

I. Einleitung

A. Der besondere Zugang und Zweck dieses Buches

Die vorliegende Monographie widmet sich Verträgen aus ökonomischer Sicht und versteht sich als interdisziplinäre Ergänzung der Reihe „*Vertragsrecht und Vertragsgestaltung*“ die laufend im Linde Verlag erscheint. Die Besonderheit dieser bewussten Ergänzung liegt darin, dass die Art und Weise, mit der Ökonomen Verträge betrachten und analysieren, nicht nur perspektivisch, sondern auch konzeptionell unterschiedlich vom herkömmlichen juristischen Zugang ist. Diese unterschiedliche Herangehensweise der Ökonomischen Analyse des Rechts oder auch kurz Rechtsökonomie genannt, mag zwar anfangs eine gewisse gedankliche Herausforderung für den gelernten Juristen darstellen, sollte aber viel Erhellendes bieten, was wiederum der tiefergehenden Analyse eines vertragsrechtlichen Problems – auch im juristischen Tagesgeschäft – dienlich ist. Die rechtsökonomische Herangehensweise kann einerseits den Umgang mit Problemlagen/Herausforderungen ergänzen, andererseits auch erst sichtbar machen. Der maßgebliche Grund des unterschiedlichen Zugangs der Ökonomen liegt darin begründet, dass die Ökonomie konzeptionell nicht auf die Gestaltung möglichst widerspruchsfreier Willensakte und Handlungen der jeweiligen Vertragsparteien abstellt, sondern jenen Anreizen und möglichen Fehlsteuerungen nachgeht, die sich daraus ergeben, dass grundsätzlich jeweils auf den eigenen Vorteil bedachte Individuen aufeinandertreffen. Anders ausgedrückt verfolgt die Ökonomie den Zweck, die Konsequenzen der Anwendung eines bestimmten Verhaltensmodells der Menschen in den jeweiligen Vertragssituationen sowie den untereinander abgeschlossenen Verträgen aufzuzeigen. Folglich ergeben sich daraus Einsichten hinsichtlich potentieller Gefahren bei der Vertragsanbahnung, dem Vertragsabschluss aber auch der Vertragsabwicklung, die so im Rahmen einer rein juristischen Betrachtungsweise nicht ohne Weiteres ersichtlich sind. Ferner treten durch den ökonomischen Blickwinkel auch zunehmend Hinweise auf mögliche Fehlsteuerungen durch gesetzliche Regelungen und Potenziale regulatorischer Verbesserungen zu Tage, die gerade im derzeitigen, von massiven regulatorischen Zuwächsen geprägten Umfeld notwendig sind.

B. Die Disziplin Rechtsökonomie

Nähert man sich Gegenstand und Wurzeln der Rechtsökonomie¹, so ist vorab anzumerken, dass das Zusammenspiel von Rechtswissenschaft und Ökonomie trotz

¹ Zentrale Werke der Rechtsökonomie sind, alphabetisch geordnet, etwa *Cooter/Ulen, Law and Economics*⁶ (2013), *Posner, R., Economic Analysis of the Law*⁹ (2014), *Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen*

Effizienz ist, dass die Skalierung dieses Maßstabs nicht so einfach ist, wie ein Metermaß oder Gewichte einer Küchenwaage. Grund dafür ist, dass der Maßstab der Effizienz grundsätzlich drei Dimensionen aufweist:

- **Erstens** versteht man Effizienz als Maßstab im Hinblick auf den möglichst schonenden Einsatz von Ressourcen für die Hervorbringung eines konkreten Ergebnisses. Effizient ist es demnach, wenn ein bestimmtes Ergebnis mit minimalen Mitteln erreicht wird, oder aber, wenn vorhandene Mittel so eingesetzt werden, dass damit ein bestmögliches Ergebnis erzielt wird: sogenannte produktive Effizienz. Um dies determinieren zu können, ist es notwendig, dass die zur Verfügung stehenden Mittel knapp sind und somit einen Wert haben. Umgemünzt auf praktische Anwendungsfälle bedeutet dies, dass beim Einsatz bestimmter Schwermetalle in der Chipherzeugung bis hin zum Einsatz von (knapper) Zeit für den unvermeidlichen Einkauf im Supermarkt an einem Samstagnachmittag immer das gleiche Effizienzprinzip im Rahmen des jeweiligen Ressourceneinsatzes zur Anwendung kommt.
- **Zweitens** kommt der Maßstab der Effizienz bei der Frage der bestmöglichen Aufteilung eines knappen Guts in Relation zu konkurrierenden Verwendungen oder auch eines eingeschränkten Zeitbudgets, das für verschiedene zeitaufwändige Tätigkeiten, etwa dem samstäglichem Lebensmitteleinkauf, dem Besuch im Fitnesscenter oder dem Spielen mit dem Enkelkind, zur Anwendung. In all diesen Fällen hilft der Maßstab der Effizienz, die bestmögliche Ressourcenallokation in Bezug auf konkurrierende Verwendungszwecke, also zB den Zeiteinsatz für andere Tätigkeiten, vorzunehmen. Man spricht somit in diesem Kontext von allokativer Effizienz.
- **Drittens** kommt der Maßstab der Effizienz im Kontext der sogenannten gesellschaftlichen Effizienz zur Anwendung. Dies ist nicht nur aus rechtsökonomischer Sicht bedeutsam, da diese Dimension auf das individuelle Wohlergehen in der Gesellschaft abstellt. Beispielhaft sei diesbezüglich die Annahme getroffen, dass eine gesetzliche Maßnahme die Steigerung im Wohlergehen eines Menschen, gemessen am Zuwachs seines Nutzens, zur Folge hat. Im Idealfall geht eine derartige Wohlstandssteigerung nicht zu Lasten irgendeiner anderen Person, weshalb das sogenannte Pareto-Kriterium²⁵ für die gesellschaftliche Wohlfahrt dann erfüllt ist, wenn ein Zustand erreicht ist, bei dem die Steigerung der Wohlfahrt auch nur eines Menschen nicht zur Folge hat bzw dadurch erkaufte wird, dass sich die Wohlfahrtsposition auch nur eines anderen Menschen verschlechtert, was ein sehr anspruchsvolles Kriterium darstellt.²⁶

25 Benannt nach seinem Erfinder *Vilfredo Pareto* (1848–1923) charakterisiert dieses Kriterium einen Zustand, in dem es nicht möglich ist, die Lage einer Person zu verbessern, ohne zugleich die einer anderen verschlechtern zu müssen.

26 Zur Veranschaulichung soll ein Beispiel dienen: Eine Gruppe von Studierenden erhält ein Gratisgetränk: Jedes Gruppenmitglied mag das betreffende Getränk unterschiedlich gern, aber für jede(n) ergibt sich

Gesetzmäßigkeit impliziert wiederum, dass man gestalterische Möglichkeiten ausüben kann, indem man etwa die Nachfrage nach einem betreffenden Gut durch Preisstützungen belebt oder im gegenteiligen Fall diese durch das Einheben von Steuern verringern kann. Typischerweise sind in beiden Fällen rechtliche Maßnahmen notwendig, die wiederum auf internationaler⁴⁰, supranationaler⁴¹ oder nationaler⁴² Ebene gesetzt werden können.

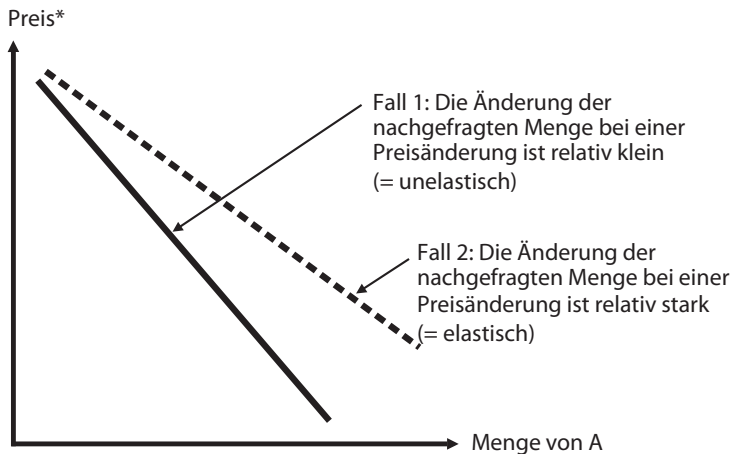


Abbildung 3: Die Nachfragekurve

* Der Preis entspricht dem Austauschverhältnis in den Punkten C (relativ niedriger Preis von A) und D (der relative Preis ist gesunken)

Das „Gesetz der Nachfrage“ besagt: Je niedriger der Preis, desto höher die Nachfrage. Die Reaktion auf Preisänderungen wird „Elastizität“ genannt. Hier werden die Vorlieben (Präferenzen, „Geschmack“) der handelnden Personen als fix angenommen und auch das Budget (Einkommen) ist kurzfristig ein Datum.

Wesentliche Grundvoraussetzung für die Nachfragekurve in Abbildung 3 ist die Knappheit von Ressourcen. Diese sich von der Ressourcenknappheit ableitenden Überlegungen sind zentral in der Ökonomie. Somit überrascht es auch nicht, dass sich auf privaten – also nicht staatlich beeinflussten – Märkten das Angebot an Gütern danach richtet, wie viele davon bei gegebener Technologie, konkreten Rohstoffpreisen sowie determinierten Herstellungskosten⁴³ verfügbar gemacht werden können. Dabei ist das unternehmerische Verhalten⁴⁴ zentral, das – wie

40 Vgl dazu die verschiedenen rechtlichen Maßnahmen, die von der aktuellen Trump-Administration im „Handelsstreit“ mit anderen Staaten ausgelotet werden.

41 Die EU-Maßnahmen, etwa Stützungskäufe zur Stärkung und Unterstützung der Landwirtschaft in EU-Mitgliedstaaten, sind ein klassisches Beispiel in diesem Kontext.

42 Auch im nationalen Kontext ist typischerweise die Agrarwirtschaft Gegenstand derartiger Maßnahmen.

43 Dies deckt insbesondere Löhne und Gehälter, aber auch Produktionskosten ab.

44 In der „Momentaufnahme“ von Märkten sind Personen, die mit der Herstellung und/oder dem Vertrieb von Waren und Dienstleistungen befasst sind, daran interessiert, ganz analog den Konsumenten, die ihren Nutzen zu maximieren trachten, den Gewinn zu maximieren, also die Differenz zwischen

II. Rechtsökonomische Reflexion des Vertragsrechts

A. Das Vertragsrecht aus rechtsökonomischer Perspektive – Ein erster Überblick

Obwohl die bisherigen Ausführungen für den Juristen gewissermaßen abstrakt erscheinen und wohl konzeptionelles Neuland darstellen, ist die Anwendung des bisher erarbeiteten Werkzeugkastens gerade in vertragsrechtlichen Fragestellungen eine sinnvolle Ergänzung zur traditionell juristischen Herangehensweise der Falllösung. Diese rechtsökonomische Dimension des Vertragsrechts lässt sich konzeptionell relativ einfach skizzieren. Ausgangspunkt einer typischen Vertragsbeziehung von beiderseitigem Interesse ist, dass zwei Individuen aufeinandertreffen, die voneinander keinerlei Kenntnis haben, sodass sie die jeweilige Vertrauenswürdigkeit schwer bzw. gar nicht einschätzen können. Somit kommt in einer derartigen Konstellation den einen Vertragsabschluss unterstützenden Rechtsnormen dergestalt eine besondere Bedeutung zu, da diese idealiter neutrale Anreize bieten, dass sich zwei Individuen so auf ein Vertragsergebnis einigen, dass er zu keinerlei Übervorteilung einer Seite kommt. Konsequenterweise soll bei einem positiven Vertragsabschluss ein Ergebnis erzielt werden, das beiden Parteien eine Verbesserung ihrer Wohlfahrt⁷⁶ eröffnet.

Rechtsökonomisch betrachtet erfolgt der Vorgang zur Erreichung eines solchen Ergebnisses bei minimalen Gesamtkosten⁷⁷, wobei die Realisierung dieses idealtypischen Ergebnisses unter unterschiedlichen Voraussetzungen und in verschiedenen Ausprägungen möglich ist. Dies lässt sich damit veranschaulichen, dass der Erwerb des Jausenbrots oder eines „Preiselbiers“ in einem Supermarkt anders vorstättgeht, als der Kauf eines nach Maß angefertigten Hemds beim exklusiven Herrenmodengeschäft oder das Anmieten der Räumlichkeiten einer Rechtsanwaltskanzlei mittels eines Dauermietverhältnisses. Alle drei Situationen, der einfache Kauf-, der schon komplexere Werk- sowie der langfristige Mietvertrag reflektieren unterschiedliche Ausgestaltungen von Vertragsbeziehungen. Diese Beispiele sollen nur als Indikation für die Komplexität und Vielschichtigkeit realer Vertrags-

76 Der ökonomische Begriff „Wohlfahrt“ stellt auf das Wohlergehen, individuell bzw. kollektiv ab.

77 In diesem Zusammenhang ist der Hinweis angebracht, dass Vertrauen hier nicht mit Gutgläubigkeit gleichgesetzt werden darf. Vertrauen erwächst aus der wiederholten Interaktion ohne Übervorteilung oder wenigstens des Versuchs einer solchen.

nur etwaige Effizienzbedenken angemeldet werden können, während im Fall mangelnder oder zumindest diffuser Vereinbarungen die Frage der Kostentragung mit Hilfe des rechtsökonomischen Konzepts des „*cheapest cost avoiders*“¹²⁵ eine Anwendung zur bestmöglichen Lösung des Konflikts herangezogen werden kann. Konkret handelt es sich dabei um die Bestimmung jenes Vertragspartners, der aufgrund seiner Sachkenntnis bzw. Ausstattung am kostengünstigsten in der Lage ist, die Übergabe einer Sache zu bewerkstelligen. Zu beachten ist, dass im Rahmen dieser Determinierung des „*cheapest cost avoiders*“ aus einer Holschuld potentiell auch eine Bringschuld werden kann, etwa im Fall eines Gefahrguts, mit dessen Umgang der Lieferant besser vertraut und somit effizienter ist.

5. Pflichten und Rechte

Ein integraler Bestandteil jeder Vertragsbeziehung sind die damit verbundenen Rechte und Pflichten. Obwohl typischerweise nicht nur im Alltagsgebrauch, sondern auch im juristischen Kontext die Reihung der Begriffe Rechte und Pflichten lautet, ist die hier vorgenommene Reihenfolge bewusst gewählt. Grundsätzlich wird man davon ausgehen können, dass im Regelfall Pflichten regelmäßig Rechte bzw. Ansprüche gegenüberstehen, jedoch ist nicht gänzlich auszuschließen, dass eine Pflicht keinem Recht bzw. Anspruch gegenübersteht, als auch *vice versa*. Um dem modellhaften ökonomischen Ansatz gerecht zu werden, soll in weiterer Folge die vereinfachte Annahme getroffen werden, dass dies nie der Fall ist. Unter dieser Annahme gilt es festzustellen, ob eine Pflichtverletzung erst durch die Geltendmachung eines Anspruchs Schadenersatz auslöst oder nicht. Dies wird davon abhängig sein, mit welcher Wahrscheinlichkeit die pflichtverletzende Vertragspartei mit Schadenersatzansprüchen rechnet oder anders formuliert, wie stark der Anreiz zu pflichtgetreuem Handeln ist.

Obwohl dieser ökonomische Zugang dem gelernten Juristen wieder ein wenig verwunderlich erscheinen mag, wirkt er sofort erhellend, wenn man die Durchsetzbarkeit von Rechten in den Mittelpunkt der Überlegungen rückt, da diese ökonomisch betrachtet Kosten generiert. Diese Kosten können je nach Rechtsdurchsetzungsmethode variieren und etwa teilweise der Gesellschaft aufgebürdet werden. Man denke diesbezüglich etwa an die allgemeinen Kosten des Justizwesens, die primär durch Steuergeld getragen werden, während private Rechtsdurchsetzung – etwa durch Beschäftigung eines Inkassobüros oder die Einschaltung eines Rechtsbeistands – typischerweise auf eigene Kosten erfolgt. Da auch private Rechtsdurchsetzung im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung zu erfolgen hat, nimmt das Justizwesen eine zentrale Rolle in der Rechtsdurchsetzung¹²⁶ und konsequenterweise der damit verbundenen Kostentragung ein.

125 Siehe zum „*cheapest cost avoider*“ im Detail die Instrumentenkunde 6.

126 Weiterführend etwa *Shavell, The Optimal Structure of Law Enforcement* (1993), 255 ff.

III. Die rechtsökonomische Dimension eines Vertrags

A. Übersicht

Nach dem Streifzug durch allgemeine rechtsökonomische Fragestellungen des Vertragsrechts soll nun konkret die rechtsökonomische Dimension eines Vertrags beleuchtet werden. Diesbezüglich wird zuerst der schon erwähnte „vollkommene Vertrag“¹⁷⁵ skizziert und zwar als ökonomischer Ausgangspunkt, um dann auf jene Umstände einzugehen, welche zu den sogenannten Kontingenzverträgen führen. Kontingenzverträge sind jene Verträge, in denen für Eventualitäten Klauseln aufgenommen werden, weil die Umstände von Vertragsanbahnung, Vertragsabschluss sowie Vertragserfüllung risikobehaftet sind.¹⁷⁶ Solche Klauseln sollen *ex ante* wirksam werden und *ex post* eine praktische Handhabe bieten. Obwohl der Vorsichtscharakter von Kontingenzverträgen, also die bewusste Bedachtnahme auf unbeeinflussbare äußere Ereignisse, welche die Vertragsbeziehung stören könnten, vorgenommen wird, darf nicht übersehen werden, dass die Vertragspartner ungeachtet ihres prinzipiellen Interesses am Zustandekommen des jeweiligen Vertrags – in Übereinstimmung mit dem zugrunde liegenden Modell vom menschlichen Verhalten – ein strategisches Interesse an einer möglichst vorteilhaften Abwicklung haben, das sich nachteilig für eine der beiden Seiten auswirkt.

Die Vermeidung ökonomisch ungerechtfertigt hoher Risiken, die möglicherweise einer Vertragspartei auferlegt werden könnten, dient als prägendes Beispiel für derartige Situationen, da in der ökonomischen Betrachtung sowohl der Preis als auch die vereinbarten Konditionen den Voraussetzungen des vollkommenen Wettbewerbsmarkts widersprechen. Ein maßgeblicher Auslöser solchen strategischen oder „opportunistischen“ Verhaltens¹⁷⁷ sind ungleich verteilte Informationen, also die schon erwähnten Informationsasymmetrien¹⁷⁸.

175 Siehe umfassend dazu Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵ (2012), 401 ff.

176 Es bestehen dabei die Risiken, dass a) ein vermeintlicher Vertragspartner nur eingeschränkt vertrauenswürdig ist; b) beim Vertragsabschluss wichtige Details übersehen werden und c) sich Erfüllungshindernisse in den Weg stellen, die zusätzliche Belastungen zur Folge haben, deren Zurechnung zu den Vertragspartnern hätte bedacht werden müssen.

177 Siehe weiterführend dazu *Instrumentenkunde 4*.

178 Der Erzeuger eines Produkts kennt typischerweise dessen technische Eigenheiten besser als der potentielle Kunde, wie zum Beispiel Möglichkeiten der Materialermüdung bei bestimmten Formen der intensiven Nutzung. Somit kann er dann in der Spekulation, dass diese Grenzen der Belastbarkeit dem Kunden verborgen bleiben, eine höhere als die tatsächliche Produktqualität vortäuschen. Der Kunde wiederum kann Absichten, wie er das Produkt zu nutzen gedenkt, verschweigen, um etwa den Kaufpreis nicht negativ zu beeinflussen.

Vor diesem Hintergrund setzt das Vertragsrecht dort an, wo derartige „*hidden information*“ und „*hidden actions*“ nicht aus wohlverstandener Einsicht in die schädigenden und dem wechselseitigen Vorteil hinderlichen Wirkungen „freiwillig“ abgebaut werden, um die wohlfahrtsmindernden Wirkungen zu reduzieren, wenn schon nicht gänzlich zu beseitigen. Dies wird insbesondere die beiden ökonomischen Konzepte der Transaktionskosten¹⁹² sowie der Risikotragung erfasst.

Wie diese Ausführungen bestätigen, hängen Verträge eng mit dem Tauschkonzept zusammen. Tausch wiederum ist für Wirtschaft und Gesellschaft konstitutiv, denn durch diesen sind Individuen in der Lage ihre Wohlfahrtspositionen zu verbessern.

Instrumentenkunde 2: Transaktionskosten

Transaktionskosten sind jene Ressourcen, die der Errichtung und dem Erhalt von „Property Rights“¹⁹³ dienen, wobei auch jene Ressourcen umfasst sind, die für den Schutz und die Erlangung derartiger Property Rights eingesetzt werden, inklusive aller Zusatzkosten, die sich aus potentiellen Schutzmaßnahmen und Aneignungsbemühungen ergeben¹⁹⁴. Transaktionskosten, die der frühere Präsident der Canadian Economic Association, *John Dales* einmal bildhaft „*time and trouble costs*“¹⁹⁵ genannt hat, sind also Opportunitätskosten der Zeit und anderer Ressourcen, die aufgewendet werden müssen, um mögliche Angebote und Anbieter auszumachen und zu vergleichen. Dies betrifft die Eigenheiten des Produkts und seinen Preis sowie die Lieferbedingungen, aber bedarf auch das Abwägen aller sogenannten Kontingenz *pro futuro* und deren vertraglicher Absicherung. Dabei ist zu beachten, dass Transaktionskosten schon vor dem Aufsetzen des Vertrags, aber auch bei der Vertragsverhandlung sowie bei der Abwicklung des Vertrags, entstehen und natürlich auch dann, wenn das Gelieferte nicht jene Merkmale aufweist, welche bedungen waren und daher Ersatzlieferung oder Entschädigung durchgesetzt werden muss. Somit hängt das Ausmaß der Transaktionskosten nicht nur vom Grad des Opportunismus der jeweiligen Vertragspartner ab, sondern auch davon, ob in Vorwegnahme störender Einflüsse von außen das richtige Maß der Sorgfalt gewählt wird.

In diesem Zusammenhang soll ein Aspekt, der möglicherweise bei der Erhebung der Transaktionskosten im Falle der Ersatzleistungen kaum beachtet werden wird, aber nichtsdestoweniger für die gelungene Kommunikation über einen Vertrag große Bedeutung besitzen kann, betont werden und zwar jener, auf den *Richard Zerbe* aufmerksam gemacht hat, nämlich, dass Transaktionskosten eine „phäno-

192 Um die Entwicklung der Gedanken nicht zu sehr zu verkomplizieren, wird an dieser Stelle auf eine Diskussion der Unterschiede und Zusammenhänge von Informationskosten und Transaktionskosten verzichtet, jedoch eine Referenz auf den diesbezüglichen Eintrag im „Gabler Wirtschaftslexikon“ auf <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/3525/transaktionskostenoeconomik-v8.html> (22.12.2018) gemacht.

193 Diese wären im „Rechtsökonomien-Deutsch“ Eigentums-, Handlungs- oder Verfügungsrechte.

194 Vgl. *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik (2010), 87 ff.

195 So *Dales*, *Beyond the Marketplace* (1975), 490.

Instrumentenkunde 3: Ein Kriterium für effizienten Vertragsbruch

Mit Verweis auf die schon behandelten ökonomischen Eigenheiten eines zustande gekommenen Vertrags, dessen Abschluss und Abwicklung die Vertragspartner besserstellt als sie vorher waren, ist zu betonen, dass beider Nutzen sich in einer derartigen Konstellation erhöht hat. Zu beachten ist, dass der Nutzen ebenso durch eine etwa immateriell empfundene Wertsteigerung zum Ausdruck kommen kann, wie auch durch einen erzielten Profit. Somit handelt es sich dabei um einen Fall von Pareto-Effizienz, denn der gegebene Zustand erlaubt es dann nicht mehr, eine Vertragspartei besser zu stellen, ohne zugleich die andere schlechter zu stellen.

Adaptiert man diese Ausgangslage dahingehend, dass einer der Vertragsparteien deshalb ein Nachteil droht, weil sich die andere Vertragspartei nicht an Vereinbarungen gebunden fühlt, muss es auch hinsichtlich des Beurteilungsmaßstabs zu Anpassungen kommen, insbesondere wenn eine derartige Situationsveränderung zu einem ökonomisch akzeptablen Ergebnis führen soll. Der ökonomische Beurteilungsmaßstab in einem derart gelagerten Fall ist der mittlerweile bekannte *Kaldor-Hicks-Test*, der zumeist bei der Bewertung von Gesetzesänderungen zur Anwendung gebracht wird.

Diese Anwendung lässt sich wieder an einem Beispiel demonstrieren: Ein Verkäufer V erhält nach einem Vorvertrag mit einem Käufer A ein besseres Kaufangebot durch einen Käufer B, wobei es sich beispielsweise um die Lieferung einer Solarheizung handelt. V muss dafür EUR 150.000 aufwenden, A misst ihr einen subjektiven Wert von EUR 200.000 zu und akzeptiert schließlich einen Preis von EUR 160.000. Zudem investiert er in Erwartung der Vertragserfüllung weitere EUR 10.000 in sein Haus und zahlt im Voraus. Eine neu ins Spiel gebrachte Kundin B aber wertet annahmegemäß eine Solarheizung entweder mit EUR 0, EUR 180.000 oder EUR 250.000. Zudem sind alle Beteiligten risikoneutral.²¹⁶ Angesichts dieser neuen Umstände bedarf es einer Klärung, wie ein möglicher Vertragsbruch von V sich gegenüber A darstellt. Dabei sind aber folgende Facetten zu beachten:

- Wenn der erwartete Vorteil entschädigt werden muss, müsste V dem A dessen Wertschätzung für die Anlage ersetzen, das sind EUR 200.000. Er wird das tun und insgesamt besser aussteigen (wie übrigens B auch), wenn B tatsächlich EUR 250.000 bietet und bezahlt. Somit wäre eine Klausel, die für den Fall eines Vertragsbruchs die Höhe des erwarteten Vorteils enthält, ein guter Schutz für A. Konsequenterweise hätte der Vertragsbruch im gegenständlichen Fall zur Folge, dass V den A entschädigen, also kompensieren kann und wegen des bei B verbleibenden Nettovorteils insgesamt ein allokativ positives Gesamtergebnis resultiert.

216 Siehe zu dieser Annahme *Instrumentenkunde 7*.

sind indessen „nicht-kooperative Spiele“, bei denen es darum geht herauszufinden, ob und welche Lösung in einer Situation der strategischen Interaktion existiert, bei der jeder der beteiligten Spieler seine Situation unter Beachtung der Handlungsmöglichkeiten des jeweils anderen maximal erfolgreich machen möchte.²³⁰

Die Bedeutung der Spieltheorie wird auch dadurch unterstrichen, dass sie einen der zentralen Zugänge zur Behandlung rechtsökonomischer Probleme darstellt.²³¹ Vor diesem Hintergrund soll gleich eine Anwendung für das strategische Spiel betreffend den Abschluss einer Transportversicherung vorgenommen werden:

	Empfänger	Sender
	Versichern	Nicht versichern
Versichern	$-p_e, -p_s$ (1)	$-p_e, 0$ (2)
Nicht versichern	$0, -p_s$ (3)	$-V_s, -V_e$ (4)

Abbildung 10: Strategische Spiele

Zur Erklärung: $-p_e, -p_s$ sind die jeweils für den Fall einer Versicherung anfallenden Prämienzahlungen. Verluste V werden in diesem Fall abgedeckt, nicht jedoch, wenn keine Versicherung abgeschlossen wird. Demzufolge ist auch der Schaden dann am größten, wenn beide nicht versichern (4). Lösung (1) belastet beide mit Versicherungsprämien. Ein koordiniertes Vorgehen legt also nahe, dass nur einer von beiden die Versicherung abschließt. In diesem Sinne gibt es zwei vermeintlich gleich gute Lösungen, eben die *Nash-Gleichgewichte*.²³² Wegen der annahmegoß für den Sender niedrigeren Prämie ist die Lösung von Zelle 3 relativ, zu den Lösungen in den benachbarten Zellen 1 und 4 jedoch überlegen.

Angesichts dieser Ausgangslage bedarf es Überlegungen, was den Sender veranlassen könnte, freiwillig die Kosten der Versicherung auf sich zu nehmen, vor allem wenn, wie ausgeführt, die Lösung in (2) jener in (3) im Prinzip ebenbürtig ist. Dies bedarf aber zuerst der Klärung der jeweiligen Einstellung der beiden Handelspartner zum Risiko. Die für die gezeigte Lösung des Koordinationsproblems ideale Voraussetzung ist jene, dass der Sender *risikoscheu* ist, der Empfänger aber jedenfalls indifferent. Die Instrumentenkunde 8 zur Einstellung zum Risiko hat gezeigt, dass Risikoscheu die Bereitschaft zum Abschluss einer Versicherung

230 Dies findet in der ökonomischen Theorie seinen Niederschlag in den sogenannten *Nash-Gleichgewichten*. Dieses fundamentale Lösungskonzept untersucht jeweils jene Strategie eines der beteiligten Spieler, die für diesen die beste ist, ganz unabhängig davon, was immer der Gegenspieler tut. Siehe weiterführend *Holler/Illig*, Einführung in die Spieltheorie⁷(2009) Kapitel 3.3 sowie Kapitel III.C. in diesem Buch.

231 Siehe dazu das Buch von *Baird/Gertner/Picker*, *Game Theory and the Law* (1998), das als Pionierwerk in diesem Kontext zu qualifizieren ist.

232 Siehe dazu die Erklärung im „Gabler Wirtschaftslexikon“, abrufbar auf <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/nash-gleichgewicht-37944> (22.12.2018).

Instrumentenkunde 10: Das „Principal-Agent-Problem“²⁵⁵

Das *Principal-Agent-Problem* soll wieder beispielhaft veranschaulicht werden: Jedes Mal, wenn ein Auftrag erteilt wird, etwa einem Handwerker gegenüber, wenn ein Arzt konsultiert wird oder wenn der Vorstand eines Unternehmens das Marketing dem Leiter der Marketingabteilung überträgt und dieser einen Grafikdesigner beschäftigt, entsteht eine ökonomische Beziehung, die durch Vertrag zwar geregelt, jedoch problembehaftet sein wird. Grund dafür ist, dass der Auftraggeber oder Prinzipal das Ziel hat, eine Aufgabe verwirklicht zu sehen, für welche er selbst nicht über die nötige Fachkompetenz verfügt oder relativ hohe Opportunitätskosten der Zeit aufwenden müsste, um es eigenhändig zu verwirklichen. Der Agent hingegen ist eine Person mit den spezifisch gewünschten Kenntnissen und annahmegemäß (auch) ein *homo oeconomicus* mit eigenen Zielen bzw Präferenzen, welche er letztlich unter der Randbedingung verfolgen wird, dass er einen Auftrag hat, dessen Erfüllung dem Prinzip nach nachvollziehbar ist. Das Problem dabei sind die Hemmnisse, die bei der Nachvollziehbarkeit auftreten können. Der Prinzipal hat in aller Regel keine ständige Einsicht in die Tätigkeit seines Agenten und könnte sich eine solche auch nur dann verschaffen, wenn er hohe Kosten, insbesondere Zeitaufwand, in Kauf zu nehmen bereit wäre.

Diese Situation vermag der Prinzipal zu antizipieren, jedoch ist zu beachten, dass dies auch auf den Agenten zutrifft, weshalb es zur Natur der vertraglichen Gestaltung von *Principal-Agent-Beziehungen* gehört, wie und welche Anreize bzw Präventivwirkungen in Verträge eingebaut werden können, um die Beziehung im Sinne der Ziele des Prinzipals zu lenken.²⁵⁶ Ein Gutteil der ökonomischen Theorie der Verträge wird von diesen Problemen bestimmt, weshalb in folgenden kritischen Reflexionen dieser Punkt noch einmal aufgegriffen werden wird.

255 In der deutschsprachigen Literatur taucht dieses Modell gelegentlich unter der Bezeichnung „Sachwaltermodell“ auf, was zumindest für das juristische Verständnis problembehaftet ist.

256 Siehe dazu die Pionierarbeit von *Jensen/Meckling*, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure* (1976) 305 ff.