



## Ökonomische Analyse (Law and Economics) des Schweizer Vertragsrechts in a nutshell

BEAT BRÄNDLI\*

Die ökonomische Analyse des Vertragsrechts befasst sich mit der Frage, ob die gesetzliche Regelung zur Durchsetzung von Verträgen effizient erscheint. Der vorliegende Beitrag zeigt unter Zuhilfenahme ökonomischer Theorien auf, dass ein Vertrag durchsetzbar sein sollte, wenn die Parteien dies im Zeitpunkt der Vertragsschliessung wollten. Zudem kommt er zum Schluss, dass das positive Vertragsinteresse eine effiziente Schadenersatzhöhe bei Nichterfüllung darstellt. Dem Schuldner werden dadurch effiziente Anreize zur Vertragserfüllung gesetzt. Der Gläubiger vertraut dagegen grundsätzlich zu stark auf eine Vertragseinholung. Ferner sollte bei der Auslegung von Verträgen der hypothetisch feststellbare Parteiwille dem dispositiven Gesetzesrecht vorgehen. Dispositive Normen des Schweizer Vertragsrechts helfen, Transaktionskosten zu sparen. Verschiedene zwingende Normen dienen demgegenüber u.a. dem Zweck, ökonomische Marktunvollkommenheiten zu verhindern, was ebenfalls effizienzfördernd wirkt.

L'analyse économique du droit des contrats porte sur la question de l'efficacité de la réglementation légale relative à l'exécution des contrats. L'auteur de la présente contribution montre, à l'aide de différentes théories économiques, qu'un contrat devrait être exécutable si cela correspond à la volonté des parties au moment de sa conclusion. Il parvient en outre à la conclusion que l'intérêt positif au contrat représente un degré de dédommagement efficient d'un point de vue économique en cas de non-exécution, ce qui génère chez le débiteur une motivation efficace pour qu'il exécute le contrat. Chez le créancier en revanche, on constate généralement une trop grande confiance dans le fait que le contrat sera respecté. L'auteur est par ailleurs d'avis que dans le cadre de l'interprétation du contrat, la volonté hypothétique des parties, telle qu'elle peut être établie, devrait primer le droit dispositif. Les règles dispositives du droit suisse des contrats permettent de réduire les frais de transaction. D'autre part, différentes normes impératives servent entre autres à prévenir les imperfections économiques du marché, ce qui génère également un gain en efficacité.

### Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Ökonomische Rechtstheorien für das Vertragsrecht
  - A. Pareto-Optimum
  - B. Kaldor-Hicks-Kriterium
  - C. Coase-Theorem und Transaktionskosten
  - D. Agenturtheorie
- III. Ökonomische Analyse zu Rechtsschutzmassnahmen: Was tun bei und gegen Vertragsbruch?
  - A. Eventualitäten, die zum Vertragsbruch verleiten
  - B. Eine effiziente Schadenersatzhöhe?
  - C. Vorsichtsmassnahmen gegen Vertragsbrüche
  - D. Fazit
- IV. Ökonomische Analyse zur Vertragsauslegung
  - A. Dispositive Normen
  - B. Zwingende Normen
- V. Ökonomische Analyse zu Marktunvollkommenheiten für die Vertragsschliessung
  - A. Stabile, korrekt gebildete und geäusserte Präferenzen
  - B. Externe Effekte
  - C. Asymmetrische Informationsverteilung
  - D. Monopole
  - E. Dauerschuldverhältnisse und Endspielproblematik
- VI. Konklusionen zur ökonomischen Analyse des Vertragsrechts

### I. Einführung

Jemandem ein Versprechen zu geben, gehört zu unserem menschlichen Alltag. Das Recht wird erst dann bemüht, wenn ein solches Versprechen über eine moralische bzw. soziale Verhaltensnorm hinausgeht und nötigenfalls unter Zuhilfenahme des Staates zwangsweise durchgesetzt werden soll.<sup>1</sup>

Doch wann soll der Staat ein Versprechen unter Privaten tatsächlich durchsetzen? Sowohl Gerichte von Civil-Law- wie auch jene aus Common-Law-Staaten sind zurückhaltend bei der Durchsetzung von Versprechen, welche weder im Austausch für etwas<sup>2</sup> noch auf qualifizierte Weise<sup>3</sup> abgegeben worden sind. Zudem vollstrecken

<sup>1</sup> ROBERT COOTER/THOMAS ULEN, Law and Economics, 6. A., Harlow 2014, 269.

<sup>2</sup> Vgl. für Common-Law-Länder COOTER/ULEN (FN 1), 269 ff. Die Schweizer Lehre nennt eine solche Konstellation ein einseitiges Rechtsgeschäft, wenn auf ein Versprechen kein Gegenversprechen erfolgt (wie bei einem Testament oder einer Stiftungsurkunde), einen einseitigen Vertrag, wenn das Gegenversprechen keine Leistung beinhaltet (wie bei Schenkung oder Bürgschaft), und ein unvollkommenes zweiseitiges Rechtsgeschäft, wenn die mit dem Gegenversprechen verbundene Leistung (sog. Gegenleistung) in keiner Relation zur Leistung des Versprechenden steht (wie beim zinslosen Darlehen, unentgeltlichen Auftrag oder bei der Leihe).

<sup>3</sup> Unter Einhaltung eines Formerfordernisses wie beim Testament oder Schenkungsversprechen.

\* BEAT BRÄNDLI, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Assistenzprofessor für Wirtschaftsrecht, Vertiefung Gesellschaftsrecht, als auch Lehrstuhlvertreter für internationales Wirtschaftsrecht und Law & Economics an der Universität St. Gallen; Bezirksrichter in Baden.

die Gerichte aus beiden Rechtskreisen keine Versprechen, bei denen der Versprechende erkennbar einem Irrtum erlegen ist (erkennbar falsch abgegebenes Versprechen). Diese Aussage gilt, a fortiori, wo der Versprechende von der Gegenpartei getäuscht oder sogar genötigt wurde. Doch erscheinen solche vertragsrechtlichen Lösungen, die vielen Rechtstraditionen wie auch unserer gemein sind, ökonomisch effizient? Was ist zudem ökonomisch die effiziente Rechtsfolge, wenn ein Versprechen sodann nicht eingehalten wird? Wie hoch ist ein Schadenersatz zu bemessen, damit er ökonomisch effizient erscheint?

Die ökonomische Analyse bzw. Law and Economics von Vertragsrecht setzt sich exakt mit solchen Fragen auseinander. Im Kern geht es dabei stets um die Prüfung, ob bzw. inwiefern die Normen des Vertragsrechts aus einer ökonomischen Perspektive, d.h. unter Einbezug der vertraglich Betroffenen, effizient sind.<sup>4</sup>

Ursprünge der ökonomischen Analyse des Rechts bzw. von *Law and Economics* sind gesellschaftsrechtlich bereits bei ADAM SMITH zu finden.<sup>5</sup> Ökonomische Untersuchungen von Verbrechen und des Strafrechts machten sodann in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts CESARE BECCARIA sowie JEREMY BENTHAM.<sup>6</sup> Die Geburtsstunde der eigentlichen ökonomischen Analyse des Rechts folgte indes erst in den 1960er- und 1970er-Jahren mit den Beiträgen von RONALD COASE<sup>7</sup>, GUIDO CALABRESI<sup>8</sup>, GARY BECKER<sup>9</sup> und RICHARD POSNER<sup>10,11</sup>. Letzterem ist u.a. zu verdanken, dass Law and Economics erstmals als metho-

disches Lehrbuch<sup>12</sup> entstand. Er wird auch als Vater von Law and Economics bezeichnet.<sup>13</sup>

Grundidee der ökonomischen Analyse des Rechts bzw. von Law and Economics ist es, dass Rechtsnormen und deren Durchsetzung das Verhalten von Menschen beeinflussen. Dabei werden ökonomische Methoden herangezogen, um diese Beeinflussungen im Voraus deskriptiv zu antizipieren oder auch im Nachhinein zu messen und normativ zu werten. Mithilfe mikroökonomischer Konzepte wird untersucht, wie das einzelne Individuum unter Restriktionen (aufgrund vorgegebener Normen) handelt. Makroökonomische Konzepte helfen, diese Auswirkungen für eine ganze Volkswirtschaft sichtbar zu machen. Law and Economics ist daher vor allem eine Methode oder genauer eine Analyse des Rechts mithilfe ökonomischer Methodologie.<sup>14</sup>

Im angelsächsischen Raum hat sich Law and Economics als juristisches Paradigma etabliert und als Topos in der juristischen Ausbildung, Akademie sowie in der Rechts- und Gerichtspraxis seinen Platz gefunden.<sup>15</sup> In Europa vermochte Law and Economics indessen bislang nur beschränkt Fuss zu fassen,<sup>16</sup> darin eingeschlossen die Schweiz.<sup>17</sup> Die Schweizer Juristen, welche sich unter Law

<sup>4</sup> Vgl. grundlegend z.B. STEVEN SHAVELL, *Economic Analysis of Law*, New York 2004, 60 ff.

<sup>5</sup> Bspw. für Überlegungen im Gesellschaftsrecht ADAM SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, Oxford 1976, Book V (Nachdruck), Chapter I, Part III, Art. I; zu diesen Ursprüngen siehe EJAN MACKAAY, *History of Law and Economics*, in: Boudewijn Bouckart/Gerrit De Geest (Hrsg.), *Encyclopedia of Law and Economics I*, Cheltenham 2000, 65 ff.; GUNNAR JANSON, *Ökonomische Theorie des Rechts*, Berlin 2004, 20; MATTHIAS P.A. MÜLLER/MILIVOJE MITROVIC, *Law and Economics: ein Panoramablick*, recht 2019, 50 ff.

<sup>6</sup> CESARE BECCARIA, *An Essay on Crimes and Punishments*, 1770, Albany N.Y. 1872 (Nachdruck); JEREMY BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, in: *The Utilitarians*, 1789, Garden City N.Y. 1973 (Nachdruck).

<sup>7</sup> RONALD COASE, *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics* 1960, 1 ff.

<sup>8</sup> GUIDO CALABRESI, *The Costs of Accidents*, New Haven 1970.

<sup>9</sup> GARY BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, *Journal of Political Economy* 1968, 169 ff.

<sup>10</sup> RICHARD POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston 1972.

<sup>11</sup> Siehe zu dieser Entwicklung SHAVELL (FN 4), 3; vgl. für das Gesellschaftsrecht PETER NOBEL, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Aktienrecht: Systematische Darstellung*, Bern 2017, 45 f.

<sup>12</sup> Siehe FN 10.

<sup>13</sup> PETER NOBEL, Richard A. Posner zum 80. Geburtstag (11. Januar 2019), *SZW* 2019, 93 ff.

<sup>14</sup> Zur grundlegenden methodischen Vorgehensweise siehe DIEGO HAUNREITER, *Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts*, Jusletter vom 30.11.2009, N 11 ff.; BEAT BRÄNDLI, *Prozessökonomie im schweizerischen Recht*, Bern 2013, 62 ff.; MÜLLER/MITROVIC (FN 5), 51 ff.

<sup>15</sup> ELI M. SALZBERGER, *Law and Economics in the 21st Century*, in: Thomas Eger/Jochen Bigus/Claus Ott/Georg von Wangenheim (Hrsg.), *Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse*, Festschrift für Hans Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag, Wiesbaden 2008, 23 ff., 24; vgl. SHAVELL (FN 4), 2 f.; MÜLLER/MITROVIC (FN 5), 50 f.

<sup>16</sup> Zu den möglichen Gründen siehe JOCHEN TAUPITZ, *Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – eine Zwischenbilanz*, *Archiv für civilistische Praxis* 1996, 114 ff., 128 ff.

<sup>17</sup> Auch an Schweizer Rechtsfakultäten tritt Law and Economics nur marginal in Erscheinung, geschweige denn unter Einbezug konkreter Schweizer Rechtsnormen. An der Universität St. Gallen besteht ein gleichnamiger juristischer Lehrgang (Law and Economics), der diesem Manko bewusst etwas entgegenzutreten sucht. Das St. Galler Verständnis von Law and Economics ist jedoch mit Blick auf die Rechtspraxis bewusst breiter: Es geht neben einer ökonomischen Methodenintegration ins Recht vor allem um die Aneignung von ökonomischen Kenntnissen als gezielter Bestandteil der juristischen Ausbildung – und damit um eine für den Wirtschaftsjuristen bedeutsame Wissensintegration aus dem betriebs- und dem volkswirtschaftlichen Bereich. Dadurch wird eine holistischere Betrachtungsweise bei der Frage der normativen Beurteilung und Regelung wirtschaftlicher Vorgänge gefördert (vgl. dazu auch NOBEL [FN 11], 43).

and Economics etwas vorzustellen vermögen, sind in der Unterzahl, die angewandten Methoden sind nur wenigen bekannt. Der vorliegende Aufsatz will dieses Verständnis für den Bereich des Vertragsrechts etwas verbessern.

Um dem Leser die Thematik näherzubringen, soll nachfolgend zuerst ein kurzer Überblick über die wesentlichsten ökonomischen Rechtstheorien zur Analyse des Vertragsrechts verschafft werden (II.). Anschliessend wird analysiert, welche Rechtsschutzmassnahmen bei einem Vertragsbruch denn überhaupt ökonomisch effizient erscheinen (III.). Im nachfolgenden Kapitel wird die ökonomische Analyse auf die Vertragsauslegung ausgedehnt (IV.), bevor auf Marktunvollkommenheiten für die Vertragsschliessung eingegangen wird (V.). Dabei soll an geeigneter Stelle stets darüber sinniert werden, inwiefern das Schweizer Vertragsrecht entsprechenden rechtsökonomischen Überlegungen gerecht werden kann. Der Beitrag schliesst mit einer Zusammenfassung der wesentlichsten rechtsökonomischen Erkenntnisse für das Schweizer Vertragsrecht (VI.).

Die rechtsökonomischen Überlegungen sowie Darstellungen folgen methodisch dem bekannten und weit verbreiteten US-amerikanischen Lehrbuch von ROBERT B. COOTER sowie THOMAS ULEN «Law and Economics».<sup>18</sup>

## II. Ökonomische Rechtstheorien für das Vertragsrecht

### A. Pareto-Optimum

Der ökonomischen Theorie von VILFREDO PARETO folgend<sup>19</sup>, kann die Durchsetzung von Versprechen unter Privaten dann als ökonomisch effizient bzw. optimal erachtet werden, wenn sich alle betroffenen Parteien im Zeitpunkt der Abgabe ihrer Versprechen deren Durchsetzbarkeit gewünscht haben. Diese Situation ist nach Dafürhalten aller Involvierten besser als die Nichtdurchsetzbarkeit. Das ökonomische Effizienzgebot nach PARETO kann daher für das Vertragsrecht wie folgt heissen: Ein Vertrag sollte durchsetzbar sein, wenn die Vertragsparteien im Zeit-

punkt der Vertragsschliessung dessen Durchsetzbarkeit wollten.<sup>20</sup>

Ein Versprechen einer Partei ist vor allem dort nötig, wo ein Austauschverhältnis nicht unmittelbar Zug um Zug erfolgt. Mit anderen Worten ist es immer dann gefragt, wenn eine zeitliche Diskrepanz zwischen einer Leistung und einer Gegenleistung besteht.<sup>21</sup> Beim Einkauf von Lebensmitteln im Supermarkt oder bei Käufen am Kiosk ist es bspw. meist unnötig. Die zeitliche Diskrepanz zwischen gegenseitig versprochenen Leistungen (Synallagma) kreiert Unsicherheit. Diese Unsicherheit hat die auf ihre Leistung wartende Partei als sog. Risiko zu tragen. In der Folge möchte die Versprechensempfängerin zur Absicherung ihres Risikos einen nötigenfalls unter Hilfe des Staates durchsetzbaren Anspruch. Für die Versprechende ist diese Durchsetzbarkeit ebenfalls relevant: Dadurch wird beim Vertragspartner ein ausreichender Anreiz gesetzt bzw. ausreichend Vertrauen geschaffen, damit er sich auf das Geschäft überhaupt einlässt.

### B. Kaldor-Hicks-Kriterium

Das Kaldor-Hicks-Kriterium stellt für eine ökonomische Effizienzsteigerung auf eine Kompensationsüberlegung ab. Dabei wird die Zahlungsbereitschaft von Individuen zu Hilfe genommen. Ein Zustand, der von einem Menschen bevorzugt wird, ist aus Effizienzgründen anzustreben, wenn dieser Mensch bereit ist, dafür all jene Menschen vollständig zu kompensieren, die diesen Zustand als schlechter erachten. Durch die Entschädigung werden die aufgrund der Zustandsänderung schlechter gestellten Menschen indifferent gegenüber der Veränderung, der Kompensator jedoch besser gestellt, da er offensichtlich bereit war, die anderen dafür zu kompensieren.<sup>22</sup>

Das Kaldor-Hicks-Kriterium kann bei der Analyse des Vertragsrechtes z.B. genutzt werden, um zu entscheiden, wie hoch eine Entschädigung bei einer Vertragsverletzung sein sollte (sog. Schadenersatz).<sup>23</sup> Als Beispiel kann an eine Automiete gedacht werden, bei welcher der Vermieter dem Automieter untersagt, mit dem Auto die Landesgrenze zu überqueren oder das Auto auf einer Rennstrecke zu benutzen. Wie hoch sollte nun ökonomisch

<sup>18</sup> Siehe dazu FN 1.

<sup>19</sup> Diese ist als sog. Paretoeffizienz (benannt nach VILFREDO F. PARETO, 1848–1923) bekannt geworden. Sie repräsentiert einen Zustand, bei welchem es nicht möglich ist, ein Individuum besser zu stellen, ohne ein anderes Individuum gleichzeitig schlechter zu stellen. Es kann als Entscheidungsregel genutzt werden, um zu einem ökonomisch effizienteren Zustand zu finden (vgl. HANS-BERND SCHÄFER/CLAUS OTT, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin 2005, 30 f.; HAUNREITER [FN 14], N 67 ff.; BRÄNDLI [FN 14], 67; MÜLLER/MITROVIC [FN 5], 53).

<sup>20</sup> COOTER/ULEN (FN 1), 275.

<sup>21</sup> Genauso COOTER/ULEN (FN 1), 275. Man spricht bei Vorliegen einer solchen zeitlichen Diskrepanz auch von sog. Termingeschäften (im Gegensatz zu sog. Kassageschäften, die Zug um Zug zu erfüllen sind).

<sup>22</sup> HAUNREITER (FN 14), N 71 ff.; BRÄNDLI (FN 14), 67 f.; MÜLLER/MITROVIC (FN 5), 53 f.

<sup>23</sup> Vgl. dazu unterhalb unter III.B.

gesehen ein Schadenersatz oder eine Vertragsstrafe sein, wenn dies trotzdem getan wird? KALDOR-HICKS würde sagen, so hoch wie die Automiete gewesen wäre, wenn dem Mieter diese Option vertraglich zugesichert worden wäre.

### C. Coase-Theorem und Transaktionskosten

Das Coase-Theorem beschäftigt sich mit der Frage, wie die volkswirtschaftlichen Ressourcen – Juristen würden weitergehend schlicht von Ansprüchen sprechen – durch die Rechtsordnung verteilt werden sollten. Das Coase-Theorem liefert darauf folgende, überraschende Antwort: Unabhängig davon, wie diese Zuordnung rechtlich geschieht, entwickelt sich faktisch (in der realen Welt) immer dieselbe Verteilung. Vorausgesetzt ist jedoch, dass die Ansprüche spezifizierbar, frei übertragbar sowie ohne Kosten übertragen werden können (d.h., die Transaktionskosten sind null).

In der Realität sind die Transaktionskosten allerdings nie gleich null, auch wenn die Digitalisierung hier sicherlich erhebliche Kostensenkungen gebracht hat und noch bringen wird. Im Umkehrschluss bedeutet dies, und dies ist für die Rechtslehre von höchster Bedeutung, dass die ursprüngliche Zuordnung von Ansprüchen bzw. Handlungsrechten durch das Rechtssystem und deren institutionelle Durchsetzung eine erhebliche Auswirkung auf die Effizienz der gesellschaftlichen Ressourcennutzung hat.<sup>24</sup>

Im Vertragsrecht spielt es daher eine wesentliche Rolle, wie die Ansprüche originär verteilt liegen, und auch, welche Verteilfolgen das Recht bei Unwirksamkeit von Verträgen vorsieht. Aufgabe des Privatrechts kann es zudem in diesem Kontext sein, die Transaktionskosten für die Übertragung von Ansprüchen möglichst zu minimieren.<sup>25</sup>

RONALD COASE hat im Übrigen das Unternehmen als alternative ökonomische Organisationsform dargestellt, welche im Vergleich zu gewöhnlichen Vertragsverhandlungen zwischen Privaten (insb. komplexe and langwie-

rige) Transaktionen zu geringeren Kosten auszuführen vermag.<sup>26</sup>

### D. Agenturtheorie

Mittels der Agenturtheorie (engl. sog. Agency-Theory) soll anhand eines Beispielfalles analysiert werden, ob zwei potenzielle Marktteilnehmer kooperieren oder nicht. Prämisse bildet die volkswirtschaftliche Annahme, dass sich eine (freiwillige) Kooperation zwischen Marktteilnehmern produktiv auswirkt, da sie aus der Kooperation einen Gewinn bzw. Früchte ziehen, die sie anschliessend unter sich aufteilen können. Sähen die Marktteilnehmer keinen solchen Vorteil bzw. keinen Mehrwert in der Zusammenarbeit, würden sie nicht kooperieren.<sup>27</sup>

Zu denken ist nun an einen Beispielfall, in welchem ein Kunde (Prinzipal) einem Vermögensverwalter (Agent) 10'000 Franken anvertraut, um diese in eine höchst lukrative Anlage zu investieren.<sup>28</sup> Der Vermögensverwalter hat eine Investitionsmöglichkeit, bei welcher der eingesetzte Betrag verdoppelt wird, und verspricht daher dem Kunden eine Rendite von 50%. Das heisst, sowohl Kunde wie auch Vermögensverwalter würden im Kooperationsfall 5'000 Fr. erhalten. Der Vermögensverwalter hätte nach Erhalt des Betrages jedoch auch die Option, sich die 10'000 Fr. einfach anzueignen. Kann der Kunde den Vermögensverwalter nicht dazu zwingen, sich an das Kooperationsversprechen zu halten, sind in diesem simplen Fall je nach Partei die folgenden Optionen die besten: Für den Vermögensverwalter bzw. Agenten ist Aneignung die beste Möglichkeit (Option in nachfolgender Darstellung 1 hervorgehoben). Für den Kunden bzw. Prinzipal ist dagegen keine Investition die beste Möglichkeit, da er

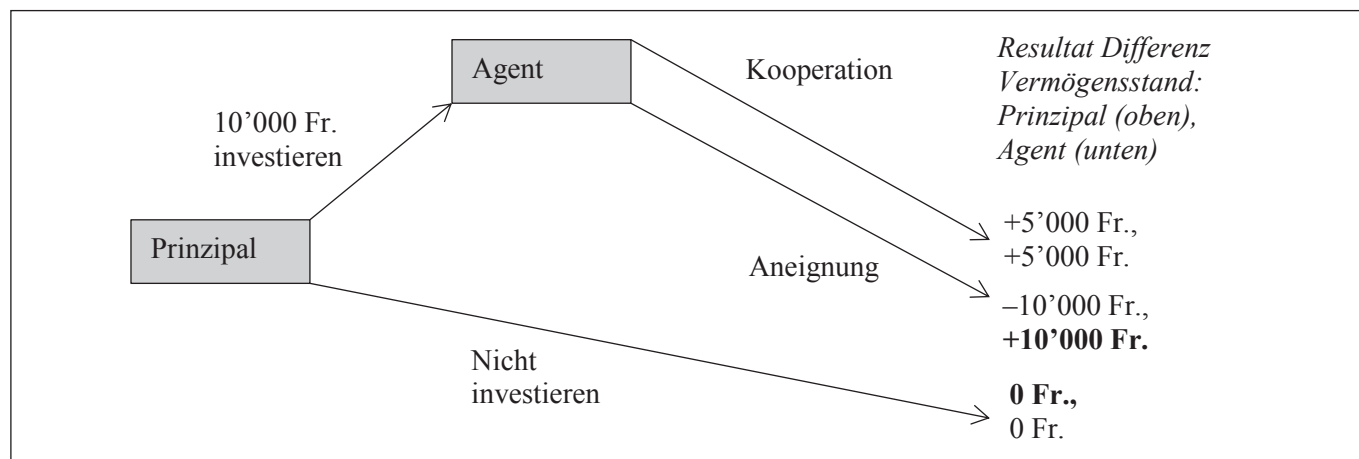
<sup>24</sup> ANNE VAN AAKEN, «Rational Choice» in der Rechtswissenschaft, Frankfurt 2001, 223; BRÄNDLI (FN 14), 68; NOBEL (FN 11), 48 f.

<sup>25</sup> Dies im Lichte der neuen Institutionenökonomik, nach welchem Institutionen als Normen und deren (institutionelle) Durchsetzung verstanden werden. Im Vergleich der rechtlichen Normen bzw. Rechtssysteme sollten sich daher jene durchsetzen, welche zu geringeren Transaktionskosten für die Übertragung von Ansprüchen führen (vgl. HAUNREITER [FN 14], N 71). Diesen Ansatz methodisch zur Analyse des Staates und das öffentliche Recht aufnehmend STEFAN SCHLEGEL/BENEDIKT SCHUPPLI, Die Rolle des Staates als Transaktionskostenfunktion – wie verändert die Digitalisierung den Wirkungsbereich des öffentlichen Rechts?, ex ante 2019, 3 ff. Ein Staat fördert dabei, genau wie ein Unternehmen (siehe nächste FN), die vertikale Integration (COASE [FN 7], 17; SCHLEGEL/SCHUPPLI, 7).

<sup>26</sup> RONALD COASE, The Firm, The Market and The Law, Chicago 1988, 116; NOBEL (FN 11), 49. Ein Unternehmen vermag mehrere Transaktionen intern zu bündeln und damit u.U. Transaktionskosten zu sparen (z.B. durch intern geschaffene Zwischenprodukte, Qualitätskontrolle, Kommunikation, IT, Buchhaltung), gleichzeitig produziert es jedoch Verwaltungskosten. Es bedarf einer konsolidierten Betrachtungsweise, um die Auswirkungen auf Transaktionskosten im Einzelfall zu analysieren. Gerade bei hohen Administrationskosten kann ein Unternehmen als Organisationsform auch nachteilig sein (COASE, 116 f.; NOBEL [FN 11], 49). Der ökonomische Beitrag für die Unternehmenslehre lautet: Unternehmen tauchen dort auf, wo sich eine vertikale Integration lohnt, d.h. «unternehmensinterne Bürokratiekosten und Reibungsverluste» geringer als eine äussere Leistungserbringung ausfallen (PETER NOBEL, Internationales und Transnationales Aktienrecht, Band 1: Teil IPR und Grundlagen, Bern 2012, 13; siehe auch NOBEL [FN 11], 49).

<sup>27</sup> COOTER/ULEN (FN 1), 275 ff.

<sup>28</sup> Nachfolgend wird für die Beispielfälle sprachlich der Einfachheit halber die männliche Form genutzt, es sollen damit jedoch alle Geschlechter inkludiert sein.



Darstellung 1: Beispielfall Agenturtheorie ohne Rechtsschutz (übersetzt und für die Schweiz adaptiert aus COOTER/ULEN [FN 1], 276)

(bei gleicher Wahrscheinlichkeit) entweder alles verliert oder eine Rendite von 50% erzielen kann (Option in Darstellung 1 hervorgehoben). Die Situation wird in Darstellung 1 illustriert:<sup>29</sup>

Wenn das Versprechen des Agenten jedoch rechtlich durchsetzbar wäre, der Agent somit nötigenfalls zur Rückgabe des veruntreuten Betrages sowie zur Zahlung der versprochenen Rendite von 5'000 Fr. (als Schadenersatz) verpflichtet werden könnte, verändert sich das Bild wie folgt: Nun ist es die beste Lösung für den Prinzipal, über den Agenten zu investieren und für den Agenten ist die Kooperation die optimale Lösung (illustriert in Darstellung 2; beste Optionen für Prinzipal und Agent hervorgehoben).

Das Recht bzw. dessen Durchsetzbarkeit verändert daher die wirtschaftliche Situation. Vertragsrecht ist dabei so auszugestalten, dass es Sachverhalte, die zu nicht kooperativen Lösungen neigen, in solche wandelt, deren beste Lösung eine Kooperation darstellt. Die erhöhte Kooperation führt zu einer höheren gesamtwirtschaftlichen Produktivität aufgrund dadurch veranlasster, gesellschaftlicher Spezialisierung (jeder macht nur noch das, was er am besten kann) sowie effizienteren Ressourcenverteilung (Ressourcen wandern zu jenen, die sie am gewinnbringendsten zu nutzen vermögen).

Die Agenturtheorie führt ebenfalls zur bereits beim Pareto-Optimum präsentierten Erkenntnis, dass ein Versprechen durchsetzbar sein sollte, wenn dies die Parteien im Zeitpunkt der Versprechensabgabe so wollten.<sup>30</sup> Denn

auf diese Weise werden volkswirtschaftlich unerwünschte Zukunftsoptionen, wie in unserem Fall die Aneignung durch den Agenten, ausgeschlossen und damit das Vertrauen in die Kooperation gefördert. Mit anderen Worten hilft die Durchsetzbarkeit, dass sich ein Versprechensgeber glaubwürdig verpflichten kann und der Versprechensnehmer ausreichend Vertrauen in ein Geschäft aufbaut, um es auch einzugehen.

### III. Ökonomische Analyse zu Rechtsschutzmassnahmen: Was tun bei und gegen Vertragsbruch?

#### A. Eventualitäten, die zum Vertragsbruch verleiten

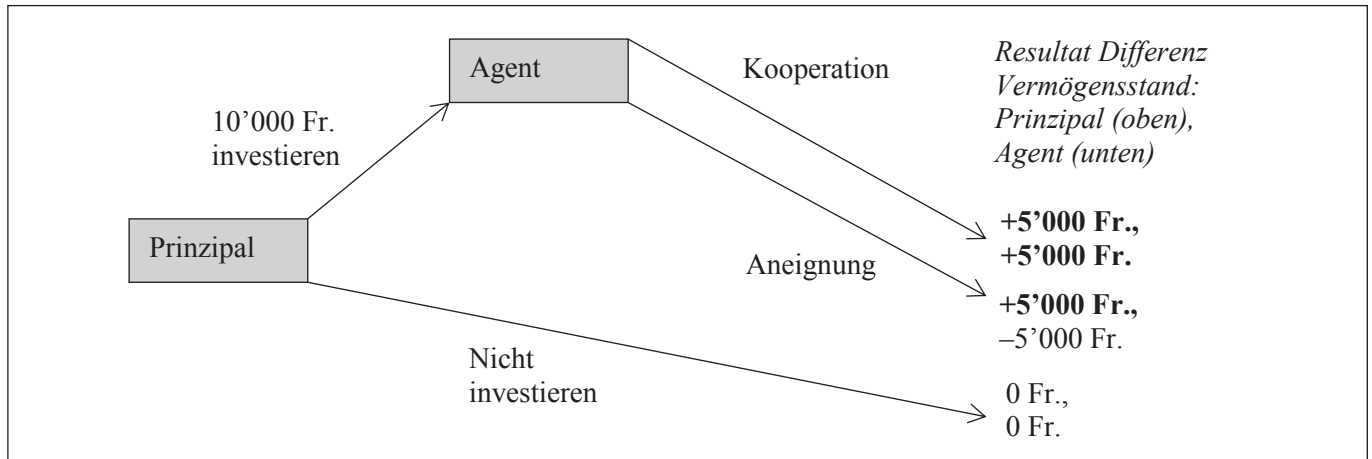
Im Grundsatz wird ein rationaler Versprechensgeber immer dann sein Versprechen – in juristischen Termini «seine vertraglichen Verpflichtungen»<sup>31</sup> – einhalten, wenn die Erfüllung für ihn zu einem ökonomisch günstigeren Resultat führt als die Nichterfüllung; dies unter Berücksichtigung aller damit einhergehenden Erträge und Aufwendungen (als sog. Nettoertrag).

Im Fall der Nichterfüllung sind alle Kosten des Vertragsbruches mitzubedenken. Der Umfang des Schadenersatzes, den der Vertragsbrechende wegen seiner Nichterfüllung als Kompensation zu bezahlen hat, spielt eine wesentliche Rolle für seinen Entscheidungs-

<sup>29</sup> Für die Schweiz leicht angepasster Fall aus COOTER/ULEN (FN 1), 276.

<sup>30</sup> Genauso COOTER/ULEN (FN 1), 278.

<sup>31</sup> Für diese Annahme wird nach Schweizer Rechtsverständnis einmal davon ausgegangen, dass ein vertraglicher Konsens (natürlicher oder normativer) zustande gekommen ist.



Darstellung 2: Beispielfall Agenturtheorie mit Rechtsschutz (übersetzt und für die Schweiz adaptiert aus COOTER/ULEN [FN 1], 277)

prozess. Vereinfacht ist dabei von folgendem Entscheidungsschema auszugehen (Legende: NE = Nettoertrag; <sub>E</sub> = bei Erfüllung des Vertrages; <sub>N</sub> = bei Nichterfüllung des Vertrages):<sup>32</sup>

$NE_E \geq NE_N - \text{Schadenersatz} \rightarrow \text{Vertrag erfüllen}$   
 $NE_E \leq NE_N - \text{Schadenersatz} \rightarrow \text{Vertrag nicht erfüllen}$

Darstellung 3: Entscheidungsschema für Vertragserfüllung (übersetzt und leicht adaptiert aus COOTER/ULEN [FN 1], 280)

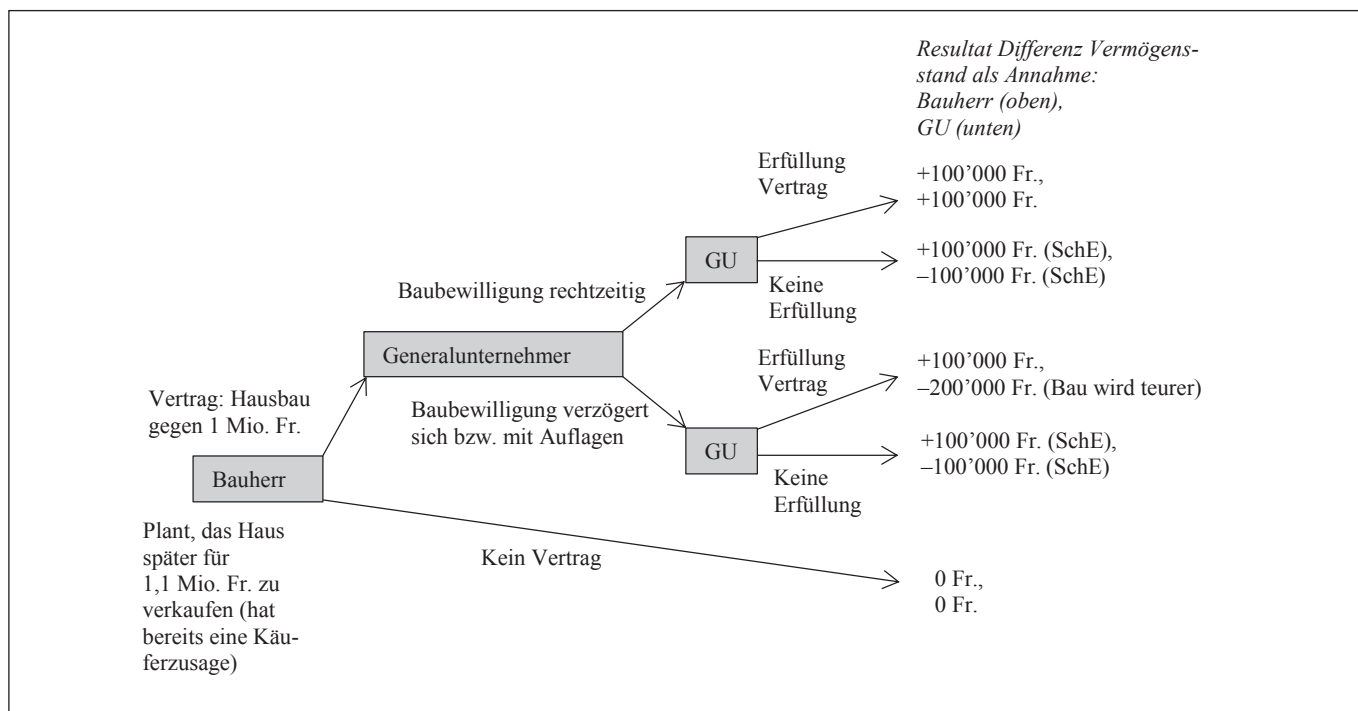
Es sind insb. für den Versprechensgeber, rechtlich den sog. Schuldner, negative Eventualitäten, d.h. Umstandsveränderungen, die im Vertragszeitpunkt von ihm noch nicht antizipiert wurden, welche zum Vertragsbruch verleiten.<sup>33</sup> Zu denken ist bspw. an einen Hausbau, der sich für den ausführenden Generalunternehmer (GU) unerwartet verteuert. Zum Beispiel weil eine Baubewilligung wider Erwarten nicht rechtzeitig oder mit nicht vorausgesehenen Auflagen ausgestellt wird. In diesem Fall kann es, wie der anschliessende Entscheidungsbaum zeigt (Darstellung 4), für den Generalunternehmer plötzlich günstiger erscheinen, den Hausbau nicht wie mit dem Bauherrn vereinbart auszuführen, sondern stattdessen Schadenersatz (SchE) zu zahlen. Für die Bemessung des Schadenersatzes wird dabei nachfolgend vereinfacht davon ausgegangen, dass der Bauherr das Haus zu einem vereinbarten Preis hätte weiterverkaufen können.

Im Beispielfall (Darstellung 4) wird angenommen, der GU verdient am Hausbau 100'000 Fr., wenn er die Bau-

bewilligung rechtzeitig erhält. Der Bauherr seinerseits verdient diesfalls auch 100'000 Fr., da er für den Hausbau 1 Mio. Fr. zahlt und das Haus nach Fertigstellung für 1,1 Mio. Fr. verkaufen kann. Wird der Hausbau jedoch erschwert durch den Eintritt der ungünstigen Eventualität, dass die Baubewilligung sich verzögert oder nur mit Auflagen erteilt wird, kommt die Erfüllung des Vertrages den GU plötzlich teurer (Annahme, der GU würde dann netto 200'000 Fr. Verlust machen), als den Vertrag nicht zu erfüllen und stattdessen Schadenersatz zu bezahlen (Annahme, der GU müsste dem Bauherrn den entgangenen Gewinn von 100'000 Fr. ersetzen). Bei Eintritt dieser ungünstigen Eventualität wäre der GU daher rational geneigt, den Vertrag nicht zu erfüllen.

<sup>32</sup> Vgl. COOTER/ULEN (FN 1), 280.

<sup>33</sup> Noch ausführlicher COOTER/ULEN (FN 1), 318 ff.



Darstellung 4: Beispielfall Auswirkungen Hausbau mit oder ohne Erschwernis (eigene Darstellung, in Anlehnung an COOTER/ULEN [FN 1], 280)

### B. Eine effiziente Schadenersatzhöhe?

Welche Schadenersatzhöhe erscheint nun volkswirtschaftlich effizient, damit der Generalunternehmer (GU) nicht vorschnell auf eine Vertragserfüllung verzichtet? Wenn vereinfachend davon ausgegangen wird, dass in dieser Konstellation bloss Bauherr und GU involviert sind, lässt sich die ökonomisch effiziente Formel gemäss Darstellung 5 definieren (Legende: NE = Nettoertrag;  $E$  = bei Erfüllung des Vertrages;  $N$  = bei Nichterfüllung des Vertrages).

Sobald der addierte Nettoertrag von Bauherr und GU durch den Hausbau höher ist, als wenn kein Haus gebaut wird, ist dies ökonomisch wünschenswerter und der Vertrag, über beide Parteien gesehen, entsprechend zu erfüllen. Resultiert jedoch durch den Hausbau für beide gemeinsam ein geringerer Nettoertrag (dieser könnte auch ein Verlust sein), als wenn das Haus nicht gebaut wird, dann sollte der Vertrag – ökonomisch analysiert – nicht erfüllt werden.

Wenn der Schadenersatz in seiner Höhe zudem das Erfüllungsinteresse (positives Vertragsinteresse) des Bauherrn ersetzt, so gilt zu dessen Berechnung Folgendes:

$$\text{Schadenersatz} = \text{NE Bauherr}_E - \text{NE Bauherr}_N$$

Das heisst, dem Bauherrn ist die Differenz zwischen monetärem Ergebnis der (hypothetischen) Vertragserfüllung und monetärem Ergebnis der tatsächlichen Nichterfüllung zu ersetzen. In dieser Situation wäre der Bauherr ökonomisch indifferent, ob der Vertrag erfüllt würde oder nicht.

Wenn wir nun als Ausgangspunkt das grundsätzliche Entscheidungsschema (Darstellung 3) für das Vorgehen des GU unterstellen und die obige Formel für den Schadenersatz darin einsetzen, ergibt sich das folgende, interessante Bild (siehe Darstellung 6).

$$\begin{aligned} \text{NE Bauherr}_E + \text{NE GU}_E &\geq \text{NE Bauherr}_N + \text{NE GU}_N \rightarrow \text{Vertrag erfüllen} \\ \text{NE Bauherr}_E + \text{NE GU}_E &\leq \text{NE Bauherr}_N + \text{NE GU}_N \rightarrow \text{Vertrag nicht erfüllen} \end{aligned}$$

Darstellung 5: Entscheidungsschema für Vertragserfüllung im obigen Beispielfall (Darstellung 4; Formel übersetzt und leicht adaptiert aus COOTER/ULEN [FN 1], 281)

*Ausgangspunkt Entscheidungsschema GU:*

$NE GU_E \geq NE GU_N - \text{Schadenersatz} \rightarrow \text{Vertrag erfüllen}$

$NE GU_E \leq NE GU_N - \text{Schadenersatz} \rightarrow \text{Vertrag nicht erfüllen}$

*Einsetzen der Formel für Schadenersatz:*

$NE GU_E \geq NE GU_N - NE \text{ Bauherr}_E + NE \text{ Bauherr}_N \rightarrow \text{Vertrag erfüllen}$

$NE GU_E \leq NE GU_N - NE \text{ Bauherr}_E + NE \text{ Bauherr}_N \rightarrow \text{Vertrag nicht erfüllen}$

*Mathematische Umformung ergibt:*

$NE GU_E + NE \text{ Bauherr}_E \geq NE GU_N + NE \text{ Bauherr}_N \rightarrow \text{Vertrag erfüllen}$

$NE GU_E + NE \text{ Bauherr}_E \leq NE GU_N + NE \text{ Bauherr}_N \rightarrow \text{Vertrag nicht erfüllen}$

*Darstellung 6: Berechnung effizienter Schadenersatzhöhe (übersetzt und leicht adaptiert aus COOTER/ULEN [FN 1], 281)*

Nach der mathematischen Umformung wird erkennbar, dass das Resultat genau der ökonomisch effizienten Formel (Darstellung 5) entspricht.<sup>34</sup> Demnach konnte mit einem relativ einfachen Gedankengang aufgezeigt werden, dass das Erfüllungsinteresse bzw. das positive Vertragsinteresse zur Berechnung der Schadenersatzhöhe ökonomisch effizient erscheint. Es ergibt daher ökonomisch Sinn, dass das Schweizer Recht im Allgemeinen die Möglichkeit der Forderung des positiven Vertragsinteresses bei Vertragsbruch vorsieht.<sup>35</sup>

Festzuhalten als Erkenntnis bleibt ferner, dass es ökonomisch bei solchen negativen Eventualitäten i.d.R. kein effizientes Resultat ist, wenn der Gläubiger auf Erfüllung seines Vertrages beharren kann. Im obigen Beispielfall (Darstellung 4) führte dies bei verzögerter Baubewilligung gemeinschaftlich betrachtet zu einem schlechteren Resultat (–100'000 Fr.<sup>36</sup>), als wenn stattdessen Schaden-

ersatz bezahlt würde (0 Fr.<sup>37</sup>). Das Schweizer Recht sieht ebenfalls die Option vor, auf Erfüllung zu beharren.<sup>38</sup> In der Praxis führte dies im obigen Fall jedoch kaum dazu, dass der GU das Haus trotzdem baute. Aus Sicht des GU wäre es effizienter, in diesem Fall eine Verhandlungslösung zu finden, bspw. indem er dem Bauherrn eine Schadenersatzzahlung von über 100'000 Fr. vergleichsweise anböte. Auf diese Weise könnte er seinen potenziellen Verlust (–200'000 Fr.; ein Betrag, der evtl. auch bei Drittornahme resultierte) begrenzen. Wie hoch sodann die Vergleichszahlung wäre, hinge vom Verhandlungsgeschick ab; ökonomisch gesehen wäre jedoch jede Zahlung kleiner als –200'000 Fr. effizienter als die Erfüllungsoption.

### C. Vorsichtsmassnahmen gegen Vertragsbrüche

Der Schuldner kann Vorsichtsmassnahmen ergreifen, um ungünstigen Eventualitäten zu begegnen.<sup>39</sup> Im obigen Beispiel (Darstellung 4) kann bspw. der Generalunternehmer (GU) einen erfahrenen Architekten oder Anwalt engagieren, um rechtzeitig eine Baubewilligung zu erhalten bzw. vor unerwarteten Auflagen geschützt zu sein. Alternativ könnte er sich gegen gewisse Risiken versichern lassen. Versicherungen verlangen sodann ihrerseits wiederum eine gewisse Sorgfalt vom Versicherten, d.h., sie schliessen z.B. die Zahlung bei Grobfahrlässigkeit aus, um die Wahrscheinlichkeit des Versicherungseintritts und damit

<sup>34</sup> Rechtsökonomische Erkenntnis aus COOTER/ULEN (FN 1), 281.

<sup>35</sup> Nach Art. 107 Abs. 2 OR, 2. Teilsatz: «auf die nachträgliche Leistung verzichten und [...] Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen.» Dem Gläubiger steht i.d.R. ein Wahlrecht zwischen positivem (Erfüllungsinteresse) und negativem Vertragsinteresse (Vertrauensschaden) zu. Siehe Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 109 Abs. 2 OR. Zum Ganzen statt vieler ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2017, 784 ff. Hervorzuheben ist im Übrigen, dass ökonomisch gesehen das positive Vertragsinteresse das negative Vertragsinteresse grundsätzlich übersteigt (grösser oder mind. gleich gross ist, siehe COOTER/ULEN [FN 1], 308, wobei auf engl. das positive Vertragsinteresse als «expectation damages» und das negative als «reliance damages» beschrieben wird), weshalb KOLLER beizupflichten ist, dass dem Gläubiger dort, wo der Gesetzgeber dem Gläubiger das positive Vertragsinteresse einräumt, ihm grundsätzlich immer auch die Wahl des negativen Vertragsinteresses offenstehen muss (siehe genauso KOLLER, 785).

<sup>36</sup> Der Bauherr profitiert 100'000 Fr. vom Weiterkauf, der GU macht 200'000 Fr. rückwärts, da die Ausführung des Hausbaus wesentlich teurer kommt.

<sup>37</sup> Der Bauherr erhält vom GU 100'000 Fr. Schadenersatz, was im Resultat zu einem Nullsummenspiel führt.

<sup>38</sup> Inkl. der Schadenersatzforderung für Verspätungsschaden (Art. 107 Abs. 2 OR, 1. Teilsatz: «Wird auch bis zum Ablaufe dieser Frist [Nachfrist] nicht erfüllt, so kann der Gläubiger immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen»).

<sup>39</sup> Vgl. auch COOTER/ULEN (FN 1), 281.



einer auch für sie ungünstigen Eventualität möglichst zu reduzieren.

Ökonomisch gilt, dass die Haftung im Ausmass vollkommener Kompensation enttäuschter Erwartungen (engl. *perfect compensation of expectation damages*) dem Schuldner effiziente Anreize setzt, um Vorsichtsmassnahmen gegen einen Vertragsbruch zu ergreifen.<sup>40</sup> Dies zumindest so lange, wie der Vertrag keine Dritten berührt. Im Schweizer Recht wird dem Gläubiger dieser Haftungsumfang im Allgemeinen zugestanden und (in der Lehre) mit dem Terminus *positives Vertragsinteresse* umschrieben.<sup>41</sup>

Auch der Gläubiger ist in der Realität i.d.R. nicht tatenlos zwischen dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses und der Vertragserfüllung. Er unternimmt vielfach entsprechende Dispositionen. Beim Beispiel des Hausbaus (Darstellung 4) bestellt er evtl. bereits Mobiliar, schliesst Verträge mit Service-Providern oder gleist sogar bereits einen Weiterverkauf des Hauses auf. Der Gläubiger kann mit dem Schuldner auch eine Konventionalstrafe (auch sog. Vertragsstrafe oder Pönale) vereinbaren, um sich die Vertragseinhaltung noch verstärkt zu sichern.<sup>42</sup>

Ist sein Mass des Vertrauens in die Vertragserfüllung aufgrund der Haftungsregel «Ersatz des positiven Vertragsinteresses» aber ebenfalls effizient? Die ökonomische Antwort darauf ist einfach nachvollziehbar: Nein, denn damit werden grundsätzlich alle möglichen Dispositionen des Gläubigers aufgrund seines Vertrauens in die Vertragserfüllung gedeckt. Es gibt daher keine Limitierung bzw. Deckelung seines Vertrauens nach diesem Prinzip. Der Gläubiger vertraut allein nach dieser Regel zu stark auf eine Vertragserfüllung. Er müsste sich bei seinen Dispositionen nicht beschränken bzw. auch nicht vorsichtig bzw. sorgfältig vorgehen.<sup>43</sup> Im schweizerischen Vertragsrecht bestehen daher – ökonomisch sinnvoll – gesetzliche Normen, die diesem übermässigen Vertrauen

entgegenwirken.<sup>44</sup> Zum einen treffen den Gläubiger Schadensminderungspflichten.<sup>45</sup> Der Gläubiger soll nicht unbeschränkt Dispositionen treffen dürfen, sondern nur im Umfang dessen, wie diese nach Treu und Glauben (sprich aus der Sicht eines vernünftigen Dritten) noch erwartet werden mussten. Informiert der Gläubiger den Schuldner über seine Erwartungen bzw. Dispositionen im Zusammenhang mit dem Vereinbarten, wird der Schuldner sich dieses Wissen im Zweifel anrechnen lassen müssen und kann sich nicht darauf berufen, ein solcher Schaden sei für ihn unerwartet gekommen. Zum anderen kennt das Schweizer Vertragsrecht zur Abmilderung des übermässigen Vertrauens des Gläubigers in die Vertragserfüllung verschiedene Bestimmungen, welche dem Richter Ermessen einräumen, den Umfang des zu erstattenden Schadens zu mindern.<sup>46</sup>

Dieselbe Relation des zu starken Vertrauens ist auch bei einer strikten Kausalhaftung zwischen Geschädigtem und Haftendem spürbar. Der Geschädigte kann vollkommen auf die Haftung vertrauen, ohne seinerseits sorgfältig bzw. vorsichtig sein zu müssen. Verschuldensunabhängiger Schadenersatz führt dazu, dass der Schädiger den Schaden internalisiert, der Geschädigte ihn jedoch exter-

<sup>40</sup> COOTER/ULEN (FN 1), 282.

<sup>41</sup> Siehe dazu bereits oberhalb FN 35.

<sup>42</sup> In der Schweiz wird diese in Art. 160 f. OR geregelt. Denkbar sind auch für ihn vorteilhafte prozessuale Abmachungen wie Gerichtsstands klauseln oder Schiedsgutachten. Eine ähnliche rechtsökonomische Funktion erfüllen im anglo-amerikanischen Recht, indes nicht durch gegenseitige Vereinbarung, sog. *punitive damages*, die einen Schadenersatz über dem tatsächlich erlittenen für grob schuldhaftes, vorsätzliches Verhalten darstellen (vgl. zu deren Funktion ROBERT D. COOTER, *Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?*, *Alabama Law Review* 1989, 1143 ff.; A. MITCHELL POLINSKY/STEVEN SHAVELL, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, *Harvard Law Review* 1998, 869 ff.; JAMES BOYD/DANIEL E. INGBERMAN, *Do Punitive Damages promote Deterrence?*, *International Review of Law and Economics* 1999, 47 ff.).

<sup>43</sup> COOTER/ULEN (FN 1), 282 f.

<sup>44</sup> Solche bestehen auch im Common Law, bspw. durch die sog. *Hadley-Rule*, wonach nur der für den Schuldner aufgrund seiner Informationslage vorhersehbare Schaden zu ersetzen ist. Siehe *Hadley v Baxendale* [1854] EWHC Exch J70 (23 February 1854), (1854) 9 Ex 341, (1854) 9 ExCh 341, 156 ER 145.

<sup>45</sup> Siehe Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 OR. In der Lehre wird die Schadensminderungspflicht vorwiegend als Obliegenheit gesehen und bei der Schadenersatzbemessung eingeordnet (ROLAND BREHM, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, Art. 41–61 OR, 4. A., Bern 2013, Art. 44 OR N 48 ff.; BSK OR I-KESSLER, Art. 44 N 13 ff., in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser [Hrsg.], *Obligationenrecht I*, Basler Kommentar, Art. 1–529 OR, 7. A., Basel 2019 [zit. BSK OR I-Verfasser]; ROLF WEBER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Folgen der Nichterfüllung*, Art. 97–109 OR, Bern 2000, Art. 99 OR N 200; ANNIK ACHTARI, *Le devoir du lésé de minimiser son dommage*, Diss. Freiburg 2008, Genf 2008, N 519, 526 ff.; LEONORA MARTI-SCHREIER, *Vertragliche Drittschadensliquidation, Geltungsbereich und Durchführung*, Bern 2015, 203). Für das internationale Kaufrecht siehe Art. 77 CISG. Im Sozialversicherungsrecht stellt die Schadensminderungspflicht einen allgemeinen Grundsatz dar (BGE 141 V 642 E. 4.3.2 mit Hinweisen; KASPAR GEHRING, *Schadensminderung und Mitwirkung: Was können private Versicherungen verlangen?*, HAVE 2018, 129 ff.; siehe zudem Art. 61 VVG, Art. 7 IVG). Im Grundsatz geht zudem mit einer vertraglichen Treuepflicht auch eine Schadensminderungspflicht einher (z.B. im Arbeitsverhältnis nach Art. 321a Abs. 1 OR; siehe THOMAS GEISER, *Was ist Arbeitsunfähigkeit?*, ZBJV 2019, 795 ff., 804).

<sup>46</sup> Vgl. Art. 43 Abs. 1, Art. 42 Abs. 2 und Art. 44 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR.

nalisiert.<sup>47</sup> Verschuldensunabhängiger Schadenersatz bildet daher in Übereinstimmung mit dieser ökonomischen Überlegung in den meisten Rechtsordnungen, genauso in der Schweiz, die Ausnahme.

#### D. Fazit

Die für das Vertragsrecht bedeutsame Frage «Welche Rechtsschutzmassnahme ist bei Vertragsbruch ökonomisch effizient?» kann aufgrund des Gesagten wie folgt beantwortet werden: Dem Gläubiger soll grundsätzlich ein Schadenersatz in Höhe des positiven Vertragsinteresses zustehen.<sup>48</sup> Das Vertrauen des Gläubigers in die Vertragserfüllung ist aufgrund dieser Schadensbemessungsregel jedoch zu stark. Das Schweizer Recht reduziert dieses übermässige Vertrauen, indem den Gläubiger Schadensminderungspflichten treffen und der Richter einen Schadenersatz gegebenenfalls ermessensweise kürzen kann.

### IV. Ökonomische Analyse zur Vertragsauslegung

Obgleich im 18. Jahrhundert Richter dazu verpflichtet werden sollten, nicht mehr als der «Mund des Gesetzes»<sup>49</sup> bzw. hier des «Vertrages» zu sein und Normen entsprechend nur so durchzusetzen, wie sie geschrieben stehen, ist heute klar, dass Gesetze und Verträge auslegungsbedürftig bleiben. Sprache ist nicht immer exakt verständlich, z.T. bestehen Doppeldeutigkeiten, Widersprüche, Lücken etc.

Was sagt jedoch die Rechtsökonomie zur Auslegung von Verträgen? Bedarf es dieser überhaupt? Nach COATES Theorem könnte ein Vertrag ein perfektes Austauschinstrument zur effizienten Verteilung von Ansprüchen sein, denn die Vertragsschliessung scheint vielfach kostenlos möglich und damit wären die Transaktionskosten ja

null.<sup>50</sup> Ferner kann, wenn gewollt, jede Eventualität antizipiert werden, jedes Risiko internalisiert, jede relevante Information kommuniziert. Verträge bräuchten demnach möglichst keine Auslegung, sondern bedürften nur der Vollstreckung. Doch in der Realität ist der Vertrag kein perfektes Austauschinstrument, weil die Vertragsausarbeitung und -schliessung durchaus etwas kostet, insb. wenn über Eventualitäten im Einzelnen nachgedacht und entschieden werden muss.

Richter haben bei der Vertragsauslegung zwei Arten von rechtlichen Vorschriften zu berücksichtigen: dispositive und zwingende Normen. Beide haben wesentliche Auswirkungen darauf, wie ein Vertrag auszulegen bzw. wie auf Vertragsimperfektionen zu reagieren ist.

#### A. Dispositive Normen

Vertragslücken können beabsichtigt oder auch unbeabsichtigt sein. Unsicherheiten bzw. Eventualitäten können zudem im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits bestehen oder auch erst danach auftreten. Diese Eventualitäten vertraglich zu regeln, führt zu Transaktionskosten, wobei für Kontrahierende folgende Entscheidungsregel Antwort auf die Frage gibt, ob die Eventualität aus ökonomischer Sicht geregelt werden sollte oder nicht (Legende: KVR: Kosten der vertraglichen Regelung; KE: Kosten der Eventualität bei Eintritt):<sup>51</sup>

$KVR > KE \times \text{Eintrittswahrscheinlichkeit}$   
 → **vertraglich nicht regeln**  
 $KVR \leq KE \times \text{Eintrittswahrscheinlichkeit}$   
 → **vertraglich regeln**

*Darstellung 7: Entscheidungsschema für Vertragserfüllung (übersetzt und leicht adaptiert aus COOTER/ULEN [FN 1], 285)*

Dispositive Normen greifen rechtlich dort, wo die Parteien nichts vereinbart haben. Sie schliessen damit Vertragslücken standardmässig (engl. *by default*) und ohne dabei weitere Kosten zu verursachen. Effiziente dispositive Normen helfen den Parteien demnach, Transaktionskosten zu sparen.<sup>52</sup>

Wenn die dispositiven Normen ineffizient erscheinen, müssen sie aus ökonomischer Sicht vertraglich derogiert werden, was wiederum Kosten verursacht. Glücklicherweise darf bei den meisten bestehenden dispositiven Nor-

<sup>47</sup> COOTER/ULEN (FN 1), 283.

<sup>48</sup> Für das US-amerikanische Recht COOTER/ULEN (FN 1), 283.

<sup>49</sup> CHARLES DE MONTESQUIEU, *De L'Esprit des Loix*, Genf 1748, 327: «Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur» (Absatz 49). König Friedrich II. schrieb zudem folgende Anweisung zu einer Kabinettsorder von 1780: «Dagegen werden wir nicht gestatten, daß irgendein Richter unsere Gesetze zu interpretieren, auszudehnen oder einzuschränken, viel weniger neue Gesetze zu geben, sich einfallen lässt» (zitiert in GÜNTHER HIRSCH, *Der Richter im Spannungsverhältnis von Erster und Dritter Gewalt*, Zeit Online vom 8.10.2003, abrufbar unter [www.zeit.de](http://www.zeit.de)).

<sup>50</sup> COOTER/ULEN (FN 1), 283.

<sup>51</sup> COOTER/ULEN (FN 1), 284 f.

<sup>52</sup> Genauso COOTER/ULEN (FN 1), 285.

men im Schweizer Vertragsrecht davon ausgegangen werden, dass sie effizient sind. Wieso? Dispositive Normen sind dann effizient, wenn sie eine Eventualität so regeln, wie die Parteien darüber beschlossenen hätten, wenn sie dies bei Vertragsschluss getan hätten. Die meisten Schweizer Gesetzesnormen gehen von einer objektivierten Sichtweise aus und bilden damit i.d.R. einen durchschnittlichen Parteiwillen im Zeitpunkt der Vertragsschliessung ab. Besondere Konstellationen bzw. Sichtweisen sind davon allerdings nicht gedeckt.

Welches Vertragsverständnis erscheint nun jedoch aus volkswirtschaftlicher Sicht optimal, wenn die Parteien eine den Vertragsgegenstand betreffende Frage nicht geregelt haben, d.h. eine sog. Vertragslücke besteht? In diesem Fall besteht die ökonomisch effiziente Lösung darin, zuerst auf den hypothetisch feststellbaren Parteiwillen abzustellen. Wie oberhalb bereits für die Durchsetzbarkeit von Verträgen mithilfe des Effizienzgedankens von PARETO festgestellt,<sup>53</sup> erscheint ökonomisch jene Regelung effizient, welche die Parteien im Vertragszeitpunkt subjektiv wollten bzw. hier «gewollt hätten». Bei Vorliegen einer Vertragslücke ist diese daher zuerst im Sinne des hypothetischen Parteiwillens zu schliessen, um ein ökonomisch möglichst effizientes Resultat zu erreichen. Erst wenn der hypothetische (subjektive) Parteiwille nicht feststellbar und eine Lückenschliessung durch Analogie oder teleologische Reduktion hierzu nicht möglich ist (ganz im Sinne von EUGEN HUBER), sollte rechtsökonomisch gesehen die dispositive Norm zum Tragen kommen. In diesem Moment der Absenz feststellbarer subjektiver Präferenz greift das dispositive Recht als gesetzlich vorgeschriebenes Auffangbecken. Rechtsökonomisch betrachtet verkörpert das dispositive Recht dann einen objektivierten und positivierten (gesetzlich festgelegten) hypothetischen Parteiwillen.<sup>54</sup>

Ein Teil der juristischen Lehre propagiert diese Kaskade zur Lückenschliessung in Verträgen m.E. auch rechtlich überzeugend.<sup>55</sup> Das Bundesgericht folgt hingegen

der Auffassung, dass bei Vorliegen einer Vertragslücke zuerst das dispositive Recht zur Anwendung zu gelangen hat.<sup>56</sup> KOLLER hat indes m.E. zu Recht bemerkt, dass in der Praxis die höchstrichterliche Lückenschliessung vielfach trotzdem durch Analogie zum hypothetischen subjektiven Parteiwillen geschehe.<sup>57</sup> Ebendieser muss ökonomisch gesehen, sprich zum besten Nutzen der Volkswirtschaft, auch Vorrang vor der dispositiven Norm haben. Voraussetzung bildet jedoch, und dies ist in der Praxis meist die grosse Crux, dass der hypothetische subjektive Parteiwille tatsächlich erkennbar wird.<sup>58</sup>

Im Übrigen haben neben dispositiven Gesetzesnormen auch Handelsusancen den Zweck, über die Uniformierung der Abwicklungsregelung Transaktionskosten zu reduzieren. Sie vereinfachen vielfach den praktischen Handel, stellen jedoch z.T. auch einen höheren Vertrauensvorschuss dar (z.B. aufgrund von Vereinfachungen von Prüf- und Rügepflichten etc.). Ist das Vertrauensverhältnis gestört, wird vermehrt wieder Zuflucht in expliziten vertraglichen Abmachungen gesucht bzw. Handelsusancen zum fixen Vertragsbestandteil gemacht.<sup>59</sup>

## B. Zwingende Normen

Zwingende Rechtsvorschriften können nicht durch Parteivereinbarung abgeändert werden. Widersprechende Abmachungen sind nach Schweizer Recht i.d.R. nichtig (vgl. Art. 20 Abs. 1 OR), soweit das Gesetz keine andere Rechtsfolge vorsieht. Der aus mehreren Abmachungen

L'interprétation supplétive des contrats, ZBJV 1961, 41 ff., 63; a.A. bzw. mit dem dispositiven Recht ein harmonisches Ganzes suchend bspw. CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen mit allgemeiner Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht, Art. 1–18 OR, Bern 2019, Art. 2 OR N 63 f.; allgemein konzis zur Lückenschliessung durch richterliche Vertragsergänzung siehe BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 15, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-Verfasser).

<sup>56</sup> Z.B. BGE 107 II 216 E. 3a.

<sup>57</sup> Siehe KOLLER (FN 55), AJP 2019, 1114 ff.; m.E. kommt dies auch in BGE 107 II 216 E. 3a und b zum Ausdruck, wo das Bundesgericht vermerkt, dass die Anwendung des dispositiven Rechts «nicht zu befriedigen» vermöge, und daher auf den mutmasslichen (subjektiven) Parteiwillen abstellt.

<sup>58</sup> Bei der Feststellung des hypothetischen oder mutmasslichen Parteiwillens gilt im Übrigen Folgendes: Feststellungen über Tatsachen, die als Ermittlung dieses Willens als Anhaltspunkte infrage kommen, bilden eine Tatfrage. Die darauf basierende Bestimmung des mutmasslichen Parteiwillens ist jedoch eine (auch höchstrichterlich nicht nur bei Willkür beantwortbare) Rechtsfrage (siehe BGE 76 II 8 E. 5).

<sup>59</sup> COOTER/ULEN (FN 1), 295.

<sup>53</sup> Siehe dazu oberhalb II.A.

<sup>54</sup> Falls eine dispositive Norm in diesem Zeitpunkt zur Vertragslückenschliessung fehlen sollte, hat der Richter modo legislatoris (Art. 1 Abs. 2 ZGB) einen objektivierten, hypothetischen Parteiwillen als verallgemeinerbare Norm selbst zu schaffen und die Lücke damit zu schliessen.

<sup>55</sup> Insb. ALFRED KOLLER, Vertragslücken und deren Erfüllung, AJP 2019, 1112 ff., 1112 f.; im Weiteren u.a. (bereits genannt bei KOLLER, AJP 2019, 1113) HANS MERZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bern 1962, Art. 2 ZGB N 138; DERS., Vertrag und Vertragsschluss, 2. A., Freiburg 1992, N 184–187; HENRI DESCHENAUX, Schweizerisches Privatrecht, Band II: Einleitung und Personenrecht, Basel 1967, 172 f.; PAUL PIOTET, Le complètement judiciaire du contrat, ZSR 1961 I, 367 ff., 386 f.; WALTER YUNG,

bestehende Vertrag an sich soll dadurch allerdings nicht gesamthaft hinfällig werden (Art. 20 Abs. 2 OR).

Mit zwingenden Normen reguliert der Staat das Vertragsrecht und setzt diesem inhaltliche Schranken. Aus ökonomischer Perspektive gilt es, dadurch Auswirkungen von Marktunvollkommenheiten zu beheben.<sup>60</sup> Nachfolgend sollen solche Situationen kategorisch identifiziert werden. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass zwingende Vorschriften stets auch sozial (sittlich) unerwünschte Zustände aus moralischen und kulturellen Überlegungen verbieten. Diese können im Zeitenwandel stark divergieren.

## V. Ökonomische Analyse zu Marktunvollkommenheiten für die Vertragsschliessung

### A. Stabile, korrekt gebildete und geäusserte Präferenzen

Individuelle Präferenzen sollten über die Zeit ausreichend stabil sein, um einen Vertrag abzuschliessen. Dies umfasst die Fähigkeit, zu antizipieren und nicht nur im Ist-Zustand des Seins zu leben. Es geht darum, die Folgen seines Handelns für die Zukunft zumindest im Ansatz abschätzen zu können. Ansonsten liegt eine Vertragsunvollkommenheit vor: Eine Partei, die dies nicht vermag, kann ihre richtige ökonomische Präferenz nicht zum Ausdruck bringen.<sup>61</sup> Die meisten Rechtsordnungen versuchen, dieser Voraussetzung gerecht zu werden, indem sie die Urteilsfähigkeit einer Partei für die Vertragsschliessung voraussetzen. Dies gilt genauso in der Schweiz, wo die Urteilsfähigkeit als Fähigkeit beschrieben wird, vernunftgemäss zu handeln.<sup>62</sup> Daneben verlangt unser Gesetz weiter die Volljährigkeit, damit die für die Vertragsschliessung notwendige Handlungsfähigkeit vorliegen kann.<sup>63</sup> Dies ergibt ökonomisch ebenfalls Sinn, denn im Kindesalter sind die menschlichen Präferenzen häufig noch sehr volatil.

Im Resultat führt die Handlungsunfähigkeit zur Nichtigkeit des Vertrages (ex tunc).<sup>64</sup> Die handlungsfähige und

gegebenenfalls geschädigte Gegenpartei kann sich somit nicht auf Schadenersatz berufen, sondern bleibt auf einem etwaigen Schaden sitzen. Diese Konsequenz ist ökonomisch folgerichtig, denn die vernünftige Gegenpartei kann am einfachsten verhindern, dass es überhaupt zu einem solchen Geschäft kommt.

Daneben kennt das Schweizer Recht wie viele anderen Rechtsordnungen sog. Formvorschriften (vgl. Art. 11 ff. OR). Sie dienen dem Zweck, vor voreiligem Handeln zu schützen, und kommen dort zur Anwendung, wo die ökonomischen und sozialen Folgen bedeutsam erscheinen, wie beim Hauskauf, bei der Eheschliessung, beim Testament etc. Ökonomisch analysiert hat es hier wegen des auf dem Spiel stehenden Werts des Vertrages bzw. des Rechtsgeschäftes eine erhöhte Bedeutung, dass der menschliche Wille und damit die ökonomische Präferenz richtig zustande kommen und möglichst zeitlich stabil erscheinen.

Weiter darf ein Versprechen als Präferenz ökonomisch dann als «falsche bzw. verfälschte Preisangabe» angesehen werden, wenn diese durch Notlage, Geschäftsunerfahrenheit, Leichtsinn, Täuschung oder Furcht zustande gekommen ist. In diesem Fall liegt ökonomisch eine Vertragsimperfection vor, da der menschliche Wille, der dem Vertrag zugrunde gelegt werden soll, falsch gebildet oder geäussert wurde. Bei Leichtsinn liegt der Fehler darin, dass die Präferenz gar nicht erst gebildet wurde, sondern die Äusserung bzw. Handlung eben unüberlegt stattfand. Bei Notlage, Unerfahrenheit, Irrtum, Täuschung und Furcht wird die Präferenz dagegen verzerrt geschaffen. Die Ursache der Willensverzerrung ist endogen bei Unerfahrenheit sowie Irrtum und exogen bei Notlage, Täuschung sowie Furcht. Rechtlich wird diesen ökonomischen Zuständen der falschen bzw. verfälschten Präferenz dadurch Rechnung getragen, dass ein solch zustande gekommener Vertrag wegen Übervorteilung (Art. 21 OR), Irrtum (Art. 23 ff. OR), Täuschung (Art. 28 OR)<sup>65</sup> oder

<sup>60</sup> Vgl. dazu COOTER/ULEN (FN 1), 286.

<sup>61</sup> Vgl. dazu COOTER/ULEN (FN 1), 287 f.

<sup>62</sup> Art. 16 ZGB.

<sup>63</sup> Art. 13 ZGB. Handlungsunfähig und damit zur Vertragsschliessung grundsätzlich nicht befähigt sind folglich urteilsunfähige Personen, Minderjährige sowie Personen unter umfassender Beistandschaft (Art. 17 ZGB).

<sup>64</sup> REGINA E. AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die natürlichen Personen, Art. 11–19d ZGB, 2. A., Bern 2017, Art. 17 ZGB N 4 ff.; BSK ZGB I-FANKHAUSER (FN 55),

Art. 17 N 7; ZR 1979, 129 ff.; BGE 117 II 18 E. 7a. Zu unterscheiden ist diese rechtlich von der beschränkten Handlungsfähigkeit, welche urteilsfähigen Minderjährigen und unter umfassender Beistandschaft Stehenden zukommt. Hier kann mit der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters rechtsverbindlich gehandelt werden (Art. 19 und Art. 19a ZGB; BSK ZGB I-FANKHAUSER [FN 55], Art. 17 N 8).

<sup>65</sup> Die Täuschung kann im Sinne eines Betrug (Art. 146 StGB) auch strafrechtlich relevant werden. Zur Tatbestandsmässigkeit bedarf es hier jedoch zusätzlich der Arglist, d.h. eines Lügengebäudes, einer kaum überprüfbaren Lüge oder eines besonderen Vertrauensverhältnisses.

Furchterregung (Art. 29 f. OR)<sup>66</sup> einseitig unverbindlich wird, wenn dies innert Jahresfrist vom Benachteiligten erklärt wird.<sup>67</sup>

Für die Übervorteilung bedarf es für die Geltendmachung der Unverbindlichkeit auch eines offenbaren Missverhältnisses zwischen den Leistungen.<sup>68</sup> Dies ergibt ökonomisch insofern Sinn, als keine Korrektur erforderlich wird, wenn der Preis trotz dieser Beeinträchtigung in der Präferenzbildung bzw. -äusserung einem vernünftigen Drittvergleich standhalten kann. Anderes gälte nur, wenn die beeinträchtigte Person die entsprechende Leistung gar nicht hätte beziehen wollen; dies ist sodann aber eine Thematik der Täuschung oder des Irrtums. Dass die Unverbindlichkeit nur durch Entscheid der in ihrer Präferenz gestörten Person zustande kommt, statt dass eine Nichtigkeit des Vertrages per se eintritt (wie im deutschen und im österreichischen Recht<sup>69</sup>), erachte ich ökonomisch als effiziente Lösung. Dabei wird dem Übervorteilten die alleinige Option eingeräumt, zu einem späteren Zeitpunkt, wo seine Präferenzbildung und -äusserung unverzerrt geschehen kann, über Gültigkeit oder Ungültigkeit des Vertrages zu beschliessen. Dies ist volkswirtschaftlich unter Hochhaltung der Parteiautonomie effizienter, als wenn der Staat (bzw. der Richter) in diesen Fällen ex officio das Geschäft stets aufzuheben hat.

Schliesslich kann eine Vertragserfüllung unmöglich werden, obgleich der Schuldner nichts dafür kann bzw. diese Eventualität trotz Fähigkeit zum vernunftgemässen Handeln nicht voraussehen konnte. Die einmal geäusserten Präferenzen werden damit eigentlich hinfällig. Ökonomisch betrachtet handelt es sich auch in dieser Konstellation um eine Vertragsunvollkommenheit. Das Schweizer Recht korrigiert diese Imperfektion rechtsökonomisch richtig, indem die noch ausstehende Forderung erlischt und bereits Empfangenes vom Schuldner zurückgegeben werden muss.<sup>70</sup> Ausgenommen davon sind jedoch all jene Tatbestände, wo der Gefahrenübergang

bereits auf den Gläubiger stattgefunden hat,<sup>71</sup> da in diesen Fällen der Gläubiger das Risiko der späteren (negativen) Eventualität eigens zu tragen hat. Gerade bei Dauerschuldverhältnissen findet diese Bestimmung jedoch keine Anwendung.

## B. Externe Effekte

Unter externen Effekten bzw. Externalitäten werden negative Auswirkungen eines Vertrages auf Dritte verstanden.<sup>72</sup> Sie können als Vertragsimperfektion beschrieben werden, da sie i.d.R. nicht von den Vertragsparteien berücksichtigt werden. Volkswirtschaftlich ist eine solche Nichtinvolvierung von Kosten Dritter bzw. der Gesellschaft nicht wünschenswert und muss korrigiert werden. Das Schweizer Recht wirkt solch negativen Auswirkungen auf Dritte mit verschiedenen Vorschriften entgegen: durch den absoluten Rechtsgüterschutz des Sachen- und Persönlichkeitsrechts, das ausservertragliche Haftpflichtrecht, durch öffentlich-rechtliche Vorschriften in diversen Bereichen (wie Baurecht, Umweltrecht etc.) sowie schliesslich durch das Strafrecht, um sozial besonders schädliche Praktiken zu ahnden.

Widerrechtliche Inhalte in Verträgen sind solche, welche gegen das objektive Recht verstossen. Damit gemeint sind vor allem Abmachungen, die öffentlich-rechtliche Verbotsnormen verletzen (wie das Strafrecht oder das Polizei-Verwaltungsrecht). Solche widerrechtlichen Vertragsinhalte führen nach Schweizer Recht zur Nichtigkeit des Vertrages bzw. des entsprechenden Vertragsbestandteils.<sup>73</sup> Im ökonomischen Lichte wird durch diese privatrechtliche Regelung präventiv verhindert, dass besonders negative externe Effekte überhaupt zum Inhalt des Vertrages werden können. Die Verletzung von zwingendem Privatrecht wird dagegen vertragsrechtlich noch einfacher sanktioniert: indem die entsprechende Norm trotz anderer Abmachung dennoch zur Anwendung gelangt.

## C. Asymmetrische Informationsverteilung

Damit der Vertrag ein perfektes Austauschinstrument auf dem Markt darstellt, darf keine asymmetrische Informationsverteilung zwischen den Vertragsparteien vorliegen. Andernfalls wird ökonomisch von einer Marktunvollkommenheit gesprochen.<sup>74</sup> Diese Überlegung ist aber zu relativieren: Gewisse Informationsunterschiede bilden

<sup>66</sup> Die Furchterregung kann im Sinne einer Drohung (Art. 180 StGB) oder Nötigung (Art. 181 StGB) auch strafrechtlich relevant werden.

<sup>67</sup> Für die Übervorteilung (Art. 21 OR) siehe BSK OR I-MEISE/HUGUENIN (FN 45), Art. 21 N 15. Der Fristenlauf beginnt mit Vertragsschluss (Art. 21 Abs. 2 OR). Für Irrtum, Täuschung oder Furchterregung siehe BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (FN 45), Art. 31 N 15. Der Fristenlauf beginnt bei Irrtum und Täuschung mit der Entdeckung, in den Fällen der Furcht mit deren Beseitigung (Art. 31 Abs. 2 OR).

<sup>68</sup> Vgl. BSK OR I-MEISE/HUGUENIN (FN 45), Art. 21 N 5 ff.

<sup>69</sup> Vgl. für die Übervorteilung in Deutschland § 138 Abs. 2 BGB und in Österreich § 879 Abs. 2 Ziff. 4 ABGB.

<sup>70</sup> Art. 119 OR.

<sup>71</sup> Art. 119 Abs. 3 OR.

<sup>72</sup> Vgl. dazu COOTER/ULEN (FN 1), 288.

<sup>73</sup> Art. 20 OR.

<sup>74</sup> COOTER/ULEN (FN 1), 289.

gerade Voraussetzung dafür, dass ein Markt zustande kommt. Eine geringe Arbitragemöglichkeit fördert zudem die Liquidität des Marktes. Entschieden volkswirtschaftlich schädlich wird es jedoch, wo eine Vertragspartei ihre Gegenpartei informationstechnisch irreführt, sie in einem Irrglauben bestärkt oder trotz einer Verpflichtung zur Offenlegung einer Information (im Sinne einer Garantstellung) diese Offenlegung unterlässt.

Rechtlich wird die Problematik der Informationsasymmetrie im Schweizer Recht einerseits dadurch angegangen, dass deren absichtliche Herbeiführung den Vertrag für die informationshalber benachteiligte Partei (durch Anfechtung) unverbindlich macht.<sup>75</sup> Andererseits lassen sich vom Gebot von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) auch Informationspflichten gegenüber der Gegenpartei ableiten, bspw. solche, welche für den Vertragsgegenstand ganz zentral erscheinen. Bei AGB sind die Informationspflichten durch die besonderen Auslegungsregeln erhöht: Unklarheiten aufgrund Informationsmangels führen zur Auslegung contra stipulatorem, bei Globalübernahmen gilt die Ungewöhnlichkeitsregel. Daneben bestehen gesetzlich explizit vorgeschriebene (vorvertragliche) Informationspflichten zum Schutz von Konsumenten.<sup>76</sup> Im Weiteren besteht eine Informations- bzw. Aufklärungspflicht als vertragliche Nebenpflicht in verschiedenen Vertragstypen, insb. beim Auftrag als Ausfluss der Treuepflicht.<sup>77</sup> Schliesslich verpflichten die als Richterrecht geschaffenen Regeln zur culpa in contrahendo, dass, selbst wenn es zu keinem Vertrag kommt, im Vorvertragsstadium ehrlich verhandelt werden muss und die Gegenpartei über ganz bedeutsame Tatsachen aufzuklären ist.<sup>78</sup>

## D. Monopole

Bei Monopolen bzw. Oligopolen wird eine Leistung künstlich verteuert, indem der Monopolist bzw. die Oligopolisten ihre Marktmacht ausnutzen. Der Leistungsempfänger, der auf die Leistung angewiesen ist, hat mangels anderer Anbieter keine andere Wahl, als den übersetzten Preis zu zahlen.<sup>79</sup> Das Schweizer Recht nutzt als Abhilfe gegen diese Marktunvollkommenheit grundsätzlich das Kartellrecht<sup>80</sup>, welches verhindern soll, dass sozial schädliche Auswirkungen von Monopolen oder anderen Wettbewerbsbeschränkungen entstehen.<sup>81</sup>

Daneben gibt es im Vertragsrecht mit der Übervorteilung (Art. 21 OR) eine Norm, welche ganz krass überrissenen Preisen entgegenwirken kann. Vorausgesetzt wird jedoch das Vorliegen einer Notlage seitens des Übervorteilten sowie das Ausbeuten derselben durch den Übervorteilenden. Die strafrechtlich analoge Norm wäre hier der Wucher (Art. 157 StGB).<sup>82</sup> Die Monopolsituation kann grundsätzlich als Ausbeutungstatbestand verstanden werden, ob eine Notlage vorliegt, muss jedoch im Einzelfall geprüft werden.

Für den Kauf von Konsumgütern gilt für Private ferner das Konsumkreditgesetz (KKG), welches verhindern will, dass Kredite zu völlig überrissenen Zinsen vergeben werden.

## E. Dauerschuldverhältnisse und Endspielproblematik

Bei Dauerschuldverhältnissen (Langzeitkontrakten) bzw. sich regelmässig wiederholenden Geschäften haben die Parteien andere Möglichkeiten, sich gegenseitig ihre Ver-

<sup>75</sup> Dies im Sinne einer Täuschung nach Art. 28 OR, mit Rechtsfolge von Art. 31 OR (vgl. dazu BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS [FN 45], Art. 28 N 18 ff.).

<sup>76</sup> Diese sog. Konsumentenschutzerlasse gehen i.d.R. auf europäisches Recht zurück. Vielfach ist zudem die Information des Klienten bzw. Konsumenten in Schriftform vorgeschrieben. Ausdrückliche Informationspflichten finden sich bspw. in Art. 40d OR (Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften), in Art. 406a ff. OR (Informationspflichten bei Ehe- und Partnerschaftsvermittlungen), im Konsumkreditgesetz (KKG), im Pauschalreisegesetz (PRG), negativ formuliert zudem in Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG (keine irreführenden Angaben über sich, seine Firma und Produkte oder Dienstleistungen). Informationspflichten kennen ferner das Konsumentinneninformationsgesetz (objektive Waren- und Dienstleistungsdeklaration) sowie das Produkthaftpflichtgesetz.

<sup>77</sup> Siehe Art. 398 OR. Zur vertraglichen Nebenpflicht gehört zudem stets, die absolut geschützten Rechtsgüter der Vertragspartnerin zu schützen und dieselbe entsprechend ausreichend zu informieren, wo diese absehbar tangiert werden können.

<sup>78</sup> Vgl. BGE 125 III 86.

<sup>79</sup> Vgl. dazu COOTER/ULEN (FN 1), 290.

<sup>80</sup> Siehe dazu das Kartellgesetz (KG).

<sup>81</sup> Vgl. Art. 1 KG.

<sup>82</sup> Strafrechtlich wird von Zwangslage statt Notlage gesprochen. Der Begriff «Zwangslage» hat 1994 im StGB die «Notlage» abgelöst, um zu verdeutlichen, dass damit nicht nur eine wirtschaftlich prekäre Situation gemeint ist (Botschaft 1991, 1045 f.). Mit dem neuen Terminus wurde bloss die bereits bestehende bundesgerichtliche Rechtsprechung nachvollzogen, die darunter jede Zwangslage verstand, «welche den Bewucherten in seiner Entschlussfreiheit dermassen beeinträchtigt, dass er sich zu der wucherischen Leistung bereiterklärt» (BGE 70 IV 200 E. 5). Zum Ganzen siehe BSK StGB-WEISSENBERGER, Art. 157 N 9, in: Marcel Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2018. Auch die zivilrechtliche Notlage deckt nach Praxis und Lehre dieses breitere Verständnis im Sinne einer Zwangslage ab, bspw. kann diese neben wirtschaftlichen auch auf persönlichen, familiären oder politischen Gründen fussen (vgl. zum Ganzen BSK OR I-MEISE/HUGUENIN [FN 45], Art. 21 N 11). Der gesetzliche Begriff in Art. 21 OR ist daher grammatikalisch eher zu eng.

trageseinholung zu sichern, als bei einem Einzelgeschäft. Sie können bspw. die weitere Zusammenarbeit bei Nicht- bzw. Schlechterfüllung reduzieren, temporär aussetzen oder die Kollaboration gar aufkünden. Aus ökonomischer Sicht spricht man auch von einem repetitiven Spiel. In solchen Situationen sind die Parteien infolge der Möglichkeit der Sanktion in einem späteren Spiel weniger auf eine staatliche Durchsetzung angewiesen. Eine «tit for tat»-Strategie (wie Du mir, so ich Dir) führt nach der ökonomischen Theorie zu einem effizienten Gleichgewicht in einem repetitiven Spiel.<sup>83</sup> Falls der staatliche Rechtsschutz schwach ist, sind solche alternativen Langzeitbanden i.d.R. auch im Geschäftsalltag viel ausgeprägter. Problematisch sind jedoch Langzeitkontrakte, die auslaufen beginnen. In der letzten Runde eines Spiels gibt es keine nachfolgende Sanktionsmöglichkeit mehr. Infolge dieser Endspielproblematik bedürfen auch Dauerschuldverhältnisse bzw. sich wiederholende Geschäfte der staatlichen Durchsetzbarkeit.<sup>84</sup>

verhindern. Das Schweizer Vertragsrecht hat diverse, effizienzfördernde Bestimmungen, um solchen Marktunvollkommenheiten im Sinne von verfälschten Präferenzen, externen Effekten, asymmetrischer Informationsverteilung und Monopolen zu begegnen.

## VI. Konklusionen zur ökonomischen Analyse des Vertragsrechts

Eine Verpflichtung sollte ökonomisch gesehen dann durchsetzbar sein, wenn die Parteien dies im Zeitpunkt der Vertragsschliessung so wollten. Auch für die Auslegung eines Vertrages sollte primär auf den Parteiwillen im Vertragszeitpunkt abgestellt werden. Die Durchsetzbarkeit der Verträge führt dazu, dass die Vertragsparteien ihren Versprechen auch tatsächlich nachkommen, und fördert daher die wirtschaftliche Kooperation. Der staatliche Rechtsschutz bzw. die Durchsetzbarkeit eines Vertrages ist damit ein Vertrauensersatz.

Das positive Vertragsinteresse als Schadenersatzmassstab setzt dem Schuldner effiziente Anreize – der Gläubiger vertraut dadurch allerdings zu stark in die Vertragserfüllung. Das Schweizer Recht kennt indes verschiedene Mechanismen, diesem übermässigen Vertrauen entgegenzuwirken.

Das Recht kann durch effiziente dispositive Vorschriften Transaktionskosten für Vertragshandlungen senken. Im Schweizer Recht besteht eine Vielzahl solcher Normen, bspw. für den Erfüllungsort oder -zeitpunkt.<sup>85</sup> Durch zwingende Normen kann das Recht zudem Marktunvollkommenheiten, die zu imperfekten Verträgen führen,

<sup>83</sup> COOTER/ULEN (FN 1), 291 f.

<sup>84</sup> COOTER/ULEN (FN 1), 293 ff.

<sup>85</sup> Art. 74 Abs. 2 OR für den Ort der Erfüllung sowie Art. 75 ff. OR für die Zeit der Erfüllung.