



Moritz Wargalla, Berlin

Das Nacherfüllungsregime im Kaufrecht institutionenökonomisch analysiert

Der Beitrag von Herrn Wargalla befasst sich mit der Vereinbarkeit von Ökonomik, insbesondere der Neuen Institutionenökonomik, und Rechtswissenschaft. Ausgehend von einer Entscheidung des EuGH zur Ausweitung des Nacherfüllungsanspruchs im Kaufrecht für Verbraucher, wird das Urteil einer institutionenökonomischen Folgenanalyse unterzogen. Der Autor gelangt zu der Erkenntnis, dass das Urteil, entgegen der Befürchtungen einiger, nicht zwingend schlecht für den Verbraucher ist. Zudem befürwortet er die Heranziehung ökonomischer Instrumentarien zur positiven Wirkungsanalyse von Urteilen.

S. 1

- HFR 1/2013 S. 1 -

1 A. Einleitung

Mit einem „Paukenschlag aus Luxemburg“¹ wie Lorenz es beschreibt, entschied der EuGH², dass Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung eine vom Verbraucher bereits eingebaute Sache ausbauen, neuliefern und einbauen oder zumindest die Kosten dafür tragen müssen. Die Folgenanalyse der juristischen Literatur beschränkt sich auf einige wenige Sätze. Sie unterstellt, dass dieses Urteil zu höheren Preisen führen werde und somit schlecht für den Verbraucher sei.³ Eine eingehende Analyse, ob dies auch wirklich der Fall ist, bleibt sie aber schuldig. Daher soll untersucht werden, ob das Urteil wirklich diese Folgen hat. Hierzu soll die Methodik der Neuen Institutionenökonomik herangezogen werden. Zudem soll die Frage diskutiert werden, ob sich die Rechtswissenschaft der Neuen Institutionenökonomik bedienen kann und wenn ja, ob dies sinnvoll ist.

2 B. Verfahrensgang

I. Sachverhalt

Ausgangspunkt war ein Rechtsstreit über die Reichweite des Nacherfüllungsanspruchs im Kaufrecht. Die Parteien hatten einen wirksamen Kaufvertrag über polierte Bodenfliesen zum Preis von 1382,27 Euro geschlossen. Die Fliesen sollten durch eine andere vom Kläger beauftragte Firma verlegt werden. Nachdem ca. 2/3 der Fliesen eingebracht worden waren, stellte der Kläger Schattierungen auf den Fliesen fest, die mit bloßem Auge zu erkennen waren. Eine Beseitigung des Mangels ohne einen kompletten Austausch der Fliesen war nicht möglich. Das Landgericht Kassel verurteilte die Beklagte zur Zahlung von 273,10 Euro unter dem Gesichtspunkt der Minderung. Die Beklagte legte daraufhin Berufung beim Oberlandesgericht Frankfurt am Main ein, das die Beklagte zu Neulieferung der Fliesen und Erstattung der Ausbaurkosten von 2122,37 Euro verurteilte. Die Beklagte ging in Revision.⁴

¹ Lorenz, Ein- und Ausbaupflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung – Ein Paukenschlag aus Luxemburg und seine Folgen, in: Neue Juristische Wochenschrift 2011, S. 2241.

² EuGH, NJW 2011, 2269 ff.

³ Lorenz, Fn. 1, S. 2245.

⁴ BGH, NJW 2012, 1075, Rn. 1 f.

S. 2

- HFR 1/2013 S. 2 -

3 II. Überlegungen des BGH

Der BGH nahm an, dass, entgegen der Annahme des Berufungsgerichtes, ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte auf Erstattung der Ausbaurkosten aus dem Nacherfüllungsregime des § 439 BGB nach deutschem Recht nicht bestehe. Die Beklagte habe ein Verweigerungsrecht gem. § 439 Abs. 3 S. 3 Halbs. 2 BGB bei absoluter Unverhältnismäßigkeit. Absolute Unverhältnismäßigkeit läge vor, da die Kosten für Neulieferung und Ausbau über 150 % des Werts der mangelfreien Fliesen lägen und auch die 200 % des mangelbedingten Minderwerts der mangelhaften Fliesen überstiegen.⁵ Allerdings zweifelte der BGH, ob das Leistungsverweigerungsrecht des § 439 Abs. 3 S. 3 Halbs. 2 BGB mit Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 und 2 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter⁶ vereinbar sei.⁷ Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 VerbrGKRL gesteht dem Verkäufer ein Verweigerungsrecht bei Unmöglichkeit und Unverhältnismäßigkeit zu; unverhältnismäßig i.S.d. Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 VerbrGKRL sind aber gem. Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 VerbrGKRL nur solche Kosten, die „verglichen mit der alternativen Abhilfemöglichkeit unzumutbar wären“. Der Wortlaut der VerbrGKRL sieht somit – im Gegensatz zu § 439 Abs. 3 BGB – ein Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers nur bei relativer Unverhältnismäßigkeit vor. Dazu wollte der BGH wissen, ob der Verkäufer die vom Käufer verlangte Art der Nacherfüllung auch dann verweigern dürfe, wenn diese mit absolut unverhältnismäßigen Kosten verbunden sei und ob Art. 3 Abs. 2 und 3 VerbrGKRL so auszulegen sei, dass der Verkäufer auch die Ausbaurkosten tragen müsse. Diese Fragen legte der BGH dem EuGH durch Beschluss vom 14.01.2009 vor.⁸

S. 3

- HFR 1/2013 S. 3 -

4 III. Vorlageentscheidung des EuGH

1. Anspruch auf Erstattung der Ein- und Ausbaurkosten

Der Gerichtshof bejaht den Anspruch des Verbrauchers gegen den Verkäufer auf Erstattung der Ein- und Ausbaurkosten. Die Haftung für jede Vertragsverletzung ergebe sich aus Art. 3 Abs. 1 VerbrGKRL. Auf die zentrale Bedeutung der Unentgeltlichkeit sei aus dem Wortlaut des Art. 3 VerbrGKRL und den Vorarbeiten zu der VerbrGKRL zu schließen. Bei Verneinung der Vorlagefrage sei diese Unentgeltlichkeit nicht mehr gegeben und die Richtlinie verliere einen ihrer zentralen Zwecke. Zudem sei die Aufzählung der möglichen Kosten, die übernommen werden sollen, nicht abschließend geregelt, sondern stelle lediglich eine beispielhafte Aufzählung dar. Die Festlegung des europäischen Gesetzgebers auf die Unentgeltlichkeit, das Erfordernis der Fristsetzung und die Vornahme der Ersatzlieferung „ohne Unannehmlichkeiten für den Verbraucher“ gem. Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 Spiegelstrich 3 VerbrGKRL unterstreiche den Willen des Unionsgesetzgebers, ein hohes Maß an Verbraucherschutz zu gewährleisten. Dieser komme auch durch den ersten Erwägungsgrund der VerbrGKRL zum Ausdruck. Der Gerichtshof greift auch das Argument der verschiedenen Deutungsmöglichkeiten in unterschiedlichen Übersetzungen auf, ist aber der Ansicht, dass auch der Wortlaut der deutschen Übersetzung, wie vom BGH in der Vorlageentscheidung erläutert, eine Übernahme von Austauschkosten durchaus zulasse. Diese Regelung sei auch nicht ungerecht, da der Verkäufer eine Primärleistungspflicht aus dem Kaufvertrag, nämlich mangelfrei zu liefern, verletzt habe. Außerdem sei das finanzielle Interesse des Verkäufers ausreichend durch die Verjährungsfrist des Art. 5 Abs. 1 VerbrGKRL, das Ver-

⁵ *Bitter/Meidt*, Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2001, S. 2121.

⁶ Im folgenden: VerbrGKRL.

⁷ *Arlt*, Verbraucherschutz im reformierten Kaufrecht, in: Europäische Hochschulschriften, Band 5039, Frankfurt 2010, S. 133f.

⁸ BGH, NJW 2009, 1660 ff.

weigerungsrecht bei Unverhältnismäßigkeit der Kosten gem. Art. 3 Abs. 2 VerbrGKRL und den nationalen Regressanspruch des Verkäufers gegenüber dem Hersteller geschützt.⁹

5 2. Verweigerungsrecht des Verkäufers bei absoluter Unverhältnismäßigkeit

Der EuGH ist der Auffassung, dass dem Verkäufer grundsätzlich kein Verweigerungsrecht bei absoluter Unverhältnismäßigkeit zustehe. Er begründet dies vor allem mit dem Willen des europäischen Gesetzgebers, ein besonders hohes Maß an Verbraucherschutz zu gewährleisten. Dieses sei nicht mehr gegeben, wenn dem Verkäufer ein Verweigerungsrecht bei absoluter Unverhältnismäßigkeit zustehe, da Minderung des Kaufpreises und Vertragsauflösung nicht das berechnete Erfüllungsinteresse des Verbrauchers einschränken dürften. Eindeutig regelt Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 VerbrGKRL ein Verweigerungsrecht nur bei relativer Unverhältnismäßigkeit. Der Gerichtshof sieht aber ein, dass die finanziellen Interessen des Verkäufers berücksichtigt werden müssen. Das vorliegende Gericht habe daher im Einzelfall bei der Herabsetzung der Erstattungssumme den Betrag, den das Vertragsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, die Bedeutung der Vertragswidrigkeit und den Zweck der Richtlinie, die Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus, zu berücksichtigen. Vor allem der letzte Abwägungsgrund sei hervorzuheben, der verhindern solle, dass die Rechte des Verbrauchers in der Praxis ausgehöhlt werden. Dem Verbraucher stehe aber bei Herabsetzung der Erstattungssumme durch die nationalen Gerichte weiterhin das Recht auf Minderung oder Vertragsauflösung gem. Art. 3 Abs. 5 Unterabs. 3 VerbrGKRL zu, da eine Selbstbeteiligung dem Verbraucher oft erhebliche Unannehmlichkeiten verursachen würde.¹⁰

S. 4

- HFR 1/2013 S. 4 -

6 C. Institutionenökonomische Analyse

I. Verbraucherschutz als Sanktions- und Anreizmechanismus

„Verbraucherschutz nennen wir die Summe all der Maßnahmen, die den Verbraucher durch Erlass und Verfolgung von Rechtsvorschriften vor einer unangemessenen Benachteiligung seiner Interessen bewahren sollen, [...]“¹¹ Verbraucherschutz ist somit Mittel zum Zweck. Er soll den Verbraucher vor strukturell überlegenen Herstellern und Vertreibern von Waren bzw. Anbietern von Dienstleistungen schützen.¹² Verbraucherschutzregeln sollen Sanktionen für Unternehmer etablieren, wenn diese ihre strukturelle Überlegenheit ausnutzen und gleichzeitig dem Verbraucher die Sicherheit geben, im Marktgeschehen ausreichend geschützt und informiert zu sein, was ihn zu einer optimalen Entscheidungsfähigkeit ermächtigen soll.¹³ Geht man davon aus, dass wie oben beschrieben, der Verbraucher seinen Nutzen mehren möchte und dabei zumindest beschränkt rational handelt, so ist die Voraussetzung für eine Kaufentscheidung, dass die Nutzen die Kosten überwiegen:

7

$$\text{Nutzen (Kauf)} > \text{Kosten (Kauf)}$$

8 Da vor dem Kauf Unsicherheit über den Erfolg besteht, multipliziert der Verbraucher den Nutzen des durch den Kauf bezweckten Erfolges (U) mit der Wahrscheinlichkeit (p) des Erfolgseintritts (erwarteter Nutzen). Genauso herrscht auch Unsicherheit über mögliche anfallende Kosten bei Misserfolg. Die erwarteten Kosten können in erfolgsunabhängige Kosten (K), also Kosten die auf jeden Fall anfallen, wie z.B. der Kaufpreis,

⁹ EuGH, NJW 2011, 2271, Rn. 43 ff.

¹⁰ EuGH, NJW 2011, 2274, Rn. 68 ff.

¹¹ Scherhorn, Verbraucherinteresse und Verbraucherpolitik, Göttingen 1975, S. 156; vgl. auch Borchert, Verbraucherschutzrecht, in: Juristische Kurzlehrbücher für Ausbildung und Praxis, 1. Auflage, München 1994, Rösler, Europäisches Konsumentenvertragsrecht, München 2004, S. 84.

¹² Ring, in: Nomos Kommentar BGB Bd. 1, 2. Auflage, Baden-Baden 2012, § 13 Rn. 2; Zimmermann, The German Law of Obligations, Oxford 2005, S. 165.

¹³ Oehler, Zur ganzheitlichen Konzeption des Verbraucherschutzes – eine ökonomische Perspektive, in: Verbraucher und Recht 2006, S. 294 ff.

und in Kosten die bei einem Misserfolg anfallen ($K(M)$), wie z.B. im vorliegenden Fall Ein- und Ausbaurkosten, unterteilt werden. Aufgrund der Unsicherheit vor dem Kauf über den Misserfolgeintritt, müssen die Kosten des Misserfolgeintritts mit der Misserfolgswahrscheinlichkeit $(1 - p)$ multipliziert werden. Danach gilt:¹⁴

$$9 \quad \underline{\text{erwarteter Nutzen (Kauf)} > \text{erwartete Kosten (Kauf)}}$$

bzw.

$$p \cdot U > K + (1 - p) \cdot K(M)$$

10 Dieses Modell bietet nun die Möglichkeit, die Auswirkungen des Urteils auf die verschiedenen Variablen systematisch zu überprüfen. Zudem kann auf die Abhängigkeiten zwischen den Variablen in Bezug auf die Zielerreichung des Urteils, ein hohes Maß an Verbraucherschutz zu gewährleisten, eingegangen werden. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse können dabei helfen, das Urteil normativ zu bewerten.

S. 5 - HFR 1/2013 S. 5 -

11 II. Neue Institutionenökonomik und Verbraucherschutz

1. Vorüberlegungen

Die Neue Institutionenökonomik untersucht Institutionen und deren Wirkung. Institutionen sind formale und informelle Regeln einschließlich der Vorkehrungen zu deren Durchsetzung.¹⁵ Rechtliche Normen, zu denen auch Gerichtsurteile zählen, sind formale Regeln, bei deren Änderung Transaktionskosten¹⁶ anfallen, die durch eine Folgenuntersuchung ermittelt werden könne. Ökonomische Annahmen werden somit auf rechtliche Fragestellungen angewandt.¹⁷ Die Neue Institutionenökonomik sieht den neoklassischen Ansatz¹⁸ sehr kritisch, was sie für die Rechtswissenschaft fruchtbarer macht.¹⁹ Abgelehnt werden vor allem die Annahmen der Allokationseffizienz, d.h. der effizienten Verteilung von knappen Ressourcen, und des eigennutzorientierten Rationalverhaltens^{20, 21}.

12 2. Annahmen

a) Beschränkte Rationalität

Die Neue Institutionenökonomik geht davon aus, dass Menschen beschränkt rational handeln²². Ein wichtiger Bestandteil des Konzepts von der beschränkten Rationalität ist, dass der Mensch nicht grundsätzlich irrational bzw. emotional handelt, sondern dass er in bestimmten Situationen unter bestimmten Bedingungen von dieser Regel abweicht.²³ Solche Verhaltensanomalien könnten auch im Zusammenhang mit diesem

¹⁴ Zum Gesamtkonzept siehe: Richter, HFR 2008, S. 233 f.

¹⁵ Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomik, 4. Auflage, Tübingen 2010, S. 7 f.; auch: Erlei/Leschke/Sauerland, Neue Institutionenökonomik, 2. Auflage, Stuttgart 2007, S. 23; Voigt, Institutionenökonomik, 1. Auflage, München 2002, S. 32-34.

¹⁶ Zur Erklärung von Transaktionskosten siehe weiter unten.

¹⁷ Kirchner, Ökonomische Analyse des Rechts. Interdisziplinäre Zusammenarbeit von Ökonomie und Rechtswissenschaft, in: Assmann/Kirchner/Schanze, Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen 1993, S. 64.

¹⁸ Allgemein: Hampicke, Ökologische Ökonomie – Individuum und Natur in der Neoklassik, in: Natur in der ökonomischen Theorie, Teil 4, Opladen 1992, S. 20 ff.; vgl. auch Miller/Upton, Macroeconomics – A Neoclassical Introduction, Chicago 1974.

¹⁹ Kirchner, Die Ökonomische Theorie, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2. Auflage, Berlin/New York, § 5 Rn. 54.

²⁰ Allgemein: Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Auflage, Berlin 2005, S. 58 ff.

²¹ Kirchner, Fn. 19, § 5, Rn. 46.

²² Allgemein: Conlisk, Why Bounded Rationality?, in: Journal of Economic Literature, Bd. 34 Nr. 2, Juni 1996, S. 321 ff.; Simon, Bounded Rationality, in: The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Utility and Probability (1987), S. 15 ff.

²³ Kahneman/Tversky, Rational Choice and the Framing of Decisions, in: The Journal Business, Bd. 59 (1986), S. 251 ff.

Urteil auftreten.²⁴ Bei der sogenannten *Framinganomalie* entscheiden Menschen sich anders, wenn bei gleichem Inhalt die Entscheidungsmöglichkeit anders präsentiert wird.²⁵ Im vorliegenden Fall wird es danach einen Unterschied machen, ob der Unternehmer mit der Botschaft wirbt: „Normalpreis 5.000 Euro, Aufschlag für Übernahme des Gewährleistungsanspruchs 500 Euro, Gesamtpreis 5.500 Euro“ oder ob er sagt: „Preis 5.500 Euro, für alle Mangelfolgeschäden wird gewährleistet.“ Der Verbraucher wird hier wohl eher bei der zweiten Variante kaufen.

- 13 Die *Prospekttheorie* geht davon aus, dass sich Individuen bei erwarteten Vermögenssteigerungen risikoavers und bei drohenden Vermögensverlusten risikofreudig verhalten.²⁶ Der Verbraucher erfährt durch die Ausweitung des Gewährleistungsanspruchs eine Vermögenssteigerung und wird eventuell höhere Preise aufgrund seiner Risikoaversion hinnehmen.
- 14 Die Neue Institutionenökonomik bricht gerade bei der Annahme des rational handelnden Menschen mit der Neoklassik, aber sie negiert auch nicht die Vorstellung, dass das Individuum ausschließlich rational handelt. Die Annahme von Verhaltensanomalien stellt somit eine Abweichung von der Regel dar, die aber bei einer möglichst korrekten Wirkungsanalyse wichtig ist. Es ist abwegig grundsätzlich davon auszugehen, dass der Verbraucher nur emotional handelt und der Abwägung von Nutzen und Kosten überhaupt keine Beachtung schenkt. Es kann daher angenommen werden, dass durch die rechtliche Ausgestaltung der Institution des Verbraucherschutzes zumindest i.d.R. Einfluss auf die Verhaltensweise der Verbraucher und Unternehmer genommen werden kann.

15 **b) Systematische Unvollständigkeit von Informationen**

Eine weitere Annahme ist, dass Informationen nur systematisch unvollständig vorhanden sind. Diese Annahme lässt sich in Bezug auf den Verbraucher bestätigen. Wie oben erwähnt, geht es bei einer Verschärfung des Verbraucherrechts darum, dem Verbraucher Zugang zu marktrelevanten Informationen zu geben, mit deren Hilfe er, wenn auch keine perfekte, aber zumindest eine ausgewogenere Entscheidung treffen kann.

S. 6 - HFR 1/2013 S. 6 -

16 **c) Positive Transaktionskosten**

Zudem wird die Existenz von positiven Transaktionskosten, d.h. Kosten für die Etablierung, Aufrechterhaltung und Durchsetzung von Institutionen²⁷, angenommen.²⁸

- 17 Die Mehrkosten für den Unternehmer bei Mangelhaftigkeit der Ware können als positive Transaktionskosten, also als Kosten für die Durchsetzung des Verbraucherschutzes als Institution, bezeichnet werden. Die Ausweitung des Nacherfüllungsanspruches hat zur Folge, dass den Verkäufern, welche mangelhaft leisten oder zumindest auf Kosten der Qualität produzieren, Sanktionen in Form von Mehrkosten auferlegt werden. Mithin ist die Prämisse der Sanktion als Kosten hier anwendbar.

18 **d) Ziel der Nutzenmehrung**

Zudem wird davon ausgegangen, dass der einzelne Akteur eigene Interessen verfolgt und versucht, seinen Nutzen zu mehren.²⁹ Bei der Annahme, dass der erwartete Erfolgsnutzen U größer als die erwarteten Kosten sein muss, stellt sich die Frage, was

²⁴ Aufgrund des begrenzten Raumes sollen hier nur einige prägnante und für diesen Kontext besonders passende Anomalien erwähnt werden. Für eine Gesamtübersicht siehe: Schäfer/Ott, Fn. 20, S. 66 ff.

²⁵ Vgl. Kahneman/Tversky, Choices, Values and Frames, in: American Psychologist, Bd. 39 (1984), S. 341 ff.

²⁶ Vgl. Kahneman/Tversky, Prospect Theory – An Analysis of Decision under Risk, in: Econometrica, Bd. 46 (1979), S. 263 ff.

²⁷ Richter/Furubotn, Fn. 16, S. 13 f.

²⁸ Kirchner, Fn. 19, § 5, Rn. 50; Kirchner, Ökonomische Theorie des Rechts, in: Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Bd. 151, Berlin 1997, S. 12 ff.; Richter/Furubotn, Fn. 16, S. 2 ff.; Voigt, Fn. 16, S. 26 ff.

²⁹ Richter/Furubotn, Fn. 16, S. 3.

für einen Verbraucher überhaupt Erfolgsnutzen ist. So ist denkbar, dass Erfolgsnutzen für ihn bedeutet, dass er rechtlich, etwa wie vorliegend durch ein ausgeweitetes Gewährleistungsrecht, besser gestellt ist als zuvor und somit vor der überlegenen Marktmacht des Unternehmers geschützt ist. Ein Verbraucher, der eine mangelfreie Ware bekommt, wird sicherlich die Absicherung durch das Gewährleistungsrecht als Erfolgsnutzen ansehen. Erfolgsnutzen ist also nicht nur in einem Mehr an Geld ausgedrückt. Für einen Unternehmer steht die Wettbewerbsfähigkeit im Vordergrund, wobei Gewinnmaximierung³⁰ und Kostenminimierung die wichtigsten Zwischenschritte zur Zielerreichung darstellen.³¹ Auch wenn dies in jüngerer Zeit als das alles überragende Ziel kritisiert wird, so ist es doch im Rahmen der Zielhierarchie³² immer noch bestimmend.³³ Somit ist alles was den Gewinn bzw. das Ergebnis des Unternehmers schmälert auch gleichzeitig ein Faktor, der sich negativ auf den Erfolgsnutzen auswirkt. In der stakeholder bezogenen Zieldimension ist die Kundenzufriedenheit zudem ein überragendes Ziel.³⁴ Grundsätzlich eignet sich das Kriterium für eine kritische Wirkungsanalyse. Man muss sich aber bewusst sein, dass jeder Akteur andere Präferenzen hat und den Erfolgsnutzen für sich anders definiert. Die Analyse kann für sich keine Allgemeingültigkeit beanspruchen und somit kann am Ende nur ein Näherungsergebnis stehen.

S. 7

- HFR 1/2013 S. 7 -

19 e) Methodologischer Individualismus

Eine weitere wichtige Annahme ist die des methodologischen Individualismus, der die einzelnen Entscheider als handelnde Akteure begreift und nicht die Gesellschaft oder den Staat als Kollektiv.³⁵ Dabei ist es entscheidend, die Präferenzen der verschiedenen Akteure als konstant für den Untersuchungszeitraum anzunehmen.³⁶ Ausgangspunkt für eine institutionenökonomische Analyse des Urteils sind aus diesen Überlegungen daher die Adressaten der Normänderung, hier Verbraucher und Unternehmer.

20 III. Variablen als Anknüpfungspunkt für Verbraucherschutzregeln

Die EU hat die Möglichkeit, bei entsprechender politischer Zielsetzung und in Zusammenarbeit mit den Mitgliedsstaaten, durch rechtliche Regelungen, das Maß an Verbraucherschutz zu gestalten. Durch Erlass von Richtlinien oder Verordnungen wird somit versucht, auf mehrere Variablen der oben genannten Formel gleichzeitig einzuwirken. Auch Gerichtsurteile können durch ihren rechtsändernden bzw. rechtsklarstellenden Charakter auf die Variablen einwirken. Die Gesamtwirkung ist dann aus der oben genannten Formel zu schließen. Außerdem sind Neben- und Wechselwirkungen, d.h. Abhängigkeiten zwischen den Variablen, zu beachten.

21 1. Steigerung der Kosten bei Misserfolgen (K(M))

Bei Lieferung mangelhafter Ware steigen die Kosten, sogenannte Fehlerkosten³⁷, für den Unternehmer durch die grundsätzliche Pflicht zur Übernahme der Ein- und Ausbaurkosten, aber z.B. auch durch eventuelle Anwalts- und Prozesskosten. Der Verbraucher ist bei Mangelhaftigkeit der Ware von den Ein- und Ausbaurkosten befreit, sodass für

³⁰ Waldhelm, Gewinn und Liquidität als Unternehmensziele, 1. Auflage, Berlin 1990, S. 6.; Fischer/Rödl, Unternehmensziele und Gestaltung von Anreizsystemen – Ergebnisse einer empirischen Studie deutscher Unternehmer, Ingolstadt 2006, <http://hcc.umantis.com/Public/Publications/73/Profile/Attachments/29/ShowDocument/Fischer%20Unternehmensziele...%202006.pdf>, abgerufen am: 16.06.2012, S. 28 f.

³¹ Merkle, Unternehmensziele und ihre Verwirklichung, in: Albach, Werte und Unternehmensziele im Wandel der Zeit, Wiesbaden 1994, S. 30, auch: Albach, Wertewandel deutscher Manager, in: Albach, Werte und Unternehmensziele im Wandel der Zeit, Wiesbaden 1994, S. 12.

³² Arentzen/Winter, Gabler Wirtschaftslexikon, S. 3890.

³³ Arentzen/Winter, Fn. 32, S. 3444.

³⁴ Fischer/Rödl, Fn. 30, S. 28 f.

³⁵ Kirchner, Fn. 19, § 5 Rn. 39; Richter/Furubotn, Fn. 16, S. 3.

³⁶ Erlei/Leschke/Sauerland, Fn. 16, S. 4; Voigt, Fn. 16, S. 27.

³⁷ Näheres siehe: B.III.5.

ihn keine Mehrkosten bei Misserfolg entstehen; ihm werden sogar Kosten erlassen, die er ohne eine Änderung des Gewährleistungsrechtes hätte tragen müssen.

S. 8 - HFR 1/2013 S. 8 -

22 2. Steigerung der erfolgsunabhängigen Kosten (K)

Das Urteil hat enorme Auswirkungen auf den Preis der Ware, also die erfolgsunabhängigen Kosten für den Verbraucher, indem der Unternehmer die Mehrkosten durch Gewährleistungszahlungen über den Preis an den Verbraucher weitergibt. In der Kosten- und Leistungsrechnung werden solche Kosten als kalkulatorische Wagnisse bezeichnet.³⁸ Sie untergliedern sich in das allgemeine Unternehmerrisiko und spezielle Wagnisse. Das allgemeine Unternehmerrisiko ist schwer in Zahlen auszudrücken und wird nicht als Kostenfaktor verbucht. Es wird aus dem Gewinn gedeckt. Die speziellen Wagnisse sind berechenbar. Bei ihnen werden Erfahrungs- und Durchschnittswerte benutzt, um so eine Wahrscheinlichkeit für die Höhe der Kosten zu errechnen, den sogenannten Wagnissatz.³⁹ Gewährleistungsansprüche werden den Fertigungswagnissen zugerechnet.⁴⁰ Sie werden als eine Art Selbstversicherung in die Gemeinkosten eingerechnet.⁴¹ Denkbar ist aber auch, dass sich der Unternehmer extern durch ein Versicherungsunternehmen versichert. Die Kosten werden in der Kostenartenrechnung als Dienstleistungs- oder Fremdleistungskosten verbucht.⁴² Außerdem ist möglich, dass der Unternehmer durch ein ausgeweitetes Qualitätsmanagement eine Erfolgswahrscheinlichkeitssteigerung herbeiführen wird und die Kosten hierfür einpreist.⁴³

23 3. Erfolgswahrscheinlichkeitssteigerung (p)

Die Erfolgswahrscheinlichkeitssteigerung ist eng verwoben mit den erfolgsunabhängigen Kosten. Durch das Tätigwerden des Unternehmers als Reaktion auf das Urteil ist eine Steigerung der Erfolgswahrscheinlichkeit denkbar. Der Unternehmer könnte z.B. in sein Qualitätsmanagement investieren und somit die Wahrscheinlichkeit, mangelhafte Ware zu verkaufen, deutlich reduzieren.⁴⁴

S. 9 - HFR 1/2013 S. 9 -

24 4. Nutzenmehrung (U)

Eine Ausweitung des Gewährleistungsrechtes ist für den Verbraucher sehr nützlich. War vor der Entscheidung des EuGH noch unklar, wer die Ein- und Ausbaurkosten trägt, so ist ihm nun schon beim Kauf klar, dass er bei Mangelhaftigkeit des Gutes die Ein- und Ausbaurkosten grundsätzlich ersetzt bekommt. Er erfährt durch das Urteil mithin eine Nutzenmehrung. Allerdings wirken die möglichen Preiserhöhungen negativ auf das Kriterium der Nutzenmehrung. Für den Unternehmer bedeutet die Pflicht zur Erstattung der Ein- und Ausbaurkosten eine Verminderung seines Gewinns. Er erfährt im Hinblick auf dieses Ziel keine Nutzenmehrung. Beim Ziel der Kundenzufriedenheit wird allerdings eine Nutzmehrung festzustellen sein.

25 5. Neben- und Wechselwirkungen

Ein Wechselwirkungszusammenhang besteht gerade bei Maßnahmen des Qualitäts-

³⁸ Jung, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 10. Auflage, München 2006, S.1127 f.; Moews, Kosten- und Leistungsrechnung, 6. Auflage, München 1996, S. 110; Wöhe, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, aus: Vahlens Handbücher der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, 19. Auflage, München 1996, S. 1268 ff.

³⁹ Eisele, Technik des betrieblichen Rechnungswesens, aus: Vahlens Handbücher der Wirtschafts- Sozialwissenschaften, 7. Auflage, München 2002, S. 668 f.

⁴⁰ Jung, Fn. 38, S. 1081.

⁴¹ Fandel/Fey/Heuft/Pitz, Kostenrechnung, 2. Auflage, Berlin 2004, S. 130 f.; Götze, Kostenrechnung und Kostenmanagement, 3. Auflage, Berlin 2004, S. 61 f.

⁴² Jung, Fn. 38, S. 1085.

⁴³ Näheres siehe B.III.5.

⁴⁴ Näheres siehe B.III.5.

managements. Qualitätskosten setzen sich zusammen aus Fehlerverhütungskosten (*prevention costs*), Prüfkosten (*appraisal costs*) und Fehlerkosten (*failure costs*).⁴⁵ Während Fehlerkosten die Misserfolgskosten des Unternehmers⁴⁶ sind, werden Fehlerverhütungskosten und Prüfkosten bei den erfolgsunabhängigen Kosten anfallen. Fehlerverhütungskosten sind Kosten, die bei der Qualitätsplanung und Qualitätslenkung entstehen, z.B. Kosten für Schulungen, Lieferantenbeurteilungen oder Qualitätsaudits.⁴⁷ Prüfkosten umfassen Kosten für Anlagen, mit deren Hilfe Qualitätsprüfungen durchgeführt werden sowie Kosten für innerbetriebliche Leistungen, die mit Qualitätsprüfungen in Verbindung stehen.⁴⁸ Gleichzeitig haben diese Mehraufwendungen aber auch Auswirkungen auf die Erfolgswahrscheinlichkeitssteigerung, weil durch sie bewirkt wird, dass mehr Waren mangelfrei an den Kunden ausgeliefert werden. Zudem führt eine geringere Misserfolgseintrittswahrscheinlichkeit zu einer Nutzenmehrung von Unternehmer und Verbraucher. Nebenwirkungen des Urteils sind womöglich der Anstieg von Rechtsstreitigkeiten zwischen Verkäufern und Herstellern und damit der vermehrte Inanspruchnahme von Regressansprüchen.⁴⁹ Es ist auch davon auszugehen, dass Qualitätsdumping mit der Zeit immer mehr aus dem Markt gedrängt wird, da dies nicht mehr profitabel sein wird.

S. 10

- HFR 1/2013 S. 10 -

26 **D. Fazit**

Das Urteil bewirkt eine enorme Nutzenmehrung für den Verbraucher, sodass er Preissteigerungen durchaus hinnehmen wird. Fraglich ist nur, wie hoch diese ausfallen dürfen. Aber auch wenn die erwarteten Kosten für den Verbraucher den erwarteten Nutzen übersteigen, wird sich dieser womöglich trotzdem für einen Kauf entscheiden. Dabei sind das Konzept der beschränkten Rationalität und vor allem die *Prospekttheorie* und die *Framinganomalie* entscheidend. Bei einer entsprechenden Vermarktung des Unternehmers wie oben beschrieben (*Framinganomalie*), ist es durchaus denkbar, dass der Verbraucher von einer vollständig rationalen Entscheidung abweicht. Dafür spricht auch die Risikoaversion des Verbrauchers bei einer Vermögenssteigerung bzw. einer Nutzenmehrung (*Prospekttheorie*). Die Verteilung der Mehrkosten für Qualitätsmanagement und mögliche (Selbst-) Versicherungskosten auf eine Vielzahl von Verbrauchern dürfte die Preissteigerung aber abmildern. Zudem bewirken die erfolgsunabhängigen Mehrkosten, vor allem beim Qualitätsmanagement, eine Steigerung der Erfolgseintrittswahrscheinlichkeit, also eine Steigerung der Wahrscheinlichkeit mangelfreie Ware geliefert zu bekommen. Daher wird sich auch die Zahl der Gewährleistungsfälle reduzieren. Abschließend ist festzustellen, dass eine Verschärfung der Gewährleistungshaftung in der Gesamtmarkt Betrachtung zu einer Preiserhöhung führt. Dabei werden sich die Preise derjenigen Unternehmer erhöhen, die bisher auf Kosten der Qualität zu niedrigen Preisen angeboten haben. Der Durchschnittswert für die Mangelhaftigkeit von Produkten kann in Abhängigkeit von der individuellen Unternehmensorganisation (Qualitätsmanagement etc.) nur unternehmensspezifisch sein. Die Rechtsprechung des EuGH unterstützt damit unmittelbar den Anspruch, der an einen vollkommenen Markt⁵⁰ zu richten wäre, nämlich dass die zu Lasten der Qualität agierenden Niedrigpreisanbieter sukzessive aussortiert werden bzw. diese ihre Qualität an der Norm ausrichten und keine Wettbewerbsvorteile aus Qualitätsdumping herleiten. Es zeigt sich, dass es keine eindeutigen Gewinner und Verlierer des EuGH-Urteils gibt. Vieles ist abhängig von der individuellen Situation, in der sich die Akteure befinden. Insgesamt kann der Ansatz der Neuen Institutionenökonomik überzeugen, da er viele Befürchtungen durch eine „ideologiefreie“ Analyse der Tatsachen widerlegen kann.

⁴⁵ Pfeifer, Qualitätsmanagement, München 1993, S. 383.

⁴⁶ Siehe: B.III.1.

⁴⁷ Pfeifer, Fn. 45, S. 383, 392.

⁴⁸ Pfeifer, Fn. 45, S. 388.

⁴⁹ Lorenz, Fn. 1, S. 2245.

⁵⁰ Zum Konzept des vollkommenen Marktes: Cezanne, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, aus: Wolls Lehr- und Handbücher der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, 6. Auflage, München 2005, S. 156 f.

Häufige „common-sense-Analysen“ in der juristischen Literatur⁵¹ führen dazu, dass von falschen Tatsachen ausgegangen wird und Urteile aus den falschen Gründen kritisiert werden. Die Neue Institutionenökonomik kann somit einen Beitrag zur „Objektivierung“ von Kritik leisten. Allerdings darf sie auch nicht überschätzt werden; sie liefert wichtige Hilfsmittel, um die Folgen bzw. Wirkung von Urteilen zu analysieren, auch wenn ihre Prognosen nur systematisch unvollständig sein können. Die Ökonomik zur normativen Bewertung von juristischen Fragestellungen heranzuziehen überzeugt nicht. Die Rechtswissenschaft, vor allem ihre Teildisziplinen die Rechtsphilosophie und die Rechtslehre, stellen immer wieder die Frage, was Recht sein soll und wie Recht begründet werden kann. Die Ökonomik nimmt es als gegeben hin, dass das Recht und somit auch der Mensch selbst an dem Grad der Effizienz gemessen werden soll. Diese Annahme wird im Wesentlichen nicht hinterfragt.⁵² Die Ökonomik kann also nur zur positiven Wirkungsanalyse herangezogen werden, um festzustellen, ob ein durch rechtspolitischen und rechtsphilosophischen Diskurs gesetztes Ziel durch die Maßnahme auch erreicht wird. Als alleiniger Begründungsmaßstab für eine rechtliche Maßnahme ist die Ökonomik aber wenig hilfreich.

Zitierempfehlung: Moritz Wargalla, HFR 2013, S. 1 ff.

⁵¹ *Kirchner*, Fn. 19, § 5 Rn. 43.

⁵² *Naucke*, Rechtsphilosophische Grundbegriffe, in: Juristische Lernbücher, Bd. 19, 4. Auflage, Neuwied 2000, Rn. 227.