

Gerechtigkeit als Kostenfrage oder Kosten als Gerechtigkeitsfrage?

Eine Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts

Von **Jan-Gero Alexander Hannemann**, Regensburg, **Georg Dietlein**, Köln,
Arne Nordmeyer, Hamburg/Hannover*

Abgesehen von wenigen Ausnahmen sind die verbreiteten „Grundlagenfächer“ im juristischen Studium an deutschen Universitäten nach wie vor deutsche und römische Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie sowie Allgemeine Staatslehre. Hegel, Kant und Feuerbach haben zudem einen festen Platz in den Einführungsvorlesungen des Straf- und Verfassungsrechts.¹ Traditionell ist deutschen Juristen die Ökonomie hingegen eher fremd, es sei denn, sie sind in Rechtsgebieten wie dem Kartellrecht zu einem more economic approach gehalten.² Gleichwohl keimen in der jüngeren Zeit zunehmend Verweise auf die Ökonomische Analyse des Rechts auf.³ Dies ist Anlass für die folgende Einführung in diese Methodik, die Recht und Realität verbindet und damit ökonomische Prognosen über menschliches Verhalten im Rahmen einer bestimmten Rechtsordnung entwickelt. Die Autoren sind der Überzeugung, dass eine solche Verknüpfung von Recht und Ökonomie gerade einer realitätsnahen, und damit auch wirtschaftlich „durchdachten“ Rechtsordnung gut tun wird.

I. Einleitung

Recht und menschliches Verhalten stehen in einem engen Zusammenhang. Rechtliche Normen dienen gerade dazu, menschliches Verhalten zu beeinflussen, also Folgen in der Wirklichkeit herbeizuführen und damit ein bestimmtes ge-

sellschaftliches Ergebnis zu erzielen.⁴ Diese Interaktion von Recht und Mensch ist – viel mehr als in der Rechtspolitik, die allein beim Recht selbst ansetzt – Gegenstand der „ökonomischen Analyse des Rechts“ (im Englischen: law and economics oder economic analysis of law). Sie analysiert nämlich die Auswirkungen des Rechts auf menschliches Verhalten unter Rückgriff auf das Instrumentarium der Ökonomie und versucht menschliches Verhalten vorherzusagen, zu erklären und zu bewerten.⁵ Ökonomische Analyse des Rechts ist – kurzum – die Untersuchung des Rechts mit den Mitteln der Ökonomie.

Die Ökonomische Analyse des Rechts ist in Deutschland noch immer ein weitgehend unbekanntes Teilgebiet der Rechtswissenschaften,⁶ obgleich in den letzten Jahren zumindest ein erheblicher Zuwachs an einschlägigen Veröffentlichungen zu verzeichnen ist.⁷ Die wenigen deutschen Darstellungen stehen diesem Forschungsansatz zumeist skeptisch gegenüber, weswegen er nach wie vor keinen sonderlich großen Einfluss auf das deutsche Recht hat⁸ – anders als etwa in den USA. In der deutschen Rechtsanwendung findet man sie lediglich und unbenannt in den allgemeinen Ausführungen zur Zweck-Mittel-Relation, z.B. im Verfassungs- und Verwaltungsrecht,⁹ mithin also zumindest partiell – wenngleich unbemerkt – als festen Bestandteil der etablierten Rechtsanwendung.

Ausgangspunkt der Ökonomischen Analyse des Rechts sind die Motivationen, die Anreize (incentives) und Verhaltensweisen von Menschen. Dabei liegt der ökonomischen Analyse in der Regel das auch in den Wirtschaftswissenschaften vertretene (selbstverständlich typisierende) Menschen- bzw. Menschengruppenbild des homo oeconomicus zu Grunde. Untersuchungsgegenstand ist dabei freilich das Recht: Einerseits kann geltendes Recht (lex lata) ökonomisch – speziell im Rahmen einer teleologischen Auslegung – durch die Betrachtung von (Handlungs-) Kosten und Nutzen bei rechtstreuem oder rechtswidrigem menschlichen Verhalten analysiert werden (positiver Ansatz), andererseits aber auch zu schaffendes Recht bzw. Gesetzgebungsalternativen (lex ferenda) anhand

* *Jan-Gero Alexander Hannemann* studiert Rechtswissenschaften an der Universität Regensburg und leistet momentan einen Auslandsaufenthalt an der Universität Genf ab; *Georg Dietlein* studiert Rechtswissenschaften und Betriebswirtschaftslehre an der Universität zu Köln; Ass. iur. *Arne Nordmeyer*, LL.M., ist Doktorand am Institut für Rechtsinformatik, Hannover. Für zahlreiche hilfreiche Anregungen danken wir Herrn Prof. *Dr. Renzikowski* aus Halle.

¹ Vgl. etwa *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 3.

² Vgl. dazu *Eilmansberger*, ZWeR 2009, 437; *Hertfelder* Iur-ratio 2010, 64; *Zimmer/Paul*, JZ 2008, 611 und 673. Dabei kann angemerkt werden, dass sich Ökonomen bereits traditionell mit Kartellrecht beschäftigen, vgl. *Posner*, Economics Analysis of Law, 7. Aufl. 2007, S. 23.

³ Vgl. zum Ganzen: *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit, 3. Aufl. 2009; *Schwintowski*, JZ 1998, 581; *Janson*, Ökonomische Theorie im Recht, 2004; *Engel/Morlok* (Hrsg.), Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998; *Adams*, Ökonomische Theorie des Rechts, 2. Aufl. 2004; *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003; *Coase*, J. L. & Econ. 3 (1960), 1; *ders.*, *Economica* 4 (1937), 386; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005. *Kötz/Schäfer*, *Judex oeconomicus*, 2003, passim bewerten ausgewählte höchstrichterliche Entscheidungen ökonomisch.

⁴ Dazu: *Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker* (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 2006.

⁵ *Rühl*, in: *Krüper* (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 2011, S. 210.

⁶ *Kirstein*, *Ökonomische Analyse des Rechts*, Center for Study of Law and Economics, Discussion Paper 2003-06, 1 (auch in: *Bouckaert/de Geest* [Hrsg.], *Encyclopedia of Law and Economics*, Bd. 1, entry No. 0330, 2000, S. 160-227).

⁷ *Lieth*, *Die Ökonomische Analyse des Rechts im Spiegelbild klassischer Argumentationsrestriktionen des Rechts und seiner Methodenlehre*, 2007, S. 32.

⁸ *Lieth* (Fn. 7), S. 32.

⁹ *Lieth* (Fn. 7), S. 74 f.; *Petersen/Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen*, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 10 f.

bestimmter Maßstäbe (z.B. Wohlstand) ermittelt werden (normativer oder präskriptiver Ansatz).¹⁰

Ob im Rahmen dieser Analysen etwas als positiv, d.h. wünschenswert, oder negativ bewertet wird, orientiert sich an dem gewünschten Idealzustand, welcher im ökonomischen Kontext freilich an Zahlen, am erzielbaren Wohlstand bzw. Effizienz (beispielsweise gemessen am Kriterium der Pareto-Effizienz), gemessen wird. Gleichwohl besteht im Hinblick auf dieses *ideale* Ziel nicht bloß eine unumstößliche Ansicht.¹¹ Eine analytische Betrachtung kann genauso von Gerechtigkeits- oder Gleichheitserwägungen ausgehen, was gerade im Kontext des deutschen Rechts und dessen verfassungsrechtlicher Durchdringung nahe liegen könnte.

So „ökonomisch“ die Ökonomische Analyse des Rechts auch klingen mag: Ein „Ausverkauf“ der Gerechtigkeit durch Kriterien der Ökonomie droht hier sicherlich nicht. Vielmehr liefert die Ökonomische Analyse des Rechts Werkzeuge, um einen normativen Zustand auch faktisch in unserer Gesellschaft durchzusetzen. Die Frage lautet nicht: Wie setzen wir Ökonomie gerecht um? Sondern: Wie setzen wir Gerechtigkeits- oder Gleichheitserwägungen so durch, dass sie sich auch wirtschaftlich lohnen? Solche Überlegungen können beispielsweise zu der Erkenntnis führen, dass geltende Normen im deutschen Vertragsrecht im Ergebnis zu verbraucherunfreundlichen Situationen führen¹², dass sich die Überschreitung einer Strafnorm bei Abwägung von „Kosten“ und „Nutzen“ lohnt oder dass eine einmalige Strafamnestie für Steuerstraftaten (Selbstanzeige) im Ergebnis für ein weitaus höheres Steueraufkommen sorgen würde, als der „legale“ Zustand, in dem faktisch nur die „Gesetzestreu“ die Steuer überhaupt bezahlen. Ob sich in jedem Fall eine Korrektur eines normativ „ungünstigen“ Zustandes (Verbraucherfreundlichkeit, Gesetzestreue im Strafrecht, Steueraufkommen) lohnt, hängt ganz vom Einzelfall und gesetzgeberischen Abwägungen ab. Einerseits sollten rechtliche Normen samt Umsetzung und mit Blick auf die Gesetzeswirklichkeit so gestaltet sein, dass sie auch im Zweifelsfall befolgt werden. Andererseits kann ein Staat – trotz möglicher Wege der Gesetzesumgehung – allein schon aus Prinzip bestimmte Grundsätze nicht einem Unrechtsstaat opfern, der allein auf ökonomische und faktische Erwägungen schießt. Dies gilt beispielsweise für elementare Fragen des Lebensschutzes, bei denen eine normative Betrachtung von der faktischen Wirklichkeit abzuweichen droht.

Als weiteres Beispiel für ökonomische Erwägungen im Rahmen des Rechts bzw. der Rechtspolitik sei die Debatte um einen gesetzlichen Mindestlohn bemüht: Hier beziehen sich die Wortführer auf mitunter auch rechtliche Argumente (allgemeiner Gleichheitssatz, Menschenwürde, Drittwirkung der Grundrechte, Tarifautonomie). Nimmt man aber das Wohl der Arbeitnehmer in den Blick, so wird man sich ökonomisch auch die Frage stellen müssen, welchen Effekt denn ein gesetz-

licher Mindestlohn auf den Arbeitsmarkt hätte und ob damit nicht auch der Abbau von Arbeitsplätzen (im Inland) einher gehen könnte. Solche Erwägungen sind bereits politisch angebracht, veranschaulichen aber auch den Blickwinkel der ökonomischen Analyse des Rechts. Vorrangige Bedeutung in politischen Diskussionen scheint jedoch oft ausschließlich dem jeweils subjektiven „Gefühl der Gerechtigkeit“ zuzukommen.

II. Bestandsaufnahme: Deutschland und die Vereinigten Staaten

In Deutschland ist die Ökonomische Analyse des Rechts – wie eingangs beschrieben – ein nicht weitläufig bekanntes Forschungsgebiet mit bislang geringer praktischer Relevanz, das gleichwohl seit den 70er-Jahren und speziell in jüngster Zeit an den Hochschulen fokussiert wird.¹³ Es gibt dennoch vergleichsweise wenige Veranstaltungen und deutschsprachige Publikationen, die sich mit dieser Thematik auseinandersetzen.¹⁴ Insbesondere das Angebot für Studenten im Zuge der Ausbildung ist spärlich.¹⁵ Offensichtlich hat die Verbindung von Rechtswissenschaften und Ökonomie, auch in Zeiten des Ordo-Liberalismus der Freiburger Schule nach dem Zweiten Weltkrieg,¹⁶ in Deutschland schlicht nicht Fuß fassen können. Diese ablehnende Haltung basiert wohl weniger auf wissenschaftlichen Vorbehalten der Methodik gegenüber als auf der schlichten Unsicherheit und Ungewissheit im Umgang mit der Ökonomischen Analyse des Rechts sowie der Skepsis, die vor allem seitens der Rechtswissenschaft dem „neuartigen“ Effizienzprinzip entgegengebracht wurde.¹⁷ Freilich bestehen indes sachlich begründetere Vorbehalte.

In den USA hingegen sind wesentliche Bereiche, z.B. das Deliktsrecht (law of torts), das Umweltrecht oder das Vertragsrecht, ohne ökonomische Erklärungsansätze kaum noch vorstellbar¹⁸ und entsprechend stark durch die Ökonomische Analyse des Rechts geprägt. Dies schlägt sich in den unterschiedlichen zivilrechtlichen Sanktionensystemen nieder: Im deutschen Schadensersatzrecht dominiert der Grundsatz der Naturalrestitution; Schadensersatzansprüche entfalten lediglich kom-

¹³ Bestandsaufnahme bei *Dau-Schmidt/Brun*, Columbia Journal of Transnational Law 2006, 602.

¹⁴ Als „Lehrbücher“ stehen auf dem Markt ziemlich „alleine“: *Assmann/Kirchner/Schanze*, Ökonomische Analyse des Rechts, 1993; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005. Die gesamte Ökonomische Analyse des Rechts blendet in seinem Lehrbuch sogar aus: *Vesting*, Rechtstheorie, 2007.

¹⁵ Hervorgehoben sei allerdings das Institut für Recht und Ökonomik an der Universität Hamburg, aufgebaut durch *Hans-Bernd Schäfer* und *Claus Ott*, das sogar einen „European Master in Law and Economics“ anbietet.

¹⁶ Prominente Vertreter: *Walter Eucken*, *Franz Böhm*, *Hans Großmann-Doerth*; vgl. *Eucken*, Die Grundlagen der Nationalökonomie, 1939; *ders.*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1952. Dazu: *Grossekettler*, Die Wirtschaftsordnung als Gestaltungsaufgabe, 1997.

¹⁷ Vgl. *Lieth* (Fn. 7), 33.

¹⁸ *Assmann/Kirchner/Schanze* (Fn. 14), Einleitung zur Neubearbeitung 1992, S. 10.

¹⁰ *Petersen/Towfigh* (Fn. 9), S. 4 f., 8 ff.

¹¹ Überblick bei *Rühl* (Fn. 5), S. 210 (S. 211 ff.).

¹² *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983, S. 109 ff.; *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 29 ff.

pensatorische Wirkung (vgl. § 249 Abs. 1 BGB). Repressive und mithin präventive Wirkung hingegen wird höchstens durch Normen des Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrechts erreicht. Im US-Recht fallen diese Zielrichtungen hingegen im Zivilrecht zusammen, was insbesondere durch die bekannten enorm hohen verhängten Geldsummen (Institut der *punitiv damages*) deutlich wird. Diese bekannte Ausprägung US-amerikanischer Rechtskultur lässt sich sicherlich nicht ausschließlich auf ökonomische Erwägungen zurückführen.¹⁹ Hier spielt auch die grundsätzliche Abgrenzung von Deliktsrecht, Strafrecht und sozialen Sicherungssystem im US-amerikanischen Rechtskreis eine Rolle. Die Argumentation, eine Strafe oder ein Bußgeld müsse den möglichen wirtschaftlichen Nutzen durch die missbilligte Tat deutlich überschreiten, findet sich aber auch im US-amerikanischen Wirtschaftsstrafrecht wieder. Dieser Grundgedanke entspringt einer simplen Klugheitsregel, die die Grundlage der Ökonomischen Analyse des Rechts ausmacht: Gesetzestreuere Verhalten muss sich wirtschaftlich „lohnen“.

Nur vereinzelt halten in Deutschland ökonomische Abwägungen Einzug in Zivilurteile, wenn es beispielsweise um die Einschätzung von Kosten und Risiken bei Verkehrssicherungspflichten geht.²⁰ Diesem Ziel der Abschreckung²¹ aus wirtschaftlichen Gründen (gewichteter Risiko mal Höhe der Strafe, *value at risk*) trägt im deutschen Recht hingegen z.B. § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG Rechnung, indem die Norm die Höhe einer Geldbuße daran knüpft, dass diese im Ergebnis dem wirtschaftlichen Vorteil des Täters²² überschreitet. So lässt sich Recht durchsetzen: Wenn die Strafe in jedem Fall höher ist als der aus dem Vergehen gezogene Nutzen, führt eine ökonomische Analyse aus Täterperspektive zur Unterlassung rechtswidrigen Verhaltens. Für den rationalen Rechtsanwender ist rechtswidriges Verhalten schlicht nicht mehr lohnend – zumindest vorausgesetzt, dass sein Verhalten entsprechend kontrolliert, sanktioniert und Sanktionen auch vollstreckt werden. Insgesamt kann zwar auch im deutschen System eine solche ökonomische Betrachtung von Strafen und ihrer Bedeutung für menschliches Verhalten erfolgen. Wird ein Fall allerdings nur zivilrechtlich „abgeurteilt“, können solche Aspekte normalerweise nicht in die Entscheidung einfließen.

¹⁹ Eidenmüller (Fn. 3), S. 486 erklärt dies damit, dass einerseits das US-Recht weitgehend aus Richterrecht gebildet ist, die dortigen Richter rechtspolitischen Entscheidungen zugänglich seien und ohnehin keine Vorbehalte gegenüber Rechtspragmatismus und ökonomischen Gedanken bestehen.

²⁰ Etwa: BGH NJW 1984, 801 (Eishockey-Fall); vgl. dazu Lieth (Fn. 7), S. 75.

²¹ BGH, Urt. v. 15.11.1994 – VI ZR 56/94 „Erfundenes Exklusiv-Interview“ bzw. „Caroline von Monaco“ bzw. „I.K.H. Caroline von Hannover I“ = GRUR 1995, 224 (229): „Außerdem soll der Rechtsbehelf der Prävention dienen“, wobei freilich Besonderheiten des Persönlichkeitsschutzes zu berücksichtigen sind. Krit. Fricke, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 22 Kunst-UrhG Rn. 30.

²² Ordnungswidrigkeitsstrafen können im Gegensatz zu Strafen nach dem StGB auch gegen Unternehmen verhängt werden (vgl. § 30 OWiG).

III. Philosophische Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts

Erste Ansätze der ökonomischen Analyse des Rechts finden sich bereits bei *Adam Smith* (1723-1790) und *Jeremy Bentham* (1748-1832), dem englischen Begründer des Utilitarismus.²³ Dieser Verweis zeigt jedoch nur einen Teil des Entwicklungswegs auf, auch wenn der Utilitarismus die „geborene philosophische Grundlage für die Ökonomie“²⁴ darstellt. Der Utilitarismus orientiert sich am Glück der einzelnen Individuen und stellt grundsätzlich das Wohl vieler (Gemeinwohl) über das Glück einzelner. In diesem Modell kommt dem Staat die Aufgabe zu, durch Umverteilung und Gesetzgebung den größtmöglichen Wohlfahrtsnutzen (oder *happiness*)²⁵ der Bevölkerung zu ermöglichen, also speziell die insgesamt erzeugten bzw. verfügbaren Güter zu mehren.

Die moderne und heutige Form der Ökonomischen Analyse des Rechts entwickelte sich erst in den 1960er- und 1970er-Jahren durch die Werke von *Gary S. Becker*, *Guido Calabresi*, *Ronald Coase* und *Richard Posner*.²⁶ So sehr historische und zum Teil auch philosophische Ursprünge der Ökonomischen Analyse des Rechts dem Utilitarismus zuzuordnen sind, sollte diese Einordnung nicht verabsolutiert werden oder dazu führen, den Ansatz der Ökonomischen Analyse des Rechts a priori abzulehnen. Interessante Randfragen mit utilitaristischem Einschlag findet man auch bei der Debatte um den sog. Fall Daschner. So wurde auch von Verfassungsrechtlern die Frage aufgeworfen, ob die Würde einzelner nicht doch dem Leben (vieler) anderer moralisch untergeordnet werden müsse.²⁷ Insbesondere kann die Kritik am philosophischen Ansatz des Utilitarismus nicht automatisch auf die Ökonomische Analyse des Rechts übertragen werden.²⁸ Die Ökonomische Analyse des Rechts orientiert sich oft gar nicht mehr so sehr an einem utilitaristischen Hintergrund, wie es möglicherweise vordergründig erscheinen mag. Eine starre Gegenüberstellung von Utilitarismus (und in diesem Kontext gleichgesetzt: Ökonomischer Analyse des Rechts) auf der einen Seite und der philosophischen Tradition des deutschen Idealismus auf der anderen Seite erscheint jedenfalls verfehlt. So sehr gerade in einem solchen Schwarz-Weiß-Denken ein Grund für Skepsis an der Ökonomischen Analyse des Rechts liegen mag, sollten die historischen Ursprünge der ökonomischen Methode nicht überschätzt werden, zumal sich auch nicht jeder Freund der Ökonomischen Analyse des Rechts auf ihre – wenn denn überhaupt wirklich greifbaren – Wurzeln zurückführen möchte.

²³ Lieth (Fn. 7), S. 35.

²⁴ Homann/Suchanek, *Analyse & Kritik* 11 (1989), 70 (85).

²⁵ Bentham, *A Fragment on Government*, preface, S. 393: „It is the greatest happiness of the greatest number that is the measure of right and wrong“.

²⁶ Rühl (Fn. 5), S. 210

²⁷ Brugger, *Der Staat* 35 (1996), 67; ders., *JZ* 2000, 165; Wittreck, *DÖV* 2003, 873 (879); Isensee, *Tabu im freiheitlichen Staat*, 2003, S. 57 ff.

²⁸ Vgl. Lieth (Fn. 7), S. 35.

IV. Ökonomische Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts

Die Ökonomische Analyse des Rechts ist eng mit verschiedenen rechtsökonomischen Theorien und Grundlagen verknüpft, deren wesentliche Eckpfeiler im Folgenden kurz dargestellt werden. Im Anschluss daran werden diese Teile zum Bild der Ökonomischen Analyse des Rechts zusammengefügt.

1. Das Allokationsproblem

So wie Kain Gottes Gunst für begrenzt hielt, so geht auch die Ökonomie – ganz realistisch – von der Knappheit aller Ressourcen (z.B. Geld, Naturalien, Gold) aus.²⁹ Diese Knappheit sucht sie durch effiziente Verteilung (Allokation) zu lösen³⁰. Der Ökonomie liegt dabei prinzipiell nicht an einer möglichst sozialen, sondern eben an einer effizienten Verteilung. Die älteren, rein-utilitaristischen Lehren stellen auf den summierten Gesamtnutzen als idealen Effizienzwert ab, anders als etwa der Moralphilosoph *John Rawls*. Nach diesem soll so verteilt werden, dass den Bedürftigeren die größten Vorteile zukommen (Differenzprinzip), was aber eben nicht ökonomisch sinnvoll sein muss.³¹ Das Teilgebiet, welches sich mit Formulierung solcher Ziele beschäftigt, wird als Wohlfahrtökonomie bezeichnet.³²

Ein geläufiges und weithin vertretenes Verteilungs- bzw. Effizienzziel stellt das Pareto-Optimum dar. Die bereits vor ca. 100 Jahren entwickelte Formel des Effizienzkriteriums von *Vilfredo Pareto* kommt auch noch heute zur Anwendung. Pareto-effizient ist demnach eine Situation regelmäßig dann, wenn die Möglichkeit, einen Akteur besser zu stellen, ohne gleichzeitig andere Akteure schlechter zu stellen, nicht gegeben ist.³³ Eines der gängigsten Beispiele der Literatur für Probleme der Pareto-Formel ist die Zwangsenteignung: im deutschen Recht gemäß Art. 14 Abs. 3 GG. Die Allgemeinheit profitiert durch das enteignete Grundstück in besonderem Maße; die Entschädigung sorgt dafür, dass der einzelne zumindest nicht schlechter dasteht.

2. Der *Homo oeconomicus* und dessen Stimulierung

Ausgangspunkt und Grundlage für das Funktionieren der Ökonomischen Analyse des Rechts ist der einzelne Mensch, des-

sen Verhalten im Rahmen des Rechts- und Wirtschaftslebens prognostiziert und ggf. gesteuert werden soll. Eine volkswirtschaftliche Grundannahme besagt, dass sich Individuen prinzipiell rational verhalten und durch Egoismus angetrieben nach Wohlstandsmehrung streben (Rationalitätsprinzip).³⁴ Im Zeichen knapper Güter sind diese demnach bestrebt, bei prinzipiell unendlichem oder ggf. zu sättigendem³⁵ Verlangen die eigenen Güter bzw. den eigenen Wohlstand zu mehren. Demnach werden sie Verhalten, das diesen Zielen entgegenläuft, meiden, hingegen dasjenige Unternehmen, das sie ihren Zielen näher bringt.

Diese zweckrationalen Menschen reagieren entsprechend auf Gegebenheiten und handeln entsprechend vernünftig. – Ein geläufiges Beispiel: Wenn ein Mensch besonders schnell von A nach B gelangen wollte, könnte er mit seinem Gefährt schneller als erlaubt fahren, rot leuchtende Ampeln ignorieren und auch sonstige Verkehrsvorschriften außer Acht lassen. Da dies jedoch unter Androhung von Strafgeldern, Fahrerlaubnisverlust und weiteren Sanktionen steht, wird er das ordnungswidrige Verhalten im eigenen Interesse weitgehend – zumindest dann, wenn mit Eintritt der Sanktionen tatsächlich zu rechnen ist – unterlassen. Dies gilt umso mehr, wenn die Strafe (Geldbuße) ihn adäquat, z.B. seinem Einkommen entsprechend trifft.³⁶

Statt oder neben negativen Anreizen (Sanktionen, Restriktionen) kann es gleichermaßen positive Anreize – im Englischen *incentives*³⁷ – geben:³⁸ Fördert der Staat etwa Partikelfilter mit finanziellen Zuschüssen, steigert dies ggf. die entsprechende Investitionsbereitschaft der Bürger, sich ebensolche zum Wohle der Umwelt nur noch entsprechend ausgerüstete Fahrzeuge anzuschaffen.

In der Ökonomischen Analyse des Rechts werden verschiedene ökonomische Verhaltensmodelle vertreten, die sämtlich in der Grundannahme des *homo oeconomicus* (auch: *rational choice model*) fußen (neo-klassische Ökonomik). All diesen Modellen liegt das Verhalten von mehreren Individuen, nicht aber jenes eines Kollektivs oder einer Schwarmintelligenz zugrunde.

Einschränkungen hierbei müssen mit Hinblick darauf gemacht werden, dass auch der *homo oeconomicus* mangels erforderlicher Informationen nicht sämtliche Risiken, Kosten und Nutzen einschätzen kann und sich damit nur bedingt rational, nämlich im Rahmen seiner Informationen und Kapazitäten, verhält (*bounded rationality*).³⁹ Die Verhaltensökonomik (*behavioral law and economics*) reichert das Modell des *homo oeconomicus* durch kognitionspsychologische und verhaltens-

²⁹ Vgl. z.B. *Wied-Nebbeling/Schott*, Grundlagen der Mikroökonomik, 4. Aufl. 2007, S. 1; *Towfigh*, in: *Petersen/Towfigh* (Fn. 9), S. 24 ff.

³⁰ *Schäfer/Ott* (Fn. 14), S. 1 – alles andere wäre „Verschwendung“, die ebenfalls „immoral“ sein kann, so *Posner* (Fn. 2), S. 27.

³¹ Oder auch als Ungleichheitsprinzip bezeichnet – s. etwa Abschnitt 13 „Eine[r] Theorie der Gerechtigkeit“ (= *Theory of Justice*, Originalausgabe: 1971). Eine zentrale Aussage dabei lautet: „Die Verteilung des Einkommens und Vermögens muss nicht gleichmäßig sein, aber zu jedermanns Vorteil ...“ (Abschnitt 11, Übersetzung durch *Hermann Vetter*).

³² *Towfigh* (Fn. 29), S. 31 ff. Vgl. zu „Alternativen zum Effizienzkriterium“: *Schäfer/Ott* (Fn. 14), S. 8 ff.

³³ *Hal R. Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 1995, S. 18; *Schäfer/Ott* (Fn. 14), S. 6 f., 26 ff.

³⁴ *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*. Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, 3. Aufl. 2008, S. 12 ff.

³⁵ Bzw. zumindest abnehmenden Grenznutzen *Towfigh* (Fn. 29), S. 28 f.

³⁶ So bemisst sich auch im deutschen Strafrecht eine Geldstrafe am Einkommen des Täters (§ 40 StGB).

³⁷ Des Weiteren etwa namensgebend für „Motivationsreisen“ bestimmter Unternehmen.

³⁸ *Petersen/Towfigh* (Fn. 9), S. 26.

³⁹ *Eidenmüller* (Fn. 3), S. 38 f.; *Kirchgässner* (Fn. 34), S. 27 ff.

wissenschaftliche Erkenntnisse an. Diese belegen, dass Menschen regelmäßig nicht in der Lage sind, die Wahrscheinlichkeiten bestimmter Ereignisse korrekt einzuschätzen und dass bestimmte Techniken zur Informationsverarbeitung deren Ergebnisse vorhersehbar verzerren. Die anzunehmende Rationalität bewegt sich somit zumindest in gewissen Grenzen, die sich wohl auch durch umfassende Aufklärung nicht ganz ausräumen lassen.

3. Das Coase-Theorem als Einwand optimaler Selbstregulierung

Zu den analytischen Instrumenten der Ökonomischen Analyse des Rechts gehört das Coase-Theorem, das sich auf den englischen Ökonomen *Ronald Coase* zurückführen lässt.⁴⁰ Ihm zufolge können die – die eben rational handelnden – Individuen einer Gesellschaft Probleme, die durch externe Effekte (etwa Gesetzgebung) ausgelöst werden, selbst lösen, wenn sie die Zuordnung beschränkter Ressourcen untereinander selbst verhandeln und ohne Transaktionskosten tauschen können. Sie sind also in der Lage, kurzfristige Allokationsszenarien, die etwa durch die Rechtsordnung erreicht werden, langfristig im Sinne der Pareto-Effizienz zu lösen. Aus dem Coase-Theorem folgt für die Ökonomische Analyse des Rechts:⁴¹ Das Recht sollte den einzelnen Rechtsträgern grundsätzlich „freien Lauf“ lassen. Es sollte nur dann lenkend eingreifen, wenn privatautonome Entscheidungen unmöglich, zu teuer (Transaktionskosten) oder schlicht ineffizient (Marktversagen) sind.

4. Staatliches Umsetzungshandeln

Ein Gemeinwesen, welches nach dem (pareto-)effizientesten Zustand – oder auch anderen Zielen – für seine Bürger strebt, kann nun bei eigenem Verhalten bedenken, wie sich Handlungen (oder Unterlassungen) – wie etwa Gesetze, Verwaltungsakte oder Urteile – auf das Gemeinwesen auswirken. Anhand seines Zieles kann der Staat mithin seine Maßnahmen oder eben auch sein Nichthandeln in Anbetracht zu erwartender Selbstregulierung bewerten, das Verhalten der Menge an Individuen ist dabei nach vorgenannten Parametern insoweit „berechenbar“. Dabei werden etwa verschiedene Szenarien bewertet und die alternativen Entwicklungslinien abgewogen.

In einem Staat beispielsweise, der bislang über kein Patentrecht verfügt, werden nur wenige Erfindungen gemacht. Der dortige Gesetzgeber überlegt daher die Einführung eines solchen Rechtsinstituts. Eines der Modelle sieht ein besonders starkes Patentrecht vor, das keinerlei vergleichbare Produkte erlaubt. Ein anderer Gesetzesentwurf sieht begrenzten Zugang zu jeder Erfindungen vor, auf denen andere Forscher sodann aufbauen könnten. Während das erste Modell einen besonders hohen Anreiz für den einzelnen, erfolgreichen Erfinder verkörpert, trägt das zweite Modell im größeren Umfang zur darauf aufbauenden Entwicklung bei.

Ein weiteres Szenario: Ein auslegender Richter findet zwei „vertretbare“ Auslegungen im Versendungskauf. Während die eine insbesondere den Verbrauchern vordergründig durch

günstige Konditionen, seien es Kosten- oder Gefahrtragungsregeln, nutzt, könnte diese dazu führen, dass die Unternehmen entsprechende Angebote gänzlich einstellen oder die zusätzlichen Kosten einfach umlegen.

Es lassen sich durch Prognosen des Kollektivverhaltens der Masse an Individuen Folgen einer möglichen Gesetzesänderung bzw. Gesetzesanwendungsvarianten im Voraus besser einkreisen und bestimmen. Auf Basis dieser Szenarien kann sich der Staat bzw. der Entscheider für die bessere bzw. effizientere Variante entscheiden. Ein planender, lenkender, zumindest Institutionen bereitstellender Staat, der eben auch die Schwächen der Selbst- bzw. Marktorganisation kennt, muss ebenfalls über die Effizienz seiner Instrumente reflektieren.⁴² Dies gilt umso stärker, je mehr der Staat nicht auf die Selbstregulierung, sondern auf social engineering vertraut.

5. Zwischenergebnis

Ökonomie und Ökonomische Analyse des Rechts begreifen die Welt als einen Ort knapper Güter. Naturgemäß will die Wirtschaftslehre diese *wirtschaftlich* verteilen. Der Staat – in Gestalt der Regierung, der Gesetzgebung oder auch der Judikative – kann sich vor Augen führen, wie sich rechtliche Maßnahmen bzw. Regierungshandeln auf Wirtschaftsleben, Güterfluss und Güterverteilung auswirken kann. Da sich die Menschen prinzipiell rational verhalten, ergibt sich eine gewisse Planbarkeit ihres Verhaltens.

Freilich bleibt der Rechtsanwendende oder Rechtsetzende auf ggf. umstrittene, intuitive wie kontra-intuitive ökonomische Thesen angewiesen. Im Rahmen dieser Methoden werden jedoch die Auswirkungen eigener Entscheidungen vorhersehbarer.

Je nach seiner Ausrichtung oder momentaner Gubernativen eines Staates kann das Ziel bzw. Ideal anders definiert sein: Soziale bzw. gleichförmige Verteilung kann Vorrang genießen vor möglichst hoher Gesamteffizienz. Bei diesem Streben nach einem solchen Optimum kann man sich der unveränderlichen Konstante des schaffenden Egoismus eines jeden Einzelnen bedienen, der mittels Anreizen so beeinflusst werden mag, dass er zum Wohle des Gesamtziels wirkt.

V. Kritik an der Ökonomischen Analyse des Rechts

Die originäre Kritik der Ökonomischen Analyse des Rechts kann sich, wie bereits angedeutet, zunächst auf die Argumente gegen den Utilitarismus berufen. *Karl-Heinz Fezer* erachtet „ökonomische Rechtsanalyse und freiheitliches Rechtsdenken“ für grundsätzlich „unvereinbar“.⁴³ Dieser Kritik liegt die Annahme zugrunde, dass das „Menschenbild“ der Ökonomischen Analyse des Rechts (d.h. die generellen Verhaltensmodelle der Ökonomie) unterscheidet sich maßgeblich vom Menschenbild des Grundgesetzes, das gerade die Sozialbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit des Einzelnen hervorhebt.⁴⁴ Die

⁴² Vgl. *Petersen/Towfigh* (Fn. 9), S. 15.

⁴³ *Fezer*, JZ 1986, 817 (823); vgl. auch *ders.*, JZ 1988, 223. Aus dem amerikanischen Rechtskreis vgl. *White*, Tennessee Law Review 54 (1961), 183.

⁴⁴ Vgl. nur BVerfGE 4, 7 (15).

⁴⁰ *Coase*, J. L. & Econ. 3 (1960), 1.

⁴¹ *Rühl* (Fn. 5), S. 210 (S. 221).

Ökonomische Analyse des Rechts scheidet daher als analytisches Instrument aus, da sie den vom Grundgesetz geprägten normativen Anspruch der Würde des einzelnen und den Wert des sozialen Gefüges der Gesellschaft verkenne. Anschaulich könnte man mit *Fezer* die rhetorische Frage stellen: Können denn Wohlstandsmaximierung und das Streben nach Effizienz alleiniges Ziel staatlicher Politik sein? Hat sich das deutsche Volk „in Verantwortung vor Gott und den Menschen“⁴⁵ das Grundgesetz nur deshalb gegeben, um nach größtmöglicher ökonomischer Wohlfahrt des einzelnen zu streben?

In der Kritik *Fezers* spiegeln sich exemplarisch Berührungspunkte der Rechtswissenschaft mit Hinblick auf die Ökonomische Analyse des Rechts wieder. Eine Divergenz in den Blickrichtungen von Recht als Normenwissenschaft und Ökonomie als empirischer Wissenschaft wird man nicht verneinen können. Und dennoch ist die Kritik von *Fezer* wohl überzogen und wird der Ökonomischen Analyse des Rechts nicht gerecht. Die Ökonomische Analyse des Rechts – zumindest wie sie heute gelehrt wird – erhebt nicht den normativen Anspruch, den *Fezer* ihr zuschreibt. Ökonomisches Denken in den Kategorien von Effizienz und Ressourcenknappheit darf selbstverständlich – so zumindest unsere Ansicht – nicht zum alleinigen (normativen) Maßstab des Rechts erhoben werden. Die Ökonomische Analyse des Rechts bewegt sich deshalb auch rein auf der analytischen Ebene. Anschaulich gesagt: Sie ruft den Menschen nicht im moralischen Imperativ auf *homo oeconomicus* zu sein, sondern beschreibt ihn bloß modelliert als solchen.⁴⁶ *Fezers* Kritik erscheint insoweit, als dass sie insbesondere auf die Ebene des moralischen Diskurses abzielt, verfehlt. Zumindest schließt das Menschenbild des Grundgesetzes die Ökonomische Analyse des Rechts nicht als nützliches Hilfsinstrument aus. Schließlich nivelliert die Ökonomische Analyse des Rechts nicht die Würde des einzelnen Menschen oder seine Sozialbezogenheit, sondern unterstellt ihm eine gewisse Rationalität, wenn es darum geht seine eigenen Ziele durchzusetzen, und zieht daraus Konsequenzen. Wie man auch den Egoismus des Menschen ethisch werten mag, so lehrt die Erfahrung, dass der Mensch letztlich sein eigenes Handeln am Ziel der Wohlstandsmaximierung nicht in nur unerheblicher Weise ausrichtet. Eine andere Kritiklinie führt – ohne moralischen Unterton – aus, dass es der Ökonomischen Analyse des Rechts an empirischen Daten fehle: Das Konzept mag insoweit schlüssig sein, doch fehle es an Möglichkeiten, die Annahmen konkret zu quantifizieren.⁴⁷ Dies bereits deswegen, da statistische Daten zukünftiger oder auch bloß eventuell eintretender Ereignisse naturgemäß nicht vorausgesagt werden können, sondern höchstens geschätzt oder prognostiziert werden.

Es darf ebenfalls nicht verkannt werden, dass Ökonomie nicht wie, um anschaulich leicht zu übertreiben, nicht bloß aus den Kinderfabriken des viktorianischen Zeitalters besteht, sondern, wofür gerade Leitbilder wie das Pareto-Optimum steht, auch soziale Zwecke erfolgt: Soll Wohlstand erstrebt werden,

ist Ineffizienz zu vermeiden.⁴⁸ Und über die Umverteilung von Geld, das nicht erwirtschaftet, oder Gütern, die nicht produziert werden, kann schon im Grunde nicht diskutiert werden.⁴⁹

Des Weiteren sei, so ein Detailspekt, es nicht möglich, den Begriff der Transaktionskosten hinreichend zu präzisieren und handhabbarer für den operativen Einsatz zu gestalten.⁵⁰ Mithin, etwas zynisch formuliert, kann die Ökonomische Analyse des Rechts Zahlen schon deswegen nicht über Menschen stellen, da sie die konkreten Zahlen nicht kennt bzw. ermitteln lassen kann. Dies ist insoweit zutreffend, doch eröffnet sie gleichwohl in jedem Fall einen Blick auf die Zusammenhänge.

VI. Fazit

Der Einfluss angloamerikanischer Jurisprudenz auf Europa und Deutschland wird künftig – so die Prognose der Autoren – weiter zunehmen. Wer den sinnvollen ökonomischen Grundgedanken in US-amerikanischer Rechtsprechung überzieht, der wird sich fragen: Droht deswegen nicht nur eine ökonomische Betrachtung, sondern auch eine Ökonomisierung des Rechts? Wird bald die teleologische Auslegung nur noch ökonomische Aspekte aufgreifen?⁵¹ Droht so der Ausverkauf der Gerechtigkeit?

Solchen Bedenken kann man getrost entgegentreten. Die Bedeutung einer gesunden Volkswirtschaft für den Gedeih einer Gesellschaft wird gerade in diesen Tagen deutlich. Ein Gesetzgeber, welcher die Folgen seines Handels bestenfalls für den Staatshaushalt, nicht aber für das Wirtschaftsleben abzuschätzen versucht, können wir uns nicht leisten. Dies setzt wirtschaftswissenschaftliche Kenntnisse voraus. Selbstverständlich erlauben auch diese keinen allwissenden Blick in die Zukunft, verheißen jedoch deutlich mehr Erfolg. Es gilt, sich die Schwäche, die einem jedem Rechtssystem innewohnt,⁵² zu vergegenwärtigen, menschliches Verhalten zu antizipieren und dem rational denkenden Menschen ein Recht zu präsentieren, das ihm unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ein rechtstreuendes Verhalten nahe legt. Selbst wenn die Ökonomische Analyse des Rechts keine konkreten Zahlen bietet, hält sie immer noch an, sich mit Zusammenhängen auseinanderzusetzen.

Die Ökonomische Analyse des Rechts verkehrt weder *kantianische* Ethik noch das Wertgefüge des Grundgesetzes. Sie hat ihre Grenzen und sie kann nur begrenzt eingesetzt werden. Sie soll jedoch Anlass und Methode sein, das Wirken des Rechts besser zu verstehen – oder auch der Justiz.⁵³ Sie sollte daher auch jedem Richter und Beamten bekannt sein

⁴⁸ S. Fn. 30.

⁴⁹ Vgl. *Eidenmüller* (Fn. 3), S. 273 ff m.w.N. und zu den Fragen möglicher und optimaler Verteilungsmodelle.

⁵⁰ *Eidenmüller* (Fn. 3), S. 167.

⁵¹ Vgl. zur teleologischen Auslegung *Petersen/Towfigh* (Fn. 9), S. 9 f.

⁵² Dazu *Petersen/Towfigh* (Fn. 9), S. 8 f.

⁵³ Vgl. Schmidtchen/Weth (Hrsg.), *Der Effizienz auf der Spur, Die Funktionsfähigkeit der Justiz im Lichte der ökonomischen Analyse des Rechts*, 1999, passim. Oder auch nur des Zivilprozesses; dazu *Adams, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses*, 1981, passim.

⁴⁵ Aus der Präambel des GG.

⁴⁶ Vgl. *Lieth* (Fn. 7), S. 65.

⁴⁷ Etwa *Schmidt*, *Refusal to License Intellectual Property Rights as Abuse of Dominance*, 2010, S. 132 ff.

und helfen, sich der – auch ökonomischen – Folgen des eigenen Handelns gewahr zu werden. Freilich darf sie kein abschließliches Kriterium sein und ersetzt als solche nicht die staatliche bzw. demokratische Zielbestimmung und Festlegung jener Werte, die aller Abwägung enthoben sein sollen.⁵⁴

⁵⁴ Vgl. *Eidenmüller* (Fn. 3), S. 450 ff.