

Buchbesprechungen Recensions

JOHANNES W. FLUME, Marktaustausch, Grundlegung einer juristisch-ökonomischen Theorie des Austauschverkehrs, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2019, 304 Seiten, CHF 120.–, ISBN 978-3-16-156898-5.

Vor kurzem ist in Deutschland im Mohr Siebeck Verlag die Habilitationsschrift von Johannes W. Flume mit rubriziertem Titel erschienen. Das Werk mit der juristisch unbefangenen Überschrift «Marktaustausch» verkörpert auf ca. dreihundert Seiten ein dogmatisch konzises sowie konsistentes Konzept für die rechtstheoretische Erfassung von Kaufverträgen, welches das Potenzial hat, die deutschsprachige Rechtslehre in den nächsten Jahrzehnten entscheidend mitzubeeinflussen. Die Erkenntnisse daraus sind im Schosse der bislang vor allem US-amerikanisch geprägten Bewegung der ökonomischen Analyse des Rechts (Law and Economics) zu sehen, jedoch systematisch äusserst überzeugend für unseren positivierten Rechtskreis aufgearbeitet worden. Vom wissenschaftlichen Ansatz ungewöhnlich, innovativ und erwähnenswert ist zudem, dass Flume die ökonomischen, oder noch genauer finanzmathematischen Erkenntnisse mit den für den kontinentaleuropäischen Juristen gut vertrauten rechtsdogmatischen wie auch wirtschaftsrechtshistorischen Betrachtungen verknüpft.

Die rechtliche Betrachtung widmet sich in einem ersten Teil den Märkten selbst, beschäftigt sich in einem zweiten Teil mit den einfachen Austauschverträgen und wendet sich abschliessend besonderen Austauschverträgen, sog. Börsentermingeschäften oder Futures, zu. Dabei gelingt es dem Autor nicht nur, in klarer Sprache für Juristen die ökonomischen Markt-abläufe und Funktionsweisen zu veranschaulichen, sondern darauf aufbauend mit feiner Klinge rationale Schlüsse für das rechtswissenschaftliche Verständnis zu ziehen.

Als grundlegende Methode folgert die Arbeit aus dem ökonomischen Verständnis, dass alle zweiseitigen Austauschversprechen durch die Berechnung einer Differenz zwischen dem abgemachten Kaufpreis und einem Marktpreis in einen auf einen Geldbetrag lautenden (einseitigen) Anspruch umgewandelt werden können. Der Wert eines Kaufvertrages als Marktaustauschvorgang bemisst sich in

der Konsequenz auch nach dem Marktpreis. Wirtschaftlich betrachtet ist jeder Kaufvertrag ein Derivat. Da die Entwicklung von Marktpreisen nicht prognostizierbar ist, wurde der einfache Kaufvertrag bereits von Louis Bachelier, dem Pionier der Finanzmathematik, als ein faires Spiel oder eine sog. *Martingale* bezeichnet. Wird ein Kaufvertrag zum Marktpreis abgeschlossen, so hat dieser Vertrag bei gleichbleibendem Marktpreis im Erfüllungszeitpunkt einen Wert von null.

Diese Marktpreisdifferenz ist auch die zivilistische Grundmethode für die Berechnung des Pekuniarinteresses bei allen kaufvertraglichen Austauschverträgen, angefangen beim einfachen, bilateralen Kaufvertrag bis hin zum börslich gehandelten Futures-Kontrakt. Kaufverträge können dabei als Produkte mit einer symmetrischen Risikostruktur gesehen werden, deren praktische Auswirkung über diese Differenz (auch sog. *Payoff-Wert*) quantifiziert werden kann. Der Käufer wird durch den Abschluss des Kaufvertrages vor Preissteigerungen über den Kaufpreis, der Verkäufer gleichermaßen vor einem Preisverfall unterhalb des Kaufpreises geschützt.

Das Schweizer Recht trägt wie das deutsche dieser ökonomischen Realität dadurch Rechnung, dass nach Ablauf einer anzusetzenden Nachfrist der Lieferungsanspruch des Käufers sowie der Kaufpreisanspruch des Verkäufers durch Gestaltungserklärung in einen Anspruch auf Schadensersatz statt Leistung umgewandelt werden können. Dieser berechnet sich nach der h.L. nach der sog. Differenztheorie, wobei es sich um nichts anderes als um einen Namen für eine Berechnungsmethode des Nichterfüllungsschadens nach der Marktpreisdifferenz handelt.

Da es Ziel der Bemessung des Nichterfüllungsschadens ist, das wirtschaftliche Ergebnis des Leistungsaustausches monetär zu replizieren, kann es auch nicht einen sog. Mindestschaden geben. Ein Schaden besteht nur insoweit, als die Kaufsache auf dem Markt mehr wert ist als der vereinbarte Kaufpreis (abstrakte Schadensberechnung) oder nur zu höheren Kosten ersatzweise erworben werden kann (konkrete Schadensberechnung). Der Referenzmarkt hat sich im Übrigen ohne anderslautende Vereinbarung nach den denkbaren Leistungsorten des Schuldners

sowie der Marktstufe, auf welcher sich die Parteien treffen, zu bemessen.

Im Lichte dieser rechtsökonomischen Logik muss es auch alleinige Sache des den Schadensersatz einfordernden Käufers sein, sich ersatzweise am Markt einzudecken. Nur falls es sich um unvertretbare, sprich am Markt nicht erhältliche Gegenstände handelt, ist ein entgangener Gewinn zu ersetzen.

Der Verkäufer dagegen sollte niemals seinen entgangenen Gewinn unter dem Deckmantel des Nichterfüllungsschadens einfordern können. Die hier gegenläufige h.M. beruht bei rechtsökonomisch widerspruchsfreier Betrachtung auf einem grundlegenden Fehlschluss, indem durch die Zuerkennung der Gewinnspanne als ersatzfähiger entgangener Gewinn (für den Verkäufer die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Einkaufs- bzw. Herstellungspreis) im Ergebnis eine Kündigungsprämie zu Gunsten des Verkäufers gewährt wird. Nach der h.M. übernimmt der Käufer daher nicht nur das Preisrisiko des Verkäufers, sondern garantiert mit dem Vertragsschluss dem Verkäufer auch seine Gewinnspanne. Dies ist eine nicht zu rechtfertigende Schlechterstellung des Käufers und eine Überkompensation des Verkäufers. Mit anderen Worten entspricht die vorherrschende juristische Lehrmeinung hier einer Hypostasierung, welche mit der Marktrealität, die eigentlich eine gleichmässige Verteilung des Risikos zwischen den Parteien möchte, nicht übereinstimmt.

Diese und weitere spannende rechtliche Fragen werden aus dem Blickwinkel des ökonomischen Marktaustauschprinzips scharf analysiert und bestehende Dogmen hinterfragt. Jedenfalls ist es jedem wirtschaftlich interessierten Juristen wärmstens zu empfehlen, sich in die entsprechenden Ausführungen zu vertiefen, geht es doch darum, dass wir zuerst ökonomisch klar zu erfassen und verstehen haben, was wir normativ beurteilen sollen.

BEAT BRÄNDLI

Prof. Dr. iur., RA, Assistenzprofessor
für Wirtschaftsrechter
an der Universität St. Gallen
und Bezirksrichter in Baden