

Schriften zum Bürgerlichen Recht

---

Band 432

# Treu und Glauben und Effizienz

Das Effizienzprinzip als Mittel zur Konkretisierung  
zivilrechtlicher Generalklauseln

Von

Christian Lange



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTIAN LANGE

Treu und Glauben und Effizienz

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 432

# Treu und Glauben und Effizienz

Das Effizienzprinzip als Mittel zur Konkretisierung  
zivilrechtlicher Generalklauseln

Von

Christian Lange



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin  
hat diese Arbeit im Jahre 2012 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 978-3-428-14005-3 (Print)

ISBN 978-3-428-54005-1 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84005-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Familie*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommer 2011 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Dezember 2012 berücksichtigt.

Ganz besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn Univ.-Prof. Dr. Martin Schwab, für die Betreuung der Arbeit. Die Jahre an seinem Lehrstuhl, die ich in einer sehr herzlichen und bereichernden Atmosphäre als Mitarbeiter dort verbrachte, werden mir in allerbesten Erinnerung bleiben. Zu dieser guten Erinnerung an die Zeit „an der Uni nach der Uni“ haben insbesondere auch Frau Stephanie Meier, Herr Dr. Christian Schmid, Herr Dr. Abbas Samhat, Herr Johannes Hieronymi und Herr Matti Hauer beigetragen.

Herrn Univ.-Prof. a.D. Dr. Detlef Leenen danke ich für die Übernahme des Zweitgutachtens und dessen zügige Erstellung.

Meinen Freunden Frau Mandana Bahrapour, Herrn Etienne Massow und Herrn Andreas Peikert bin ich sehr verbunden, weil sie mich in der Spur halten. Viel ist mir bewusst, dank der Gespräche mit Herrn Johannes Bruckmann. Hervorgehoben sei schließlich Frau Dr. Cornelia Doliwa.

Natürlich danke ich meiner (gesamten) Familie. Meine Eltern haben mich vom Anfang meiner Ausbildung an bis jetzt unterstützt. Sie vertrauen insbesondere immer, dass ich das, was ich angehe, auch schaffe. Das war in vielen Momenten wichtiger, als ich zu erkennen gab. Meiner Familie ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im April 2013

*Christian Lange*



# Inhaltsverzeichnis

## *Kapitel 1*

### **Einführung** 15

- A. Gegenstand der Untersuchung ..... 15
- B. Gang der Untersuchung ..... 19

## *Kapitel 2*

### **Zur Ökonomischen Analyse des Rechts** 22

- A. Der homo oeconomicus im Recht ..... 23
- B. Maßstäbe für die Messung von Effizienz (Paretoeffizienz und Kaldor-Hicks-Kriterium) ..... 23
- C. Geltungsanspruch der Ökonomischen Analyse des Rechts sowie weitere Begrifflichkeiten ..... 27
- D. Ziele und Vorteile der Ökonomischen Analyse des Rechts ..... 33
- E. Das Problem der moralisms ..... 34
  - I. Teilproblem 1: Bewertung ..... 35
  - II. Teilproblem 2: Politische Entscheidung ..... 36
- F. Aktuell der Ökonomischen Analyse durch die Rechtswissenschaft beigemessene Relevanz – Öffnung ja, Unterwerfung nein ..... 37
  - I. Utilitaristische Ethik versus Pflichtenethik ..... 39
  - II. Das System betreffende Unterschiede zwischen den USA und Deutschland ..... 43
  - III. Konsolidierung im Rahmen vorhandener Grenzen ..... 45

## *Kapitel 3*

### **Treu und Glauben im BGB** 48

- A. Allgemeines ..... 48
- B. § 242 ..... 48
  - I. (v. a.) Jüngere Entwicklung; Bedeutung ..... 49
  - II. „Tatbestands- und Rechtsfolgenmerkmale“ ..... 51
    - 1. Der Schuldner ist verpflichtet ... ..... 53

2. ... die Leistung ...	56
3. ... so zu bewirken, wie ...	56
a) Konkretisierung der Art und Weise der Leistung ...	56
b) Weitere Funktionskreise (Wirkungsweisen) ...	57
4. ... Treu und Glauben ...	59
5. ... mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ...	61
6. ... es erfordern ...	62
7. Fazit ...	63
C. Treu und Glauben in anderen Normen ...	64
I. § 157 – Auslegung von Verträgen ...	65
II. § 162 – Verhinderung oder Herbeiführung des Bedingungseintritts ...	67
III. § 275 Abs. 2 S. 1 – Einrede des grob unverhältnismäßigen Aufwands ...	67
IV. § 307 Abs. 1 S. 1 – Gegen Treu und Glauben verstößende, unangemessene Benachteiligung ...	70
V. § 320 Abs. 2 – Ausnahme vom Recht der vollständigen Verweigerung der Gegenleistung ...	73
VI. § 815 2. Alt. – Konditionssperre bei Vereitelung des Erfolgseintritts ..	76
1. Problem: Anforderungen an die Treuwidrigkeit ...	77
2. Vergleich zu Fällen vor Leistungserbringung; Forderungen eines Gleichlaufs ...	78
3. Stellungnahme für eine Ungleichbehandlung der Sachverhalte ...	80
a) Größeres Vertrauen nach Leistungserbringung verlangt geringere Anforderungen an die Treuwidrigkeit ...	80
b) Parallele zum Verhältnis von Bestands- und Erwerbsschutz ...	81
D. Treu und Glauben als Rechtsprinzip ...	83
E. Zusammenfassung ...	84

#### *Kapitel 4*

<b>Vorläufiges zur Funktionsweise der Generalklauseln</b>	90
A. § 242 als Generalklausel ...	90
B. Überblick zur Fallgruppenmethode ...	92
C. Die Präjudizienbindung – Notwendige Flexibilität versus Gesetzesbindung des Richters ...	95
I. Problemlage ...	95
II. Meinungen und Stellungnahme ...	97

*Kapitel 5***Strukturelle Affinität der Generalklauseln  
für die Verwendung des Effizienzprinzips?**

100

A. Grundgedanke – Vorliegen der die Anwendung der Ökonomischen Analyse im Common Law begünstigenden Faktoren bei den Generalklauseln . . . . .	100
B. Das Fallrecht des Common Law und die Fallgruppen der Generalklauseln..	101
I. Nochmals: Präjudizienbindung . . . . .	102
II. Die Anwendung vorhandenen Fallmaterials . . . . .	104
III. Freiraum bei der Entscheidungsfindung . . . . .	107
C. Das Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Richtern . . . . .	111
I. In das Gesetz aufgenommene Fallgruppen der Generalklauseln . . . . .	111
1. Beispiele aus § 242 . . . . .	112
2. Beispiel Wettbewerbsrecht . . . . .	113
II. Common Law . . . . .	114
1. Statutory Law . . . . .	114
2. Restatements of the law . . . . .	115
III. Fazit und Schlussfolgerungen . . . . .	116
D. Folgenberücksichtigung im Common Law und bei den Generalklauseln . . . . .	118
E. Zusammenfassung und Fazit . . . . .	122

*Kapitel 6***Zielkonflikt zwischen Treu und Glauben und  
Ökonomischer Analyse des Rechts?**

124

A. Ausgewählte Fallgruppen . . . . .	125
B. Der vollständige Vertrag – Wesen und Verwendung . . . . .	126
I. Wesen . . . . .	127
II. Verwendung des Modells (cheapest cost avoider, cheapest insurer und superior risk bearer) . . . . .	127
C. § 313 BGB – Effiziente Risikoverteilung . . . . .	129
I. Sachverhalt . . . . .	129
II. Lösungsansatz des BGH . . . . .	129
III. Lösung mittels Effizienzkriterium . . . . .	130
1. Vorbemerkung – Uneinigkeit im Schrifttum . . . . .	130
2. Lösung . . . . .	136
IV. Würdigung . . . . .	137
D. § 157 BGB – Ergänzende Vertragsauslegung mittels des hypothetischen Willens der homines oeconomici? . . . . .	139
I. Abgrenzung zur Geschäftsgrundlage . . . . .	139
II. Probleme einer Ökonomischen Analyse . . . . .	141

E. § 307 Abs. 1, S. 1 BGB – Angemessenheit durch Effizienz? .....	143
I. Sachverhalt .....	143
II. Lösungsansatz des BGH .....	143
III. Lösung mittels Effizienzkriterium .....	144
1. Vorbemerkung – Zur Effizienz von AGB .....	144
2. Lösung .....	149
IV. Würdigung .....	151
F. Zwischenergebnis .....	151
G. Der vollständige Vertrag in der Rechtsprechung des BGH .....	152
I. Vorbemerkung .....	152
II. Das Urteil des BGH vom 30.11.2004 – X ZR 133/03 .....	154
1. Sachverhalt und Ergebnis der Entscheidung .....	155
2. Begründung des BGH .....	156
III. Würdigung .....	157
H. Zwischenergebnis .....	161

### *Kapitel 7*

## **Generalklauseln und Effizienz?**

163

A. Von der Funktion her argumentiert: Generalklauseln und Individualität .....	163
I. Generalklauseln und Individualität .....	163
1. Begriff der Individualität .....	164
2. Bedeutung der Individualität im Recht .....	164
a) Rechtsidee, Recht, Individualität .....	165
b) Individualität im Gesetz .....	167
c) Individualität in der Rechtsprechung .....	168
3. Anwendung von Generalklauseln und Individualität .....	170
4. Zwischenergebnis .....	170
II. Ökonomische Analyse und Individualität .....	171
1. Das Individuum als Rechengröße – Zum normativen Individualis-	
mus .....	171
a) Die Individualität des Nutzenmaximierers .....	172
b) Aufgehen in der Masse .....	173
2. Zum methodologischen Individualismus .....	175
3. Berücksichtigung von Individualität durch Behavioral Law and	
Economics? .....	175
III. Ergebnis .....	176
B. Von der Methode her argumentiert: Die Konkretisierung von General-	
klauseln .....	177
I. Auslegung mit den Mitteln des Auslegungskanons .....	177
II. Konkretisierung bzw. Präzisierung .....	178

1. Zweck der Konkretisierung.....	178
2. Vorgehensweise .....	179
a) Allgemeine Grundsätze der Konkretisierung von General-	
klauseln; die Konkretisierungsmittel.....	179
aa) Die gesetzlichen Grundwertungen .....	180
bb) Die anerkannten rechtsethischen Prinzipien.....	180
cc) Die Regeln der Verkehrssitte.....	181
dd) Die sozialethischen Anschauungen und Bewertungen.....	181
ee) Die richterliche Eigenwertung.....	182
b) Die Konkretisierungsmittel untereinander.....	182
c) Wandelbarkeit des Konkretisierungsmaterials .....	183
d) Identifizierung des Konkretisierungsmaterials durch Auslegung	
der Generalklausel .....	184
III. Konkretisierung als Auslegung oder Rechtsfortbildung?.....	185
1. Meinungen.....	185
2. Stellungnahme .....	187
IV. Grenzen und Spielräume legitimer Konkretisierung.....	188
1. Keine Konkretisierung contra legem.....	188
2. Abgrenzung.....	189
a) Problem .....	190
b) Meinungsstand und Stellungnahme; die Berücksichtigung von	
Wertungen des Gesetzgebers .....	190
3. Je ein Beispiel für eine legitime Konkretisierung und eine	
Entscheidung contra legem; Generalklauseln als „Sollbruchstelle“..	192
4. Zwischenergebnisse.....	199
V. Wertungen und Gerechtigkeit in der Rechtsordnung; die Geltung	
von Prinzipien .....	201
1. Gerechtigkeit als juristisches Argument.....	202
2. Zwischenergebnis.....	204
3. Verwirklichung von Gerechtigkeit im Recht über Prinzipien.....	204
a) Prinzipienargument und Werteordnungsrechtsprechung	
des Bundesverfassungsgerichts .....	207
b) Begriffe: Prinzipien, Ziele, Regeln.....	210
c) Die Abgrenzung der Prinzipien von den Regeln.....	213
aa) Entscheidungsfindung beim Umgang mit Prinzipien –	
Notwendigkeit einer Abwägung .....	214
bb) Die Berücksichtigung von Abwägungsentscheidungen	
des Gesetzgebers.....	215
cc) Entscheidungsfindung der Ökonomischen Analyse	
des Rechts – Effizienzprinzip als <i>absolutes</i> Prinzip.....	215
d) Zwischenergebnis: Unmöglichkeit einer Abwägung bei	
Annahme eines absoluten Prinzips im Geltungsbereich der	
Grundrechte .....	217

VI. Konkretisierung contra legem durch die Anwendung des Effizienz- prinzips .....	217
VII. Ergebnis .....	218
<b>Endergebnisse</b> .....	219
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	228
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	243

## Kapitel 1

# Einführung

Oliver Twist bemerkt bei seinem ersten gemeinsamen Streifzug mit dem Dodger und Charley Bates, dass es sich bei den beiden um Diebe handelt<sup>1</sup>. Mit der Flucht, die er gleich nach einem vom Dodger und Charley Bates begangenen Diebstahl ergreift, zieht Oliver unfreiwillig die Aufmerksamkeit der Umstehenden auf sich und sieht sich sogleich einer rasenden Verfolgung ausgesetzt. „Stop thief!“, „Haltet den Dieb!“, ruft ihm die aufgebrachte Menge hinterher und in diesen Chor stimmen auch die beiden wirklichen Diebe ein, die dadurch unentdeckt bleiben. Das Verhalten der Diebe wird später vom Erzähler ironisierend aufgegriffen: Insoweit, als die Freiheit des Individuums zum größten Stolz eines „true-hearted Englishman“ gehöre, würde dieses Verhalten das Ansehen der beiden bei echten Patrioten nur erhöhen. Schließlich bestätigten die beiden damit nur „the little code of laws which certain profound and sound-judging philosophers have laid down as the mainsprings of all nature’s deeds and actions.“

*Dickens* veröffentlichte den Roman zwischen 1837 und 1839. Neben der Zurschaustellung der unerträglichen Zustände, die seinerzeit herrschten, ist sein zentrales Thema der *self-interest*, dieser „little code of laws“, der durch das Handeln aus Eigennutz allein ausgefüllt ist. Dieses Thema beschäftigte aber nicht nur *Dickens*. Es gehörte vielmehr zu den beherrschenden politischen Themen dieser Zeit in England. Zunächst *Jeremy Bentham*, der, allen anderen voran, in den angesprochenen Kreis der „profound and sound-judging philosophers“ zu zählen sein wird, und später *John Stuart Mill* bauten die Idee des auf Eigennutz fußenden Utilitarismus in jener Phase auf und aus. Der Erzähler in *Dickens* Roman wirft der Orientierung am *self-interest* nun vor, „any considerations of heart, or generous impulse and feeling“ außer Acht zu lassen. Diesen Vorwurf erhoben damals die Skeptiker des Utilitarismus. Der Vorwurf erfasst aber auch heute noch einen großen Teil der Bedenken, die die Kritiker der auf dem Utilitarismus fußenden Ökono-

---

<sup>1</sup> *Charles Dickens*, *Oliver Twist*, S. 80 ff.; zur Deutung der Umstände durch den Erzähler: S. 102 ff.; zitiert wird in allen entsprechenden Zitaten die Ausgabe der Penguin Popular Classics Reihe, Penguin Books, London, 1994; umfassend zur Deutung als Kritik am Utilitarismus und mit vielen weiteren Beispielen aus dem Roman: *Cerny*, *A General Number One*, FS Papajewski, S. 119–156.

mischen Analyse des Rechts haben. Besonders greifbar ist diese Kritik jedoch nicht. Und als wollten sie ihr gleich von Anfang an den Wind aus den Segeln nehmen, halten die beiden wichtigsten Vertreter der Ökonomischen Analyse des Rechts in Deutschland, *Hans-Bernd Schäfer* und *Claus Ott*, denn auch gleich in der Einleitung zu ihrem Standardwerk zum Thema fest, dass es sich bei der mit der Ökonomischen Analyse des Rechts angestrebten *Allokationseffizienz* nicht um einen Begriff handelt, der mit alltagstheoretischen Assoziationen gefüllt werden könnte<sup>2</sup>. Solche Assoziationen vermeidet mittlerweile auch die (rechts-)wissenschaftliche Kritik am Utilitarismus und der auf ihm fußenden Ökonomischen Analyse des Rechts. Angemahnt wird vielmehr die mangelnde Berücksichtigung von durchaus konkretisierbaren, im Recht verankerten Werten und Prinzipien.

## A. Gegenstand der Untersuchung

Das wichtigste Einfallstor, das den Werten in die Rechtsordnung offen steht, bilden die Generalklauseln. Die bedeutendste Generalklausel des deutschen (Zivil-)Rechts bildet § 242 BGB<sup>3</sup> mit dem in ihm festgehaltenen Grundsatz von Treu und Glauben. Generalklauseln dienen dem Richter unter anderem dazu, in Fällen, die der Gesetzgeber nicht bedacht hat (und nicht bedacht haben konnte), Anhaltspunkte für die Entscheidung zu finden und die Entscheidung auf eine Norm stützen zu können. Schon weil ihre Anwendungsfälle nicht bedacht wurden, sind Generalklauseln offen; sie enthalten nur wenige konkrete tatbestandliche Vorgaben. Sie sind dazu da, vom Richter ausgefüllt zu werden. Dazu wurden spezielle Methoden vorgeschlagen. Bei der Arbeit an Gerichten, also in der Praxis der Generalklauselanwendung, ist insoweit vor allem die Arbeit mit Fallgruppen relevant. Diese Fallgruppen setzen sich aus Fällen zusammen, die bereits einmal der Generalklausel zugeordnet wurden, und die durch einen Fallvergleich dazu dienen können, einen neuen Fall ebenfalls der Generalklausel unterzuordnen. Trotz mittlerweile sehr ausdifferenzierten Fallgruppen ist es im Einzelnen nicht immer auf den ersten Blick erkennbar, ob ein neuer Fall der Vorgabe der einschlägigen Generalklausel entspricht oder gegen sie verstößt. Das liegt in der Natur der in den Generalklauseln enthaltenen (und ihnen wesenseigenen) wertausfüllungsbedürftigen Begriffe, wie etwa Treu und Glauben oder die guten Sitten. Wie schwer die Einschätzung sein kann, zeigt sich etwa an zwei Fallgruppen des § 242, die bereits Einzug in das BGB gefunden haben: Wann eine AGB-Klausel den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen

---

<sup>2</sup> *Schäfer/Ott*, S. 6 f.

<sup>3</sup> Alle Paragraphen ohne weitere Bezeichnung sind solche des BGB.

benachteiligt oder wann etwa die Geschäftsgrundlage gestört ist, gehört trotz zwischenzeitlicher Positivierung zu den viel umstrittenen Fragen des Zivilrechts.

Juristische Fragen werden seit ca. 40 Jahren nun auch unter ökonomischen Aspekten beantwortet. Um zu ermitteln, ob ein Schädiger fahrlässig handelte, wird beispielsweise danach gefragt, welchen Aufwand er gehabt hätte, um den tatsächlich eingetretenen Schaden zu vermeiden (Risikovermeidungskosten), und in welchem Verhältnis dieser Aufwand zu dem Schaden und der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts (Erwartungswert) stand. Hat der Schädiger Risikovermeidungskosten aufgewendet, die unter dem Erwartungswert liegen, dann wird ihm nach dem dieser Rechnung zugrunde liegenden Prinzip der Effizienz der Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht. Solche Erwägungen stellt mittlerweile auch die Rechtsprechung an. So stützte etwa das OLG Rostock jüngst einen Fahrlässigkeitsvorwurf (auch) auf das eben beschriebene Argument<sup>4</sup>: Die Klägerin beehrte im entschiedenen Fall von der Beklagten Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 1. Der Schaden war ihr entstanden, weil von den Feldern der Beklagten tagsüber ausgebrachte Pflanzenschutzmittel auf die Felder der Klägerin gerieten und dadurch die Vermarktung der Ernte als Bio-Produkte ausgeschlossen wurde. Wäre die Ausbringung der Pflanzenschutzmittel am Abend vollzogen worden, wäre die Belastung der Pflanzen der Klägerin vermieden worden. Das Gericht führte, um den Fahrlässigkeitsvorwurf hinsichtlich der Schädigung im eben beschriebenen Sinne zu bejahen, aus, dass „der mit einer Verlagerung der Spritzarbeiten in die Abendstunden verbundene Aufwand ohne Weiteres als deutlich geringer einzuschätzen [war] als der durch ein Unterlassen dieser Schutzmaßnahme möglicherweise entstehende, in seinem Umfang nicht abschätzbare Schaden auf den Flächen der“ Klägerin. Es war ineffizient, den Schaden nicht zu vermeiden. Und das führt nach dem OLG Rostock zur Ersatzpflicht.

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung soll nun geklärt werden, wie sich eine solche effizienzorientierte Betrachtungsweise im Bereich der Generalklauseln nutzbar machen lässt. Kann ein Kriterium wie das der Effizienz Teil des Wertungsspektrums der Generalklauseln sein oder lässt es die Wertungen, auf die es ankommt, außer Acht? Kann eine Handlung zwar zu einem effizienten Ergebnis führen, aber dadurch gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen oder sind die Treu und Glauben zugrunde liegenden Wertungen vielleicht sogar auf eine an Kosten und Nutzen orientierte Abwägung zurückzuführen? Kann man also in einem für die Werte

---

<sup>4</sup> OLG Rostock, Urteil vom 20.7.2006 – 7 U 117/04, NJW 2006, S. 3650 (3653), dort mit explizitem Verweis auf die sogenannte Learned-Hand-Formel, zu dieser: Schäfer/Ott, S. 189 ff.