

# Wirtschaftliche Argumentation des Bundesgerichts

«*Economy is the art of making the most of life.*»\*

Roger Groner, Rechtsanwalt, LL.M. (New York)

## I. Fragestellung

Im Jahre 1962 unterzeichnete der 70-jährige Inhaber einer Uhrenfabrik einen Beratungsvertrag mit einer international tätigen Unternehmensberatungsgesellschaft. Diese wurde beauftragt, Vorschläge zur Betriebsnachfolge zu erstellen sowie eine Marktanalyse durchzuführen. Die Parteien vereinbarten ein Honorar von CHF 100 pro Arbeitsstunde, was einem heutigen Betrag von rund CHF 700 entspricht<sup>1</sup>. Nach Durchführung des Auftrags weigerte sich der Unternehmer unter Berufung auf Übervorteilung nach Art. 21 OR, das geforderte Honorar von CHF 12 000 (heute rund CHF 84 000) zu bezahlen. Das Bundesgericht stellte 1966 fest, dass das Stundenhonorar von CHF 100 «*aussergewöhnlich hoch*» und «*offensichtlich übersetzt*» war<sup>2</sup>. Damit war das erste Tatbestandselement von Art. 21 OR, das Missverhältnis der Leistungen, erfüllt. Auch die weitere Vo-

oraussetzung, die «*Unerfahrenheit oder Leichtsinns*» der übervorteilten Partei, sah das Bundesgericht als gegeben an, da der Unternehmer die Tragweite des Beratungsauftrages nicht richtig erkennen konnte<sup>3</sup>. Schliesslich sei auch die Voraussetzung der «*Ausbeutung*» der Unerfahrenheit «*unzweifelhaft*» erfüllt gewesen, da die Unternehmensberatungsgesellschaft bei der Annahme des Mandates falsche Gewinnmöglichkeiten vorspiegelte<sup>4</sup>.

Ist dieser Entscheid ökonomisch betrachtet *effizient*? Würde der Bundesgerichtsentscheid heute, fast 40 Jahre später, gleich ausfallen?

Zur Beantwortung dieser Fragen werden zunächst das Gebiet von *Law and Economics* sowie Kriterien zur Beurteilung der Effizienz der bundesgerichtlichen Praxis dargestellt (unten Ziff. II). Anschliessend werden einzelne privatrechtliche Bundesgerichtsentscheide, insbesondere der oben aufgeführte, danach untersucht, ob sie effizient sind (Ziff. III). Die Entscheide stammen aus den Bereichen des Vertragsabschlusses (Art. 1 ff. OR), der Übervorteilung (Art. 21 OR), der Nichterfüllung (Art. 97 und Art. 191 OR) sowie aus dem Nachbarrecht (Art. 679 ZGB).

Die im Laufe der letzten 40 Jahre entschiedenen Fälle zeigen, dass das Bundesgericht zunehmend eine ökonomische Analyse privatrechtlicher Streitigkeiten vornahm. Beide Zivilabteilungen des Bundesgerichts sind

*Der Autor erläutert den Zusammenhang zwischen Wirtschaftlichkeit, Recht und Effizienz in der Rechtsprechung und beleuchtet, ältere und jüngere Bundesgerichtsentscheide vergleichend, die Entwicklung dieser Kriterien in der Beurteilung privatrechtlicher Streitigkeiten. Dabei stellt er fest, dass ökonomische Aspekte in der Entscheidungsfindung des Bundesgerichts heute eine zentrale Rolle spielen und die Urteile unter dem Gesichtspunkt der Effizienz zunehmend überzeugen.* Zi.

*L'auteur examine la relation qui existe entre le rendement économique, le droit et l'efficacité dans la jurisprudence. En comparant des arrêts anciens et récents du Tribunal fédéral, il met en lumière l'évolution de ces critères dans le jugement de contestations de droit privé. L'auteur constate ainsi que les aspects économiques jouent aujourd'hui un rôle central dans l'analyse juridique du Tribunal fédéral. Il estime enfin que les jugements sont de plus en plus convaincants sous l'angle de l'efficacité économique.* P.P.

\* George Bernard Shaw.

<sup>1</sup> Der Zukunftswert eines Betrages von CHF 100 beträgt nach 40 Jahren bei einer jährlichen Verzinsung von 5 Prozent CHF 704.

<sup>2</sup> BGE 92 II 168, 172 E.3.

<sup>3</sup> BGE 92 II 168, 176 E.5.

<sup>4</sup> BGE 92 II 168, 178 E.5.b.

heute in der ökonomischen Argumentation so versiert wie nie zuvor.

## II. Effiziente Rechtsprechung

### A. Law and Economics

Ökonomie ist die Wissenschaft, die sich mit der vernünftigen (*rationellen*) Wahl in einer Welt knapper Ressourcen befasst<sup>5</sup>. «Wirtschaftswissenschaft» wird damit (trotz ihrer Bezeichnung) nicht aufgrund ihres Anwendungsgebiets (wie etwa «Wirtschaft», «Märkte» oder «Unternehmen») definiert, sondern anhand ihres Ansatzes und ihrer Methoden<sup>6</sup>.

Knappe Ressourcen werden in einem funktionierenden Markt dort verwendet, wo ihr Nutzen den höchsten Wert bringt (gemessen an der Bereitschaft, am meisten zu zahlen). Beispielsweise wird ein Käufer eines Unternehmens den vom Verkäufer geforderten Preis nur bezahlen, wenn er vernünftigerweise davon ausgehen kann, das Unternehmen besser zu nutzen und höhere Erträge zu erzielen als der bisherige Eigentümer, um den verlangten Preis zu rechtfertigen<sup>7</sup>. Preise indizieren damit den Wert, den Wirtschaftsteilnehmer einem bestimmten Gut beimessen. Bietet jemand mehr für ein Wirtschaftsgut, wird er dieses vermutlich besser nutzen können. Werden die Ressourcen dort gebraucht, wo sie am besten genutzt werden (bzw. wo keine Transaktion ihren Wert erhöhen wird), ist ihre Verwendung *effizient*.

Ökonomische Analyse kann auch auf die *Jurisprudenz* angewendet werden. Ziel des ökonomischen Ansatzes im Recht – kurz *law and economics* – ist, das Rechtssystem dahingehend zu analysieren, ob es *effizient* ist<sup>8</sup>. Es wird geprüft, ob die knappen Ressourcen unter dem geltenden Recht opti-

mal verteilt werden und daraus Wohlfandsgewinne resultieren<sup>9</sup>.

### B. Kriterien einer effizienten Rechtsprechung

#### 1. Effizienz

Das Bundesgericht ist ein Regulator. Im Rahmen der Lösung des ihm vorgetragenen Konflikts schafft das Bundesgericht *Regeln*, die wirtschaftliches Verhalten beeinflussen. Beispielsweise entschied das Bundesgericht, dass Stillschweigen auf ein Bestätigungsschreiben im kaufmännischen Verkehr einen Vertrag entstehen lassen kann<sup>10</sup>. Diese generell-abstrakte Norm könnte aufgrund ihrer Bedeutung auch im OR stehen.

Regeln sind effizient, wenn sie Anreize schaffen, mit denen Transaktionen ermöglicht werden, durch die mindestens eine Person besser und niemand schlechter gestellt wird (so genannte *Pareto-Superiorität*)<sup>11</sup>. Eine effiziente Rechtsprechung sollte dabei zwei Elemente aufweisen:

- eine zukunftsbezogene Perspektive (unten Ziff. 2) und
- eine Analyse des Marktes, in dem die zu beurteilende Transaktion durchgeführt worden ist (unten Ziff. 3).

#### 2. Ex Ante-Betrachtung

Im Rahmen eines Prozesses bringen beide Parteien typischerweise Argumente vor, die einzelfallbezogen sind und auf Tatsachen beruhen, die sich in der Vergangenheit abspielten. Die Parteien stellen damit eine *ex post-Betrachtung* an<sup>12</sup>. Weiter berufen sich die Parteien oftmals auf «Fairness», womit sie eine möglichst günstige Aufteilung der Gewinne oder Verluste anstreben. Fairness-Argumente sind ebenfalls *ex post*-Argumente<sup>13</sup>. Ein Gericht wird damit versucht sein, sein Urteil einzig auf vergangene Tatsa-

chen und einzelfallbezogene Argumente abzustützen.

Urteile können aber Anreize setzen, sich effizient zu verhalten. Wird ein bestimmtes Verhalten durch einen richterlichen Entscheid teurer oder billiger, werden Rechtssubjekte die Signale des Urteiles beachten<sup>14</sup>. Dies leuchtet auch Juristen ein: Enthalten Gerichtsentscheide langweilige und ausschweifende Erläuterungen, werden weniger Personen den Entscheid lesen. Der «Preis» des Durchlesens des Urteils (die damit verbundene Zeit und Mühe) wurde erhöht, die Nachfrage sinkt. Dementsprechend ist ein Kriterium für die Effizienz der Bundesgerichtspraxis, ob das Gericht in einer *ex ante-Perspektive* die aus den Urteilen fließenden Anreize überhaupt berücksichtigt<sup>15</sup>.

<sup>5</sup> Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago 1976, 3; Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 5. A., New York 1998, 6.

<sup>6</sup> Christine Jolls, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, *Stanford Law Review* 50 (1998) 1471, 1545.

<sup>7</sup> Daniel R. Fischel, *Efficient Capital Market Theory, the Market for Corporate Control, and the Regulation of Cash Tender Offers*, *Texas Law Review* 57 (1978) 1, 7 f.; Melvin Aaron Eisenberg, *The Bargain Principle and Its Limits*, *Harvard Law Review* 96 (1982) 741, 746.

<sup>8</sup> Becker (Fn. 5) 4; Posner (Fn. 5) 4.

<sup>9</sup> Robert A. Coleman, *Efficiency, Utility, and Wealth Maximization*, *Hofstra Law Review* 8 (1980) 509, 550 f.; John Cirace, *A Synthesis of Law and Economics*, *Southwestern Law Journal* 1990 1139, 1140.

<sup>10</sup> BGE 100 II 22 E. 3a mit Hinweisen.

<sup>11</sup> Posner (Fn. 5) 13 f.

<sup>12</sup> Frank H. Easterbrook, *The Court and the Economic System*, *Harvard Law Review* 98 (1984) 4, 5.

<sup>13</sup> Easterbrook (Fn. 12) 10; Posner (Fn. 5) 14.

<sup>14</sup> Becker (Fn. 5) 7; Posner (Fn. 5) 4.

<sup>15</sup> Easterbrook (Fn. 12) 12.

3.  
a.  
Eir  
zw  
kor  
Par  
tra  
ein  
her  
füll  
ohr  
Kor  
pro  
Das  
Par  
Part  
Ei  
der  
schä  
teilr  
tei  
aktu

16 W  
ÖJ  
17 Cj  
18 Cj  
19 Cj  
20 Ri  
mi  
19  
21 Eis  
22 Cj  
23 Ed  
ecc  
Ne  
24 Cj  
25 Po:  
26 Cj:  
27 Als  
Her  
27C  
auf  
die  
schü  
mis  
brä.  
Wet  
lit. c  
telle  
kunf

### 3. Marktstrukturen

#### a. Kompetitiver Markt

Eine freiwillige Vereinbarung zwischen zwei informierten Parteien in einem kompetitiven Markt ist effizient. Beide Parteien gehen mit Abschluss des Vertrages nämlich davon aus, dass sie einen Nutzen aus der Transaktion ziehen. Damit steht jede Partei nach Erfüllung des Vertrages besser da als ohne Vertrag. Kauft beispielsweise ein Konsument ein Brot von einem Bäcker, profitieren beide von der Transaktion. Das Geschäft ist Pareto-superior: keine Partei wird schlechter, mindestens eine Partei besser gestellt<sup>16</sup>.

Ein kompetitiver Markt besteht aus der Summe vieler zweiseitiger Geschäfte unter einer Vielzahl von Marktteilnehmern, wobei jede Vertragspartei die Gelegenheit hat, anstelle des aktuell getätigten Geschäfts ein an-

deres Geschäft mit einem anderen Marktteilnehmer zu den gleichen Bedingungen abzuschliessen<sup>17</sup>. Paradebeispiel eines solchen kompetitiven Marktes ist die Effektenbörse. Sowohl Käufer als auch Verkäufer von Effekten haben die Möglichkeit, mit einem anderen Vertragspartner das gleiche Geschäft abzuschliessen. Auch alltägliche Geschäfte wie der Erwerb von Brot spielen sich in einem kompetitiven Markt ab, sofern der Konsument die Möglichkeit hat, auf andere Verkäufer auszuweichen.

In einem kompetitiven Markt verfügt keine Vertragspartei über mehr Verhandlungsmacht als die andere. Keine Vertragspartei kann ein besseres Geschäft abschliessen als das gerade Vereinbarte<sup>18</sup>. Sofern Angebot und Nachfrage ausgeglichen sind, haben die Marktteilnehmer alle möglichen Gewinne aus dem Handel ausgeschöpft<sup>19</sup>. Unter Wettbewerbsverhältnissen entspricht damit der Preis den Herstellungs- und Vertriebskosten (inklusive einer marktkonformen Eigenkapitalrendite)<sup>20</sup>. Der vereinbarte Preis führt die Güter dorthin, wo sie am effizientesten genutzt werden, und lenkt damit Investitionen in die rentabelsten Projekte<sup>21</sup>.

#### b. Bilaterales Monopol

Viele Verträge werden mangels alternativer Wirtschaftsteilnehmer aber nicht unter Wettbewerbsverhältnissen abgeschlossen. Stehen sich in einem Markt nur zwei Vertragsparteien gegenüber, liegt ein *bilaterales Monopol* vor. Beide Parteien verfügen infolge der fehlenden Alternativen über ein Monopol<sup>22</sup>. Ein Beispiel für ein bilaterales Monopol sind die Verhandlungen zwischen dem einzigen Unternehmer in der Stadt und der einzigen Gewerkschaft, der sich alle Arbeitnehmer angeschlossen haben.

Der Unternehmer ist der einzige «Käufer» von Arbeitsleistungen. Die Gewerkschaft ist die einzige «Verkäuferin».

In einem bilateralen Monopol haben beide Parteien nur zwei Möglichkeiten: entweder sie schliessen einen Vertrag ab oder es kommt kein Geschäft zustande. Kommt ein Vertrag zustande, ist das Verhandlungsergebnis (der «Preis») von der Verhandlungsmacht der Parteien abhängig<sup>23</sup>. Falls das Recht neutral eingestellt ist und beide Parteien die gleiche Verhandlungsstärke haben, wird der Vertrag in etwa demjenigen entsprechen, der auch in einem kompetitiven Markt vereinbart würde<sup>24</sup>.

Falls dagegen einer Partei eine *überlegene Position* zukommt (beispielsweise infolge gesetzlicher Eingriffe in die Verhandlungsstärke), kann diese ihre Monopolstellung ausnutzen, um ein besseres Verhandlungsergebnis – eine *Monopolrente* – zu erzielen<sup>25</sup>. Wird beispielsweise die Streikfreiheit der Gewerkschaft im obigen Beispiel beschränkt, wird dies aufgrund der besseren Verhandlungsposition des Unternehmers ein nicht-marktkonformes Verhandlungsergebnis (zu tiefe Löhne) zur Folge haben<sup>26</sup>.

#### c. Konsequenzen für die Gerichtspraxis

Warum soll sich eine Richterin um die Marktstruktur kümmern? Sie könnte sich auf den Standpunkt stellen, sie müsse Rechtsprobleme lösen und nicht Managemententscheidungen treffen.

Die Marktstruktur ist aber zum einen für die Beantwortung der Frage relevant, ob ein Preis «richtig» ist. Als Beispiel für solche Fragen sei die Übervorteilung nach Art. 21 OR aufgeführt, deren Geltendmachung ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraussetzt<sup>27</sup>. Die obige

<sup>16</sup> William J. Baumol, *Economic Theory and Operations Analysis*, 4. A., Boston 1977, 527.

<sup>17</sup> Cirace (Fn. 9) 1171.

<sup>18</sup> Cirace (Fn. 9) 1150.

<sup>19</sup> Cirace (Fn. 9) 1151.

<sup>20</sup> Richard A. Posner, *Antitrust Law. An Economic Perspective*, Chicago 1976 (Nachdruck 1984), 9.

<sup>21</sup> Eisenberg (Fn. 7) 756; Posner (Fn. 5) 11.

<sup>22</sup> Cirace (Fn. 9) 1173.

<sup>23</sup> Edwin Mansfield/Gary Wynn Yohe, *Microeconomics: Theory and Applications*, 10. A., New York 2000, 300 f.

<sup>24</sup> Cirace (Fn. 9) 1175.

<sup>25</sup> Posner (Fn. 5) 62.

<sup>26</sup> Cirace (Fn. 9) 1176.

<sup>27</sup> Als weiteres Beispiel kann der Anspruch auf Herabsetzung des Mietzinses nach Art. 270a Abs. 1 i.V.m. Art. 269 und 269a OR aufgeführt werden. Ein anderes Beispiel ist die richterliche Prüfung, ob marktbeherrschende Unternehmen mit der «Erzwingung missbräuchlicher Preise oder sonstiger missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» den Wettbewerb beschränken, vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c Kartellgesetz (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995, SR 251).

Darstellung von kompetitiven Märkten und bilateralen Monopolen legt den Schluss nahe, dass ein «übersetzter» (nicht-marktkonformer) Preis nur in monopolistischen Verhältnissen vereinbart wird<sup>28</sup>.

Zum andern, und wichtiger, beeinflusst die Rechtsprechung die Verhandlungsstärke von Vertragsparteien. Verschaffen Richter einer Partei eines *bilateralen Monopols* eine überlegene Verhandlungsposition, kann diese eine *Monopolrente* aushandeln, da die Gegenpartei nicht auf andere Vertragspartner ausweichen kann. Effiziente Rechtsprechung wird deshalb möglichst wenig Einfluss auf die Verhandlungsstärke der Parteien eines bilateralen Monopols ausüben.

### III. Wirtschaftliche Argumentation im Privatrecht

#### A. Übersicht

Im Folgenden soll geprüft werden, ob das Bundesgericht effiziente Urteile fällt. Namentlich soll analysiert werden, ob wirtschaftliche Zusammenhänge erkannt, Transaktionskosten reduziert und effiziente Geschäfte ohne Monopolrenten ermöglicht werden.

#### B. Zustandekommen des Vertrages

##### 1. Normativer Konsens

Nach dem *Vertrauensprinzip* sind Willenserklärungen so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten<sup>29</sup>. Unter Umständen kommt damit ein Vertrag zustande, obwohl sich die Parteien faktisch nicht geeinigt haben. Damit besteht in ökonomischer Hinsicht keine Gewähr dafür, dass der Vertrag wertsteigernd ist. Offeriert beispielsweise A dem B eine Uhr für CHF 500, meint aber

CHF 1000, und der Empfänger nimmt das Angebot an, ist die Uhr für den Käufer B vielleicht CHF 800 wert, aber CHF 900 für den Verkäufer. Der Kauf ist Pareto-inferior, da der Verkäufer schlechter gestellt wird.

Andererseits sollte das Unterbreiten von Offerten, die nicht dem tatsächlich Gewollten entsprechen, aus ökonomischer Sicht «bestraft» werden<sup>30</sup>. Denn dem Erklärungsempfänger entstehen aus falschen Offerten Kosten – Transaktionskosten im Hinblick auf den Vertragsabschluss, Opportunitätskosten wie entgangene Gewinne aus nichtverfolgten Geschäften, im Vertrauen auf den Vertrag getätigte Investitionen oder Rechtsunsicherheit unter Marktteilnehmern<sup>31</sup>.

Das Vertragsrecht begegnet diesem Dilemma mit dem *Erklärungsirrtum* nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 – Ziff. 3 OR. Der «ineffiziente» Vertrag, mit dem die Ressourcen nicht optimal verteilt werden, kann damit aufgelöst werden, was aber *nicht kostenlos* ist. Der Irrrende, der den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt, ist nämlich nach Art. 26 Abs. 1 OR zum Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens verpflichtet, wenn er den Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat, es sei denn, dass der Erklärungsempfänger den Irrtum erkannt habe oder hätte kennen müssen<sup>32</sup>.

Anschaulich ist in diesem Zusammenhang der Fall des Juweliers Nussberger, der einen Ring zu CHF 13 800 veräussern wollte. Eine Mitarbeiterin des Juweliers verkaufte den Ring versehentlich zu CHF 1380. Das Bundesgericht kam 1979 (entgegen Deutscher und Schweizer Literatur) zum Schluss, dass der Erklärungsirrtum auch anwendbar ist, wenn ein Vertrag gestützt auf das Vertrauensprinzip zustande gekommen ist<sup>33</sup>. Zu Recht

hielt damit das Bundesgericht den Pareto-inferioren Vertrag nicht aufrecht. Das Bundesgericht zog aber auch die falschen Anreize in Betracht, die ein Anfechtungsrecht ohne Nachteile schaffen würde. Die Richter wiesen ausdrücklich darauf hin, dass eine Schadenersatzpflicht des Juweliers in Frage komme<sup>34</sup>. Das Bundesgericht nahm damit eine *ex ante-Analyse* vor, um die Zahl zukünftiger Fehler und Missverständnisse beim Unterbreiten von Offerten zu reduzieren.

#### 2. Schweigen als Annahme

##### a. Transaktionskosten

Wann sollte das Schweigen des Empfängers einer Offerte als Annahme verstanden werden? Ökonomische Analyse legt nahe, die Kosten *zweier Ordnungen* zu vergleichen: eine, in der Schweigen als *Ablehnung* der Offerte gilt, die andere, in der Schweigen als *Annahme* verstanden wird. Unter der

<sup>28</sup> In einem effizienten Markt werden über dem Marktpreis liegende Preise früher oder später durch Arbitragegeschäfte beseitigt; vgl. Myron S. Scholes, *The Market for Securities: Substitution versus Price Pressure and Effects of Information on Share Prices*, *Journal of Business* 45 (1972) 179, 181 ff.; Daniel R. Fischel/David J. Ross, *Should the Law Prohibit «Manipulations» In Financial Markets?*, *Harvard Law Review* 105 (1991) 503 ff., 514.

<sup>29</sup> BGE 99 II 290; BGE 113 II 50; BGE 116 II 696; BGE 117 II 278; BGE 125 III 263; Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, 122 ff.

<sup>30</sup> Posner (Fn. 5) 112.

<sup>31</sup> Vgl. unveröffentlichtes Bundesgerichtsurteil, I. Zivilabteilung, vom 29. Juni 2000, 4C.25/2000, E. 3.b.

<sup>32</sup> Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Heinz Rey, *Schweizerisches Obligationenrecht*. Allgemeiner Teil, Bd. I, 7. A., Zürich 1998, N 850 f.

<sup>33</sup> BGE 105 II 23, 26 E. 2.b.

<sup>34</sup> BGE 105 II 23, 25 E. 3.

erster  
nahm  
sowie  
für je  
nur e  
nung  
eines  
ferte  
dage  
Kost  
Verh  
gen  
fizie  
die  
die  
wird  
ang  
G  
nac  
sen  
tur  
Urn  
nal  
An  
Fri  
Re

35  
36  
37  
38  
39  
40

41  
42

4

ersten Ordnung sind für jede Annahme zwei Briefe nötig (die Offerte sowie die ausdrückliche Annahme), für jede abgelehnte Offerte dagegen nur ein Brief. Unter der zweiten Ordnung ist für das Zustandekommen eines Vertrages ein Brief nötig (die Offerte), für das Ablehnen einer Offerte dagegen zwei. Offensichtlich sind die Kosten der jeweiligen Ordnung vom Verhältnis der abgelehnten zu den angenommenen Offerten abhängig. Effizient ist damit eine Rechtsordnung, die Situationen antizipiert, in denen die Offerte normalerweise abgelehnt wird, und Fälle, in denen die Offerte angenommen wird<sup>35</sup>.

Genau dies erfolgt in Art. 6 OR. Danach gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist und der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird. Eine effiziente Rechtsprechung wird damit die *Wahr-*

*scheinlichkeit* analysieren, bei der eine Annahme zu erwarten ist. Ist diese höher als 50 Prozent, darf der Antragsteller erwarten, dass Schweigen als Annahme gilt, bzw. er darf im Antrag verbindlich festlegen, dass Schweigen als Annahme verstanden wird.

Die bundesgerichtliche Praxis entspricht diesem Effizienzkriterium. Beispielsweise müssen Offerten nicht angenommen werden, wenn der Vertrag den Empfänger des Angebots in keiner Weise belastet (beispielsweise bei einer Schenkung<sup>36</sup> oder einer unentgeltlichen Bürgschaft<sup>37</sup>). Dagegen findet Art. 6 OR keine Anwendung auf die mit Schweigen quittierte Zustellung einer Rechnung oder eines Kontoauszuges<sup>38</sup>. Solche Schreiben werden normalerweise nicht einfach akzeptiert; die Transaktionskosten bei einer Regel, die eine ausdrückliche Ablehnung verlangt, wären damit höher als unter der bundesgerichtlichen Regel.

#### b. Kaufmännisches

##### *Bestätigungsschreiben*

Art. 6 OR wird analog auf Mitteilungen des kaufmännischen Verkehrs angewendet, in denen der Abschluss eines mündlichen Vertrages bestätigt wird<sup>39</sup>. Die rechtserzeugende Kraft des kaufmännischen Bestätigungsschreibens wird seit 1988 mit dem Grundsatz der *Vertrauenshaftung* erklärt<sup>40</sup>. Wer schweigt, obwohl er Anlass hat, dem Schreiben zu widersprechen, muss die Konsequenzen tragen<sup>41</sup>. Dies ist ökonomisch gerechtfertigt. Die geltende Praxis basiert auf dem Gedanken, dass derjenige die Kosten eines ungünstigen Vertrages tragen soll, der sie am kostengünstigsten vermeiden könnte (*«cheapest cost avoider»*)<sup>42</sup>. Der Empfänger eines unrichtigen Bestätigungsschreibens wird

damit motiviert, die Kosten zu vermeiden<sup>43</sup>.

### C. Übervorteilung

#### 1. Allgemeines

Nach Art. 21 OR besteht ein Anfechtungsrecht, sofern ein offenbares Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet wird, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des anderen herbeigeführt worden ist. Im Folgenden wird anhand beispielhafter Fälle geprüft, wann es effizient ist, einen Vertrag wegen Übervorteilung als ungültig zu erachten.

#### 2. Verunfallter Bergsteiger

Bergsteiger A verunfallt auf einer Bergtour, bricht sich den Fuss und ist nicht imstande, zu seinem Basislager zurückzugehen. Sein Handy funktioniert nicht und sein Wasservorrat geht zu Ende. A wird sterben, wenn er nicht bald gerettet wird. Am nächsten Tag kommt zufälligerweise B vorbei. B erklärt sich zur Rettung bereit, falls ihm A CHF 100 000 bezahlt. A erklärt sich einverstanden. B benachrichtigt im Tal mittels eines kurzen Telefonanrufes die REGA. A wird gerettet. Anschliessend weigert sich A, B den geforderten Betrag zu bezahlen.

Liegt ein Fall der Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR vor? Das Erfordernis der *«Notlage»* ist erfüllt. Der Verunfallte schwebt in Lebensgefahr. Eine *«Ausbeutung»*, das subjektive Bewusstsein um die Notlage, kann ebenfalls bejaht werden, da der Retter weiss, dass A sterben wird, wenn er ihn nicht rettet<sup>44</sup>. Damit wird A jeden Preis bezahlen.

Nicht so eindeutig ist dagegen die Antwort auf die Frage nach dem

<sup>35</sup> Posner (Fn. 5) 113.

<sup>36</sup> BGE 110 II 161.

<sup>37</sup> BGE 15 364.

<sup>38</sup> BGE 112 II 500.

<sup>39</sup> BGE 114 II 250; BGE 100 II 18.

<sup>40</sup> Bemerkenswerterweise bezweifelte das Bundesgericht die rechtserzeugende Kraft des Bestätigungsschreibens 1974 noch an (BGE 100 II 18, 23 E. 3.a und b).

<sup>41</sup> BGE 114 II 250, 252.

<sup>42</sup> Guido Calabresi/Jon T. Hirschoff, Toward a Test for Strict Liability in Torts, Yale Law Journal 81 (1972) 1055, 1060; Stephen G. Gilles, Negligence, Strict Liability, and The Cheapest Cost Avoider, Virginia Law Review 1992 1291, 1292.

<sup>43</sup> Ein weiterer Anwendungsfall der Regel des *cheapest cost avoider* ist die Unklarheitenregel bei der Vertragsauslegung; vgl. BGE 113 II 49, 52 E. 1.b.

<sup>44</sup> Gauch/Schluep/Schmid/Rey (Fn. 32) N 741; BGE 92 II 177.

*Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.* Jeder rationelle Mensch würde CHF 100 000 bezahlen, um nicht zu sterben. Denn das eigene Leben ist Voraussetzung jeder Konsumption und damit das Wertvollste, das es gibt. Damit sollte das Leben CHF 100 000 wert sein. Das Bundesgericht bewertet in Übervorteilungsfällen jedoch nicht den Erfolg (das Retten des Lebens), sondern die ergriffenen Massnahmen und Mittel<sup>45</sup>. Im Bergsteigerfall ist der Wert der Lebensrettungsmassnahme (das triviale Telefonat des B) geringer als CHF 100 000. Damit besteht ein Missverhältnis zwischen der Leistung (den CHF 100 000) und der Gegenleistung (dem Benachrichtigen der REGA). Der Tatbestand der Übervorteilung ist nach bundesgerichtlicher Praxis erfüllt.

Ist dieses Resultat auch unter *Effizienzgesichtspunkten* korrekt? Wird ein Produkt in einem kompetitiven Markt verkauft, ist der bezahlte Preis vermutlich «korrekt». Keine Partei kann eine Monopolrente erzielen<sup>46</sup>. Im Bergsteigerfall herrscht aber *kein Wettbewerb*, sondern ein *bilaterales Monopol*. B, der Retter, ist ein Monopolist mit einer überlegenen Verhandlungsposition. Im Gegensatz zum Verunfallten ist er nicht auf den Vertragsabschluss angewiesen. Der Preis von CHF 100 000 für die Rettungsmassnahme beinhaltet eine Monopolrente.

Wie oben dargelegt, führen nicht-marktkonforme Versprechen gegenüber einem Monopolisten wie B nicht zu einer effizienten Verteilung der Ressourcen<sup>47</sup>. Wären solche Versprechen gültig, würden Leute dazu motiviert, die Berge nach verunfallten hilflosen Bergsteigern abzusuchen. Obwohl das Finden solcher «Vertragspartner» äusserst selten wäre, würde

sich die Suche aufgrund der hohen Belohnung (der Monopolrente) langfristig doch lohnen. Die Suche ist aber nicht effizient, weil zu viele Ressourcen aufgrund des nicht-marktkonformen Preises verschwendet würden<sup>48</sup>.

### 3. *Verzweifelter Patient*

Patient A leidet an einer seltenen, tödlichen Krankheit. Das Pharmaunternehmen B hat ein Medikament entwickelt, mit dem die tödliche Krankheit bekämpft werden kann. B sind dabei Kosten in Höhe von CHF 1 Mio. entstanden. B ist gegen Bezahlung von CHF 1.5 Mio. bereit, A das Medikament zu überlassen. A bezahlt den Preis. Nachdem A geheilt worden ist, fordert er die Rückzahlung des Betrages unter Berufung auf Übervorteilung.

Wie im Bergsteigerfall befindet sich der verzweifelte Patient A in einer Notlage. Das Pharmaunternehmen B kennt seine Situation und verlangt einen hohen Preis für das Medikament. B ist (genau wie der Retter im Bergsteigerfall) ein Monopolist. Es gibt aber einen signifikanten Unterschied zum Bergsteigerfall. Das Pharmaunternehmen erreichte die Monopolstellung nicht durch Glück, sondern durch Investitionen in Forschung und Entwicklung. Das Pharmaunternehmen führte die kostspielige und riskante Suche nur wegen der antizipierten Gewinne durch<sup>49</sup>. Ohne Schutz der mühsam gefundenen Information wird kein Unternehmen in die Suche danach investieren<sup>50</sup>. Wird somit die Information des Pharmaunternehmens nicht geschützt, hat dies langfristig eine Reduktion der Investitionen in Forschungsprojekte zur Folge. Dementsprechend würde die Qualifikation des Vertrages zwischen dem Patient und dem Pharmaunter-

nehmen als Übervorteilung zu Wohlstandsverlusten führen.

Eine entsprechende *law and economics*-Analyse nahm das Bundesgericht 1999 im Kodak-Fall vor<sup>51</sup>. Es hatte zu entscheiden, ob ein Patent verletzt wird, wenn die Ware gegen den Willen des Patentinhabers aus dem Ausland in die Schweiz eingeführt und hier verkauft wird<sup>52</sup>. Ökonomisch betrachtet stellte sich dabei die Frage, ob die Kosten aus der Beschränkung der Zahl der offerierten Güter höher sind als die Kosten aus dem verminderten Anreiz zur Entdeckung patentierbarer Informationen. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass der Inhaber eines schweizerischen Patents die durch das Patentrecht vermittelten Befugnisse erst verbraucht, wenn er die patentgeschützte Ware in der Schweiz in Verkehr setzt (und nicht schon beim Verkauf im Ausland). Das Gericht begründete den Entscheid namentlich damit, dass das Patent *«auf dem Gedanken der Belohnung für die Bereicherung der Technik [beruht] und dem Erfinder eine Gegenleistung für die Veröffentlichung der Erfindung zugunsten der Allgemeinheit verschaffen [soll]. Das befristete Monopol soll dem Patentinhaber die Erzielung eines Gewinnes und die Amortisation seiner Aufwendungen ermöglichen und insofern mit wirt-*

<sup>45</sup> Vgl. BGE 92 II 168, 171 E. 2; *Peter Gauch*, Die Übervorteilung – Bemerkungen zu Art. 21 OR, recht 1989 91, 95.

<sup>46</sup> *Posner* (Fn. 5) 11.

<sup>47</sup> *Cirace* (Fn. 9) 1177.

<sup>48</sup> *Eisenberg* (Fn. 7) 756.

<sup>49</sup> Vgl. *Eisenberg* (Fn. 7) 762.

<sup>50</sup> Zu den «*economies of information production*» vgl. *Fischel* (Fn. 7) 13.

<sup>51</sup> BGE 126 III 129.

<sup>52</sup> Vgl. BGE 126 III 129, 133.

*schaftlichen Anreizen zur Forschungstätigkeit motivieren und entsprechend den technischen Fortschritt fördern*<sup>53</sup>. Dies ist ein illustratives Beispiel einer ex ante-Perspektive, mit der die aus dem Urteil fließenden Anreize berücksichtigt werden<sup>54</sup>. Interessanterweise stellte das Bundesgericht in früheren patentrechtlichen Entscheidungen keine derartigen Kosten-Nutzen-Vergleiche an<sup>55</sup>.

#### 4. Teure Unternehmensberatung

Zurück zum eingangs geschilderten Fall des KMU aus der Uhrenbranche, das eine internationale Unternehmensberaterin mit der Erstellung einer Markt- und Unternehmensnachfolgeanalyse beauftragte<sup>56</sup>. Das Bundesgericht erachtete 1966, wie dargelegt, den Auftrag infolge Übervorteilung als ungültig. Die Argumen-

tation zeigte dabei wenig ökonomisches Verständnis.

Das erste Argument war, dass das vereinbarte Honorar von damals CHF 100 (heute rund CHF 700) pro Stunde eines Mitarbeiters im Vergleich zur vereinbarten Beratungsleistung unverhältnismässig war. Dabei übersah das Gericht, dass der Preis in einem *kompetitiven Markt* zustande kam<sup>57</sup>. Bereits in den 1960er Jahren existierten zahlreiche Unternehmensberatungsgesellschaften. Der Inhaber der Uhrenfirma hätte auf andere Beratungsgesellschaften ausweichen können. Aufgrund dieser Alternativen war nicht damit zu rechnen, dass das vereinbarte Honorar übersetzt war<sup>58</sup>.

Das zweite Argument des Bundesgerichts, wonach der Einzelne *«in immer zunehmendem Masse genötigt [sei], sich auf Spezialisten zu verlassen, ohne sich vom wahren Wert ihres Angebotes ein richtiges Bild machen zu können»*<sup>59</sup>, legt nahe, dass aufgrund von Informations- oder Transaktionskosten das Uhrenunternehmen nicht das richtige Angebot aussuchen konnte. Dem ist aber nicht so. Durch einen Blick ins Telefonbuch hätte das Uhrenunternehmen eine Reihe von Unternehmensberatern finden und mittels eines kurzen Telefonanrufes feststellen können, was Marktpreis und Inhalt einer Unternehmensberatung ist. Das Uhrenunternehmen verzichtete offensichtlich auf einen solchen *market check*.

Schliesslich begründete das Bundesgericht die Tatbestandsvoraussetzung der «Notlage» bzw. «Unerfahrenheit» mit dem Fehlen *«des kritischen Sinns, um die wahre Tragweite des Vertrages und den wirklichen Wert der von der Beklagten versprochenen Leistung von vornherein zu erfassen»*<sup>60</sup>. Sowohl der 70-jährige Inhaber der Uhrenfirma als auch dessen Ge-

schaftsführer hatten aber genügend Erfahrung, um eine Unternehmensberatungsfirma zu beauftragen.

Dieser ältere Bundesgerichtsentscheid ist ein Beispiel einer ex post-Analyse, die «Fairness»-Überlegungen vor Effizienzgesichtspunkte stellte. Nicht berücksichtigt wurden die falschen Signale des Entscheides. Mit dem Bundesgerichtsentscheid wurden Schuldner ermutigt, sich auf Übervorteilung zu berufen, wenn ihnen der vereinbarte Preis nachträglich als zu hoch erschien. Der Entscheid erhöhte damit das Risiko für Unternehmensberater. In einem kompetitiven Markt werden diese Kosten den Konsumenten mittels einer Risikoprämie wieder in Rechnung gestellt. Das Bundesgericht erreichte damit sein Ziel des Konsumentenschutzes nicht, im Gegenteil.

#### 5. Existenzieller Fussballplatz

1997, 31 Jahre nach dem Unternehmensberatungsfall, entschied das Bundesgericht den Fussballplatz-Fall<sup>61</sup>. Darin wurde eine Wiese seit 1974 für jährlich CHF 300 einem Fussballklub vermietet, der die Wiese als Fussballplatz nutzte. Nachdem die Eigentümerin einen höheren Mietzins verlangte, offerierte der Fussballklub 1991 CHF 2000 pro Jahr. Die Parteien einigten sich schliesslich im Februar 1992 auf eine Miete von jährlich CHF 3000. Im August 1992 klagte der Fussballklub auf Herabsetzung des Mietzinses auf CHF 800 im Jahr. Das Bundesgericht entschied, dass sich der Fussballklub bei Vertragsabschluss in starker Bedrängnis befand. Der Fussballklub sei auf die Liegenschaft angewiesen gewesen, um nicht die Lizenz oder sogar die Existenzberechtigung zu verlieren<sup>62</sup>. Damit lag nach Ansicht des Bundesgerichts eine Übervorteilung vor.

<sup>53</sup> BGE 126 III 129, 148 E. 8.a.

<sup>54</sup> Ähnlich BGE 116 II 471, 474 E. 3.a.aa.

<sup>55</sup> Nach früherer Auffassung war es die Aufgabe des Richters, *«der Allgemeinheit die technischen Massnahmen, die bereits in ihrem Besitz sind, [zu] erhalten und [zu] verhindern, dass sie ihr durch die Gewährung des Patentschutzes zugunsten Einzelner wieder entzogen werden»* (BGE 94 II 285, 288 E. 4).

<sup>56</sup> Oben unter Ziff. I «Fragestellung»; BGE 92 II 168.

<sup>57</sup> In einem kompetitiven Markt wird der Preis «richtig» sein, da auch durch Abschluss eines gleichartigen Vertrages kein besserer Preis erzielt werden kann (oben unter Ziff. II.B.3.a «Kompetitiver Markt»).

<sup>58</sup> Offensichtlich trug das Honorar von CHF 100 (bzw. heute CHF 700) pro Arbeitsstunde der Marktrepuation und der internationalen Verflechtung der Unternehmensberaterin Rechnung.

<sup>59</sup> BGE 92 II 168, 176 E.5.a.

<sup>60</sup> BGE 92 II 168, 177 E. 5.a.

<sup>61</sup> BGE 123 III 292.

<sup>62</sup> BGE 123 III 292, 301 f. E. 5.

Wie ist dieser Entscheid unter Effizienzgesichtspunkten zu würdigen? Ausgangspunkt der bundesgerichtlichen Argumentation war die Feststellung, dass sich das Obligationenrecht mit Einführung des «Wuchertatbestandes» einem «materialen Vertragsdenken» zuwandte<sup>63</sup>. «Die formale Vertragsfreiheit [werde] durch materielle Vertragsgerechtigkeit verdrängt, besonders deutlich etwa in den Gebieten des Miet- und Arbeitsrechts, des Konsumentenschutzes oder der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.»

Diese Argumentation ist ein klassisches «Fairness»- bzw. «ex post»-Argument. Es trifft zwar zu, dass die Vertragsinhaltsfreiheit beim Abschluss von Mietverträgen gesetzlich eingeschränkt ist. Diese Beschränkung betrifft aber nur die Miete von *Wohn- und Geschäftsräumen*<sup>64</sup>. Daraus etwas auf die Miete eines Fussballplatzes bzw. auf einen allgemeinen Tatbestand des OR abzuleiten, ist weit gegriffen. Wichtiger noch, diese Argumentation setzt falsche Anreize. Mit diesen Argumenten könnte das Bundesgericht auf allen Gebieten in die Verhandlungsposition der Vertragsparteien eingreifen, was ineffiziente (d.h. nicht-marktkonforme) Verhandlungsergebnisse zur Folge hätte.

Das zweite Argument des Bundesgerichts entsprach dagegen den Anforderungen an eine effiziente Rechtsprechung. Das Gericht führte aus, dass der Fussballklub mangels «*Ausweichmöglichkeiten*» auf den Vertragsabschluss angewiesen war<sup>65</sup>. Implizit prüfte das Bundesgericht damit den Markt, in dem der Vertrag zustande kam. Der Bundesgerichtsentscheid basierte darauf, dass ein *Monopol* des Grundstückseigentümers vorlag, da der Fussballklub keine anderen Spielplätze mieten konnte. In dieser Hinsicht macht der Bundesge-

richtsentscheid ökonomisch Sinn. Eine «*Notlage*» im Sinne von Art. 21 OR kann nämlich einzig in einem *monopolistischen Markt* vorliegen. Bestehen für einen Vertragssuchenden Alternativen (d.h. liegen kompetitive Wettbewerbsverhältnisse vor), wird sein Vertragspartner keinen «übersetzten» (nicht-marktkonformen) Preis erzwingen können. Denn seine Verhandlungsmacht wird dadurch beschränkt, dass seine Gegenpartei mit einem anderen Marktteilnehmer einen marktkonformen Vertrag abschliesst. Dementsprechend sollte der Anwendungsbereich von Art. 21 OR auf Fälle unilateraler oder bilateraler Monopole beschränkt werden<sup>66</sup>.

#### D. Effizienter Vertragsbruch

##### 1. Allgemeines

Ein Vertrag verschafft jeder Partei die Option, den Vertrag zu erfüllen oder der Gegenpartei Schadenersatz zu bezahlen. Die freiwillige Nichterfüllung eines Vertrages macht Sinn, wenn dem Vertragsbrüchigen nach Befriedigung der Schadenersatzforderung seiner Gegenpartei ein *Überschuss* verbleibt. Der Vertragsbrüchige muss damit entweder den Vertragsgegenstand besser nutzen können oder er muss einen Dritten finden, der den Vertragsgegenstand höher bewertet als die Gegenpartei<sup>67</sup>. Verkauft beispielsweise Maria ihr Auto an Thomas zu CHF 5000, erhält aber eine Woche später von Daniel ein Angebot für CHF 6000, wird sie ihr Auto an Daniel verkaufen, solange der Schadenersatzanspruch von Thomas geringer als CHF 1000 ist. Ist dies der Fall, ist der *Vertragsbruch effizient*: keiner der Beteiligten wird schlechter und mindestens eine Partei wird besser gestellt<sup>68</sup>. Nicht-Erfüllung schafft Mehrwert.

##### 2. Ware mit Marktpreis

Eine geschädigte Vertragspartei ist so zu stellen, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre (Ersatz des positiven Interesses)<sup>69</sup>. Eine Pflicht zum Ersatz des negativen Interesses besteht dagegen nur, wenn der Vertrag ungültig ist oder nachträglich

<sup>63</sup> BGE 123 III 292, 297 E. 2.e.aa.

<sup>64</sup> Vgl. Art. 269 ff. mit dem Titel «Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und andern missbräuchlichen Forderungen des Vermieters bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen».

<sup>65</sup> BGE 123 III 292, 302 E. 5.

<sup>66</sup> Ähnlich *Kramer*, wonach sich die Bedrängnis der einen Partei aus der marktmächtigen Stellung der Gegenpartei ergeben kann (*Ernst A. Kramer*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Band VI: 1. Abt. 1. Teilband. Unterteilband 1a. Art. 19–22 OR. Allgemeine Bestimmungen. Inhalt des Vertrages, Bern 1991, N 39 zu Art. 21 OR). Es kann eingewendet werden, dass jemand, der auf einen Vertragsabschluss angewiesen ist, seine Alternativen nicht prüfen wird. Dies unterstellt einem Vertragssuchenden aber unvernünftiges, irrationales Verhalten. Es wäre höchst ineffizient, solches Verhalten mit einer erfolgreichen Berufung auf die Übervorteilung nach Art. 21 OR zu belohnen.

<sup>67</sup> *William T. Allen*, Understanding Fiduciary Outs: The What and The Why of an Anomalous Concept, *The Business Lawyer* 55 (2000) 1 ff., 2.

<sup>68</sup> Zum *efficient breach of contract* vgl. *Posner* (Fn. 5) 131; *Frank H. Easterbrook/Daniel R. Fischel*, Optimal Damages in Securities Cases, *University of Chicago Law Review* 52 (1985) 611, 614; *George L. Priest*, Breach and Remedy for the Tender of Nonconforming Goods under the Uniform Commercial Code: an Economic Approach, *Harvard Law Review* 92 (1978) 940, 944.

<sup>69</sup> *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (Fn. 32) N 2704; BGE 106 II 132, 133; BGE 117 II 273, 277 E. 4b.

aufge  
trags  
loren  
erhal  
Käuf  
Kilo,  
die  
dem  
1. J  
nich  
OR)  
D  
lun  
tra  
käl  
Ge  
ste  
au  
Zü  
sti

70

7

7

aufgehoben wird<sup>70</sup>. Geschädigte Vertragsparteien werden damit den verlorenen Wert des Vertrages ersetzt erhalten. Beispielsweise erhält der Käufer von Erdbeeren zu CHF 10 pro Kilo, lieferbar am 1. Juni nach Zürich, die Differenz zwischen CHF 10 und dem Marktpreis der Erdbeeren am 1. Juni in Zürich, wenn die Früchte nicht geliefert werden (Art. 191 Abs. 3 OR)<sup>71</sup>.

Die geltende Schadenersatzregelung erlaubt einen *effizienten Vertragsbruch*. Angenommen, der Verkäufer der Erdbeeren hat diese in Genf gelagert. Der Preis für Erdbeeren steigt infolge einer Knappheit in Genf auf CHF 13 pro Kilo. Der Preis in Zürich ist inzwischen auf CHF 11 gestiegen. Der sinnvollste Gebrauch der

Erdbeeren ist, diese den *Genfer Abnehmern* zur Verfügung zu stellen, und nicht, nach Zürich zu liefern, da die Genfer Käufer die Erdbeeren höher bewerten. Die Schadenersatzregelung von Art. 191 OR setzt einen Anreiz, die Erdbeeren in Genf zu nutzen. Der Zürcher Käufer kann sich Erdbeeren zu CHF 11 beschaffen und der Verkäufer bezahlt ihm CHF 1 pro Kilo. Allfällige Transaktionskosten des Käufers werden nach Art. 191 Abs. 1 OR ebenfalls ersetzt. Der Vertragsbruch ist Pareto-superior<sup>72</sup>. Die Vertragsparteien können mit Art. 191 OR veränderten Verhältnissen effizient Rechnung tragen<sup>73</sup>.

Effiziente Vertragsbrüche sind möglich, weil nach bundesgerichtlicher Praxis nur der *konkrete Schaden* zu ersetzen ist<sup>74</sup>. Gemeint ist damit, dass nur ganz bestimmte schädigende Ereignisse, oder, bei Geltendmachung entgangenen Gewinns, ganz bestimmte gewinnbringende Ereignisse, die durch das schädigende Verhalten verunmöglicht wurden, nachgewiesen werden müssen<sup>75</sup>. Der Erdbeerverkäufer im obigen Beispiel muss dementsprechend nicht damit rechnen, dass der Käufer geltend macht, es sei ihm durch die Nichtlieferung ein abstrakter (nicht spezifizierbarer) Schaden entstanden<sup>76</sup>. Beispielsweise kann der Käufer nicht einfach behaupten, er hätte die Früchte gewinnbringend in Genf verkaufen können. Der Verkäufer kann damit abschätzen, dass sein Vertragsbruch mindestens einen Beteiligten besser und niemanden schlechter stellt.

### 3. Ware ohne Marktpreis

Bei Waren mit einem Marktpreis kann der Schaden des Käufers somit leicht festgestellt werden. Wie sieht es aber bei Ware ohne Marktpreis aus, auf die

Art. 191 Abs. 3 OR nicht anwendbar ist?

Diese Frage stellte sich in BGE 104 II 198. Der Eigentümer einer Wiese verkaufte diese im April 1971 für CHF 320 000. Der Vertrag sollte im März 1972 erfüllt werden. Die Handänderung fand aber nicht statt. Im Mai 1972 verkaufte der Eigentümer das Grundstück an einen Dritten für CHF 450 000. Der erste Käufer klagte auf Schadenersatz. Das kantonale Gericht stellte dabei fest, dass das Grundstück im Mai 1972 einen Verkehrswert von CHF 570 000 aufwies. Das Bundesgericht hatte zu entscheiden, ob der Käufer *nichts*, die Differenz zwischen dem vereinbarten *Kaufs- und dem Verkaufspreis* (CHF 130 000) oder die Differenz zwischen dem *Kaufpreis und dem Verkehrswert* (CHF 250 000) zu gute hatte. Das Bundesgericht ging davon aus, dass der Käufer bei Fälligkeit des Anspruchs im März 1972 über ein Aktivum mit dem Verkehrswert verfügt hätte, wenn der Vertrag gehörig erfüllt worden wäre<sup>77</sup>. Aus diesem Grund sei dem Käufer die Differenz zwischen dem Verkehrswert (im Zeitpunkt der Fälligkeit des Anspruchs) und dem Kaufpreis zu erstatten.

Der Bundesgerichtsentscheid überzeugt aus zwei Gründen. Erstens reflektiert der Kaufvertrag die Bewertung des Grundstücks durch die Parteien. Mit dem vereinbarten Preis verteilen die Parteien das *Risiko* einer Werterhöhung oder -reduktion nach Vertragsabschluss. Der Kaufvertrag wirkt in dieser Hinsicht wie eine *Versicherung* gegen eine nachträgliche Wertsteigerung (für den Käufer) bzw. gegen eine Wertreduktion (für den Verkäufer)<sup>78</sup>. Diese Risikoverteilung sollte nicht dadurch gestört werden, indem dem Verkäufer ermöglicht wird, durch Abschluss eines zweiten Kaufvertrages zu einem

<sup>70</sup> Der Geschädigte ist dann so zu stellen, als ob er keinen Vertrag abgeschlossen und nicht auf ihn vertraut hätte; vgl. Art. 109 Abs. 2 OR und Art. 39 Abs. 1 OR («Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens»); *Gauch/Schluep/Schmid/Rey* (Fn. 32) N 2705.

<sup>71</sup> Es wird angenommen, die Erdbeeren werden im Zürcher Früchte- und Gemüsemarkt regelmässig gehandelt.

<sup>72</sup> *Posner* (Fn. 5) 133; *Robert Cooter, Prices and Sanctions*, *Columbia Law Review* 84 (1984) 1523, 1544.

<sup>73</sup> *Easterbrook/Fischel* (Fn. 68) 614.

<sup>74</sup> Unveröffentlichtes Bundesgerichtsurteil, II. Zivilabteilung, vom 20. Juli 2001, 4C.351/2000.

<sup>75</sup> BGE 89 II 214, 219 E. 5.a.

<sup>76</sup> Die Ableitung eines Schadens aus der Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem Marktpreis im Sinne von Art. 191 Abs. 3 OR ist zwar ein Beispiel einer abstrakten Schadensberechnung. Sie ist aber für den Verkäufer vorhersehbar, da dieser aufgrund der Austauschbarkeit der Marktgüter davon ausgehen kann, der Käufer hätte mit einem anderen Verkäufer einen identischen Vertrag geschlossen und die Ware geliefert erhalten.

<sup>77</sup> BGE 104 II 198, 201.

<sup>78</sup> *Posner* (Fn. 5) 116; *Eisenberg* (Fn. 7) 790.

unter dem Verkehrswert liegenden Preis den Versicherungsumfang zu reduzieren.

Zweitens ermöglicht der Entscheid *effiziente Vertragsbrüche*. Angenommen, der Eigentümer verkauft das Grundstück für CHF 600 000 an einen Dritten. Der Dritte zeigt mit dem höheren Preis, dass er das Grundstück besser nutzen kann als der erste Käufer (beispielsweise plant er den Bau eines profitableren Hauses). Der nach objektiven Kriterien (wie gestützt auf Verkäufe von Nachbargrundstücken) ermittelte Verkehrswert liegt immer noch bei CHF 570 000. Der Weiterverkauf des Grundstücks an den Dritten stellt alle Beteiligten besser oder mindestens gleich: den Eigentümer, der aus dem Vertragsbruch einen Profit von CHF 30 000 erzielt, den ersten Käufer, der Schadenersatz im Umfang von CHF 250 000 erhält, und den zweiten Käufer, der das Grundstück nutzen kann. Dies ermöglicht die bestmögliche Allokation des Grundstücks. Würde die bundesgerichtliche Rechtsprechung dagegen auf die Differenz zwischen dem Verkaufspreis und dem Weiterverkaufspreis abstellen, hätte der Eigentümer keinen Anreiz, den Kaufgegenstand zu einem höheren Preis zu veräussern.

## E. Nachbarrecht

### 1. Renovationsfall

Nach Art. 684 Abs. 1 ZGB ist jedermann verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich bei dem Betriebe eines Gewerbes auf seinem Grundstück, sich aller übermässigen Einwirkungen auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten. Wird jemand dadurch, dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet, geschädigt oder mit Schaden bedroht, kann er nach Art. 679

ZGB auf Beseitigung der Schädigung oder auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz klagen.

Das Bundesgericht hatte in BGE 114 II 230 einen nachbarrechtlichen Fall zu beurteilen, in dem eine Versicherung während rund anderthalb Jahren ihr Gebäude an der Zürcher Bahnhofstrasse renovierte. Dabei stellte sie auf öffentlichen Grund Bauinstallationen auf, die den Zugang zur benachbarten Modeboutique und den Blick auf deren Schaufenster behinderte. Die Boutique klagte gegen die Versicherung auf Schadenersatz.

Das Bundesgericht führte aus, dass die Einwirkungen auf die Modeboutique den Tatbestand der übermässigen und unzulässigen Eigentumsausübung erfüllten<sup>79</sup>. Die Bauarbeiten seien aber notwendig und zweckmässig, die Einwirkungen selbst bei Anwendung aller Sorgfalt unvermeidlich gewesen. Weiter sei die Beanspruchung des öffentlichen Grunds von den zuständigen Behörden bewilligt worden. Damit verhalte sich die Versicherung *nicht rechtswidrig*. Dem Nachbarn stehe deshalb *kein Abwehranspruch* nach Art. 679 ZGB zu. Es sei ihm aber, auf dem Wege richterlicher Lückenfüllung, ein Anspruch auf Entschädigung zuzugestehen<sup>80</sup>. Ob die Einwirkungen übermässig seien und ob der Nachbar eine Schädigung erleide, sei nach *objektiven Gesichtspunkten* zu beurteilen<sup>81</sup>.

### 2. Würdigung des Urteils

#### a. Effiziente Kostenverteilung

Was war das effiziente Resultat im obigen Renovationsfall? Das perfekte Urteil hätte dem Ergebnis entsprochen, das entstanden wäre, wenn die Versicherung die Modeboutique (oder umgekehrt) gekauft hätte. Das Ma-

nagement dieser fusionierten «*Versicherung-Modeboutique AG*» hätte ein Interesse daran, die Profite beider Unternehmen zu maximieren<sup>82</sup>. Das Management hätte eine schnelle, kostengünstige und immissionsarme Renovation angestrebt. Weiter hätte das Management gestützt auf eine Kosten-Nutzen-Analyse die Kosten der Bauarbeiten auf die Versicherung und auf die Modeboutique effizient verteilt und den optimalen Grad an Schutzinstallationen errichtet<sup>83</sup>.

Ähnlich wäre ein perfekt informiertes Gericht auf der Suche nach dem effizienten Urteil vorgegangen. Es hätte die Kosten zusätzlicher Schutzinstallationen, ihren Nutzen, die Umsatzrückgänge der Boutique sowie den Gewinn aus der Renovation analysiert. Alsdann hätte das Gericht den Bau effizienter Schutzinstallationen angeordnet oder die richtige Höhe des Schadens bestimmt. Eine solche richterliche Kosten-Nutzen-Analyse ist aber mangels genügender Information und Geschäftserfahrung des Gerichts nicht möglich<sup>84</sup>. Stattdessen wird eine effiziente Rechtsprechung versuchen, den Parteien An-

<sup>79</sup> BGE 114 II 230, 235 E. 4.a.

<sup>80</sup> BGE 114 II 230, 236 E. 4.a.

<sup>81</sup> BGE 114 II 230, 237 E. 5.a.

<sup>82</sup> Posner (Fn. 5) 72.

<sup>83</sup> Cirace (Fn. 9) 1181 f.

<sup>84</sup> Dies ist auch ein Grund der richterlichen Zurückhaltung, auf rationeller Grundlage beruhende Geschäftsentscheide nicht-interessierter, informierter Manager auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen. Zur *Business Judgment Rule* vgl. Harald Bärtschi, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001, 392 Fn. 2086; Lukas Handschin, Die Pflichten und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates im Sanierungsfall, ZBJV 136 (2000) 433, 448; unveröffentlichtes Bundesgerichtsurteil, I. Zivilabteilung, vom 13. August 2001, 4C.139/2001, E. 2.a.bb.

reize zu verschaffen, sich über die effiziente Aufteilung der Kosten zu *einigen*.

b. *Vermeidung einer Monopolrente*  
Verhandlungen über den «Kauf» bzw. über das erlaubte Mass der Immissionen werden in einem klassischen *bilateralen Monopol* geführt<sup>85</sup>. Derjenige, der die Immissionen verursacht, hat keine Alternative, als mit seinen Nachbarn über die Immissionen zu verhandeln. Die Nachbarn können ebenfalls nicht auf andere Verhandlungspartner als den Immissionsverursacher ausweichen.

Die Abwehrrechte der Nachbarn gegen den immissionsträchtigen Gebrauch eines Grundstücks gemäss Art. 679 ZGB stärkt deren Verhandlungsposition. Den in Art. 679 ZGB vorgesehenen Rechtsbehelfen kommt dabei eine preisrelevante Rolle zu:

– Schützt der Richter die Nachbarn durch eine *vorsorgliche Massnahme*

oder eine *definitive Unterlassungsanordnung*, mit der dem Grundeigentümer verboten wird, übermässig auf die Nachbargrundstücke einzuwirken, erhalten die Nachbarn die stärkste Verhandlungsposition. Der Grundeigentümer kann so lange sein Grundstück nicht wie gewünscht nutzen, bis er den Nachbarn einen Preis bezahlt, der ihnen korrekt erscheint. Damit könnten die Nachbarn einen «übermässigen» Preis – eine Monopolrente – für die übermässigen Immissionen verlangen<sup>86</sup>.

– Besteht das Abwehrrecht dagegen in einem *Schadenersatzanspruch* der Nachbarn, wird der «Preis» für die Immission durch ein Gericht festgelegt<sup>87</sup>. Wird dabei nicht auf die subjektive Bewertung der Immission durch die Nachbarn (sondern einzig auf objektive Umstände) abgestellt, wird eine Monopolrente ausgeschlossen. Im Endeffekt wird damit der Schadenersatzanspruch finanziell weniger wert sein als der Realanspruch der Nachbarn auf Unterlassung der übermässigen Einwirkung<sup>88</sup>.

Das Gewähren einer starken Stellung – unabhängig an welche Partei – in einem bilateralen Monopol hat, wie oben dargelegt, keine effizienten Ergebnisse zur Folge. Keine Partei hat einen Anreiz, sich auf einen marktkonformen Preis für die Immissionen zu einigen oder das effiziente Mass an Schutzmassnahmen zu ergreifen. Nicht derjenige, der die Kosten der Umbauten am besten reduzieren kann (der *«cheapest cost avoider»*), sondern derjenige, der die rechtlich schwächere Position hat, würde damit den grössten Teil der Immissionskosten tragen.

In dieser Hinsicht war der Bundesgerichtsentscheid effizient. Es gewährte

einen nach *objektiven Gesichtspunkten* zu beurteilenden Schadenersatzanspruch, was einem bauenden Grundeigentümer einen Anreiz bietet, die Immissionen zu beschränken. Er wird die Kosten von Schutzmassnahmen so lange tragen, bis diese den Betrag des antizipierten Schadenersatzanspruchs erreichen. Weiter haben beide Parteien mangels der Aussicht, einen Monopolpreis zu erhalten, einen Anreiz, einen Prozess zu vermeiden. Sie werden stattdessen versuchen, einen Vergleichsvertrag abzuschliessen, der mangels einer eindeutig stärkeren Verhandlungsposition einer Partei marktkonform ausfallen wird.

#### IV. Fazit

Der eingangs geschilderte Übervorteilungsfall<sup>89</sup> wurde falsch entschieden. Es ist angesichts der dargestellten Entwicklung der Bundesgerichtspraxis kaum anzunehmen, dass das Bundesgericht den Fall heute gleich beurteilen würde. Im Laufe der letzten 40 Jahre hat das Bundesgericht zunehmend effiziente Urteile gefällt. Namentlich ist das Gericht bestrebt, Transaktionskosten zu reduzieren. Weiter versucht das Gericht, demjenigen das Risiko eines mangelhaften Vertrages zu übertragen, der den Fehler am kostengünstigsten verhindern kann (*«cheapest cost avoider»*). Gleichzeitig werden Eingriffe in Transaktionen tendenziell nur vorgenommen, wenn der Vertrag in einem nicht-kompetitiven Markt zustande kam und daraus eine ineffiziente Monopolrente resultiert.

Zugegeben, die dargestellten Bundesgerichtsentscheide umfassen nur einen kleinen Teil der Praxis der letzten 40 Jahre. Zudem lassen auch heute viele Entscheide eine ökonomische Analyse vermissen<sup>90</sup>. Die darge-

<sup>85</sup> Cirace (Fn. 9) 1166.

<sup>86</sup> Vgl. Posner (Fn. 5) 75: «To get the injunction lifted the prospective violator will have to negotiate with every right holder, may have to pay an exorbitant price to a few holdouts, and may even fail to complete the transaction.»

<sup>87</sup> Ein Schadenersatzanspruch ist ökonomisch betrachtet ein Verkaufsrecht (*put*) des Geschädigten. Zerstört beispielsweise ein Autofahrer das Fahrzeug eines anderen, muss er dieses zum richterlich festgelegten «Preis» «erwerben».

<sup>88</sup> Cirace (Fn. 9) 1177.

<sup>89</sup> Oben unter Ziff. 1 «Fragestellung»; BGE 92 II 168.

<sup>90</sup> Etwa die Beschränkung des *market for corporate control* durch das unveröffentlichte Bundesgerichtsurteil, II. Öffentlichrechtliche Abteilung, 2A.394/2000, vom 2. Juli 2001 i.S. Baumgartner; vgl. Rudolf Tschäni, Erster Bundesgerichtsentscheid zum börsengesetzlichen Übernahmerecht, SZW 73 (2001) 298.

stellte Praxis belegt aber die Entwicklung zur ökonomisch orientierten Argumentation zumindest stichprobenweise.

Wieso fällt das Bundesgericht zusehends effiziente Urteile? Keine der Gesetzes- oder Vertragsauslegungsmethoden hat zum erklärten Ziel, ein möglichst effizientes Resultat zu erreichen. *Law and Economics* wird an keiner Schweizer Hochschule gelehrt. Schweizer Literatur berücksichtigt zwar deutsches oder französisches Recht in umstrittenen Fragen, stellt aber keine ökonomische Analyse an. – Eine mögliche Erklärung der bundesgerichtlichen Effizienz ist, dass die Bundesrichter heute (gleich wie die ökonomische Theorie) vom

*Menschenbild des vernünftigen, rational handelnden und informierten Wirtschaftsteilnehmers* ausgehen. Früher erachtete das Gericht es dagegen (zu Recht oder zu Unrecht) vermehrt für notwendig, in die Vertragsautonomie einzugreifen, um eine Partei zu schützen.

Ein Grund des modernen Ansatzes könnte sein, dass das Schutzbedürfnis der Menschen dank *einfacherem und kostengünstigerem Zugang zu Informationen* verkleinert worden ist. Gleichzeitig ist dank des *Triumphs der freien Marktwirtschaft* über restriktive Wirtschaftssysteme die Einsicht gewachsen, dass mit dem Überlassen von Freiräumen effizientere Resultate entstehen als mit

Eingriffen in den Markt. Und schliesslich hat sich in den letzten Jahren mit der Globalisierung der Wirtschaft der *Wettbewerb um das Recht* verschärft. Wachsen mit ineffizienten Regeln die Kosten für die Parteien, weichen diese ab einem bestimmten Punkt durch Rechtswahl, durch Inkorporation ausländischer Holdinggesellschaften und schliesslich durch Aufbau neuer Unternehmen in ausländischen Rechtsordnungen auf besseres und billigeres Recht aus. Früher oder später veranlasst dies ein Gericht, das im Gegensatz zu Parlamentariern von Interessengruppen unbeeinflusst ist, ineffiziente Regeln zu korrigieren, um den Abfluss von Kapital zu verhindern.