

Archiv für die civilistische Praxis

Herausgegeben von
**Reinhard Bork · Jochen Taupitz
Gerhard Wagner**

Vorwort: Gemeinwohl und Privatrecht

Wulf-Henning Roth
Öffentliche Interessen im internationalen
Privatrechtsverkehr

Heike Schweitzer
Vertragsfreiheit, Marktregulierung, Marktverfassung:
Privatrecht als dezentrale Koordinationsordnung

Mathias Habersack
Gemeinwohlbindung und Unternehmensrecht

Andreas Kletečka
Mietrecht zwischen Sozialschutz und Marktregulierung

Eva Schumann
Familienrecht und Gesellschaftspolitik am Beispiel
der Vereinbarkeit von Familie und Beruf



220. Band · Heft 4/5 August 2020

Archiv für die civilistische Praxis

Herausgegeben von
Reinhard Bork, Jochen Taupitz und Gerhard Wagner

Abhandlungen und Diskussionsberichte

Vorwort: Gemeinwohl und Privatrecht	453
<i>Wulf-Henning Roth</i> : Öffentliche Interessen im internationalen Privatrechtsverkehr	458
Diskussionsbericht zum Referat von <i>Wulf-Henning Roth</i>	
Referent: <i>Hannes Wais</i>	538
<i>Heike Schweitzer</i> : Vertragsfreiheit, Marktregulierung, Marktverfassung:	
Privatrecht als dezentrale Koordinationsordnung	544
Diskussionsbericht zum Referat von <i>Heike Schweitzer</i>	
Referent: <i>Sven Asmussen</i>	587
<i>Mathias Habersack</i> : Gemeinwohlbindung und Unternehmensrecht	594
Diskussionsbericht zum Referat von <i>Mathias Habersack</i>	
Referentin: <i>Anne-Christin Mittwoch</i>	664
<i>Andreas Kletečka</i> : Mietrecht zwischen Sozialschutz und Marktregulierung.	
Was haben Mietpreisregelungen und Drogen gemeinsam?	674
Diskussionsbericht zum Referat von <i>Andreas Kletečka</i>	
Referent: <i>Florian Scholz-Berger</i>	693
<i>Eva Schumann</i> : Familienrecht und Gesellschaftspolitik am Beispiel der Vereinbarkeit von Familie und Beruf	701
Diskussionsbericht zum Referat von <i>Eva Schumann</i>	
Referentin: <i>Johanna Croon-Gestfeld</i>	756
 Podiumsdiskussion	
<i>Peter Hommelhoff</i> : Einleitung	763
<i>Ulrich Preis</i> : Privatrecht und Verteilungsgerechtigkeit	766
<i>Dagmar Coester-Waltjen</i> : Verteilungsgerechtigkeit im Privatrecht –	
Der Blick auf das Familienrecht	776
<i>Martin Schauer</i> : Verteilungsgerechtigkeit und Erbrecht: Generationengerechtigkeit	784
<i>Rolf Stürner</i> : Verteilungsgerechtigkeit bei der Gestaltung von Kapitalanlageformen	
und bei der Kompensation von Massenschäden	790
<i>Ann-Marie Kaulbach / Jan-Erik Schirmer</i> : Diskussionsbericht zur Podiumsdiskussion	796
 Forschung im Selbstporträt	
<i>Barbara Daunder-Lieb / Thomas Pfeiffer</i> : Einleitung	809
<i>Andreas Dieckmann</i> : Gesamthand und juristische Person	811
<i>Johannes Flume</i> : Marktaustausch	814
<i>Max Foerster</i> : Die Zuordnung der Mitgliedschaft	817
<i>Simon Laimer</i> : Beschränkung rechtsgeschäftlicher Erfüllungsverpflichtungen	820
<i>Clemens Latzel</i> : Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie	823
<i>Julia Lübke</i> : Privatautonome Verhaltensvorgaben für Gesellschafter-Erben	827
<i>Michael F. Müller</i> : Kleine und mittlere Unternehmen im Privatrecht	830
<i>Jan Oster</i> : Kommunikationsdeliktsrecht	833
<i>Moritz Pöschke</i> : Satzungsdurchbrechende Beschlüsse in GmbH und AG	836
<i>Jens Prütting</i> : Rechtsgebietsübergreifende Normenkollisionen	839
<i>Julia Redenius-Hövermann</i> : Verhalten im Unternehmensrecht	842
<i>Erik Röder</i> : Nutzungsausgleich im Bürgerlichen Recht	845
<i>Alexander Stöhr</i> : Kleine Unternehmen	848
<i>Christoph Andreas Weber</i> : Organpflicht und Rechtsdurchsetzung	851
<i>Anne Christin Wietfeld</i> : Bereichsverweisungen auf Rückabwicklungssysteme	
im Bürgerlichen Gesetzbuch	854
<i>Constantin Willems</i> : Justinian als Ökonom	857

Archiv für die civilistische Praxis

Herausgegeben von
Reinhard Bork, Jochen Taupitz und Gerhard Wagner

220. Band (2020)
Zitierweise: AcP

Manuskripte und redaktionelle Anfragen werden an einen der Herausgeber erbeten:

- Prof. Dr. Reinhard Bork (verantwortlicher Redakteur), Seminar für Zivilprozeßrecht, Fakultät Rechtswissenschaft, Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg, bork@uni-hamburg.de
- Professor Dr. Jochen Taupitz, Universität Mannheim, Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, Schloß Westflügel, 68161 Mannheim, taupitz@jura.uni-mannheim.de
- Professor Dr. Gerhard Wagner, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Unter den Linden 9, 10099 Berlin, sekretariat.wagner@rewi.hu-berlin.de

Rezensionsexemplare werden an den Verlag erbeten.

Hinweise für Autoren: Informationen zur Manuskriteinreichung, den dabei zu übertragenden und den beim Autor verbleibenden Rechten sowie formale Hinweise zur Manuskriptgestaltung finden Sie unter www.mohrsiebeck.com/AcP in der Rubrik „Manuskripte“.

Erscheinungsweise: Pro Jahr erscheint ein Band zu je sechs Heften.

Abonnements: Informationen zu Abonnements finden Sie unter www.mohrsiebeck.com/AcP in der Rubrik „Abonnement“. Bei Fragen zum Bezug der Zeitschrift wenden Sie sich bitte an journals@mohrsiebeck.com.

Onlinezugang: Im Abonnement für Institutionen und Privatpersonen ist der freie Zugang zum Online-Volltext auf der Verlagswebsite enthalten. Nähere Informationen zur Registrierung und den besonderen Anforderungen für institutionelle Nutzer finden Sie unter: www.mohrsiebeck.com/elektronische-publikationen.

© 2020 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen. Die Zeitschrift einschließlich aller ihrer Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter oder elektronischer Form, die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen sowie die Übersetzung. Anfragen hierzu richten Sie an rights@mohrsiebeck.com.

Verlag: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Postfach 2040, 72010 Tübingen, www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com.

Anzeigenservice: Tilman Gaebler, Postfach 113, 72403 Bisingen, tilman.gaebler@t-online.de. *V.i.S.d.P.:* Kendra Mäschke, maeschke@mohrsiebeck.com.

Satz: Computersatz Staiger, Rottenburg/N.; *Druck:* Gulde Druck, Tübingen.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier.

Printed in Germany.

Dieser Ausgabe des AcP liegt ein Prospekt des Verlags C.H. Beck, München, bei.

ISSN 0003-8997 (Gedruckte Ausgabe) eISSN 1868-7113 (Online-Ausgabe)

Marktaustausch*

Grundlegung einer juristisch-ökonomischen Theorie
des Austauschverkehrs

von Univ.-Prof. Dr. iur. *Johannes W. Flume*, Linz

Kaufverträge sind nicht als statische und isolierte Vorgänge des Austauschs Ware gegen Geld, sondern als Marktaustauschvorgänge aufzufassen. Jeder Kaufvertrag ist in einen Markt eingebettet und jeder einzelne Vertrag ist zugleich konstituierend für den jeweiligen Markt. Der Markt ergibt sich aus der Summe der in ihm abgeschlossenen Einzelverträge. Markt und Einzelverträge stehen notwendig in funktionaler Wechselbeziehung. Dies ist in Kurzform der privatautonome Kern unserer Wirtschaftsordnung.

Das Verständnis der Wechselbeziehung zwischen Vertrag und Markt ist in zweierlei Hinsicht von grundlegender Bedeutung: Es ermöglicht die Bewertung der wirtschaftlichen Güte des Vertragsabschlusses relativ zu einem Marktpreis – vereinfacht formuliert, wer ein „gutes“ und wer ein „schlechtes“ Geschäft abgeschlossen hat – und es kann als Erfüllungssurrogat zur Naturalerfüllung (Ware gegen Geld) der Schadensersatz statt der Leistung exakt beziffert werden. Kernanliegen des „Marktaustauschs“ ist es nachzuweisen, dass Märkte Rechtsprodukte sind und sich die „rechnerische Rationalität“ (*Max Weber*) sämtlicher in den Märkten abgeschlossener Verträge auf den Grundgedanken zurückführen lässt, dass der *monetäre Wert von Austauschversprechen* berechnet wird. Die rechtlich-ökonomische Basis von Austauschversprechen offen zu legen ist entscheidend, um die rechtliche Konstruktion der verschiedenen Märkte – vom einfachen Austauschmarkt bis hin zu komplexen, organisierten Terminmärkten – zu erklären und die Bindungswirkung von Austauschverträgen exakt zu bestimmen. Dieser Prozess der ständigen Verfeinerung des *market designs* wird dadurch nachvollzogen, indem gezeigt wird, wie in den vergangenen vierhundert Jahren an den Börsen aus den archetypischen Formen der Austauschverträge – Tausch und Kauf – Futures-Märkte entstanden sind.

Der allgemeine Austauschmarkt der Kaufverträge und die Futures-Märkte haben ein gemeinsames privatrechtliches Fundament. Der monetäre Wert von Verträgen, das Pekuniarinteresse, wird in diesen Märkten jeweils durch das Verhältnis zwischen Kaufpreis und Marktpreis errechnet. Beim einfachen (bilateralen) Kaufvertrag wird so der Schadensersatz statt der Leistung ermittelt, während an den Börsen das Pekuniarinteresse in automatisierten (heute rechnergestützten) Rechenvorgängen festgestellt wird.

Durch die Bestimmung des Differenzbetrags, oder was gleichbedeutend ist, die Errechnung des Schadensersatzes statt der Leistung nach der Differenztheorie, wird neben der Naturalerfüllung (Geld gegen Ware) eine alternative Form der Erfüllung etabliert. Infolge dieses Rechenvorgangs wird das wirtschaftliche Ergebnis des reellen Leistungsaustauschs monetär repliziert und ein Zusammenhang zwischen dem indi-

* Tübingen: Mohr Siebeck, 2019. (Jus Privatum; Bd. 235) XXI, 304 S.; Ln.: 84.– €; ISBN 978-3-16-156899-2.

viduellen Vertragsschluss und dem Preisniveau desjenigen Marktes hergestellt, in dem der Vertrag abgeschlossen wurde. Es kommt zu einer Abgleichung des vertraglich vereinbarten Preises und der Marktrealität. Meist wird dieser Gedanke darin verklautuliert, dass der Verkäufer bzw. Käufer ein abstraktes oder konkretes Deckungsgeschäft abschließen kann. Das ist aber nur eine sehr grobe Umschreibung der Bindungswirkung von Kaufverträgen. Denn es wird allzu schnell übersehen, dass ein Anspruch nur in Abhängigkeit von der durch den Kaufpreis bewirkten symmetrischen Risikoverteilung bestehen kann: der Gläubiger (Verkäufer oder Käufer) kann nur erwarten, die Kaufsache für den *vereinbarten Preis* zu veräußern oder zu erwerben. Der Käufer wird durch den Abschluss des Kaufvertrages vor Preissteigerungen über den Kaufpreis, der Verkäufer vor einem Preisverfall unterhalb des Kaufpreises geschützt. Für den Schadensersatz statt der Leistung bedeutet dies, dass ein Anspruch nur besteht, sollte sich der Marktpreis in einem Bereich befinden, vor dem der Kaufvertrag die jeweilige Partei schützen soll: Der Käufer hat nur einen Anspruch, sollte der Marktpreis über dem Kaufpreis liegen und der Verkäufer hat nur einen Anspruch, sollte der Kaufpreis unterhalb des Marktpreises liegen. Die Anspruchsentstehung ist grundsätzlich durch die Risikoverteilung zwischen den Parteien bedingt und wird höhenmäßig durch den Marktpreis im Zeitpunkt der Wahl des Schadensersatzes statt der Leistung bestimmt.

Die in jedem Kaufvertrag verankerte symmetrische Risikoverteilung wird quasi automatisch in der durch die Differenztheorie vorgegebenen Rechenoperation umgesetzt und operationalisiert. Im 19. Jahrhundert hatte sich die Berechnung des Nichterfüllungsschadens nach der Marktpreisdifferenz – was inhaltlich gleichbedeutend zur heute geläufigen Differenztheorie ist – in der Handelsrechtspraxis der meisten Rechtsordnungen der westlichen Hemisphäre fest etabliert. Und es ist ein ebenfalls im „Marktaustausch“ vertretener Standpunkt, dass die Gerichte und die Literatur begannen, einem bis in die Gegenwart fortwirkenden grundlegenden Fehlschluss zu erliegen, indem dazu übergegangen wurde, den Nichterfüllungsschaden durch die Zerkennung von Gewinnspannen zugunsten des Verkäufers zu quantifizieren. Im Ergebnis wird damit dem Verkäufer eine Kündigungsprämie gewährt, die mit dem ursprünglichen Zweck des Nichterfüllungsschadens, nämlich ein Erfüllungssurrogat zu sein, nichts mehr zu tun hat. Das Ergebnis ist eine nicht zu rechtfertigende Schlechterstellung des Käufers und eine Überkompensierung des Verkäufers.

Mit Hilfe von Börsen werden organisierte Märkte kreiert, die Probleme adressieren, die, wenn man vom fertigen Vertragsabschluss aus denkt – wie z.B. A schließt mit B einen Vertrag –, nicht auf Anhieb auffallen werden. Durch die Börsen wurden Marktorte geschaffen, die drei Grundprobleme adressieren: *liquidity*, *transparency* und *counterparty risk*. Es entstehen zentrale Vertragsabschlussorte, in denen zu möglichst geringen Transaktionskosten ein Vertragspartner gefunden werden kann, Preise als Orientierungshilfen für die Marktteilnehmer fortlaufend notiert werden und durch technische Vorkehrungen (u.A. sog. *margin accounts* und *central clearing parties*) das Kontrahentenausfallrisiko minimiert, wenn nicht sogar ausgeschlossen werden kann. Zudem werden in zeitlicher Hinsicht unterschiedliche Märkte geschaffen. Es können nicht mehr nur sog. Kassageschäfte, *marché au comptant* oder *spot contracts*, wie etwa das Handgeschäft auf einem Wochenmarkt, sondern nun auch, als ultimative Fortentwicklung des Kaufrechts, Zeitgeschäfte, *marché à terme* oder Futures-Kontrakte abgeschlossen werden. Die Marktteilnehmer können wählen, ob sie einen unmittelbaren Leistungsaustausch in der Gegenwart oder – bestimmt durch die Laufzeit der Futures-Kontrakte – einen solchen in der Zukunft anstreben. Der rechtliche Zellkern

der Futures-Märkte besteht in der Rechtstechnik der sog. *Skontration* – eine Verrechnungstechnik des Wechselverkehrs, die im 12. und 13. Jahrhundert auf den Messen der Champagne entwickelt wurde. Durch die Skontration werden sämtliche in einem Futures-Markt abgeschlossenen Verträge zwingend miteinander verknüpft und am Ende der Laufzeit miteinander verrechnet. Durch diese Verknüpfung wird das sog. Glattstellen oder der sog. *close-out* von Engagements an der Terminbörse ermöglicht: Ein Marktteilnehmer kann seinen Handel an der Börse durch Abschluss eines Gegengeschäfts wirtschaftlich mit einem Gewinn oder einem Verlust beenden. Er ist nicht mehr verpflichtet, den Handelsgegenstand auch tatsächlich zu liefern oder abzunehmen. Die systematische Verknüpfung sämtlicher Kaufverträge ist auch die privatrechtsdogmatische Erklärung, warum ein Futures-Markt eine „gewaltige [...] Verbreitung des Marktes“ (*Max Weber*) bewirkt, an dem ganz unterschiedliche Akteure gewillt sind teilzunehmen: *Hedger*, denen es darum geht, Preisrisiken abzusichern und Waren zu liefern oder zu beziehen; *Spekulanten*, denen es darauf ankommt, Profit durch Gegengeschäfte zu erzielen, und schließlich *Arbitrageure*, die Gewinne risikolos durch die Ausnutzung von Preisunterschieden auf unterschiedlichen Märkten erzielen wollen.

Zuletzt haben die Börsen auch das Erfüllungsrecht revolutioniert. Heutige Futures-Märkte können sowohl auf sog. *physical delivery* oder *cash-settlement* ausgerichtet sein. Im letzten Fall ist die Naturalerfüllung von vornherein ausgeschlossen. In solchen Märkten werden sämtliche Verträge durch die Berechnung des Pekuniarinteresses bestimmt und durch die kontenmäßige Verbuchung der entsprechenden Beträge erfüllt. Damit wird ein Gedanke konsequent umgesetzt, den *Paul Laband* bereits 1882 messerscharf formuliert hatte: „Ja man kann sagen, daß von Rechts wegen alle Kaufverträge Differenzgeschäfte sind [...].“