

# Druckausübung in Vertragsverhandlungen

Eine ökonomische Analyse zum allgemeinen Zivilrecht

von  
Dr. Tim Schlösser

1. Auflage

Druckausübung in Vertragsverhandlungen – Schlösser

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Gesamtdarstellungen zum BGB, allgemeine Fragen zum Zivilrecht



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:  
[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 66374 1

Zuzustimmen ist dem BGH zunächst darin, dass K eine Zwangslage gegenüber B geschaffen hat: Infolge des Verhaltens der K wurden Handlungsalternativen der B reduziert. Der Umstand, dass das wesentlich durch die Ausnutzung einer Informationsasymmetrie zwischen K und dem *Ehemann* der B (d. h. die Nichtaufklärung des E über die Konditionen der F) geschah, spielt für die Beurteilung des Verhaltens der K gegenüber B keine Rolle: B wurde nicht getäuscht oder unzureichend aufgeklärt, sondern (wenn auch u. a. infolge der fehlenden Aufklärung des E) in eine Zwangslage versetzt.

Verfehlt ist aus ökonomischer Perspektive jedoch der Ansatz des BGH, diesen Fall unter § 138 Abs. 1 BGB zu subsumieren.<sup>912</sup> Insbesondere ist bei einer ökonomischen Betrachtung die angeordnete Rechtsfolge, die Nichtigkeit der Bürgschaft der B, nicht effizient. B selbst hatte nämlich ein erhebliches Interesse daran, dass der Bürgschaftsvertrag aufrecht erhalten bleibt. Die Bürgschaftsvereinbarung als solche war daher auch Pareto-effizient. Vom Ergebnis her betrachtet ist die Entscheidung des BGH nur in der besonderen, im Nachhinein eingetretenen Situation vertretbar: Das Unternehmen des E war in dem Zeitpunkt, in dem die K aus der Bürgschaft gegen B vorgehen wollte, bereits gescheitert. Augenfällig wird die Unangemessenheit der Lösung über § 138 Abs. 1 BGB aber dann, wenn man den Zeitraum vor der Insolvenz des Unternehmens des E betrachtet. Wäre die Nichtigkeit der Bürgschaft zu diesem Zeitpunkt bereits bekannt gewesen, hätte F der K keine Ausfallbürgschaft gewährt. Dann aber wäre die Rückzahlungsverpflichtung des E fällig geworden mit den entsprechenden katastrophalen (und von B gefürchteten) Folgen. Besser wäre es deshalb gewesen, die Bürgschaft der B aufrecht zu erhalten und den Interessen der B Rechnung zu tragen, indem ihr ein Schadensersatzanspruch gewährt wird, der an das vorangegangene Verhalten der K gegenüber B, durch das deren missliche Lage geschaffen wurde, anknüpft.<sup>913</sup> Dabei liegt das haftungsbegründende Verhalten der K nicht in der Verletzung einer Informationspflicht gegenüber der B, sondern darin, dass B in eine Zwangslage versetzt wurde, was im vorliegenden Fall unter anderem über die Nichtaufklärung des E geschah.<sup>914</sup>

#### bb) Subtile Formen der Druckausübung in gegebenen strukturellen Abhängigkeitsverhältnissen

Ein Anwendungsbereich des § 138 Abs. 1 BGB bleibt jedoch in der Regulierung von solchen Formen der Druckausübung, auf die der handelnde Akteur innerhalb eines gegebenen strukturellen Abhängigkeitsverhältnisses zurückgreifen kann und die in ihrer Wirkung so subtil oder diffus sind, dass sie sich als solche einem außen stehenden Dritten nicht nachweisen lassen.

In solchen Fällen bietet zunächst ein Aufhebungsrecht keine sinnvolle Rechtsfolge, weil der Betroffene *ex post*, d. h. nach erfolgter Einflussnahme, keinen Anreiz hat, den

---

<sup>912</sup> Verräterisch ist in diesem Zusammenhang folgende Ungenauigkeit in der Begründung des BGH: Um zu belegen, dass es für die Sittenwidrigkeit einer Bürgschaft auch darauf ankomme, ob der Gläubiger „eine seelische Zwangslage herbeiführt“, zitiert der BGH a. a. O. die Entscheidung BGH, Urteil vom 5.1.1995, IX ZR 85/94, NJW 1995, 592 ff., in der es aber heißt, dass es für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit einer Bürgschaft relevant sei, dass der Gläubiger „seelische Zwangslage *ausnutzt* oder ihn [den Bürgen] auf andere Weise in seiner Entscheidungsfreiheit wesentlich beeinträchtigt“. Das Herbeiführen ist vom Ausnutzen einer Zwangslage aber strikt zu unterscheiden, siehe oben Fn. 535 und begleitender Text.

<sup>913</sup> Vgl. zu dem Verhältnis von § 826 BGB zu § 138 BGB grundsätzlich zutreffend Staudinger-Oechsler (2009), § 826 Rn. 44: „Nur in denjenigen Fällen, in denen durch die Nichtigkeitsfolge des § 138 BGB jeder Schaden des Opfers beseitigt ist (...) scheidet ein Anspruch aus § 826 BGB aus.“

<sup>914</sup> So auch zutreffend Lorenz (1997a), S. 498 bei Fn. 1601.

geschlossenen Vertrag aufzuheben, weil das Abhängigkeitsverhältnis fortbesteht.<sup>915</sup> Darüber hinaus gehen alle Rechtsbehelfe ins Leere, die an ein nachweisbares sanktionswürdiges Verhalten anknüpfen. Damit scheiden neben § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB auch Schadensersatzansprüche auf Tatbestandsebene<sup>916</sup> aus.

Andererseits griffe es aber auch zu weit, allen Verträgen die Anerkennung zu versagen, die in generell hinzunehmenden strukturellen Abhängigkeitsverhältnissen geschlossen werden. Stattdessen kann eine Regulierung durch § 138 Abs. 1 BGB aber an eine Kombination aus einem strukturellen Abhängigkeitsverhältnis und dem Nachweis der typischen unerwünschten Folgen der zu sanktionierenden Verhaltensweisen anknüpfen. Ein strukturelles Abhängigkeitsverhältnis liegt dann vor, wenn das Verhältnis zwischen den Akteuren über einen längeren Zeitraum (in *per se* hinzunehmender Weise) durch eine asymmetrische Machtverteilung geprägt und die konkrete Interaktion unter den Beteiligten für Dritte komplex und nur schwer zu beobachten ist. Beispiele können etwa Arbeits- oder Mietverhältnisse sein. Das zweite Kriterium liegt in der typischen unerwünschten Folge der Druckausübung, nämlich einem Vertrag, der das Pareto-Kriterium verletzt, also einen Vermögenstransfer herbeiführt.

Allerdings ist es schwierig, zu beurteilen, ob ein gegebener Vertrag das Pareto-Kriterium verletzt.<sup>917</sup> Entscheidend ist aus ökonomischer Perspektive, ob der Betroffene durch das Rechtsgeschäft im Vergleich mit dem *Status Quo Ante* schlechter gestellt worden ist; Leistung und Gegenleistung sind zu saldieren. Dabei müssen insbesondere die exogenen offenstehenden Handlungsalternativen des betroffenen Akteurs berücksichtigt werden. Hat er sich gegenüber dem so definierten *Status Quo Ante* (möglicherweise einer Notlage) durch die Transaktion besser gestellt, liegt ein reiner Transfer nicht vor, der zustande gekommene Vertrag ist Pareto-effizient.<sup>918</sup> Das gilt auch dann, wenn bei objektiver Betrachtung ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Nur wenn im Vergleich zum *Status Quo Ante* eine Verschlechterung der Lage des Betroffenen erfolgt, die ihren Grund bei Würdigung der Umstände des Einzelfalles nur in dem vorliegenden Abhängigkeitsverhältnis haben kann, lässt sich der Schluss auf eine ökonomisch unerwünschte Form der Einflussnahme (Druckausübung, Täuschung oder dergleichen) ziehen. Im Rahmen dieser Beurteilung kommt dem Äquivalenzkriterium insofern Bedeutung zu, als die wirtschaftlichen Konsequenzen des fraglichen Rechtsgeschäfts saldiert zu berücksichtigen sind und ein sehr negativer objektiver Saldo dafür sprechen kann, dass sich die Position des Betroffenen im Vergleich mit dem *Status Quo Ante* tatsächlich verschlechtert.<sup>919</sup>

<sup>915</sup> Siehe oben Fn. 908 und begleitender Text.

<sup>916</sup> Die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis zwischen § 138 Abs. 1 BGB und § 123 Abs. 1 BGB sowie zwischen § 138 Abs. 1 BGB und dem Schadensrecht (siehe zu alledem etwa Staudinger-Sack/Fischinger (2011), § 138 Rn. 176ff., 186) stellt sich für die in dieser Arbeit untersuchten Verhaltensweisen daher nicht.

<sup>917</sup> Siehe hierzu bereits oben A. II. 3. a).

<sup>918</sup> In dieser Konstellation kann aber ein Ausnutzen einer bestehenden Zwangslage vorliegen, dass seinerseits regulierendes Eingreifen anhand eines distributiven Kriteriums notwendig machen mag; in solch einem Fall mag es weiter effizient sein, den geschlossenen Vertrag inhaltlich anzupassen, um so zum einen die Übervorteilung des Betroffenen auszugleichen und zum anderen den Anreiz zum „Retten“ für den überlegenen Akteur nicht aufzuheben. Ein Fall der Druckausübung in Vertragsverhandlungen im Sinne des Untersuchungsgegenstands dieser Arbeit liegt hier aber nicht vor. Vgl. zu diesem Problembereich auch oben Fn. 535 und begleitender Text.

<sup>919</sup> Vgl. die sehr ähnliche Argumentation bei Craswell (1993), S. 41, 42: In Verbindung mit seinem Vorschlag, die Annahme eines „proper consent“ im Wesentlichen von den für den Druck

## c) Einordnung in die anerkannten Fallgruppen zu § 138 Abs. 1 BGB

Die damit beschriebenen Fälle lassen sich grundsätzlich durch die zu § 138 Abs. 1 BGB entwickelten Fallgruppen der Ausnutzung einer Übermachtstellung<sup>920</sup> und des sog. wucherähnlichen Geschäfts<sup>921</sup> erfassen. Anerkannt ist insofern, dass die Kombination aus der Übermachtstellung bzw. der verwerflichen Gesinnung<sup>922</sup> einer Vertragspartei über die andere mit dem Umstand, dass die schwächere Partei der Überlegenen einen unverhältnismäßigen Vorteil gewährt, das Urteil der Sittenwidrigkeit auslösen kann,<sup>923</sup> wohingegen keiner der genannten Faktoren für sich allein genommen die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts zu begründen vermag.<sup>924</sup> Ein solcher unverhältnismäßiger Vorteil soll insbesondere bei einem groben Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung, also einer Störung des objektiv verstandenen Äquivalenzinteresses, vorliegen.<sup>925</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH kann ein solches Missverhältnis auch den Schluss auf die notwendige verwerfliche Gesinnung des Handelnden ermöglichen.<sup>926</sup>

Auf der Grundlage des ökonomischen Ansatzes ist demgegenüber entscheidend, dass neben dem gezogenen Vorteil des Begünstigten zugleich ein Nachteil des Betroffenen im Vergleich zum *Status Quo Ante* vorliegt, was auch bei einem groben objektiven Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung nicht notwendig der Fall sein muss. Im Rahmen der Beurteilung dieser Frage kommt dem Äquivalenzkriterium allerdings als Indiz Bedeutung zu.<sup>927</sup> Tritt daher bei einem Vertrag, der innerhalb eines strukturellen Abhängigkeitsverhältnisses geschlossen wird, eine besonders grobe Äquivalenzstörung<sup>928</sup> auf bzw. deuten sonst Umstände darauf hin, dass der Vertrag für den unterlegenen Teil nicht vorteilhaft im Vergleich mit seinem *Status Quo Ante*

---

ausübenden Akteur bestehenden Anreizen abhängig zu machen (S. 38 ff.), führt das Argument, sehr nachteilige Vertragsbedingungen könnten ein Indiz für „lack of consent“ sein, zu demselben Ansatz wie dem hier vorgeschlagenen.

<sup>920</sup> Siehe hierzu MünchKomm-Armbrüster (2012), § 138 Rn. 86 ff.; Staudinger-Sack/Fischinger (2011), § 138 Rn. 293 jeweils m.w.N.

<sup>921</sup> Siehe hierzu MünchKomm-Armbrüster (2012), § 138 Rn. 113 ff.; Staudinger-Sack/Fischinger (2011), § 138 Rn. 67 ff.; Erman-Palm/Arnold (2011), § 138 Rn. 199 jeweils m.w.N.

<sup>922</sup> Dieses Merkmal ist nach Ansicht des BGH „unerlässlich“, siehe BGH, Urteil vom 9.10.2009, Az. V ZR 178/08, NJW 2010, S. 363; einschränkend Erman-Palm/Arnold (2011), § 138 Rn. 42; kritisch MünchKomm-Armbrüster (2012), § 138 Rn. 117; Staudinger-Sack/Fischinger (2011), § 138 Rn. 76.

<sup>923</sup> BGH, Urteil vom 29.6.2007 Az. V ZR 1/06, NJW 2007, S. 2841 f.; BGH, Urteil vom 13.6.2001, Az. XII ZR 49/99, NJW 2002, S. 55, 56 f.; BGH, Urteil vom 29.6.2007, Az. V ZR 1/06, NJW 2001, S. 1127 f.; Erman-Palm/Arnold (2011), § 138 Rn. 37, 39; Staudinger-Sack/Fischinger (2011), § 138 Rn. 293; Wolf/Neuner (2012), S. 543.

<sup>924</sup> Erman-Palm/Arnold (2011), § 138 Rn. 37, 39; Staudinger-Sack/Fischinger (2011), § 138 Rn. 270, 271; vgl. BGH, Urteil vom 25.5.1983, Az. IVa ZR 182/81, NJW 1983, S. 2817, 2819.

<sup>925</sup> Staudinger-Sack/Fischinger (2011), § 138 Rn. 295; Wolf/Neuner (2012), S. 543.

<sup>926</sup> Hierzu BGH, Urteil vom 19.3.2010, Az. V ZR 52/09, NJW-RR 2010, S. 1529, 15230; BGH, Urteil vom 29.6.2007 Az. V ZR 1/06, NJW 2007, S. 2841 f.; BGH, Urteil vom 27.9.2002, Az. V ZR 218/01, NJW 2003, S. 283, 284; MünchKomm-Armbrüster (2012), § 138 Rn. 116 f.; Staudinger-Sack/Fischinger (2011), § 138 Rn. 277 ff.

<sup>927</sup> Siehe oben b) bb).

<sup>928</sup> Zum Begriff siehe BGH, Urteil vom 2.7.2004, Az. V ZR 213/03, NJW 2004, S. 2671, 2673; BGH, Urteil vom 22.12.1999, Az. VIII ZR 111/99, NJW 2000, S. 1254, 1255; BGH, Urteil vom 26.11.1997, Az. VIII ZR 322-96, NJW-RR 1998, S. 1065, 1066; MünchKomm-Armbrüster (2012), § 138 Rn. 14; Palandt-Ellenberger (2013), § 138 Rn. 34a (Wert der Gegenleistung mehr als doppelt bzw. weniger als halb so hoch).

gewesen sein kann,<sup>929</sup> dürfte häufig die Vermutung naheliegen, dass der Betroffene dem zugestimmt hat, um sonstige Nachteile innerhalb des Abhängigkeitsverhältnisses zu vermeiden.<sup>930</sup> War das für den überlegenen Akteur erkennbar,<sup>931</sup> spricht viel dafür, dass eine subtile Form der Druckausübung vorliegt, die sanktioniert werden sollte. Solche Formen der Einflussnahme sind vergleichbar mit denjenigen Verhaltensweisen, die im Wettbewerbsrecht unter dem Stichwort des „autoritären Drucks“ diskutiert werden.<sup>932</sup> Es wäre daher zu erwägen, die im Rahmen des § 138 BGB diskutierten Fallgruppen in Anlehnung an die für das Wettbewerbsrecht entwickelte Terminologie um Fälle „autoritären Drucks“ zu ergänzen.<sup>933</sup>

Nicht unter diese Fallgruppe sollten dagegen Fälle von Machtungleichgewichten subsumiert werden, die nur auf vorübergehenden, „augenblicklichen Zwangslagen“ beruhen.<sup>934</sup> Wie gezeigt, ist bei nur situativ wirkenden Beeinträchtigungen der Entscheidungssituation des Betroffenen grundsätzlich das Anfechtungsrecht als Rechtsfolge vorzuziehen.<sup>935</sup> Auch der bisweilen zu lesende Satz, dass eine krasse Überforderung des schwächeren Akteurs dem Fall gleichsteht, dass der stärkere Akteur einen übermäßigen Vorteil zieht,<sup>936</sup> gilt für die hier diskutierten Fälle nicht.<sup>937</sup> Entscheidend ist, dass ein Transfer vorliegt.

<sup>929</sup> Etwa bei unentgeltlichen Verträgen, vgl. Lorenz (1997a), S. 482.

<sup>930</sup> Solche Nachteile können, müssen aber nicht spezifiziert sein.

<sup>931</sup> Zu diesem Erfordernis BGH, Urteil vom 2.7.2004, Az. V ZR 213/03, NJW 2004, S. 2671, 2673; BGH, Urteil vom 19.1.2001, Az. V ZR 437/99, NJW 2001, S. 1127, 1128; Palandt-Ellenberger (2013), § 138 Rn. 34.

<sup>932</sup> Köhler/Bornkamm-Köhler (2013), § 4 UWG Rn. 1.61 f.; vgl. auch Piper/Ohly/Sosnitzka-Sosnitzka (2010), § 4 UWG Rn. 1.32; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig-Stucke (2013), § 4 UWG Rn. 29; vgl. für eine solche Form der Druckausübung auch OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 22.1.1998, Az. 6 U 216/97, NJW-WettbR 1998, S. 124.

<sup>933</sup> Vgl. Lorenz (1997a), S. 482. Noch genauer ließe sich von „vermutetem autoritärem Druck“ sprechen; diese Fälle stehen nicht nur terminologisch den von Lorenz (1997a), S. 457 ff. ausführlich geschilderten Fällen des *presumed undue influence* nach englischem Recht nahe.

<sup>934</sup> So aber Wolf/Neuner (2012), S. 543; BGH, Urteil vom 27.1.1988, Az. VIII ZR 155/87, ZIP 1988, S. 582, 583 f. (Haustürsituation); im Ergebnis wie hier Erman-Palm (2008), § 138 Rn. 50 a. E., der eine strukturell ungleiche Verhandlungslage fordert.

<sup>935</sup> Siehe oben II. 1. a) bb) (i) und (ii) (c). Für solche Fälle greift daher der oben Fn. 908 erhobene Einwand gegen Art. 4:109 PECL, Art. II.-7:207 DCFR und Art. 51 DCESEL nicht. Es verbleibt dann aber das Problem, dass ineffiziente Anreize gesetzt werden können, die potentielle „Retter“ abschrecken, vgl. oben Fn. 534 und begleitender Text.

<sup>936</sup> So aber Wolf/Neuner (2012), S. 544.

<sup>937</sup> Dass die Fälle der (ausschließlichen) Überforderung des Betroffenen ökonomisch anderen Beurteilungskriterien folgen sollten, zeigt sich insbesondere bei einer Analyse solcher Fälle, in denen die Rechtsprechung eine Sicherheitenbestellung wegen einer unverhältnismäßig starken Beeinträchtigung des Schuldners für sittenwidrig gehalten hat (Verpfändung der gesamten Wohnungseinrichtung), siehe BGH, Urteil vom 28.11.1960, Az. VIII ZR 211/59, WM 1961, S. 244; OLG Bamberg, Urteil vom 18.4.1980, Az. 6 U 4/80, MDR 1981, 50; vgl. auch Erman-Palm (2008), § 138 Rn. 161. Gerade im Hinblick auf diese Fälle hat Scott darauf hingewiesen, dass durch die Bestellung solcher „Sicherheiten“, die einen sehr hohen Wert für den Schuldner, aber nur einen niedrigen Wert für den Gläubiger haben, effiziente private Durchsetzungsmechanismen geschaffen werden können, weil in der Verwertung der Sicherheit eher eine „Strafe“ für den Schuldner als eine Kompensation des Gläubigers liegt. Würde der Gläubiger demgegenüber solche Sicherheiten erhalten, die für ihn selbst von Wert sind, entstünde ihm ein Anreiz, opportunistisch auf diese Sicherheiten zurückzugreifen, indem er etwa ein tatsächlich nicht bestehendes vertragsbrüchiges Verhalten des Sicherungsgebers behauptet. Siehe Scott (1989), S. 773 ff.

## 2. Freie Regulierung auf Grundlage des Rechtsgedankens des § 315 Abs. 3 BGB

Verhandlungssituationen, in denen ein Akteur auf einen anderen Akteur Druck ausübt, werden häufig als situatives bzw. bilaterales Monopol beschrieben.<sup>938</sup> Dann ist aber auch der Gedanke nahe liegend, auf solche Konstellationen die von der Rechtsprechung für die Inhaltskontrolle in „echten“ Monopolsituationen entwickelten Grundsätze heranzuziehen, in denen die Rechtsprechung unter Berufung auf den Rechtsgedanken des § 315 Abs. 3 BGB die von Monopolisten und anderen marktmächtigen Anbietern geforderten Konditionen kontrolliert und gegebenenfalls selbst festsetzt.<sup>939</sup> Eine solche, unterhalb der Schwelle des § 138 Abs. 1 BGB anzusetzende Billigkeitskontrolle ist insbesondere für die Tarife von Anbietern wie z. B. Abschleppunternehmern vorgeschlagen worden, die im konkreten Bedarfsfalle situativ eine monopolähnliche Stellung einnehmen können.<sup>940</sup>

Die freie richterliche Inhaltsregulierung unter Berufung auf den Rechtsgedanken des § 315 Abs. 3 BGB zur Regulierung von Druckausübung in Vertragsverhandlungen heranzuziehen, begegnet aus einer ökonomischen Perspektive jedoch durchgreifenden Bedenken. Ein solcher Ansatz vereint die ökonomischen Nachteile, die aus einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit einem konkreten Vertrag erwachsen, sowohl auf der Tatbestands- wie auch auf der Rechtsfolgenseite. Nun ist eine tatbestandliche Anknüpfung an den Vertragsinhalt unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt, namentlich dann, wenn die zum Einsatz kommenden Druckmittel so subtil wirken, dass ihr Nachweis im Einzelfall nicht oder nur schwer möglich ist (vgl. oben 1. b) bb)). Insofern kommt der Vorschrift des § 138 Abs. 1 BGB im Zusammenhang mit der Sanktionierung von Druckausübung in Vertragsverhandlungen eine wichtige Bedeutung zu.<sup>941</sup> Im Hinblick auf die Rechtsfolge geht der Vorschlag einer Regulierung auf der Grundlage des Rechtsgedankens des § 315 Abs. 3 BGB jedoch weit über die mit der Anordnung der Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB einhergehende Intervention in das Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten hinaus. Ein Gericht würde sich auf der Grundlage des Rechtsgedankens des § 315 Abs. 3 BGB nicht darauf beschränken können, inhaltlich die Ineffizienz (oder sonstige normative Unerwünschtheit) des geschlossenen Vertrages festzustellen, sondern müsste sich darüber hinaus ein Urteil darüber anmaßen, welche vertragliche Regelung den Interessen der Beteiligten besser gerecht würde.<sup>942</sup> Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein Gericht dazu

---

<sup>938</sup> Vgl. Trebilcock (1993), S. 93 ff.; Hau (2003), S. 152, spricht von einem „bilateralen Monopol“ im Hinblick auf die Nachverhandlungssituation, wenn und soweit die Akteure transaktionsspezifische Investitionen getätigt und im Einzelfall keine „reasonable alternatives“ haben.

<sup>939</sup> Hau (2003), S. 152 f.; vgl. BGH, Urteil vom 10.10.1991, Az. III ZR 100/90, BGHZ 115, S. 311, 316; BGH, Urteil vom 10.10.1992, Az. X ZR 95/90, NJW 1993, S. 1128, 1129.

<sup>940</sup> Ulmer/Brandner/Hensen-Brandner (2001), § 8 AGBG Rn. 15. In eine ähnliche Richtung scheint zu gehen der von M. Becker (2003), S. 71 ff. gemachte Vorschlag einer allgemeinen zivilrechtlichen Inhaltskontrolle, für die Ansätze in den §§ 307, 310 Abs. 3 BGB erkennbar seien.

<sup>941</sup> Siehe oben 1. b) bb) und c).

<sup>942</sup> Hau (2003), S. 155. Zur Regelung des § 315 Abs. 3 BGB selbst siehe die genau zutreffende Kritik bei Köndgen (1997), S. 136: „Konkret: Der Richter soll in erster Linie das Preisfindungsergebnis kontrollieren und dieses gar noch durch einen eigenen Entscheid ersetzen. Damit setzt § 315 Abs. 3 BGB offensichtlich am falschen Ende an. Er mutet dem Richter eine nahezu unlösbare Aufgabe zu. (...) Die ökonomisch allein richtige Lösung liefe darauf hinaus, den Gerichten nur eine Verwerfungskompetenz für einseitig festgesetzte Preise zuzugestehen; die Aufgabe der „po-

besser in der Lage wäre als die Beteiligten selbst.<sup>943</sup> Sofern Anpassungsvereinbarungen einer Inhaltsregulierung auf der Grundlage des Rechtsgedankens des § 315 Abs. 3 BGB unterzogen würden, vermindert sich darüber hinaus der der Anreiz für die Beteiligten, Nachverhandlungen überhaupt aufzunehmen.<sup>944</sup> Diese Einwände gleichen zwar den gegen eine schadensrechtliche Sanktionierung von Druckausübung sprechenden Aspekten, der, wie bereits angedeutet, ihrerseits eine wichtige Funktion bei der Sanktionierung von Druckausübung zukommt.<sup>945</sup> Die schadensrechtliche Lösung bietet im Gegenzug jedoch auf tatbestandlicher Ebene die Möglichkeit, gezielt an das zu sanktionierende Verhalten des Druck ausübenden Akteurs anzuknüpfen, und auf diese Weise effizientere Anreize für die Akteure zu setzen.<sup>946</sup> Die inhaltliche Anknüpfung an den geschlossenen Vertrag bietet demgegenüber nur einen sehr ungenauen Ansatz für die Sanktionierung der im Vorfeld eines solchen Vertragsschlusses liegenden Verhaltensweisen und führt daher in vielen Konstellationen zu Fehlanreizen für die Akteure. Sie ist aus ökonomischer Perspektive daher abzulehnen.

#### IV. Abschlusskontrolle ohne typisierte Rechtsfolge: Schadensersatzansprüche

Auch das Schadensrecht reguliert die im zweiten Teil der Arbeit beschriebenen Verhaltensweisen. Im Folgenden wird zunächst allgemein die Struktur der schadensrechtlichen Regulierung dargestellt (unten 1.). Auf dieser Grundlage werden sodann die für eine schadensrechtliche Regulierung in Frage kommenden Verhaltensweisen beschrieben (unten 2.). Abschließend wird untersucht, ob und inwieweit der wesentliche einschlägige Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, Abs. 3 i. V. m. §§ 241 Abs. 2 (culpa in contrahendo) die fraglichen Verhaltensweisen effizient reguliert (unten 3. und 4.).

##### 1. Die Struktur der Regelungen: Abschlusskontrolle und Inhaltsergänzung durch Schadensersatzansprüche

Die schadensrechtlichen Regelungen knüpfen, sofern sie ein Verschulden voraussetzen, grundsätzlich an ein nachweisbares vorvertragliches Verhalten des schädigenden Akteurs an.<sup>947</sup> Sie nehmen daher eine Abschlusskontrolle vor. Anders als etwa § 123

---

sitiven“ Preisfindung müsste dann an die Parteien selbst zur Neuverhandlung zurückverwiesen werden.“ Vgl. auch Heinrich (2000), S. 171, demzufolge die Anerkennung der Privatautonomie und damit der Selbstbestimmung dazu führe, dass die Vertragsparteien und nicht das Recht Leistung und Gegenleistung wertend gegenüberstellen; als Konsequenz beschränke sich der staatliche Eingriff in bestehende Verträge regelmäßig auf eine Negativkorrektur, wohingegen den Parteien positiv kein angemessenes Verhältnis von Leistung und Gegenleistung vorgegeben werde. Es liegt auf der Hand, dass sich diese Bestandsaufnahme mit dem Konzept einer freien Vertragsregulierung auf der Grundlage des Rechtsgedankens des § 315 Abs. 3 BGB nicht verträgt.

<sup>943</sup> Siehe oben A. II. 3. a) und C. I. b) bb).

<sup>944</sup> Zutreffend Hau (2003), S. 155.

<sup>945</sup> Siehe dazu sogleich ausführlich IV. 2).

<sup>946</sup> Siehe dazu sogleich ausführlich IV. 2), IV. 4. a) aa) und IV. 4. b) aa).

<sup>947</sup> Lorenz (1997a), S. 487f.

Abs.1 Alt.2 BGB statuieren sie jedoch keine typisierte Rechtsfolge. Vielmehr hängen Art und Umfang der schadensrechtlichen Kompensation im Einzelfall von dem konkreten haftungsbegründenden Verhalten des Schädigers auf der einen Seite und seinen konkreten Konsequenzen für den Geschädigten auf der anderen Seite ab. Dieser Zusammenhang schlägt sich insbesondere im Kausalitätsprinzip nieder, das in § 249 Abs.1 BGB angelegt ist und der Schadensberechnung nach der Differenzhypothese zugrunde liegt,<sup>948</sup> sowie der spiegelbildlich korrespondierenden Vorschrift des § 254 BGB. Diese Grundstrukturen des Schadensrechts stehen einer dem Anfechtungsrecht vergleichbaren Typisierung der angeordneten Rechtsfolge grundsätzlich im Wege.<sup>949</sup>

Daraus folgt auch, dass im Rahmen der schadensrechtlichen Regulierung des Vertragsanbahnungsprozesses der Inhalt eines später zustande gekommenen Vertrags oft in die Betrachtung einbezogen werden muss, weil und soweit sich die erlittene und ausgleichende Beeinträchtigung des Geschädigten in der Belastung mit vertraglichen Pflichten niederschlägt, denen er ohne das haftungsauslösende Verhalten des Handelnden nicht oder nicht in dieser Form ausgesetzt gewesen wäre.<sup>950</sup> Aus diesem strukturellen Unterschied zwischen der Abschlusskontrolle durch das Anfechtungsrecht auf der einen Seite und der Abschlusskontrolle durch das Schadensrecht auf der anderen Seite lassen sich aus ökonomischer Perspektive Schlüsse für den effizienten Anwendungsbereich der schadensrechtlichen Vorschriften ziehen. Die für eine schadensrechtliche Regulierung in Betracht kommenden Verhaltensweisen werden im nächsten Abschnitt diskutiert.

## 2. Die zu erfassenden Verhaltensweisen

Die aus ökonomischer Sicht durch das Schadensrecht zu sanktionierenden Verhaltensweisen lassen sich unter zwei Gesichtspunkten eingrenzen: Zum einen aus einer funktionellen Perspektive in Abgrenzung zum Anwendungsbereich insbesondere des § 123 Abs.1 Alt.2 BGB in direkter und analoger Anwendung, der seinerseits ein effizientes Regelungsmodell bietet, dass durch die gleichzeitige Verfügbarkeit schadensrechtlicher Ausgleichsmechanismen beeinträchtigt wird<sup>951</sup> (dazu unten a)). Zum anderen müssen Kriterien entwickelt werden, um innerhalb des so bestimmten Anwendungsbereichs der schadensrechtlichen Vorschriften die konkret unerwünschten Verhaltensweisen zu identifizieren (dazu unten b)).

### a) Abgrenzung des Anwendungsbereichs

Schadensersatzansprüche dienen allgemein dem Ziel, nach einer bestimmten, für einen Akteur nachteiligen Veränderung eines Umweltzustands den Akteur so zu stellen, wie er ohne die Beeinträchtigung gestanden hätte. Nur sofern das nicht möglich oder opportun ist, wird der Beeinträchtigte finanziell entschädigt. Das folgt aus den §§ 249 Abs.1, 251 Abs.1 BGB. Auch durch Druckausübung wird ein bestimmter

---

<sup>948</sup> Grigoleit (2007), S.183; zur damit in Bezug auf die schadensrechtliche Behandlung von Druckausübung notwendig werdende Differenzierung zwischen *metus causam dans* und *metus incidens* vgl. Lorenz (1997a), S.79 ff.

<sup>949</sup> Siehe oben II. 1. a) bb) (ii) (b).

<sup>950</sup> Vgl. Lorenz (1997a), S.487 f., Grigoleit (2007), S.183.

<sup>951</sup> Vgl. oben II. 1. a) bb) (ii) (c).

Umweltzustand verändert, nämlich die Entscheidungssituation des betroffenen Akteurs beim Vertragsschluss. Diese kann bisweilen dadurch wiederhergestellt werden, dass man dem betroffenen Akteur ein Anfechtungsrecht gewährt. Das ist dann der Fall, wenn die Einwirkung auf die Entscheidungssituation nur virtuell und situativ erfolgt ist mit der Konsequenz, dass die einzige Beeinträchtigung des betroffenen Akteurs in dem so zustande gekommenen Vertrag liegt. Es wurde gezeigt, dass der Regelungsmechanismus des § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB, der eine Verhaltenskontrolle mit einer typisierten Rechtsfolge kombiniert, in solchen Konstellationen vergleichsweise effizient ist.<sup>952</sup> Demgegenüber muss funktionell das Schadensrecht eingreifen, wenn diese Voraussetzungen nicht gegeben sind.<sup>953</sup> Das ist insbesondere bei real wirkenden Beeinträchtigungen der Entscheidungssituation der Fall.<sup>954</sup> Anhand dieser funktionell verstandenen Abgrenzung des Anwendungsbereichs der schadensrechtlichen Vorschriften lassen sich nun bestimmte Konstellationen entwickeln, in denen eine schadensrechtliche Kompensation angezeigt ist.

### aa) Vorübergehende reale Beeinträchtigungen

Das betrifft erstens Fälle, in denen in einer Verhandlungssituation die Handlungsalternative „Nichteinigung“ des Betroffenen mit einer real wirkenden Beeinträchtigung belegt wird, der er für die Zukunft nur entgehen kann, indem er sich in der von dem Druck ausübenden Akteur gewünschten Art und Weise verhält. Eine solche Beeinträchtigung wirkt zeitlich nur begrenzt, situativ, d. h. endet dann, wenn der Betroffene ihr nachgibt, und lebt auch nicht nach einer Aufhebung des geschlossenen Vertrags wieder auf.<sup>955</sup> Ein Beispiel hierfür bietet der bereits zitierte, einer Entscheidung des LG Leipzig nachgebildete Sachverhalt, in dem ein säumiger Schuldner von einem „schwarzen Schatten“ verfolgt und so in seiner Zahlungsmoral bestärkt werden soll.<sup>956</sup> Durch eine solche Durchsetzungsmethode wird der Schuldner unmittelbar, d. h. nicht erst zukünftig beeinträchtigt. Er kann eine weitere Beeinträchtigung dadurch vermeiden, dass er die durchzusetzende Forderung erfüllt, erlittene Beeinträchtigungen<sup>957</sup> aber nicht ungeschehen machen. Diese erlittenen Beeinträchtigungen können auch durch ein Anfechtungsrecht nicht ausgeglichen werden, es entsteht der Bedarf nach einer schadensrechtlichen Kompensation.<sup>958</sup>

### bb) Die beeinträchtigte Entscheidungssituation kann wieder hergestellt werden

Neben diese Fälle, in denen die eingetretenen Schäden als „versunkene Kosten“ ohne Relevanz für eine neue Vertragsentscheidung sind, treten solche Fälle, in denen die erfahrene Beeinträchtigung zwar fortwirkt, aber die Entscheidungssituation *ex ante* des unter Druck gesetzten Akteurs durch einen Schadensersatzanspruch (oder einen sonstigen Rechtsbehelf) weitgehend wiederhergestellt werden kann. Als Beispiel

<sup>952</sup> Siehe zu alledem ausführlich oben II. 1. a) bb) (ii) (c).

<sup>953</sup> Generell für einen Vorrang des Anfechtungsrechts nach § 123 Abs. 1 BGB gegenüber einer schadensrechtlichen Vertragsaufhebung insbesondere aus c.i.c. Grigoleit (1997), S. 263; (2001), S. 281 f.; (2007), S. 171 f.; Erman-Palm (2008), § 123 Rn. 8; Medicus (1965), S. 212 ff.

<sup>954</sup> Vgl. oben II. 2) aa) (iii) (a) und (b).

<sup>955</sup> Siehe oben II. 2. a) aa) (iii) (a).

<sup>956</sup> Siehe oben Fn. 741 und begleitender Text.

<sup>957</sup> Weil z. B. Geschäftspartner keinen Kredit mehr geben, vgl. dazu LG Leipzig, Urteil vom 31.08.1994, Az. 6 O 4342/94, NJW 1995, S. 3192.

<sup>958</sup> Siehe dazu unten IV. 4. a).