

Christian Doobe

Der Ersatz fahrlässig verursachter reiner Vermögensschäden Dritter in Deutschland und England unter besonderer Berücksichtigung der ökonomischen Analyse des Rechts

Dr. Christian Doobe

Der Ersatz fahrlässig verursachter reiner Vermögensschäden Dritter
in Deutschland und England unter besonderer Berücksichtigung der
ökonomischen Analyse des Rechts

IVR

Düsseldorfer Schriften zum Versicherungsrecht

Veröffentlichungen des Instituts für Versicherungsrecht
der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Band 20

Herausgeber: Prof. Dr. Dirk Looschelders
Prof. Dr. Lothar Michael

Der Ersatz fahrlässig verursachter reiner Vermögensschäden Dritter in Deutschland und England unter besonderer Berücksichtigung der ökonomischen Analyse des Rechts

Dr. Christian Doobe



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.

– zugl. Dissertation der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität
Düsseldorf, 2013 –

Erstgutachter: Prof. Dr. Dirk Looschelders
Zweitgutachter: Prof. Dr. Jan Busche
Tag der mündlichen Prüfung: 5. November 2013

D 61

© 2014 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urhebergesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe. Jegliche unzulässige Nutzung des Werkes berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Bei jeder autorisierten Nutzung des Werkes ist die folgende Quellenangabe an branchenüblicher Stelle vorzunehmen:

© 2014 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Jegliche Nutzung ohne die Quellenangabe in der vorstehenden Form berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

ISSN 1867-870X

ISBN 978-3-89952-783-4

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf im Wintersemester 2012/2013 als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung konnten Rechtsprechung und Literatur bis Dezember 2013 berücksichtigt werden.

An erster Stelle möchte ich mich ganz herzlich bei meinem verehrten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dirk Looschelders, für seine fachliche und persönliche Unterstützung sowie seine ständige Gesprächsbereitschaft bedanken. Großen Dank schulde ich auch Herrn Prof. Dr. Jan Busche für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Ferner gilt mein Dank Herrn Prof. Dr. Dirk Looschelders und Herrn Prof. Dr. Lothar Michael für die Aufnahme der Arbeit in die von ihnen herausgegebene „Düsseldorfer Reihe“.

Ganz besonders bedanken möchte ich mich bei meinen Eltern, die mich stets in jeglicher Hinsicht unterstützt und damit wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben.

Düsseldorf, im Januar 2014

Christian Doobe

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1. Einführung	1
A. Themeneinführung, Untersuchungsgegenstand und Ziel der Arbeit.....	1
B. Gang der Untersuchung	5
Kapitel 2. Rechtsvergleichung und Interdisziplinarität – Die Frage nach der Art des Brückenbaus.....	9
A. Der doppelte Brückenbau	9
I. Rechtsvergleichung	9
II. Interdisziplinäre Zusammenarbeit zwischen Rechts- und Wirtschaftswissenschaft – Ökonomische Analyse des Rechts	12
B. Der gemeinsame Brückenbau	15
I. Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft der Verbindung von Rechtsvergleichung und ökonomischer Analyse des Rechts	15
II. Die unterschiedlichen Verbindungsmöglichkeiten von Rechtsvergleichung und ökonomischer Analyse des Rechts	18
1. Ökonomische Analyse des Rechts als Hilfsdisziplin der Rechtsvergleichung.....	19
2. Rechtsvergleichung als Hilfsdisziplin der ökonomischen Analyse des Rechts.....	23
3. Rechtsvergleichende ökonomische Analyse des Rechts	26
4. Ökonomische Analyse der Rechtsvergleichung.....	27
III. Die ökonomische Rechtsvergleichung als neue wissenschaftliche Disziplin?	28
Kapitel 3. Begriff des reinen Vermögensschadens.....	33
Kapitel 4. Bildung von Schadenskategorien	39
A. Mögliche Einteilungskriterien	39
I. Einteilung anhand der rechtlichen Haftungskonstruktion.....	39

II.	Einteilung anhand der Art der Schadensverursachung	40
III.	Einteilung anhand der Sachverhaltskonstellation	41
B.	Die wichtigsten Schadenskategorien und Fallbeispiele.....	43
I.	Sach- oder Personenschaden des Primärgeschädigten führt zum reinen Vermögensschaden des Sekundärgeschädigten	44
II.	Vermögensschaden des Primärgeschädigten wird als reiner Vermögensschaden auf den Sekundärgeschädigten abgewälzt ...	45
III.	Sperrung öffentlicher Transportwege und sonstiger Infrastruktur	46
IV.	Fehlerhafte Informationen führen zum reinen Vermögensschaden eines Dritten	48
	1. Vorbemerkung	48
	2. Grundstückssachverständiger	49
	3. Rechtsanwalt	51
C.	Gemeinsamkeiten nach der derzeitigen Rechtsprechung.....	52
Kapitel 5. Deutschland – Haftungsumfang und dogmatische Verankerung		
		53
A.	Historische Entwicklung und Grundzüge des deutschen Rechts....	53
B.	Die verschiedenen Haftungsgrundlagen für den Ersatz reiner Vermögensschäden	59
I.	Kodifiziertes Vertragsrecht	59
	1. Stillschweigend geschlossener Vertrag	61
	2. Culpa in contrahendo	63
II.	Deliktsrecht.....	65
	1. Allgemeines	65
	2. § 823 Abs. 1 BGB – Verletzung absoluter Rechte bzw. Rechtsgüter	66
	a. Eigentum	66
	b. Sonstiges Recht.....	68
	aa. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.....	68
	bb. Forderungen.....	71

cc. Vermögen	71
c. Zwischenergebnis.....	72
3. § 823 Abs. 2 BGB – Schutzgesetzverletzung.....	72
4. § 826 BGB – Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung.....	74
III. Lückenfüllung durch nichtkodifiziertes Vertragsrecht	76
1. Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter	77
2. Drittschadensliquidation.....	79
C. Einzelfallbetrachtung anhand der deutschen Rechtsprechung ...	82
I. Sach- oder Personenschaden des Primärgeschädigten führt zum reinen Vermögensschaden des Sekundärgeschädigten	82
1. Vertragsrecht.....	83
a. Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter.....	83
b. Drittschadensliquidation	84
2. Deliktsrecht.....	85
a. § 823 Abs. 1 BGB	85
aa. Eigentum.....	85
bb. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.....	87
cc. Vertragsverhältnis zwischen Versorgungsunternehmen und Stromabnehmer	88
b. § 823 Abs. 2 BGB	88
c. § 826 BGB	90
II. Vermögensschaden des Primärgeschädigten wird als reiner Vermögensschaden auf den Sekundärgeschädigten abgewälzt.....	90
1. Entscheidung des Reichsgerichts vor Inkrafttreten des BGB	90
2. Vertragsrecht.....	91
3. Deliktsrecht.....	92
a. § 823 Abs. 1 BGB	92
b. § 823 Abs. 2 BGB und § 826 BGB.....	93
III. Sperrung öffentlicher Transportwege und sonstiger Infrastruktur	93
1. Vertragsrecht.....	94

2. Deliktsrecht	94
a. § 7 StVG und § 18 StVG	94
b. § 823 Abs. 1 BGB	95
aa. Freiheit.....	95
bb. Eigentum.....	96
cc. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.....	98
c. § 823 Abs. 2 BGB	99
IV. Fehlerhafte Informationen führen zum reinen Vermögensschaden eines Dritten	100
1. Gutachten-Fall	101
a. Diskussionsschwerpunkt.....	101
b. Ausdehnung des Vertragsrechts.....	102
aa. Stillschweigend geschlossener Auskunftsvertrag...	102
bb. Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter ...	102
c. Ausdehnung des Deliktsrechts.....	106
aa. § 823 Abs. 2 BGB	106
bb. § 826 BGB.....	106
d. Lösungen jenseits von Vertrag und Delikt – Selbständige Haftungsmodelle	107
2. Testaments-Fall.....	108
a. Diskussionsschwerpunkt.....	108
b. Mitgläubigerschaft	109
c. § 328 BGB – Vertrag zu Gunsten Dritter	110
d. Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter.....	110
e. Drittschadensliquidation	113
f. Bereicherungsrecht.....	113

**Kapitel 6. England – Haftungsumfang und dogmatische
Verankerung 115**

A. Einführung in das englische Recht.....	115
I. Grundzüge des englischen common law.....	115
1. Begriffsbestimmung	115
2. Entstehungsgeschichte.....	116
a. Gerichtsorganisation und -verfahren	117

b.	Dokumentation gerichtlicher Entscheidungen.....	120
c.	Herausbildung eines starken Juristenstands.....	122
d.	Präjudiziensystem	124
II.	Grundzüge des law of contract.....	128
1.	Consideration.....	129
2.	Privity of contract	131
3.	Drittwirkung von Verträgen	132
4.	Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999.....	134
III.	Grundzüge des law of torts.....	135
1.	Allgemeines	135
2.	Tort of negligence.....	137
B.	Historische Entwicklung des Schutzes vor reinen	
	Vermögensschäden	140
I.	Informations-Fälle	141
1.	Cann v. Willson (1888)	141
2.	Derry v. Peek (1889).....	143
3.	Nocton v. Lord Ashburton (1914).....	145
4.	Candler v. Crane, Christmas & Co. Ltd. (1951).....	148
5.	Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd. (1963) ..	150
6.	Caparo Industries plc v. Dickman (1990)	155
II.	Handlungs-Fälle	157
1.	Cattle v. Stockton Waterworks Co. (1875)	158
2.	Weller & Co. Ltd. v. Foot and Mouth Disease Research Institute (1965).....	159
3.	Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd. (1972).....	160
4.	Anns v. Merton London Borough Council (1977).....	162
5.	Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd. (1982).....	166
6.	Murphy v. Brentwood District Council (1990).....	169
III.	Testaments-Fälle als Sonderfall der Handlungs-Fälle	172
1.	Ross v. Caunters (1979).....	172
2.	White v. Jones.....	175

a. Court of Appeal (1993).....	176
b. House of Lords (1995).....	177
IV. Zusammenfassung	179
C. Auswirkungen des Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 auf die bestehende Rechtslage	182
D. Einzelfallbetrachtung anhand der englischen Rechtsprechung ..	189
I. Sach- oder Personenschaden des Primärgeschädigten führt zum reinen Vermögensschaden des Sekundärgeschädigten ...	190
II. Vermögensschaden des Primärgeschädigten wird als reiner Vermögensschaden auf den Sekundärgeschädigten abgewälzt.....	191
III. Sperrung öffentlicher Transportwege und sonstiger Infrastruktur	193
IV. Fehlerhafte Informationen führen zum reinen Vermögensschaden eines Dritten	196
1. Gutachten-Fall	196
2. Testaments-Fall.....	198
Kapitel 7. Vergleich des deutschen und englischen Rechts.....	201
A. Haftungsumfang und dogmatische Verankerung	201
I. Sach- oder Personenschaden des Primärgeschädigten führt zum reinen Vermögensschaden des Sekundärgeschädigten ...	201
II. Vermögensschaden des Primärgeschädigten wird als reiner Vermögensschaden auf den Sekundärgeschädigten abgewälzt.....	202
III. Sperrung öffentlicher Transportwege und sonstiger Infrastruktur	203
IV. Fehlerhafte Informationen führen zum reinen Vermögensschaden eines Dritten	205
1. Gutachten-Fall	205
2. Testaments-Fall.....	206
B. Zwischenergebnis	207

Kapitel 8. Kritische Würdigung des Haftungsumfangs	209
A. Herausarbeitung einer in allen Schadenskategorien einheitlichen und überzeugenden Begründung für die Diskriminierung reiner Vermögensschäden	210
I. Öffnung der Schleusentore	210
1. Praktische Überforderung der Gerichte	211
2. Finanzielle Überforderung des Beklagten	213
3. Reduzierung der Abwicklungskosten	217
4. Trend zur Ausweitung der Schadensersatzhaftung	218
II. Unvorhersehbarkeit	219
III. Quantifizierungsprobleme	220
IV. Ergebnis der Rangfolge menschlicher Werte	221
V. Schutz des Vertragsrechts	224
VI. Schutz der allgemeinen Handlungs- und Wirtschaftsfreiheit	226
VII. Gefahr fiktiver Klagen	228
VIII. Kein Schutz erga omnes für relative Rechte	229
IX. Historische Entwicklung	229
X. Zwischenergebnis	231
B. Ökonomische Analyse des Rechts	231
I. Entwicklung und Verbreitung der ökonomischen Analyse des Rechts	233
1. USA, Deutschland und England	233
2. Gründe für den unterschiedlichen Erfolg	237
a. Strukturelle Unterschiede zwischen common law und civil law	237
b. Besitzstände und Karriere	240
c. Juristenausbildung	243
d. Amerikanischer Rechtsrealismus	245
e. Utilitarismus	251
f. Zusammenfassung	253
II. Programm der ökonomischen Analyse des Rechts	254
1. Die positive ökonomische Analyse des Rechts – Folgenermittlung	254

a.	Ressourcenknappheit	254
b.	Homo oeconomicus.....	255
aa.	Rationalität	256
bb.	Nutzenmaximierung	257
2.	Die normative ökonomische Analyse des Rechts – Folgenbewertung	257
a.	Pareto-Kriterium	258
b.	Kaldor/Hicks-Kriterium.....	259
3.	Das Coase-Theorem und seine Auswirkungen	261
III.	Darstellung und Bewertung der Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts.....	266
1.	Modell des homo oeconomicus	266
a.	Darstellung	266
b.	Bewertung	270
2.	Effizienz.....	275
a.	Darstellung	275
b.	Bewertung	276
IV.	Zwischenergebnis.....	279
C.	Kritische Würdigung der einzelnen Fallbeispiele mit Hilfe der ökonomischen Analyse des Rechts	283
I.	Kabel-Fall	283
II.	Schiffscharter-Fall	289
III.	Verkehrsstau-Fall	291
IV.	Gutachten-Fall	292
V.	Testaments-Fall	294
Kapitel 9.	Zusammenfassung und Ergebnis	297
Literaturverzeichnis		305

Kapitel 1. Einführung

A. Themeneinführung, Untersuchungsgegenstand und Ziel der Arbeit

Die Problematik der Haftung für fahrlässig verursachte reine Vermögensschäden Dritter war in den letzten Jahrzehnten sowohl in Deutschland als auch in England immer wieder Gegenstand von Diskussionen in Rechtsprechung und Literatur. Inhaltlich geht es dabei im Wesentlichen um die Frage des angemessenen Haftungsumfangs, wobei im Ergebnis die Gerichte beider Länder eine Haftung zumeist verneinen.

Bei näherer Betrachtung werden allerdings zwei Besonderheiten im Zusammenhang mit reinen Vermögensschäden offenbar, die die anhaltende Diskussion deutlich erschweren. Diese Besonderheiten gilt es von Anfang an zu benennen und die nachfolgende Untersuchung entsprechend auszurichten.

Zum einen umfasst der Begriff des reinen Vermögensschadens sowohl in Deutschland als auch in England eine Vielzahl unterschiedlichster Sachverhaltskonstellationen und Problemstellungen. Reine Vermögensschäden spielen sowohl im Zwei-Personen-Verhältnis als auch im Drei-Personen-Verhältnis eine Rolle und können sowohl vorsätzlich als auch fahrlässig verursacht werden. Die sich hieraus ergebenden mannigfaltigen Probleme kann die vorliegende Arbeit nicht erschöpfend behandeln. Vielmehr bedarf es einer Einschränkung des Untersuchungsgegenstandes auf einen Teilbereich der reinen Vermögensschäden. Daher beschäftigt sich die Arbeit ausschließlich mit der Haftung für fahrlässig verursachte reine Vermögensschäden Dritter. Nicht behandelt werden hingegen die in Deutschland und England weitestgehend unproblematische Haftung für vorsätzliche Schadenszufügung, die Haftung für reine Vermögensschäden ohne Drittbezug und einzelne allgemeine Gesichtspunkte der Haftung wie Kausalität, Verjährung usw.

Auch dieser eingeschränkte Untersuchungsgegenstand umfasst noch eine Fülle verschiedener Konstellationen, die sich in allen Bereichen des täglichen Lebens wiederfinden. Die Sachverhaltskonstellationen reichen dabei

von Stromausfällen und verletzten Sportstars über Ölkatastrophen, beschädigte Mietsachen, Verkehrsstaus und falsche Empfehlungsschreiben des Arbeitgebers bis hin zu fehlerhaften Wertgutachten, falschen Wirtschaftsprüfungen und verspäteten oder mangelhaften Testamentserrichtungen durch Rechtsanwälte. Setzt sich der interessierte Betrachter nun die rein nationale Sachverhalts-Brille auf, so fällt ihm schnell die große Menge heterogener Konstellationen ins Auge. Bei einem Blick durch die deutsch-englische Brille hingegen bietet sich dem Betrachter ein sehr viel homogeneres Bild, da sich die Sachverhalte in beiden Ländern stark ähneln und teilweise sogar übereinstimmen.

Infolge dieser Vielfalt an Sachverhaltskonstellationen schränkten bisherige monographische Arbeiten zur Drittbezogenheit der Haftung für Vermögensschäden den Untersuchungsgegenstand dadurch weiter ein, dass sie sich auf eine Facette der Haftung für reine Vermögensschäden Dritter konzentrierten. Dabei wurde in der Vergangenheit sowohl bei rein nationalen¹ als auch bei rechtsvergleichenden² Untersuchungen das Augenmerk fast ausschließlich auf den Bereich der Haftung für fehlerhafte Informationen gerichtet. Außerdem stammen viele dieser Arbeiten aus den siebziger, achtziger und neunziger Jahren, so dass hinsichtlich des englischen Rechts teilweise weder die wegweisende Entscheidung in *Murphy v. Brentwood District Council*³ noch der *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* Berücksichtigung finden konnten.

Darüber hinaus beschäftigten sich die Arbeiten im Wesentlichen mit rechtsdogmatischen Fragestellungen. Dieser fokussierte Blickwinkel erweckt jedoch häufig den Eindruck, als sei der status quo der Haftung und damit die Diskriminierung reiner Vermögensschäden allein der deutschen Dogmatik und der jeweiligen Bedeutung einzelner Tatbestandsmerkmale geschuldet. Das Haftungsergebnis stellt sich dabei gleichsam als Endpunkt der Überlegungen dar. Wer jedoch die zahlreichen Entscheidungen zur Haftung für reine Vermögensschäden Dritter einmal genauer betrachtet, der kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass vielmehr übergeordnete und

¹ Vgl. z.B. Karampatzos (2005); Marschall (2002); Dietlmeier (1994); Poll (1992); Reihlen (1992).

² Vgl. z.B. Tarman (2007); Büttner (2006); Seifert (2003); Decku (1997); Müller (1995); von Gierke (1984); Heesch (1982); Nißl (1971).

³ (1990) 2 All E.R. 908.

von der konkreten Dogmatik unabhängige Gründe den status quo der Haftung bestimmen. Bei einem solchen Blickwinkel wäre das jeweilige Haftungsergebnis somit nicht mehr End-, sondern vielmehr Anfangspunkt der dogmatischen Überlegungen. Diese Frage nach den übergeordneten, möglicherweise in Deutschland und England übereinstimmenden, Gründen für oder gegen eine Haftung wurde von den bisherigen Untersuchungen entweder gar nicht oder allenfalls am Rande durch Verweis auf die wenigen Standardargumente gestellt und beantwortet. Die vorliegende Arbeit hat es sich daher neben der Darstellung des status quo der Haftung zur Aufgabe gemacht, solche übergeordneten, zum Teil offen benannten und zum Teil verdeckten, Gründe ausfindig zu machen und zu bewerten. Dabei wird im Fortgang der Untersuchung offenbar, dass es sich um uneinheitliche und fragmentarische Begründungsansätze handelt, die zum einen wenig überzeugend sind und zum anderen sowohl für den Laien als auch für den juristisch geschulten Beobachter schnell den Eindruck von Willkür vermitteln. Ziel soll daher die Herausarbeitung einer in allen Schadenskategorien einheitlichen und überzeugenden Begründung für die Behandlung reiner Vermögensschäden sein.

Diesem Ziel würde das Herausgreifen einzelner Facetten aus dem Bereich der reinen Vermögensschäden, wie es in bisherigen Untersuchungen üblich war, nicht gerecht. Daher wird auf eine solche weitergehende Einschränkung des Untersuchungsgegenstandes bewusst verzichtet. Zur Wahrung der Übersichtlichkeit und der Vergleichbarkeit ist allerdings eine sinnvolle Systematisierung erforderlich. Infolgedessen werden die zahlreichen dargestellten und denkbaren Konstellationen zu einigen wenigen Schadenskategorien zusammengefasst und durch typische Fallbeispiele veranschaulicht. Durch diese Kombination aus der teilweisen Einschränkung des Untersuchungsgegenstandes und der gezielten Systematisierung wird sichergestellt, dass sich die etwas breiter angelegte Untersuchung nicht in der Vielfalt ihrer Thematik verliert. Es ist jedoch bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich allein aus der Zuordnung der verschiedenen Sachverhalte unter den gemeinsamen Begriff des reinen Vermögensschadens nicht die Schlussfolgerung einer identischen Behandlung aller genannten Konstellationen ergibt. Vielmehr bestehen sowohl beim Haftungsumfang als auch bei der dogmatischen Verankerung große Unterschiede, mit denen sich die Arbeit an anderer Stelle noch ausführlich beschäftigen wird.

Als zweite Besonderheit gilt es zum anderen zu beachten, dass sich die Rechtssysteme in Deutschland und England in unterschiedlicher Weise dem Problem der reinen Vermögensschäden genähert haben. Zwar stellt sich in beiden Ländern immer wieder die Frage, wo genau die Grenze zwischen Vertrags- und Deliktsrecht verläuft, wo also das eine Rechtsgebiet endet und das andere Rechtsgebiet beginnt. Während jedoch von den Gerichten in Deutschland hauptsächlich der Weg über eine vertragsrechtliche Haftung gewählt wurde, haben die englischen Gerichte den Weg über das Deliktsrecht eingeschlagen. In beiden Ländern liegt dieser Grundentscheidung eine lange historische Entwicklung zu Grunde, die jeweils unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen geschuldet ist. Beispielhaft seien an dieser Stelle nur die Lehre von der consideration und der Grundsatz der privity of contract im englischen Recht erwähnt. Aus diesen Unterschieden erwächst eine weitere Verständigungshürde, die den rechtswissenschaftlichen Diskurs behindert und eine einheitliche Behandlung erschwert.

Der Vergleich des deutschen und englischen Rechts wird, um das Ergebnis bereits vorweg zu nehmen, zu Tage fördern, dass trotz der unterschiedlichen dogmatischen Verankerung die Haftungsfrage in beiden Ländern bezüglich aller in dieser Arbeit untersuchten Schadenskategorien samt Fallbeispielen übereinstimmend jeweils verneint oder bejaht wird.⁴ Die sich anschließende Erklärung und Bewertung dieses Ergebnisses wird traditionell mit dem Ziel betrieben, „bessere Lösungen“ für die eigene Rechtsordnung zu finden.⁵ Hierzu werden die verschiedenen Lösungen in den Vergleichsordnungen betrachtet und bei verständiger Wertung des Vergleichsmaterials die bessere Lösung gesucht.⁶ Das bereits vorweggenommene Vergleichsergebnis könnte nun z.B. zur Beantwortung der Frage genutzt werden, ob zur Lösung von Fällen mit reinen Vermögensschäden der dogmatische Rückgriff auf das Vertrags- oder das Deliktsrecht die bessere Lösung darstellt. Derartige Dogmatikdiskussionen wurden jedoch zum einen sowohl auf nationaler als auch auf rechtsvergleichender Ebene, insbesondere im Zusammenhang mit der Haftung für fehlerhafte Informationen, bereits mehrfach bearbeitet und erscheinen daher als wenig ertrag-

⁴ Vgl. Kapitel 7, B.

⁵ Van Aaken (2001), 146; Zweigert/Kötz (1996), 8.

⁶ Van Aaken (2001), 146; Zweigert/Kötz (1996), 8.

reich. Zum anderen wäre als Ergebnis dieser sehr detailreichen Diskussion eine Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes auf einzelne Schadenskategorien, evtl. sogar einzelne Fallbeispiele, unumgänglich und damit der in dieser Arbeit bewussten Entscheidung für einen breiter angelegten Untersuchungsgegenstand geradezu abträglich. Auch aus diesen Gründen soll das Vergleichsergebnis vielmehr zum Anlass für eine kritische Würdigung der übergeordneten und von der nationalen Dogmatik unabhängigen Begründungsansätze genommen werden. In dieser Arbeit ist das Ziel der Rechtsvergleichung somit das Auffinden eines besseren, im Sinne von einheitlichen und überzeugenden, Begründungsansatzes für die Handhabung reiner Vermögensschäden Dritter.

B. Gang der Untersuchung

Der Gang der Untersuchung wird bereits durch den Titel dieser Arbeit in Teilen angedeutet.

Zu Beginn soll der Frage nachgegangen werden, welcher Nutzen aus der Rechtsvergleichung für den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit gezogen werden kann. Ferner wird ein zunächst kurzer Blick auf die Möglichkeit einer interdisziplinären Zusammenarbeit zwischen Rechts- und Wirtschaftswissenschaft geworfen, welche in der ökonomischen Analyse des Rechts ihren Niederschlag gefunden hat und welche an anderer Stelle noch ausführlicher beleuchtet wird. Außerdem soll geklärt werden, ob und welche Verbindungsmöglichkeiten von Rechtsvergleichung und ökonomischer Analyse des Rechts in Betracht kommen und welche Vorteile diese der Rechtswissenschaft bieten. Daran schließen sich Überlegungen zu der Frage an, ob eine „ökonomische Rechtsvergleichung“ möglicherweise als eine neue wissenschaftliche Disziplin etabliert werden kann und sollte. (Kapitel 2)

Im Anschluss beschäftigt sich die Arbeit kurz mit dem Begriff des reinen Vermögensschadens und der Notwendigkeit und Möglichkeit einer allgemeingültigen Definition. (Kapitel 3)

Danach werden zur Systematisierung der zahlreichen einschlägigen Sachverhaltskonstellationen verschiedene übergeordnete Schadenskategorien

entwickelt, welche die wichtigsten Konstellationen abdecken und durch Fallbeispiele veranschaulicht werden. (Kapitel 4)

Sodann wendet sich die Arbeit zunächst der deutschen Rechtsordnung zu. Mit Blick auf den späteren Vergleich zwischen Deutschland und England beginnt die Arbeit mit der Darstellung der Grundzüge des deutschen Rechts. Dabei stößt man schnell auf den, vermeintlich sehr großen, Unterschied, dass es sich bei der deutschen Rechtsordnung um kodifiziertes Recht und bei der englischen Rechtsordnung um Fallrecht handelt. Daher ist es sinnvoll, sich dem status quo der Haftung in Deutschland über die verschiedenen Haftungsgrundlagen für den Ersatz reiner Vermögensschäden Dritter zu nähern, bevor schließlich eine Einzelfallbetrachtung der entwickelten Schadenskategorien samt Fallbeispielen anhand der deutschen Rechtsprechung vorgenommen wird. (Kapitel 5)

Anschließend richtet sich das Augenmerk der Arbeit auf die englische Rechtsordnung. Da auch insoweit ein aussagekräftiger Vergleich nur möglich ist, wenn die englische Lösung vor dem Hintergrund der Besonderheiten des englischen Rechts betrachtet wird, beginnt die Arbeit ebenfalls mit einer Einführung in das englische Recht, wobei die Grundzüge des englischen common law, des law of contract und des law of torts in Abgrenzung zum deutschen Recht dargestellt werden. Um dem Fallrechtscharakter des englischen Rechts gerecht zu werden, soll danach die historische Entwicklung des Schutzes reiner Vermögensschäden anhand des englischen Fallrechts nachgezeichnet werden. Außerdem werden die Auswirkungen des Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 auf die bestehende Rechtslage näher beleuchtet. Im Anschluss nimmt die Arbeit auch hier eine Einzelfallbetrachtung der entwickelten Schadenskategorien samt Fallbeispielen anhand der englischen Rechtsprechung vor. (Kapitel 6)

Nachdem der status quo der Haftung für fahrlässig verursachte reine Vermögensschäden Dritter sowohl in Deutschland als auch in England herausgearbeitet wurde, erfolgt ein Vergleich der beiden Rechtsordnungen, wozu die verschiedenen Schadenskategorien samt Fallbeispielen gegenübergestellt werden und das Augenmerk sowohl auf den Haftungsumfang als auch auf die dogmatische Verankerung gerichtet wird. (Kapitel 7)

Im Anschluss daran wird der derzeitige Haftungsumfang in Deutschland und England einer kritischen Würdigung unterzogen. Dabei ist das Ziel dieser Arbeit die Herausarbeitung einer in allen Schadenskategorien einheitlichen und überzeugenden Begründung für die Behandlung reiner Vermögensschäden, die sowohl in Deutschland als auch in England Geltung beanspruchen kann und insoweit über eine rein rechtsdogmatische Begründung hinausgeht. In dieser Hinsicht dürfte gerade der Rückgriff auf das englische Recht für das Gelingen dieses Unterfangens gewinnbringend sein. Denn während deutsche Gerichte derartige Gründe leicht durch den Verweis auf die Zwänge des kodifizierten Rechts verdecken konnten, eröffnete sich den Gerichten in England durch das nicht kodifizierte tort of negligence ein wesentlich größeres Maß an Flexibilität. Dies führte systembedingt dazu, dass in englischen Urteilen und in der parallel dazu geführten akademischen Diskussion häufig deutlicher auf bestehende Bedenken hingewiesen wurde und die Gründe für eine Versagung der Haftung bei reinen Vermögensschäden offener benannt wurden. Daher werden im Rahmen dieser Untersuchung sowohl die von der Rechtsprechung in beiden Ländern zum Teil offen benannten Gründe als auch mögliche verdeckte Gründe dargestellt und kritisch gewürdigt. In diesem Zusammenhang geht die Arbeit auch näher auf die ökonomische Analyse des Rechts ein und diskutiert ihre Brauchbarkeit zum Erreichen des soeben formulierten Ziels. Die Überlegungen enden schließlich mit einer kritischen Würdigung der einzelnen Fallbeispiele mit Hilfe der ökonomischen Analyse des Rechts. (Kapitel 8)

Zum Schluss der Arbeit erfolgt eine kurze Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse. (Kapitel 9)

Kapitel 2. Rechtsvergleichung und Interdisziplinarität – Die Frage nach der Art des Brückenbaus

Der Titel dieser Arbeit verrät bereits, dass im Laufe der Untersuchung zum einen auf die Rechtsvergleichung und zum anderen auf die ökonomische Analyse des Rechts zurückgegriffen wird. Die Metapher des Brückenbaus soll dabei verdeutlichen, dass der Rechtswissenschaftler sowohl bei der Rechtsvergleichung als auch bei der interdisziplinären Forschung seine Insel der eigenen Rechtserkenntnis verlassen und sich auf fremdes Territorium begeben muss: einmal auf das einer fremden Rechtsordnung und einmal auf das einer fremden Wissenschaft.

A. Der doppelte Brückenbau

Bisher betreiben beide Forschungsansätze den jeweiligen Brückenbau jedoch weitestgehend autonom voneinander. Dabei stellt sich in beiden Fällen die Frage nach dem Wert bzw. Nutzen für die rechtswissenschaftliche Betrachtung. Um der traditionellen Trennung zwischen Rechtsvergleichung und ökonomischer Analyse des Rechts Rechnung zu tragen, soll diese Frage zunächst für beide Forschungsansätze gesondert beantwortet werden.

I. Rechtsvergleichung

Die moderne Rechtsvergleichung blickt, im Gegensatz zur ökonomischen Analyse des Rechts⁷, auf eine lange historische Tradition zurück, die bereits im 19. Jahrhundert begonnen hat.⁸ Allerdings soll nicht verschwiegen werden, dass sich die Rechtsvergleichung sowohl in Deutschland als auch in England bis zu diesem Zeitpunkt sehr schwer tat, wofür jedoch jeweils unterschiedliche Gründe verantwortlich waren. In Deutschland führte insbesondere die Kodifizierung des Rechts zu einer nationalisierten Rechtswissenschaft, für welche die Lösung nationaler dogmatischer Fragestellungen wichtiger war als der Blick über die nationalen Grenzen.⁹ In England

⁷ Vgl. Krimphove (1998), 186.

⁸ Brand (2003), 1085 f.

⁹ Rheinstein/von Borries/Niethammer (1987), 38 f.

hingegen existierten eine einflussreiche Anwaltschaft und königliche Gerichtshöfe, die Stück für Stück das englische common law entwickelten. Da die dort tätigen Juristen nicht an den Universitäten, sondern vielmehr in der Praxis ausgebildet wurden¹⁰, spielten fremde Rechtsordnungen für diese keine Rolle.¹¹ In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts setzte sich jedoch in beiden Ländern mehr und mehr die Erkenntnis durch, dass die Errungenschaften fremder Rechtsordnungen für die eigene Rechtsordnung genutzt werden könnten.¹² In der Folgezeit erlangte die Rechtsvergleichung eine immer größer werdende Bedeutung und stellt heute, nicht zuletzt auf Grund der Globalisierung, einen anerkannten Forschungsbereich dar.

Es stellt sich allerdings die Frage, welche Gründe im Zusammenhang mit der Haftung für reine Vermögensschäden Dritter gerade für eine rechtsvergleichende Untersuchung zwischen Deutschland und England sprechen.

Zunächst einmal sind Deutschland und England hinsichtlich der gesellschaftlichen, ökonomischen und technischen Entwicklung auf einem vergleichbaren Stand. Dies führt dazu, dass sich die Lebenssachverhalte, in denen reine Vermögensschäden Dritter eine Rolle spielen, in beiden Ländern stark ähneln und zum Teil sogar übereinstimmen.

Andererseits gehören die beiden Länder jedoch unterschiedlichen Rechtsfamilien/-kreisen an, wobei je nach Art der Einteilung¹³ Deutschland zur Familie des civil law bzw. zum kontinental-europäischen Rechtskreis¹⁴ und England zur Familie des common law bzw. zum anglo-amerikanischen Rechtskreis¹⁵ zu zählen ist. Aus dieser Zuordnung ergeben sich, zumindest auf den ersten Blick, gewichtige Unterschiede zwischen den beiden Rechtsordnungen. Zu nennen sind hier z.B. die umfassenden Kodifikationen und die Stellung des Richters als dienender Anwender auf der einen Seite und das Präjudizienystem und die Stellung des Richters als herrschender Schöpfer und Entdecker auf der anderen Seite.¹⁶ Derartige Unter-

¹⁰ Zweigert/Kötz (1996), 188-198.

¹¹ Rheinstein/von Borries/Niethammer (1987), 40.

¹² Rheinstein/von Borries/Niethammer (1987), 45 f.

¹³ Vgl. Zweigert/Kötz (1996), 62-73.

¹⁴ Koch/Magnus/Winkler von Mohrenfels (2010), 283, 290; Schwintowski (2005), 129; vgl. auch Zweigert/Kötz (1996), 130 f.; Neumayer (1988), 55-5.

¹⁵ Schwintowski (2005), 129; Blumenwitz (2003), 3; Zweigert/Kötz (1996), 177 ff.; Neumayer (1988), 59-62.

¹⁶ Koch/Magnus/Winkler von Mohrenfels (2010), 290.

schiede machen eine Rechtsvergleichung bezüglich eines in beiden Rechtsordnungen gleichermaßen auftretenden Sachverhalts interessant.

Des Weiteren nehmen die politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Interaktionen zwischen den Ländern des kontinental-europäischen Rechtskreises und denen des anglo-amerikanischen Rechtskreises stetig zu¹⁷, wodurch sich auch Deutschland und England vermehrt mit Einflüssen von Rechtsordnungen eines fremden Rechtskreises konfrontiert sehen.¹⁸

Ferner haben bereits Zweigert und Kötz darauf hingewiesen, dass sich die Rechtsvergleichung, insbesondere bei voneinander abweichenden Lösungen eines sozialen Problems, zur Überwindung der „Hohlheit des dogmatischen Systemdenkens“¹⁹ anbietet. Daher spricht gerade die unterschiedliche dogmatische Verankerung der Haftung für reine Vermögensschäden Dritter für eine rechtsvergleichende Untersuchung zwischen Deutschland und England. Während das deutsche Recht hauptsächlich den Weg über das Vertragsrecht wählt, löst das englische Recht dieses Haftungsproblem mit Hilfe des Deliktsrechts. Mit Blick auf diesen Unterschied kann der Vorteil der Rechtsvergleichung mit Cane darin gesehen werden, „that it focusses attention on the social situations and problems with which the law attempts to deal, and shifts it away from the juristic techniques and categories which different legal systems use in dealing with those situations and problems“²⁰. D.h. die unterschiedliche dogmatische Verankerung in Deutschland und England hilft dabei, losgelöst von rein dogmatischen Überlegungen diejenigen Entscheidungen der eigenen Rechtsordnung zu identifizieren, für die gar keine oder allenfalls eine historische Begründung vorgetragen werden kann. Hierdurch können letztlich neue Begründungen entwickelt, verfehlte traditionelle Entscheidungen korrigiert und ein neues, realistischeres Fundament geschaffen werden.²¹ Insbesondere kann der Vergleich beider Rechtsordnungen für den Versuch genutzt werden, im Bereich der reinen Vermögensschäden von einer traditionell stark auf den Einzelfall beschränkten Begründung zu einem Begründungsansatz zu

¹⁷ Vgl. zur Bedeutung dieser Kriterien für die Auswahl der Vergleichsordnungen Haase (2005), 234.

¹⁸ Ähnlich auch Eidenmüller (2005), Vorwort zur 3. Auflage.

¹⁹ Zweigert/Kötz (1996), 32.

²⁰ Cane (1994), 430.

²¹ Vgl. Zweigert/Kötz (1996), 32.

wechseln, der sich auf vergleichbare Fälle übertragen lässt und somit eine einheitliche Begründung erlaubt.

Außerdem haben Rechtsprechung und Literatur in Deutschland bislang wenig zur Herausarbeitung einer in allen Schadenskategorien einheitlichen und überzeugenden Begründung für die Diskriminierung reiner Vermögensschäden beigetragen. Daher erscheint der vergleichende Blick auf eine fremde Rechtsordnung als probates Mittel, um den Erkenntnisgewinn in dieser Hinsicht voranzutreiben. Als Vergleichsordnung bietet sich dabei der Rückgriff auf große Staaten, wie England, an, da diese häufig eine größere Anzahl gleichgelagerter Problemfälle produzieren und folglich mehr zum Erkenntnisgewinn beitragen können als kleine Staaten. Neben dem großen Fundus an Entscheidungen spricht jedoch auch der Umfang der einzelnen Entscheidungen für einen Vergleich mit dem englischen Recht. Denn die sehr ausführlich begründeten englischen Gerichtsentscheidungen sprechen meist deutlicher die (Hinter-) Gründe der Haftungszurückhaltung bei reinen Vermögensschäden aus und stellen insoweit eine sinnvolle Ergänzung zu den meist knapperen Urteilen der deutschen Gerichte dar.²²

II. Interdisziplinäre Zusammenarbeit zwischen Rechts- und Wirtschaftswissenschaft – Ökonomische Analyse des Rechts

Als nächstes richtet sich der Fokus auf die interdisziplinäre Zusammenarbeit zwischen der Jurisprudenz und der Wirtschaftswissenschaft. Während die beiden Wissenschaften früher häufig in einer gemeinsamen Fakultät beheimatet waren²³, haben sie sich in den letzten Jahrzehnten mehr und mehr auseinander entwickelt. Heutzutage besteht im Wissenschaftsbetrieb eine scharfe Trennung zwischen den beiden Disziplinen. Bereits der Nobelpreisträger für Ökonomie Friedrich August von Hayek²⁴ bezeichnete diese Trennung jedoch als Fehlentwicklung: „Nirgends tritt der verderbliche Einfluss der Teilung in Spezialgebiete deutlicher zutage als in den zwei

²² Herrmann (1978), 14.

²³ Fezer (1986), 818.

²⁴ Friedrich August von Hayek erhielt den Nobelpreis für Wirtschaftswissenschaften 1974.

ältesten dieser Disziplinen, der Ökonomie und dem Recht“.²⁵ Er forderte daher die Wiedervereinigung von Rechts- und Wirtschaftswissenschaft. Auch Weigel weist auf den engen Zusammenhang zwischen den beiden Disziplinen hin: „Ökonomie und Recht sind untrennbar.“²⁶

Die Verbindung dieser beiden Wissenschaften kann auf zwei unterschiedliche Arten erfolgen. Zum einen als „juristische Analyse der Wirtschaft“, d.h. durch die Regelung und Strukturierung wirtschaftlicher Vorgänge mit Hilfe des Rechts. Zum anderen als „ökonomische Analyse des Rechts“, d.h. durch die Verwendung ökonomischer Ansätze bei der Betrachtung des Rechts.²⁷ Die vorliegende Arbeit rückt die letztgenannte Verbindungsmöglichkeit in das Zentrum des Interesses. Insoweit kann jedoch streng genommen lediglich von „beschränkter Interdisziplinarität“ gesprochen werden, da zwar nach dem Nutzen ökonomischer Ansätze in der Rechtswissenschaft gefragt wird, nicht jedoch, wie es für eine vollständige Symmetrie erforderlich wäre, nach dem Nutzen juristischer Ansätze in der Wirtschaftswissenschaft.²⁸

Ziel einer derartigen Verbindung der beiden Wissenschaften im Rahmen dieser Arbeit ist das Erlangen eines tiefergehenden Verständnisses der Haftungsprobleme bei reinen Vermögensschäden Dritter, verbunden mit einer größeren Rationalität in der juristischen Begründung.²⁹ Außerdem könnten juristische Wertentscheidungen erstmalig ökonomisch-empirisch überprüft und Recht damit falsifiziert werden.³⁰ Das Recht wird dabei nicht länger als eine von den restlichen Sozialwissenschaften autonome Disziplin verstanden und der bisherige „interne“ Blickwinkel auf das Recht gegen eine „externe“ Perspektive ausgetauscht.³¹ Dadurch wird auch der Tatsache Rechnung getragen, dass sich die Realität nicht an fachliche Grenzen hält.

Die ökonomische Analyse des Rechts geht davon aus, dass das Verhalten in konkreten Entscheidungssituationen durch rechtliche Regelungen beein-

²⁵ Von Hayek (2003), 6.

²⁶ Weigel (2003), 1.

²⁷ Kerber (2000), 146; Krimphove (1998), 186; Taupitz (1996), 116.

²⁸ Vgl. auch Stolz (2004), 361, der von „echter – zweiseitiger – Interdisziplinarität“ spricht.

²⁹ Vgl. zu diesem Ziel auch NK-BGB/Katzenmeier, Vor §§ 823 ff., Rn. 60; Taupitz (1996), 115; Behrens (1988), 209; Ott/Schäfer (1988), 213 f.; Adams (1984), 337.

³⁰ Baumann (2007), 298.

³¹ Grechenig/Gelter (2008), 514 f.

flusst wird, da diese die unterschiedlichen Handlungsmöglichkeiten jeweils mit verschiedenen Anreizen oder Sanktionen verknüpfen.³² Dieser interdisziplinäre Ansatz nutzt folglich wirtschaftswissenschaftliche Fragestellungen und Methoden zur Analyse der ökonomischen Wirkungsweise rechtlicher Regeln, d.h. er setzt die Folgen rechtlicher Regelungen mit der ökonomischen Effizienz in Bezug.³³ Das Recht statuiert für den Einzelnen Rechte und Pflichten, wobei diese Auswirkungen auf die ökonomische Effizienz haben. Ausgangspunkt ist dabei das Menschenbild des rationalen egoistischen Menschen, der auf die Änderungen seiner Umwelt mit der Änderung seines Verhaltens reagiert.³⁴ Mit Blick auf die Knappheitsannahme der Wirtschaftswissenschaft kommt dem Recht in diesem Zusammenhang die Aufgabe zu, die einzelnen menschlichen Entscheidungen so zu lenken, dass alle individuellen menschlichen Bedürfnisse im Rahmen der verfügbaren Ressourcen möglichst optimal befriedigt werden.³⁵

Die ökonomische Analyse des Rechts lässt sich in diesem Zusammenhang in zwei verschiedenen Varianten nutzen: der positiven und der normativen. Die positive Variante nutzt die ökonomische Analyse des Rechts zum einen zur Erklärung, warum sich das Recht³⁶ in einer bestimmten Weise entwickelt hat, und zum anderen zur Prognose der Folgen von Recht.³⁷ Die normative Variante hingegen nutzt die ökonomische Analyse zur Beantwortung der Frage, wie eine rechtliche Regelung ausgestaltet sein sollte, damit ihre Adressaten zu effizientem Verhalten angehalten werden.³⁸

Während die ökonomische Analyse des Rechts in den USA eine gesicherte Position im juristischen Diskurs innehat und als eine etablierte wissenschaftliche Disziplin bezeichnet werden kann, umweht sie in Deutschland

³² Kötz (2002), 262.

³³ Baumann (2007), 297; Krimphove (1998), 186; Kirchner (1978), 77.

³⁴ Van Aaken (2001), 139 f.; Burow (1993), 9.

³⁵ Vgl. NK-BGB/Katzenmeier, Vor §§ 823 ff., Rn. 60; Kötz (2002), 262; Looschelders (1999), 156 f.; Taupitz (1996), 118; Behrens (1988), 213.

³⁶ Gleich ob Gesetz oder Fallrecht.

³⁷ Kötz (2002), 262; van Aaken (2001), 127.

³⁸ Kötz (2002), 262; van Aaken (2001), 128, 131.

und England, trotz verschiedener gelungener Beiträge³⁹, immer noch der „Hauch des Exotischen“⁴⁰.

B. Der gemeinsame Brückenbau

Nachdem zuvor der Wert bzw. Nutzen der einzelnen Forschungsdisziplinen für die rechtswissenschaftliche Betrachtung herausgearbeitet wurde, soll nun der Frage nachgegangen werden, ob aus dem „doppelten Brückenbau“ auch ein „gemeinsamer Brückenbau“ gemacht werden kann bzw. sollte und, wenn ja, wie ein solcher „gemeinsamer Brückenbau“ ausgestaltet sein sollte.

I. Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft der Verbindung von Rechtsvergleichung und ökonomischer Analyse des Rechts

Bislang hat eine eingehendere Beschäftigung mit den Möglichkeiten und Vorteilen einer Verbindung der beiden Forschungsdisziplinen (fast⁴¹) nicht stattgefunden. Die Verbindung von Rechtsvergleichung und ökonomischer Analyse des Rechts kann daher zum jetzigen Zeitpunkt wohl nicht einmal als eine Randerscheinung bezeichnet werden, wobei die Gründe hierfür auf beiden (Forschungs-) Seiten zu finden sind. Zum einen handelt es sich bei der ökonomischen Analyse des Rechts immer noch zu großen Teilen um eine amerikanische Besonderheit, die in den europäischen Ländern weder in der Praxis noch in den Hochschulen großen Anklang gefunden hat. Sowohl in Deutschland als auch in England fehlt es bisher an einem tragfähigen Bündnis zwischen Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft, welches in den USA die Grundlage für eine starke ökonomische Analyse des Rechts darstellt. Zum anderen ist die Rechtsvergleichung zwar mittlerweile eine anerkannte Forschungsdisziplin, spielt aber im Rahmen der

³⁹ Vgl. etwa Gelter/Grechenig (2007), 30 ff.; Eidenmüller (2005), 1 ff.; Schäfer/Ott (2012), 3 ff.; Adams (2004), 11 ff.; Schwintowski (1998), 581 ff.; Eidenmüller (1997), 80 ff.; Taupitz (1996), 114 ff.; Ott/Schäfer (1988), 213 ff.; Behrens (1988), 209 ff.; Adams (1984), 337 ff.

⁴⁰ Kirstein (2004), 2; vgl. auch Weigel (2003), XIV.

⁴¹ Vgl. die Beiträge von Ugo Mattei: Mattei/Monti (2001); Mattei (1998); Mattei/Cafaggi (1998); Mattei (1994); vgl. aber auch Faust (2006), 837 ff.

Ausbildung junger Juristen in Europa, insbesondere in Deutschland, nur eine untergeordnete Rolle. Zu diesem Schluss kommt auch Kötz, der in seinem Vorwort zur „Einführung in die Rechtsvergleichung“ einräumt, dass sein Buch inzwischen im Ausland vermutlich mehr Leser hat als in Deutschland.⁴²

Gleichwohl besteht noch Anlass zur Hoffnung für eine erfolgreiche Verbindung von Rechtsvergleichung und ökonomischer Analyse des Rechts in der Zukunft.

Insoweit kann zunächst auf das wachsende Interesse der Länder des kontinental-europäischen Rechtskreises an den Errungenschaften und Erfahrungen der Länder des anglo-amerikanischen Rechtskreises verwiesen werden. Die Gründe für ein solches Interesse sind mannigfaltig. Zum einen dürfte die weltweite Verbreitung der englischen Sprache eine wichtige Rolle spielen, da hierdurch der Zugang zu den Rechtsquellen des common law deutlich erleichtert wird. Zum anderen suchen gerade die jungen Juristen vermehrt nach Wegen, um aus dem „juristischen Nationalismus“⁴³ auszubrechen. Als Gründe hierfür können sowohl eine wachsende Neugierde an alternativen Regelungsmöglichkeiten als auch die Erkenntnis angeführt werden, dass die sich wandelnde berufliche Praxis immer mehr Rechtskenntnisse über fremde Rechtsordnungen erfordert. Insoweit besitzen gerade die amerikanischen Universitäten für Studenten, Forschende und Lehrende weltweit eine besondere Attraktivität. Diese resultiert neben einem überzeugenden Forschungs- und Lehrangebot auch aus der weltpolitischen und -wirtschaftlichen Stellung der USA. Auf diesem Weg werden junge Juristen in wachsender Zahl mit den Forschungsdisziplinen der Rechtsvergleichung und der ökonomischen Analyse des Rechts in Berührung kommen und Schritt für Schritt zur Verbreitung in ihren jeweiligen Heimatländern beitragen.

Ferner trägt auch die wachsende Bedeutung des Internets zu einer Verbreitung der Forschungsansätze bei, da Interessierte jederzeit Zugriff auf elektronisch veröffentlichte Forschungsergebnisse haben. Ein weiterer Grund zur Hoffnung ist die Tatsache, dass die ökonomische Analyse des Rechts

⁴² Zweigert/Kötz (1996), Vorwort zur 3. Auflage.

⁴³ Zweigert/Kötz (1996), Vorwort zur 3. Auflage.

im Wettstreit der Ideen das große Ansehen der Wirtschaftswissenschaft in die Waagschale werfen kann, die vielfach als die führende Sozialwissenschaft⁴⁴ angesehen wird. Außerdem spricht die große methodische Nähe der beiden Ansätze für eine erfolgreiche Verbindung in der Zukunft.⁴⁵ Zunächst bedienen sich beide Ansätze einer methodischen Zweiteilung, denn während die Rechtsvergleichung zwischen theoretisch-deskriptiver und angewandter Ausrichtung unterscheidet, teilt sich die ökonomische Analyse des Rechts in positive und normative Ausrichtung auf. Darüber hinaus stellt sich die ökonomische Analyse des Rechts als eine präzisierte Variante der funktionalen Rechtsvergleichung dar, die rechtliche Regelungen nicht nach ihrer dogmatischen Beschaffenheit beurteilt, sondern anhand ihrer Leistungsfähigkeit bei der Erfüllung gesellschaftlicher Bedürfnisse.⁴⁶

Letztlich könnte sogar eine immer wieder kritisierte Schwäche der Rechtswissenschaft behoben werden. Denn schon früh beklagte Jhering in der Vorrede zu seinem Werk über den „Geist des römischen Rechts“: „... die Wissenschaft ist zur Landesjurisprudenz degradiert, die wissenschaftlichen Gränzen fallen in der Jurisprudenz mit den politischen zusammen. Eine demüthigende, unwürdige Form für eine Wissenschaft!“⁴⁷ Diese Kritik wurde von Isay in einem Vortrag über die „Isolierung des deutschen Rechtsdenkens“⁴⁸ erneut thematisiert und in den folgenden Jahrzehnten von verschiedenen Autoren immer wieder vorgetragen. Auch heute noch wird regelmäßig auf diese Schwäche hingewiesen. So kritisierten z.B. De Geest und Van den Bergh, dass „a legal scholar who studies only his own legal system is like a biologist who tries to understand how mammals function by observing only his own dog“⁴⁹. Zur Heilung dieser Schwäche und zum besseren Verständnis des Rechts schlagen sie daher vor, „to start from as many viewpoints as possible“⁵⁰. Genau hier liegt die Stärke einer Verbindung von Rechtsvergleichung und ökonomischer Analyse des Rechts. Eine solche Verbindung verspricht gleich in zweifacher Hinsicht die Überwindung der Degradierung und Isolierung der Rechtswissenschaft. Denn

⁴⁴ Vgl. Mattei (1998), ix; Cooter (1982), 1260.

⁴⁵ Vgl. Fleischer (2002), 847; Krimphove (1998), 190.

⁴⁶ Wagner (2010), 8; Michaels (2009), 198; Brand (2007), 423 f.; Brand (2003), 1087.

⁴⁷ Jhering (1924), 15.

⁴⁸ Isay (1924).

⁴⁹ De Geest/Van den Bergh (2004), ix.

⁵⁰ De Geest/Van den Bergh (2004), ix.

beide Ansätze bieten dem national ausgebildeten Juristen die nicht zu unterschätzende Möglichkeit, sich von der nationalen Rechtsordnung zu lösen und sich weitestgehend unvoreingenommen bestehenden Rechtsproblemen zu nähern.⁵¹

II. Die unterschiedlichen Verbindungsmöglichkeiten von Rechtsvergleichung und ökonomischer Analyse des Rechts

Nachdem somit die allgemeinen Rahmenbedingungen für eine zukünftige Verbindung der beiden Forschungsdisziplinen sprechen, sollen nun konkret die verschiedenen Verbindungsmöglichkeiten von Rechtsvergleichung und ökonomischer Analyse des Rechts untersucht werden. Es sei jedoch bereits vorweggenommen, dass sich die beiden Ansätze in sehr unterschiedlicher Weise verbinden lassen und sich teilweise hervorragend ergänzen. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass sich beide Disziplinen mit den gleichen Problemstellungen konfrontiert sehen. Sie müssen die passenden rechtlichen Regelungen herausfiltern, die später als Untersuchungsgegenstand dienen sollen, das Verhalten der Menschen richtig einschätzen und schließlich die beste rechtliche Regelung benennen.

Im Folgenden soll auf zwei verschiedene Verbindungsarten näher eingegangen werden, die ihrerseits jeweils zwei Verbindungsmöglichkeiten aufweisen. Insgesamt sind also vier verschiedene Verbindungsmöglichkeiten zu unterscheiden.

Bei der ersten Verbindungsart werden Rechts- und Wirtschaftswissenschaft jeweils gegenseitig als Hilfswissenschaft verwendet, d.h. zum einen kann die ökonomische Analyse des Rechts als Hilfswissenschaft der Rechtsvergleichung herangezogen werden, zum anderen die Rechtsvergleichung als Hilfswissenschaft der ökonomischen Analyse des Rechts. Eine solche Zweiteilung zeigt bereits, dass es sich bei der Verbindung der beiden Disziplinen nicht um eine Einbahnstraße handelt. Vielmehr können sowohl die Juristen von den Erkenntnissen der Ökonomen als auch die Ökonomen von

⁵¹ Fleischer (2002), 846 f.; Kirstein/Kittner/Schmidtchen (2001), 91; Mattei (1998), 10.

den Erkenntnissen der Juristen profitieren. Diese Art der Verbindung wird auch als „Comparative Law and Economics“⁵² bezeichnet und kann wohl am besten mit „ökonomischer Rechtsvergleichung“⁵³ übersetzt werden. De Geest und Van den Bergh verstehen Comparative Law and Economics auch als „third generation comparative law“⁵⁴. Eine zweite Verbindungsart ist dadurch gekennzeichnet, dass Rechts- und Wirtschaftswissenschaft jeweils gegenseitig als Untersuchungsgegenstand genutzt werden, wobei zum einen eine rechtsvergleichende ökonomische Analyse des Rechts und zum anderen eine ökonomische Analyse der Rechtsvergleichung in Betracht kommen.

1. Ökonomische Analyse des Rechts als Hilfsdisziplin der Rechtsvergleichung

Die Suche nach Gründen für die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zweier Rechtsordnungen stellt sich mitunter als schwieriges und anspruchsvolles Unterfangen dar. Dies erkannten auch Zweigert und Kötz und erklärten dies damit, dass „Wirkungsfaktoren aus dem gesamten Bereich des sozialen Lebens in die Betrachtung einzubeziehen sind, dies auch dann, wenn sie eigentlich den Forschungsgegenstand anderer sozialwissenschaftlicher Disziplinen bilden, etwa der Ökonomie, der Soziologie oder der Politikwissenschaft“⁵⁵. In dieser Aussage klingen bereits sowohl die Möglichkeit als auch die teilweise Notwendigkeit des Rückgriffs auf die Ökonomie im Rahmen der Rechtsvergleichung an.

Eben diese Möglichkeit und Notwendigkeit des Rückgriffs hat auch Ugo Mattei erkannt, als er 1994 „the methodological wedding between the two most interesting recent general attempts to understand the law: Comparati-

⁵² Vgl. Caterina (2006); Kerkmeester/Visscher (2003); Mattei/Antoniolli/Rossato (2000); Mattei (1998); Mattei/Cafaggi (1998); Mattei (1994).

⁵³ Diese Bezeichnung verwendeten bereits Kirstein/Kittner/Schmidtchen (2001), 91 im Rahmen eines Beitrags zum Kündigungsschutzrecht. Allerdings nahmen sie dabei weder eine differenzierte Betrachtung der unterschiedlichen Verbindungsarten und -möglichkeiten vor noch eine inhaltliche Abgrenzung der ökonomischen Rechtsvergleichung zu anderen Verbindungsmöglichkeiten. Gleiches gilt auch für Krimphove (1998), 191, der von der „ökonomischen rechtsvergleichenden Beurteilung von Rechtsnormen“ spricht.

⁵⁴ De Geest/Van den Bergh (2004), x f. unterscheiden drei Generationen der Rechtsvergleichung. Als Vertreter der ersten Generation wird René David genannt, als Vertreter der zweiten Generation u.a. Rudolf Schlesinger, Konrad Zweigert und Hein Kötz.

⁵⁵ Zweigert/Kötz (1996), 43.

ve Law and Law and Economics“⁵⁶ feierte. Aus seiner Sicht „specifically, comparative law may gain theoretical perspective by using the kind of functional analysis employed in economic analysis of law“⁵⁷. Er bezeichnet es sogar als offensichtlich, dass durch den Rückgriff auf die ökonomische Analyse des Rechts „comparative law may proceed a step forward in its target of measuring and understanding analogies and differences among alternative legal patterns“⁵⁸. Insgesamt bescheinigt er der ökonomischen Rechtsvergleichung „a bright academic future“⁵⁹. Diese Einschätzung teilte 1998 auch Krimphove, als er auf „den Wert und sogar die Notwendigkeit des Einsatzes der ökonomischen Analyse des Rechts in der Rechtsvergleichung“⁶⁰ hinwies.

Nachfolgend wird die Verwendung der ökonomischen Analyse des Rechts als Hilfsdisziplin der Rechtsvergleichung in zwei Schritten untersucht. In einem ersten Schritt sollen zunächst allgemeine Gründe für eine solche Verbindung dargestellt werden, bevor in einem zweiten Schritt die konkreten Vorteile der einzelnen Facetten dieser Verbindungsmöglichkeit benannt werden.

Als allgemeiner Grund lässt sich zunächst die Interdependenz von Recht und Wirtschaft anführen. Denn während die nähere Ausgestaltung des Rechts häufig Auswirkungen auf die wirtschaftlichen Verhältnisse und Entscheidungen hat, haben diese wiederum Einfluss auf die Entstehung und Gestaltung des Rechts.⁶¹ Diese wechselseitige Abhängigkeit spricht für eine Verwendung der ökonomischen Analyse im Rahmen der Rechtsvergleichung. Des Weiteren haben sowohl wirtschaftliche Verhältnisse als auch rechtliche Regelungen Auswirkungen auf das Verhalten von Menschen. Im Bereich der Wirtschaft kommt dabei insbesondere den Kosten eine verhaltenslenkende Wirkung zu. Die Tatsache, dass sich aus dem Blickwinkel der Ökonomie auch rechtliche Regelungen als Kostenfaktor darstellen, spricht ebenfalls für eine Verbindung in zuvor genannter Weise.

⁵⁶ Mattei (1994), 18.

⁵⁷ Mattei (1998); ix.

⁵⁸ Mattei (1998), ix.

⁵⁹ Mattei (1998), x.

⁶⁰ Krimphove (1998), 189.

⁶¹ Krimphove (1998), 189 f.; vgl. auch Mattei/Cafaggi (1998), 351.

Als nächstes soll näher auf die konkreten Vorteile der einzelnen Facetten dieser Verbindungsmöglichkeit eingegangen werden, wobei mit Blick auf das verfolgte Erkenntnisziel zwischen theoretisch-deskriptiver und angewandter Rechtsvergleichung zu unterscheiden ist.

Bei der theoretisch-deskriptiven Rechtsvergleichung geht es in erster Linie um die Darstellung und Erklärung der Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Rechtsordnungen. Diesen Teilbereich der rechtsvergleichenden Forschung kann die ökonomische Analyse des Rechts durch ihre wissenschaftliche Genauigkeit und ihre Erklärungskraft bereichern.⁶² In ihrer positiven Variante bietet sie ein überzeugendes Erklärungsmodell für menschliches Verhalten an, mit dessen Hilfe Gemeinsamkeiten und Unterschiede erklärt werden können.⁶³ In diesem Zusammenhang gelangt der Rechtsvergleicher in Lebensbereichen, die nicht besonders starken moralischen und sittlichen Wertungen unterliegen, häufig zu dem Ergebnis, dass unterschiedliche Rechtsordnungen gleiche Lebensfragen auch gleich oder sehr ähnlich lösen, wobei die Wege zur Lösung sehr unterschiedlich sein können.⁶⁴ Bei der Erklärung sowohl der unterschiedlichen Lösungswege als auch der übereinstimmenden Lösungsergebnisse kann die normative ökonomische Analyse des Rechts herangezogen werden. Als Erklärungsansatz dient dabei in beiden Fällen der Gedanke der Effizienz. Mit Blick auf die abweichenden Lösungswege stellen sich unter Effizienzgesichtspunkten die unterschiedlichen Rahmenbedingungen der Vergleichsordnungen als mögliche Ursache dar.⁶⁵ Haben die Akteure einer Rechtsordnung ein bestimmtes Ergebnis als wünschenswert erkannt, so werden sie zur Erreichung dieses Ergebnisses auf diejenigen rechtlichen Regelungen zurückgreifen, die sich am einfachsten und kostengünstigsten in ihre Rechtsordnung integrieren lassen.⁶⁶ Somit hängen die gewählten Lösungswege auch immer von der Art der Ausgestaltung der bereits existierenden Rechtsordnung ab, sog. „Pfadabhängigkeit“⁶⁷ bzw. „path dependence“⁶⁸. Ferner stellt die Effizienz auch für die häufig übereinstimmenden Lösungs-

⁶² De Geest/Van den Bergh (2004), ix; Brand (2003), 1087.

⁶³ Vgl. van Aaken (2001), 146 f.

⁶⁴ Zweigert/Kötz (1996), 38 f.

⁶⁵ Caterina (2006), 162; Mattei/Monti (2001), 5; Mattei (1994), 11.

⁶⁶ Faust (2006), 846.

⁶⁷ Fleischer (2002), 849.

⁶⁸ Mattei/Monti (2001), 6 f.