German Working Papers in Law and Economics

Volume 2004 *Paper* 16

Kommentar zu: Dieter Schmidtchen und Roland Kirstein: Gestörte Vertragsparität

Horst Eidenmüller
Universität München

Abstract

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

Kommentar

zu: *Dieter Schmidtchen/ Roland Kirstein* – Gestörte Vertragsparität*

Verhandlungsanalyse, Vertragsparität und Vertragsrecht

von

Horst Eidenmüller

Die Thematik einer gestörten Vertragsparität gehört zu den großen Problemstellungen der Rechtswissenschaft. Ein aktuelles Beispiel ist etwa die neueste Rechtsprechung des BGH zur Sittenwidrigkeit stark einseitig begünstigender Eheverträge[1], ein kaum minder aktuelles die inzwischen seit etwa zehn Jahren die Gerichte beschäftigende Frage nach der Sittenwidrigkeit von Bürgschaften oder anderer Sicherungsmittel naher Angehöriger[2]. Können und sollten rechtliche Regeln durch eine entsprechende *Verfahrensgestaltung* darauf hinwirken, dass (nur) ausgewogene Verträge geschlossen werden? Sollte *inhaltlich* unausgewogenen Verträgen die Anerkennung versagt, und sollten unausgewogene Regelungen gesetzlich zwingend durch

---

* Der Kommentar orientiert sich an derjenigen Fassung des Referats von *Schmidtchen/ Kirstein*, welche den Teilnehmern der Tagung in Travemünde am 25.3.2004 schriftlich vorlag. Die Vortragsfassung des Kommentars wurde weitgehend beibehalten.

1 BGH 11.2.2004 (XII ZR 265/02), im Volltext abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de.

2 Ausgangspunkt war BVerfG 19.10.1993 (1 BvR 567/89 u.a.), NJW 1994, 36. Zuletzt BGH 4.12.2001 (XI ZR 56/01), NJW 2002, 744; BGH 13.11.2001 (XI ZR 82/01), NJW 2002, 746.

Produced by bepress.com, 2013

ausgewogene substituiert werden? Nach welchen Maßstäben ist zu beurteilen, ob ein Vertrag ausgewogen bzw. unausgewogen ist?

Alle diese Fragen sind philosophisch „hinterlegt". Erinnert sei hier nur an die *iustitia distributiva* und die *iustitia commutativa* des Aristoteles[3], dessen Überlegungen zum Wesen der Gerechtigkeit nach wie vor Eckpfeiler auch der juristischen Diskussion über Störungen der Vertragsparität markieren[4]. Aus der Warte der Ökonomik konnte man zu diesem Thema bisher demgegenüber nichts oder nur wenig hören[5]. Dafür gibt es eine ebenso einfache wie einleuchtende Erklärung: Das Feld der Ökonomik ist die Effizienz, nicht die Gerechtigkeit. Ökonomische Aussagen zur Gerechtigkeit beschränkten sich bisher demzufolge etwa auf Empfehlungen, wie man Gerechtigkeit möglichst effizient – also ressourcenschonend – herstellen kann[6]. Die Effizienz der Gerechtigkeit selbst lag bisher nicht im Blickfeld der ökonomischen Theorie.

Vor diesem Hintergrund ist es verdienstvoll, dass *Schmidtchen* und *Kirstein* versuchen, die Instrumente der Ökonomik zur Analyse des Phänomens „gestörte Vertragsparität" einzusetzen. Ihre Überlegungen gliedern sich in drei Teile: Auf einen Abschnitt, der die Ursachen einer solchen Störung erforscht („positive Analyse", Abschnitt II.) folgen Ausführungen zur Begründung rechtspolitischen Handlungsbedarfs aus ökonomischer Sicht („normative Analyse", Abschnitt III.), die schließlich in konkrete Empfehlungen zum Ausgleich gestörter Vertragsparität münden (Abschnitt IV.).

Ich möchte im Folgenden zweierlei zeigen: (i) Erstens: Die positive Verhandlungsanalyse, die die Autoren vornehmen, krankt an ihrer Realitätsferne und gibt uns nur ein sehr unvollständiges Bild der Faktoren, von denen Erfolg bzw. Misserfolg in Verhandlungen abhängt. Schon deshalb steht die normative Analyse der Verfasser auf schwankendem Grund. (ii) Zweitens: Diese normative Analyse überschätzt die Leistungsfähigkeit des Effizienzkriteriums im Hinblick auf die Beurteilung von Konstellationen, die – aus juristischer Sicht – unter die Rubrik „gestörte Vertragsparität" fallen. Eine nicht-ökonomische Gerechtigkeitskonzeption ist unverzichtbar, was die Autoren selbst – allerdings unfreiwillig – demonstrieren.

---

[3] *Aristoteles*, Nikomachische Ethik [übersetzt von *F. Dirlmeier*], 9. Aufl. 1991, V 5 S. 1130b ff.

[4] Vgl. vor allem *Canaris, C.-W.*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997.

[5] Eine Ausnahme bildet etwa *Pies, I.*, Normative Institutionenökonomik: Zur Rationalisierung des politischen Liberalismus, 1993.

[6] Vgl. *Kaplow, L./ Shavell, S.*, Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income, in: The Journal of Legal Studies 23 (1994), S. 667 – 681.

I. Verhandlungsanalyse

Die positive Verhandlungsanalyse von *Schmidtchen* und *Kirstein* stützt sich ausschließlich auf *spieltheoretische Lösungskonzepte*: zum einen auf axiomatische in der durch *Nashs* berühmten Aufsatz aus dem Jahre 1950 begründeten Tradition[7], zum anderen auf nicht-axiomatische, insbesondere auf dasjenige von *Rubinstein*[8], nach dem die Verhandelnden wechselseitig Angebote bezüglich der Aufteilung eines – von Runde zu Runde sinkenden – Kooperationsgewinns abgeben können. Was ist der Ertrag dieser Lösungskonzepte? *Rubinstein* hat vor allem gezeigt, dass es für einen Verhandelnden vorteilhaft ist, wenn er oder sie *Geduld* hat („niedrige Diskontrate"). *Nash* konnte unter anderem nachweisen, dass Verhandler, die im Vergleich zu ihrem jeweiligen Partner aus „Verhandlungsgewinnen" einen höheren Nutzen zu ziehen vermögen, besser abschneiden. Dazu gehören – *ceteris paribus* – *risikofreudige* Verhandler.

Geduld und Risikofreude als Schlüsselfaktoren für den eigenen Verhandlungserfolg – das ist ein auch intuitiv plausibles Zwischenergebnis für eine positive Verhandlungsanalyse. Die Autoren runden ihre diesbezüglichen Überlegungen mit einigen Bemerkungen zu der spieltheoretischen Relevanz von *Nichteinigungsalternativen* für den Verhandlungserfolg ab: Je besser die eigenen Handlungsmöglichkeiten relativ zu denjenigen des Verhandlungspartners bei einem Scheitern der Verhandlungen sind, desto besser wird man abschneiden. Diese Nichteinigungsalternativen sind in Verhandlungen regelmäßig nicht fix vorgegeben, sie lassen sich vielmehr verändern, „endogenisieren", wie *Schmidtchen* und *Kirstein* schreiben: Der mit einer Strumpfhose über dem Kopf bekleidete Bankkunde, der den Schalterbeamten mit dem berufstypischen Ausruf „Geld oder Leben!" konfrontiert, verbessert seine Verhandlungssituation.

Bei diesen spieltheoretischen Erkenntnissen über die Relevanz von Geduld, Risikofreude und guten Nichteinigungsalternativen für den eigenen Verhandlungserfolg bleiben die Autoren nun allerdings stehen. Damit vermitteln sie leider nur einen kleinen Ausschnitt derjenigen Faktoren, die eine Verhandlungsanalyse jedenfalls ansprechen müsste, wollte sie nicht ein höchst unvollständiges und damit für Politikempfehlungen kaum brauchbares Bild realer Verhandlungsprozesse zeichnen[9]. Die für die meisten spiel-

---

7 *Nash, J.*, The Bargaining Problem, in: Econometrica 18 (1950), S. 155 – 162.

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

9 Vgl. für Überlegungen bezüglich einer realitätsnäheren Verhandlungsanalyse etwa *Sebenius, J. K.*, Negotiation Analysis: A Characterization and Review, in: Management Science 38 (1992), S. 18 - 38; *Eidenmüller, H.*, Ökonomische und spieltheoretische Grundlagen von Verhandlung/ Mediation, in: *Breidenbach, S./ Henssler, M.* (Hrsg.), Me-

Produced by bepress.com, 2013

theoretischen Modelle charakteristische Annahme vollständiger Information aller Akteure ist natürlich irreal. Ebenso irreal ist die Annahme ihrer vollkommenen Rationalität. Der *homo rationalis* der spieltheoretischen Modellwelt kommt in der Realität nicht vor. Wir verhalten uns nicht nur gelegentlich, sondern teilweise systematisch irrational, auch und gerade in Verhandlungen. Insbesondere die *Kognitionspsychologie* hat insoweit in den letzten Jahren eine Vielzahl von wichtigen Erkenntnissen zu Tage gefördert[10], welche die Autoren uns leider vorenthalten.

Lassen Sie mich dies anhand eines Beispiels erläutern. *Schmidtchen* und *Kirstein* verwenden eine gewisse Akribie auf die Darstellung einer weiteren, aus dem *Rubinstein*-Verhandlungsmodell abgeleiteten Erkenntnis, nämlich dass es bei einer ungeraden Anzahl von Verhandlungsrunden vorteilhaft ist, das erste Angebot machen zu können. Diese Erkenntnis nützen sie dann später sogar zu der rechtspolitischen Empfehlung, dem strukturell unterlegenen Spieler solle das Vorschlagsrecht in der letzten Runde – und damit bei einer ungeraden Rundenzahl auch in der ersten – gegeben werden.

Die rechtspraktische Umsetzbarkeit dieser Empfehlung lasse ich hier dahinstehen. Man stelle sich einmal einen § 145a BGB vor, nach dem das Erstantragsrecht bei einer ungeraden Zahl vertragsrelevanter Angebots- und Annahmeerklärungen der strukturell unterlegenen Partei zustehen soll. Für unsere Zwecke bedeutsamer ist die *Relevanz* des von *Rubinstein* identifizierten Faktors für realitätsnahe Verhandlungssituationen. Diese Relevanz ist praktisch gleich Null. In solchen Situationen werden nämlich typischerweise eine Vielzahl von Offerten und Gegenofferten abgegeben, und der Erstantragende weiß auch nicht, ob die Zahl der Runden gerade oder ungerade sein wird. Unter diesen empirischen Bedingungen ist das Erstantragsrecht jedenfalls aus dem von *Rubinstein* ermittelten Grund bedeutungslos.

Es ist aber aus einem anderen Grund möglicherweise bedeutsam, und hier kommt jetzt die Kognitionspsychologie ins Spiel. Sie hat nämlich unter anderem das Phänomen des so genannten *anchoring* erforscht[11]: Das erstmalige Nennen eines bestimmten Preises wirkt psychologisch häufig wie ein „Anker“ für die weiteren Verhandlungen. Auch wenn der genannte Preis

---

diation für Juristen, 1997, S. 31, 40 ff.; *Eidenmüller, H.*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz: Mechanismen der Unternehmensreorganisation und Kooperationspflichten im Reorganisationsrecht, 1999, S. 489 ff.

[10] Überblick etwa bei *Kahnemann, D./ Tversky, A.*, Conflict Resolution: a Cognitive Perspective, in: *Arrow, K. et al.* (Hrsg.), Barriers to Conflict Resolution, 1995, S. 44 ff.; *Mnookin, R. H.*, Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict, in: Ohio State Journal on Dispute Resolution 8 (1993), S. 235 – 249.

[11] Vgl. zu diesem Phänomen etwa *Lax, D. A./ Sebenius, J. K.*, The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain, 1986, S. 134 f.

objektiv keine größere Legitimation für sich beanspruchen kann als viele andere denkbare Preise, zieht er doch häufig die Aufmerksamkeit der Verhandelnden auf sich. Er scheint allein deshalb möglicherweise akzeptabel zu sein, weil er genannt wurde, und weil es offenbar Gründe geben muss, die ihn rechtfertigen.

Diese und ähnliche Manipulationen unserer Wahrnehmung wie etwa *Schein-Zugeständnisse* (ein Verhandelnder gibt etwas auf, was ihm nur scheinbar wichtig ist, um sich damit etwas anderes zu „erkaufen") sind Teil alltäglicher Verhandlungsprozesse, und sie sind für deren Verständnis höchst bedeutsam. Das gleiche gilt für nicht-manipulativ wirkende psychologische Phänomene wie etwa dasjenige der so genannten *reaktiven Abwertung*[12]: Ein bestimmter Kompromissvorschlag wird – unabhängig von dem eigenen Informationsstand – unterschiedlich bewertet, je nachdem, ob er von dem Verhandlungspartner oder von einem neutralen Dritten stammt. Ein gut gemeinter Vorschlag des Verhandlungspartners gilt als verdächtig („Er wird wissen, warum er mir diesen Vorschlag macht") und wird gegebenenfalls abgelehnt, obwohl er an sich auch für einen selbst durchaus akzeptabel wäre. Ein inhaltlich identischer Vorschlag eines als neutral angesehenen Dritten findet größere Akzeptanz.

Dass *Schmidtchen* und *Kirstein* alle diese Phänomene bei ihrer positiven Verhandlungsanalyse unberücksichtigt lassen und statt dessen in der konstruierten Modellwelt spieltheoretischer Lösungskonzepte verharren, ist, es sei nochmals wiederholt, doppelt bedauerlich: zum einen, weil sie damit die real wirkenden Erfolgsfaktoren in Verhandlungen nur partiell abbilden und zum anderen, weil sie ihre normative Analyse so auf ein schlecht gebautes Fundament stellen, wie das Beispiel der Angebotsreihenfolge in dem *Rubinstein*-Verhandlungsspiel überdeutlich zeigt.

II. Vertragsparität und Vertragsrecht

Diese normative Analyse leiten *Schmidtchen* und *Kirstein* mit der Frage ein, ob sich aus den Erkenntnissen der von ihnen diskutierten spieltheoretischen Lösungskonzepte unmittelbar ableiten lasse, wie die Rechtsordnung auf eine Störung der Vertragsparität reagieren solle. Dabei unterscheiden sie *schwache* und *starke Störungen*: Eine schwache liege vor, wenn die Beteiligten von der Kooperationsrente unterschiedlich profitieren (das dürfte bei nahezu jedem Vertrag der Fall sein); eine starke demgegenüber bestehe, wenn ein Beteiligter einem Ergebnis zustimme, das ihn schlechter stelle als seine (beste) Nichteinigungsalternative, wenn sich dieser Beteiligte also – mit ande-

[12] Vgl. zu diesem Phänomen *Ross, L.*, Reactive Devaluation in Negotiation and Conflict Resolution, in: *Arrow, K. et al.* (Hrsg.), Barriers to Conflict Resolution, 1995, S. 26 ff.

Produced by bepress.com, 2013

ren Worten – irrational verhalte. Die Ausgangsfrage nach der Ableitbarkeit normativer Empfehlungen aus den Ergebnissen der positiven Analyse verneinen die Autoren, und das mit Recht: Aus einem Sein lässt sich bekanntlich logisch kein Sollen deduzieren.

Da die Autoren allerdings rechtspolitische Empfehlungen formulieren möchten, benötigen sie einen entsprechenden Bewertungsmaßstab, und sie finden ihn – nicht überraschend – in der ökonomischen Effizienz: Die normative Analyse gestörter Vertragsparität und die rechtlichen Mittel zu ihrem Ausgleich sollten sich, so *Schmidtchen* und *Kirstein*, ausschließlich an der Wohlfahrtsökonomik orientieren. Welches wohlfahrtsökonomische Effizienzkriterium sie ihrer Analyse genau zugrunde legen, bleibt freilich offen.

1. Verhandlungsergebnis

Wie leistungsfähig sind nun die wohlfahrtsökonomischen Effizienzkriterien zur Beurteilung von Fällen schwacher und starker Störungen der Vertragsparität? Betrachten wir zunächst einmal das *Verhandlungsergebnis* im Einzelfall, isoliert von der Art und Weise seines Zustandekommens. Eine gut ausgebildete und berufstätige Frau heiratet einen sehr gut verdienenden Mann, gibt auf dessen Wunsch ihren Beruf auf, widmet sich der Kindererziehung und der Haushaltsführung und akzeptiert einen Ehevertrag, der Gütertrennung sowie einen Ausschluss des Versorgungsausgleichs und einen weitgehenden Ausschluss von Unterhaltsansprüchen vorsieht[13]. In der Terminologie von *Schmidtchen* und *Kirstein* liegt eine schwache Störung der Vertragsparität vor, denn beide partizipieren (vermutlich) ungleich an der Kooperationsrente. Ist dies ineffizient? Natürlich nicht: Die Heirat mit Ehevertrag genügt dem von den Autoren diskutierten Kriterium der Pareto-Superiorität[14]. Beide stehen besser als ohne Heirat. Wir variieren den Fall leicht und nehmen an, dass die Frau einen anderen Mann, den sie – annahmegemäß – ebenso liebt, hätte heiraten können, allerdings ohne Ehevertrag. In der Terminologie von *Schmidtchen* und *Kirstein* liegt eine starke Störung der Vertragsparität vor, denn die Frau handelt irrational – sie steht schlechter als in ihrer besten Nichteinigungsalternative. Ist dies ineffizient? Keineswegs zwingend: Möglicherweise liegt auch hier gegenüber dem *status quo ante* eine Pareto-Verbesserung vor, und selbst wenn nicht, so ist es doch

[13] Dieser Beispielsfall entspricht weitgehend BGH 11.2.2004 (o. Fußn. 1) mit der – allerdings wichtigen – Abweichung, dass der Ehevertrag in der Originalentscheidung erst einige Zeit *nach* Eingehung der Ehe geschlossen wurde.

[14] Anders läge es möglicherweise, wenn der Ehevertrag erst nach Eingehung der Ehe geschlossen worden wäre (vgl. vorherige Fußnote). Auch dann wäre jedoch zu erwägen, ob der Nutzen des Mannes nicht wenigstens die Einbuße der Frau übersteigt, so dass das Kaldor/Hicks-Kriterium erfüllt ist.

gut möglich, dass der Nutzen des Mannes aus der Ehe die Einbuße der Frau (weit) übersteigt, also das Kaldor/Hicks-Kriterium erfüllt ist.

Daraus lässt sich folgende Erkenntnis gewinnen: Eine isolierte ökonomische Analyse unausgewogener Verhandlungsergebnisse wird nur in seltenen Fällen zu dem Verdikt der Ineffizienz führen[15]. Ertragreicher aus ökonomischer – und im Übrigen auch aus juristischer – Sicht ist eine Analyse des Prozesses, der zu diesem Ergebnis geführt hat und der dabei eingesetzten Mittel.

2. Verhandlungsprozess

Schmidtchen und *Kirstein* sehen das, so vermute ich, nicht anders. Demzufolge widmen sie sich auch ausführlich einer ökonomischen Analyse derjenigen Ereignisse im Rahmen des Verhandlungsprozesses, die eine Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit von Verträgen bewirken. Hier reformulieren sie zunächst in Kurzform anderweitig gefundene Erkenntnisse – etwa zur Anfechtbarkeit von Verträgen wegen arglistiger Täuschung einschließlich des Problems von Aufklärungspflichten –, ohne allerdings insoweit eigene Akzente setzen zu wollen[16]. Diese finden sich am Ende ihres Beitrages. Dort befürworten die Autoren, wenn ich recht sehe, auf ökonomischer Grundlage eine rechtliche Stärkung der Verhandlungsposition „strukturell unterlegener Spieler“ zum Ausgleich gestörter Vertragsparität. Insbesondere findet sich hier der bereits erwähnte Vorschlag, den Verhandlungsprozess zu Gunsten solcher Spieler so zu gestalten, dass diese das Vorschlagsrecht in der letzten Runde haben oder aber die maximal zulässige Rundenzahl so festzulegen, dass diese einen „… vom Gesetzgeber gewollten Anteil am Kuchen [erhalten]“. Ferner befürworten die Autoren die Schaffung von Nichteinigungsalternativen zugunsten strukturell unterlegener Spieler oder aber die Schwächung von Nichteinigungsalternativen überlegener Spieler.

---

[15] Zu einem anderen Ergebnis käme man in dem diskutierten Beispielsfall in der Variante „starke Störung der Vertragsparität“ allenfalls dann, wenn man nicht nur eine Effizienzverbesserung, sondern eine ökonomisch optimale Lösung (Pareto-Optimalität) forderte. Erstens ist dies aber nicht der Ansatz der Autoren, und zweitens wäre eine entsprechende Forderung normativ nicht plausibel: Niemand wird ernsthaft vertreten wollen, dass die Wohlfahrtsökonomik wertschöpfende (Pareto-superiore) Verträge kritisiere – oder gar deren Nichtigkeit einfordere –, nur weil es noch bessere (Pareto-optimale) Lösungen gibt.

[16] Dabei stört bisweilen eine gewisse Ungenauigkeit in der Argumentation. Nachdem die Verfasser zunächst (zutreffend) bemerken, dass die entscheidende juristische (und ökonomische) Frage laute, welche Formen der Manipulation von Nichteinigungsalternativen zulässig sind, sprechen sie später davon, dass Verträge, welche die Folge einer herbeigeführten Notlage sind, unwirksam sein sollen. Eine Notlage definieren sie als starke Störung der Vertragsparität, die durch eine Verschiebung von Nichteinigungsalternativen zustande komme (Fn. 26). Die entscheidende Frage aber lautet, welche dieser Verschiebungen unzulässig sind!

Produced by bepress.com, 2013

Was ist von diesen Vorschlägen – von ihrer teilweise extremen Praxisferne einmal abgesehen – zu halten? Es dürfte klar sein, dass es hier nicht um Maßnahmen zur Effizienzsteigerung geht, sondern um solche der Verteilungspolitik bzw. der Gerechtigkeit. *Schmidtchen* und *Kirstein* selbst lassen daran keinen Zweifel, sprechen sie doch von dem „Anteil am Kuchen", den ein Verhandlungspartner erhalten soll. Im Zentrum steht also die Teilhabe der Verhandlungspartner an der gemeinsam realisierbaren Kooperationsrente. Insofern hängt die Analyse der Autoren nun aber praktisch freischwebend in der Luft: Nachdem sie die Leiter der wohlfahrtsökonomischen Effizienzkriterien gewissermaßen umgestoßen haben, fragt man sich, auf welcher Grundlage sie ihre Vorschläge eigentlich begründen. Es kann dies nur eine Gerechtigkeitstheorie sein, wobei deren Konturen allerdings im Dunklen bleiben.

3. Verfahrensgerechtigkeit und materielle Gerechtigkeit

Es ist hier nicht der Ort, eine entsprechende Gerechtigkeitstheorie zu entwickeln. Einige diesbezügliche Überlegungen seien mir abschließend allerdings gestattet. Dass die Rechtsprechung mit einer solchen Gerechtigkeitstheorie operiert, scheint mir unzweifelhaft richtig zu sein. Man vergegenwärtige sich etwa die Formulierung des BGH aus der eingangs zitierten Entscheidung zu stark einseitig begünstigenden Eheverträgen, nach der das Verdikt der Sittenwidrigkeit regelmäßig nur dann in Betracht kommen werde, wenn durch den Vertrag „… Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, dem von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetyp oder durch sonstige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt wird."[17]

Diese Formulierung macht zweierlei deutlich: Zum einen operiert die Rechtsordnung im Hinblick auf die Korrektur gestörter Vertragsparität keineswegs ausschließlich oder gar in erster Linie mit Regeln zum Verfahrensablauf, also mit solchen, die *Verfahrensgerechtigkeit* herstellen sollen. So notwendig dies ist, so schwierig ist es nämlich auch: *Ex ante* zu definieren, wer „der Schwächere" ist und dann mit einschlägigen Verfahrensregeln zu reagieren, die dessen Verhandlungsposition stärken sollen, kann nur einen Teilausschnitt der Fälle (potenziell) gestörter Vertragsparität erfassen, etwa

[17] Unter Ziff. III. 3. a) der Entscheidungsgründe.

denjenigen des so genannten Verbraucherrechts[18]. Regeln zur *materiellen Vertragsgerechtigkeit* sind anscheinend also unerlässlich. Zum anderen ist die juristische Reaktion auf die Fälle einer Störung der materiellen Vertragsgerechtigkeit offenbar auf Extremfälle beschränkt. Niemand denkt daran, einen „gerechten Preis" (*iustum pretium*) zu oktroyieren, und niemand denkt – allgemeiner gesprochen – daran, jeden Vertrag daraufhin zu kontrollieren, ob die Akteure an der Kooperationsrente gleich partizipieren. Aber das Recht kann und wird materiell krass ungleiche Verhandlungsergebnisse nicht tolerieren, insbesondere dann nicht, wenn sie Ausdruck extrem ungleicher Verhandlungsfähigkeiten sind[19]. Dies sicherzustellen, ist Aufgabe zentraler Generalklauseln, *notabene* der §§ 138 und 242 BGB[20]. Bei deren Konkretisierung kommt dem dispositiven Gesetzesrecht, wie die zitierte BGH-Entscheidung schön zeigt, eine wesentliche Gerechtigkeitsindikation zu.

Zusammen genommen begegnen uns hier wieder zentrale Elemente der eingangs erwähnten, Aristotelischen Gerechtigkeitskonzeption: Regeln zur Verfahrensgerechtigkeit und solche zur materiellen Vertragsgerechtigkeit haben zum Ziel, die *iustitia commutativa*, also die Austauschgerechtigkeit, im Vertragsrecht zu gewährleisten. Die Verwirklichung der *iustitia distributiva*, also der Verteilungsgerechtigkeit, durch privatrechtliche Mittel ist demgegenüber nur in beschränktem Umfang möglich und erstrebenswert[21]. Diese Gerechtigkeitskonzeption ist alt, aber nicht überholt. Sie zu ökonomisieren ist, das zeigt das Referat von *Schmidtchen* und *Kirstein*, nur beschränkt möglich.

---

[18] Insoweit haben sich insbesondere *Widerrufsrechte* als wichtiges und von der Rechtsordnung häufig genutztes Schutzinstrument erwiesen.

[19] Insofern mag man eine gewisse Nähe zu dem Symmetrie-Axiom der Nash-Verhandlungslösung erkennen, nach dem bei gleicher Nutzenfunktion der Beteiligten – was man deskriptiv ohne nähere Informationen unterstellen darf und normativ im Lichte von Art. 3 GG vielleicht sogar muss – nur eine gleichmäßige Teilhabe an der Kooperationsrente den Anforderungen an eine „vernünftige" Lösung genügt. Allerdings beschränkt sich die Rechtsordnung aus pragmatischen Gründen zu Recht auf die Korrektur *krass ungleicher* Verhandlungsergebnisse.

[20] § 138 Abs. 2 BGB mit seiner Kombination von (objektiv) stark unausgewogenem Verhandlungsergebnis („auffälliges Missverhältnis") und (subjektiver) Ausnutzung einer Zwangslage o.ä. besitzt insoweit einen gewissen Modellcharakter. Vgl. insoweit auch *Canaris* (o. Fußn. 4) S. 51 ff.

[21] Vgl. aber *Canaris* (o. Fußn. 4) passim; *Eidenmüller, H.*, Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 2. Aufl. 1998, S. 289 ff.

Produced by bepress.com, 2013

Literatur

Aristoteles, Nikomachische Ethik [übersetzt von *F. Dirlmeier*], 9. Aufl. 1991

Canaris, C.-W., Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997

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

Eidenmüller, H., Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 2. Aufl. 1998

Eidenmüller, H., Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz: Mechanismen der Unternehmensreorganisation und Kooperationspflichten im Reorganisationsrecht, 1999

Kahnemann, D./ Tversky, A., Conflict Resolution: a Cognitive Perspective, in: *Arrow, K./ Mnookin, R. H./ Ross, L./ Tversky, A./ Wilson, R.* (Hrsg.), Barriers to Conflict Resolution, 1995, S. 44 – 60.

Kaplow, L./ Shavell, S., Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income, in: The Journal of Legal Studies 23 (1994), S. 667 – 681.

Lax, D. A./ Sebenius, J. K., The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain, 1986

Mnookin, R. H., Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict, in: Ohio State Journal on Dispute Resolution, 8 (1993), S. 235 – 249.

Nash, J., The Bargaining Problem, in: Econometrica, 18 (1950), S. 155 – 162.

Pies, I., Normative Institutionenökonomik: Zur Rationalisierung des politischen Liberalismus, 1993

Ross, L., Reactive Devaluation in Negotiation and Conflict Resolution, in: *Arrow, K./ Mnookin, R. H./ Ross, L./ Tversky, A./ Wilson, R.* (Hrsg.), Barriers to Conflict Resolution, 1995, S. 26 – 42.

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

Sebenius, J. K., Negotiation Analysis: A Characterization and Review, in: Management Science 38 (1992), S. 18 – 38.

Produced by bepress.com, 2013