung.

Die gestrichelte Gerade im zweiten Quadranten gilt für $p < 50$. Für die gestrichelte Gerade im vierten Quadranten gilt $p > 100$.

Die in Abb. 1 dargestellte Situation läßt sich in folgende Matrix übertragen.

Tauschgewinne / Preis	x_E	x_A
$p < 50$	$x_E < 0$	$x_A > 50$
$100 \geq p \geq 50$	$0 \leq x_E \leq 50$	$0 \leq x_A \leq 50$
$p > 100$	$x_E > 50$	$x_A < 0$

Matrix 1: Matrix des Auszahlungsraums

Ein Blick auf diese Matrix zeigt, daß man je nach Lage des Ergebnisvektors drei Ausprägungen von Verhandlungssituationen unterscheiden kann. Wir werden sehen, daß die Verhandlungssituationen mit $p > 100$ und $p < 50$ eindeutig Fälle gestörter Vertragsparität erfassen, während die mittlere Situation sowohl Fälle gestörter wie nicht gestörter Vertragsparität repräsentieren kann.

2. Die Verhandlungslösung

Die Lösung des Verhandlungsspiels (X, d) ist dadurch gekennzeichnet, daß sie diesem Spiel einen Auszahlungsvektor $x = (x_E, x_A)$ zuordnet. Bei axiomatischen Verhandlungsspielen soll dieser bestimmte wünschenswerte Eigenschaften aufweisen, die als Axiome eingeführt werden; etwa Gerechtigkeit, Effizienz. Nash hat gezeigt, daß das Verhandlungsspiel (X, d)

genau eine Lösung hat, wenn diese Lösung folgende Axiome erfüllen soll: Effizienz, Symmetrie, individuelle Rationalität, Unabhängigkeit von irrelevanten Alternativen, Unabhängigkeit von äquivalenten Nutzentransformationen (siehe Holler/Illing 2003, S. 195 ff.). In unserem Zusammenhang sind die ersten drei Axiome von besonderer Bedeutung.

Das Effizienzaxiom fordert, daß der Auszahlungsvektor auf der Pareto-Grenze liegt, also die Kooperationsrente maximiert wird.[5] Dies von einer Verhandlungslösung zu fordern, erscheint für rationale und vollständig informierte Spieler vernünftig. Symmetrie kennzeichnet den Umstand, daß sich die Spieler hinsichtlich der für das Verhandlungsergebnis relevanten Eigenschaften nicht voneinander unterscheiden. Wenn die Spieler aber nicht zu unterscheiden sind, dann sollte die Verhandlungslösung keinen Spieler bevorzugen.[6] Individuelle Rationalität verlangt: Jeder Spieler muß dafür belohnt werden, daß er zur Realisation der Kooperationsrente beiträgt.[7] Das hier betrachtete Spiel ist ein Einstimmigkeitsspiel, in dem jeder Spieler ein Vetorecht hat; das heißt, eine Einigung kann nur erzielt werden, wenn ihr alle Spieler zustimmen (siehe Güth 1992, S. 241, 282).

Wenn Vertragsparität als Abwesenheit von „struktureller Unterlegenheit“ interpretiert wird oder, alternativ, als Gleichheit der Chance, „das Verhandlungsergebnis zu beeinflussen“, dann könnte man die symmetrische Nash-Lösung als gesuchte Lösung ansehen. Die Nash-Lösung besteht in dem Auszahlungsvektor, der das Nash-Produkt maximiert.[8] Bei der symmetrischen Nash-Lösung wird die Wertschöpfung (= Kooperationsrente) gleichmäßig auf die Spieler verteilt. Man spricht in diesem Zusammenhang von gleicher Verhandlungsmacht. In diesem Fall würde auf der Verbindungsgeraden ($x_E = 50$; $x_A = 50$) der Punkt G realisiert. Ihm entspricht ein Verkaufpreis (Kaufpreis) in Höhe von 75 Euro. Die Kooperationsrente wird hälftig auf A und E verteilt, der Auszahlungsvektor ist ($x_E = 25$, $x_A = 25$).

---

[5] Dies ist das Ergebnis integrativen Verhandelns (siehe Eidenmüller, H., Ökonomische und spieltheoretische Grundlagen von Verhandlung/Mediation, 1997, S. 40 ff.).

[6] Hier geht es um das Ergebnis distributiven Verhandelns (siehe Eidenmüller, H., Ökonomische und spieltheoretische Grundlagen von Verhandlung/Mediation, 1997, S. 45 ff.).

[7] „(T)he term *individual rationality* is used to indicate that no player will agree to settle for less than his security level. In a Nash bargaining problem, a player’s security level is taken to be his *status quo* payoff, because a player can guarantee at least this much simply by never agreeing to anything at all” (Binmore, K., Game Theory and the social contract II. Just playing, 1998, S. 68). Manchmal wird in der Literatur das Axiom der individuellen Rationalität nicht getrennt aufgeführt, weil es in dem der Effizienz (als Pareto-Effizienz) enthalten ist.

[8] Das Nash-Produkt ist das mathematische Produkt der Nutzenzuwächse aller Spieler im Vergleich zum Nichteinigungspunkt.

Produced by bepress.com, 2013

Vereinbaren die Parteien aber einen von G abweichenden Auszahlungsvektor, so liegt eine Störung der Vertragsparität vor. Hier lassen sich zwei Stufen unterscheiden: eine schwache und eine starke Störung. Schwache Störungen liegen im mittleren Bereich der Auszahlungsmatrix. Die Verteilung der Kooperationsrente ist ungleich.[9] Zwar ist das Effizienzaxiom (Rationalitätsaxiom) erfüllt, aber das Symmetrieaxiom ist verletzt.[10] Starke Störungen sind durch die obere und untere Zeile in der Auszahlungsmatrix gekennzeichnet. Eine Partei erhält eine negative Auszahlung. Ein solches Ergebnis kann auf eine Verletzung des Rationalitätsaxioms zurückgeführt werden: ein Spieler war nicht rational oder nicht vollständig informiert. Wenn man das Rationalitätsaxiom gleichwohl als erfüllt ansieht, weil die Lösung auf der Pareto-Grenze liegt, ist die extreme Ungleichverteilung der Kooperationsrente auf eine Verletzung des Symmetrieaxioms zurückzuführen.

Bei Preisen von $p < 50$ oder $p > 100$ kann man eine Fremdbestimmung des Vertragsinhaltes unterstellen, die sowohl bei Rationalität aller Spieler wie bei eingeschränkter Rationalität eines Spielers auftreten kann.

---

[9] Geringfügige Abweichungen von der G-Verteilung könnten noch als mit Parität vereinbar angesehen werden. Nur große (krasse) Ungleichheit wird als störend empfunden. Man vermißt jedoch in der Literatur eine präzise und intersubjektiv überprüfbare Definition der Grenze, von der ab eine große Ungleichheit vermutet wird. Offensichtlich handelt es sich um Verteilungen der Kooperationsrente jenseits von Schwellenwerten um den Punkt G.

[10] Eine Störung der Vertragsparität mag ihre Ursache in Unterschieden im Verhandlungsgeschick haben. Diesem Umstand könnte man auf mehrerlei Weise Rechnung tragen: Zum einen durch die Annahme asymmetrischer Information; zum anderen durch die Zulassung eingeschränkter Rationalität. Schließlich lassen sich Unterschiede im Verhandlungsgeschick auch über eine Veränderung der Auszahlungsmenge X erfassen (siehe Holler, M./ Illing, G., Einführung in die Spieltheorie, 2003, S. 215). Ein ungeschickter Spieler mag für ihn vorteilhafte Auszahlungsvektoren nicht erreichen, die er als geschickter Spieler erreichen könnte. So mag in der Verhandlungssituation mit Nichteinigungspunkt d_0 die Verhandlungsmenge für Adam auf $0 \leq x_A < 20$ beschränkt sein. Wenn man daran denkt, dass die Ergebnisse eines Verhandlungsspiels das Resultat von Strategiekombinationen sind (man kann das Spiel in strategischer Form repräsentieren; siehe z. B. Binmore, K., Game Theory and the social contract II. Just playing, 1998, S. 62), dann wären in diesem Fall Unterschiede im Verhandlungsgeschick auf Unterschiede in den Strategiemengen zurückzuführen (siehe Holler, M./ Illing, G., Einführung in die Spieltheorie, 2003, S. 215).

Eine Alternative liefert die asymmetrische Nash-Verhandlungslösung. Hier werden Unterschiede im Verhandlungsgeschick nicht durch Unterschiede in den Strategiemengen, sondern durch das Lösungskonzept selbst modelliert (siehe Holler, M./ Illing, G., Einführung in die Spieltheorie, 2003, S. 216). Es wird hier das gewichtete Nash-Produkt verwendet, bei dem die Gewichtungsfaktoren das jeweilige Verhandlungsgeschick beschreiben. Alternativ können die Gewichte auch als Ausdruck relativer Verhandlungsmacht interpretiert werden, deren Unterschiede etwa in Angst vor dem Scheitern der Verhandlungen, der Ungeduld, der Unsicherheit, begründet sein können (siehe Holler, M./ Illing, G., Einführung in die Spieltheorie, 2003, S. 216). In diesem Fall weicht der Auszahlungsvektor von Punkt G ab (bei unverändertem Auszahlungsraum). Je größer die Verhandlungsmacht von Adam, desto größer ist die Komponente x_A im Auszahlungsvektor x (und umgekehrt bei relativ größerer Verhandlungsmacht von Eva).

3. Endogener Nichteinigungspunkt und Drohpunkte

Wir haben bisher unterstellt, daß der Nichteinigungspunkt exogen ist, d. h. unabhängig von den Entscheidungen der Spieler. Tatsächlich kann aber auch der Nichteinigungspunkt durch die Spieler selbst festgelegt werden. Dafür werden zwei Möglichkeiten in der Literatur diskutiert (siehe Holler/Illing 2003, S. 231 ff; Binmore 1998, S. 104 ff.):

(a) Jeder Spieler bestimmt vor Aufnahme der Vertragsverhandlungen, was er im Falle der Nichteinigung tun (oder unterlassen) wird (Wahl eines strategischen Zuges). Ist dies glaubwürdig, so werden dadurch die Nichteinigungsauszahlungen für die Spieler festgelegt. Der Nichteinigungspunkt wird zu einem Konfliktpunkt, wobei die Konfliktstrategie im Hinblick darauf festgelegt wird, wie sie sich auf die Verhandlungslösung auswirkt. Typischerweise handelt es sich um Drohstrategien.

(b) Aus der Natur der Sache heraus mag im Nichteinigungsfall ein nicht-kooperatives Spiel gespielt werden, dessen Gleichgewichtsauszahlungen den Nichteinigungspunkt definieren (siehe Binmore 1998, S. 65).[11]

Drohstrategien funktionieren nur, wenn sie glaubwürdig sind, wobei die Glaubwürdigkeit zwei Aspekte aufweist: Einerseits muß klar sein, daß die angedrohte Aktion tatsächlich ausgeführt wird, wenn der Bedrohte sich nicht wie gewünscht verhält; andererseits muß ebenso klar sein, daß die angedrohte Aktion nicht ausgeführt wird, wenn der Bedrohte der Forderung des Drohenden nachkommt.

Eine Drohstrategie enthält bedingte Aktionen; diese werden gewählt, wenn keine Einigung zustande kommt. In unserem Zusammenhang bedeutet dies, daß der Drohende, sagen wir Adam, z. B. einen Preis von 30 Euro bietet, den Eva ohne Existenz einer glaubwürdigen Drohung nicht akzeptieren würde. Wenn das Preisgebot dagegen mit der glaubwürdigen Drohung verknüpft wird, daß im Falle einer Ablehnung der Eva ein Schaden zugefügt wird, den diese mit mehr als 20 Euro bewertet, dann wird sie das Angebot annehmen. Die glaubwürdige Drohung verändert das Verhandlungsspiel. Formal läßt sich dies durch die Ersetzung des Punktes d durch einen Punkt wie b_1 in Abb. 1 darstellen. Die symmetrische

[11] Man denke an die gerichtliche Klärung eines Streites im Falle des Scheiterns eines Vergleichs. Zur Endogenisierung des Nichteinigungspunktes siehe Kirstein, R., Risk-Neutrality and Strategic Insurance, in: The Geneva Papers on Risk and Insurance. Issues and Practice 25 (2), 2000, S. 262 – 272; Kirstein, R./ Rickman, N., „Third Party Contingency" Contracts in Settlement and Litigation, Journal of Institutional and Theoretical Economics 2004.

Nash-Lösung würde durch einen Punkt links oberhalb von G auf der Pareto-Grenze repräsentiert werden. Wir wollen dann (in Anlehnung an eine von Helmut Arndt eingeführte Terminologie) von Umwertung sprechen (siehe Arndt 1994, S. 163ff.). Die Abgabepreis-Untergrenze des Bedrohten verringert sich. Auch eine Notlage, in die Eva geraten ist, aber von Adam nicht herbeigeführt wurde, kann eine Umwertung bewirken. Sollte Adam eine alternative Bezugsquelle für ein Fahrrad besitzen, die ihm z. B. eine Kooperationsrente von $b_2 - d$ garantiert, dann wird b_2 zum Drohpunkt in der Verhandlung mit Eva. Die symmetrische Nash-Lösung wäre wiederum ein Punkt links oberhalb von G auf der Pareto-Grenze.[12] Evas Position in der Verhandlung mit Adam würde gestärkt, wenn sich ein Käufer fände, der Eva z. B. die Kooperationsrente $b_3 - d$ garantiert. Die symmetrische Nash-Lösung wäre ein Punkt rechts unterhalb von G auf der Pareto-Grenze.

II. Strategische Verhandlungstheorie

Die axiomatische Verhandlungstheorie von Nash erlaubt zwar eine Klärung der Begriffe Vertragsparität und Störung der Vertragsparität, aber sie fokussiert Verhandlungsergebnisse und die Umstände einer Verhandlung in Form des Nichteinigungspunktes oder des Drohpunktes. Der Verhandlungsprozeß selbst bleibt ebenso im Dunkeln wie die Ursachen einer Verletzung des Rationalitäts- oder des Symmetrieaxioms. Die Frage nach den Ursachen einer Störung und wie sie auf das Verhandlungsergebnis einwirken, läßt sich dagegen mit Hilfe der strategischen Verhandlungstheorie beantworten.

Die strategische Verhandlungstheorie spezifiziert zunächst die Details der Verhandlungssituation und verwendet dann Lösungskonzepte der nicht-kooperativen Spieltheorie, um das Verhandlungsergebnis als Gleichgewicht des Spiels abzuleiten. Die Details werden durch die Regeln des Spiels geliefert. Zu den Regeln gehört, wer wem ein Angebot unterbreitet und wie die Auszahlungen aussehen, auch für den Fall des Scheiterns.

---

[12] Dies entspricht dem Vorgehen Binmores, der einem status quo-Punkt (deadlock point) einen Punkt hinzufügt, der eine „outside option" repräsentiert. Das ein Verhandlungsproblem beschreibende Tupel (X, d) wird zu einem Tripel (X, b, d), mit b als Repräsentant der „outside option" (siehe Binmore, K., Game Theory and the social contract II. Just playing, 1998, S. 80). Wenn solche Optionen in ein Nash-Verhandlungsmodell aufgenommen werden, erscheinen sie nicht im Nash-Produkt, sondern wirken als Beschränkung der Menge über die das Nash-Produkt maximiert wird (siehe Binmore, K., Game Theory and the social contract II. Just playing, 1998, S. 81). Die Verhandlungslösung muss dann einer zusätzlichen Restriktion genügen (siehe Binmore, K., Game Theory

Ein uns allen bekanntes sequentielles Spiel mag das Vorgehen verdeutlichen. Ein Kuchen soll auf zwei Kinder verteilt werden. Ein Kind hat das Recht, ihn in zwei Teile zu schneiden. Der Kuchen darf nur dann verzehrt werden, wenn beide Kinder der Aufteilung zustimmen; bei Nichteinigung, d. h. widerspricht ein Kind, wird der Kuchen an andere verschenkt. Wir wollen annehmen, daß der Nutzen jedes Kindes mit der Menge des Kuchens linear anwächst. Man vergleiche die beiden folgenden Regelsysteme:

System 1: Das erste Kind schneidet und hat das Wahlrecht.

System 2: Das erste Kind schneidet, das zweite Kind hat das Wahlrecht.

Die Unterschiede in den Ergebnissen sind jedem klar, der schon einmal mit Kindern zu tun hatte. Welchen Einfluß Verhandlungsregeln auf das Verhandlungsergebnis haben, zeigt auch das folgende Spiel (siehe Dixit/Nalebuff 1991, S. 44 ff.): Zwei Spieler können einen Kuchen gegebener Größe von 100 unter sich aufteilen, wenn sie sich über die Anteile einigen (ansonsten erhält keiner etwas). Die Spieler können jeweils abwechselnd einen Aufteilungsvorschlag unterbreiten. Wird er vom Gegenspieler angenommen, dann endet das Spiel mit den vorgeschlagenen Auszahlungen. Lehnt ein Gegenspieler ab, dann ist er in der Folgeperiode an der Reihe, einen Vorschlag zu machen usw.

Die im folgenden betrachteten Regelsysteme unterscheiden sich in zweierlei Hinsicht:

(1) Wer den ersten Vorschlag machen darf.

(2) Wieviel Perioden gespielt wird. Um dem Umstand Rechnung zu tragen, daß Verhandlungszeit (gemessen in Zahl der Perioden, bis es zur Einigung kommt) Geld kostet, wird der Einfachheit halber unterstellt, daß der „Kuchen“ in gleichen Beträgen auf eine Größe von Null schrumpft. Die Beträge für jede Teilperiode belaufen sich auf 1/n, wobei n für die maximal zulässige Zahl der Verhandlungsrunden steht.[13]

Gibt es aufgrund der Spielregeln zwei Runden, dann ist am Anfang der zweiten Runde der Kuchen auf die Hälfte geschrumpft. Bei drei Runden hat er am Anfang der zweiten Runde 2/3 und am Anfang der dritten Runde 1/3 der ursprünglichen Größe. Die folgende Tabelle zeigt für alternative Spielregelsysteme die Größe des verteilbaren Kuchens, die Verteilung der Vorschlagsrechte und die Anteile für jeden Spieler.

---

and the social contract II. Just playing, 1998, S. 81). Würde man die Option b in das Nash-Produkt integrieren, d. h. d durch b ersetzten, würde dies die Lösung des Spiels verändern.

[13] De facto mag die Größe des Kuchens im Zeitablauf unverändert bleiben, aber bei positiven Zeitpräferenzraten (Minderschätzung künftiger Bedürfnisse) sinkt der Barwert von Anteilen.

Verhandlungsrunde	verteilbarer Kuchen	Vorschlagsrecht	Anteil A	Anteil E
> 1	0		0	0
1	100	A	100	0
> 2	0		0	0
2	50	E	0	50
1	100	A	50	50
> 3	0		0	0
3	33 1/3	A	33 1/3	0
2	66 2/3	E	33 1/3	33 1/3
1	100	A	66 2/3	33 1/3
> 4	0		0	0
4	25	E	0	25
3	50	A	25	25
2	75	E	25	50
1	100	A	50	50

Tabelle 2: Strategische Verhandlungsspiele

Die Tabelle zeigt vier Verhandlungsspiele. Diese unterscheiden sich nach der Zahl der zulässigen Verhandlungsrunden. Spieler A hat in jedem Spiel das Vorschlagrecht in der ersten

Runde. Gibt es nur eine Verhandlungsrunde und hat A das Vorschlagsrecht, erhält A einen Anteil von 100 und B einen Anteil von 0.[14]

Ein Vergleich der Spiele führt zu folgenden Einsichten:

Erstens: Immer dann, wenn die Zahl der Verhandlungsrunden gerade ist, kommt es zu einer hälftigen Teilung.

Zweitens: Immer dann, wenn die Zahl der Runden ungerade ist, hat der „first mover" einen höheren Anteil.

Drittens: Sei n die Zahl der Runden, dann erhält der „first mover" $(n + 1)/2n$ und der „second mover" $(n - 1)/2n$, wenn n ungerade ist. Mit zunehmendem n gleichen sich die Anteile an. Der Vorteil des „first movers" ist bei $n = 1$ am größten und nimmt dann ab.

Viertens: Rationale Spieler werden voraussehen, daß der Kuchen mit der Zahl der Verhandlungsrunden kleiner wird, und sie werden sich bereits in der ersten Runde einigen.

In den hier erläuterten Spielen resultiert ein Verhandlungsvorteil bei ungerader Rundenzahl aus dem Umstand, in der 1. Runde einen Vorschlag machen zu dürfen.[15] Dieses Recht aber wird durch die Spielregeln zugeteilt. Verallgemeinernd läßt sich sagen, daß bei Spielen des betrachteten Typs die Spielregeln die Ergebnisse treiben. Kleine Änderungen bei den Nichteinigungsauszahlungen, der Rundenzahl, der Rundenkosten, der Zugreihenfolge, der Informationsstrukturen, der Kommunikationsmöglichkeiten und der Rationalitätsgrade der Spieler haben dramatische Änderungen in den Verhandlungsergebnissen zur Folge. Diese Eigenschaft muß durchaus nicht von Nachteil sein, weil man so eine Vielzahl von Verhandlungssituationen in der Realität mit einem in der Struktur gleichbleibenden Modell untersuchen kann.

Wie läßt sich Vertragsparität bzw. gestörte Vertragsparität im Kontext der strategischen Verhandlungstheorie definieren? Wichtig ist die Antwort auf die Vorfrage „Wo kommt der zu

---

[14] Wir wollen der Einfachheit halber unterstellen, daß ein Spieler mit Anteil 0 indifferent ist und seine Zustimmung nicht verweigert.

[15] Rubinstein hat gezeigt, daß das teilspielperfekte Gleichgewicht in einem Verhandlungsspiel mit alterierendem Vorschlagsrecht, das grundsätzlich unendlich lange dauern kann, durch einen Aufteilungsschlüssel gekennzeichnet ist (siehe Holler, M./ Illing, G., Einführung in die Spieltheorie, 2003, S. 263), der nur von den Diskontierungsfaktoren der Spieler abhängt. Der Spieler mit dem größeren Diskontierungsfaktor hat einen strategischen Vorteil, der sich in einem größeren Anteil am Kuchen niederschlägt. Ein größerer Diskontierungsfaktor impliziert eine niedrigere Zeitpräferenzrate, was mit geringerer Ungeduld gleichgesetzt werden kann. Wer länger warten kann, hat einen Verhandlungsvorteil. Die jeweiligen Diskontierungsfaktoren können auch als Funktionen der Wahrscheinlichkeit interpretiert werden, mit der ein Spieler einen Abbruch des

verteilende ‚Kuchen' her?" Wenn er wie Manna vom Himmel fällt, könnte man Vertragsparität als Gleichverteilung und gestörte Vertragsparität als Ungleichverteilung definieren. Wenn dagegen der „Kuchen" von einem oder beiden Spielern geschaffen wurde, kann man die Beiträge zur Wertschöpfung identifizieren und fragen, ob die Verteilung diese widerspiegelt.[16] Ohne Rückgriff auf eine Gerechtigkeitstheorie wird man bei der Definition von Vertragsparität und gestörter Vertragsparität nicht auskommen.

III. Wettbewerbsmarkt

Im Gleichgewicht eines wettbewerblichen Marktes sind Anbieter und Nachfrager Preisnehmer. Damit entfällt die Möglichkeit und Notwendigkeit über den Preis zu verhandeln.

In organisierten Märkten werden die Preise von einem Mediator gesetzt; die übrigen Wirtschaftssubjekte passen sich an diese Preise an. Als Mediator fungiert in der Wettbewerbstheorie der Walrasianische Auktionator. In nicht organisierten Märkten ist die Preisbildung den einzelnen Wirtschaftssubjekten überlassen. Wie kann man in nicht organisierten Märkten Adam und Eva als Preisnehmer interpretieren?

Auf Edgeworth geht die Idee zurück, Adam und Eva zu replizieren (heute würde man das klonen nennen). Es gibt viele identische Adams und viele identische Evas, die jeweils im Wettbewerb miteinander stehen. Die Theorie der Spiele in Koalitionsform konnte zeigen, daß in einer hinreichend großen Tauschgesellschaft Gleichgewichte existieren, die den Walrasianischen Gleichgewichten entsprechen (siehe Binmore 1998, S. 476 ff.). Es ist nicht aus-geschlossen, daß in einem solchen Gleichgewicht alle Adam-Eva Koalitionen Verträge gemäß der Nash-Verhandlungslösung schließen (siehe Binmore 1998, S. 388). Damit könnte der Punkt G in Abbildung 1 die Wettbewerbslösung repräsentieren.

Vertragsparität läge vor, wenn ein Vertrag den zu G führenden Preis enthält. Gestörte Vertragsparität, etwa aufgrund einer Monopolstellung, wäre mit von G abweichenden Allokationen zu identifizieren; wobei man geringfügige Abweichungen von G (in beide Richtungen) noch als rechtlich unerheblich ansehen könnte.

Spiels in der nächsten Periode erwartet oder mit einem Ausscheiden aus dem Spiel rechnet (siehe Holler, M./ Illing, G., Einführung in die Spieltheorie, 2003, S. 265).

[16] Die Ursachen für das jeweilige Ergebnis lassen sich den Spielregeln entnehmen, und zwar unabhängig davon, ob der Kuchen vom Himmel fällt oder von den Parteien geschaffen wurde.

IV. Ansatzpunkte für die Diagnose gestörter Vertragsparität

Das Modell eines Verhandlungsspiels legt nahe, zwei Klassen von Ursachen einer gestörten Vertragsparität zu unterscheiden: eine Klasse, bei der ein gegebener Nichteinigungspunkt unterstellt wird; und eine andere Klasse, bei der die Herbeiführung des Nichteinigungspunktes bzw. die Einführung eines Drohpunktes rechtlichen Anstoß erregt. Beidemale werden die Umstände erfaßt, unter denen verhandelt wird.

Bei gegebenem Nichteinigungspunkt kommen grundsätzlich die folgenden Faktoren als Quelle einer Störung der Vertragsparität in Frage: Irrtum, Täuschung, Unerfahrenheit, Ausnutzung asymmetrischer Information, unabhängig davon, ob diese bewußt von einer Seite herbeigeführt wurde oder nicht. Im Rahmen der axiomatischen Verhandlungstheorie können diese Faktoren als Gründe dafür angeführt werden, warum das Symmetrieaxiom oder das Rationalitätsaxiom verletzt ist. Schwache oder starke Störungen der Vertragsparität können die Folge sein. Tatsächlich wirken diese Faktoren über den Verlauf des Verhandlungsprozesses auf das Verhandlungsergebnis ein. Dieser Prozeß wäre im einzelnen im Rahmen der strategischen Verhandlungstheorie zu untersuchen.[17]

Die strategische Beeinflussung des Nichteinigungspunktes bzw. die Wahl des Drohpunkts kann grundsätzlich eine Störung der Vertragsparität bewirken. Jede Veränderung des Nichteinigungspunktes und jede Hinzufügung eines Drohpunktes führt zu einer Erhöhung des Anteils einer Partei an der Kooperationsrente zu Lasten der anderen Partei.

Da es sich hier um den Fall einer Endogenisierung des Nichteinigungspunktes (oder die Hinzufügung eines Drohpunktes) handelt, ist das zugrundeliegende Spiel mit Hilfe der nichtkooperativen Spieltheorie zu untersuchen. De facto entscheidet hier ein Spieler (eine Vertragspartei) durch Wahl eines strategischen Zuges (siehe dazu Dixit/Nalebuff 1997, S. 117 ff.), welches Spiel gespielt wird. Die von der Rechtsordnung zu beantwortende Frage wäre, welche strategischen Züge sie zum Zwecke der Endogenisierung von Nichteinigungspunkten (oder der Festlegung von Drohpunkten) als zulässig ansehen möchte und welche als unzulässig. Verschiebungen von Nichteinigungspunkten können auch durch die Natur hervorgerufen werden – man denke an Notlagen, die nicht durch Handlungen des

[17] „Anchoring“ und andere in der Literatur über psychologische Einflüsse genannte Faktoren lassen sich durch geeignet gewählte Punkte im Auszahlungsraum darstellen bzw. durch Anpassung der Spielregeln im Rahmen der strategischen Verhandlungstheorie untersuchen. Aber dies ist nicht Gegenstand dieses Papers.

Produced by bepress.com, 2013

Verhandlungspartners erzeugt wurden. Auch diese bewirken Veränderungen von Nichteinigungspunkten.

Strategisch bewirkte Veränderungen von Nichteinigungspunkten (oder die Hinzufügung eines Drohpunktes) können zu schwachen wie starken Störungen der Vertragsparität führen. Dabei ist es eine offene Frage, ob der ursprüngliche Nichteinigungspunkt oder der neue als Referenzpunkt dienen sollte.

Wenn keine asymmetrische Information vorliegt, wird ein rationaler Spieler niemals eine durchsetzbare Einigung akzeptieren, die ihm eine negative Rente aus der Transaktion liefert – gegeben den Nichteinigungspunkt. Angenommen, dieser liege bei d_0, dann wird Eva das Fahrrad niemals zu einem Preis von weniger als 50 Euro verkaufen. Unterliegt sie einem Irrtum über den Wert der Gegenleistung oder wird sie getäuscht, dann kann durchaus eine negative Rente ($x_E < 0$) resultieren. Ein solches Ergebnis kann sich auch einstellen, wenn Eva irrtümlich (oder mit Mitwirken von Seiten Adams) einen Nichteinigungspunkt im Bereich d_1 unter-stellt (sie unterschätzt ihre wahre Abgabepreisuntergrenze), während er tatsächlich bei d_0 liegt. Die symmetrische Nash-Verhandlungslösung könnte dann z. B. einen Preis von 60 liefern (ein Punkt links oberhalb von G auf der Pareto-Grenze).

Die axiomatische und die strategische Verhandlungstheorie sowie die Theorie des Wettbewerbsmarktes sind in der Lage, weitere in der Lebenswirklichkeit vorkommende und Störungen der Vertragsparität genannte Umstände zu erfassen. Aber helfen sie auch, die normative Frage zu beantworten, wie die Rechtsordnung auf eine Störung der Vertragsparität reagieren sollte? Die Antwort lautet nein. Diese normative Frage ist nämlich konkret eine Frage danach, wo der die Parität sichernde Nichteinigungspunkt liegen sollte (bzw. der Drohpunkt nicht liegen sollte) oder welcher Punkt auf der Paretogrenze bei gegebenem Nichteinigungspunkt Parität im Verhandlungsprozeß reflektiert. Akzeptiert man die These, daß eine Veränderung der Umstände, unter denen ein Vertragsabschluß erfolgt, zu einer Umwertung führt, dann ist jede Bewertung (Abgabepreis-Untergrenze oder Beschaffungspreis-Obergrenze) eine „Funktion“ der Verhandlungssituation. Bewertung ist nicht mehr ein exogener Parameter, sondern eine endogene Variable.[18]

[18] Ein analoges Problem wurde in der Diskussion um die Beeinflussung von Präferenzen durch Werbung behandelt. Gegner der Werbung behaupteten, die durch Werbung veränderten Präferenzen seien nicht die „wahren“ Präferenzen. Aber warum sollten die bei Abwesenheit von Werbung vorhandenen Präferenzen die wahren Präferenzen sein?

Ein „fairer“ Vertragsinhalt kann sich in einen „unfairen“ Inhalt verwandeln, wenn sich die Daten verändern, die dem Vertrag zugrunde lagen. Wäre der Vertrag vollständig, dann könnte man ihm entnehmen, was zu tun ist. Bei einem unvollständigen Vertrag wäre zu fragen, was die Parteien vermutlich vereinbart hätten, wenn sie die neuen Umstände vorausgesehen hätten. Bei der Beantwortung dieser Frage kann die ökonomische Verhandlungstheorie ebenfalls sinnvoll eingesetzt werden.[19]

C. Begründung rechtspolitischen Handlungsbedarfs (normative Analyse)

Wir wollen im folgenden fünf Begründungen für rechtspolitischen Handlungsbedarf im Falle gestörter Vertragsparität untersuchen.

I. Verstoß gegen das „Wesen“ eines Austauschvertrages

Häufig wird versucht, aus dem Wesen eines Begriffs, Kriterien für die praktische Handhabung desselben zu gewinnen. Man könnte daran denken, aus dem Wesen des Austauschvertrages Kriterien für die gestörte Vertragsparität abzuleiten. Dieses Verfahren ist jedoch aus mehrerlei Gründen wissenschaftstheoretisch fragwürdig: Die Frage nach dem Wesen wird häufig mit der Formulierung einer essentialistischen Definition zu beantworten versucht. Aber da der Wahrheitsgehalt solcher Definitionen nicht intersubjektiv überprüfbar ist, entbrennt ein Streit über das wahre, das wirkliche Wesen des Vertrages, der rational nicht entschieden werden kann.

Anstelle von essentialistischen Definitionen könnte man nach Nominaldefinitionen suchen. Aber das führt auch nicht weiter, weil Nominaldefinitionen lediglich Etiketten sind.[20]

---

[19] Im übrigen sei auf die ökonomische Theorie zum Wegfall der Geschäftsgrundlage verwiesen (siehe Schäfer, H.-B./ Ott, C., Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl., 2000, S. 389 ff.

[20] „Während die essentialistische Interpretation eine Definition ‚normal’, das heißt *von links nach rechts* liest, muß *eine Definition, wie sie gewöhnlich in der modernen Wissenschaft verwendet wird, von rückwärts nach vorne, das heißt von rechts nach links gelesen werden;* denn sie beginnt mit der Definitionsformel und fragt nach einer kurzen und handlichen Bezeichnung, nach einer Art Etikette für sie. In der wissenschaftlichen Auffassung

Wenn gegenseitige Verträge dadurch gekennzeichnet sind, „daß jeder dem anderen eine Leistung gerade deshalb verspricht, um dafür von diesem eine ‚Gegenleistung' zu erlangen" (siehe Larenz 1987, S. 6), dann wird man dieses Merkmal in allen Verhandlungssituationen wiederfinden, die nicht durch den Begriff des „diktierten Vertrages" zureichend beschrieben sind, der als Negation des Vertragsbegriffs anzusehen ist (siehe Larenz 1987, S. 50). Bei einem diktierten Vertrag wird durch Verfügung der Staatsgewalt zwischen zwei Personen ein privat-rechtliches Rechtsverhältnis auch gegen deren Willen begründet (siehe Larenz 1987, S. 50): „Hier ist von der Selbstbestimmung auch nur eines der Beteiligten nichts mehr übrig". Eben dies kann auch der Fall sein, wenn nicht die Staatsgewalt eine Verfügung erläßt, sondern eine Vertragspartei Abschluß und Inhalt eines Vertrags diktiert.

Auch die Anknüpfung an der Funktion des Vertragsschlusses führt nicht weiter: „Jemand bindet sich, weil er weiß, daß nur unter dieser Voraussetzung auch der andere sich bindet, er sich auf das, was dieser ihm zusagt, verlassen kann" (Larenz 1979, S. 57). Aber das trifft auf jede Verhandlungssituation zu.

Schließlich könnte man das Wesen des Austauschvertrages im Synallagma suchen, der wechselseitigen Verknüpfung der beiderseitigen Leistungspflichten (siehe Larenz 1987, S. 203). Aus der Palette der verschiedenen Theorien (etwa Austauschzwecktheorie, Geschäftsgrundlagentheorie, Bedingungstheorie, Causatheorie) soll lediglich die Position von Larenz betrachtet werden. Nach ihm erfüllt ein Vertrag einen objektiven Zweck, nämlich Austausch, der den subjektiven Interessen der Vertragsparteien vorgeht (siehe Larenz 1963) und der zur Analyse der Richtigkeit des Vertragsinhaltes herangezogen werden kann. Aber aus dem objektiven Zweck kann man die richtige Verteilung der Tauschgewinne nicht ableiten, denn dieser objektive Zweck wird stets erfüllt, wenn ein Vertrag pareto-superior ist im Vergleich zum Nichteinigungspunkt (siehe Nash-Verhandlungslösung).

Während Juristen nach dem Grund einer aus einem Vertrag hervorgehenden Verpflichtung fragen (dem Grund des Sollens),[21] sind Ökonomen eher an der Frage der Anreize zur

---

ist eine Definition wie etwa ‚Ein Fohlen ist ein junges Pferd' eine Antwort auf die Frage ‚*Wie sollen wir* ein junges Pferd *nennen*?', nicht aber eine Antwort auf die Frage ‚*Was ist* ein junges Pferd?' … In der modernen Wissenschaft kommen nur nominalistische Definitionen vor, das heißt abkürzende Symbole oder Etiketten, die zur abkürzenden Darstellung einer langen Formel eingeführt werden." (Popper, K. R., Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, 2, 1958, S. 21.)

[21] „(J)eder verpflichtet sich zu seiner Leistung, *um dadurch den anderen zur Gegenleistung zu verpflichten*. Jeder will nur verpflichtet sein im ‚Kontext', im unlöslichen Zusammenhang mit der Verpflichtung des anderen zu der

Einhaltung von Versprechen interessiert. Für sie besteht die Funktion eines Vertrages darin, Versprechen glaubwürdig zu machen und damit ein ansonsten bestehendes Gefangenendilemma-Spiel zu verhindern. Mit dem Vertragsschluß verspricht man, sich dem Zwang des Staates in dem Falle zu unterwerfen, in dem man sein Leistungsversprechen nicht einhält.

II. Verletzung von Freiheitsrechten

Die Frage nach der gestörten Vertragsparität kann reformuliert werden als Frage nach den Formen, in denen es Vertragsparteien erlaubt ist, für sich Vorteile aus einer Vertragsbeziehung herauszuholen. Auch im Idealfall nicht gestörter Parität werden Verträge geschlossen, weil und insofern sich beide Parteien daraus einen Vorteil versprechen (positive Rente). Welche Formen der Vorteilsnahme sollten erlaubt und welche nicht erlaubt werden (siehe Kronman 1980)? Es liegt nahe, bei der Beantwortung dieser Frage an der Verletzung von (Freiheits-)Rechten anzuknüpfen.

Vertragsfreiheit läßt sich durch eine Reihe von Rechten umschreiben, bei deren Verletzung eine Störung der Vertragsparität diagnostiziert werden könnte. Es wären dann alle Formen der Vorteilsnahme erlaubt, die diese Rechte nicht verletzen. Dies führt jedoch aus einem Grund nicht weiter, den Kronman klar bezeichnet hat: „The liberty principle has an appealing directness and simplicity. It does not, however, provide a satisfactory test for discriminating between acceptable and unacceptable forms of advantage-taking in the exchange process, but rather begs the question it is meant to answer. For the liberty principle to be of any help at all, we must already know when an individual is entitled to complain that his liberty has been violated and to know this, we must know what rights he has" (Kronman 1980, S. 483). Um auf das Prinzip der Vertragsfreiheit zu rekurrieren, muß man bereits eine Theorie der Spezifikation von Rechten (Inhalt und personelle Zuteilung) haben: „Because it does not itself supply such a theory, the liberty principle, standing alone, provides no guidance in deciding which forms of advantage-taking ought to be allowed" (Kronman 1980, S. 484).

---

vereinbarten Gegenleistung" (Larenz, K., Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S. 203).

III. Das Prinzip des gegenseitigen Achtens

Bei gestörter Vertragsparität gewinnt der strukturell Überlegene auf Kosten des strukturell Unterlegenen. Ein Unwerturteil über eine derartige Vereinbarung kann an der Verteilung der Kooperationsrente ansetzen, man kann es aber auch aus dem Umstand herleiten, daß der Übervorteilte nicht als Person geachtet wurde, sondern *nur* als Mittel zur Verfolgung eigener Ziele: „Das Prinzip des gegenseitigen Achtens findet seinen Niederschlag im positiven Recht keineswegs nur in den ‚Grundrechten' sondern durchzieht die gesamte Rechtsordnung. So liegt es zunächst einmal jedem Vertrage und damit dem gesamten Vertragsrecht zugrunde, denn indem ich mit dem anderen einen Vertrag schließe, lasse ich darin den seinen wie meinen Willen gelten, anerkenne ihn als Person, so wie er mich." (Larenz 1979:, S. 54). Diese von Kant inspirierte Position sieht im mangelnden Respekt vor der Person der Vertragspartei die Ursache für die Aberkennung der Rechtsverbindlichkeit des Vereinbarten (siehe Murphy/Coleman 1984, S. 204 ff.). Der strukturell Unterlegene hat „eigentlich" der Vereinbarung gar nicht zugestimmt. Er wurde wie eine Sache behandelt.[22] Die Beurteilung dieses Arguments führt in philosophische Untiefen. Allerdings kann man ihm eine ökonomische Ratio unterschieben: Die nicht erschlichene, sondern autonom erteilte Zustimmung zu einem Vertrag ist notwendig, damit beim Vollzug der Transaktion den Opportunitätskosten (im Sinne der Abgabepreis-Untergrenze) Rechnung getragen wird. Letztlich geht es um das Axiom der individuellen Rationalität.

IV. Das Äquivalenzprinzip beim gegenseitigen Vertrag

1. Die juristische Perspektive

Nach vorherrschender Meinung gehört das Äquivalenzprinzip zum Wesen des gegenseitigen Vertrages. Sehen wir, auf welche Weise dies Larenz zum Ausdruck bringt (Larenz 1979, S. 66): „Bei einem gegenseitigen Vertrage taucht die Frage nach dem Verhältnis von Leistung

und Gegenleistung auf. Regelmäßig wünscht jeder von den anderen eine Leistung zu erhalten, die der seinigen mindestens gleichwertig ist. Sicher sucht jeder dabei auch seinen speziellen Vorteil – der eine will ‚möglichst günstig' kaufen, der andere verkaufen usw. – , aber jedem ist dabei klar, daß auch der andere ‚auf seine Kosten kommen will' und daß er ihm daher etwas bieten muß, das dieser als einen hinreichenden Gegenwert betrachtet.

In diesem Sinne kann man sagen, daß der Gedanke eines ungefähren Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung, der Art, daß jeder dabei für sich noch einen Vorteil finden kann, dem gegenseitigen Vertrage als Typus immanent ist". Anstatt der Formulierung „Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung" ist bei Larenz noch die Rede von „(annähernder) Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung" (Larenz 1979, S. 66), „(annäherndes) Gleichwertverhältnis von Leistung und Gegenleistung" (Larenz 1979, S. 67). Stehen dagegen Leistung und Gegenleistung in einem „auffälligen Mißverhältnis" (siehe die Formulierung in § 138 Abs. 2 BGB), dann wird man eine Verletzung des Äquivalenzprinzips annehmen dürfen.[23] Ähnliches ist gemeint, wenn von Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung die Rede ist oder davon, daß der Wert der Gegenleistung nicht dem wahren Wert der Leistung entsprach.

Die Antwort auf die Frage, wann eine Verletzung des Äquivalenzprinzips vorliegt, hängt zunächst davon ab, ob man sich für das Konzept der „subjektiven Äquivalenz" oder das der „objektiven Äquivalenz" entscheidet. Unterstellen wir, daß die Vertragsparteien in Selbstbestimmung dem Vertragsinhalt zugestimmt haben, daß also keine starke Störung der Vertragsparität vorliegt, dann besagt das Prinzip der „subjektiven Äquivalenz", daß es grundsätzlich jeder Partei überlassen bleibt, ob sie die Leistung der anderen Partei als ihrer Leistung gleichwertig betrachtet (siehe Larenz 1979, S. 67, der dort diese Ansicht Flume zuschreibt): „Der Vertrag sei ‚richtig', weil und soweit er von der beiderseitigen Selbstbestimmung der Vertragsschließenden getragen ist" (Larenz 1979, S. 67). Sein Inhalt steht im Einklang mit dem Prinzip der kommutativen Gerechtigkeit. Aber: „Die in dem Erfordernis der beiderseitigen Zustimmung liegende ‚Richtigkeitsgewähr' ist keine absolute. Eine Partei kann ihr Interesse verkennen, die Situation falsch einschätzen, unaufmerksam

---

[22] „Failure to secure someone's consent prior to taking his resources amounts to treating the individual merely as a means to one's own gratification" (Murphy, J./ Coleman, J., The Philosophy of Law. An Introduction to Jurisprudence, 1984, S. 204).

[23] Derselbe Umstand kommt auch in Formulierungen wie den folgenden zum Ausdruck: „ein Vertrag ist offensichtlich einseitig und belastet den Vertragspartner unzumutbar" (Ehevertragsurteil); ein Vertrag ist „evident einseitig" und erscheint für den „belasteten" Vertragspartner bei „verständiger Würdigung des Wesens der Ehe un-zumutbar" (Ehevertragsurteil).

Produced by bepress.com, 2013

sein“ (Larenz 1987, S. 79). Dem soll durch Rückgriff auf das Prinzip der objektiven Äquivalenz entgegengewirkt werden. Was das heutige positive Recht anlangt, so kommt Larenz zu folgendem Ergebnis: „Das Vertragsrecht wird daher auch nach dem heutigen positiven Recht nicht ausschließlich von den Prinzipien der Selbstbestimmung und Selbstbindung, sondern neben ihnen auch von einem Gerechtigkeitsprinzip, dem des ‚ausgewogenen Verhältnisses’ und insoweit auch einer ‚objektiven Äquivalenz’ mitbestimmt“ (Larenz 1979, S. 79).

Richtigkeit verlangt „in erster Linie die ‚ethisch bestimmte Gerechtigkeit im engeren Sinne’“ (so die Umschreibung der Position Schmidt-Rimplers in Larenz 1979, S. 68). Damit könnte aber auch eine Kontrolle des Inhalts von Verträgen gemeint sein, der ein außerhalb der subjektiven Wertungen der Parteien liegendes (objektives) Gerechtigkeitskonzept zugrunde liegt.[24] Gedacht wird offenbar an Fälle, die wir schwache Störung der Vertragsparität genannt haben. Wer einen Vertragsinhalt auf „objektive Äquivalenz“ überprüft, benötigt offensichtlicht ein Kriterium für die distributive Gerechtigkeit,[25] das jedoch notwendigerweise einen interpersonellen Nutzenvergleich erfordert.[26]

2. Die ökonomische Perspektive

Eine sich als Erfahrungswissenschaft verstehende Ökonomie kann keine Werturteile (als wissenschaftliche Aussagen) formulieren. Da die Kriterien subjektiver wie objektiver Äquivalenz Werturteilen (oder „Wesensschauen“) entspringen, liegen sie außerhalb jenes Bereichs, in dem die Ökonomie Kompetenz beansprucht.

Allerdings kann ein Rückgriff auf das Wertkonzept der Ökonomie ein neues Licht auf die Bedeutung des Äquivalenzprinzips werfen. Wert (im Sinne von Tauschwert) entnimmt man aus einem Tauschverhältnis. Wenn 2 Einheiten von Gut A gegen 1 Einheit von Gut B ausgetauscht werden, dann ist der Wert einer Einheit A eine halbe Einheit B; und der Wert

---

[24] „(I)ndem unter redlich denkenden Parteien jede der anderen zubilligt, was sie selbst beansprucht, nämlich einen Gegenwert, ein ‚Äquivalent’, ist, objektiv gesehen, dem gegenseitigen Vertrage die Idee eines Ausgleiches, eines Gleichgewichts, einer ‚gerechten’ Abwägung immanent“ Larenz, K., Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 1987, S. 203).

[25] Zu einer kritischen Würdigung von Gerechtigkeitskonzepten siehe Schmidtchen, D., Ökonomie und Gerechtigkeit, in: Horstmann, K. u. a. (Hrsg.):, Gerechtigkeit- Eine Illusion?, 2004.

[26] Der Ausdruck objektive Äquivalenz suggeriert deshalb eine Bedeutung, die er nicht besitzen kann.

einer Einheit B beläuft sich auf zwei Einheiten A. Dieses Austauschverhältnis ist „objektiv“ nur insoweit, als es existiert. Aus diesem Umstand kann aber niemals geschlossen werden, daß es „wahre“ Werte repräsentiert. Stärker noch: Auch wenn überall in der Welt millionenfach in diesem Verhältnis getauscht wird, dann kann man ihm nicht den „wahren“ Wert von A und B entnehmen, wenn die Bezeichnung wahr mehr zum Ausdruck bringen soll als diesen Umstand. Wenn man den Preis eines Gutes in einem „perfekten“ Markt als objektiven Maßstab zur Beurteilung der Äquivalenz heranziehen möchte, dann stellt sich sofort die Frage, warum sich eine Vertragsseite (oder gar beide?) auf einen für sie ungünstigeren Preis eingelassen hat? Diese Frage zu stellen, heißt, die Umstände zu prüfen, unter denen es zum Vertragsabschluß kam. Damit aber rekurriert man nicht mehr auf ein Kriterium reiner substantieller Gerechtigkeit, sondern nimmt Zuflucht zur Vertragsfreiheit als Kriterium prozeduraler Gerechtigkeit.

Was schließlich den „subjektiven“ Wert anlangt, so kann dieser dem Austauschverhältnis am Markt nur für die sogenannten Grenzpaare (Böhm-Bawerk) entnommen werden (er entspricht im Gleichgewicht der Grenzrate der Substitution). Für den Wert der inframarginalen getauschten Einheiten besagt das Austauschverhältnis gar nichts, oder genauer, nur soviel, daß er höher ist als bei den marginalen Einheiten. Die Ökonomen nehmen deshalb eine Perspektivenveränderung vor. Ob eine Gegenleistung einer Leistung gleichwertig ist, bestimmen sie nicht dadurch, daß sie nach dem Wert von beidem fragen. Der ist immer gleich (siehe oben). Sondern sie bemessen den Wert einer Leistung nach dem Anteil an der Kooperationsrente, die durch den Austausch von Leistung und Gegenleistung geschaffen wird.

Die in der Rechtswissenschaft weitverbreitete Idee, bei der Frage nach einer Störung der Vertragsparität die „(annähernde) Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung“ zu prüfen, ist logisch unhaltbar. Der Wert von Evas Gegenleistung beträgt für Adam 100 Euro; der Wert seiner Leistung für ihn 75 Euro. Der Wert von Adams Gegenleistung beträgt für Eva 75 Euro; der Wert ihrer Leistung für sie 50 Euro. Aus der Sicht von Adam und Eva sind ihre Leistungen für sie stets weniger wert als die dafür erhaltenen Gegenleistungen (eben deshalb schließen sie den Vertrag).[27] Würde man von Adam verlangen, den Wert seiner Leistung (aus Sicht Evas die Gegenleistung) dem Wert der Leistung aus Sicht Evas (also deren Bewertung

[27] „(D)ie Parteien tauschen Leistungen aus, die, in den Augen einer jeden von ihnen, in dem Sinne einander mindestens gleichwertig sind, daß jede für ihre eigene Leistung eine ihrer Wertschätzung nach mindestens gleichwertige Gegenleistung, ein ‚Äquivalent’, erhält“ (Larenz, K., Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 1987, S. 202).

des Fahrrads) anzupassen, dann wäre der Preis nahe 50 Euro. Würde man Analoges von Eva verlangen, dann wäre der Preis nahe 100 Euro. Beides gleichzeitig zu verlangen, ist logisch widersprüchlich. Der logische Widerspruch träte nur dann nicht auf, wenn beide Seiten das Fahrrad gleich bewerten – dann aber käme es nicht zum Vertragsabschluß. Diese logischen Probleme lassen sich grundsätzlich dadurch vermeiden, daß man unter der „Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung" einen annähernd gleich großen Anteil an der Kooperationsrente versteht.

Wir haben im Modell des Verhandlungsspiels gesehen, daß die Verteilung der Kooperationsrente auf die an ihrer Entstehung Beteiligten von der relativen Verhandlungsmacht abhängt. Wenn die Beteiligten strikt rational sind, dann sollte die Quelle der Macht nicht in persönlichen Unterschieden der Verhandlungsführung (bargaining skills) gesucht werden, sondern in strategischen Vorteilen, die den Parteien aus Umständen zuwachsen, unter denen verhandelt wird (siehe Binmore 1998, S. 80). Wenn im obigen Beispiel der Transfer des Fahrrads zu 90 Euro erfolgen würde, dann wäre nach den strategischen Vorteilen zu suchen, die Eva im Vergleich zu Adam besitzt.

Eine Frage nach der Gerechtigkeit des Verhandlungsergebnisses (Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung) würden Ökonomen nicht durch Inspektion des Austauschverhältnisses zu beantworten suchen, sondern durch Prüfung der Gerechtigkeit des Verhandlungsspiels: Sind die Regeln des Spiels gerecht, m. a. W.: Wird ein faires Spiel gespielt? Eine mögliche Antwort wäre: Wenn beide Parteien dem Spiel zugestimmt haben (oder zugestimmt haben könnten; oder (Kant) aus Vernunftgründen zustimmen müßten), bevor es gespielt wurde, dann ist es ein „faires" Spiel.[28] Eine faire Wette über 1 Mio. Euro, der beide Parteien zugestimmt haben, führt zu extrem unterschiedlichen (ex post) Auszahlungen. Sind diese Auszahlungen un-fair?

Auf die Frage der Präferenzautonomie kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Der Grundsatz der Präferenzautonomie gehört zu den Herzstücken der Ökonomie. Seine Gültigkeit wird als selbstverständlich unterstellt und kaum kritisch reflektiert (siehe dazu Eidenmüller 1995, S. 328 ff.). Aber er deckt sich weitgehend mit der Idee der

[28] „A ‚fair rule' is one that is agreed to by the players in advance of play itself, before the particularized positions of the players come to be identified. Note carefully what this definition says: A rule is fair if players agree to it. It does not say that players agree because a rule is fair. That is to say, fairness is defined by agreement; agreement does not converge to some objectively determined fairness" (Buchanan, J., Fairness, Hope, and Justice, in: Skurski, R. (Hrsg.): New Directions in Economic Justice, 1983, S. 56).

Selbstbestimmung als Ausdruck der Privatautonomie.[29] Hinzu kommt ein pragmatisches Argument: „Präferenzautonomie betrifft die autonome Gestaltung des eigenen Lebens ‚schlechthin'" (Eidenmüller 1995, S. 332) – wer wollte sich anmaßen, besser als das Individuum zu wissen, was ihm gut tut? Schließlich ist zu bedenken, daß Eingriffe in die Präferenzautonomie zu Effizienzverlusten führen (siehe Eidenmüller 1995, S. 333).

V. Gesellschaftliche Wohlfahrtseinbuße (Ineffizienz)

Wir werden in diesem Abschnitt zunächst einige in der Ökonomie gebräuchliche Effizienzkonzepte Revue passieren lassen. Sodann werden wir die im positiven Recht als Störung der Vertragsparität bezeichneten Faktoren unter Effizienzgesichtspunkten beurteilen.[30]

1. Wohlfahrtskriterien

a) Utilitarismus:

Der klassische Utilitarismus würde gestörte Vertragsparität danach beurteilen, ob die dadurch ermöglichte Vorteilsnahme durch eine Vertragspartei die Gesamtwohlfahrt einer Gesellschaft erhöht. Wenn dies der Fall sein sollte, dann wäre ein Vertrag rechtsverbindlich. Da im Modellfall stets die maximale Kooperationsrente verwirklicht wird, ist die gestörte Vertragsparität die Angelegenheit eines Nullsummenspiels. Was Adam an Rente gewinnt, verliert Eva (und umgekehrt). Ohne ein geeignetes Nutzenkonzept und ohne ein Maß für die

---

[29] „Diese freiheitssichernde und freiheitsverbürgende Bedeutung des Grundsatzes der Präferenzautonomie wird durch unsere Rechtsordnung grundsätzlich anerkannt und bekräftigt" (Eidenmüller, H., Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, S. 332).

[30] Zu einer Auseinandersetzung mit „Effizienz als Rechtsprinzip" siehe Eidenmüller, H., Effizienz als Rechtsprinzip, 1995; siehe auch Schmidtchen, D., Effizienz als Rechtsprinzip. Bemerkungen zu dem gleichnamigen Buch von Horst Eidenmüller, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, 217/2 (1998), S. 251 – 267.

Produced by bepress.com, 2013

interpersonelle Vergleichbarkeit von Nutzen stellt der Utilitarismus – ganz abgesehen von seiner Verneinung der Privatautonomie – keine brauchbare Lösung bereit.[31]

b) Pareto-Kriterium und Kaldor-Hicks-Kriterium:

Das Pareto-Kriterium verlangt für einen gesellschaftlichen Wohlfahrtszuwachs, dass eine Maßnahme kein Gesellschaftsmitglied schlechter stellt und mindestens eines besser. Nach dem Kaldor-Hicks-Kriterium verbessert sich die gesellschaftliche Wohlfahrt, wenn die Gewinner einer Maßnahme die Verlierer kompensieren könnten. Im vorliegenden Modellfall führt die Veränderung von Verhandlungsmacht bei gegebenem Nicht-Einigungspunkt oder die Verschiebung desselben bei unveränderter Verhandlungsmacht zu Gewinnen und Verlusten. Nach dem Pareto-Kriterium ergibt sich keine Verbesserung. Geht man von der Hypothese aus, daß die Parteien durch integratives Verhandeln die Pareto-Grenze erreicht haben, dann steht dem aus distributivem Verhandeln resultierenden Gewinn der einen Partei ein gleich großer Verlust der anderen Partei gegenüber. Das Kaldor-Hicks-Kriterium ist ebenfalls nicht erfüllt.

c) Generalkompensation:

Das Kriterium der Generalkompensation (siehe Weizsäcker 1988) dient dazu, gesellschaftliche Situationen unter Wohlfahrtsgesichtspunkten zu beurteilen, wenn das Pareto-Kriterium und das Kaldor-Hicks-Kriterium versagen. Das Kriterium der Generalkompensation richtet das Augenmerk darauf, daß nicht nur ein einziger Vertragsschluß zu beurteilen ist, sondern daß eine Partei in ihrem Leben zahlreiche Verträge abschließt. So mag sie sowohl Nutznießer gestörter Vertragsparität sein als auch Opfer. Wenn, wie im obigen Modell die Kooperationsrente stets verwirklicht wird (das Axiom der Effizienz ist erfüllt), und es sich, was die Paritätsstörung anlangt, um ein Nullsummenspiel handelt, stellt die Generalkompensation eine brauchbare Denkfigur unter der Voraussetzung zur Verfügung, daß bei Nichtakzeptanz des Kriteriums die Transaktionen (und damit die Wertschöpfung) unterblieben.[32]

d) Maximin-Prinzip (Rawls):

---

[31] Zu einer umfassenden kritischen Würdigung des Utilitarismus siehe Eidenmüller, H., Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, S. 174ff.

[32] Zu einer umfassenden Würdigung des Konzepts der Generalkompensation siehe Eidenmüller, H., Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, S. 281 ff., siehe Fehl, U./ Oberender, P., Grundlagen der Mikroökonomie, 2002, S. 517 ff.

Nach dem Maximin-Prinzip stiege die gesellschaftliche Wohlfahrt, wenn die Vorteilsnahme durch eine Vertragspartei zugleich zu einer Verbesserung der Lage der in der Gesellschaft am schlechtesten positionierten Gruppe führt. Vorteilsnahme durch eine Partei führt aber in unserem Modell zu einer Verschlechterung der Position der anderen Partei. Gehört letztere zur Gruppe der Schlechtgestellten, dann würde nach dem Maximin-Kriterium die Wohlfahrt der Gesellschaft nicht steigen; es sei denn, die Ausbeutung des einen fördert auf lange Sicht die Position der gesamten Gruppe (so die Argumentation von Kronman 1980; zu einer Kritik siehe Murphy, Coleman 1984). Es ist zumindest denkmöglich, daß der im Austauschvertrag strukturell Überlegene zur Gruppe der Schlechtgestellten gehört, so daß man von einer Verbesserung der Wohlfahrt der Gesellschaft sprechen könnte.

2. Gestörte Vertragsparität nach positivem Recht

Nach dieser vergleichsweise abstrakten Diskussion von Wohlfahrtskriterien wollen wir nun die gemeinhin mit gestörter Vertragsparität verbundenen Sachverhalte einer genaueren Effizienzanalyse unterziehen.[33]

a) Arglistige Täuschung:

Unter „arglistiger Täuschung“ werden Handlungen zum Zwecke der Verzerrung von Informationen, insbesondere bezüglich der Qualität einer Leistung/Gegenleistung oder des Preises, verstanden. Es handelt sich um opportunistisches Verhalten im Sinne Williamsons. Solch opportunistisches Verhalten ist ineffizient aus mehrerlei Gründen:

i) Die Handlungen verursachen Kosten und schaffen keinen Wert. Sie bewirken eine reine Umverteilung von Kooperationsrenten.

ii) In einer Welt, in der Täuschung rechtlich nicht sanktioniert würde, müßten Vertragsparteien ständig mit solchen Versuchen rechnen. Die zum Schutz vor Täuschung

[33] Wir folgen hier weitgehend den Überlegungen von Shavell, St., Economic Analysis of Contract Law, The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, Nr. 403 (2003); siehe auch Kaplow, L./ Shavell, S., Fairneß versus Welfare, 2002, S. 215 ff.

aufgewendeten Ressourcen schaffen keinen Wert, erfordern aber gesellschaftliche Opportunitätskosten.

iii) Wenn Täuschung erfolgreich sein sollte, mag der Getäuschte wirtschaftliche Entscheidungen fällen, die eine Verschwendung von Ressourcen darstellen. Indem die Rechtsordnung auf arglistiger Täuschung beruhende Verträge nicht anerkennt, trägt sie zur Effizienz bei.

b) Irrtum:

Irrtum beruht auf asymmetrischer Information, die nicht opportunistisch erzeugt wurde (das ist der Unterschied zur Täuschung), sondern auf mangelnder Vorsicht oder Voraussicht des Irrenden. Würde die Rechtsordnung irrtümlich abgeschlossene Verträge als verbindlich ansehen, dann hätte dies zwei nachteilige Folgen: (a) Eine Sache mag nicht an den Ort höchster Bewertung gelangen. Wiederverkauf mag möglich sein, aber u. U. nur unter Aufwand hoher Transaktionskosten. (b) Aus Furcht, an irrtümlich abgeschlossene Verträge gebunden zu sein, kann es zu ineffizient hohem Aufwand zur Vermeidung von Irrtümern kommen.[34] Auf der anderen Seite ist es nicht so, daß das Recht alle Ungleichheiten korrigieren müßte oder auch nur könnte: „Das Zivilrecht kann deshalb z. B. einen weniger Klugen nicht einfach deshalb nachsichtiger behandeln, weil er nicht klüger ist, etwa von ihm ein geringeres Maß von Sorgfalt verlangen als die im Verkehr erforderliche Sorgfalt; dieser Gedanke ist bereits in den Digesten in klassischer Form ausgedrückt: ‚ne melioris conditionis sint stulti quam periti'. Der Leichtsinnige und der Unerfahrene müssen ihr Lehrgeld jedenfalls im Grundsatz selbst bezahlen; nur in dem extremen Falle, daß ein anderer sich unter Ausbeutung ihres Leichtsinns, ihrer Unerfahrenheit grob unverhältnismäßige Vorteile verschafft, greift die Wuchervorschrift des § 138 BGB ein" (Weitnauer 1975, S. 15).

c) Asymmetrische Information:

---

[34] Zu Unterschieden in der Analyse einseitigen Irrtums und beidseitigen Irrtums siehe Rasmusen, E./ Ayres, I., Mutual and Unilateral Mistake in Contract Law, Journal of Legal Studies, 22/2 (1993), S. 309 - 343; Smith, J./ Smith, R., Contract Law, Mutual Mistake, and Incentives to Produce and Disclose Information, Journal of Legal Studies, 19/2 (1990), S. 467 - 488.

Vorteilsnahme durch eine Partei kann darin ihre Ursache haben, daß diese Partei vertragsrelevantes privates Wissen besitzt. Sollte die Rechtsordnung für die Gültigkeit eines Vertrages die Offenbarung solcher Informationen verlangen? Eine Beantwortung dieser Frage setzt eine Analyse der Wirkungen von Offenbarungspflichten voraus. Eine Offenbarungspflicht ist nur notwendig, wenn es sich um Wissen handelt, das die Verhandlungsposition des besser Informierten verschlechtert. Aus Sicht eines Verkäufers führt die Offenbarung zu einem niedrigeren Preis; aus Sicht des Käufers zu einem höheren. In der Erwartung solcher Effekte werden bei Offenbarungspflicht weniger Ressourcen in den Erwerb von Wissen investiert, das nicht „automatisch" vorhanden ist.

Ob Offenbarungspflichten sozial erwünscht sind, hängt insbesondere von drei Faktoren ab:

- Wer besitzt das Wissen? Ist es ein Verkäufer, dann mag die Offenbarung eine ineffiziente Nutzung eines gekauften Objektes durch den nichtinformierten Käufer verhindern und damit Ressourcenverschwendung. Wenn dagegen der Käufer das Wissen besitzt, etwa über die Nutzungsmöglichkeiten von Boden, dann werden diese auf jeden Fall genutzt. Eine Offenbarung dieses Wissens hat nur einen Effekt auf die Verteilung der Kooperationsrente.

- Werden die Anreize zum Erwerb wertvollen Wissens verringert? Wenn Wissensoffenbarung verlangt wird und zu befürchten ist, daß derjenige, der Kosten zum Erwerb aufgewendet hat, die Erträge nicht ziehen kann (etwa weil der bisherige Eigentümer nach Offenbarung nicht verkaufen will oder den Preis erhöht), dann kann der Anreiz zum Erwerb wertvollen Wissens (etwa über Vorhandensein von Bodenschätzen) sinken. Allerdings kann es bei fehlender Offenbarungspflicht auch zu exzessiven Investitionen in den Erwerb neuen Wissens kommen, insbesondere dann, wenn dieses Wissen nicht gesellschaftlich wertvoll ist, sondern nur die Position im Verteilungskampf der Kooperationsrente verbessert.

- Hat das Wissen sozialen Wert oder nur privaten? Wenn (neues) Wissen sozialen Wert hat, dann bedeutet der Erwerb und die Nutzung eine Wertschöpfung. Hat es nur privaten Wert, dann dient sein Erwerb und seine Nutzung nur der Umverteilung der Kooperationsrente (siehe auch Friedman 2000, S. 168ff.).

Für die Offenbarungspflicht folgt: Bei Wissen ohne (oder mit niedrigem) sozialen Wert (etwa das Wissen um einen Streik, der die Preise eines Gutes erhöht, oder Insiderwissen bezüglich

der Wertentwicklung einer Aktie) sollte eine Offenbarungspflicht gelten; anders bei Wissen mit hohem sozialem Wert (siehe Erfindungen).[35]

d) Notlage:

Personen in Notlagen sind bereit, Vertragsbedingungen zu akzeptieren, die sie andernfalls abgelehnt hätten.[36] Bei der rechtlichen Behandlung von Notlagenfällen muß man zwei Arten von Notlagen unterscheiden: Eine Vertragspartei hat eine Notlage herbeigeführt oder eine Notlage ist ohne Dazutun der Vertragspartei entstanden.

Im ersteren Falle sollte Verträgen die Rechtsverbindlichkeit abgesprochen werden, weil andernfalls ein Anreiz besteht, Notlagen herbeizuführen. Dies aber bedeutet eine Verschwendung von Ressourcen aus dreierlei Gründen: Die Herbeiführung von Notlagen verschlingt Ressourcen, die Beseitigung verschlingt Ressourcen, und wenn letztere scheitert, werden wertvolle Ressourcen vernichtet. Tatsächlich besteht jedoch ein Abwägungsproblem bei erpresserischen Gewaltverbrechen. Wenn man einen „Vertrag“ gelten läßt, dann erhöht sich die Chance, daß man sich freikaufen kann; auf der anderen Seite erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, daß man erpreßt wird (siehe Friedman 2000, S. 152).

Bei „zufällig“ entstandenen Notlagen gibt es gute Gründe, hohe Preise rechtlich nicht zu akzeptieren.[37] Wenn sich z. B. ein Rettungsschiff und ein in Seenot geratenes Schiff begegnen, sollte die Rettung aus Effizienzgründen vollzogen werden. Sie würde möglicherweise scheitern, wenn erst über den Preis verhandelt werden müßte. Wenn beide Seiten wissen, daß ein ausgehandelter Preis einer späteren Überprüfung unterliegt (oder ein Standardpreis gilt), wird die Wahrscheinlichkeit reduziert, daß das Schiff sinkt (siehe Friedman 2000, S. 155 f.) Bei Transaktionskosten von Null würde vor Fahrtantritt ein vollständiger Vertrag zwischen Schiffseigner und Rettungsunternehmen abgeschlossen werden.[38]

---

[35] Obwohl es hier wie bei Täuschung und Irrtum um asymmetrische Information geht, ist die wohlfahrtsökonomische Einschätzung differenzierter. Die Nutzung von Wissen im Falle von Täuschung und Irrtum wirkt niemals wertschöpfend.

[36] Als Notlage könnte man eine Situation bezeichnen, bei der eine starke Störung der Vertragsparität vorliegt, die durch eine Verschiebung des Nichteinigungspunktes in die Bereiche d_1 oder d_2 zustande kommt (Umwertung). Wenn die Preise für Hotelzimmer zu Messezeiten angehoben werden, dann reflektiert dies eine höhere Wertschätzung – die Paretogrenze verschiebt sich. Man sollte hier nicht von Notlage sprechen.

[37] Ein „hoher“ Preis entspricht der durch Umwertung nach oben getriebenen Beschaffungspreisobergrenze.

[38] Friedman vertritt die These, daß es sich bei den Fällen der Rettung aus Notlagen um ein Problem der gemeinsamen Verursachung eines nützlichen Phänomens, nämlich Rettung, handelt, bei dessen Analyse auf

Im Falle von Risikoaversion bedeutet Inhaltskontrolle eine implizite Versicherung. Unabhängig von der Risikoaversion können hohe erwartete Preise für eine Rettung exzessive (ineffiziente) Vorsorgemaßnahmen induzieren. Allerdings ist zu bedenken, daß hohe Preise für eine Rettung auch einen Anreiz darstellen, überhaupt Ressourcen in die Rettung zu investieren.[39] Auf der anderen Seite kann eine profitable „Rettungsindustrie", die eine gesellschaftlich optimale Rettungswahrscheinlichkeit erzeugt, auch unter moderaten Preisen am Leben erhalten werden.

e) Einseitige Festlegung von Geschäftsbedingungen:

Manche Verträge enthalten allgemeine Geschäftsbedingungen, über die man nicht verhandeln kann. Wird hier der Vertragsinhalt diktiert, ähnlich wie bei der Ausnutzung einer Notlage? Gewiß, der Inhalt der Geschäftsbedingungen wird von einer Seite festgelegt, aber andererseits muß er zunächst vom Käufer akzeptiert werden, und das wird der Fall sein, wenn der Käufer sich eine positive Rente aus der Transaktion erhofft. Bei Wettbewerb unter den Anbietern wird man nicht von Zwang sprechen können. Zwang ist also nicht der Festlegung allgemeiner Geschäftsbedingungen immanent, sondern er resultiert aus einer Monopolstellung. Im übrigen reduzieren solche Verträge die Transaktionskosten (und den Preis) und verhindern Opportunismus der Mitarbeiter von Unternehmen, die AGB vorschreiben (siehe Friedman 2000, S. 156f.).[40]

f) Relationsspezifische Investitionen:

Relationsspezifische Investitionen sind dadurch gekennzeichnet, daß sie außerhalb einer Vertragsbeziehung (nahezu) wertlos sind. Daraus resultieren Quasirenten, deren Verteilung man im Vertrag festlegen kann. Da Verträge aus Gründen eingeschränkter Rationalität und

---

Coasesche Überlegungen zurückgegriffen werden kann (siehe Friedman, D., Law's Order: What Economics has to do with law and why it matters, 2000, S. 155).

[39] Wenn die Erhöhung der Wahrscheinlichkeit, am rechten Ort zur rechten Zeit ein Schiff zu retten um 1 Prozentpunkt 100.000 Euro kostet, dann wird ein Unternehmen nur bereit sein, diesen Betrag zu investieren, wenn der Preis einer Rettung mindestens 10 Mio. Euro beträgt. Der Betrag sollte investiert werden, wenn der Wert des Schiffes mindestens 10 Mio. Euro beträgt, wenn also der soziale Vorteil der Investition positiv ist. Ein niedrigerer Preis würde bedeuten, daß ein positiver externer Effekt erzeugt wird. Das optimale Niveau an Sorgfaltsmaßnahmen wird unterschritten.

[40] Zur ökonomischen Begründung eines AGB-Gesetzes siehe Adams, M., Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes, in: Adams, M.: Ökonomische Theorie des Rechts, 2002, S. 117 ff.

wegen (ex ante) Transaktionskosten unvollständig sind, besteht die Gefahr einer opportunistischen Aneignung von Quasirenten, wenn im Vertrag nicht geregelte Weltzustände eintreten. Der stärker auf die Aufrechterhaltung der Vertragsbeziehung Angewiesene gerät in die Position struktureller Unterlegenheit. Ist er in solchen Situationen schutzlos, dann kann er von der Vornahme spezifischer Investitionen abgeschreckt werden – was ineffizient wäre. Durch Schaffung geeigneter Institutionen kann der ausbeuterischen Aneignung von Quasirenten entgegengewirkt werden. Man denke an die Mitbestimmung im Untenehmen (siehe dazu Schmidtchen 1987). Da relationsspezifische Investitionen eher für relationale Verträge typisch sind, dürften Schutzmaßnahmen des „private ordering" eine größere Bedeutung haben als die von der Rechtsordnung vorgesehenen. Auf letztere wird nur im Notfall zurückgegriffen.

D. Ausgleich gestörter Vertragsparität

Wenn die Rechtsordnung – aus welchen Gründen auch immer – Störungen der Vertragsparität ausgleichen möchte, so kann sie das auf zweierlei Weise tun: (1) Die Rechtsverbindlichkeit einer Vereinbarung wird an eine Inhaltskontrolle geknüpft. (2) Die Rechts- oder die Verhandlungsposition des strukturell Unterlegenen wird gestärkt (Ordnungspolitik).[41]

I. Inhaltskontrolle (Vertragsregulierung)

Den prototypischen Fall einer Inhaltskontrolle liefert § 138 Abs. 2 BGB. Hier wird der Inhalt eines Vertrags dem Test der Sittenwidrigkeit unterworfen. Überstehen Vereinbarungen diesen oder ähnliche Tests nicht, dann stellt die Rechtsordnung die folgenden Mittel zur Verfügung: Nichtigkeit, Ergänzung, Interpretation. Man kann dieses Verfahren der Reparatur der Störungen der Vertragsparität „Vertragsregulierung" nennen (siehe dazu Kronman 1980, S. 499).

---

[41] Zur Frage, ob es erstrebenswert und möglich ist, durch Rechtsnormen im Zivilrecht verteilungspolitische Ziele zu verfolgen, siehe auch Eidenmüller, H., Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, S. 274ff.; Polinsky, M., An Introduction to Law and Economics, 1989, S. 119 ff.; Kronman, A., Contract Law and Distributive Justice, Yale Law Journal 89 (1980), S. 472 - 511.

Vertragsregulierung gibt es in einer ex ante Variante und (einer) ex post Variante. Ex post Regulierung wird vornehmlich von Gerichten durchgeführt. Ex ante Regulierung ist in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers, der den Schutz des strukturell Unterlegenen durch den Erlaß von Schutzgesetzen zu erreichen versucht, die direkt auf die Festlegung des Inhalts von Verträgen zielen. Als Beispiel sei die Mindestlohngesetzgebung genannt. Weil der Inhalt eines Vertrages gesetzlich vorgeschrieben wird, kann man von einer interventionistischen Politik sprechen. Ob der Gesetzgeber seine Schutzziele erreicht, hängt davon ab, ob und inwieweit der von einer Intervention in seiner Vermögensposition negativ betroffene Personenkreis Ausweichmöglichkeiten (Arbitragen) besitzt.

II. Ordnungspolitik

Ordnungspolitik setzt im Gegensatz zum Interventionismus den Vertragsinhalt nicht direkt fest, sondern regelt die Rahmenbedingungen, unter denen Interaktionen erfolgen. Das Motto lautet: die Rechtsposition und die Verhandlungsposition des strukturell Unterlegenen müssen gestärkt werden.

1. Stärkung der Rechtsposition

Stärkung der Rechtsposition der einen Vertragspartei impliziert Schwächung derjenigen der anderen Partei. Häufig kann sich die rechtlich geschwächte Partei aber im Wege der Anpassung des Vertragsinhalts Genugtuung verschaffen (siehe auch Kaplow, Shavell 2002,S. 201 ff.). Hier meldet sich die Marktrationalität zu Wort, die wir gleich anhand von drei Beispielen erläutern wollen.

Bei vernachlässigbar niedrigen Transaktionskosten kann durch Veränderung der Allokation der „property rights" ein verteilungspolitisches Ziel erreicht werden, ohne Ineffizienz zu bewirken. Bei hohen Transaktionskosten ist dies jedoch nicht zu erwarten. Drei Beispiele sollen zur Verdeutlichung des Arguments angeführt werden.

a) In der Ausgangssituation gelte die Haftungsregel Caveat Emptor. Weil die Nachfrager eines Gutes als den Anbietern strukturell unterlegen erscheinen, ersetzt der Gesetzgeber diese Regel durch die Regel Caveat Venditor. Was wird geschehen?

Betrachten wir einen Wettbewerbsmarkt im langfristigen Gleichgewicht. Der Wechsel der Haftungsregel erhöht die maximale Zahlungsbereitschaft der Nachfrager (das Gut wird

wertvoller); gleichzeitig erhöhen sich die Kosten der Produzenten. Als Folge der Verschiebung von Nachfrage- und Angebotskurve erhöht sich der Marktpreis (Marktrationalität). Für die Verbesserung ihrer Rechtsposition bezahlen also die Nachfrager selbst. Wenn es in der Gruppe der Nachfrager Personen gibt, bei denen der Grenznutzen einer zusätzlichen Absicherung gegen Risiken kleiner ist als die Preiserhöhung, stellt sich Ineffizienz ein. Außerdem können sich Ineffizienzen aus dem Umstand ergeben, daß alle Nachfrager durch die neue Haftungsregel gegen Schäden versichert sind.

b) Ein Verkäufer und ein Käufer einer Ware einigen sich auf einen Preis in Höhe von P. Der Käufer zahlt voraus. Beide schließen den Vertrag in dem Wissen, daß das Gesetz im Falle der Nichterfüllung lediglich die Restitution vorsieht. Angenommen, der Käufer würde die Ware mit 1,5 P bewerten (maximale Zahlungsbereitschaft). Dem Gesetzgeber erscheine der Käufer als strukturell unterlegen, und er möchte seine Rechtsposition stärken, indem er anstelle der Restitution den Ersatz des Erfüllungsschadens vorschreibt. Es ist nicht zu erwarten, daß der vertraglich vereinbarte Preis unverändert bleibt. Der Verkäufer wird einen höheren Preis verlangen, und der Käufer wird bereit sein, einen höheren Preis zu zahlen: „In general, the parties will take any distributional effects of breach of contract remedies into account when they negotiate the contract price; thus, how the joint benefits of entering into the contract are shared between the parties depend primarily, if not exclusively, on their relative bargaining strength, not on the remedies available to them" (Polinsky 1989, S. 123).

c) Aufgrund einer Richtlinie zur Harmonisierung des Folgerechts in Europa haben alle Künstler in Europa einen Anspruch auf Beteiligung am Erlös aus der Weiterveräußerung eines künstlerischen Werks. Die Ratio des Folgerechts folgt aus dem Wunsch, einen Künstler am „wahren" Wert eines Kunstwerks zu beteiligen. Versagt der Markt als Signalsystem (oder verfügen die Nachfrager nach Kunstwerken über Marktmacht), dann erhält der Künstler als strukturell Unterlegener mit dem Erstverkaufspreis weniger als den „wahren" Wert. Dem soll durch das Folgerecht entgegengewirkt werden.

Häufig – und so auch hier – entspricht das, was gut gemeint ist, nicht den wahren Interessen der Beglückten. Eine ökonomische Analyse führt zu vier Einwänden gegen das Folge-recht (siehe Schmidtchen/Kirstein 2002; Schmidtchen/Koboldt/Kirstein 1998; Kirstein/Schmidtchen 2001): Das Folgerecht reduziert den Ersterwerbspreis eines Kunstwerks (Rückwälzung); es zwingt den möglicherweise risikoaversen Künstler zur

Teilnahme an einer Lotterie; es kann den Lebensnutzen eines Künstlers sogar dann senken, wenn sein Lebenseinkommen durch das Folgerecht steigen sollte (Paradox der Risikoaversion); es reduziert die Anreize der Kunsthändler zu Promotionsanstrengungen.

Die Liste der Beispiele ließe sich leicht verlängern. Im Ergebnis änderte sich wenig: „any notion of fairness that reflects concerns for rewarding, punishing, or protecting a party to a contract will in an important sense be moot. The reason is that different contract remedies will result in different contract prices" (Kaplow, Shavell 2002, S. 201).

2. Stärkung der Verhandlungsposition

Die Stärkung der Verhandlungsposition eines Spielers kann auf dreierlei Weise erfolgen:

a) Die Rechtsordnung verändert die Regeln für den Ablauf des Verhandlungsprozesses;

b) die Rechtsordnung schafft Optionen, die dem strukturell unterlegenen Spieler einen Ausstieg aus dem Verhandlungsspiel ermöglichen;

c) Schwächung der Verhandlungsmacht des strukturell Überlegenen. Diese Möglichkeiten seien kurz erläutert.

a) Änderung der Regeln des Verhandlungsprozesses

Vier Möglichkeiten seien angedeutet, die sich auf das oben dargestellte Verhandlungsspiel beziehen. Um Mißverständnisse zu vermeiden, sei hinzugefügt, daß mit der Andeutung dieser Möglichkeiten nicht behauptet wird, daß lebenswirkliche Verhandlungsspiele so ablaufen müssen wie oben dargestellt. Wohl aber kann das Beispiel dazu dienen, die Rolle von Regeln des Verhandlungsprozesses als solche zu verdeutlichen.[42]

- Anstelle eines Spiels mit wechselndem Vorschlagsrecht darf nur ein simultanes Spiel, etwa ein Nash Nachfragespiel gespielt werden.
- In einem Spiel mit endlicher Rundenzahl und wechselndem Vorschlagsrecht erhält der strukturell unterlegene Spieler das Vorschlagsrecht in der letzten Runde. Hier kann unmittelbar an die aus Tabelle 2 (strategische Verhandlungsspiele) abgeleiteten Ergebnisse angeknüpft werden, wenn sich das Vorschlagsrecht jeweils auf den Vorschlag eines

[42] Dass man das obige Verhandlungsspiel lebenswirklich im Labor spielen kann, sei nur nebenbei erwähnt.

Transaktionspreises bezieht. Denn dadurch wird zugleich eine Aufteilung der Kooperationsrente vorgeschlagen.

- Die maximal zulässige Rundenzahl wird so festgelegt, daß der strukturell unterlegene Spieler einen vom Gesetzgeber gewollten Anteil am Kuchen erhält.
- Ein neutraler Mediator ermittelt einen Preis und stellt diesen zur Abstimmung.

b) Exit-Optionen

Bei der Schaffung von Exit-Optionen geht es nicht um die Veränderung der Regeln, die den tatsächlichen Verhandlungsprozeß strukturieren, sondern um die Schaffung oder Änderung von Alternativen zum Verhandlungsspiel, etwa Anfechtung, Nichtigkeit usw. Angenommen, Eva bewerte das Fahrrad mit 80 Euro. Gleichwohl habe das Verhandlungsspiel wegen Evas struktureller Unterlegenheit einen Preis von 75 Euro ergeben. Die Option zu klagen, ist für Eva wertlos, wenn sie ihre Bewertung nicht verifizieren kann oder das Gericht – irrtümlich – von Bewertungen unterhalb von 75 Euro ausgeht (was aus Sicht des Gerichts eine positive Rente für Eva indizieren würde).[43] Wenn dagegen Evas Bewertung verifizierbar ist, dann könnte Eva im Verhandlungsspiel glaubhaft mit der Wahl dieser Option drohen und der ausgehandelte Preis könnte nicht unter 80 Euro liegen.[44]

c) Schwächung der Verhandlungsmacht des strukturell Überlegenen

Auch hier geht es um die Schaffung von Exit-Optionen, allerdings ohne die direkte Einschaltung von Gerichten. Durch Herstellung von Wettbewerb (Antikartellpolitik, Deregulierung, Abbau von Protektionismus im Außenhandel) wird die Machtstellung von Monopolisten abgeschwächt. Allerdings stoßen diese Maßnahmen dort an Grenzen, wo zum Zwecke von Produktivitätssteigerungen eine „fundamentale Transformation“ (im Sinne von Williamson) erforderlich ist.

---

[43] Die Exit-Option ist auch dann wertlos, wenn Evas Bewertung 50 Euro beträgt und eine Klage vor Gericht lediglich einen Preis einbrächte, der kleiner ist als 75 Euro.

[44] Zu gesetzlichen Regeln als Exit-Option siehe auch Baird, D. G./ Gertner, R. H./ Picker, R. C., Game Theory and the Law, 1994, S. 224 ff., die Schadensersatzregeln als Exit-Optionen diskutieren. Exit-Optionen verändern bei infiniten Spielen nicht die Dynamik des Verhandelns, sondern definieren Ober- und Untergrenzen für das, was ein Spieler erhält (siehe Baird, D. G./ Gertner, R. H./ Picker, R. C., Game Theory and the Law, 1994, S. 240). Bei finiten Spielen wird die Dynamik selbst beeinflußt.

E. Abschluss

In einer Privatrechtsordnung, die auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit beruht, ist das wichtigste Kriterium sowohl für die Richtigkeit des Vertragsinhaltes (Richtigkeitsgewähr) wie für die Effizienz, daß die von den Vertragsparteien eingegangene Bindung freiwillig erfolgt. Deshalb wird es zur zentralen Aufgabe der Rechtsordnung, die Freiwilligkeit des Vertragsabschlusses zu sichern. Obwohl die wichtigsten Theoreme der Ökonomie Freiwilligkeit voraussetzen, wird die Frage, wann sie gegeben und wann sie verletzt wird, nur selten gestellt. In diesem Beitrag war sie als Frage nach der gestörten Vertragsparität die Leitfrage. Gestörte Vertragsparität wurde mit Hilfe der ökonomischen Verhandlungstheorie modelliert. Als Ursache wurde zum einen die Lage des Nichteinigungspunktes bzw. die Existenz eines Drohpunktes und zum anderen der Verlauf des Verhandlungsprozesses selbst identifiziert. Wie in der ökonomischen Analyse des Rechts – und in der Ökonomie – generell üblich, wurden die Ergebnisse modellmäßig hergeleitet. Dieses Vorgehen begegnet regelmäßig dem Einwand der Realitätsferne. Daß ein Modell realitätsfern ist, sei zugestanden – aber darin besteht sein Wert, wie jeder weiß, der einmal eine Landkarte benutzt hat. Im übrigen kommt es immer auf einen Vergleich mit den Alternativen an. Die anfänglich zitierten Umschreibungen des Begriffs der gestörten Vertragsparität sind alles andere als präzis und intersubjektiv überprüfbar. Was soll man z. B. unter „annähernd gleicher Erfolgsaussicht“ oder dem „Bereich eines Kräftegleichgewichts“ verstehen? Eine intersubjektiv überprüfbare Antwort setzt logischerweise Meßbarkeit voraus. Dieses Erfordernis kann man auch durch geschickte Wortwahl nicht aus der Welt schaffen. Allerdings ist eine positive Analyse nicht in der Lage, die normative Frage zu beantworten, warum die Rechtsordnung gegen Störungen der Vertragsparität vorgehen sollte. Es wurden dann fünf Begründungen für ein Unwerturteil gestörter Vertragsparität ökonomisch untersucht: Verstoß gegen das Wesen eines Austauschvertrages, Verletzung von Freiheitsrechten, Verstoß gegen das Prinzip gegenseitiger Achtung, Verletzung des Prinzips subjektiver und objektiver Äquivalenz sowie Ineffizienz (Wohlfahrtseinbuße). Es zeigte sich, daß lediglich die Verwendung eines Effizienzkriteriums eine rationale und intersubjektiv überprüfbare Entscheidung ermöglicht. Daraus leitet sich als Empfehlung ab, daß sich die normative Analyse von gestörter Vertragsparität und den rechtlichen Mitteln zu ihrem Ausgleich an der Wohlfahrtsökonomie orientieren sollte. Wir schließen uns insofern der Position von Kaplow, Shavell (2002) an. Die wichtigsten zur Anfechtung und Nichtigkeit von

Verträgen führenden Ursachen wurden einer Effizienzanalyse unterzogen. Abschließend wurden einige rechtspolitische Konsequenzen erörtert. Die Rechtsordnung kann grundsätzlich auf zweierlei Weise versuchen, den Ausgleich gestörter Vertragsparität herbeizuführen: Sie sieht eine Inhaltskontrolle vor, was auf eine Politik des Interventionismus (Vertragsregulierung) hinausläuft, oder sie folgt einer ordnungspolitischen Linie. In letzterem Fall kann sie an zwei Seiten ansetzen: sie verbessert die Rechtsposition oder sie stärkt die Verhandlungsposition durch Veränderung der Regeln des Verhandlungsprozesses, durch Bereitstellung von Exit-Optionen oder Schwächung der Marktposition der Gegenseite. Das letztere Maßnahmenbündel ist zielführend, während eine Verstärkung der Rechtsposition der einen Partei die andere zu Umgehungsmaßnahmen anreizt, so daß zweifelhaft bleibt, ob das Gutgemeinte sich tatsächlich einstellt.

F. Literatur

Adams, M., Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes, in: Adams, M.: Ökonomische Theorie des Rechts, 2002, S. 117 - 136.

Arndt, H., Lehrbuch der Wirtschaftsentwicklung. Die Evolutorische Wirtschaftstheorie in ihrer Bedeutung für die Wirtschafts- und Finanzpolitik, 2. Aufl., 1992.

Baird, D. G./ Gertner, R. H./ Picker, R. C., Game Theory and the Law, 1994.

Becker, M., Der unfaire Vertrag. Verfassungsrechtlicher Rahmen und seine privatrechtliche Ausfüllung, 2003.

Binmore, K., Game Theory and the social contract II. Just playing, 1998.

Buchanan, J., Fairness, Hope, and Justice, in: Skurski, R. (Hrsg.): New Directions in Economic Justice, 1983, S. 53 – 89.

Coase, R., The problem of social costs, Journal of Law and Economics 3 (1960), S. 1 - 44.

Dixit A./ Nalebuff, B., Spieltheorie für Einsteiger. Strategisches Know-how für Gewinner, 1997.

Eidenmüller, H., Effizienz als Rechtsprinzip, 1995.

Eidenmüller, H., Ökonomische und spieltheoretische Grundlagen von Verhandlung/Mediation, in: Breidenbach, S./ Henssler, M. (Hrsg.): Mediation für Juristen, 1997, S. 31 – 55.

Fehl, U./ Oberender, P., Grundlagen der Mikroökonomie, 8. Aufl., 2002.

Friedman, D., Law's Order: What Economics has to do with law and why it matters, 2000.

Güth, W., Spieltheorie und ökonomische (Bei)Spiele, 1992.

Hönn, G., Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982.

Holler, M./ Illing, G., Einführung in die Spieltheorie, 5. Aufl., 2003.

Kaplow, L./ Shavell, S., Fairneß versus Welfare, 2002.

Kirstein, R., Risk-Neutrality and Strategic Insurance, in: The Geneva Papers on Risk and Insurance. Issues and Practice 25 (2), 2000, S. 262 – 272.

Kirstein, R./ Rickman, N., „Third Party Contingency" Contracts in Settlement and Litigation, erscheint in: Journal of Institutional and Theoretical Economics 2004.

Kirstein, R./ Schmidtchen, D., Do Artists Benefit from Resale Royalties?, in: Deffains, B./ Kirat, Th.: Law and Economics in Civil Law Countries, 2001, S. 231 - 248.

Kronman, A., Contract Law and Distributive Justice, Yale Law Journal 89 (1980), S. 472 - 511.

Larenz, K., Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 1963.

Larenz, K., Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik, 1979.

Larenz, K., Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987.

Murphy, J./ Coleman, J., The Philosophy of Law. An Introduction to Jurisprudence, 1984.

Polinsky, M., An Introduction to Law and Economics, 2. Aufl., 1989.

Popper, K. R., Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, 2, 1958.

Rasmusen, E./ Ayres, I., Mutual and Unilateral Mistake in Contract Law, Journal of Legal Studies, 22/2 (1993), S. 309 - 343.

Rubinstein, A., Perfect Equilibrium in a Bargaining Model, Econometrica 50 (1982), S. 97 - 109.

Schäfer, H.-B./ Ott, C., Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl., 2000.

Schmidtchen, D., „Sunk Costs", Quasirenten und Mitbestimmung, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 6 (1987), S. 139 – 163.

Schmidtchen, D., Effizienz als Rechtsprinzip. Bemerkungen zu dem gleichnamigen Buch von Horst Eidenmüller, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, 217/2 (1998), S. 251 – 267.

Schmidtchen, D., Ökonomie und Gerechtigkeit, in: Horstmann, K. u. a. (Hrsg.): ‚Gerechtigkeit- Eine Illusion?, 2004.

Schmidtchen, D./ Kirstein, R., Die EU-Richtlinie zum Folgerecht. Eine ökonomische Gesetzfolgenanalyse, in: GRUR 10 (2002), S. 860 - 866.

Schmidtchen, D./ Koboldt, Chr./ Kirstein, R., Rechtsvereinheitlichung beim „droit de suite"? Ökonomische Analyse des Richtlinienentwurfs der Europäischen Kommission, in: Großfeld, B. u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, 1998, S. 774 - 799.

Shavell, St., Economic Analysis of Contract Law, The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, Nr. 403 (2003).

Smith, J./ Smith, R., Contract Law, Mutual Mistake, and Incentives to Produce and Disclose Information, Journal of Legal Studies, 19/2 (1990), S. 467 - 488.

Weitnauer, H., Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, 1975.

von Weizsäcker, C. C., Effizienz und Verteilungsgerechtigkeit – Ein Widerspruch?, in: Rahmsdorf, D./ Schäfer, H.-B. (Hrsg.): Ethische Grundfragen der Wirtschafts- und Rechtsordnung, 1988, S. 23 - 49.

Produced by bepress.com, 2013