

---

Hans-Bernd Schäfer • Claus Ott

# Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts

5. Auflage

---

# Inhaltsverzeichnis

## I Grundlagen

<b>1 Alternative Entscheidungen, Entscheidungsfolgen und Entscheidungsbewertungen</b> .....	3
1.1 Legitimation von Kollektiventscheidungen durch konsentiertere Verfahren oder Ziele .....	3
1.2 Folgenorientiertes Entscheiden des Richters .....	4
1.3 Erklärung, Prognose, Folgenanalyse .....	5
1.4 Folgenanalyse bei der Urteilsfindung .....	7
<b>2 Was ist soziale Wohlfahrt? Probleme der Folgenbewertung bei Sozialwahlentscheidungen</b> .....	11
2.1 Sozialwahltheorie .....	11
2.2 Einstimmigkeit und schwaches Werturteil .....	12
2.3 Folgenbewertung: Pareto-Verbesserung und Pareto-Indifferenz (Pareto-Kriterium) .....	13
2.4 Folgenbewertung: Pareto-Effizienz bzw. Allokationseffizienz .....	14
2.5 Die rechtspolitische Forderung nach Trennung von Pareto-Effizienz- und Verteilungsgerechtigkeit .....	18
2.6 Folgenbewertung: Kompensationskriterium und Auktionsregel .....	19
2.6.1 Das Kaldor-Hicks-Kompensationskriterium .....	19
2.6.2 Begründung des Kaldor-Hicks-Kriteriums .....	22
2.6.3 Kritik des Kaldor-Hicks-Kriteriums .....	25
2.7 Effizienz im Verhältnis zum Utilitarismus und anderen Gerechtigkeitstheorien .....	25
2.8 Die Kritik am Utilitarismus und die soziale Wohlfahrtsfunktion .....	28
2.9 Soziale Wohlfahrtsfunktion und Arrow-Unmöglichkeitstheorem .....	29
2.10 Abwägungsverbote .....	32
2.10.1 Kaldor-Hicks-Kriterium und das Fairness-Prinzip von Rawls .....	32
2.10.2 Kaldor-Hicks-Kriterium, liberale Rechte und unveräußerliche Rechte (Rights) .....	36
2.10.3 Abwägungsverbote und sog. einmischende Präferenzen .....	38

2.10.4	Reichtumsmaximierung, Utilitarismus, Rawls'sches Minimax-Prinzip und Ergebnisgleichheit im Vergleich.....	38
2.11	Subjektivismus.....	40
2.12	Zur praktischen Anwendbarkeit der wohlfahrtstheoretischen Regeln.....	41
<b>3</b>	<b>Wirtschaftswissenschaft, Handlungsrechte und ökonomische Analyse des Rechts</b> .....	<b>45</b>
3.1	Was ist Wirtschaftswissenschaft? .....	45
3.1.1	Die Gesetzhypothese der Knappheit .....	45
3.1.2	Die Gesetzhypothese rational egoistischen Verhaltens (methodologischer Individualismus) .....	46
3.1.3	Grenznutzen und Preis bei rationalem Konsumentenverhalten .....	46
3.1.4	Das Nachfragegesetz .....	48
3.1.5	Einkommens- und Substitutionseffekt .....	48
3.1.6	Nachfragegesetz bei variablem Haushaltseinkommen .....	49
3.1.7	Nachfragegesetz bei steigenden Preisen und steigenden Einkommen .....	50
3.1.8	Elastische und unelastische Nachfrage, Nachfrageelastizität.....	50
3.2	Kosten.....	53
3.2.1	Opportunitätskosten .....	53
3.2.2	Private und soziale Kosten .....	54
3.2.3	Grenzkosten und das Angebot der gewinnmaximierenden Unternehmung.....	54
3.2.3.1	Gewinnmaximierung .....	54
3.2.3.2	Verlauf der Grenzkostenkurve.....	57
3.3	Angebot und Nachfrage, das mikroökonomische Gleichgewicht bei Konkurrenz und Monopol .....	58
3.4	Strategische Interaktion (Spieltheorie).....	62
3.4.1	Nash-Gleichgewicht im Gefangenendilemma .....	63
3.4.2	Nash-Gleichgewichte im „Kampf der Geschlechter“ (Battle of the Sexes) .....	66
3.5	Property Rights (Handlungsrechte) .....	69
3.5.1	Güter als Rechtsbündel .....	69
3.5.2	Exklusivität und Verdünnung von Handlungsrechten .....	70
3.6	Transaktionskosten und Handlungsrechte, das Coase-Theorem.....	72
3.6.1	Originäre Zuordnung und faktische Verteilung von Handlungsrechten .....	72
3.6.2	Inhalt des Coase-Theorems .....	73
3.6.3	Illustration des Coase-Theorems .....	73
3.6.4	Kritik des Coase-Theorems .....	75
3.6.4.1	Kein Fortschritt gegenüber herkömmlicher Mikroökonomie? .....	75
3.6.4.2	Tautologie? .....	76
3.6.4.3	Ausklammern strategischen Verhaltens .....	76
3.6.4.4	Kein allokativer Einfluss der Vermögensverteilung .....	78

3.6.5	Fälle von Marktversagen .....	78
3.6.5.1	Marktmacht .....	79
3.6.5.2	Öffentliche Güter .....	79
3.6.5.3	Opportunistisches Verhalten im Austauschverhältnis .....	80
3.6.5.4	Externe Effekte .....	81
3.6.5.5	Mikroökonomische und makroökonomische Instabilitäten .....	81
3.6.6	Marktversagen – Änderung der Rechtsordnung und Nirwana-Ansatz .....	82
3.6.7	Änderung der Rechtsordnung – der komparative Institutionen-Ansatz, Markt versus Nicht-Markt .....	82
3.6.8	Änderung der Rechtsordnung – der vertragstheoretische Ansatz ...	83
3.6.9	Veränderte originäre Zuordnung übertragbarer Handlungsrechte nach dem Coase-Theorem, der Posner-Vorschlag .....	84
3.6.10	Veränderung von Rechtsnormen im Zeitablauf .....	85
3.6.10.1	Änderung grundlegender Rechtsnormen. ....	86
3.6.10.2	Änderung von Einzelnormen. ....	86
3.6.10.3	Spezifizierung von Rechtsnormen durch Direktiven und Standards. ....	87
3.7	Der internationale Wettbewerb um das Recht .....	90
<b>4</b>	<b>Homo Oeconomicus, Behavioral Economics und Paternalismus</b> .....	<b>95</b>
4.1	<i>Homo Oeconomicus</i> : Der rationale egoistische Mensch (REM-Hypothese) .....	95
4.1.1	Rationales Handeln .....	96
4.1.2	Vollständigkeit, Transitivität, Unabhängigkeit, Konsistenz und Widerspruchsfreiheit .....	97
4.1.3	Interessenbestimmtes und urteilsbestimmtes Handeln .....	98
4.1.4	Eigennützigkeit und Egoismus, ein wichtiger Unterschied .....	99
4.1.5	Der methodologische Status des rationalen egoistischen Menschen .....	100
4.1.6	Erklärungen im Prinzip, nicht im Detail .....	101
4.1.7	Gute Prognosen .....	102
4.1.8	Die REM-Hypothese als Theoriekern der Ökonomie. ....	102
4.2	Verhaltensökonomik (Behavioral Economics) .....	103
4.2.1	Kritik an der Theorie vom Rationalverhalten – Das Konzept der „Bounded Rationality“ .....	103
4.2.2	Verhaltensanomalien und Abweichungen vom eigennützligen Verhalten .....	105
4.2.2.1	Heuristische Schwächen .....	105
4.2.2.2	Willensschwächen („Bounded willpower“), unterschiedliche Diskontraten und hyperbolisches Diskontieren .....	109
4.2.2.3	Reziprokes und selbstschädigendes Verhalten bei unfairer Behandlung („Bounded selfishness“) .....	109

4.3	Methodologischer Stellenwert der Anomalienforschung .....	110
4.3.1	Abkehr vom Homo Oeconomicus. ....	110
4.3.2	Einwände gegen die Verhaltensökonomik .....	110
4.3.2.1	Vereinbarkeit mit Rationalverhalten .....	111
4.3.2.2	Einwände gegen die Untersuchungsmethoden der Behavioral Economics .....	113
4.3.2.3	Ad-hoc-Aussagen ohne Entwicklung einer Verhaltenstheorie .....	115
4.3.2.4	Gründe für die Dominanz von Rationalverhalten .....	115
4.3.3	Folgerungen für die Ökonomische Analyse des Rechts .....	116
4.4	Verhaltensanomalien und Paternalismus .....	116
4.4.1	Eingriffe in die individuelle Handlungsfreiheit .....	116
4.4.2	Autoritärer und liberaler Paternalismus .....	116
4.4.3	Umsetzungsprobleme des liberalen Paternalismus .....	118
4.4.3.1	Das Problem der Abgrenzung von autoritärem und liberalem Paternalismus .....	118
4.4.3.2	Das Problem der Unterbrechung von Lernvorgängen durch paternalistische Eingriffe .....	119
4.4.3.3	Das Problem der Nicht Separierbarkeit von echtem und liberalem Paternalismus sowie von externen Effekten .....	120
4.4.3.4	Das Problem des Auftretens von Verhaltensanomalien und Eigeninteressen in der Politik .....	121
4.4.3.5	Das Problem der „Slippery Slopes“ .....	124
4.4.3.6	Das Problem der Verbindung von Liberalismus und Paternalismus .....	125
4.5	Paternalismus aus rechtlicher Sicht .....	127
4.5.1	Individuelle Handlungsfreiheit .....	127
4.5.2	Selbstschädigung von Leben und Gesundheit .....	129
4.5.2.1	Fälle zulässigen staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung .....	129
4.5.2.2	Unzulässigkeit staatlicher Eingriffe .....	131
4.5.2.3	Verhältnismäßigkeit paternalistischer Eingriffe .....	133
4.5.3	Paternalistische Eingriffe im geschäftlichen Verkehr .....	134
4.5.4	„Nudging“ – Anstöße zu vernünftigem Verhalten .....	137
4.5.4.1	Opting-out-Lösungen .....	137
4.5.4.2	Widerrufsrechte .....	137
4.5.4.3	Informationspflichten und Warnungen .....	138
4.5.4.4	Fingierte Erklärungen .....	139
4.5.4.5	Ergänzende Vertragsauslegung .....	140
4.5.5	Fazit .....	140

## II Ökonomische Analyse des Schadensrechts

<b>5 Ziele und Regelungsprobleme des Schadensrechts, das magische Dreieck des Schadensrechts</b> .....	145
5.1 Einführung – ein Fall aus dem Deliktsrecht: Wildschaden auf nächtlicher Landstraße .....	145
5.2 Zur Terminologie: Schadensrecht, Haftungsrecht und Recht des Schadensersatzes .....	148
5.3 Zieldiskussion .....	149
5.4 Das Ziel der Vermeidung primärer Kosten, Eigenschaften optimaler Prävention .....	153
5.4.1 Das Ziel optimaler Sorgfalt .....	154
5.4.2 Das Ziel des optimalen Niveaus gefährlicher Aktivität .....	155
5.4.3 Gewährleistung positiven Nettonutzens der gefährlichen Aktivität .....	157
5.5 Vermeidung sekundärer Kosten (Risikostreuung) .....	159
5.5.1 Erwartungsnutzen und risikoaverses Verhalten .....	159
5.5.2 Nutzen und Einkommen .....	160
5.5.3 Probleme von Versicherungslösungen .....	163
5.6 Vermeidung tertiärer Kosten .....	164
5.7 Zielkonflikte .....	165
5.8 Die Zurechnung des Schadens, die Relevanz der Zurechnung bei Schäden innerhalb und außerhalb von Marktbeziehungen .....	166
5.9 Die rechtlichen Zurechnungsprobleme des Schadensrechts .....	167
5.9.1 Der Schutzbereich des Schadensersatzrechts .....	168
5.9.2 Zurechnung von Rechtsgutverletzungen und Schäden .....	171
5.9.3 Schadensberechnung und Schadensbewertung .....	177
<b>6 Verschuldens- und Gefährdungshaftung</b> .....	181
6.1 Konsequentialistische Sicht der Verschuldenshaftung .....	181
6.2 Verschuldenshaftung – die Learned Hand-Formel .....	182
6.3 Verschuldenshaftung aus juristischer Sicht .....	183
6.3.1 Begriff und Funktion der Fahrlässigkeit .....	184
6.3.2 Bestimmung eines Sorgfaltsmaßstabs .....	184
6.3.3 Vorhersehbarkeit .....	188
6.3.4 Äußere und innere Sorgfalt .....	190
6.3.5 Rechtswidrigkeit und Verschulden bei der Haftung für Fahrlässigkeit .....	191
6.3.6 Sorgfaltspflichten, allgemeine Verkehrspflichten und vertragliche und quasivertragliche Schutzpflichten .....	192

6.4	Wirkungen der Verschuldenshaftung, Verschulden als Verletzung eines Sorgfaltsstandards. . . . .	194
6.4.1	Wirkung der Verschuldenshaftung bei präzisen Sorgfaltsstandards . . . . .	194
6.4.2	Wirkung der Verschuldenshaftung bei vagen Sorgfaltsstandards . . . . .	197
6.5	Wirkungen der Verschuldenshaftung bei Anwendung der Differenzmethode nach § 249 BGB. . . . .	198
6.6	Kann die Verschuldenshaftung die soziale Nützlichkeit der schädigenden Aktivität sicherstellen? . . . . .	202
6.6.1	Die Blindheit der Verschuldenshaftung hinsichtlich der Aktivität . . . . .	202
6.6.2	Korrekturen durch Rechtsprechung? . . . . .	202
6.7	Was bedeutet die Feststellung der Fahrlässigkeit? . . . . .	205
6.7.1	Die Bestimmung des Sorgfaltsniveaus durch die Gerichte . . . . .	205
6.7.2	Setzung von Sorgfaltsstandards durch die Gerichte . . . . .	208
6.8	Eine zweite Interpretation der Verschuldenshaftung. . . . .	210
6.8.1	Bestimmung von Fahrlässigkeit ohne die Festlegung eines Standards. . . . .	210
6.8.2	Die Lösung des Wildschutzfalles. . . . .	212
6.8.3	Effizienzwirkungen dieses Fahrlässigkeitskonzepts . . . . .	214
6.9	Prinzipien mittlerer Reichweite zur Bestimmung der Sorgfalt, ihre Nähe zur Learned Hand-Formel . . . . .	215
6.10	Die Verteilung der Beweislast bei der Verschuldenshaftung und ihre Auswirkung. . . . .	219
6.11	Zusammenfassung: Konstellationen der Schadenszurechnung bei der Verschuldenshaftung. . . . .	224
6.12	Die Relevanz von Sitten und Gebräuchen und von technischen Normen. . . . .	225
6.13	Technische Regeln und Regelwerke . . . . .	227
6.14	Gefährdungshaftung, Rechtsgrundlagen. . . . .	228
6.14.1	Die rechtliche Struktur der Gefährdungshaftung . . . . .	228
6.14.2	Gesetzliche Tatbestände der Gefährdungshaftung . . . . .	229
6.14.3	Die Gefährdungshaftung im System des Haftungsrechts . . . . .	231
6.15	Wirkungen der Gefährdungshaftung bei konstantem Aktivitätsniveau . . . . .	233
6.16	Aktivitätsniveau bei Verschuldens- und Gefährdungshaftung, Überlegenheit der Gefährdungshaftung . . . . .	234
6.17	Kosteneffekte und Dezentralisierungswirkung der Gefährdungshaftung . . . . .	236
6.18	Haftungsobergrenzen bei Gefährdungshaftung. . . . .	237
6.19	Gefährdungshaftung bei nicht vorhersehbaren Schäden? . . . . .	239

6.20	Wirkungen der Haftung bei vollkommenen und unvollkommenen Versicherungen .....	241
6.20.1	Effizienz bei vollkommener Versicherung .....	241
6.20.2	Ineffizienz bei unvollkommener Versicherung .....	242
<b>7</b>	<b>Reziproke Schäden und Mitverschulden .....</b>	<b>247</b>
7.1	Die Notwendigkeit einer erweiterten Sichtweise und die Reziprozität des Schadensproblems .....	247
7.2	Die rechtliche Regelung des Mitverschuldens .....	248
7.3	Der „cheapest cost avoider“. Schadensrecht im Entweder-Oder-Fall .....	252
7.4	Quasidogmatische Argumentationsfiguren im Entweder-Oder-Fall .....	254
7.5	Ein Fall: Die unbegradigte Autostraße .....	256
7.5.1	Sachverhalt .....	256
7.5.2	Lösung mit Hilfe der ökonomischen Analyse .....	257
7.6	Effiziente Schadensvermeidung bei bilateralen Schäden und konstantem Aktivitätsniveau .....	258
7.6.1	Einführung in das bilaterale Schadensproblem .....	258
7.6.2	Erzwingung eines optimalen Gleichgewichts durch die Rechtsordnung .....	261
7.7	Verschuldenshaftung mit und ohne den Einwand des Mitverschuldens, das Äquivalenztheorem .....	262
7.8	Gefährdungshaftung mit dem Einwand des Mitverschuldens .....	265
7.9	Vermeidung sozialschädlichen Verhaltens durch Haftungsrecht bei bilateralen Schäden? .....	267
7.10	Bilaterale Schäden bei beiderseitig variablem Aktivitäts- und Sorgfaltsniveau, Theorem von Shavell .....	268
7.11	Die Übernahme von Schadensvermeidungskosten des Geschädigten durch den Schädiger .....	270
7.12	Rechtliche Möglichkeiten des Aufwandsersatzes für den Geschädigten .....	272
7.12.1	Der Geschädigte hat nach dem Unfall Aufwendungen getätigt, um den Schaden zu mindern .....	272
7.12.2	Der Geschädigte hat bereits vor dem Unfall Vorsorgemaßnahmen getroffen .....	273
7.12.3	Der potentiell Geschädigte trifft Vorsorgemaßnahmen, die zur Abwehr eines Schadens führen .....	275
7.12.4	Beispielfall: Die gasdichte Haustür .....	277
7.13	Nachträgliche Schadensminderungsaufwendungen: Ein Sonderfall bilateraler Schäden .....	279
7.14	Zweitbeste Lösungen des bilateralen Schadensproblems .....	279
7.15	Schadensersatz oder Gewinnherausgabe? .....	280
7.16	Unsicherheit, ob fahrlässiges Verhalten zur Selbstschädigung oder zur Schädigung Dritter führt .....	282



<b>10</b>	<b>Besondere Probleme des Schadensrechts</b> .....	357
10.1	Produkthaftung.....	357
10.1.1	Einführung.....	357
10.1.2	Rechtsgrundlagen der Produkthaftung.....	359
10.1.2.1	Deliktsrechtliche Produkthaftung nach BGB.....	359
10.1.2.2	Vertragliche Ansprüche.....	359
10.1.2.3	Umkehr der Beweislast für das Verschulden.....	360
10.1.2.4	Produkthaftung nach dem Produkthaftungsgesetz.....	360
10.1.3	Fabrikationsfehler, Konstruktionsfehler und Informationsfehler.....	361
10.1.3.1	„Fehler“ in der deliktsrechtlichen Haftung.....	361
10.1.3.2	„Fehler“ nach dem Produkthaftungsgesetz.....	362
10.1.4	Die Irrelevanz des Haftungsregimes für gefährliche Produkte bei wohlinformierten, gleichartigen Nutzern.....	363
10.1.5	Mögliche Fehlentwicklungen der Produzentenhaftung bei wohlinformierten Verbrauchern mit unterschiedlichen Sicherheitspräferenzen.....	365
10.1.6	Versicherungswirkung der Haftung.....	367
10.1.7	Informationeller Fehlerbegriff und Fabrikationsfehler.....	368
10.1.8	Konstruktions- und Instruktionsfehler.....	369
10.1.8.1	Die Überschätzung der Produktgefahren.....	369
10.1.8.2	Die Unterschätzung der Produktgefahren.....	370
10.1.9	Exkurs: Warum Verbraucherschutz? Negativauslese und der „Markt für Zitronen“.....	370
10.1.9.1	Der „Markt für Zitronen“.....	370
10.1.9.2	Konsequenzen für die Produkthaftung.....	374
10.1.10	Bestimmung des Konstruktionsfehlers im Sinne der Verschuldens- oder der Gefährdungshaftung?.....	375
10.1.10.1	Konstruktionsfehler als Verschulden des Herstellers (Risk-Utility Test).....	375
10.1.10.2	Informationeller Fehlerbegriff und Gefährdungshaftung (Consumer Awareness Test).....	376
10.1.11	Die Krise des Haftungsrechts in den USA, kein Grund gegen die Haftung für Konstruktionsfehler.....	378
10.1.12	Schwierigkeiten der Bestimmung optimaler Produktsicherheit.....	380
10.1.13	Vorschlag: Rein informationeller Fehlerbegriff für Konstruktionsmängel.....	381
10.1.14	Haftung für Entwicklungsgefahren.....	381
10.1.14.1	Begriff der Entwicklungsgefahren.....	381

10.1.14.2	Haftung für Entwicklungsgefahren nach geltendem Recht .....	383
10.1.14.3	Wirkungen der Haftung für Entwicklungsgefahren ...	385
10.1.15	Einwände gegen die Effizienz der Produkthaftung in den USA ...	386
10.2	Umwelthaftung: Stand, Probleme und Perspektiven .....	387
10.2.1	Die geringe Bedeutung der Haftung für Umweltschäden .....	387
10.2.2	Das Problem des rationalen Desinteresses bei der Geltendmachung von Umweltschäden .....	388
10.2.3	Das Problem der „weichen“ Kausalität .....	389
10.2.4	Das Problem der Schadensbewertung .....	390
10.2.5	Keine Zuweisung individueller Property Rights .....	391
10.2.6	Zur Europäischen Umwelthaftungsrichtlinie .....	391
10.2.7	Vermögenslosigkeit des Schädigers und Haftung der Banken ...	392
10.2.8	Industriepolitische Schlagseite in der Geschichte des Umweltrechts .....	393
10.2.9	Umwelthaftung nicht für den Normalbetrieb von Anlagen? .....	394
10.3	Schmerzensgeld, unersetzbare Schäden und Wert der Todesverhütung ...	395
10.3.1	Einleitung .....	395
10.3.2	Funktion des Schmerzensgeldes und Bemessungskriterien aus juristischer Sicht .....	395
10.3.3	Anknüpfungspunkte für die Bemessung des Schmerzensgeldes aus ökonomischer Sicht, Abschreckung oder Kompensation? ...	400
10.3.3.1	Abschreckungsschmerzensgeld .....	400
10.3.3.2	Kompensationsschmerzensgeld .....	401
10.3.4	Das Problem unersetzbarer Güter aus ökonomischer Sicht .....	402
10.3.5	Zur empirischen Bestimmung der Höhe des Abschreckungsschmerzensgeldes .....	404
10.3.5.1	Schlussfolgerung .....	407
10.4	Die Haftung für Hilfspersonen aus wohlfahrtsökonomischer Sicht .....	407
10.5	Grenzen der zivilrechtlichen Haftung und Übergänge zur Regulierung durch öffentliches Recht .....	410
10.5.1	Der von der Rechtsordnung festgelegte Schadensersatz ist kleiner als der Schaden .....	410
10.5.2	Anonymität von Schädigern und rationales Desinteresse der Geschädigten als Ursache begrenzter Haftung .....	413
10.5.3	Ex-Ante Regulierung bei Vermögenslosigkeit der zur Haftung herangezogenen Person .....	415
10.5.4	Administrative Kosten bei Regulierung und bei zivilrechtlicher Haftung .....	415
10.5.5	Empirische Untersuchungen zur Leistungsfähigkeit von Haftung und Regulierung .....	416
10.6	Ein einheitliches Deliktsrecht für die Europäische Union? .....	418

### III **Ökonomische Analyse des Vertragsrechts**

<b>11</b>	<b>Zur ökonomischen Analyse der Vertragsfreiheit und des Vertragsrechts ...</b>	<b>423</b>
11.1	Ökonomische Funktion der Vertragsfreiheit .....	423
11.2	Die Bedeutung der pekuniären Effekte .....	424
11.3	Die Bedeutung von Vertragsrisiken und von Opportunismus in Vertragsbeziehungen .....	426
11.4	Zur ökonomischen Funktion des Vertragsrechts .....	427
<b>12</b>	<b>Der vollständige Vertrag und seine Rekonstruktion durch die Rechtsordnung .....</b>	<b>431</b>
12.1	Vertrag ohne Transaktionskosten .....	431
12.2	Die Rekonstruktion des vollständigen Vertrages durch Gesetz und Rechtsprechung .....	433
12.3	Die effiziente Zuordnung von Vermeidungsaufwand .....	434
12.4	Vertragliche Schadensversicherung bei Unmöglichkeit der Schadensvermeidung .....	437
12.4.1	Die Haftung des „cheapest insurer“ .....	437
12.4.2	Verhalten unter Unsicherheit (Risikoaversion, Risikofreude, Risikoneutralität) .....	438
12.4.3	Verträge zwischen Spielern und Risikoaversen .....	439
12.4.4	Grenzen der cheapest insurer-Regel. Die Möglichkeit der Angebotsdifferenzierung .....	440
12.5	Eine Vertragspartei ist cheapest insurer, die andere cheapest cost avoider .....	441
12.6	Die Haftung des überlegenen Risikoträgers (superior risk bearer) .....	442
12.7	Wohlfahrtsökonomisches Prüfschema, vertragliche Risikoanordnung .....	444
12.8	Die dezinonistische Zuordnung des Risikos .....	446
12.9	Grenzen des Vertragsrechts und Vertragstheorie .....	446
<b>13</b>	<b>Ergänzende Vertragsauslegung, Geschäftsgrundlage und die Rekonstruktion des vollständigen Vertrags durch die Rechtsordnung, Äquivalenzstörungen .....</b>	<b>449</b>
13.1	Selbstbestimmungsprinzip und Allokationseffizienz .....	449
13.2	Ökonomisches Modell und geltendes Recht .....	450
13.3	Die Rekonstruktion des vollständigen Vertrags durch den Gesetzgeber (dispositives Gesetzesrecht) .....	455
13.3.1	Die Entlastungsfunktion des dispositiven Rechts .....	455
13.3.2	Der Gerechtigkeitsgehalt des dispositiven Rechts .....	456
13.3.3	Dispositives Recht und ökonomisches Vertragsmodell .....	457
13.4	Die Rekonstruktion des vollständigen Vertrags, ergänzende Vertragsauslegung .....	457
13.4.1	Verhältnis zum dispositiven Recht .....	457

13.4.2	Unvollständige Verträge als Voraussetzung der ergänzenden Vertragsauslegung .....	458
13.4.3	Hypothetischer Parteiwille und ökonomisches Vertragsmodell .....	458
13.4.4	Grenzen der ergänzenden Vertragsauslegung .....	460
13.5	Rekonstruktion des vollständigen Vertrags, die Lehre von der Geschäftsgrundlage .....	460
13.5.1	Zur Lehre vom Fehlen bzw. Wegfall der Geschäftsgrundlage ...	460
13.5.2	Subjektive und objektive Geschäftsgrundlage .....	461
13.5.3	Die Kodifikation in § 313 BGB. ....	462
13.5.4	Wegfall der Geschäftsgrundlage und ergänzende Vertragsauslegung .....	463
13.5.5	Kriterien und Grenzen der Vertragsanpassung .....	464
13.6	Juristische Relevanz des ökonomischen Modells des vollständigen Vertrags .....	465
13.6.1	Vollständiger Vertrag und Geschäftsgrundlage .....	465
13.6.2	Kriterien der Vertragsergänzung und Vertragskorrektur .....	466
13.6.3	Grenzen nachträglicher Risikoordnung .....	467
13.6.4	Die Funktion des „Zumutbarkeitskriteriums“ .....	468
13.7	Falldarstellungen, Reichweite des wohlfahrtsökonomischen Prüfschemas zum vollständigen Vertrag .....	468
13.7.1	Der Ölpreis-Fall .....	468
13.7.2	Der Iran-Fall .....	472
13.7.3	Tagespreisklausel-Fall .....	475
13.8	Faire Aufteilung des Vertragsnutzens, Nash-Lösung, Orientierung am Marktpreis und <i>laesio enormis</i> .....	481
13.8.1	Nash-Lösung und Orientierung an einem fiktiven Marktpreis .....	481
13.8.2	Alternative Prinzipien im Vertragsrecht .....	487
13.8.3	Erosion der Privatautonomie durch Wertevielfalt im DCFR. ...	491
13.8.4	Vorschlag der EU-Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht .....	493
<b>14</b>	<b>Ökonomische Analyse von Vertragsbruch, Unmöglichkeit und Verzug</b> .....	<b>495</b>
14.1	Vertragsstörungen und ihre rechtlichen Konsequenzen .....	495
14.2	Mögliche Rechtsregeln bei Vertragsbruch oder Verzug .....	496
14.3	Das heuristische Prinzip für die Beurteilung der Regeln bei Vertragsbruch .....	497
14.4	Beurteilung der rechtlichen Regeln .....	499
14.4.1	<i>Pacta sunt servanda</i> .....	499
14.4.2	Schadensersatz statt der Leistung .....	501
14.4.3	Wirtschaftliche Unmöglichkeit und Kostenkontrolle der Vertragserfüllung durch Gerichte .....	503
14.4.4	Der Ersatz des negativen Interesses (Vertrauensschaden) .....	504

14.5	Die subjektivistische Kritik an der Lehre vom effizienten Vertragsbruch . . . . .	504
14.6	Begrenzung des Schadensersatzes im Vertragsrecht auf vorhersehbare Schäden? . . . . .	508
<b>15</b>	<b>Ökonomische Analyse des Leistungsstörungenrechts bei Kauf- und Werkvertrag . . . . .</b>	<b>513</b>
15.1	Rechtsgrundlagen und Rechtsbehelfe . . . . .	513
15.1.1	Sachmängelhaftung . . . . .	515
15.1.2	Übernahme einer Garantie . . . . .	515
15.1.3	Deliktische Ansprüche für Sachmängel . . . . .	515
15.2	Gewährleistung als Versicherung des Käufers durch den Verkäufer . . . . .	516
15.2.1	Versicherung des risikoaversen Käufers durch den risikoneutralen Verkäufer . . . . .	516
15.2.2	Besonderheiten bei Mangelfolgeschäden . . . . .	517
15.3	Gewährleistung als Qualitätsanreiz für den Verkäufer . . . . .	518
15.4	Gewährleistung als nicht imitierbares Qualitätssignal des Verkäufers hoher Qualität . . . . .	519
15.5	Die Notwendigkeit der Gewährleistungsbegrenzung wegen der Existenz unterschiedlicher Käufergruppen mit verschiedenen Risikopotentialen . . . . .	520
15.6	Die Notwendigkeit der Gewährleistungsbegrenzung wegen des käuferseitigen moral hazard . . . . .	521
15.7	Kostenvergleich alternativer Rechtsbehelfe des Käufers . . . . .	521
15.8	Schadensersatz bei Lieferung mangelhafter Sachen . . . . .	523
15.8.1	Erfüllungs- und Integritätsinteresse . . . . .	523
15.8.2	Produkthaftung für Mangelfolgeschäden . . . . .	524
15.8.3	Zur praktischen Bedeutung der gesetzlichen gegenüber den vertraglichen Gewährleistungsregeln . . . . .	526
15.8.3.1	Gesetzliches Recht als Ausgangspunkt für Marktentwicklungen . . . . .	526
15.8.3.2	Transparenz des Risikos . . . . .	526
15.8.3.3	„Race to the Bottom“ und der Reputationsmechanismus . . . . .	527
15.9	Effizienz Aspekte im Gewährleistungsrecht . . . . .	528
15.9.1	Risikoverteilung in Extremfällen von Falsch- und Schlechtlieferungen . . . . .	528
15.9.2	Länge der Verjährungsfristen . . . . .	531
15.9.2.1	Zu kurze Verjährungsfristen bei Sachmängeln . . . . .	531
15.9.2.2	Bestimmungsfaktoren einer optimalen Verjährungsfrist . . . . .	532
15.9.3	Rechtspolitischer Vorschlag zur Länge der Verjährungsfrist . . . . .	533
15.9.4	Laufbeginn der Verjährungsfrist bei verschleißbezogenen und nicht-verschleißbezogenen Mängeln . . . . .	534
15.10	Vertragliche Rechtsbehelfe und Risikoeinstellung . . . . .	535

<b>16</b>	<b>Unwissenheit, Vertrauen, Opportunismus und Allokationseffizienz</b> .....	537
16.1	Die kalten Winde der Unwissenheit, zum Problem des Vertrauens aus ökonomischer Sicht. ....	537
16.2	Produktive und unproduktive Informationen .....	538
16.3	Informationskosten bei Preisunsicherheit und Qualitätsunsicherheit ...	540
16.3.1	Rationales Verhalten bei Preisunsicherheit. ....	541
16.3.2	Qualitätsunsicherheit (Suchgüter, Erfahrungsgüter, Glaubensgüter) .....	542
16.4	Fehlentwicklungen bei Informationsdefiziten .....	543
16.4.1	Monopolpreisbildung bei atomistischem Angebot und homogenen Gütern .....	543
16.4.2	Antiselektion bei asymmetrisch verteilten Produktinformationskosten, der „Markt für Zitronen“ .....	544
16.5	Die Überwindung von Informationsdefiziten durch gesellschaftliche Institutionen .....	544
16.5.1	Berufsethik .....	544
16.5.2	Reputation, Goodwill und das Extrapolationsprinzip .....	545
16.5.3	Der unsichtbare Händedruck .....	547
16.6	Die Gefahr des Opportunismus .....	549
16.7	Verbraucherschutz: Allgemeine Geschäftsbedingungen und der „Markt für Zitronen“ .....	552
<b>17</b>	<b>Vertrauensschutz im Recht des Güter- und Leistungsaustauschs</b> .....	557
17.1	Voraussetzung des Vertrauensschutzes aus wohlfahrtsökonomischer Sicht .....	557
17.1.1	Asymmetrische Informationskosten .....	557
17.1.2	Produktivität der Informationen .....	558
17.1.3	Die Notwendigkeit einer Vertrauensprämie .....	559
17.1.3.1	Notwendigkeit des Informationskostenersatzes .....	559
17.1.3.2	Die Bedeutung werterhöhender und wertsenkender Information .....	561
17.1.4	Verhältnis von Opportunismusprämie und Vertrauensprämie .....	562
17.1.5	Die Bedeutung von Zufallsinformationen .....	563
17.1.6	Bindungswille als Voraussetzung des Vertrauensschutzes? .....	563
17.2	Der ökonomische und der rechtliche Begriff des Vertrauensschutzes ...	564
17.3	Rechtsgrundlagen und Erscheinungsformen der Vertrauenshaftung ...	565
17.3.1	Gesetzliche Tatbestände der Vertrauenshaftung .....	565
17.3.2	Richterrechtliche Tatbestände der Vertrauenshaftung .....	566
17.4	Vertrauenshaftung und die Bedeutung des ökonomischen Ansatzes ...	568
17.4.1	Anknüpfungspunkte der Vertrauenshaftung .....	568
17.4.2	Die Überwindung von Informationsdefiziten durch Vertrau- ensschutz aus rechtlicher und aus ökonomischer Sicht .....	570
17.5	Preisunsicherheit und Qualitätsunsicherheit .....	571
17.5.1	Asymmetrie der Informationskosten .....	572

17.5.2	Produktivität von Informationen .....	574
17.5.3	Vertrauensprämie und Vertrauenshaftung .....	575
17.5.4	Aufklärungspflichten bezüglich werterhöhender Informationen .....	576
17.5.5	Die Opportunismusgefahr .....	577
17.6	Rechtliche und ökonomische Probleme der Berufshaftung .....	579
17.6.1	Anwendungsbereich der Berufshaftung .....	579
17.6.2	Rechtsgrundlagen der Berufshaftung .....	581
17.6.2.1	Anlageberater und Anlagevermittler .....	581
17.6.2.2	Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Sachverständige ...	582
17.6.2.3	Sachwalter .....	582
17.6.3	Ökonomische Funktion der Berufshaftung .....	582
17.6.3.1	Kriterium der Informationsasymmetrie .....	583
17.6.3.2	Produktivität der Information .....	584
17.6.3.3	Vertrauensprämie als Voraussetzung einer Berufshaftung .....	585
17.6.3.4	Sanktionen durch den Markt .....	585
17.7	Kostenlose Informationen und konkreter Wissensvorsprung .....	585

#### IV Property Rights (Handlungsrechte)

#### 18 Begriff, Funktion und Ausgestaltung von Property Rights

(Handlungsrechte) .....	589
18.1 Property Rights (Handlungsrechte) .....	589
18.1.1 Begriff von Handlungsrechten .....	589
18.1.2 Schutz von Handlungsrechten .....	591
18.1.3 Transferfähigkeit von Handlungsrechten .....	592
18.1.4 Zwecke von Handlungsrechten .....	593
18.2 Effizienzprobleme bei fehlspezifizierten Handlungsrechten .....	594
18.2.1 Fehlnutzung der Früchte einer Ressource bei freiem Zugang ...	594
18.2.2 Übernutzung von Ressourcen bei freiem Zugang bzw. Allmendegütern, „The Tragedy of the Commons“ .....	595
18.2.3 Die Schädigung der nachhaltigen Nutzungsmöglichkeit und die Zerstörung von Ressourcen bei fehlspezifizierten Property Rights .....	597
18.2.4 Effiziente Nutzung erschöpfbarer Ressourcen .....	598
18.2.5 Fehlnutzung von Ressourcen bei positiven externen Effekten .....	599
18.2.6 Freier Zugang bei Öffentlichen Gütern .....	600
18.3 Entwicklung von Property Rights als Reaktion auf Knappheit .....	600
18.3.1 Friedensdividende beim Übergang von der Anarchie zur Rechtsordnung .....	600

18.3.2	Herausbildung exklusiver Property Rights als Reaktion auf zunehmende Knappheit .....	601
18.3.3	Die Weiterentwicklung von Handlungsrechten als permanentes Problem .....	602
18.4	Transferfähigkeit und Einschränkungen der Transferfähigkeit von Handlungsrechten .....	604
18.4.1	Der Grundsatz der Transferfähigkeit von Handlungsrechten und die Formen der Übertragung .....	604
18.4.2	Rechtliche Beschränkungen der Transferfähigkeit .....	604
18.4.3	Ökonomische Auswirkungen des Ausschlusses oder der Beschränkung der Transferfähigkeit von Rechten .....	605
18.4.4	Übertragungsbeschränkungen als ineffizientes Rentseeking. ...	605
18.4.5	Einschränkungen der Transferfähigkeit aus paternalistischen Gründen .....	606
18.4.6	Einschränkungen der Transferfähigkeit bei Externalitäten, insbesondere bei einmischenden Präferenzen. ....	606
18.4.7	Schutz von Ressourcen durch Unterbindung von Märkten. ....	608
18.4.8	Beschränkungen der Transferfähigkeit aus anderen normativen Gründen. ....	609
<b>19</b>	<b>Die Übertragung von Handlungsrechten durch gutgläubigen Erwerb</b> .....	<b>611</b>
19.1	Formen des gutgläubigen Erwerbs von Rechten .....	611
19.2	Regeln des gutgläubigen Erwerbs als Mittel zur Verteilung von Informationsaufwendungen .....	612
<b>20</b>	<b>Die Übertragung von Handlungsrechten durch Enteignung und Inhaltsbestimmung des Eigentums</b> .....	<b>617</b>
20.1	Gründe für Zwangsmaßnahmen .....	617
20.1.1	Akkordstörerposition (hold up) des Eigentümers .....	617
20.1.2	Schwarzfahrerverhalten .....	620
20.1.3	Aufwendungsersatzansprüche bei der privaten Produktion öffentlicher Güter (Expanded Duty of Restitution). ....	621
20.2	Entschädigungsgründe beim Entzug von Handlungsmöglichkeiten ...	624
20.2.1	Anreize für den Staat .....	625
20.2.2	Entschädigung als Versicherungslösung. ....	625
20.2.3	Anreizwirkungen der Entschädigung bei unterschiedlicher Nutzung der Ressourcen nach der Enteignung .....	627
20.3	Abgrenzung von Schrankenbestimmung des Eigentums und Enteignung. ....	628
<b>21</b>	<b>Insolvenz und kollidierende Sicherungsinteressen von Gläubigern</b> .....	<b>635</b>
21.1	Kredite mit und ohne Zugriff auf das Schuldnervermögen .....	635
21.2	Alternative Regelungsprinzipien der Gläubigerbefriedigung. ....	636
21.3	Ziele der Regelungsprinzipien .....	636



21.4	Analyse der Regelungsprinzipien in Bezug auf effiziente Kreditverträge .....	637
21.4.1	Ineffizienz des Prioritätsprinzips 2 im Insolvenzfall .....	637
21.4.2	Auswirkungen der par-condicio-creditorum-Regel des Insolvenzrechts auf die Effizienz von Kreditverträgen .....	638
21.4.2.1	Das Delcredere-Risiko .....	638
21.4.2.2	Auswirkungen auf Risikostruktur und Kreditvergabe .....	639
21.4.3	Die Bestellung von Kreditsicherheiten und ihre Auswirkungen auf Kreditverträge .....	640
21.4.4	Das Problem der Massearmut in der Insolvenz .....	641
21.5	Die Entscheidung über Weiterführung oder Liquidation des Unternehmens .....	642
21.5.1	Das wirtschaftspolitische Kriterium für Liquidation und Weiterführung des Unternehmens .....	642
21.5.2	Wann haben die Akteure ein Interesse an der rechtspolitisch richtigen Entscheidung im Insolvenzfall? .....	642
21.5.3	Insolvenzrechtliche Lösungen und Fehlentwicklungen .....	644
21.5.4	Privatautonomes Insolvenzverfahren? .....	647
21.5.5	Restschuldbefreiung, ein Schritt in die richtige Richtung .....	647
21.6	Kollisionen zwischen Waren- und Geldkreditgebern bei neuartigen Sicherungsrechten .....	648
21.6.1	Entwicklung neuartiger Sicherungsrechte .....	648
21.6.2	Das Kollisionsproblem .....	649
21.6.3	Ökonomische Aspekte bei der rechtlichen Lösung des Kollisionsproblems .....	650
<b>22</b>	<b>Inkompatible Nutzung von Grundstücken und effiziente Raumnutzung ...</b>	<b>653</b>
22.1	Fallbeispiel .....	653
22.2	Die Gesamteigentümergebietung .....	653
22.3	Zweitbeste Lösungen von Nutzungskonflikten bei unvollständigen Informationen .....	655
22.4	Das Kriterium der Ortsüblichkeit als entscheidende Weichenstellung ...	656
22.5	Regeln zur effizienten Nutzung bei ausreichender Information der Gerichte .....	658
22.5.1	Die Nutzung des Störers ist ineffizient .....	658
22.5.2	Die Nutzung des Störers ist effizient .....	658
22.6	Zweitbeste Regeln bei nicht ausreichender Information der Gerichte ...	660
22.6.1	Die Defizite des Prioritätsprinzips .....	660
22.6.1.1	Einige effiziente neue Nutzungen bleiben unrentabel .....	660
22.6.1.2	Unproduktives Wettrennen um die Priorität .....	661
22.6.2	Die Defizite des Majoritäts- oder Dominanzprinzips .....	662

22.7	Rechtspolitische Schlußfolgerungen, Prüfschema für die Ortsüblichkeit.....	662
22.8	Grenzen zivilrechtlicher Steuerung bei abnehmenden Anpassungskosten neuer Nutzer .....	663
<b>23</b>	<b>Immaterialgüterrechte, die Generierung von Innovationen .....</b>	<b>667</b>
23.1	Wettbewerb auf Güter- und Ideenmärkten.....	667
23.2	Property Rights für „geistiges Eigentum“ .....	669
23.2.1	Patentrecht .....	669
23.2.2	Urheberrecht .....	671
23.3	Analyse des Prioritätsprinzips für den Erwerb geistigen Eigentums.....	672
23.4	Einfluss von Risiken der Forschung auf den Umfang der Forschung .....	675
23.5	Die Kosten der Durchsetzung von Schutzrechten und ihre Auswirkungen auf den Forschungsumfang.....	675
23.6	Zu geringer Forschungsaufwand als Folge der Ausgestaltung von Lizenzverträgen .....	677
23.7	Schutzdauer, Schutzbreite und Anzahl der geschützten Innovationen .....	678
23.8	Reichweite des gewerblichen Rechtsschutzes und die „Tragedy of the Anticommons“ .....	679
23.9	Der problematische Aufstieg von „Superstars“ als Folge des Urheberrechtsschutzes in Verbindung mit elektronischen Medien.....	681
23.10	Staatliche Forschungsförderung und industriepolitische Innovationsförderung.....	682
<b>V</b>	<b>Unternehmensrecht</b>	
<b>24</b>	<b>Vom Vertrag zur Hierarchie .....</b>	<b>687</b>
24.1	Unterschiedliche Vertragstypen in der Rechtswirklichkeit.....	687
24.1.1	Relationale Verträge .....	688
24.1.2	Symbiotische Verträge.....	689
24.2	Ökonomische Gründe für die Herausbildung nicht diskreter Vertragstypen .....	690
24.2.1	Vertragsspezifisches Kapital.....	690
24.2.2	Markteintrittsbarrieren.....	692
24.2.3	Moral Hazard.....	692
24.3	Die rechtliche Einordnung relationaler und symbiotischer Verträge .....	693
24.4	Vertragsanpassung durch Neuverhandlung .....	694
<b>25</b>	<b>Grundstrukturen und -probleme des Unternehmensrechts .....</b>	<b>697</b>
25.1	Die Wahl zwischen Austauschverträgen und Organisationsstatuten .....	697
25.2	Organisationen mit und ohne Eigentümer.....	698
25.3	Interne Kosten der Organisation, Managementkontrolle und Kontrolle der Mehrheitsaktionäre .....	700
25.4	Ex-ante und Ex-post Kontrollen durch Gesellschaftsrecht, Kapitalmarktrecht und Haftung .....	702

25.5	Ist der Formzwang im deutschen Aktienrecht veraltet? .....	704
25.6	Ausweitung zivilrechtlicher Haftung zur Minderung der „Corporate Governance“ Probleme. ....	706
25.6.1	Haftung für Fehlinformationen der Kapitalmärkte, einfache Fahrlässigkeit auf den Primärmärkten und grobe Fahrlässigkeit auf den Sekundärmärkten .....	709
25.6.2	Kontrolle der Unternehmensführung durch Gesellschaftsrecht .....	711
25.7	Kontrolle des Managements über Finanzmärkte durch feindliche Übernahme .....	711
25.8	Das Problem der Insidergeschäfte .....	713
25.9	Die Rechtsbeziehungen des Unternehmens gegenüber Gläubigern und das Prinzip der begrenzten Haftung .....	715
25.9.1	Die ökonomischen Wirkungen des Trennungsprinzips. ....	715
25.9.2	Einschränkung des Trennungsprinzips durch Durchgriffshaftung. ....	718
25.9.2.1	Vertragsgläubiger .....	718
25.9.2.2	Zwangsgläubiger .....	719
25.9.2.3	Durchbrechung des Trennungsprinzips .....	719
25.9.2.4	Gesellschafterhaftung kraft in Anspruch genommenen Vertrauens .....	722
25.9.2.5	Zusammenfassung .....	722
25.9.2.6	Das Trennungsprinzip bei Kapitalgesellschaften im Streubesitz .....	722
25.10	Konkurrenz der Rechtsformen. Die Europäische Entwicklung .....	723
25.10.1	Europäische Gesellschaft (SE) .....	723
25.10.2	Konkurrenz der nationalstaatlichen Rechtsformen in der EU .....	725
25.11	Zur Frage des zwingenden Rechts der Unternehmensorganisation .....	728
25.12	Paritätische Mitbestimmung .....	729
<b>Literatur</b> .....		731
<b>Sachverzeichnis</b> .....		751