

Backhaus, Jürgen

Working Paper

Ökonomische Analyse des Rechts: Alternative Dogmatik oder Analyse im Dienste der theoretischen Wirtschaftspolitik?

Diskussionsbeiträge - Serie A, No. 153

Provided in Cooperation with:

Department of Economics, University of Konstanz

Suggested Citation: Backhaus, Jürgen (1980) : Ökonomische Analyse des Rechts: Alternative Dogmatik oder Analyse im Dienste der theoretischen Wirtschaftspolitik?, Diskussionsbeiträge - Serie A, No. 153, Universität Konstanz, Fakultät für Wirtschaftswissenschaften und Statistik, Konstanz

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/68940>

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.

FAKULTÄT FÜR
WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTEN UND STATISTIK
UNIVERSITÄT KONSTANZ

ÖKONOMISCHE ANALYSE DES RECHTS

Alternative Dogmatik oder Analyse
im Dienste der theoretischen
Wirtschaftspolitik?

Jürgen Backhaus

Serie A - Nr. 153

DISKUSSIONSBEITRÄGE

D-7750 Konstanz
Postfach 5560

Serie A

Volkswirtschaftliche Beiträge

Nr. 153

ÖKONOMISCHE ANALYSE DES RECHTS

Alternative Dogmatik oder Analyse
im Dienste der theoretischen
Wirtschaftspolitik?

Jürgen Backhaus

Serie A - Nr. 153

August 1980

Ag 1585 81
Wirtschaft
Ker
Kiel

C 102670

ÖKONOMISCHE ANALYSE DES RECHTS

Alternative Dogmatik oder Analyse im Dienste der theoretischen Wirtschaftspolitik?*

Einleitung:

Allgemeine Charakterisierung, theoriegeschichtlicher Hintergrund und staatswissenschaftliche Forschungsperspektive

- I Ökonomische Rechtsanalyse und Rechtsdogmatik
- II Die Interdependenz zwischen Gesetzgeber und
 Rechtsunterworfenen
- III Adressaten der Ergebnisse ökonomischer Rechts-
 analysen
- IV Richter und Gesetzgeber
- V Zusammenfassung

* Zugleich Besprechungsaufsatz anlässlich der Publikation des in Fn 12 *infra* zitierten Sammelbandes. Dieser enthält neben den hier diskutierten Aufsätzen der drei Herausgeber Beiträge von *Calabresi, Coase, Dam, Demsetz, Michelman, Polinsky, Posner & Rosenbluth* jeweils in deutscher Übersetzung und mit einer kurzen Einleitung der Herausgeber. Die übersetzten Beiträge sind durchweg nicht Originalbeiträge und können deshalb als im wesentlichen bekannt vorausgesetzt werden. Eine erste Fassung dieses Aufsatzes habe ich auf der Herbsttagung 1978 des Arbeitskreises für Politische Rechtstheorie der Deutschen Vereinigung für Politische Wissenschaft in Gießen vorgetragen. Ich danke allen Mitgliedern des Arbeitskreises und insbesondere dem Vorsitzenden, Herrn Professor Dr. *Christoph Müller* für wertvolle Hinweise.

EINLEITUNG

(Allgemeine Charakterisierung, theoriegeschichtlicher Hintergrund und staatswissenschaftliche Forschungsperspektive

Vor ungefähr einhundert Jahren, als die Staatswissenschaften in Deutschland ihre große Blüte erlebten, war es sehr wohl üblich, daß namhafte ihrer Vertreter sowohl die rechts- als auch die wirtschaftswissenschaftlichen Aspekte der von ihnen bearbeiteten wissenschaftlichen Problematik, die sie in der Regel auch als allgemein gesellschaftliche oder als *social-politische* Anliegen betrachteten, umfassend beherrschten und zu der Fortentwicklung beider Disziplinen gleichermaßen wesentliche Beiträge leisteten. Diese *staatswissenschaftliche* Forschung im Dienste der (theoretischen) Wirtschaftspolitik ist später mehr und mehr in Verruf geraten; dies hängt vor allem damit zusammen, daß "Staatswissenschaften" als typisch deutsche Erscheinung mit der historischen Schule der Nationalökonomie in Verbindung gebracht werden, der man - in dieser Schärfe völlig unbegründet - den Vorwurf der Theorielosigkeit zu machen glaubte und heute noch glaubt. So äußert sich etwa *Wolfram Fischer* in der *International Encyclopedia of the Social Sciences*¹⁾

"*Staatswissenschaften*, peculiarly German discipline derived from cameralism, which combines public finance, statistics, economics, administrative science, history and even sociology".

Die *E i n s c h ä t z u n g* kommt noch deutlicher zum Ausdruck in *Fischer's* Gesamtbeurteilung des Wirkens *Schmoller's*:

"His influence on the development of the social sciences in Germany was, on the whole, rather unfortunate. He was mainly responsible for the neglect of economic theory in Germany between 1870 and 1920." (62)

1) Band 14, 1968, 60-63 (60) "Artikel Schmoller"

Erst heute beginnt sich abzuzeichnen und einer größeren (akademischen) Öffentlichkeit bewußt zu werden, welche Kosten an Relevanz und (wirtschaftspolitischer) Kompetenz die im Gegenpendelschlag wieder einseitige Forcierung der Entwicklung der theoretischen Nationalökonomie der Disziplin insgesamt aufgeladen hat. Das Interesse, das zunächst unter theoriegeschichtlich Interessierten an den deutschen Klassikern der Staatswissenschaften und der historischen Schule wach geworden ist, sollte Anlaß sein, die Staatswissenschaften als mehr denn eine provinzielle deutsche Sonderentwicklung der Wirtschaftswissenschaften zu betrachten. Die Staatswissenschaften waren ja, wie unten noch näher auszuführen ist, in deutlicher Absetzung vom liberalen Grundmodell darum bemüht, die zentrale volkswirtschaftliche Funktion des Staates ebenso zentral in den Blick zu bekommen, und das Zusammenwirken (Verhältnis) von staatlichen und dezentralen Entscheidungsträgern zum Gegenstand der auch wirtschaftspolitisch motivierten Analyse zu machen. Insofern liegt es auf der Hand, daß die historische Entwicklung in den westlichen Demokratien zum Interventions- und Wohlfahrtsstaat dieses Modell der Nationalökonomie zu Ungunsten des liberalen Modells bestätigt hat, das in der heutigen Form als theoretische Mikroökonomie dem methodischen Individualismus verpflichtet auch nicht ohne einen methodisch gar nicht integrierten makroökonomischen Gegenpart auskommt, der auf *Keynes* zurückgeht.

Wenn die Staatswissenschaften noch keine Integration zwischen Jurisprudenz und Ökonomie dargestellt haben mochten, so gaben sie jedenfalls den Rahmen für eine in dem Sinne ganzheitliche wissenschaftliche Bemühung ab, als sie die heute übliche Zerlegung von zentralen wirtschafts-, sozial- und rechtspolitischen Problemgegensätzen in interdisziplinäre Teilaspekte verhinderten. Herrschen heute durchaus auch in wirtschaftspolitischer Absicht vorgetragene Detaillösungen vor, die aufeinander nicht bezogen sind, sich auch infolgedessen nicht in eine Ge-

samtpolitik umsetzen lassen, die aus diesem Grunde auch wie selbstverständlich ihre praktisch politische Brisanz nicht gewinnen, so läßt sich die Staatswissenschaft aus heutiger Sicht als der Entwurf großer, fächerübergreifender Systeme beschreiben, das Prägen von ordnenden Leitprinzipien, sowie auch getragen von einem weitergehenden interdisziplinären Konsens über die beabsichtigte praktische Bedeutung der wissenschaftlichen Bemühung²⁾.

Freilich hatte die Desintegration der gesamten Staatswissenschaften in einzelne Fachbereiche, nämlich aus heutiger Sicht im wesentlichen Rechtswissenschaft, Wirtschaftswissenschaft und allgemeine Gesellschaftstheorie/Soziologie Gründe, die stärker wirkten, als die zuvor geschilderten, das gesamte Gebäude zusammenhaltenden Klammern. In dem Maße, in dem sich die Ökonomie aus ihrer historisch-sozialpolitischen Orientierung löste und zu einer positiv-empirischen, komplexe Zusammenhänge auch formal ausdeutenden und nachvollziehenden Wirtschaftswissenschaft wurde, andererseits jedoch die dogmatische Ausdifferenzierung beinahe aller Rechtsgebiete (zum Teil auch als Folge des Vordringens des verwaltenden, um "Daseinsvorsorge" bemühten Staates und des "Juristenmonopols" in der Beamtenschaft) einen zuvor nicht beobachtbaren Grad der Entwicklung und Komplexität erreichte, entfielen sowohl methodische Übereinstimmungen als auch gesellschaftliche Orientierungen. So ergaben sich für das Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie bis auf heute Probleme aus weitgehender wechselseitiger Isolierung.³⁾

2) Dieses wissenschaftliche Vor-Verständnis fand seinen Ausdruck in der Gründung des Bereichs für Socialpolitik im Jahre 1872.

3) Anders im Falle von Ökonomie und Soziologie, in der auf der Grundlage von *Pareto's* allgemeiner Gesellschaftstheorie, die durch *Parsons & Homans* vertieft und zugänglich gemacht wurde, zumindest eine bruchlose Kommunikationsmöglichkeit zwischen Ökonomen und Soziologen bestehen blieb.

Der Verlust der gemeinsamen wissenschaftlichen Sprache verhindert, daß Forschungsergebnisse wechselseitig rezipiert werden können. Fruchtbare multidisziplinäre Zusammenarbeit zwischen Ökonomen und Juristen im Interesse von "Gesetzgebung und Verwaltung"⁴⁾ hat weder im akademischen Raum einen angesehenen oder wenigstens unbestrittenen Platz, noch ist sie entsprechend in den Ausbildungs-, Prüfungs- und Einstellungsordnungen verankert.⁵⁾

Die fehlende Kommunikation zwischen Wirtschafts- und Rechtswissenschaften führt zudem zu einer zum Teil ziemlich eigenartigen Doppelspurigkeit, etwa wenn Arbeiten zur Struktur des Zivilprozesses von Ökonomen vorgetragen werden, die - obwohl nicht komplex - keine Chance haben, auf Theorie und Praxis des Zivilprozesses einzuwirken; oder wenn sich der deutsche Juristentag zu zentralen wirtschaftspolitischen Themen ("Bekämpfung der Arbeitslosigkeit") äußert und zu Vorschlägen entschließt, die nach sorgfältiger Anhörung sachverständiger Ökonomen so kaum formuliert worden wären und sozialpolitisch auf Bedenken stoßen müssen, weil sie das Ausmaß des zu regelnden Problems

4) So der damalige Untertitel der von *Schmoller* begründeten und heute noch unter dem Namen *Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften* fortgeführten Publikation der Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften - Verein für Socialpolitik.

5) Vergleiche hierzu exemplarisch *Josef Falke*: "Die Einbeziehung der Sozialwissenschaften in die Juristenausbildung nach den Ausbildungsordnungen", in *Norbert Horn & Reinhard Tietz* (Hrsg.), "Sozialwissenschaften im Studium des Rechts I". München: Beck 1977, 249-268.

zu vergrößern geeignet sind⁶⁾.

Auf der anderen Seite sind mittlerweile Volkswirte in die Kernprobleme der Jurisprudenz hineingestoßen; so unterwerfen sie etwa das Institut der *H a f t u n g* im Privatrecht, die ambivalenten Beziehungen zwischen Abschreckungs- und Sühneprinzip im Strafrecht oder die Prozesse der Verfassungsinterpretation im Staatsrecht positiver, empirisch abgesicherter Analyse, und stoßen damit bei den Fachjuristen auf Ablehnung und Unverständnis mit der Folge, daß sich die "ökonomische Rechtsanalyse" zu einem separaten Feld innerhalb der Ökonomie entwickelt hat, an dem nur wenige Rechtswissenschaftler mitarbeiten.

6) Zum ersten vergleiche *Gordon Tullock*, *A General Theory of Legal Procedure*". Erscheint demnächst. Zum zweiten vergleiche Verhandlungen des 52. deutschen Juristentages Wiesbaden 1978, Gutachten D "Sind im Interesse einer gerechten Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln?" Erstattet von Prof. Dr. *Wolfgang Zöllner*, Professor an der Universität Tübingen. München: Beck 1978. Die Grundlinien der Kritik an diesem Gutachten sollen hier nur angedeutet werden. Aus einer Durchsicht der gängigen arbeitsmarktpolitischen Interventionsmaßnahmen und ihrer (relativen) Erfolglosigkeit folgert der Gutachter: "Angesichts der Unsicherheit staatlicher Arbeitsbeschaffungspolitik kann jedenfalls die Frage nach weitergehenden rechtlichen Eingriffen in das Beschäftigungsgefüge der privaten Unternehmungen nicht als von vorneherein abwegig oder bedeutungslos betrachtet werden". (D 37) und weiter "läßt Arbeit sich insgesamt nicht ausreichend vermehren, so liegt es nahe, die vorhandene Arbeit anders zu verteilen, das heißt eine größere Anzahl von Personen in den Arbeitsprozeß einzubeziehen und dadurch die Chancen des Einzelnen zu verbessern, einen Arbeitsplatz zu finden und zu behalten". (D 39) Damit wird also Arbeitslosigkeit verteilt und, wenn keine Interdependenzwirkungen auftreten, bei im Aggregat gleichen Beschäftigungsstand die Produktivität durch arbeitsrechtliche Maßnahmen gesenkt. Die Voraussetzung aber, daß keine Interdependenzwirkungen auftreten, ist ganz und gar unschlüssig. Vielmehr ist damit zu rechnen, daß über eine allgemeine Steigerung der Arbeitsplatzkosten das Arbeitsplatzangebot noch einmal zurückgeht, so daß sich das Verteilungsproblem (und damit der Logik des Gutachters folgend die Aufgabe des Juristen) noch verschärft.

Dies geht auch aus den Reaktionen von Staatsrechtslehrern auf eine Aussendung des Forschungsprojektes *Eigentumsrechte* an der Universität Konstanz hervor. Die Staatsrechtslehrer kritisieren der Aussendung beispielhaft beigelegte Arbeiten als zu theoretisch, dem deutschen Rechtssystem nicht entsprechend und nicht auf die Lösung eines konkreten lebenspraktischen Falles bezogen. Das Problem besteht ja darin, daß die Juristen von den Ökonomen Aufklärung über faktische Gegebenheiten (nicht unbedingt Zusammenhänge) erhoffen, die ihnen die konkrete Lösung eines als Rechtsproblem bereits strukturierten "Falles" erlaubt (sowie die Argumentation für die dann gefundene Lösung), obwohl dieser "Fall" im ökonomischen Sinne eventuell gar kein Problem darstellt. Stets wird aber die rechtliche Ausregelung als selbstverständliche Lösungsform vorausgesetzt, obwohl ökonomische Analyse darauf hindeuten könnte, daß die Ausgestaltung irrelevant, unwirksam, das Problem verschiebend oder das Problem verschärfend wirken mag. Der selbstverständliche Regelungsprimat des Gesetzgebers (und als dessen faktischen Stellvertreter des Richters sowie des rechtsanwendenden Beamten in einer Exekutivbehörde) ist ja nur wirksam in Grenzen, die durch die Opportunitätskosten der Wirtschaftssubjekte gegeben sind, die der rechtlichen Regelung unterworfen werden sollten. Die interessanten Teile der Analyse beginnen erst dann, wenn die der rechtlichen Regelung unterworfenen, in Verfolgung ihres durch die rechtliche Regelung nicht veränderten Eigeninteresses Verhaltensänderungen zeigen, die das ursprünglich zu regelnde Problem von der Struktur her verändern, aber als "Rest" die alte Regelung belassen, der gegebenenfalls auf Grund der neuen Problemlage eine andere aufgesetzt wird.

In der eingangs bereits angedeuteten staatswissenschaftlichen Forschungsperspektive wäre diese Isolierung der ökonomischen Rechtsanalyse als ökonomische Teildisziplin nicht möglich gewesen, sowohl im Hinblick auf die Integration rechtswissenschaftlicher Fragen in die staatswissenschaftliche Forschungsdefinition, als auch wegen der zentralen und kategorialen Stellung des "Staates" in der nationalökonomischen Theorie, die dieser in der Zwischenzeit eingebüßt und erst im Zuge der Rezeption der amerikanischen Theorien vom Type der *Public-Choice*-Ansätze langsam wiedergewinnt. Für die ökonomische Rechtsanalyse ist der Staat die zentrale Kategorie, wenn man die kontinentale Rechtssetzungspraxis als empirischen Hinter-

grund annimmt. Hier ist es nicht ein Recht, das gewissermaßen urwüchsig entsteht, sondern es handelt sich um gesetztes Recht, auch wenn dieses wenigstens im Bereich des Zivilrechtes rechtsgeschichtlich auf zum Teil gewachsene Vorlagen zurückgeführt werden kann.

Im Interesse der Rückgewinnung dieses kategorialen Verständnisses für die ökonomische Rechtsanalyse ist es vielleicht lohnend, die entsprechende Passage aus *Adolph Wagner's* Artikel "Der Staat in nationalökonomischer Hinsicht" aus dem Handwörterbuch der Staatswissenschaften im Wortlaut zu zitieren⁷⁾:

D e r S t a a t a l s K a t e g o r i e d e r
n a t i o n a l ö k o n o m i s c h e n B e g r i f -
f e u n d F u n k t i o n e n : Nach einer verbreit-
teten, doch nicht unbestrittenen, unseres Erachtens
richtigen Auffassung wird der Begriff "wirtschaftliches
Gut" nicht auf körperliche Sachen beschränkt, sondern
auf persönliche Dienste und auf "Verhältnisse zwischen
Personen und Sachen" mit ausgedehnt. Ein solches "Ver-
hältnis" ist auch der Staat, es ist daher nur folge-
richtig, ihn unter den Begriff des "wirtschaftlichen
Guts" zu reihen. Nach seiner Funktion in und für die
Produktion wirtschaftlicher Güter kann er auch unter die
Kategorie des Kapitals ... gestellt werden. Nach der
Summe und Art aller seiner Tätigkeiten, nach seiner Ge-
samtfunktion in und für die ganze Volkswirtschaft,
erscheint er aber vor allem als eine eigene, zur Kate-
gorie der Gemeinwirtschaften, insbesondere der auf
dem Zwangsprinzip beruhenden öffentlichen Gemeinwirt-
schaften, gehörenden Einrichtung, welche die höchste
Form dieser Wirtschaften und damit eine wahre "Gesamt-
wirtschaft des staatlich organisierten Volkes" dar-
stellt. Mehr oder weniger aber immer etwas und mit der
Entwicklung des (modernen) Wirtschaftslebens im Ganzen

7) Jena: Gustav Fischer 1901 (II).

in fortschreitend sich steigernden Maße wird der Staat als solche Wirtschaft ein mächtiges zum Teil beherrschendes Glied des ganzen volkswirtschaftlichen Organismus: Im Produktionsgebiet wird er so teils Bedingung, teils förmlich, so bei Übernahme materiell-wirtschaftlicher Zweige, Kausalfaktor vieler Vorgänge, im Verteilungsgebiet als Gesetzgeber und Rechtsbildner, als Finanz- und insbesondere Steuergewalt und in der Finanzwirtschaft wird er so Verteilungsregulator." (VI, 943)

Im Anschluß daran läßt sich eine ökonomische Theorie des Rechts begründen, die den Staat auch als *P r o d u z e n t e n* der *R e c h t s o r d n u n g* begreift, der in diesem Produktionsvorgang eigenen Restriktionen folgt, die sowohl Ausmaß als auch Qualität seiner Produktion bedingen. Dadurch wird eine Analysemöglichkeit eröffnet, die den Staat keineswegs als selbstverständlichen Nachbesserer der Ergebnisse wirtschaftlicher oder sozialer Prozesse begreift, sondern als eigenständigen Akteur im Konzert dieser verschiedenen Prozesse. Diese Sicht erlaubt es auch, genauer die Bedingungen der Fortentwicklung des Rechts etwa durch die Parlamente, die Exekutive oder die Gerichte, hier insbesondere das Verfassungsgericht (auch in Abhängigkeit von der Rechtslehre) zu diskutieren⁸⁾.

I.

Ökonomische Rechtsanalyse und Rechtsdogmatik

Der Vorteil, für die ökonomische Rechtsanalyse an staatswissenschaftliche Traditionen in der Theoriegeschichte anzuknüpfen, erweist sich auch bei Berücksichtigung der Formen der

8) Vgl. näher *Backhaus* 1976 "Politikwissenschaftliche Analyse" und 1977 "Constitutional Guarantees".

Rezeption der ökonomischen Rechtsanalyse, die in der heute üblichen Form in den Vereinigten Staaten - und dort vor allem an den Universitäten von Chicago und Yale - entwickelt wurde, durch die deutsche Jurisprudenz. Diese konzentriert sich nämlich unter Vernachlässigung der Arbeiten der Yale-Law-School, und dort vor allem *Ackermann's*⁹⁾, auf die Arbeiten der sogenannten Chicago-Schule, und dort insbesondere *Posner's*, dessen Arbeiten wegen ihrer untechnischen Sprache die Rezeption erleichtern. Nun hat *Posner* den Versuch gemacht¹⁰⁾, mit Hilfe ökonomischer Analyse die Privatrechtsdoktrin (und darüber hinaus auch Teile des Wirtschaftsverwaltungsrechts, des Verfassungsrechts und des Strafrechts) neu zu fassen, um dem Recht mit einer finalisiert gewendeten ökonomischen Analyse zu einer neuen Dogmatik zu verhelfen. Dieser Versuch ist insofern einzigartig und auch beachtlich, als *Posner* nachzuweisen versucht, daß das (im Wesentlichen durch Richterspruch gewachsene) *Common Law* zu den wirtschaftlich effizientesten Regelungsformen sich entwickelt. Die von *Posner* vorgeschlagene Dogmatik nimmt nun dieses Entwicklungsprinzip auf und macht das im Prinzip empirisch gefundene Entwicklungsmoment zum Leitmotiv der Fortentwicklung des Rechts - und vollzieht so den Schritt von der positiven Analyse zur notwendig normativen Rechtsfindung. Die unausweichliche Folge für die Rezeption eines so dogmatisierten Rechts ergibt sich, wenn man die - von der ökonomischen Rechtsanalyse ganz unbeeinflusste - rechtstheoretische Abhandlung von *Niklas Luhman* "Rechtssystem und Rechtsdogmatik"¹¹⁾ dagegen hält:

"Übersetzt man diese Gedanken in eine moderne, systemtheoretische Sprache, dann kann man sagen, daß Gerechtigkeit als Perfektion der Einheit des Systems sich auf die gesamtgesellschaftlichen Anforderungen

9) Vgl. *Bruce A. Ackermann*, "Private Property and the Constitution". New Haven and London: Yale University Press 1977

10) Vgl. *Richard A. Posner*, "Economic Analysis of Law". Boston und Toronto: Little, Brown & Company 1977 (2)

11) Stuttgart u.a.: Kohlhammer 1974

an das Recht bezieht, und daß die Dogmatik die rechtssysteminterne Ebene darstellt, auf der diese Anforderungen respezifiziert und operationalisiert werden. Dogmatik ist danach die systeminterne Fassung einer Komplexität, die als Einheit nur vorstellbar wird, wenn man das Rechtssystem auf seine gesellschaftliche Umwelt bezieht". (20 f.)

Tatsächlich gerät ein als Prinzip der Rechtsdogmatik postuliertes Effizienzprinzip mit allgemeinen Gerechtigkeitsforderungen, die an rechtliche Regelungen selbstverständlich zu stellen sind, dauernd in Konflikt.

Um die Folgen einer so vorstrukturierten Rezeption im einzelnen zu diskutieren, und sie für die im Anschluß daran erarbeitete eigene ökonomische Rechtsanalyse des Verfassungsurteils auszuschließen, sei beispielhaft auf die einleitenden Beiträge der Herausgeber eines vor kurzem erschienenen Sammelbandes über die "ökonomische Analyse des Rechts" eingegangen¹²⁾.

Die ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des Normativen stehende Rezeption der ökonomischen Rechtsanalyse durch die Herausgeber wird bereits in den einleitenden Bemerkungen *Schanze's* deutlich, der die Entstehung der ökonomischen Rechtsanalyse auf eine (politisch motivierte) Kritik an der Praxis der amerikanischen Wirtschaftsverwaltung (Regulierung von Industrien) festmacht (11-13). Dies wird noch unterstrichen durch Hinweise auf (im positiv-empirischen Sinne völlig irrelevante) politische Positionen führender Vertreter der ökonomischen Rechtsanalyse und die bei *Kirchner* überdies noch gesperrt und als Schlußfolgerung vorgetragene Behauptung, die ökonomische Rechtsanalyse sei eine FLANKENSICHERUNG NORMATIVER WIRTSCHAFTSTHEORIE (der Ökonomen aus Chicago) (81). Dies ergänzt *Assmann* durch die ideengeschichtlich etwas abwegige Behauptung, *Pigou* sei "noch von der Vorstellung eines maximierbaren und meßba-

12) Vergleiche *Heinz-Dieter Assmann, Christian Kirchner & Erich Schanze* (Hrsg.), "Ökonomische Analyse des Rechts". Frankfurt: Athenäum 1978.

ren Gesamtprodukts einer Volkswirtschaft (Sozialprodukt)" ausgegangen, und habe "den Marktprozeß auf Eingriffsmöglichkeiten des Staates unter Beachtung des Marktmechanismus und der Maxime der Ausgleichung von Privat- und Sozialprodukt" untersucht,

"um so die Effizienz des marktwirtschaftlichen Systems zu erhöhen.

Demgegenüber lehnt *Pareto* jeglichen Staatsinterventionismus ab, indem er zugleich die Möglichkeit der sozialen Gewichtung von Nutzen zu einem Gesamtnutzen verwirft. Dem entspricht die Ablehnung der Möglichkeiten einer kardinalen Nutzenmessung zugunsten einer nur ordinalen (vergleichenden) und einer Politik der Umverteilung des Sozialprodukts zur Erzielung eines höheren Gesamtprodukts. Statt dessen vertraut (auch) *Pareto* auf die steuernde Kraft des Konkurrenzmarktes. ..." (46)

Hier liegt natürlich auch eine zeitliche Verwechslung vor. *Pareto's* letztes ökonomisches Hauptwerk, das Handbuch der politischen Ökonomie, erschien 1906, *Pigous* erste Auflage von "Wealth and Welfare" 1912. *Pareto*, der, ehe er sich ganz seiner wissenschaftlichen Laufbahn widmete, in journalistischen Arbeiten einen klassisch liberalistischen anti-interventionistischen Standpunkt vertreten hatte, übte in seinen späteren Schriften eine besondere Art wirtschaftspolitischer Enthaltensamkeit, die ihn zu einer zum Teil etwas zynisch geratenen Diskussion aller möglichen Politikalternativen führte.

Das von *Kaldor & Hicks* in Kenntnis der problematischen Wohlfahrtskonzeption *Pigous* als Maßstab der Wirtschaftspolitik eingeführte *Pareto*-Prinzip ist aber nichts anderes als eine Gleichgewichtsbedingung, die zudem nur auf einen eng definierten wirtschaftlichen Bereich bezogen war. Das Gleichgewicht, in dem einzelne Individuen ihre Ophelimität (eine auf den wirtschaftlichen Bereich reduzierte Nutzenvorstellung) nicht mehr verbessern können, ohne nicht mindestens einem Anderen Einbusen in seiner Ophelimität zumuten zu müssen, ist nur für

den interindividuellen Fall definiert, für eine Gesellschaft dagegen nur aus der Sicht einzelner Individuen, das heißt jeweils individuell, nicht aber gesellschaftlich. So läßt sich ein Ophelimitätsoptimum für ein Kollektiv nur aus der Sicht eines einzelnen, einzigen Individuums bestimmen, für mehrere nur bei identischen Vorstellungen. Es fallen also sowohl in *Pareto's* Vorstellung alle nicht-ökonomischen als auch alle interindividuellen, konsensualen Erwägungen aus dieser Gleichgewichtsvorstellung heraus - was über die Bedeutung der außer-ökonomischen gar nichts aussagt, wohl aber über die Möglichkeit, wirtschaftspolitische Maßnahmen und Zielvorstellungen auf Grund einer positiven Analyse ableiten zu wollen¹³⁾.

Mit Rekurs auf *Pareto* und positive, gegebenenfalls falsifizierbare ökonomische Analyse lassen sich für Rechtsfragen keine Entscheidungshilfen gewinnen¹⁴⁾.

Aus dieser schlechterdings normativen Interpretation positiv-ökonomischer Theorie folgen eine Reihe weiterer, wegen der Hinfälligkeit der Voraussetzung ebenfalls unbegründete, Aussagen über das Verhältnis von Jurisprudenz und ökonomischer Rechtsanalyse.

13) Eine ins Einzelne gehende Diskussion und Nachweise auf die entsprechenden Fundstellen bei *Hicks, Kaldor, Pareto & Pigou*, bei *Jürgen Backhaus*, "The Pareto-Principle". Center for Study of Public Choice, Discussion Paper 1978, demnächst in "Analyse und Kritik".

14) Dies geht noch einmal deutlich aus einem Zitat hervor, das *Arthur Livingston* seiner kommentierten Übersetzung von *Pareto's* allgemeiner Gesellschaftstheorie (Fußnote 5 zu § 1732) aus *Pareto's Le mie idee* (1910) beigegeben hat: "Economics is a small part of sociology, and pure economics is a small part of economics. Pure economics, therefore, cannot itself give rules for dealing with a concrete situation, nur can it altogether give the feel of that situation". *Vilfredo Pareto*, "The Mind and Society": A Treatise on General Sociology." New York: Hancourt, Brace and Company Inc. 1935.

1. A u f h e b u n g d e r J u r i s p r u d e n z
d u r c h d i e Ö k o n o m i e . *Schanze* befürchtet
eine Aufhebung der Selbständigkeit des rechtswissenschaft-
lichen Standpunktes durch eine Ökonomisierung des recht-
lichen Bereichs und verweist auf *Coase*, der für Komplementa-
rität plädiert hatte (15).¹⁵⁾

2. Ö k o n o m i s c h e R e c h t s a n a l y s e a l s
M e t h o d e d e s P r i v a t r e c h t s . *Assmann*
erscheint im Anschluß an *Koch*¹⁶⁾ der Gedanke naheliegend,
"die ökonomische Analyse des Rechts ... als "rechtliche Metho-
de" des Privatrechts zu implementieren, also in selbstbe-
stimmter Manier in eigene Regie zu übernehmen". (24) Dieser
Gedanke wird dann mit zum Teil ausführlichen Begründungen
verworfen, zunächst mit dem Hinweis auf den Zielkonflikt
zwischen "Gerechtigkeit" und "dogmatischem Prinzip" als
Infragestellung der Legitimation rechtlicher Lösungen, die
aufgrund einer ökonomischen Rechtsanalyse der so vorgestell-
ten Art zustandegekommen sind (39); zweitens jedoch auch
mit Hinweis auf zahlreiche Probleme des Marktversagens, wie
sie vor allem *Polinsky & Diamond* in den Vordergrund ge-
stellt haben¹⁷⁾.

Drittens stellt sich bei normativer Betrachtung aber das
Problem der Auswahl unter den Normen. *Assmann* etwa spricht
von der Konkurrenz zwischen juristischen und ökonomischen
Wertungen (43), *Kirchner* dagegen faßt die ökonomische Rechts-
analyse als Teil eines insgesamt rechtlich finalisierten

-
- 15) *Coase* hatte diese, aus methodischen Gründen gar nicht anders
mögliche Komplementarität mit dem Satz begründet: "At a
time when the King of England claimed to be also King of
France, he was not always wellcome in Paris." (*Ronald
H. Coase, Economics and Contiguous Disciplines, Law School
Record, University of Chicago Law School, 23, 1977, 27.*)
Dieser Satz zeigt in seiner Doppeldeutigkeit freilich mehr
über die Befürchtungen der Juristen als über das methodische
Verhältnis beider Disziplinen zueinander.
 - 16) *Rabels Z.* 40, 1976, 185.
 - 17) Vgl. *A. Mitchell Polinsky, "Economic Analysis as a Potentially
Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic
Analysis of Law". Harvard Law Review 87, 1974, 1655-1681;*

interdisziplinären Forschungssystem auf, in dem die Beschränkung auf ökonomische Rechtsanalyse zu "verkürzter Interdisziplinarität führt", und zudem den Juristen ohne die gesuchte Entscheidung beläßt:

"Eine ökonomische Analyse des Rechts, die ihrerseits ebenso eng in ihrem interdisziplinären Verständnis ist wie diese Rechtswissenschaft, die sich in ihrem Autonomieanspruch gefährdet fühlt, kann nur Anspruch gegen Anspruch setzen. Die verkürzte Interdisziplinarität muß also zu einer Pattsituation führen." (85)

Vorausgesetzt ist bei diesem Forschungsverständnis stets ein politisches Ziel (zum Beispiel für eine postulierte "psychologische Analyse des Rechts" das Ziel, "autonom handelnde, zur Gruppenarbeit bereite und psychisch ausgeglichene Menschen zu schaffen" (86)), und bei dieser Zielvorgabe konkurrieren dann einzeldisziplinäre Analysen rechtlicher Regelungsvorschläge.

3. Erklärungsbedürftig ist in diesem Zusammenhang schließlich die Vorstellung einer **B e s c h r ä n k u n g** d e r **ö k o n o m i s c h e n** **R e c h t s a n a l y s e** a u f **d a s** **P r i v a t r e c h t** .

Assmann geht es von vorneherein laut Untertitel um "Chancen und Grenzen der privatrechtlichen Verwertbarkeit der ökonomischen Analyse des Rechts", *Kirchner* schreibt ohne Begründung: "Wendet allerdings der Ökonomische-Analyse-des-Rechts-Ökonom sein Analysewerkzeug etwa auf Verfassungsrecht an, so erscheint dies dem Juristen als "sachfremder" Analysegesichtspunkt (77). Für die Autoren des hier diskutierten Bandes liegt die Antwort auf der Hand: Es gibt eine Entsprechung zwischen der Privatrechtordnung und dem individualistischen Gesellschaftsbild

Fortsetzung Fußnote 17):

sowie *Peter A. Diamond*, "Posner's Economic Analysis of Law". *Bell Journal of Economics and Management Science* 5.1, 1974, 294-300. Der Beitrag *Polinsky's* ist in deutscher Übersetzung in dem von *Assmann, Kirchner & Schanze* herausgegebenen Sammelband abgedruckt, S. 113-145.

der Ökonomie. Aus einer solchen, Gesellschaftsbild und methodischen Individualismus verwechselnden Begrenzung des Objektfeldes ökonomischer Analyse des Rechts müßte zum Beispiel folgen, daß eine ökonomische Analyse des Mitbestimmungsurteils des Bundesverfassungsgerichtes *a priori* gar nicht möglich wäre. Deshalb soll auf diese Frage hier noch etwas ausführlicher eingegangen werden.

Die apodiktische Bemerkung läßt zunächst gar nicht erkennen, warum Verfassungsrecht einer ökonomischen Analyse nicht zugänglich sein soll. Man erkennt die Begründung für diese Behauptung, wenn man sich die Interpretation der ökonomischen Rechtsanalyse als nach dem Maßstab der Effizienz finalisierte zielgerichtete Analyse im Interesse der juristischen Entscheidungsfindung vor Augen hält und diese auf eine Sicht von der Verfassung als der Festlegung der Grundsätze eines politischen und Rechtssystems bezieht. Offensichtlich kann Effizienz als Eigenwert interpretiert allenfalls in dem Maße neben in der Verfassung festgelegte Grundwerte treten, wie dies bereits in der Verfassung selbst angelegt ist, nicht aber als Interpretationsprinzip hinzugenommen werden.

Diese Konstruktion ist aber aus zwei Gründen nicht überzeugend. Erstens besteht die Verfassung aus mehr als nur der Festlegung von Grundwerten. Sie enthält Organisationsprinzipien und grundrechtliche Verbürgerungen, die sowohl ihrerseits einer ökonomisch informierten entscheidungstheoretischen Analyse zugänglich sind als auch nachhaltig wirtschaftlich analysierbare Wirkungen entfalten, die nicht durch *a priorische* Argumentation einer ökonomischen Rechtsanalyse vorenthalten bleiben können.

a) In der Verfassung verbürgte Grundrechte konkurrieren nicht nur untereinander, sondern auch mit Verfassungsaufträgen, die sich an den Gesetzgeber oder die Exekutive richten. Einer der durchgängigen Rechtsgrundsätze für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes oder einer Maßnahme läuft

auf die Forderung hinaus, diese müsse (wenigstens) effizient sein. Dies wird aber so nicht formuliert. Die Staatsrechtslehre spricht dagegen von "Verhältnismäßigkeit". Das Prinzip ist aber der nachstehend und willkürlich aus dem Mitbestimmungs-urteil des Bundesverfassungsgerichts herausgegriffenen Formulierung unschwer zu entnehmen:

"Diesen Grundsätzen entspricht es, wenn Eigentumsbindungen stets verhältnismäßig sein müssen (BVerfGE 8, 71 (80) mwN; std. Rspr.) Die gesetzliche Eigentumsbindung muß von dem geregelten Sachbereich her geboten sein und darf nicht weiter gehen, als der Schutzzweck reicht, dem die Regelung dient (BVerfGE 21, 73 (86)). 18)

Dies bedeutet in entscheidungstheoretischer Übersetzung: Gegeben sei ein Gesetzgebungszweck und ein Grundrecht. Dem Gesetzgebungszweck diene eine Maßnahme. Aus der Menge aller möglichen Maßnahmen sind nur diejenigen zulässig, für die nicht nachgewiesen werden kann, daß entweder der Gesetzgebungszweck ohne weitere Beeinträchtigung des Grundrechts noch besser erfüllt werden kann, oder das Grundrecht weniger stark eingeschränkt ("gebunden") werden kann, ohne die Erreichung des Gesetzgebungszwecks zu schmälern. Dies aber ist nichts anderes als eine geradlinige Abwandlung des *paretianischen* Effizienzprinzips.

b) Außerdem ist es das Verfassungsrecht, in dem die Struktur des Rechtssystems festgelegt wird. Dieses Rechtssystem aber determiniert in starkem Maße das Wirtschaftssystem, weshalb es seinerseits zum Gegenstand einer ökonomischen Analyse gemacht werden muß:

"The world in which transactions take place is highly urbanized, industrialized, and mobile, and trans-actors interact continually. Thus, interdependencies

18) BVerfGE 50, 290 (341).

are bound and have to be reckoned with. In such a world, the entitlements and the rights of some parties are frequently violated. And although unwanted burdens are imposed on other parties, that is, as a result of violation of rights, compensation is often not forthcoming. Economists, as we shall see, then speak about the presence of externalities, and they have developed powerful theories for their analysis."
19)

Nun beschränkt sich das Anwendungsfeld der ökonomischen Rechtsanalyse nicht nur auf Probleme des Marktversagens (insbesondere Externalitäten), für die vom Rechtssystem Besserung erwartet wird. Die ganze Verfassungsstruktur des Sozialstaates kreiert nämlich "Rechte" (*entitlements*) im ökonomischen Sinne, das sind Verfügungserwartungen, die das Verhalten der Individuen bestimmen. Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, der Schutz von Ehe und Familie, das Erbrecht, der freie oder unbehinderte Zugang zu den Ausbildungseinrichtungen, das Recht auf eine im einzelnen wiederum rechtlich ausgestaltete soziale Vorsorge etc., diese alle bedingen individuelle Verfügungserwartungen, das heißt Eigentumsrechte im ökonomischen Sinne, deren Änderung auch nachhaltige Verhaltensänderungen der Individuen mit sich bringen muß. Das ganze Rechtssystem, auf das sich diese Verfügungserwartungen gründen, hat aber seinen Angelpunkt in der Verfassung, die aus diesem Grunde für die ökonomische Rechtsanalyse zentrale Bedeutung beanspruchen kann.

"It is the country's constitution and its general values and moles that determine entitlements such as to property, to free education and to collective protection against crime and fire. Thus, private property can be looked upon as an entitlement that is permanently protected by property rule. This rule involves a collective decision, based on the country's values, as to who is to

19) *Hirsch*, 1979 XIV.

be given an initial entitlement. The value of the property is determined not by the property rule, but by voluntary market-transactions. These transactions are facilitated and enforced by property- and contract-laws." 20)

Hier wird der Blickwinkel der juristischen Analyse insofern erweitert, als die ökonomische Rechtsanalyse die *I n t e r - d e p e n d e n z* zwischen rechtlicher Regelung und individueller oder kollektiver Reaktion auf diese Regelung sowie den darauf gegebenenfalls wieder aufbauenden neuen politischen Konsens in den Blick bringt. Hier handelt es sich also um zweierlei:

a) Die Analyse der Auswirkungen rechtlicher Regelungen auf individuelles und kollektives, vor allem im wirtschaftlichen Bereich stattfindendes Verhalten; sowie

b) die Analyse des Verhaltens der rechtssetzenden Organe im Hinblick auf die Rezeption der Rechtssetzung durch die Rechtsunterworfenen.

Dieser zweite Gesichtspunkt war eingangs als staatswissenschaftliche Forschungsperspektive eingeführt worden.

II

Die Interdependenz zwischen Gesetzgeber und Rechtsunterworfenen

Faßt man die Beziehung zwischen Gesetzgeber und Rechtsunterworfenen als eine Interdependenzbeziehung auf, so gelangt man freilich auch zu einer anderen Einschätzung des Prinzipes der volkswirtschaftlichen Effizienz und seiner Rolle in der Rechtsdogmatik. Für die juristische Analyse charakteristisch ist die Vorstellung der Regelung gesellschaftlicher Abläufe durch Gesetzgebung entsprechend einem dahinterliegenden Plan ²¹⁾.

20) *Hirsch*, 1979, 12.

21) Dies ist der "Scientific Policy Maker" *Ackermann's*. Vgl. *Bruce A. Ackermann*, "Private Property and the Constitution". New Haven and London: Yale University Press 1977.

Unter diesem Gesichtspunkt ist es auch vernünftig, dem Plan leitende Prinzipien zu unterlegen²²⁾. Verschiedene dogmatische Leitprinzipien werden dann ausschließlich auf ihre Legitimität hin überprüft²³⁾, ohne daß die vorgängige Frage nach der Akzeptanz der Gesetzgebung durch die Normadressaten gestellt worden wäre²⁴⁾. So wirft etwa *Assmann* der ökonomischen Rechtsanalyse vor, sie vernachlässige den Gerechtigkeitsaspekt und verzichte auf die Durchsetzung einer gerechten Einkommensverteilung (in jedem Einzelfall).

"Wichtig ist schon hier anzumerken: Die ökonomische Rechtsanalyse verzichtet explizit darauf, eine Einkommensverteilung oder eine Umrüstung der (primären) Faktorausstattung in dieses Kalkül mit einzubeziehen. Das Paradox besteht darin, daß die ökonomische Analyse des Rechts zwar eine vorhandene Einkommensverteilung voraussetzt, aber zur Bewältigung der daraus entstehenden Probleme nach Optimierungsgesichtspunkten - neben einigen anderen voraussetzungsvollen Annahmen über den Markt und mögliche Tauschaktionen - eine halbwegs gleiche Einkommensverteilung unterstellen müßte, damit sich ein optimales Gleichgewicht durch rational durchkalkulierte Tauschbeziehungen ergeben könnte

-
- 22) Diese dogmatischen Leitmotive nennt *Ackermann* "comprehensive view" und er zählt *Posner's* Effizienzprinzip als Beispiel für ein solches dogmatisches Leitprinzip auf.
- 23) Vgl. *Assmann, Kirchner, Schanze*, "Ökonomische Analyse des Rechts", 13, 39, 43 und *passim*.
- 24) Dies wäre im Prinzip auch im Rahmen einer Legitimitätsanalyse möglich, wenn der Legitimitätsbegriff empirisch gewendet im Wesentlichen anhand des Akzeptanzkriteriums überprüft würde.

(insbesondere Abwesenheit von Marktmacht, die mit ungleicher Einkommensverteilung auftritt).
(1978, 39)

sowie "ökonomische Analyse des Rechts ist dann eine Analyse des einem (spezifischen) Ökonomieprinzips adäquaten Rechts" (1978, 43).

Ganz unbegründet bleibt dabei die Vorstellung von dem Junktum zwischen (Verteilungs-)Gerechtigkeit und Effizienz.

Wer mit rechtlichen Mitteln den *status quo* ändern will, stößt typischerweise auf Probleme, die *Stammler* ²⁵⁾ so beschrieben hat:

"Der direkte Befehl an den Einzelnen zu bestimmter Tätigkeit und zu bestimmtem Verhalten innerhalb der sozialen Gemeinschaft trifft auf widerstrebende Instinkte der Angegangenen. In dem Wesen der *R e g e l u n g* liegt bereits der Gegensatz zu einem bloß wahrgenommenen Dahinrollen, zu einem von Natur sich vollziehenden Lebensprozesse. Die Norm, die das soziale Leben formal konstituiert, wäre ja überflüssig, und ohne alle Existenzberechtigung, wenn es sich nicht gerade um eine Korrektur unmittelbarer Sinnenantriebe und roher Instinkte handelte. Also gilt es, einen Kampf mit diesen zu führen, und im Hinblick auf das hehre Ziel wahrer Menschengemeinschaft auf den Einzelnen bestimmend einzuwirken, erziehend, leitend". (221)

Was aber, wenn der Kampf vom Gesetzgeber verloren wird und das "hehre Ziel" nicht erreicht?

Die Chance des Gesetzgebers zur Gestaltung beruht auf der Akzeptanz der gestalteten Strukturen. Diese Akzeptanz ist insbesondere im Bereich der Wirtschaft stets dann fraglich, wenn Wirtschaftssubjekten durch Gesetzgebung Kosten auferlegt werden sollen, die sie vermeiden können. Ein "dem Ökonomieprinzip

25) *Rudolf Stammler*, "Wirtschaft und Recht: Nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine sozialphilosophische Untersuchung". Berlin und Leipzig: Walter D. Groyter & Co 1924 (5)

adäquates Recht" hat größere Chancen, akzeptiert und damit effektiv zu werden, als eine rechtliche Regelung, die die Normadressaten dazu veranlaßt, auf andere als die vom Gesetzgeber vorgegebenen Normstrukturen zurückzugreifen. Wenn etwa der Gesetzgeber eine in der Wirtschaft verbreitete Unternehmensform durch Gesetz ändern will, und diese gesetzlichen Änderungen dazu führen, daß die Unternehmensform weniger attraktiv wird, muß damit gerechnet werden, daß Wirtschaftssubjekte sich in dem Maße aus der Unternehmensform zurückziehen und zu anderen Formen übergehen, wie diese durch die gesetzliche Regelung ihre Attraktivität verloren hat. Die Substitutionsmöglichkeiten sind hier vielfältig. Es geht nicht nur um Substitution im Rahmen des gesellschaftsrechtlichen Angebots des (monopolistischen) Gesetzgebers, sondern es ist denkbar, daß die Praxis neue Unternehmensformen entwickelt (zum Beispiel historisch die GmbH & Co KG), der der Gesetzgeber die nachträgliche Anerkennung nicht verweigern konnte, wollte er nicht Gefahr laufen, sein Regelungspotential auf ein Minimum zu beschränken) oder aber sich dem gesetzgeberischen Monopol ganz durch Abwanderung in ein anderes Rechtsgebiet entzieht. Man denke hier insbesondere an internationale Gesellschaften.

Wenn man dies in Rechnung stellt, so wird deutlich, daß eine ökonomische Rechtsanalyse über die reine Folgenanalyse hinaus auch Prognosen über die Wahrscheinlichkeit der Akzeptanz einer vorgeschlagenen rechtlichen Regelung erarbeiten und so die Chance der Wirksamkeit einer gesetzgeberischen Initiative erhöhen kann. Damit stellt sich, abgesehen vom reinen Erkenntniswert sozialwissenschaftlicher Analyse, die Frage nach den möglichen A d r e s s a t e n der Ergebnisse ökonomischer Rechtsanalysen.

III

Adressaten der ökonomischen Rechtsanalyse

Die Frage nach dem Adressaten der Ergebnisse einer ökonomischen Rechtsanalyse wird normalerweise gar nicht gestellt; dabei ist sie vor jedweden anderen methodischen Überlegungen zu stellen (und gegebenenfalls zu beantworten), da die methodische Anlage von ökonomischen Rechtsanalysen schlechterdings von dem Ziel solcher Analysen abhängt.

Juristen gehen in der Regel davon aus, daß eine Analyse des Rechts dem Juristen etwas bieten müsse, "der praktische Lebensentscheidungen zu treffen hat", so daß auch die jeweils nationalen Gegebenheiten an zentraler Stelle zu berücksichtigen sind²⁶⁾. *Assmann*, der von vorneherein die ökonomische Rechtsanalyse unter dem Blickwinkel ihrer Verwertbarkeit für den Juristen diskutierte - und damit nicht explizit ausschloß, daß die ökonomische Rechtsanalyse in der Hauptsache als ökonomische Analyse des Rechts in dessen Eigenschaft als Determinante wirtschaftlicher Abläufe angelegt sein könnte - folgert aus ökonomischen Rechtsanalysen Entscheidungsprinzipien, die dann in die juristische Dogmatik zu integrieren wären²⁷⁾.

26) So zum Beispiel *Ulrich Scheuner* in einem Brief an den Autor vom 17.7.1980.

27) "Beziehen wir die bisherigen Ausführungen auf die wichtigsten *P r i v a t r e c h t s g e b i e t e*, so kommt dem *V e r t r a g s r e c h t* vorwiegend die Aufgabe zu, Marktlösungen von Nutzungsproblemen wahrscheinlich zu machen, indem es Transaktionskosten zu reduzieren hilft, das heißt die voraussichtlichen Transaktionsparteien mit Informationen versorgt, die die zahlreichen Möglichkeiten eines Scheiterns des Austausches betreffen. Bei den *E i g e n t u m s r e c h t e n* lautet das entsprechende Entscheidungsprinzip, das Recht der Partei zuzuweisen, die es von der anderen erwerben würde, wäre er dieser zugewiesen und die Transaktionskosten gleich null. Im *H a f t u n g s r e c h t*, wo es um die Minimierung von Unfallkosten und Schadensprävention geht, ist der Ausgangsgedanke der, daß derjenige zu haften habe, der die Kosten tragen würde, wenn keine Transaktionskosten bestünden und die Haftung marktförmig verschoben würde. ... Im *K a r t e l l - u n d W e t t* -

Der letzte Satz des in der Fußnote 27 gegebenen Zitats deutet darauf hin, *Assmann* denke an Wirtschaftsverwaltung mit privatrechtlichen Gestaltungsmitteln. Das haftungsrechtliche Beispiel könnte den Eindruck erwecken, auch richterliche Entscheidungen sollten sich von solchen Prinzipien ökonomischer Rechtsanalyse leiten lassen. Im vertragsrechtlichen Beispiel dagegen ist vor allem der Gesetzgeber angesprochen.

Kötz hat in seinem Entwurf einer Lehrveranstaltung für Juristen zur ökonomischen Analyse von Rechtsproblemen²⁸⁾ folgende Grundsätze aufgestellt, die Rückschlüsse auf die Erwartungen der Juristen an die ökonomische Rechtsanalyse zulassen:

"Im zweiten Abschnitt der hier vorgeschlagenen Lehrveranstaltung geht es darum, die rechtliche Regelung bestimmter Lebenssachverhalte in der Terminologie der mikroökonomischen Theorie zu beschreiben und zu untersuchen, ob und unter welchen Annahmen diese Regelungen zu einer effizienten (pareto-optimalen) Allokation der vorhandenen Ressourcen beitragen, und welche Konsequenzen sie für die Einkommensverteilung haben können; dabei ist auch zu erörtern, in welchem Umfang "effiziente" Regelungen normativen Anforderungen standhalten oder welchen Preis an Effizienz die Gesellschaft für eine normativ ansprechende Regelung zahlt." (236) sowie

Fortsetzung Fußnote 27:

b e w e r b s r e c h t sind schließlich die Bedingungen zu schaffen, die eine effiziente Preisbildung ermöglichen ... dabei ist stets abzuwägen, ob die Gewinne der Maßnahmen auf dem jeweiligen Gebiet die entsprechenden Kosten rechtfertigen. (*Assmann* in *Assmann, Kirchner, Schanze* (1978) 41 f.)

- 28) *Hein Kötz*, "Ökonomische Analyse von Rechtsproblemen: Entwurf einer Lehrveranstaltung für Juristen", S. 234-244 in: *Norbert Horn & Reinhard Tietz*, "Sozialwissenschaften im Studium des Rechts I: Zivil- und Wirtschaftsrecht". München: Beck 1977.

"Das Geschäft des wissenschaftlich arbeitenden Juristen hat seinen Schwerpunkt in der Begründung und Explikation von Normen, in der Analyse von Norm-Interdependenzen, in der Aufbereitung und Verarbeitung der vorhandenen Normen zu einem relativ widerspruchsfreien, beherrschbaren und lehrbaren System, schließlich darin, Vorschläge zu unterbreiten, wie bestimmte - offenzulegende - Ziele durch die Fortentwicklung und Neuschaffung von Normen erreicht werden können. Für eine so verstandene Jurisprudenz haben die Sozialwissenschaften vor allem die Funktion einer Realitätskontrolle. Was insbesondere die Wirtschaftswissenschaften anlangt, so können sie einen wichtigen Beitrag zu der Frage leisten, ob die vorhandenen rechtlichen Regelungen die normativen Ziele, die sie erreichen sollen, in der Realität überhaupt erreichen können; sie können weiterhin darauf aufmerksam machen, daß ein normatives Ziel des gegebenen Rechts nur um den Preis einer Beeinträchtigung anderer - ebenso angestrebter - normativer Ziele erreicht werden kann." (243)

Zwar spricht *Kötz* zunächst nur von Interdependenzen zwischen Normen, seine darauf aufbauenden Ausführungen über Probleme der Realitätskontrolle aber enthalten immerhin die Möglichkeit der Befürchtung, daß aus juristischen Normensystemen abgeleitete Normvorschläge durch die Normadressaten nicht akzeptiert und infolgedessen ineffektiv werden könnten. In der Unterscheidung *Ackermann's* bleibt die Perspektive aber eindeutig die des "*Scientific Policy Maker*", der das Recht als Instrument sozialen Wandels einsetzen möchte. Dabei soll die wirtschaftswissenschaftliche Beschäftigung mit dem Recht die Realitätskontrolle leisten. Dies ist etwas deutlich anderes als der - immerhin auch von juristischer Seite vertretene - Versuch *Posner's*, durch ökonomische Analyse empirisch nachweisbare Prinzipien des Rechts aufzuspüren, und das Recht dort, wo es wegen des Auftretens eines Rechtsproblems (in der Regel vom Richter) weiterentwickelt werden muß, diesen Prinzipien folgend zu ergänzen.

"Das Recht ist viel zu wichtig, als daß man es den Juristen überlassen könnte". Dies war der Gesichtspunkt, unter dem sich *Buchanan* 1974 dazu anschickte, *Posner's* ökonomische Rechtsana-

lyse ihrerseits einer Analyse zu unterwerfen²⁹⁾. Er kam dabei zu folgendem Ergebnis:

IV

Richter und Gesetzgeber

Man muß die verschiedenen Rollen, die Juristen in der Gesellschaft spielen, im Hinblick auf ihre Funktionen unterscheiden. Soll der Jurist als Berater(in) der Legislative tätig sein, und auf diese Weise Recht schaffen im Hinblick auf die Erreichung politischer Ziele, so ist es sinnvoll, daß er sich dabei von Ergebnissen einer ökonomischen Rechtsanalyse leiten läßt und sein Gesetzesvorhaben am Maßstab der volkswirtschaftlichen Effizienz mißt. Wenn aber ein Richter einen konkreten Einzelfall entscheiden soll, so muß er sich auf Präzedenzfälle, Sitten und Gebräuche, die Tradition, die Erwartungen der Rechtsgemeinschaft, die typischen Verhaltensmuster in der Gesellschaft beziehen³⁰⁾, also im Rahmen des Rechts bleiben, nicht dieses instrumental verwenden. Für diese Einschränkung gibt es zwei Gründe. Der erste besteht darin, daß Einzelfallentscheidungen, die eine (da notwendig eng definierte) Effizienz durchsetzen wollen, oft absurd oder ungerecht erscheinen, wie jener Vergewaltigungsfall, in dem der Nutzen aus der Vergewaltigung für den Täter das Leid aus der Vergewaltigung, das das Opfer subjektiv erfuhr, überstieg. Wer hier, was *Posner* erwägt, zu Gunsten des Täters entscheiden will, verkennt, daß Marktprozesse, die effiziente Lösungen offenbaren, nicht vom Richter nachzusimulieren sind³¹⁾, sondern der Richter soll eine als ge-

29) *James M. Buchanan*, "Good Economics - Bad Law". *Virginia Law Review*, 60.3, 1974, 483-492.

30) *Buchanan*, 1974, 489.

31) Vgl. zu diesem Punkt im Einzelnen *Jürgen Backhaus*, "Lawyers' Economics Versus the Economic Analysis of Law: A Critique of Professor *Posner's* "Economic" Approach to Law by Reference to a Case Concerning Damages for Loss of Earning Capacity". *Munich Social Science Review* 1978. 3, 57-80; dort wird auch auf weitere Kritiken an *Posner's* Ansatz verwiesen.

recht empfundene Lösung durchsetzen. Im vorliegenden Fall besteht das Verbrechen ja nicht darin, daß das Opfer eine Gelegenheit zur gesellschaftlichen Wohlfahrtsmaximierung ausgelassen hat, sondern darin, daß es in einem Grundrecht (körperliche Unversehrtheit) verletzt worden ist, und daß der Schutz dieser Rechte durch staatliche Organe die Bereitstellung eines öffentlichen Gutes darstellt. Dieser Schutz kann nicht *post factum* gleichsam "im öffentlichen Interesse" ausgesetzt werden.

Diese Erwägung führt auf den zweiten, von *Buchanan* noch stärker herausgestrichenen Aspekt; dieser ähnelt insofern Kritiken an der ökonomischen Rechtsanalyse aus der juristischen Fakultät, als die *L e g i t i m i t ä t* von Einzelentscheidungen bestritten wird, die sich von Ergebnissen ökonomischer Rechtsanalysen leiten lassen. *Buchanan* sieht darin eine Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips. Der Richter soll in seinen Einzelfallentscheidungen das Recht so fortentwickeln, wie es dem Recht entspricht, nicht aber außerrechtliche Maßstäbe zur Fortentwicklung an das Recht herantragen. Diese Maßstäbe festzulegen, sei ausschließlich Sache der dazu berufenen Legislative.

Meines Erachtens handelt es sich hier nicht um eine politisch-philosophische, sondern um eine rechts-tatsächliche Frage. Insoweit als *Posner* und die von ihm begründete Schule nachweisen können, daß mit dem Maßstab der Effizienz ein wesentlicher Teil des Rechtes sinnvoll und adäquat beschrieben werden kann, so daß Effizienz als Leitmotiv in eine Privatrechtsdogmatik eingeführt werden kann, ist dieses Leitmotiv auch für die Fortentwicklung des Rechts am Einzelfall anzuwenden; denn das ist der Sinn dogmatischer Prinzipien. In dem Maße, in dem aber durch empirische Rechtstatsachenforschung dargelegt werden kann, daß andere Prinzipien (gegebenenfalls in einem zu beschreibenden Zusammenspiel) das entstandene Recht besser beschreiben, sind diese Prinzipien der dogmatischen Rechtsfortbildung zu er-

heben. Der Gesetzgeber aber äußert sich in der Regel nicht zu rechtsdogmatischen Fragen, vielmehr ist es Aufgabe der Rechtsdogmatik, sein unterschiedliches Wirken "zu einem relativ widerspruchsfreien, beherrschbaren und lehrbaren System" aufzubereiten.³²⁾

V

Zusammenfassung

Die im Titel gestellte Frage bezieht sich auf eine spezielle Erwartung von Juristen an die ökonomische Rechtsanalyse, die deren Aufgabengebiet für den Außenstehenden beinahe gänzlich zu definieren scheint. In den vorangehenden Ausführungen kam es mir darauf an darzulegen, daß ökonomische Rechtsanalyse zunächst Analyse im Dienste der Wirtschaftswissenschaften, und hier insbesondere im Dienste der Wirtschaftspolitik ist. Das Recht determiniert weitgehend die Voraussetzungen wirtschaftlichen Verhaltens und kann infolgedessen nicht in einem nicht zu erklärenden Datenkranz der ökonomischen Analyse bleiben. Darüber hinaus sind jedoch die Produktionsbedingungen des Rechts zu berücksichtigen. In den kontinentaleuropäischen Staaten wird das Recht weitgehend durch staatliches Handeln bestimmt; und deshalb empfiehlt es sich, die Interaktion zwischen staatlichen Organen der Rechtssetzung und den Rechtsunterworfenen zentral in die Analyse einzubeziehen; dies wurde in Anlehnung an eine theoriegeschichtliche Betrachtung die "staatswissenschaftliche" Forschungsperspektive genannt. Darüber hinaus ist es aber nicht auszuschließen, daß die Erwartung der Juristen, aus der ökonomischen Rechtsanalyse könnten sich Leit motive für die Rechtsdogmatik, und hier wohl insbesondere für die Privatrechtsdogmatik, ergeben, nicht von vorneherein von der Hand zu weisen ist. Diese Frage ist aber nicht theoretischer Natur so, daß etwa das Arsenal normativer Prinzipien, das in der Rechtswissenschaft üblich ist, um solche weitere normative Prinzipien

32) Kötz (1977) 245.

erweitert werden könnte, die man einer normativen Ökonomie gegebenenfalls entnehmen möchte. Die Beurteilung einer Rezeption normativer, aus dem Studium wirtschaftswissenschaftlicher Schriften gewonnener Prinzipien durch die Rechtslehre kann nicht Aufgabe (positiver) ökonomischer Analyse und dazu gehörender theoretischer Betrachtung sein. Man verkürzt aber die Begründungszusammenhänge des Chicago-Ansatzes der ökonomischen Rechtsanalyse, wenn man nicht deren empirischen Unterbau berücksichtigt. In dem Maße, in dem sich nachweisen läßt, daß Erklärungsmuster aus den Wirtschaftswissenschaften auch Erklärungsmuster zu Rechtsstrukturen sein können, können diese Erklärungsmuster im Interesse der Rechtskontinuität auch Anhaltspunkte für die Fortentwicklung des Rechts geben.

L I T E R A T U R L I S T E

Bruce A. Ackermann, "Private Property and the Constitution". New Haven: Yale University Press 1977.

Heinz Dieter Assmann, Christian Kirchner, Erich Schanze (Hrsg.), "Ökonomische Analyse des Rechts". Frankfurt: Athenäum 1978.

Jürgen Backhaus, "Lawyers' Economics Versus the Economic Analysis of Law: A Critique of Professor Posner's "Economic" Approach to Law by Reference to a Case Concerning Damages for Loss of Earning Capacity". Munic: Social Science Review 1978, 3, 57-80.

Jürgen Backhaus, "The Pareto-Principle". Center for Study of Public Choice Discussion Paper 1978; demnächst in "Analyse und Kritik".

C. Edwin Baker, "The Ideology of the Economic Analysis of Law". Philosophy and Public Affairs, 1974, 3-48.

James M. Buchanan, "Good Economics - Bad Law". Virginia Law Review 60.3, 1974, 483-492.

Guido Calabresi, "The Cost of Accidence: A Legal and Economic Analysis". New Haven: Yale University Press 1970.

Peter A. Diamond, "Posner's Economic Analysis of Law". The Journal of Economic and Management Science. 5.1, 1974, 294-300

Joseph Falke, "Sozialwissenschaften im Rechtsstudium nach den Ausbildungsordnungen". S. 249-267 in Horn/Tietz 1977.

Fischer, "Artikel Schmoller"

Dieter Grimm (Hrsg.) "Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften 1, 2". München: Beck 1976.

Werner Hirsch, "Law and Economics". New York und andere: Academic Press 1979

Norbert Horn, Reinhard Tietz, "Sozialwissenschaften im Studium des Rechts I: Zivil- und Wirtschaftsrecht". München: Beck 1977

Norbert Horn, "Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts: Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der "Economic Analysis of Law"". Archiv für die civilistische Praxis

Hein Kötz, "Ökonomische Analyse von Rechtsproblemen: Entwurf einer Lehrveranstaltung für Juristen". S. 234-244 in: *Horn/Tietz* 1977.

Hans-Günther Krüsselberg, "Wirtschaftswissenschaft und Rechtswissenschaft". S. 168-194 in: *Grimm* (Hrsg.) 1967

Niklas Luhman, "Rechtssystem und Rechtsdogmatik". Stuttgart und andere: Kohlhammer 1974.

Vilfredo Pareto, "The Mind and Society: A Treatise on General Sociology". New York: Harcord, Brace & Co 1935

Arthur Cecil Pigou, "Wealth and Welfare". 1912

A. Mitchell Polinsky, "Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Guide to Posner's 'Economic Analysis of Law'". *Harvard Law Review*, 87, 1974, 1655-1681; eine deutsche Übersetzung bei Assmann, Kirchner, Schanze 1978, S. 113-145

Richard A. Posner, "Economic Analysis of Law". Boston und Toronto: Little Brown & Co 1977 (2)

Ludwig Raiser, Heinz Sauermann, Erich Schneider (Hrsg.) "Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik". Schriften des Vereins für Socialpolitik, n.F. Band 23, Berlin: Duncker & Humblot 1964

Peter Raisch & Karsten Schmit, "Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft". S. 143-167 in: *Grimm* (Hrsg.) 1976

Rudolf Stammler, "Wirtschaftsrecht nach der materialistischen Geschichtsauffassung: Eine sozialphilosophische Untersuchung". Berlin und Leipzig: Walter De Gruyter 1924 (5).

Gordon Tullock, "A General Theory of Legal Procedure". Erscheint demnächst

Adolph Wagner, "Der Staat in nationalökonomischer Hinsicht". Handwörterbuch der Staatswissenschaften. Jena: Gustav Fischer 1901 (II)

Reiner Walz, "Marktbezogener Umweltschutz und privatrechtlicher Emissionsschutz: Kann Umweltökonomie einen Beitrag zur Funktionsbestimmung privatrechtlicher Emissionsschutzregeln leisten?". In: Fritz Baur, Joseph Esser, Friedrich Kübler, Ernst Steindorff, (Hrsg.), "Funktionswandel der Privatrechtseinrichtungen" (Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag). Tübingen: Mohr/Siebeck 1974, 185.222.

Wolfgang Zöllner, "Sind im Interesse einer gerechten Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln?" Gutachten D erstellt anlässlich des 52. deutschen Juristentages Wiesbaden 1978.