

Lüdemann, Jörn; Magen, Stefan

Working Paper

Effizienz statt Gerechtigkeit?

Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2008,41

Provided in Cooperation with:

Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Suggested Citation: Lüdemann, Jörn; Magen, Stefan (2008) : Effizienz statt Gerechtigkeit?, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2008,41, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/32244>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



Effizienz statt
Gerechtigkeit?

Jörn Lüdemann / Stefan Magen





Effizienz statt Gerechtigkeit?

Jörn Lüdemann / Stefan Magen

November 2008

Effizienz statt Gerechtigkeit?*

Jörn Lüdemann / Stefan Magen

I.	Reflektionsphasen der Rechtsökonomik im deutschsprachigen Raum	2
II.	Effizienz und Gerechtigkeit: von der normativen Konkurrenz zur empirischen Interdependenz	4
	1. Grenzen statt Grundlagen	4
	2. Philosophische Wegmarken	6
	3. Nutzen, Reichtum und Verteilung	7
	4. Im Alltag der Rechtspolitik	8
III.	Der homo oeconomicus und seine Verwandten	12

* Besprechungsaufsatz des gleichnamigen Buches von *Klaus Mathis*: *Effizienz statt Gerechtigkeit?* Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts (Schriften zur Rechtstheorie, H. 223), Berlin 2006, 2. Auflage. Professor Dr. Christoph Engel und Dr. Kristoffel Gechenig, LL.M., danken wir herzlich für die kritische Lektüre des Textes und hilfreiche Anmerkungen.

I. Reflektionsphasen der Rechtsökonomik im deutschsprachigen Raum

„Effizienz statt Gerechtigkeit“ – das klingt wie ein Schlachtruf aus der Anfangsphase der Diskussion um die ökonomische Analyse des Rechts. Zu Beginn dieser Auseinandersetzung waren die Gegensätze im deutschsprachigen Raum bekanntlich ebenso groß wie das Vokabular unveröhnlich.¹ Während die Protagonisten des ökonomischen Rechtsdenkens auf die Erfolge der US-amerikanischen *Law and Economics*-Forschung verwiesen, in deren Schatten sich die traditionelle Jurisprudenz nach einem Bonmot von *Ronald Coase* wie bloßes „Briefmarkensammeln“ ausnehme,² konterten Gegner wie der deutsche Zivilrechtler *Karl-Heinz Fezer* ebenso wortmächtig wie apokalyptisch, „ökonomische Rechtsanalyse und freiheitliches Rechtsdenken“ seien schlicht „unvereinbar“.³ Natürlich gab es auch bereits in dieser ersten Phase der rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Debatten sehr abgewogene und differenzierte Analysen. Erwähnt sei nur die – für ihre Zeit wohl zu frühe – monographische Pionierleistung von *Peter Behrens* über „Die ökonomischen Grundlagen des Rechts“.⁴ Überwiegend hatten die Auseinandersetzungen aber den für wissenschaftliche Frühphasen typischen Charakter einer theoretischen Generaldebatte, die sich vor allem auf die Frage nach der prinzipiellen Erlaubtheit der ökonomischen Analyse des Rechts und die Ausrichtung der Rechtsordnung an wohlfahrtsökonomischen Effizienzkriterien kaprizierte.⁵

Wenn *Klaus Mathis* seine Züricher Dissertation mit der Frage „Effizienz statt Gerechtigkeit?“ überschreibt, dann deutet er damit keine Rückkehr in diese rechtstheoretischen Schützengräben der ersten Stunden an. Im Gegenteil zeigt seine Arbeit geradezu lehrstückartig, dass die theoretische Reflektion über Nutzen und Frommen der ökonomischen Analyse des Rechts im deutschsprachigen Raum seit geraumer Zeit in eine neue Phase eingetreten ist. Es geht *Mathis* nicht mehr so sehr um die alte Grundsatzfrage nach der Erlaubtheit der ökonomischen Analyse des Rechts. Weil weder der anfängliche Absolutheitsanspruch der Rechtsökonomik noch die katego-

-
- 1 Vgl. die Einschätzung von *Stefan Grundmann*, Methodenpluralismus als Aufgabe, *RabelsZ* 61 (1997), S. 423 (424): „eine Grundsatzkontroverse in den Rechtswissenschaften, eine der wenigen, die heute noch mit Pathos und Erbitterung geführt werden“. Zu früheren Begegnungen von Rechtswissenschaft und Ökonomie, insbesondere rechtsökonomischen Vorstößen im 19. Jahrhundert vgl. nur *Kristoffel Grechenig/Martin Gelter*, Divergente Evolution des Rechtsdenkens – Von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik, in: *RabelsZ* 72 (2008), S. 513 ff.
 - 2 *Ronald H. Coase*, *Law and Economics at Chicago*, in: *Journal of Law and Economics* 36 (1993), S. 239 (254): „Much, and perhaps most, legal scholarship has been stamp collecting.“
 - 3 *Karl-Heinz Fezer*, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, in: *JZ* 1986, S. 817 (823). Zur Divergenz des amerikanischen und deutschsprachigen Diskurses jüngst die kluge Analyse von *Kristoffel Grechenig/Martin Gelter*, Divergente Evolution des Rechtsdenkens – Von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik, in: *RabelsZ* 72 (2008), S. 513 ff.
 - 4 *Peter Behrens*, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts: politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften, Bd. 46)*, Tübingen 1986.
 - 5 Zum Überblick über die Diskussion vgl. etwa *Martin Gelter/Kristoffel Grechenig*, Juristischer Diskurs und Rechtsökonomie, in: *Journal für Rechtspolitik* 15 (2007), S. 30 (31-32); *Christian Kirchner*, The difficult reception of law and economics in Germany, *Int. Rev. L. Econ.* 11 (1991), S. 277 ff.; *Wolfgang Weigel*, Law and Economics in Austria, in: von Bouckaert/De Geest (Hrsg.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Nr. 0305.

rische Ablehnung letztlich überzeugen,⁶ sieht er die Herausforderung vielmehr in einer genaueren Vermessung der Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts.

Wie groß das Interesse an einer solchen theoretischen Reflexion in den letzten Jahren geworden ist, belegt nicht nur die Reihe einschlägiger rechtswissenschaftlicher Dissertationen aus dem deutschsprachigen Raum.⁷ *Mathis'* Buch ist nach *Eidenmüllers* Standardwerk „Effizienz als Rechtsprinzip“ auch bereits die zweite Monographie zum Thema, die binnen kurzer Zeit eine zweite Auflage erleben durfte.⁸ Das schaffen bekanntlich nicht viele rechtswissenschaftliche Dissertationen. Noch weniger Qualifikationsarbeiten ist – wie der Arbeit von *Mathis* – eine Übersetzung ins Englische beschieden.⁹

Der Erfolg des Buches dürfte dabei weniger in den besonders eigenständigen Thesen des Autors gründen. *Mathis'* Erfolgsrezept besteht vielmehr darin, dass man seine Dissertation als eine Art modernes Einführungslehrbuch in die ökonomische Analyse des Rechts lesen kann.¹⁰ Zu diesem Zweck empfiehlt sich die kluge Schrift nicht nur wegen ihrer beispielhaften Kürze – anders als viele andere rechtswissenschaftliche Autoren hat *Mathis* der Versuchung widerstanden, seine eigenen Lesefrüchte bis zur Erschöpfung des Lesers auszubreiten.¹¹ Die Arbeit gefällt auch durch ihre klare Gedankenführung, die Einbeziehung zahlreicher (prominenter) Beispiele und die sehr eingängige und verständliche Sprache. Der modische Hang zur Unverständlichkeit ist *Mathis'* Sache nicht.

Neben dem Einsteiger erweist das Buch aber auch dem rechtökonomisch versierten Leser nützliche Dienste. Zum einen erlaubt es ihm, die Diskussion um die ökonomische Analyse des Rechts der letzten Jahre noch einmal aus der Vogelperspektive in den Blick zu nehmen. Und zum anderen kann man das Buch auch als eine Art Schlussstrich unter die zweite Phase der rechtsökonomischen Reflexionen lesen. Denn auch wenn *Mathis* es an keiner Stelle explizit zum Ausdruck bringt: Er zeichnet mit seiner Dissertation ein derart klares und stringentes Bild von den Fragen und Antworten der letzten Jahre, dass man nach der Lektüre das berechtigte Gefühl hat, dass die

6 Dazu *Jörn Lüdemann*, Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaft, in: Christoph Engel et al. (Hrsg.), *Recht und Verhalten. Beiträge zu Behavioral Law and Economics*, Tübingen 2007, S. 7 (23-32).

7 Neben der Arbeit von *Klaus Mathis* sind hier in alphabetischer Reihenfolge vor allem noch zu nennen: *Anne van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft (Schriften zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie; Bd. 33); 2003, *Horst Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften; Bd. 90), 3. Auflage 2005; *Gunnar Janson*, Ökonomische Theorie im Recht. Anwendbarkeit und Erkenntniswert im allgemeinen und am Beispiel des Arbeitsrechts (Schriften zur Rechtssoziologie und zur Rechtstatsachenforschung; Bd. 85) 2004; *Oliver Lieth*, Die ökonomische Analyse des Rechts im Spiegelbild klassischer Argumentationsstrukturen des Rechts und seiner Methodenlehre (Lausanner Studien zur Rechtswissenschaft; Bd. 4) 2007.

8 *Eidenmüllers* Dissertation liegt mittlerweile sogar schon in dritter Auflage vor.

9 *Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, Law and Philosophy Library, Dordrecht: Springer, erscheint 2009.

10 Wie der Verfasser in einem Interview zu Protokoll geben hat, hält er seine Dissertation auch selbst für „ein verkapptes Lehrbuch“, vgl. *Roger Nickl*, Effiziente Gesetz, in: Universität Zürich (Hrsg.), *unireport* 2004, Innovation Forschen, S. 10 (11).

11 Manchmal gehen die (bewussten) Vereinfachungen des Autors freilich sehr weit, etwa bei der ökonomischen Theorie öffentlicher Güter. Auch fallen einige Passagen, wie die Behandlung der strittigen Eigennutzannahme im Rahmen der Darstellung des homo oeconomicus, ausgesprochen knapp aus.

rechtswissenschaftliche Forschung nunmehr reif ist für eine neue, dritte Phase des Nachdenkens über die ökonomische Analyse des Rechts, in der andere Themen auf der Agenda stehen werden.

Nachdem sich in der wissenschaftlichen Praxis zwischenzeitlich eine breite rechtswissenschaftliche Literatur etabliert hat, die dogmatische und rechtspolitische Fragen mit Hilfe ökonomischer Theorie traktiert – das gilt zumindest für die Zivilrechtswissenschaft, in der die ökonomische Analyse bereits deutlich selbstverständlicher geworden ist¹² als in der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht¹³ – stehen Rechtstheorie und Rechtsphilosophie in den nächsten Jahren vor allem vor der Aufgabe, die Folgefragen dieser praktischen Begegnung zwischen Rechtswissenschaft und Ökonomik genauer zu reflektieren: Wie geht die Rechtswissenschaft mit den unbestreitbaren Grenzen ökonomischer Theorie im Einzelnen um? Lassen sich Effizienz und Gerechtigkeit versöhnen? Wie weit kann man die Grenzen ökonomischer Verhaltenstheorien durch Rückgriff auf andere Nachbarwissenschaften relativieren? Wie kann die Kooperation mit Verhaltenswissenschaften wie etwa der Psychologie methodisch aussehen? Bei diesen und anderen zentralen Fragen steckt die rechtswissenschaftliche Forschung des deutschsprachigen Raums noch in den Kinderschuhen.

II. Effizienz und Gerechtigkeit: von der normativen Konkurrenz zur empirischen Interdependenz

1. Grenzen statt Grundlagen

Zunächst aber hat die deutschsprachige Rechtswissenschaft auf die ökonomische Analyse des Rechts vor allem mit prinzipieller Ablehnung reagiert und die Legitimität des Ansatzes grundsätzlich in Frage gestellt. Insofern lag es nicht fern, die Diskussion auch auf philosophischer Ebene auszutragen und zu fragen, wie solide denn die philosophischen Fundamente der Wohlfahrtstheorie sind, aus der die normativen Aussagen der ökonomischen Analyse des Rechts gewonnen werden. Im deutschsprachigen rechtswissenschaftlichen Diskurs hat vor allem *Horst Eidenmüller* diese Frage umfassend behandelt. Dass für die ökonomische Analyse aus philosophischen Gründen ein Ausschließlichkeitsanspruch erhoben würde, hat man von rechtswissenschaftlicher Seite seitdem kaum mehr gehört. Auch Vertreter der ökonomischen Analyse gestehen ein, dass im Fundament der Wohlfahrtstheorie Risse klaffen.¹⁴ Die Begründung lautet nun eher, die konzeptuellen Probleme anderer normativer Theorien seien noch größer, von denen der rechtswissenschaftlichen Methode ganz zu schweigen.¹⁵ Den Stand dieser Debatte weiter voranzutreiben, ist nicht das Ziel von *Mathis'* Suche nach den philosophischen Grundlagen der öko-

12 Vgl. etwa *Viktor Winkler*, Some Realism about Rationalism: Economic Analysis in Germany, in: *German Law Journal* 2005, S. 1033 ff.

13 Auch hier steigt in den letzten Jahren allerdings die Zahl der Wissenschaftler, die der Nachbarwissenschaft offen begegnen. *Christoph Möllers* und *Andreas Voßkuhle*, *Die Verwaltung* 93 (2003), S. 321 (330) sprechen von „zarten Annäherungsversuchen“.

14 *Dieter Schmidtchen*, Effizienz als Rechtsprinzip, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 217 (1998), S. 251 (257 ff.).

15 *Dieter Schmidtchen*, Effizienz als Rechtsprinzip, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 217 (1998), S. 251 (257 ff.).

nomischen Rechtsanalyse. Eher werden die wichtigsten Stationen der Debatte rekapituliert, um sich dann anderen, weniger grundsätzlichen Fragen zuwenden zu können.

Für den Anspruch der ökonomischen Rechtsanalyse auf normative Alleinvertretung steht vor allem der Namen *Richard Posner*, Mitbegründer und einer der wenigen Juristen unter den Hauptprotagonisten der ökonomischen Analyse. Einflussreich hat er über weite Phasen seines Schaffens dafür argumentiert, Effizienz als den überragenden normativen Maßstab für die Bewertung und die Gestaltung von Rechtsnormen zu nehmen.¹⁶ Seine Versuche, der ökonomischen Analyse des Rechts auch eine philosophische Begründung zu geben, stehen im Mittelpunkt des zentralen dritten Teils von *Mathis'* Arbeit mit dem Titel „Reichtum, Effizienz und Gerechtigkeit“,¹⁷ und auch der zweite, historisch geordnete Teil über die „Philosophischen Grundlagen“ ist auf diesen Fluchtpunkt ausgerichtet.¹⁸ Auch am Schluss noch scheint *Mathis'* Arbeit der Entwicklung *Posners* zu folgen, wenn die Suche nach den philosophischen Grundlagen abgebrochen, die ökonomische Analyse des Rechts aber fortgesetzt wird.¹⁹ Jedenfalls entspricht dieser Schritt dem juristischen Pragmatismus, den *Posner* mittlerweile vertritt. Man meidet ethische Theorien, verzichtet auf starke philosophische Begründungen und wendet sich stattdessen den empirischen Sozialwissenschaften zu.²⁰ Effizienz sinkt zu einem Gesichtspunkten neben anderen herab und die Tür für Gerechtigkeitsfragen steht wieder offen. „Gerechtigkeit und Effizienz“ nennt *Mathis* sein letztes Kapitel.²¹

Weshalb dann noch die Suche nach den philosophischen Grundlagen? *Mathis* gibt darauf eine überzeugende Antwort, allerdings erst im letzten Absatz seiner Arbeit: Eine Auseinandersetzung mit den philosophischen Grundlagen sei notwendig, um die Möglichkeiten und die Grenzen der ökonomischen Analyse zu verstehen.²² Das ist kein Widerspruch zu der pragmatischen Wende, sondern ihre Konsequenz. Gerade wenn man die ökonomische Analyse mit einem reduzierten Anspruch in der Praxis des juristischen Denkens etablieren will, muss man ihre konzeptionellen Schwächen kennen. Ein widerlegtes philosophisches Argument mag man den Philologen und Historikern überlassen. Für das Recht kann es aber sinnvoll sein, die ökonomische Methode als ein hilfreiches Werkzeug normativen Denkens weiter zu verwenden, obwohl sie fehleranfällig ist, weil man für bestimmte Aspekte sozialer Probleme kein besseres Werkzeug hat. Die ökonomische Analyse so gewissermaßen unter den Bedingungen beschränkter wissenschaftlicher Rationalität fortzusetzen,²³ ist aber nur zu verantworten, wenn man weiß, wo ihre Stärken und wo ihre blinden Flecken liegen, welche Problemaspekte sie gut erfasst und welche sie systematisch übersieht, in welchen Konstellationen man zum Beispiel Verteilungseffekte ignorieren kann,

16 Z. B. *Richard Posner*, Wealth Maximization Revisited, in: Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy 86 (1986), S. 85 ff.; vgl. *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 149 ff.

17 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 147-210.

18 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 97-146.

19 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 186 ff.

20 *Richard Posner*, The Problematics of Moral and Legal Theory, Cambridge Mass., 1999

21 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 194 ff., Hervorhebung hier.

22 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 215.

23 Vgl. *Stefan Magen*, Entscheidungen unter begrenzter Rationalität als Proprium des öffentlichen Rechts, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007, S. 303 (309 f.).

weil sie nicht auftreten oder normativ unproblematisch sind, und wann Vorsicht geboten ist gegenüber dem beliebten Argument, es könne doch niemand etwas dagegen haben, den Kuchen größer zu machen.

2. Philosophische Wegmarken

Nicht nur für *Posner*, sondern für die Entwicklung und die Kritik der ökonomischen Analyse insgesamt waren *Adam Smith*, *Jeremy Bentham* und *John Rawls* wichtige Wegbereiter. *Mathis* stellt ihre jeweiligen Beiträge zur ökonomischen Analyse mit großer Klarheit dar und hat nebenbei stets auch Wissenswertes zu berichten. Dabei hat er immer zwei zentrale Fragen im Blick, die sich im Verhältnis von Effizienz und Gerechtigkeit stellen: die Implikationen einer effizienzorientierten Rechtstheorie für die Verteilungsgerechtigkeit und den Schutz individueller Rechte.

Bekannt ist, dass für *Adam Smith* die unsichtbare Hand der arbeitsteiligen Marktwirtschaft das Eigeninteresse der Wirtschaftsteilnehmer in öffentlichen Nutzen verwandelt. Weniger bekannt ist vielleicht aber, dass sich diese Zuversicht aus der stoizistischen Überzeugung nährte, es sei Gott gewesen, der die natürliche Ordnung der Welt in dieser Weise eingerichtet habe, damit sie ohne sein weiteres Eingreifen zu einem für die Menschen positiven Endziel führe.²⁴ Dass das Uhrwerk, mit dem *Smith* die menschliche Gesellschaft vergleicht, freilich nicht immer perfekt läuft, verdeutlicht *Mathis* mit dem Gefangenen-Dilemma.²⁵ Für manchen sozialwissenschaftlichen Diskurs ist dieses Modell zu einer Art Leitmetapher geworden. Für ökonomische und auch rechtsökonomische Zwecke ist es allerdings zu einfach, und die Ökonomie hat an seine Stelle längst differenziertere Modelle des Marktversagens gesetzt.²⁶ Die allgemeine Lehre aber bleibt, dass keine natürliche Ordnung, sondern erst die institutionelle Struktur eine Kongruenz von individuellen und kollektiven Interessen herstellen kann. Institutionen zu gestalten, ist aber eine Aufgabe, zu der sich die ökonomische Analyse des Rechts berufen fühlt.

Will man das allgemeine Interesse befördern, braucht man eine Theorie darüber, was das allgemeine Interesse ist. Das Konzept der Wohlfahrt versucht darauf eine Antwort, für die *Benthams* Utilitarismus eine wichtige Quelle ist. Drei Fragen sind für eine konsequentialistische Ethik wichtig, die das Ziel moralischen Handelns in der Maximierung des Glücks oder des Nutzens der Menschen sieht: Was ist der Wert, der maximiert werden soll?²⁷ Wie wird er gemessen? Und: Wie wird er zu einem gesellschaftlichen Nutzen aggregiert? Der Wert ist für *Bentham* bekanntlich menschliches Glück im Sinne von Freude und Leid, also subjektive Empfindungen. Auch meinte er, das Ausmaß des Glücks lasse sich zwischen den Individuen vergleichen, könne also kardinal gemessen werden. Wenn aber Aussagen der Art „A ist doppelt so glücklich wie B“ zulässig sind, kann man auch den Nutzen der Individuen durch einfache Addition zu einem gesell-

24 *Klaus Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, S. 104 f.

25 *Klaus Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, S. 108 ff.

26 Vgl. *Michael Fritsch/Thomas Wein/Hans-Jürgen Ewers*, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik. Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns*, 7. Aufl., München 2007.

27 *Klaus Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, S. 118.

schaftlichen Nutzen aggregieren. So entsteht ein argumentativer Ansatzpunkt, um den Einzelnen im Namen des individuellen Glücks für die Gemeinschaft in die Pflicht zu nehmen. Dass diese Inpflichtnahme im Utilitarismus jedenfalls theoretisch keine Grenze kennt, der Einzelne also keine Rechte hat, die absoluten Vorrang vor dem größeren Glück der anderen beanspruchen könnten, ist ein bekannter Kritikpunkt, den in gewissem Umfang auch *Posner* gelten lässt.²⁸ Treffend ist vom „Nutzenmonster“ die Rede, das alles erlaubt, wenn es die Menschen in der Summe nur glücklicher macht. Um freilich einen Vorrang des Rechten vor dem Guten zu begründen, braucht es einer philosophischen Theorie anderen Zuschnitts, die bei *Posner* nicht zu finden ist (*Mathis* beruft sich auf *John Rawls* Theorie der Gerechtigkeit, möchte an Stelle der hypothetischer Monologe im Urzustand aber lieber reale Diskurse führen).²⁹

3. Nutzen, Reichtum und Verteilung

Da die utilitaristische Wertlehre nur den Gesamtnutzen im Blick hat, ist sie im Übrigen gegenüber der Verteilung des Nutzens indifferent. Die Indifferenz gilt aber nicht für die Verteilung von materiellen oder immateriellen Gütern, sofern deren instrumentelle Wirkung für das Glück des Einzelnen mit zunehmender Menge abnimmt, also der Grenznutzen sinkt. Wenn ein zusätzlicher Euro dem Armen mehr Nutzen bringt als dem Reichen, wird Umverteilung zu einem Gebot der Glücksmaximierung.³⁰ *Posner* ist sicher nicht der einzige ökonomisch orientierte Denker, der diese Konsequenz der Nutzenlehre anstößig findet, weil sie den Anreiz zu produktiver Arbeit untergräbt.³¹ Bedürfnisse sind eben maßlos, weil sie keinen Budgetrestriktionen unterliegen und also kostenlos eingefordert werden können. Die Konsequenz, Güter aus Gründen der Nutzenmaximierung möglicherweise umverteilen zu müssen, vermeidet *Posner*, indem er als zu maximierenden Wert an die Stelle von Glück bzw. von Nutzen den gesellschaftlichen „Reichtum“ setzt. Reichtum wird dabei verstanden als tatsächliche oder hypothetische Zahlungsbereitschaft für Güter. Eine gesellschaftliche Ressource sei nicht demjenigen zuzuteilen, den sie am glücklichsten mache, sondern demjenigen, der am meisten für sie zu zahlen bereit ist. Entgegen einem verbreiteten Missverständnis bedeutet Reichtum bei *Posner* aber nicht die Anhäufung von Geld und materiellen Gütern. Immaterielle Güter wie Freizeit oder Bildung werden gleichermaßen berücksichtigt, sofern die Menschen bereit sind oder hypothetisch bereit wären, dafür zu zahlen. Reichtum ist also nur eine Messgröße für alle möglichen Arten von „Gütern“.³²

Hinter der Umstellung von Nutzen auf Reichtum steht natürlich auch die ordinale Revolution der Ökonomie, die kardinale Nutzenmessung und interpersonalen Nutzenvergleich – also die tragenden Säulen des Utilitarismus – für unmöglich erklärt und nur noch ordinale Präferenzordnungen als Nutzenmaß zulässt.³³ Kann man aber den Nutzen der Individuen nicht mehr miteinander ver-

28 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 164 ff.

29 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 131 ff. (144).

30 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 127 f.

31 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 166.

32 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 152.

33 *Robert Cooter/Peter Rappoport*, Were the Ordinalists Wrong about Welfare Economics?, in: *Journal of Economic Literature* 22 (1984), S. 507 ff.

rechnen, wird die Aggregierung zu einem kollektiven Nutzen schwierig. Nur wenn keiner schlechter gestellt wird, kann man dann noch mit einiger Zuversicht davon ausgehen, dass die positiven Folgen einer Maßnahme für Einige auch den kollektiven Nutzen erhöhen. Das ist das bekannte Pareto-Kriterium. Von freiwilligen Transaktionen in funktionierenden Märkten abgesehen ist es zu selten erfüllt, um praktisch brauchbar zu sein. In den meisten Fällen versteht die ökonomische Analyse unter Effizienz dagegen das Kaldor-Hicks-Kriterium. Nach ihm kann eine Transaktion auch dann effizient sein, wenn sie Einige schlechter stellt, nämlich sofern die Benachteiligten von den Begünstigten in Geld entschädigt werden könnten.³⁴ Das Pareto-Kriterium wäre in solchen Fällen nur erfüllt, wenn eine mit Zustimmung des Benachteiligten festgelegte Kompensation tatsächlich gezahlt würde, während sich das Kaldor-Hicks-Kriterium mit der hypothetischen Möglichkeit einer Kompensation begnügt. Wird aber nicht wirklich kompensiert, ist nicht garantiert, dass mit dem Reichtum auch der kollektive Nutzen steigt. Eine Geldsumme stiftet nämlich bei sinkendem Grenznutzen in der Hand des Reichen weniger Nutzen, als in der Hand des Armen, in die sie hypothetischerweise im Kompensationsweg geflossen wäre und nach dessen Zahlungsbereitschaft sie folglich bemessen ist.³⁵

Eine Effizienzsteigerung kann also unter dem Kaldor-Hicks-Kriterium nicht mehr mit einer Nutzensteigerung gleichgesetzt werden. Insofern ist *Posners* Schritt von der Nutzen- zur Reichtumsmaximierung folgerichtig. Er hat aber erhebliche Konsequenzen für die impliziten Verteilungswirkungen der Theorie. Während die utilitaristische Wertlehre die Armen gegenüber den Reichen bevorzugt, dreht *Posners* Reichtumsmaximierung den Spieß potentiell um. Weil nämlich die Reichen geringere Budgetrestriktionen haben, ist ihre Zahlungsbereitschaft für das gleiche Gut tendenziell höher als die der Armen.³⁶ Das kann zu einer schleichenden Umverteilung von unten nach oben führen, durch die die Zahlungsfähigkeit der Reichen weiter steigt, weshalb sie wiederum stärker berücksichtigt würden.³⁷ *Posner* meint zwar, diesen Konsequenzen in der Praxis entgehen zu können. Das ändert aber nichts daran, dass eine von Verteilungsfragen unbefleckte Wertlehre nicht zu haben ist. Wird Effizienz zudem nicht mehr auf die Maximierung von Wohlfahrt, sondern nur noch auf die Maximierung von Reichtum ausgerichtet, verliert sie als Ziel ihren intrinsischen Wert.³⁸ Weil Reichtum kein Ziel, sondern ein Mittel ist, kann seine Maximierung für eine normative Theorie nur noch ein Verlegenheitsziel, ein „false target“ sein. Alles hängt dann davon ab, wie sehr mit dem Verlegenheitsziel der Reichtumsmaximierung auch das eigentliche Ziel der Wohlfahrtssteigerung gefördert wird.

4. Im Alltag der Rechtspolitik

Wäre es Zweck der Suche gewesen, eine auf vollständigen, widerspruchslösen und konsistenten Grundlagen ruhende normative Rechtstheorie zu finden, hätte man die ökonomische Analyse des

34 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 53.

35 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 62.

36 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 157.

37 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 176 ff.

38 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 200.

Rechts an dieser Stelle wohl verabschieden müssen. Dann hätte man allerdings die gleichen Ansprüche auch an eine Theorie der Gerechtigkeit richten und sich auf eine vergleichbar hoffnungslose Suche nach deren Grundlage begeben müssen. Das geschieht zum Glück nicht. Das Buch zieht aus den zu Tage geförderten konzeptionellen Schwächen vielmehr vor allem, oder besser: nur die Konsequenz, den Alleinvertretungsanspruch der ökonomischen Analyse zu relativieren. Effizienz sinkt jetzt zu einem Ziel neben anderen Zielen herab. Genannt werden neben Effizienz und Gerechtigkeit noch Zweckmäßigkeit, Rechtssicherheit und Menschenwürde. Zwischen diesen Zielen sei – man hört es nicht gern – eine Güterabwägung vorzunehmen.³⁹ Ganz auf einer Linie mit *Posners* neuem Pragmatismus geht *Mathis* normativen Fragen nicht weiter nach. Man erfährt zum Beispiel nicht, wie sich dieses Nebeneinander der Ziele mit den Grundsätzen und Vorrangregeln aus *Rawls*' Theorie der Gerechtigkeit verträgt, der immerhin ein eigenes Kapitel gewidmet ist.⁴⁰ Offen bleibt auch, welche relativen Gewichte den Zielen wie Effizienz und Gerechtigkeit bei der Entscheidung möglicher Konflikte eingeräumt werden soll. Fragen dieser Art werden dem politischen Prozess überlassen, während sich die geläuterte ökonomische Analyse des Rechts auf empirische Frage konzentrieren soll, zum Beispiel derjenigen, welche Interdependenzen zwischen Effizienz und Gerechtigkeit tatsächlich bestehen.

Man ist nun im Alltagsgeschäft der Rechtspolitik angelangt. Hier argumentiert *Mathis* allerdings für einen Vertreter der ökonomischen Analyse eher ungewöhnlich. Überwiegend dürfte die Tendenz bestehen, Fragen der Umverteilung dem Steuersystem und den Sozialsystemen zu überlassen, und den Austausch zwischen Privaten allein nach Effizienzkriterien zu gestalten. Verteilung über das Privatrecht, so die gängige Argumentation, könnten nur ungenau gesteuert werden und eine ineffiziente Ausgestaltung des Privatrechts mindere den gesellschaftlichen Wohlstand, so dass dann weniger verteilt werden kann.⁴¹ Die Grundannahme ist also die eines Zielkonfliktes zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, den es durch eine möglichst störungsfreie und anreizkompatible Umverteilung zu verringern gelte.⁴² In welchem Umfang ein solcher Zielkonflikt tatsächlich besteht und wie er am besten vermieden werden kann, ist aber auch eine empirische Frage, deren Beantwortung nach der pragmatischen Wende in den Mittelpunkt des Interesses rückt. Das ist philosophisch wenig aufregend, führt aber gegenüber manchen ökonomischen Glaubensbekenntnissen – Markt ist besser⁴³ – vielleicht weiter. Mietpreisbindungen, so *Mathis*, können etwa sinnvoll sein, wenn das Angebot an Wohnraum kaum vom Mietpreis abhängig ist, sondern – wie in der Schweiz – eher von der Raumplanung.⁴⁴ Im Deliktsrecht ist es nicht ausgeschlossen, dass effiziente Regelungen auch mit Gerechtigkeitsvorstellungen im Einklang stehen, denn hier geht

39 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 210 und 212.

40 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 131 ff.

41 Vgl. *Louis Kaplow/Steven Shavell*, Why the Legal System is Less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income, in: *Journal of Legal Studies* 23 (1994), S. 667 ff.; *dies.*, Should Legal Rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income, in: *Journal of Legal Studies* 29 (2000), S. 821 ff.

42 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 194.

43 Dass sich die Rechts- und Institutionenökonomik gerade auch mit dem Versagen von Märkten beschäftigen, ist kein Gegensatz. Vielmehr kann man die gesamte Marktversagensliteratur auch als eine Art Staatsaufgabenlehre lesen: Wenn – aber auch nur wenn – der Markt versagt, darf der Staat regulieren. Mit anderen Worten: Selbstorganisation ist die Regel, staatliche Regulierung die begründungsbedürftige Ausnahme.

44 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 203 f.

es ohnehin nicht um Verteilungsgerechtigkeit, sondern um ausgleichende Gerechtigkeit.⁴⁵ Aus dem Vertragsrecht könnte man als Beispiel die Lehre vom effizienten Vertragsbruch hinzufügen. Wenn der Verkäufer, der eine Sache mit höherem Gewinn an einen Dritten veräußert, auf das Erfüllungsinteresse haftet, aber den Überschuss behalten darf, wie von Vertretern der ökonomischen Analyse vorgeschlagen wird,⁴⁶ läge darin nicht zwingend ein Widerspruch zu allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen, denn immerhin bleibt so das von den Parteien etablierte Wertverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung erhalten.⁴⁷

Ganz richtig weist *Mathis* darauf hin, dass Gerechtigkeit und Effizienz empirisch oft positiv korreliert sind, und kann sich dabei unter anderem auf die Arbeiten des Züricher Ökonomen *Ernst Fehr* stützen, der maßgebend dazu beigetragen hat, Fairness als Forschungsgegenstand der Ökonomie zu etablieren.⁴⁸ Auch *Posner* erkennt an, dass manche moralische Verhaltensweisen, etwa Versprechen zu halten oder die Wahrheit zu sagen, Transaktionskosten sparen und deshalb Effizienz fördern.⁴⁹ *Posner* rechnet dieses Verhalten aber individuellen Tugenden zu (er nennt sie „calvinistisch“ und „protestantisch“), die er wiederum auf das Prinzip der Reichtumsmaximierung gründen möchte. *Fehr* und *Kollegen* konnten aber in einer Reihe von Experimenten zeigen, dass die Bereitschaft zu kooperativem Verhalten (um es in der Sprache des Gefangenendilemmas zu formulieren) entscheidend davon beeinflusst wird, ob sich die Betroffenen fair oder gerecht behandelt fühlen,⁵⁰ also nicht nur von der individuellen Neigung zum Konsumverzicht abhängt. Man kann dann zum Beispiel über die Effizienz von unvollständigen Verträgen nicht sinnvoll reden, ohne die Fairnesserwartungen der Beteiligten in Rechnung zu stellen.⁵¹ Denn Menschen reagieren ungeachtet ihrer sozialen Präferenzen auch auf materielle Anreize, ihre Reaktionen werden aber durch Fairnesserwartungen modifiziert. Deshalb ist es möglich, dass Verträge, die die Fairnesserwartungen der Vertragspartner berücksichtigen, mit einem größeren gemeinsamen Vorteil verbunden, also effizienter sind als Verträge, in denen die Vertragspartner als

45 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 204; zur ökonomischen Analyse des Deliktsrechts vgl. *Hein Kötz/Gerhard Wagner*, Deliktsrecht, 10. Aufl., München 2006, S. 26 ff.

46 So die Empfehlung bei *Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl., Berlin et al. 2000, S. 421 ff.

47 Zum Teil handelt es sich bei dieser Debatte aber wohl um ein Scheingefecht. Wenn ex ante feststeht, dass der Verkäufer das darf, besteht kein Gerechtigkeitsproblem. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass der Staat diese Auslegung von Verträgen zulassen oder gar erzwingen sollte. Denn Planungssicherheit hat auch einen Wert: sowohl unter einem Gerechtigkeits- als auch unter einem Effizienzpostulat. Aus Effizienzsicht kommt es auf eine Prognose beziehungsweise eine Erfahrungstatsache an. Was ist häufiger: Dass andernfalls Vertrauen enttäuscht wird oder dass wohlfahrtsmehrende alternative Transaktionen unterbleiben? vgl. dazu *Christoph Engel*, „Effizienter Vertragsbruch“ – eine juristische Antwort, *Homo Oeconomicus* 11 (1994), S.143 ff.; siehe auch *Johannes Köndgen/Philipp von Randow*, Sanktionen bei Vertragsverletzung, in: *Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer* (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, Berlin et al. 1989, S. 122 (131).

48 *Ernst Fehr/Urs Fischbacher*, Why Social Preferences Matter – The Impact of Non-Selfish Motives on Competition, Cooperation and Incentives, in: *The Economic Journal* 112 (2000), S. C1 ff.; *Ernst Fehr/Simon Gächter*, Fairness and Retaliation: The Economics of Reciprocity, in: *Journal of Economic Perspectives* 14 (2000), S. 159 ff.; *Ernst Fehr/Klaus Schmidt*, A Theory of Fairness, Competition and Cooperation, in: *Quarterly Journal of Economics* 114 (1999), S. 817 ff.

49 *Klaus Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, S. 154.

50 Für einen Überblick über die Literatur siehe *Stefan Magen*, Fairness, Eigennutz und die Rolle des Rechts, in: *Christoph Engel et al.* (Hrsg.), Recht und Verhalten. Beiträge zu Behavioral Law and Economics, Tübingen 2007, S. 261 (281 ff.).

51 Vgl. *Ernst Fehr/Alexander Klein/Klaus M. Schmidt*, Fairness and Contract Design, in: *Econometrica* 75 (2007), S. 121 ff.

rationalen Egoisten behandelt werden und für jeden möglichen Vertragsverstoß Vorkehrungen vorgesehen sind.⁵²

Die experimentellen Forschungen, die in großer Zahl zu diesem Thema durchgeführt wurden, zeigen aber auch, in welch unübersichtliches Terrain man sich begibt, wenn man die Frage nach den empirischen Interdependenzen zwischen Effizienz und Gerechtigkeit ernst nimmt. Dass das Verhalten der Menschen auch in strategischen Interaktionen von Gerechtigkeitserwartungen – oder wie die experimentelle Ökonomie sagen würde: Präferenzen für Fairness – beeinflusst wird, kann man heute mit einiger Gewissheit sagen. Märkte mit anonymer Konkurrenz scheinen allerdings ein sehr wirksames Mittel zu sein, den Einfluss von Gerechtigkeitsüberlegungen auf Verhaltensentscheidungen zu minimieren.⁵³ Die übrigen Bereiche gesellschaftlicher Interaktionen sind dagegen noch nicht abschließend vermessen. Es gibt allerdings mehr als genug an Evidenz, dass Gerechtigkeitserwartungen auch dort eine Rolle spielen, wo es die ökonomische Theorie es nicht erwartet, bei öffentlichen Gütern etwa oder bei gemeinschaftlich genutzten Ressourcen. Auch in wiederholten Interaktionen, Netzwerken, Vereinen und anderen mehr als einmaligen Beziehungen üben sie einen größeren Verhaltenseinfluss aus, als es die Rationaltheorie annehmen würde. Aber wie genau dieser Einfluss in einer bestimmten Situation ausfällt, ist noch nicht deutlich sichtbar, weil man immer wieder auf das Problem stößt, dass soziale Präferenzen ungleich stärker von situationsspezifischen Faktoren abhängen als das Verhalten eigennütziger Akteure, die die Theoriewelt der Ökonomie bevölkern.

Generell kann man auf die konzeptionellen Grenzen und Probleme der ökonomischen Analyse des Rechts verschieden reagieren. Sie ganz zu verwerfen, wäre zwar eine Möglichkeit, hieße aber, auf wertvolle Einsichten zu verzichten, die in einem anderen konzeptionellen Rahmen nicht oder nicht in dieser Klarheit zu formulieren sind. Der Weg, den *Mathis* einschlägt, lässt die ökonomische Analyse des Rechts im Wesentlichen unverändert, stellt sie aber neben andere Disziplinen, die mit ihren jeweiligen Methoden die anderen, normativ oder faktisch relevanten Gesichtspunkte bearbeiten. Dann stellt sich natürlich die Frage, wie diese Ansätze integriert werden können, eine Aufgabe, auf die sich auch die Rechtswissenschaften methodisch noch besser vorbereiten müssen.⁵⁴ Daneben zeichnet sich noch ein anderer Weg ab, nämlich die ökonomische Analyse des Rechts um Gesichtspunkte zu erweitern, die sie bislang ausgeschlossen hatte. „Behavioral Law and Economics“, also die verhaltensökonomische Analyse des Rechts, geht in diese Richtung.⁵⁵ Ob und wie man dabei aber den theoretischen Apparat der Wohlfahrtsökonomie – und sei es in modifizierter Form – noch beibehalten könnte, ist völlig offen.

52 *Ernst Fehr/Alexander Klein/Klaus M. Schmidt*, Fairness and Contract Design, in: *Econometrica* 75 (2007), S. 121 ff (150 f.).

53 *Stefan Magen*, Fairness, Eigennutz und die Rolle des Rechts, in: Christoph Engel et al. (Hrsg.), *Recht und Verhalten. Beiträge zu Behavioral Law and Economics*, Tübingen 2007, S. 261 (303 ff.).

54 *Jörn Lüdemann*, Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaften, in: Christoph Engel et al. (Hrsg.), *Recht und Verhalten. Beiträge zu Behavioral Law and Economics*, Tübingen 2007, S. 8 ff.

55 Vgl. *Horst Eidenmüller*, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht. Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, in: Robert Alexy (Hrsg.), *Juristische Grundlagenforschung, ARSP Beiheft Nr. 104*, Stuttgart 2005, S. 13 ff.; Christoph Engel et al. (Hrsg.), *Recht und Verhalten. Beiträge zu Behavioral Law and Economics*, Tübingen 2007; *Holger Fleischer*, Behavioral Law and Economics im Gesellschafts- und

III. Der homo oeconomicus und seine Verwandten

Auch wenn *Klaus Mathis* sein Buch „Effizienz statt Gerechtigkeit?“ betitelt, beschränkt sich seine Darstellung doch nicht allein auf die normativen Fragen, die die rechtsphilosophischen und rechtstheoretischen Diskussion der letzten Jahre vor allem dominiert haben. Vielmehr lenkt er das Interesse des Lesers zu Recht auch auf die positive ökonomische Theorie, also auf den Bereich der Rechtsökonomik, in dem es um die Prognose und Erklärung menschlichen Verhalten geht.⁵⁶ *Mathis* betont dabei nicht nur zutreffend die Notwendigkeit einer sauberen Unterscheidung von positiver und normativer Theorie.⁵⁷ Er macht zu Recht auch deutlich, dass positive ökonomische Theorien für die Rechtswissenschaft „weniger problematisch [sind] als die normativ aufgeladenen wohlfahrtsökonomischen Effizienzkriterien“⁵⁸ und eine Rezeption gerade auf dieser Theorieebene besondere Kooperationsvorteile verspricht. So hält er am Ende des Buches mit Blick auf die Gesetzesevaluation fest: „Es ist dabei insbesondere sehr hilfreich, wenn man die Wirkung von Gesetzen im Hinblick auf ihre Anreize [...] analysiert. Dabei können allein schon qualitative Überlegungen sehr nützlich sein. Eine solche Prüfung sollte zum minimalen Standard für grundsätzlich sämtliche Erlasse [...] erhoben werden.“⁵⁹

Mathis' Arbeit zeichnet auch in diesem Abschnitt ein getreues Bild dessen, was hier als zweite Phase der rechtsökonomischen Reflektionen beschrieben wurde. Er verabsolutiert die ökonomische Theorie nicht, sondern stellt vielmehr ihre Leistungsfähigkeit sorgsam auf den wissenschaftlichen Prüfstand. Dabei geht er auf die Kritik am mangelnden Realitätsgehalt der Modellannahmen des *homo oeconomicus* ebenso ein wie auf die Problematik statischer Analysen und der begrenzten Komplexität ökonomischer Verhaltenstheorie.⁶⁰ Seine kritische Würdigung endet mit knappen, aber zutreffenden Sätzen. Da der ökonomische Ansatz wie jeder andere „seine Stärken und Schwächen“ habe, müsse sich die Rechtswissenschaft ihren Gegenständen „unter verschiedenen Aspekten und mit unterschiedlichen Methoden“ zuwenden, „die sich gegenseitig ergänzen, aber auch relativieren“.⁶¹ In der Tat wäre es wissenschaftstheoretisch naiv zu meinen, man könne die Komplexität der Lebenswirklichkeit mit einem einzigen theoretischen General-

Kapitalmarktrecht – ein Werkstattbericht, in: Andreas Fuchs et al. (Hrsg.), *Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung*. Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag, München 2004, S. 575 ff.

56 *Klaus Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, S. 19 ff.

57 *Klaus Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, S. 95 f. et passim. In der Tat rühren viele Missverständnisse im interdisziplinären Dialog daher, dass zwischen normativer und positiver Theorie nicht hinreichend differenziert wird. Zur Bedeutung der Unterscheidung dieser beiden Theorieebenen für die juristische Rezeption vgl. etwa *Anne van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2004, S. 36; *Jörn Lüdemann*, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, in: *Sigrid Boysen et al.* (Hrsg.), *Netzwerke*, 2007, S. 266 (271 ff.). Diese Rezeptionsebenen theoretisch zu unterscheiden, bedeutet nicht, bestehende Interdependenzen zu leugnen. Denn natürlich beruhen auch positive sozialwissenschaftliche Theorien auf einer ganz spezifischen Normativitätsgrammatik, vgl. dazu nur *Christoph Engel*, *Verhaltenswissenschaftliche Analyse: eine Gebrauchsanweisung für Juristen*, in: *ders. et al.* (Hrsg.), *Recht und Verhalten. Beiträge zu Behavioral Law and Economics*, Tübingen 2007, S. 387 ff.

58 *Klaus Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, S. 214.

59 *Klaus Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, S. 214.

60 *Klaus Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, S. 38 ff.

61 *Klaus Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, S. 42.

schlüssel erschließen.⁶² Auch wenn man dem *homo oeconomicus* persönlich den Vorzug vor anderen sozialwissenschaftlichen Theorien geben mag, lässt sich die Rationalität der übrigen theoretischer Ansätze deshalb nicht leugnen. Die Rezeptionsdebatte sollte sich von der bizarren Suche nach „der“ richtigen Verhaltenstheorie für die Rechtswissenschaft endgültig verabschieden.

Doch so richtig *Mathis'* Forderung nach einem Theorien- beziehungsweise Methodenpluralismus ist, so voraussetzungsvoll ist ein solches Programm für die rechtswissenschaftliche Praxis und die sie begleitende methodologische Forschung. Denn ein solcher Ansatz verlangt nicht nur, den Blick gleich auf mehrere Nachbarwissenschaften zu lenken. Soll der berechtigte Ruf nach einem theorienpluralistischen Zugang nicht in sorglosem Methodensynkretismus enden, muss sich die Rechtswissenschaft auch Rechenschaft darüber ablegen, wie dieser Zugriff methodisch aussehen kann, insbesondere wie sich Theoriebausteine aus verschiedenen sozialwissenschaftlichen Welten wissenschaftlich sauber zueinander in Beziehung setzen lassen.

Die Rechtswissenschaft des deutschsprachigen Raumes hat sich schon immer durch eine besonders gründliche Beschäftigung mit den Methoden ihres Faches ausgezeichnet. Kaum sonst findet man eine derart reiche methodologische Literatur wie in Österreich, der Schweiz und Deutschland. Wenn sich die Rechtswissenschaft den Sozialwissenschaften gegenüber zu Recht mehr und mehr öffnet, sollte sie auch diese Rezeption in gewohnter Tiefe reflektieren und theoretisch begleiten. *Mathis* hat zu dieser Debatte einen wesentlichen Beitrag geleistet.

62 Zur rechtswissenschaftstheoretischen Notwendigkeit eines Methoden- beziehungsweise Theorienpluralismus *Jörn Lüdemann*, Die Grenzen des *homo oeconomicus* und die Rechtswissenschaft, in: Christoph Engel et al. (Hrsg.), *Recht und Verhalten. Beiträge zu Behavioral Law and Economics*, Tübingen 2007, S. 8 (33 ff.).