

# Schadenersatz im Deliktsrecht aus Rechtsökonomischer Perspektive

Von stud. iur. **Lea Larissa Faltsmann**, Köln \*

*Der ökonomischen Analyse des Rechts wird an deutschen Universitäten regelmäßig wenig bis keine Beachtung geschenkt. Sie gehört allerdings im anglo-amerikanischen Raum – aus gutem Grund – zu den Standardkursen jedes Jurastudenten. Auch deutsche Gerichte berücksichtigen selbstverständlich rechtsökonomische Überlegungen in deliktsrechtlichen Fragestellungen. Studenten können und sollten rechtsökonomische Argumente in Klausuren heranziehen. Dieser Beitrag bietet eine Einführung in die Thematik.*

## I. Ausgangsfall: „Immer dem Navi nach“

Gerade für Juristen, die sich sehr wahrscheinlich noch nicht mit der ökonomischen Analyse des Rechts geschweige denn ökonomischen Modellen beschäftigt haben, ist es hilfreich, die folgenden Überlegungen an einem kleinen Fall zu veranschaulichen, bevor die notwendigen theoretischen Ausführungen und ihre Anwendung auf das Deliktsrecht folgen:

Autofahrer A befährt abends, seinem Navigationsgerät folgend, eine schmale Straße in der nordrhein-westfälischen Gemeinde X. Die Straße ist als Sackgasse ausgeschildert und hat keine Fahrbahnmarkierungen oder Bürgersteige. Der Asphalt ist an einer Stelle in einer Länge von einigen Metern unterbrochen. In der Straßenmitte ist an dieser Stelle ein Sperrpfosten mit Gelenk eingelassen, der nach Bedarf aufgestellt werden kann und dann die Durchfahrt für Autofahrer verhindert. Der Sperrpfosten ist zum fraglichen Zeitpunkt umgelegt, also die Durchfahrt möglich. Rechts und links von diesem Sperrpfosten befinden sich zwei Findlinge. Die Fahrbahndecke neben den Sperrpfosten ist aufgrund ausgespülter bzw. ausgefahrener Spurrinnen abgesenkt. Beim Überfahren dieser Stelle verkantet sich der Motor von As Auto aufgrund der unterschiedlichen Höhe der Fahrbahn am Sperrpfosten. Der Motor wird zerstört; es kommt zu einem wirtschaftlichen Totalschaden.<sup>1</sup>

Welche Ansprüche des A könnten bestehen?

Mangels vertraglicher oder quasivertraglicher Ansprüche, kommen nur deliktische Ansprüche in Frage, insbesondere aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 9a StrWG NRW.<sup>2</sup> Die Verkehrssicherungspflicht aus § 9a StrWG NRW umfasst die notwendigen Maßnahmen zur Herbeiführung und Erhaltung eines für den Straßenbenutzer hinreichend sicheren Straßenzustandes. Mangels eines anderen Anspruchsgegners wird A vorbringen wollen, dass das Land NRW eine Pflicht gehabt habe, eine für die Durchfahrt freigegebene Straße in einem solchen Zustand zu erhalten, dass es nicht zu Schäden an den passierenden Kraftfahrzeugen kommt. Das Land könnte diese Verkehrssicherungspflicht verletzt haben. Dann bestünde

eine Haftung wegen schuldhaften Unterlassens, die eine Amtspflichtverletzung darstellt.

Hier drängt sich die Überlegung auf, ob es sinnvoll ist, auch bei Straßen, die erkennbar keine Durchfahrtsstraßen sind und auch sonst nur eine geringe Verkehrsbedeutung haben, ständig eine intakte Fahrbahndecke zu gewährleisten. Man könnte, unter Berücksichtigung der Anzahl von Autofahrern, die die Straße nutzen, überlegen, wie hoch die Wahrscheinlichkeit eines solchen Schadenseintritts ist und wie groß der jeweilige Schaden voraussichtlich ausfallen wird. Diese Überlegung könnte man dann mit den Kosten für Kontrollen und gegebenenfalls notwendigen Fahrbahnerneuerungen vergleichen. Abstrakter wäre zu bedenken, wie eine Norm bzw. deren Anwendung ausgestaltet sein müsste, die Anreize zur Verhinderung von Schäden setzt, ohne jedoch die Kostenüberlegungen zu vernachlässigen.

In diesem Beitrag wird gezeigt, dass solche Überlegungen gewinnbringend sind und erläutert, wie diese Herangehensweise aus rechtsökonomischer Sicht begründet wird. Zunächst werden daher die Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts erläutert (unter II.). Dann wird die lenkende Funktion von Haftungsregeln und die effiziente Ausrichtung des Haftungsrechts am Beispiel des Ausgangsfalls untersucht (unter III.) und zuletzt gezeigt, dass die vorgebrachte Kritik gegen den rechtsökonomischen Ansatz zwar teilweise berechtigt ist, aber die Bedeutung der Erkenntnisse für die Ausgestaltung und Anwendung des Deliktsrechts dadurch nicht geschmälert werden sollte (unter IV.).

## II. Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts

### 1. Modell und Methodik

Die ökonomische Analyse des Rechts ist ein interdisziplinäres Forschungsgebiet, das sich der Analyse und Bewertung rechtlicher Normen anhand ökonomischer Maßstäbe verschrieben hat. Ziel der Ausgestaltung des Rechts anhand der Erkenntnisse der Rechtsökonomik ist die Wohlfahrtssteigerung, d.h. die Steigerung des gesellschaftlichen Wohlstands im Allgemeinen.

Um dieses Ziel durchsetzen zu können, bedarf es einer Vorstellung von den Verhaltensweisen und Reaktionen der Marktteilnehmer. Voraussetzung dafür ist die Annahme, dass alle Menschen gleichartig, jedoch nicht gleich, handeln. Die Rechtsökonomik greift dafür auf das Modell des homo oeconomicus zurück. Dabei geht man davon aus, dass alle Menschen sich grundsätzlich rational und nutzenmaximierend verhalten. Der idealtypische, egoistische Marktteilnehmer entscheidet sich immer für die für ihn vorteilhafteste Option innerhalb der ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten unter Berücksichtigung seiner Handlungsrestriktionen wie z.B. seines Gehalts in bestimmter Höhe (Methodologischer Individualismus).<sup>3</sup> Er entscheidet, nachdem er sich Kosten

\* Die Autorin studiert englisches und deutsches Recht an der Universität Köln und dem University College London.

<sup>1</sup> Vgl. LG Bonn, Urt. v. 6.4.2016 – 1 O 374/15 = BeckRS 2016, 10911.

<sup>2</sup> § 839 BGB i.V.m. Art 34 GG – dann liegt im gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 9a StrWG NRW relevanten Unterlassen des Beamten eine Amtspflichtverletzung.

<sup>3</sup> Im Englischen häufig als REMM-Hypothese (resourceful, evaluating, maximizing man) bezeichnet. Vgl. Tietzel, in: Jahrbuch für Sozialwissenschaften, 1981, S. 115 ff., insb.

und Nutzen seiner Entscheidungsmöglichkeiten vor Augen geführt hat. Die Auswahl, die er trifft, stellt seine persönliche Präferenzordnung<sup>4</sup> und, aufgrund seiner vollkommenen Rationalität, auch die effizienteste Auswahlmöglichkeit dar.<sup>5</sup> Dies setzt voraus, dass die Präferenzordnung vollständig, transitiv, also übertragbar, unabhängig, widerspruchsfrei und konsistent ist.<sup>6</sup> Daher bildet beispielsweise ein Vertragsschluss als privatautonome Lösung idealerweise die effizienteste Ausgestaltung des von den Parteien gewünschten Ergebnisses ab. Aufgrund dieser Annahme kann man Verhaltensweisen der Marktteilnehmer analysieren und prognostizieren, was man positive Ökonomik nennt.<sup>7</sup>

Über die bloße Beschreibung und Prognose einer Entwicklung hinaus, bedarf es eines Maßstabes, anhand dessen gemessen werden kann, ob eine Entwicklung wünschenswert ist und daher gefördert oder eben unterbunden werden sollte. Diese Bewertung erfolgt anhand des *Kaldor-Hicks*-Kriteriums.<sup>8</sup> Danach stellt ein Zustand dann eine Verbesserung, also eine Steigerung der Effizienz dar, wenn der gesamte Nutzen<sup>9</sup> größer ist als die damit verbundenen Nachteile.<sup>10</sup> Das bedeutet, man stellt die Gesamtvorteile der Individuen, die von einer Entscheidung profitieren dem Gesamtnachteil aller, denen die Entwicklung Kosten verursacht, gegenüber.<sup>11</sup> Effizient ist eine Entwicklung, wenn die Geschädigten potenziell (und hypothetisch) für den Nachteil entschädigt werden könnten und dann immer noch ein Restvorteil verbliebe. Für einen solchen Vergleich kommt es auch nicht auf genaue quantitative Bestimmungen an, sondern die Beantwortung der Frage, ob Kosten oder Nutzen überwiegen, reicht aus.<sup>12</sup> Begründet wird dieses Vorgehen, trotz der ausbleibenden Entschädigung im Einzelfall, durch den langfristigen Eintritt

einer Generalkompensation durch die Verbesserung der gesamtwirtschaftlichen Umstände.<sup>13</sup> Die Bewertung anhand des *Kaldor-Hicks* Effizienzkriteriums bezeichnet man als normative Ökonomik.

## 2. Einführung in ein rechtsökonomisches Verständnis des Deliktsrechts

Während man vor allem im Zusammenhang vertraglicher Schuldverhältnisse die Möglichkeit der Herbeiführung des effizientesten Ergebnisses durch privatautonome Verhandlungsmöglichkeiten hat,<sup>14</sup> kommt ein solcher Mechanismus im Deliktsrecht naturgemäß nicht in Frage. Schließlich ist es nicht möglich, als Teilnehmer am Straßenverkehr mit möglichen Schädigern bzw. Geschädigten in Verhandlungen zu treten und sich vor dem schädigenden Ereignis auf ein Haftungsregime zu einigen. Unüberschaubar hohe Transaktionskosten verhindern damit den optimalen Zustand des Marktes, den eine Vertragslösung gewährleisten würde.<sup>15</sup> In einem solchen Zusammenhang muss die Rechtsordnung Effizienz substituieren und für die bestmögliche Allokation der knappen Ressourcen sorgen.<sup>16</sup>

Haftungsregeln sollen das Verhalten der von ihnen betroffenen Individuen lenken, also Anreize schaffen, dass sie sich so verhalten, dass es zu einem gesamtgesellschaftlichen Vorteil kommt. Die Überlegung der lenkenden Funktion beruht darauf, dass Rechtsnormen als Nebenbedingungen des menschlichen Handelns, wenn sie eine Sanktion vorsehen, eine ursprünglich billige Handlungsalternative verteuern und diese Handlungsform damit den Marktteilnehmern weniger attraktiv erscheint.<sup>17</sup> Der Marktteilnehmer wird also automatisch die zusätzlich anfallenden Kosten in seinen Entscheidungsprozess einbeziehen, was man als Internalisierung von Externalitäten bezeichnet. Sofern sie dadurch in Verhältnis zu den anderen Handlungsoptionen hinsichtlich der Kosten-Nutzen-Relation überwiegt, wird der *homo oeconomicus* sein Verhalten ändern.<sup>18</sup>

So soll das Ziel der maximalen Wohlfahrt erreicht werden. Diese ergibt sich aus dem Nutzen des Schädigers aus der relevanten Aktivität abzüglich der Kosten getroffener Sorg-

S. 125. Zum methodologischen Individualismus vgl. *Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 1986, S. 34 ff.; *Kirchgässner*, Homo Oeconomicus, 3. Aufl. 2008.

<sup>4</sup> Vgl. *Dawes*, Rational Choice in an Uncertain World, 1988, S. 64 ff.

<sup>5</sup> *Behrens* (Fn. 3), S. 34 ff.

<sup>6</sup> *Dawes* (Fn. 4), S. 64 ff.

<sup>7</sup> *Posner*, Economic Analysis of Law, 6. Aufl. 2003, S. 24 ff.; *Weigel*, Rechtsökonomik, 2003, S. 16 f.

<sup>8</sup> Das Pareto-Kriterium hingegen ist unvereinbar mit in den Markt eingreifenden Maßnahmen staatlicher Organe, die entscheidend in der modernen Wirtschafts- und Rechtspolitik sind. Staatliches Eingreifen bei der Vermögensumverteilung, beispielsweise durch Subventionen, stören das Marktgleichgewicht, sodass nie ein Pareto-optimaler Zustand erreicht würde, vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 48 ff.

<sup>9</sup> Unter Berücksichtigung des Gesetzes vom abnehmenden Grenznutzen des Einkommens, das besagt, dass der Einkommensnutzen einer Person mit steigendem Einkommen zwar zunimmt, aber nur unterproportional.

<sup>10</sup> *Baumann*, RNotZ 2007, 297 (298).

<sup>11</sup> *Posner* (Fn. 7), S. 25.

<sup>12</sup> Ablehnung des Kardinalismus, zuerst umfassend kritisiert von *Robbins*, An Essay on the Nature and Significance of Economic Science, 1932.

<sup>13</sup> Ablehnend *Eidenmüller* (Fn. 8), S. 48.

<sup>14</sup> Dieser Annahme liegt zu Grunde, dass Marktteilnehmer als *homines oeconomici* die für sich effizienteste Lösung erkennen und einen dem entsprechenden Vertrag abschließen. Dies gilt so lange, wie externe Faktoren eine solche Einigung nicht verhindern.

<sup>15</sup> Vgl. *Coase*, The Journal of Law and Economics 1960, 1.

<sup>16</sup> Die Wirtschaftswissenschaft unterstellt in all ihren Anwendungsbereichen Knappheit. Danach haben die Menschen prinzipiell unbegrenzte Bedürfnisse, während die Mittel, die ihnen zur Bedürfnisbefriedigung zur Verfügung stehen, nur begrenzt sind.

<sup>17</sup> *Cooter*, Columbia Law Review 1984, 1523.

<sup>18</sup> Notwendig werden kann insbesondere eine Neuordnung von Verfügungsrechten (property rights), um Handlungsanreize für Individuen zu schaffen und gesellschaftlichen Schaden zu begrenzen, siehe *Demsetz*, American Economic Review 1967, 347.

faltsmaßnahmen abzüglich der Kosten des erwarteten Schadens. Der erwartete Schaden ergibt sich aus der Multiplikation der Höhe des eintretenden Schadens mit der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts.<sup>19</sup> Die Kosten eines wirtschaftlichen Gutes sind gleich dem entgangenen Ertrag, den dieses Gut in der bestmöglichen alternativen Verwendung schaffen könnte (Opportunitätskosten).<sup>20</sup>

Das bedeutet, die Wohlfahrt kann erhöht werden, wenn die Kosten bei einem gegebenen Nutzen verringert werden und Aktivitäten überhaupt nur aufgenommen werden, wenn sie mehr nutzen als kosten. Im Ausgangsfall könnte die Wohlfahrt also erhöht werden, wenn der konkrete Nutzen, die Qualität der Straße, die allen Straßennutzern zu Gute kommt, gegenüber den Kosten für die Instandhaltung und erwarteten Unfallkosten überwiegt.

$$\text{Wohlfahrt} = \text{Gesamt-Nutzen} - \text{Kosten der Sorgfaltsmaßnahmen} - \text{erwarteter Schaden}$$

### III. Haftungsregeln als Mittel der effizienten Gestaltung des Deliktsrechts

Die Minimierung der Kosten verlangt notwendigerweise nach einer Aufstellung der anfallenden Kosten. Zunächst muss eine solche Aufstellung den Wert der Schäden aller Opfer einer Schädigung umfassen (primäre Kosten). Weiterhin sind alle Kosten zu berücksichtigen, die beispielsweise im Zusammenhang mit Versicherungen entstehen (sekundäre Kosten). Zuletzt müssen auch Kosten der Rechtsdurchsetzung, der Verwaltung sowie alle anderen administrativen Kosten einbezogen werden (tertiäre Kosten).<sup>21</sup>

Diese anfallenden Kosten sollen möglichst weit gesenkt werden, aber nicht über ein sozial nützlich Niveau hinaus. Daher werden im Folgenden die Faktoren der jeweiligen Kosten sowie die Konsequenzen ihrer Umsetzung im Deliktsrecht dargestellt.

#### 1. Beeinflussung primärer Kosten

##### a) Das Ziel der optimalen Sorgfalt

Die Sorgfaltsmaßnahmen, d.h. die Kosten, die aufgewendet werden, um die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts oder das Ausmaß des Schadens zu verringern, spielen eine entscheidende Rolle auf der Kosten-Seite. Da sie, genau wie die Schadenshöhe den gesamtwirtschaftlichen Nutzen reduzieren, können die beiden Posten zu Gesamtverlusten addiert werden. Eine Minimierung dieser Kosten kann durch die Ausgestaltung von Rechtsnormen dergestalt erreicht werden, dass die Beteiligten dazu angehalten sind, ihrerseits auf eine Verhinderung des schädigenden Ereignisses hinzuwirken. Ziel ist dabei das Erreichen des optimalen Sorgfaltsmaßstabes.

bes. Wendet man das oben erläuterte *Kaldor-Hicks*-Kriterium in diesem Zusammenhang an, sind kostenverursachende Präventivmaßnahmen so lange durchzuführen, wie ein Euro an Verhütungsaufwand noch zu einer Schadensreduzierung von mehr als einem Euro führt (Marginalbedingung der optimalen Sorgfalt).<sup>22</sup>

Zu unterscheiden sind unilaterale, bilaterale und multilaterale Situationen. Unilateral ist eine Situation, in der der Geschädigte selbst sinnvollerweise keine Sorgfaltsmaßnahmen treffen kann. In bilaterale Situationen haben sowohl der Schädiger als auch der Geschädigte Einfluss auf den Eintritt des schädigenden Ereignisses. Multilateral ist eine Situation, wenn mehrere Schädiger und/oder Geschädigten den Eintritt des schädigenden Ereignisses beeinflussen können. Wer Sorgfaltsmaßnahmen treffen kann und somit auch Sorgfaltsaufwand hat, der die Gesamtwohlfahrt vermindert, hat Auswirkungen auf die Marginalbedingung. Letztlich wird das Ziel, die Summe von Schadensvermeidungskosten und Schadenskosten zu minimieren, genau dann erreicht, wenn der zusätzliche Schadensaufwand aller Beteiligten, den erwarteten Schaden gerade um eine Einheit reduziert. Im Beispielfall ist das schädigende Ereignis die Zerstörung des Motors. Dieser Schaden hätte verhindert werden können, indem die Gemeinde die Straße neu geteert hätte, aber auch indem der A angesichts des schlechten Zustandes einen anderen, möglicherweise auch längeren Weg genommen hätte. Sowohl die Gemeinde als auch der Geschädigte hätten also Einfluss nehmen können.

Insofern sind also mögliche Sorgfaltsmaßnahmen des Schädigers und des Geschädigten zu berücksichtigen. Die Sorgfalt des potenziellen Schädigers ist dann optimal, wenn der Schädiger einen wirtschaftlichen Anreiz hat, Schäden zu vermeiden, deren Kosten höher sind als die Kosten möglicher Sorgfaltsmaßnahmen, durch deren Einsatz sie verhindert worden wären.<sup>23</sup> Jede Abweichung von diesem Ideal vermindert die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt: Liegen die Sorgfaltsmaßnahmen des potenziellen Schädigers unter dem Idealstandard, treten Schäden ein, die mit geringeren Kosten hätten verhindert werden können; intensiviert der Schädiger die Sorgfaltsmaßnahmen über das Idealmaß hinaus, werden Ressourcen verschwendet, denn ihr Einsatz kostet in diesem Fall mehr als er nutzt. Entsprechend dieser Gegenüberstellung von Sorgfaltskosten und Wahrscheinlichkeit und Höhe des potenziellen Schadenseintritts wird der Sorgfaltsmaßstab, an den sich der Schädiger zu halten hat, bestimmt. Der amerikanische Richter *Learned Hand* führte schon 1947 aus: „Possibly it serves to bring this notion into relief the state in algebraic terms: if the probability be called P; the injury, L; and the burden, B; liability depends upon whether B is less than L multiplied by P: i.e., whether  $B < PL$ .“<sup>24</sup> Im Ausgangsfall sind hier also die hypothetischen Kosten der Gemeinde zu berücksichtigen, die die Zerstörung des Motors

<sup>19</sup> So auch *Cooter/Ulen*, *Law and Economics*, 6. Aufl. 2016, S. 199 ff.; *Wagner*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl. 2013, Vorb. § 823 Rn. 47 f.; *Esser/Weyers*, *Schuldrecht*, Bd. 2, 8. Aufl. 2000, § 55 II 3 d, S. 171.

<sup>20</sup> *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl. 2012, S. 53 f.

<sup>21</sup> *Calabresi*, 70 *YALE L.J.* 1961, 499.

<sup>22</sup> *Brown*, *Journal of Legal Studies*, 1973, S. 323.

<sup>23</sup> *Wagner* (Fn. 19), Vorb. § 823 Rn. 45 ff.

<sup>24</sup> *United States v Carroll Towing Co.* 159 F. 2 d 169 (2 d Cir. 1947) – tatsächlich hätte *Hand* allerdings die Marginalbedingungen und nicht die absoluten Kosten vergleichen müssen.

verhindert hätten. Eine Verschwendung von Ressourcen läge beispielsweise dann vor, wenn von einer Gemeinde erwartet würde, jeden Tag alle Straßen in ihrem Gemeindegebiet zu kontrollieren und entsprechend viele Arbeitnehmer angestellt und Maschinen angeschafft werden müssten.

Hinzu treten in einem bilateralen Fall typischerweise mögliche Sorgfaltsmaßnahmen des Geschädigten. Auch diese Kosten müssen, um die Gesamtwohlfahrt zu steigern, minimiert werden. Allerdings wird ein potenziell Geschädigter ohne Anreize kaum seine Ressourcen für Sorgfaltsmaßnahmen einsetzen. Ein solcher Anreiz kann und sollte aber insbesondere bei der Gefährdungshaftung durch die Verankerung einer Mitverschuldensklausel geschaffen werden. Hier sind solche Maßnahmen zu berücksichtigen, die der A hätte vornehmen können, um den Schaden zu verhindern und die damit verbundenen Kosten. Neben der Möglichkeit, sein Auto höher legen zu lassen, wäre auch schlicht in Betracht gekommen, einfach eine andere Straße zu nehmen, die in einem besseren Zustand ist. Dabei wären nur, wenn überhaupt, geringe Kosten durch Benzinverbrauch, Abnutzung und ggf. Zeitverlust eingetreten. Es wäre auch keine Nachforschung notwendig gewesen, schließlich deutete der Sperrpfosten durchaus offensichtlich auf eine eingeschränkte Befahrbarkeit hin. Sich auf ein Navigationsgerät zu verlassen, kann an dieser Stelle auch nicht überzeugen. Dessen Nutzung kann nicht dazu führen, dass ein Autofahrer seine Umgebung nicht mehr beobachten und einschätzen muss. In diesem Zusammenhang spricht also schon vieles gegen eine Pflichtverletzung auf Seite der Gemeinde.

Es kommen typischerweise zwei verschiedene Haftungsmodelle in Frage, nämlich Verschuldens- und Gefährdungshaftung. Setzt man voraus, dass der potenzielle Schädiger selbst die notwendigen Kosten/Nutzen-Abwägungen vornimmt, kommt man zu dem erstaunlichen Ergebnis, dass es irrelevant ist, ob eine Verschuldens- und Gefährdungshaftung besteht.<sup>25</sup> Wird vom Schädiger ein bestimmter Sorgfaltsmaßstab erwartet, wird er versuchen, diesen einzuhalten, denn dann hat er nicht für etwaige Schäden zu haften. Der Umfang der Sorgfaltspflicht ergibt sich aus einer Kosten/Nutzen-Abwägung, insbesondere der Kosten potenzieller Sorgfaltsmaßnahmen, der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts und des Umfangs eines dann entstehenden Schadens. Auch bei der Gefährdungshaftung wird der Schädiger nur so lange Maßnahmen treffen, wie sie geringer sind als der zu erwartende Schaden. In beiden Fällen muss durch die Gerichte eine Kontrolle des Verhaltens des Schädigers (bei Verschuldenshaftung) und zusätzlich des Opfers (Gefährdungshaftung) durchgeführt werden, um die Einhaltung des effizientesten Maßstabes zu gewährleisten. Das deutsche Deliktsrecht sieht im Zusammenhang des § 823 BGB eine Verschuldenshaftung kombiniert mit der Mitverschuldensklausel des § 254 BGB vor.

#### b) Das Ziel des optimalen Aktivitätsniveaus

Zu berücksichtigen ist neben dem Sorgfaltsmaßstab auch das Aktivitätsniveau. Selbst wenn beispielsweise ein LKW-Fahrer immer die bestmögliche Sorgfalt anwendet, steigt mit jedem gefahrenen Kilometer die Wahrscheinlichkeit eines Unfalls an. Bei allen Wohlfahrtsüberlegungen muss daher auch das optimale Aktivitätsniveau berücksichtigt werden.

Da auch das Aktivitätsniveau dem *Kaldor-Hicks*-Kriterium genügen soll, ist das optimale Aktivitätsniveau dann erreicht, wenn die Tätigkeit möglichst viel Nutzen im Verhältnis zu ihren potenziellen Kosten bringt. Das heißt, das Aktivitätsniveau einer schädigenden Aktivität soll – optimale Sorgfalt unterstellt – nur so lange ausgedehnt werden, wie der dadurch verursachte zusätzliche Nutzen gerade gleich dem zusätzlich zu erwartenden Schaden ist (Marginalbedingung für das optimale Aktivitätsniveau).<sup>26</sup>

Zu berücksichtigen sind bei dieser Überlegung und vor allem bei ihren Auswirkungen hinsichtlich der Gestaltung der Rechtsordnung zwei Punkte: Erstens kann nicht in jedem Fall das Aktivitätsniveau in seinem Umfang beeinflusst werden und zweitens gibt es wiederum Fälle, in denen sowohl der Schädiger als auch der Geschädigte Einfluss auf das Aktivitätsniveau haben.

An dieser Stelle stößt man allerdings im Ausgangsfall auf ein Problem: Die schädigende Aktivität müsste nach dem Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit das Unterlassen der Gemeinde sein, die Straße in einem befahrbaren Zustand zu erhalten. Bei Unterlassen kann man aber schon rein logisch kein Aktivitätsniveau einhalten. Bezieht man sich auf das eigentlich notwendige Sorgfaltsniveau, nähert man sich zu stark dem verlangten Sorgfaltsniveau an, sodass eine Unterscheidung zwischen Sorgfalts- und Aktivitätsniveau nicht sinnvoll wäre. Alternativ wäre es möglich, das Autofahren des A als schädigende Handlung einzuordnen. Dies führte dann aber dazu, dass folgerichtig lediglich ein Mitverschulden der Gemeinde zu prüfen wäre. Hier überzeugt der Maßstab des optimalen Aktivitätsniveaus nicht.

#### c) Das Ziel der Gewährleistung des positiven Nettonutzens

Neben der Gewährleistung des optimalen Sorgfalts- und Aktivitätsniveaus soll das Schadensrecht auch so gestaltet sein, dass in jedem Fall ein positiver Nettonutzen verbleibt.<sup>27</sup> Dies ist dann der Fall, wenn der Nutzen der gefährlichen Aktivität abzüglich der vom Schädiger (und ggf. vom Geschädigten) aufgewandten Sorgfaltsmaßnahmen und des noch entstehenden erwarteten Schadens größer als Null bleibt. Ist dies nicht der Fall, kann die Aktivität nicht effizient sein, denn sie kostet in jedem Fall mehr als sie nutzt und verringert damit die Wohlfahrt.

Im Ausgangsfall ist davon auszugehen, dass grundsätzlich die Fortbewegung mit einem Auto erhebliche Vorteile mit sich bringt und entsprechend auch ein positiver Nettonutzen,

<sup>25</sup> Adams, *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*, 1985, S. 77; Cooter/Ulen (Fn. 19), S. 211 f.; Shavell, *The Journal of Legal Studies* 1980, 2 (6 ff.).

<sup>26</sup> Schäfer/Ott (Fn. 20), S. 156 ff.

<sup>27</sup> Finsinger/Randow, in: *Ökonomische Probleme des Zivilrechts*, 1991, S. 87.

auch gemessen an der Wahrscheinlichkeit eines Schadens und des Umfangs desselben, verbleibt.

### 2. Sekundäre Kosten – Effiziente Risikoverteilung und Versicherungsschutz

Versicherungen dienen der Streuung von Schäden, denn jeder Versicherungsnehmer trägt nur einen kleinen Betrag, die Versicherungsprämie, der demjenigen ausgezahlt wird, bei dem ein Schaden tatsächlich entsteht.

Auch Versicherungslösungen können zur Steigerung der gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrt beitragen, sofern sie effizient sind. Versicherungen sind aber nur effizient, wenn die Marktteilnehmer bereit sind, bei voller Kenntnis aller Risiken zur Versicherung eines nur wahrscheinlichen, nicht aber sicheren in der Zukunft eintretenden Schadens, Versicherungsprämien zu bezahlen, die den später eintretenden Schaden mindestens decken können (inkl. der Verwaltungskosten der Versicherung).<sup>28</sup> Wenn die Schäden nicht gedeckt werden können, laufen Versicherungen ins Leere und erhöhen letztlich die Kosten, was zu einer Verringerung der Wohlfahrt führt. Zudem kann eine Versicherung nur dann effizient sein, wenn, neben der Deckung des zu erwartenden Schadens, auch die Prämie, die ja eine Bindung des Einkommens des Versicherungsnehmers bedeutet und ihm die Summe daher nicht mehr zur Verfügung steht, für ihn mehr Nutzen bedeutet, als wenn er selbst die durch erwartete Schäden entstehenden Einbußen selbst zu tragen hat. Liegen diese beiden Voraussetzungen nicht vor, wird auch die Versicherung nicht über den Markt zustande kommen. Dies muss, um das Ziel der Wohlfahrtssteigerung zu erreichen, sowohl bei freiwilligen Versicherungen als auch bei verpflichtenden Versicherungen gewährleistet sein.<sup>29</sup> Teilweise wird allerdings von einer Problemlösung über den Markt, also mittels einer Verschuldens- oder Gefährdungshaftung auch ganz abgewichen und stattdessen mit einer verwaltungsrechtlichen Lösung substituiert. Dies ist insbesondere bei der Sozialversicherung der Fall, wird hier aber nicht weiter ausgeführt.<sup>30</sup>

Vorliegend werden die versicherungsbezogenen Fragen mangels ausreichender Informationen nicht beleuchtet.

### 3. Tertiäre Kosten

Bei jedem Ausgleichsvorgang, bei dem der Geschädigte einen Ausgleichsanspruch gegen den Schädiger erhält, entstehen Kosten z.B. zum Zwecke der Rechtsdurchsetzung und aufgrund anderer, administrativer Begleiterscheinungen.

<sup>28</sup> M.w.N. Arrow, American Economic Review 1963, 941; Becker/Ehrlich, Journal of Political Economy 1972, 623.

<sup>29</sup> Siehe u.a. gesetzlicher Versicherungszwang für Kernkraftwerksbetreiber (§ 19 UmwelthaftungsG), Rechtsanwälte (§ 51 BRAO), Wirtschaftsprüfer (§ 54 WirtschaftsprüferO).

<sup>30</sup> Es handelt sich vor allem um eine Reaktion auf den im Rahmen der Sozialen Frage entscheidenden, in den 1880er Jahren aber noch nicht zur Verfügung stehenden funktionierenden Haftpflichtversicherungsmarkt, der den Arbeitgebern die Versicherbarkeit möglicher Betriebsunfälle etc. erlaubt hätte.

Diese Ressourcen gehen dann im Ergebnis für alternative Zwecke verloren, die sozial günstiger gewesen wären. Solche Kosten begründen, dass es für eine Schadensverlagerung vom Geschädigten auf dem Schädiger, also eine Abweichung vom Grundsatz, dass der Geschädigte seinen Schaden selbst zu tragen hat, eines „besonderen Grundes“ bedarf. Völlig eliminieren könnte man diese Kosten nur, indem jeder Geschädigte den ihm entstandenen Schaden selbst tragen muss.

### 4. Schadenszurechnung

Haftungsregeln bestimmen, wann ein Schädiger für von ihm verursachte Schäden haften muss. Daher bedarf es in jedem Fall der genauen Ausgestaltung des Schutzbereiches, sowie der Feststellung der haftungsbegründenden Kausalität. Im Fall der Verschuldenshaftung tritt noch das Erfordernis einer Pflichtverletzung hinzu, während die Gefährdungshaftung an die Realisierung eines dem Schädiger zugewiesenen Risikos anknüpft. Zusätzlich ist noch die schadensausfüllende Kausalität zu beachten. Die Ausgestaltung der Zurechenbarkeitskriterien bzw. ihre Anwendung im Einzelfall sollte ebenfalls dem Effizienzkriterium entsprechen.

Hier ist also hinsichtlich des Ausgangsfalls die Frage, wer den entstandenen Schaden zu tragen hat. Das kann entweder das Land NRW sein oder der A. Die Rechtsordnung hat grundsätzlich die Pflicht zur Instandhaltung der Straßen dem Land NRW zugewiesen. Es kann allerdings, unter Berücksichtigung der vorhergehenden Ausführungen, nicht effizient sein, alle irgendwie zugänglichen Straßen und Wege in NRW täglich zu überprüfen und unmittelbar kleinere Unebenheiten im Asphalt zu beseitigen. Damit würden extrem hohe Kosten einhergehen und es bestünde dennoch weiterhin die Möglichkeit, dass ein Schaden durch noch nicht entdeckte Beschädigungen der Straßendecke entstünde. Zwar ist die beschädigte Straße ein Grund für den Schaden und damit kausal nach der *conditio sine qua non* Formel, aber der A scheint sich nach den Gesamtumständen in einer deutlich besseren Position befunden zu haben, den Schaden durch die Wahl einer anderen Route zu verhindern. Insofern ist der Schaden der Gemeinde nicht zurechenbar, sofern man nicht schon eine Haftung in Ermangelung einer Pflichtverletzung ablehnt.

### 5. Zusammenfassung der Erkenntnisse

Im Ergebnis soll eine effiziente Ausgestaltung der Haftungsregeln eine Verringerung der primären, sekundären und tertiären Kosten erreichen. Dabei dürfen die Kostenfaktoren nicht einzeln betrachtet werden, sondern ihr Zusammenhang muss berücksichtigt werden. So müsste bei einem idealen Niveau der tertiären Kosten, der Geschädigte ineffizient hohe Summen für Sorgfaltsmaßnahmen aufwenden, was auch zu einem nicht effizienten Gesamtergebnis führte. Sekundäre Kosten könnten durch eine allgemeine Volksversicherung ausgeschlossen werden; dies führte aber zu einem Wegfall von Sorgfaltsanreizen und kann schon deshalb nicht effizient sein. Zuletzt könnte die Reduktion primärer Schäden durch den Ersatz aller Schäden, unabhängig von Zurechnungsfragen erreicht werden. Folge wäre eine ausufernde und völlig ungleiche potenzielle Haftbarkeit, was auch dazu führte, dass Private gar nicht mehr für die von ihnen im weitesten Sinne

verursachten Schäden aufkommen könnten und die Versicherbarkeit mit sehr hohen Kosten verbunden wäre. Daher muss gewährleistet sein, dass Sorgfaltsniveaus der Beteiligten, Aktivitätsniveau, der positive Nettonutzen, Zurechenbarkeitskriterien, Risikostreuungsmechanismen und administrative Kosten bei der Normgestaltung und im konkreten Fall Berücksichtigung finden.

Ergebnis wäre in Anwendung dieser Grundsätze auf den Ausgangsfall, dass die Gemeinde X, wie erläutert, nicht für den Schaden des A haften muss.

#### IV. Kritik

Zwar wird kaum ein Absolutheitsanspruch der rechtsökonomischen Erkenntnisse geltend gemacht, aber dennoch wurde und wird der Ansatz der ökonomischen Analyse stark kritisiert. Im Folgenden werden insbesondere die Präventivfunktion im Zivilrecht, Informationsprobleme, beschränkte Rationalität der Marktteilnehmer und am Rande verfassungsmäßige Einwände dargestellt und ausgewertet.

##### 1. Präventivfunktion des Schadenersatzes

Die Rechtsökonomik geht davon aus, dass das Schadensrecht vor allem der Prävention schädigenden Verhaltens dienen soll. Es ist daher zu fragen, ob dieser Präventionsgedanke so vom BGB auch vorgesehen ist und, falls nicht, ob dem Schadensrecht nicht eine Präventionsfunktion zukommen sollte.

##### a) Zugrundeliegende Präventionsfunktion der §§ 249 ff. BGB

Richtigerweise macht das BGB zum Zweck der Ziele, die mit der Gewährung von Schadenersatzansprüchen verfolgt werden, keine ausdrücklichen Aussagen. Allerdings lässt sich an einigen Stellen, wie schon in § 249 Abs. 1 BGB, erkennen, dass der Schadenersatz grundsätzlich so weit reichen soll, dass der Zustand hergestellt wird, der ohne das schädigende Ereignis bestanden hätte (*Restitution*). Das Gesetz geht also zumindest von einer Ausgleichsfunktion des Schadenersatzes aus. Das Schadensrecht knüpft dort an, wo bereits ein Schaden entstanden ist, d.h. es zu einem entsprechenden Nutzenverlust gekommen ist. Da der Schaden nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, kommt allenfalls eine Verlagerung des Schadens in Betracht. Der Nutzenverlust wird auf den Schadenersatzpflichtigen verlagert, sodass es nur zu einer Umverteilung von Schäden bzw. des Nutzenverlustes kommt.

Dass das Gesetz selbst positiv den Umfang des Schadenersatzes am Ausgleich des erlittenen Schadens bemisst, lässt keine absoluten Aussagen über die Funktion des Schadenersatzes zu. Vor allem im Zusammenhang mit dem Deliktsrecht bedarf es der Berücksichtigung weiterer Funktionen, denn die entscheidende Frage ist, *ob überhaupt* ein entstandener Schaden ersetzt werden soll. Dies erfolgt durch die Bestimmung der Voraussetzungen, unter denen Schadenersatz zu leisten ist<sup>31</sup>. Daher sind auch die Abgrenzung von Handlungsspielräumen und Freiheitsbereichen, die Steuerung des Regresses kollektiver Schadensträger und distributive Überlegungen zu

berücksichtigen. Ob auch der Präventionsgedanke in diese Aufzählung aufzunehmen ist, ist umstritten.

Einige Stimmen verweisen darauf, dass der Präventionsgedanke vielmehr dem Straf- als dem Zivilrecht zuzuordnen sei und deshalb die Rechtsökonomik mit ihrer starken Ausrichtung an einer lenkenden Funktion von Normen nicht mit den Grundsatzentscheidungen des BGB vereinbar sei. Andere gestehen dem Präventionsgedanken zu, zumindest ein „erwünschtes Nebenprodukt“<sup>32</sup> des Schadensrechts zu sein, nicht aber eine seiner Hauptfunktionen.

Einigkeit besteht wohl dahingehend, dass Unfälle grundsätzlich von der Rechtsordnung unerwünscht sind. Allein das deutet schon darauf hin, dass mit der Ausgestaltung von Haftungsregeln auch diesem Gedanken Rechnung getragen wird. Sofern man aber trotzdem mit der Ansicht sympathisiert, der Präventionsgedanke sei dem Strafrecht, nicht aber dem Zivilrecht zuzuordnen, muss man sich wohl vor allem eines fragen: Wieso wurde das Haftungsrecht (hinsichtlich Unfällen) nicht längst durch ein Versicherungssystem ersetzt? Kommt es nur auf eine Schadensverlagerung an, verursacht der Ausgleich durch den Schädiger vor allem Umverteilungskosten, insbesondere auch aufgrund notwendiger Rechtsdurchsetzung und der Anwendung komplexer Regeln, die unproblematisch durch den Abschluss von Eigenversicherungen umgangen werden könnten. Vor diesem Hintergrund hätte seit Einführung des BGB das Versicherungsrecht erstarken und das Haftungsrecht zurückgedrängt werden müssen, was aber bisher nicht zu erkennen ist. Dies ist nur zu erklären, wenn man die Ausgleichsfunktion nicht zu einseitig betont. Daher kann schon das BGB nicht nur die Ausgleichsfunktion bezwecken.

Zudem erklärt auch die Rechtsprechung vor allem im Zusammenhang mit dem Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts bereits jetzt verstärkt die Höhe des Schadenersatzes mit der Präventivfunktion, die damit einhergehe, weil andere wirksame Sanktionen fehlten und geringere Summen für große Verlagshäuser mit hohen Auflagen zu einem Inkaufnehmen der Prozesse führten.<sup>33</sup>

##### b) Einbeziehung des Präventionsgedankens in das Schadensrecht

Unabhängig davon, ob man die zentrale Rolle der Präventivfunktion bereits im Schadensrecht verankert sieht oder nicht, geht es nach dem rechtsökonomischen Verständnis gerade um die effiziente Ausgestaltung von Rechtsnormen, d.h. die Beurteilung, wie eine wünschenswerte Entwicklung auszusehen hat, und nicht den Nachweis, dass sich die Rechtsordnung bereits an ihren Grundsätzen orientiert. Es stellt sich daher die Frage, ob es nicht jedenfalls geboten ist, die Präventivfunktion stärker zu betonen.

<sup>32</sup> Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14. Aufl. 1987, § 27 I.

<sup>33</sup> BGHZ 26, 349 (Herrenreiter); BGHZ 35, 363 (Ginseng); BGH NJW 1995, 861; BGH NJW 1996, 984; BGH NJW 2005, 215; Hans. OLG Hamburg NJW 1996, 2870; OLG Hamburg OLGR 2001, 139 (Caroline von Monaco).

<sup>31</sup> Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 12. Aufl. 2013, S. 29.

Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Grundgedanke der Prävention, dass die Marktteilnehmer auf wirtschaftliche Anreize reagieren, belegt werden kann. Es erscheint wenig einleuchtend, wenn der Gesetzgeber, obwohl Schadenseintritt und -umfang vermindert werden könnten, sich dennoch aus dogmatischen Gesichtspunkten gegen eine solche Möglichkeit der Wohlfahrtssteigerung entscheiden würde. Dogmatische Überlegungen können einer real bestehenden Möglichkeit der Schadenseindämmung vernünftigerweise nicht vorgehen.

Dass die Rechtssubjekte auf vom Gesetz vorgegebene Anreize reagieren, setzt die Rechtsordnung selbst voraus. Viele, gerade als lenkend vorgesehene Maßnahmen z.B. Subventionen, wären sinnlos, wenn der Gesetzgeber davon ausginge, dass die Bevölkerung aufgrund solcher Anreize nicht ihr Verhalten entsprechend anpasste. Insofern spricht also schon das grundsätzliche Verständnis der Rechtsordnung selbst von den Rechtssubjekten nicht gegen eine Präventivfunktion des Schadensrechts, die ja vor allem darin besteht, dass das Individuum selbst Kosten und Nutzen abwägt und der Abwägung entsprechend handelt.

Zudem zeigen Studien, die sich mit den Auswirkungen der Änderung von Haftungsregimes beschäftigt haben, dass Marktteilnehmer sehr wohl auf normative Anpassungen reagieren. So wurde gezeigt, dass die Einführung von hohen Beitragszuschlägen und Rückerstattungen durch die Berufsgenossenschaft in der Zuckerindustrie zu einem Rückgang der Unfälle von einem Drittel führte.<sup>34</sup> Der Übergang von Verschuldenshaftung zu einem *no fault* System, also einem reinen Versicherungssystem für Autounfälle, führte in Quebec zu einer erheblichen Zunahme von tödlichen Unfällen.<sup>35</sup> Dies zeigt sehr deutlich, wie Änderungen des Haftungsregimes tatsächlich das Verhalten der Marktteilnehmer beeinflussen: Der Wegfall von Anreizen zur Vornahme von Vorsichtsmaßnahmen wurde durch die Einführung des verschuldensunabhängigen Versicherungssystems erzeugt, was zu einer stärkeren Belastung der Allgemeinheit, also Wohlfahrtseinbußen führte.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht überzeugend, sich aus dogmatischen Gründen gegen den Präventionsgedanken zu stellen. Sofern man diesen nicht schon dem BGB inhärent entnehmen kann, wäre es zumindest geboten, sich die bestehende lenkende Funktion von Rechtsnormen im Schadensrecht zu Nutzen zu machen. Insbesondere gilt dies in Fällen, in denen Schutzlücken der §§ 249 ff. BGB bestehen, weil bestimmte Schäden nicht erfasst sind, wodurch die Aus-

gleichsfunktion leerläuft. Hier sollte ein stärkerer Fokus auf die Präventionsfunktion gelegt werden. Ein Beispiel dafür sind Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, so man allein mit der Ausgleichsfunktion dem Schaden keine Rechnung tragen kann.<sup>36</sup>

## 2. Informationsprobleme

Vor allem bei der Verschuldenshaftung müssen die Richter, um die Einhaltung des vorgesehenen Verschuldensmaßstabes zu überprüfen, in der Lage sein, die Höhe der Kosten der notwendigen Sorgfaltsmaßnahmen sowie die Wahrscheinlichkeit und den genauen Umfang des eingetretenen Schadens zu bestimmen. Das setzt die Kenntnis der Gerichte voraus. Deshalb wird kritisiert, die benötigten „harten Zahlen“ seien von den Gerichten nicht bestimmbar.

Zwar gibt es solche Informationsprobleme unstrittigerweise. Allerdings bestehen Probleme der Schadensberechnung auch unabhängig von der rechtsökonomischen Analyse, insbesondere im Bereich immaterieller Schäden oder bei Schattenpreisen, wenn entstandene Schäden nicht geltend gemacht und dann auch nicht berücksichtigt werden. Zudem kommt es, wie schon *Learned Hand* festgestellt hat, gar nicht auf quantitative Exaktheit an, sondern vielmehr darauf, ob im konkreten Fall das schadensträchtige Verhalten das erforderliche Sorgfaltsniveau unter- oder überschritten hat, also auf ein qualitatives Urteil. Das heißt, in der Praxis wird zunächst bestimmt, welche Sorgfaltsmaßnahmen den eingetretenen Schaden hätte verhindern und anschließend überprüft, ob diese dem Schädiger unter Kosten/Nutzen-Gesichtspunkten zumutbar gewesen wären. Insofern unterscheidet sich auch die gängige Rechtspraxis mit ihren Interessenabwägungen gar nicht vom vorgeschlagenen Modell der Rechtsökonomik, sondern ist in ihrem Kern faktisch eine reichumsmaximierende Effizienzethik.<sup>37</sup>

## 3. Beschränkte Rationalität

Grundvoraussetzung der Rechtsökonomik ist die Annahme eines *homo oeconomicus*, als einem rationalen und egoistischen Nutzenmaximierer.

Diese Modellannahme wird stark kritisiert, stimmt sie doch offensichtlich nicht umfassend mit der Realität überein. Allerdings ist es inhärent in einer Modellannahme, dass sie nicht die Realität in ihren Einzelheiten spiegelt. Viele Individuen werden auch nicht bewusst innehalten und eine Kosten/Nutzen-Rechnung durchführen, aber wissen intuitiv, wie sie sich zu verhalten haben.<sup>38</sup> Die Kritik, dass nicht jedem Marktteilnehmer alle für ihn relevanten Informationen zur Verfügung stehen, ist zwar berechtigt, aber für ein Modell muss

<sup>34</sup> Vgl. *Kötz/Schäfer*, International Review of Law and Economics 1993, 19 (31).

<sup>35</sup> Nach dieser Untersuchung führte der Übergang zum „no fault system“ in Quebec zur Erhöhung tödlicher Unfälle um 9,62 %. Das entspricht jährlich 149 Toten. Die jährliche Zahl der Verletzten nahm um 4.292 und die Zahl der Unfälle mit Sachschaden um 7.456 als Folge der reinen Versicherungslösung zu, *Devlin*, International Review of Law and Economics 1990, 193 (201); umfassend *McEwin*, No-fault compensation systems, abrufbar unter:

<http://encyclo.findlaw.com/3600book.pdf> (23.1.2017).

<sup>36</sup> *Wagner*, AcP 206 (2006), 352.

<sup>37</sup> *Ott*, Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, 1989, S. 25 ff.; *Kübler*, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, 1990, S. 687.

<sup>38</sup> „Rationality does not, however, imply that the agent is conscious of the choices“, *Schäfer/Ott*, The Economic Analysis of Civil Law, 2005, S. 52.

eine Annäherung an die Realität ausreichen, also dass sie im „Großen und Ganzen“ stimmt.<sup>39</sup>

Allerdings haben zahlreiche Experimente Ungereimtheiten aufgezeigt. Beispielsweise wurden sogenannte Heuristiken festgestellt, wonach das Subjekt sich unter Zeitdruck an ihm leicht zugänglichen Informationen und stark vereinfachten Entscheidungsregeln orientiert, was dazu führen kann, dass ein Individuum sich irrt. Insbesondere relevant für das Deliktsrecht ist der systematische Überoptimismus des Einzelnen, d.h. Individuen überschätzen ihre eigenen Fähigkeiten und ihr Gefahrensteuerungspotenzial, während sie den Eintritt relativ unwahrscheinlicher Szenarien unterschätzen. Nachteile werden immer im Zusammenhang des *status quo* bewertet (*framing*). Diese Probleme legen nahe, dass es die rechtsökonomischen Überlegungen zwar nicht systemfremd sind, aber ihre grundsätzliche Voraussetzung, das Verständnis der rationalen Marktteilnehmer, nicht mit der Realität übereinstimmt, und das sogar außerhalb des Informationsdefizits des Einzelnen.<sup>40</sup>

Allerdings sollten diese Überlegungen nicht zu einer Ablehnung der rechtsökonomischen Sichtweise führen. Eine Rechtsordnung muss zwangsläufig davon ausgehen, dass sich Individuen rational verhalten.<sup>41</sup> Wäre dies nicht der Fall und würden sich Individuen systematisch irrational verhalten, wäre schon der Versuch, überhaupt Verhalten mit Rechtsnormen zu beeinflussen, verfehlt. Nur weil eine Modellannahme nicht ideal erfüllt ist, bedeutet dies nicht, dass sie nicht dennoch gegenüber anderen Ansichten die vorzugswürdige ist, weil sie trotz gewisser Einschränkungen letztlich zu besseren Ergebnissen führt. Deshalb sollte langfristig versucht werden, die Ungereimtheiten in das Modell einzuflechten, aber es auf dem derzeitigen Stand dennoch zu übernehmen und den Effizienzgedanken bei der Rechtsnormgestaltung und der gerichtlichen Beurteilung im Einzelfall aufzunehmen.

#### 4. Verfassungsrechtliche Einwände

Teilweise wird kritisiert, dass der homo oeconomicus mit seinem rein rationalen und nach Kosten-Nutzen-Rechnungen ausgerichteten Verhalten „nicht der Mensch eines verfassungsgestalteten Privatrechts in einer Gesellschaft der Grundrechtsdemokratie“<sup>42</sup> sei. Dies spielt darauf an, dass eine Sanktion lediglich als Erhöhung der Kosten einer Handlungsalternative erkannt wird, es aber sein kann, dass ein verbotenes Verhalten sich als die günstigste Alternative erweist und sich als mit den größeren Vorteilen verbunden herausstellt als ein Festhalten an der Rechtsordnung. Eine solche Analyse mit einer Missachtung der Rechtsordnung als effizienteste

Lösung, könne nicht in Einklang mit dem Grundgesetz gebracht werden.

Bei dieser Kritik wird allerdings übersehen, dass sich der Modellmensch keineswegs so verhalten soll, dass er gegen die geltenden Normen verstößt. Es handelt sich bei der Analyse um eine reine positive Bestimmung des tatsächlichen Verhaltens der Menschen, nicht jedoch des „Sollens“. Ein solches Verständnis beruht insbesondere auch auf der Vorstellung, dass die ökonomische Analyse des Rechts immaterielle Güter nicht ernst genug nähme. Tatsächlich ist das Gegenteil der Fall: Es müssen nämlich auch immaterielle Güter in eine umfassende Kosten/Nutzen-Überlegung eingeschlossen werden. Dies führt, abgesehen vom Problem der Bemessung, die in jedem Fall bestünden, dazu, dass immaterielle Güter viel stärker berücksichtigt werden und es beispielsweise auch zu höheren Schmerzensgeldbeträgen kommt. Daher kommt es, entgegen der Behauptung der Kritiker, eher zu einer Stärkung dieser Rechtsgüter, nicht zu deren Vernachlässigung.

Zudem sind auch im ökonomischen Verständnis Abwägungsverbote akzeptiert. Dies betrifft vor allem Freiheitsrechte, unter denen auch unveräußerliche Rechte sind. Sie sind nicht mit den Grundrechten des GG identisch, aber greifen die darin garantierten Rechte auf. Es erfolgt eine Abstufung zwischen Rechten, in die eingegriffen werden kann, ohne andere zu schädigen, bis hin zu solchen wie der Menschenwürde, die unveräußerlich sind und auf die entsprechend auch das *Kaldor-Hicks*-Kriterium nicht anwendbar ist.<sup>43</sup> Insofern kann die plakative Kritik der Unvereinbarkeit mit den Werten des GG nicht überzeugen.

Ein durchaus valides Argument ist allerdings ein mit der Rechtsökonomik grundsätzlich einhergehendes Gewaltenteilungsproblem. Letztlich ist die Idee am common law und viel weiteren Befugnissen der Richter orientiert. Dieses Problem ist aber im Deliktsrecht beispielsweise hinsichtlich des Sorgfaltsmaßstabes, nicht sehr relevant, da die Beurteilungen sowieso stark einzelfallabhängigen erfolgen müssen und eher fallbasiert erfolgen.

#### V. Ergebnis

Die ökonomische Analyse des Deliktsrechts fordert eine Ausrichtung der Haftungsregeln sowie der Umverteilungskosten und administrativen Kosten am Kriterium der Effizienz. In den vergangenen Jahren hat sich immer mehr eine Berücksichtigung ökonomischer Kriterien in den Entscheidungen sowie Gesetzesentwürfen gezeigt. Dennoch verdient die Rechtsökonomik eine noch stärkere, auch methodische Anerkennung, selbst wenn sie aufgrund gewisser Unsicherheiten des Modells durchaus kritisiert werden kann. Nicht festhalten sollte man an der Ansicht, das Zivilrecht dürfe keine Präventivfunktion verfolgen. Letztlich darf nicht eine insgesamt vorteilhafte Überlegung an nicht nachweisbaren dogmatischen Ansichten scheitern.

Im Ausgangsfall hat das LG Bonn eine Pflichtverletzung des Landes NRW abgelehnt. Richtigerweise wurde ausge-

<sup>39</sup> Vgl. Tietzel, in: Jahrbuch für Sozialwissenschaft, Bd. 32, 1989, S. 115.

<sup>40</sup> Im Einzelnen Faure, Behavioural Accident Law and Economics, 2009, abrufbar unter:

[https://www.researchgate.net/publication/43439118\\_Behavioural\\_Accident\\_Law\\_and\\_Economics](https://www.researchgate.net/publication/43439118_Behavioural_Accident_Law_and_Economics) (23.1.2017).

<sup>41</sup> So beispielsweise im Fall von Subventionen, im Steuerrecht oder im Strafrecht.

<sup>42</sup> Fezer, JZ 1986, 817 (822).

<sup>43</sup> Vgl. Seidl, in: Effiziente Verhaltenssteuerung und Kooperation im Zivilrecht, 1997, S. 1.



führt: „Er [der Verkehrssicherungspflichtige] schuldet also die Vorkehrungen, für die ein echtes Sicherheitsbedürfnis besteht und die im Rahmen der berechtigten Sicherheitserwartungen des in Betracht kommenden Verkehrs im Rahmen des *wirtschaftlich* Zumutbaren geeignet sind, Gefahren von Verkehrsteilnehmern abzuwehren.“ Bei der Frage, ob das Land hätte die Fahrbahn kontrollieren und intakt halten müssen oder die Durchfahrt bereits in die Sphäre des achtlos passierenden Autofahrers fällt, hat das Gericht richtigerweise implizit genau nach den hier dargestellten ökonomischen Überlegungen entschieden.