

**Schriftenreihe zur  
Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung**

---

Herausgegeben von Prof. Dr. Manfred Rehbinder

**Band 85**

# **Ökonomische Theorie im Recht**

**Anwendbarkeit und  
Erkenntniswert im allgemeinen und  
am Beispiel des Arbeitsrechts**

**Von**

**Gunnar Janson**



**Duncker & Humblot · Berlin**

GUNNAR JANSON

Ökonomische Theorie im Recht

**Schriftenreihe zur  
Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung**

**Begründet von Prof. Dr. Dr. h. c. Ernst E. Hirsch**

**Herausgegeben von Prof. Dr. Manfred Rehbinder**

**Band 85**

# Ökonomische Theorie im Recht

Anwendbarkeit und  
Erkenntniswert im allgemeinen und  
am Beispiel des Arbeitsrechts

Von

Gunnar Janson



Duncker & Humblot · Berlin

Die Landesgraduiertenförderung des Landes Baden-Württemberg  
unterstützte diese Arbeit durch die Gewährung  
eines Stipendiums sowie eines Druckkostenzuschusses.

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit  
im Jahre 2003 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

D 25

Alle Rechte vorbehalten  
© 2004 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0720-7514  
ISBN 3-428-11336-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☞

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

# Inhaltsverzeichnis

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Einleitung .....</b>  | <b>15</b> |
| <b>A. Grundlagen der ökonomischen Theorie des Rechts .....</b>               | <b>19</b> |
| I. Entwicklung der ökonomischen Theorie des Rechts.....                      | 19        |
| 1. Zur Verbindung von Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaften ..... | 19        |
| 2. Gegenstand der ökonomischen Theorie des Rechts .....                      | 21        |
| II. Das ökonomische Paradigma.....   | 24        |
| 1. Methodologischer Individualismus .....                                    | 24        |
| 2. Knappheit der Ressourcen.....   | 26        |
| 3. Der „homo oeconomicus“ .....  | 26        |
| a) Präferenzen .....   | 27        |
| b) Eigennützigkeit.....  | 31        |
| aa) Zum Merkmal „Eigen“ im Begriff der Eigennützigkeit .....                 | 31        |
| bb) Zum Merkmal „Nutzen“ im Begriff der Eigennützigkeit.....                 | 31        |
| (1) Generelle Offenheit des Nutzenbegriffs .....                             | 31        |
| (2) Reduktion der Komplexität .....  | 32        |
| (a) Eigeninteressiertes Verhalten .....                                      | 32        |
| (b) Rein monetäre Betrachtung.....   | 33        |
| (c) Handhabung in der ökonomischen Theorie des Rechts.....                   | 34        |
| (3) Ergebnis .....   | 37        |
| cc) Gesamtergebnis .....   | 37        |
| c) Rationalverhalten.....  | 38        |
| aa) Rationalität im neoklassischen Grundmodell des homo oeconomicus ...      | 38        |
| bb) Rationalität im neoinstitutionellen Modell des homo oeconomicus.....     | 40        |
| cc) Das Problem der Anomalien.....   | 43        |
| d) Der homo oeconomicus: Menschenbild vs. Analysekonstrukt .....             | 46        |
| e) Anwendungsbereich des ökonomischen Verhaltensmodells .....                | 48        |
| aa) Erweiterung des Modells zur umfassenden Darstellung.....                 | 48        |
| bb) Reduzierung des Modells zur einfachen Handhabung .....                   | 49        |
| cc) Würdigung der beiden Ansätze .....                                       | 50        |
| f) Auswirkungen des ökonomischen Verhaltensmodells .....                     | 51        |
| g) Gesamtwürdigung .....   | 53        |
| <b>B. Wesentliche Ansätze der ökonomischen Theorie des Rechts .....</b>      | <b>57</b> |
| I. Grundbegriffe für die neoinstitutionellen Ansätze .....                   | 57        |
| 1. Externe Effekte .....   | 58        |
| 2. Transaktionskosten.....   | 58        |
| II. Der Property-Rights-Ansatz.....  | 60        |
| 1. Der Begriff der Verfügungsrechte.....                                     | 60        |

|  |           |
|--|-----------|
| 2. Die Ausführungen von Coase .....  | 61        |
| a) Das Coase-Theorem .....   | 62        |
| b) Das Problem der Reziprozität .....  | 64        |
| c) Ergebnis .....  | 67        |
| 3. Gegenstand des Ansatzes .....   | 68        |
| 4. Zwei Beispiele zum Property-Rights-Ansatz .....                           | 70        |
| a) Beispiel I: Die Funktion der Marke .....                                  | 71        |
| b) Beispiel II: Die Ausgestaltung des Haftungsrechts .....                   | 72        |
| 5. Bedeutung des Property-Rights-Ansatzes .....                              | 75        |
| III. Der Transaktionskosten-Ansatz .....                                     | 75        |
| 1. Problem des Opportunismus .....   | 76        |
| 2. Eigenschaften von Transaktionen .....                                     | 76        |
| 3. Beispiel für den Transaktionskosten-Ansatz .....                          | 78        |
| 4. Bedeutung des Transaktionskosten-Ansatzes .....                           | 79        |
| IV. Der Agency-Ansatz .....  | 80        |
| 1. Voraussetzungen des Agency-Ansatzes .....                                 | 80        |
| 2. Verschiedene Probleme asymmetrischer Informationsverteilung .....         | 81        |
| 3. Bedeutung des Agency-Ansatzes .....                                       | 83        |
| V. Gesamtergebnis .....  | 85        |
| <b>C. Normative Kriterien der ökonomischen Theorie des Rechts .....</b>      | <b>87</b> |
| I. Effizienzprinzip .....  | 88        |
| 1. Begriffliche Abgrenzung .....   | 88        |
| 2. Vom Bentham'schen Utilitarismus zur Neuen Wohlfahrtsökonomik .....        | 89        |
| 3. Ausformungen des wohlfahrtsökonomischen Effizienzkriteriums .....         | 90        |
| a) Pareto-Kriterium .....  | 90        |
| b) Kaldor-Hicks-Kriterium .....  | 91        |
| aa) Inhalt des Kaldor-Hicks-Kriteriums .....                                 | 92        |
| bb) Probleme bei der Anwendung des Kaldor-Hicks-Kriteriums .....             | 93        |
| (1) Distribution .....   | 93        |
| (2) Grundrechtsgarantie .....  | 95        |
| (3) Meßbarkeit .....   | 96        |
| (a) Bewertung immaterieller Größen .....                                     | 97        |
| (b) Komparative Statik .....   | 97        |
| (c) Partialanalyse .....   | 98        |
| c) Abwandlung von Posner: Das Reichtumsmaximierungsprinzip .....             | 98        |
| aa) Inhalt des Reichtumsmaximierungsprinzips .....                           | 99        |
| bb) Probleme bei der Anwendung des Reichtumsmaximierungsprinzips .....       | 99        |
| (1) Unwissenschaftlichkeit .....   | 99        |
| (2) Zahlungsbereitschaft .....   | 100       |
| (3) Ergebnis .....   | 101       |
| cc) Die Folgerungen Posners für die Ausgestaltung des Rechts .....           | 101       |
| 4. Philosophische Rechtfertigung: Werturteilsproblematik und Effizienz ..... | 103       |
| a) Konsensfähigkeit bei „natürlicher Unwissenheit“ .....                     | 104       |
| b) Konsensfähigkeit bei „artifizieller Unwissenheit“ .....                   | 106       |
| c) Ergebnis .....  | 107       |
| II. Konsensprinzip .....   | 108       |
| 1. Faktischer Konsens .....  | 109       |
| 2. Hypothetischer Konsens .....  | 111       |

|  |            |
|--|------------|
| 3. Ergebnis .....  | 114        |
| III. Gesamtergebnis und Bedeutung der normativen Kriterien für das Recht .....                         | 115        |
| 1. Gesamtergebnis .....  | 115        |
| 2. Bedeutung der normativen Kriterien für das Recht .....  | 117        |
| <b>D. Adressat der ökonomischen Theorie des Rechts .....</b>   | <b>121</b> |
| I. Soziologische Jurisprudenz .....  | 121        |
| 1. Begriff und Gegenstand der soziologischen Jurisprudenz .....  | 121        |
| 2. Streit um die Anwendbarkeit sozialwissenschaftlicher Argumente im Recht .....                       | 122        |
| a) Soziologische Jurisprudenz im Rahmen der Gesetzgebung .....   | 122        |
| b) Soziologische Jurisprudenz im Rahmen der Rechtsprechung .....                                       | 124        |
| aa) Rechtssoziologie als reine Erklärungswissenschaft .....  | 124        |
| bb) Rechtssoziologie als angewandte Handlungswissenschaft .....  | 125        |
| II. Ökonomische Theorie des Rechts als Instrument der Gesetzgebung .....                               | 127        |
| 1. Erkenntnisgewinn für die Legislative durch die ökonomische Theorie .....                            | 127        |
| a) Anwendungsbereich für das ökonomische Verhaltensmodell .....  | 128        |
| b) Anwendungsbereich für die positiven neoinstitutionellen Ansätze .....                               | 129        |
| c) Anwendungsbereich für die normativen ökonomischen Kriterien .....                                   | 130        |
| d) Beispiel: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz .....   | 132        |
| e) Ergebnis .....  | 133        |
| 2. Probleme bei der legislativen Anwendung der ökonomischen Rechtstheorie .....                        | 133        |
| a) Normativer Individualismus als Problem .....  | 134        |
| b) Informationsdefizite als Problem .....  | 135        |
| c) Normkontinuität als Problem .....   | 138        |
| d) Ergebnis .....  | 140        |
| 3. Reichweite der Nutzung der ökonomischen Theorie durch die Legislative ....                          | 140        |
| III. Ökonomische Theorie des Rechts als Instrument der Rechtsprechung .....                            | 142        |
| 1. Erkenntnisgewinn für die Judikative durch die ökonomische Theorie .....                             | 143        |
| a) Ökonomische Theorie des Rechts im Rahmen der teleologischen Auslegung .....                         | 144        |
| aa) Die subjektiv-teleologische Auslegung .....  | 144        |
| bb) Die objektiv-teleologische Auslegung .....   | 147        |
| cc) Folgenorientierung .....   | 148        |
| b) Ökonomische Theorie des Rechts im Rahmen von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen ..... | 148        |
| c) Ökonomische Theorie des Rechts im Rahmen der Rechtsfortbildung .....                                | 151        |
| d) Ergebnis .....  | 151        |
| 2. Probleme der Judikative als Anwenderin der ökonomischen Rechtstheorie ....                          | 152        |
| a) Fehlende Legitimation zur Verwendung ökonomischer Argumente .....                                   | 152        |
| aa) Rechtsfindung durch Auslegung .....  | 154        |
| (1) Subjektiv-teleologisch .....   | 154        |
| (2) Objektiv-teleologisch .....  | 156        |
| (3) Folgenberücksichtigung .....   | 159        |
| (4) Vorschlag von Kirchner .....   | 160        |
| (5) Vereinigungstheorie .....  | 160        |
| (6) Ergebnis .....   | 162        |
| bb) Rechtsfindung bei Generalklauseln und offenen Wertbegriffen .....                                  | 163        |
| cc) Rechtsfindung im Rahmen der lückenfüllenden Rechtsfortbildung ....                                 | 164        |
| (1) Normative Kriterien als Rechtsprinzipien .....   | 166        |
| (a) Begriff des Rechtsprinzips .....   | 166        |

|   |            |
|---|------------|
| (b) Ökonomische Effizienz als Rechtsprinzip .....                             | 167        |
| (c) Ökonomischer Konsens als Rechtsprinzip .....                              | 170        |
| (d) Ergebnis .....  | 172        |
| (2) Normative Kriterien als lediglich außerrechtliche Wertungen .....         | 174        |
| (a) Reichweite der Bindung an Recht und Gesetz .....                          | 174        |
| (b) Bedeutung von Effizienz und Konsens .....                                 | 177        |
| (3) Ergebnis .....  | 178        |
| dd) Gesamtergebnis .....  | 179        |
| b) Fehlen notwendiger Informationen .....                                     | 179        |
| aa) Zur Möglichkeit der Erlangung exakter Informationen .....                 | 179        |
| bb) Zur Wirtschaftlichkeit der Erlangung exakter Informationen .....          | 181        |
| cc) Ergebnis .....  | 183        |
| c) Problem der fachlichen Kompetenz zur Informationsverarbeitung .....        | 185        |
| d) Ungeeignetheit des Prozeßrechts .....                                      | 187        |
| aa) Beibringung der Informationen nach aktuellem Prozeßrecht .....            | 187        |
| (1) Subsumtionstatsachen .....  | 188        |
| (2) Rechtsgewinnungstatsachen .....   | 189        |
| bb) Verfahrensverzögerung durch Subsumtions- und Rechtstatsachen .....        | 191        |
| cc) Kostenproblematik nach aktuellem Prozeßrecht .....                        | 192        |
| dd) Aufgabe subjektiver Rechte zugunsten der Allgemeinheit .....              | 194        |
| e) Verlust von Rechtssicherheit .....   | 195        |
| f) Fehlende Initiativmöglichkeit .....  | 197        |
| g) Abkehr von den Wertvorstellungen des Rechts .....                          | 199        |
| h) Ergebnis .....   | 199        |
| 3. Reichweite der Nutzung der ökonomischen Theorie durch die Judikative ..... | 201        |
| IV. Gesamtergebnis .....  | 203        |
| <b>E. Anwendungsbeispiele aus dem Arbeitsrecht .....</b>                      | <b>207</b> |
| I. Besonderheiten des Arbeitsrechts .....                                     | 207        |
| II. Arbeitsvertrag und Kündigungsschutz .....                                 | 210        |
| 1. Der Arbeitsvertrag .....   | 211        |
| a) Der Arbeitsvertrag aus juristischer und aus ökonomischer Sicht .....       | 211        |
| b) Probleme im Rahmen des Arbeitsvertrags .....                               | 211        |
| aa) Asymmetrische Informationsverteilung .....                                | 212        |
| bb) Asymmetrische Trennungskosten .....                                       | 213        |
| (1) Asymmetrische Trennungskosten durch Humankapitalinvestitionen .....       | 213        |
| (2) Ansatzpunkt der Humankapitaltheorie .....                                 | 214        |
| (a) Allgemeine und branchenspezifische Qualifikationen .....                  | 215        |
| (b) Betriebsspezifische Qualifikationen .....                                 | 216        |
| (c) Folgerungen .....   | 217        |
| cc) Zwischenergebnis .....  | 218        |
| c) Ergebnis .....   | 219        |
| 2. Der Kündigungsschutz .....   | 219        |
| a) Entwicklungen im Kündigungsschutzgesetz .....                              | 219        |
| b) Ökonomische Wirkungen des Kündigungsschutzgesetzes .....                   | 220        |
| aa) Negative Wirkungen .....  | 221        |
| bb) Positive Wirkungen .....  | 225        |
| cc) Zwischenergebnis .....  | 227        |
| c) Kündigungsschutz aus Sicht der ökonomischen Theorie des Rechts .....       | 228        |

|   |                |
|---|----------------|
| aa) Sicherung von Quasi-Renten .....  | 228            |
| bb) Internalisierung externer Effekte bei den Vertragspartnern .....        | 233            |
| cc) Internalisierung externer Effekte bei Dritten .....                     | 234            |
| d) Ergebnis .....   | 235            |
| III. Haftungsprivilegierung beim innerbetrieblichen Schadensausgleich ..... | 236            |
| 1. Eingeschränkte Haftung des Arbeitnehmers .....                           | 237            |
| 2. Kostenarten der ökonomischen Theorie des Rechts .....                    | 238            |
| 3. Gesamtkostenminimierung durch innerbetrieblichen Schadensausgleich ..... | 239            |
| a) Primäre Kosten .....   | 239            |
| b) Sekundäre Kosten .....   | 241            |
| c) Tertiäre Kosten .....  | 244            |
| d) Ergebnis .....   | 246            |
| IV. Adressat der konkreten ökonomischen Überlegungen .....                  | 246            |
| 1. Die Legislative als Adressat der ökonomischen Rechtstheorie .....        | 247            |
| 2. Die Judikative als Adressat der ökonomischen Rechtstheorie .....         | 247            |
| V. Zusammenfassung .....  | 250            |
| <b>F. Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick .....</b>                 | <b>253</b>     |
| I. Ergebnisse .....   | 253            |
| II. Ausblick .....  | 256            |
| <br><b>Literaturverzeichnis .....</b>                                       | <br><b>258</b> |
| <b>Stichwortverzeichnis .....</b>   | <b>281</b>     |

## Abkürzungsverzeichnis

|               |   |
|---------------|---|
| a.A.          | andere Ansicht  |
| a.F.          | alte Fassung  |
| ABl. EG       | Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften   |
| AcP           | Archiv für die civilistische Praxis   |
| AER           | The American Economic Review  |
| AGBG          | Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 09.12.1976                                |
| ALR           | Alabama Law Review  |
| AMG           | Arzneimittelgesetz in der Fassung v. 11.12.1998   |
| AP            | Arbeitsrechtliche Praxis (Entscheidungssammlung)  |
| AöR           | Archiv für öffentliches Recht   |
| ARSP          | Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie  |
| Art.          | Artikel   |
| ASR           | American Sociological Review  |
| ASS           | Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik   |
| Aufl.         | Auflage   |
| BAGE          | Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts  |
| BB            | Der Betriebs-Berater  |
| Bd.           | Band  |
| BetrVG        | Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung v. 25.09.2001  |
| BGB           | Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung v. 02.01.2002  |
| BGBI.         | Bundesgesetzblatt   |
| BGH           | Bundesgerichtshof   |
| BGHZ          | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen  |
| BHO           | Bundeshaushaltsordnung v. 19.08.1969  |
| BImSchG       | Bundesimmissionsschutzgesetz in der Fassung v. 14.05.1990   |
| BJE           | Bell Journal of Economics   |
| BLR           | Boston University Law Review  |
| BR-Drucks.    | Bundesrats-Drucksache   |
| BT-Drucks.    | Bundestags-Drucksache   |
| BVerfG        | Bundesverfassungsgericht  |
| BVerfGE       | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts  |
| CLR           | California Law Review   |
| CWLR          | Case Western Reserve Law Review   |
| ders. / dies. | derselbe / dieselbe(n)  |
| DB            | Der Betrieb   |
| DRiZ          | Deutsche Richterzeitung   |
| EER           | European Economic Review  |
| EG            | Europäische Gemeinschaft / Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft v. 25.03.1957 (Amsterdamer Fassung) |
| Einl./Einl.   | Einleitung  |
| EJ            | Economic Journal  |

|            |  |
|------------|--|
| ErfK       | Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht                                    |
| et al.     | und andere   |
| f. / ff.   | folgende (Seitenzahl / Randnummer)                                     |
| FAZ        | Frankfurter Allgemeine Zeitung   |
| FG         | Freundesgabe   |
| Fn.        | Fußnote  |
| FS         | Festschrift  |
| GemMVO     | Verordnung des Rates über die Gemeinschaftsmarke v. 20.12.1993         |
| GG         | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.05.1949           |
| GGO        | Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien                      |
| GKG        | Gerichtskostengesetz in der Fassung v. 15.12.1975                      |
| GMBI.      | Gemeinsames Ministerialblatt   |
| GRUR       | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht                             |
| GRUR Int.  | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil       |
| GS         | Gedächtnissymposium  |
| GVG        | Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung v. 01.01.2002                 |
| HaLR       | Harvard Law Review   |
| HGRG       | Haushaltsgrundsätzegesetz v. 12.08.1969                                |
| HJLPP      | Harvard Journal of Law and Public Policy                               |
| HLR        | Hofstra Law Review   |
| Hrsg.      | Herausgeber  |
| HStR       | Handbuch des Staatsrechts  |
| i.S.d.     | im Sinne der / des   |
| InsO       | Insolvenzordnung v. 05.10.1994   |
| IRLE       | International Review of Law and Economics                              |
| JA         | Juristische Arbeitsblätter   |
| JbfnÖuStat | Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik                          |
| JbfnPÖ     | Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie                                  |
| JbfrR      | Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie                        |
| Jbfsowi    | Jahrbuch für Sozialwissenschaft  |
| JEBO       | Journal of Economic Behavior and Organization                          |
| JEL        | Journal of Economic Literature   |
| JEP        | Journal of Economic Perspectives                                       |
| JFE        | Journal of Financial Economics   |
| JITE       | Journal of Institutional and Theoretical Economics (bis 1985: ZgS)     |
| JLE        | Journal of Law and Economics   |
| JLEO       | Journal of Law, Economics, and Organization                            |
| JLS        | Journal of Legal Studies   |
| JME        | Journal of Monetary Economics  |
| JoB        | Journal of Business  |
| JoF        | Journal of Finance   |
| JPE        | Journal of Public Economics  |
| JPoE       | Journal of Political Economy   |
| JR         | Juristische Rundschau  |
| Jura       | Juristische Ausbildung   |
| JuS        | Juristische Schulung   |
| JZ         | Juristenzeitung  |
| KritV      | Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft |

|           |  |
|-----------|--|
| KrW-/AbfG | Kreislaufwirtschaft- und Abfallgesetz v. 27.09.1994                      |
| KSchG     | Kündigungsschutzgesetz v. 25.08.1969                                     |
| KZfSS     | Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie                  |
| LHR       | Law and History Review   |
| LSI       | Law and Social Inquiry   |
| MarkenG   | Markengesetz vom 25.10.1994  |
| MittAB    | Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung                   |
| MüKo      | Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch                          |
| mwN       | mit weiteren Nachweisen  |
| NJW       | Neue Juristische Wochenschrift   |
| NJW-RR    | NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht                                    |
| NVwZ      | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht                                    |
| NZA       | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht  |
| OLG       | Oberlandesgericht  |
| PharmaInd | Die Pharmazeutische Industrie  |
| PPA       | Philosophy & Public Affairs  |
| ProdSG    | Produktsicherheitsgesetz v. 22.04.1997                                   |
| QJE       | Quarterly Journal of Economics   |
| R&S       | Rationality and Society  |
| RabelsZ   | Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht     |
| RAG       | Reichsarbeitsgericht   |
| RdA       | Recht der Arbeit   |
| Rdnr.     | Randnummer(n)  |
| RES       | Review of Economic Studies   |
| RGZ       | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen                         |
| RT        | Rechtstheorie  |
| SCLR      | Southern California Law Review   |
| SGb       | Die Sozialgerichtsbarkeit  |
| SLR       | Stanford Law Review  |
| SZVS      | Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik             |
| TJB       | The Journal of Business  |
| TzBfG     | Teilzeit- und Befristungsgesetz v. 21.12.2000                            |
| UWG       | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 07.06.1909                     |
| VermG     | Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen in der Fassung v. 21.12.1998 |
| VersR     | Versicherungsrecht   |
| VerwArch  | Verwaltungsarchiv  |
| VVDStRL   | Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer                             |
| WiB       | Wirtschaftsrechtliche Beratung   |
| WiSt      | Wirtschaftswissenschaftliches Studium                                    |
| WISU      | Das Wirtschaftsstudium   |
| WLR       | Wisconsin Law Review   |
| WuR       | Wirtschaft und Recht   |
| WuW       | Wirtschaft und Wettbewerb  |
| WZG       | Warenzeichengesetz in der Fassung vom 02.01.1968                         |
| YLJ       | The Yale Law Journal   |
| ZfA       | Zeitschrift für Arbeitsrecht   |
| ZfP       | Zeitschrift für Personalforschung  |
| ZfpF      | Zeitschrift für philosophische Forschung                                 |

|           |  |
|-----------|--|
| ZfRS      | Zeitschrift für Rechtssoziologie   |
| ZfWiPo    | Zeitschrift für Wirtschaftspolitik   |
| ZG        | Zeitschrift für Gesetzgebung   |
| ZGB       | Schweizerisches Zivilgesetzbuch v. 10.12.1907                              |
| ZGR       | Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht                       |
| ZgS       | Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (seit 1986: JITE)           |
| ZHR       | Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht              |
| ZIAS      | Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht |
| zit.      | zitiert  |
| ZPO       | Zivilprozeßordnung in der Fassung v. 12.09.1950                            |
| ZRP       | Zeitschrift für Rechtspolitik  |
| ZUM       | Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht                                   |
| ZVersWiss | Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft                      |
| ZWS       | Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften                      |



## Einleitung

Nicht viele Probleme haben die Rechtswissenschaft in den letzten Jahrzehnten so intensiv beschäftigt und so drastisch entzweit wie die „Ökonomische Theorie des Rechts“. So meint zum einen Adams<sup>1</sup>, mit Hilfe der Rechtsökonomik sei es möglich, „Zusammenhänge präzise offen zu legen und damit umfängliches, vielleicht sogar erbittertes weltanschauliches Streiten überflüssig zu machen“; insofern sei die ökonomische Theorie geeignet, „das herkömmliche juristische Theorienschmieden ebenso (zu) verändern wie die Erfindung des Mikroskops die Ansichten der Mediziner über die Ursachen der Infektionskrankheiten“. In Übereinstimmung damit halten manche Autoren<sup>2</sup> die rechtsökonomische Betrachtungsweise für ein Werkzeug, welches als „Universal-schlüssel“ in allen Rechtsbereichen eingesetzt werden kann und auch eingesetzt werden sollte. Dagegen wird von Kritikern vorgebracht, die ökonomische Theorie sei – zumindest allein – nicht in der Lage, den unterschiedlichen Problemen der Rechtsordnung umfassend gerecht zu werden<sup>3</sup>. Die „Schein-genauigkeit“<sup>4</sup> von manchem rechtsökonomisch arbeitenden Autor gipfele in der „Überheblichkeit, (...) anstatt die Modelle an die Wirklichkeit anzupassen, die Wirklichkeit seinen Modellen gemäß zu formen“<sup>5</sup>. Fezer wird am deutlichsten, wenn er ausdrücklich von der „Eindimensionalität des ökonomischen Kalküls“ spricht, welches das „Recht als Sandkastenspiel, Jurisprudenz als Glasperlenspielerlei“<sup>6</sup> sehe; folgerichtig zieht er daher schon früh den Schluß, die „ökonomische Rechtstheorie ist ein Irrweg, den zu beschreiten das Recht sich hüten sollte“<sup>7</sup>.

Eine solch fundamentale Kritik überrascht auf den ersten Blick vor allem deshalb, weil auch in der Rechtswissenschaft gerade in jüngerer Zeit immer

---

<sup>1</sup> Adams, Jura 1984, 337, 348.

<sup>2</sup> Posner, HLR 1980/81, 775, 780; etwas vorsichtiger Schäfer/Ott, Lehrbuch, S. 6 f.; Steinmetzler, JA 1998, 335 hält die ökonomische Theorie für „einen der wichtigsten wissenschaftlichen Ansätze“, um das Privatrecht „aus seiner gesellschaftspolitisch neutralen Isolierung ... in einen umfassenden rechtlichen Ordnungsverbund zu integrieren“.

<sup>3</sup> Hotz, WuR 1982, 293, 311 f.; Fezer, JZ 1986, 817, 821 ff.; ders., JZ 1988, 223, 224 f.

<sup>4</sup> Fezer, JZ 1988, 223, 224; Eidenmüller, Effizienz, S. 78 f. Insgesamt positiver, aber nicht ohne Ironie spricht Horn, AcP 1976, 307, 311 davon, zentrale Termini besäßen „jene kreative Unschärfe, welche die Langlebigkeit von Begriffen in der Diskussion verbürgt.“

<sup>5</sup> Blankenburg, ZfRS 1986, 242, 243.

<sup>6</sup> Fezer, JZ 1986, 817, 820.

<sup>7</sup> Fezer, JZ 1986, 817, 824.

öfter der Ruf nach interdisziplinärem Arbeiten<sup>8</sup> und verstärktem Kostenbewußtsein<sup>9</sup> laut wird. Diesen beiden Forderungen wird die ökonomische Theorie des Rechts nicht nur gerecht, sie wird durch diese Gebote vielmehr geradezu definiert: So wendet sie zum einen das wirtschaftswissenschaftliche Instrumentarium auf die Rechtswissenschaft an, zum anderen stellt sie eine überwiegend (aber nicht notwendigerweise ausschließlich) kostenorientierte Betrachtungsweise an.

Behrens versucht den der ökonomischen Theorie trotz allem entgegengebrachten Widerstand mit der Beobachtung zu erklären, „Juristen neigen allzu leicht dazu, interdisziplinäre Theorieansätze zurückzuweisen, ohne die Zwischenstufe des Verstehens durchlaufen zu haben“<sup>10</sup>. Um dem zu begegnen, sollen im folgenden vor dem Hintergrund der genannten grundlegenden Differenzen zwischen den Befürwortern und Gegnern des Ansatzes die Möglichkeiten der ökonomischen Rechtstheorie ebenso wie ihre Grenzen genauer beleuchtet werden. In diesem Zusammenhang ist es unerlässlich, einige Mißverständnisse aufzuklären, welche den zumeist von juristischer Seite geäußerten Vorbehalten gegen die ökonomische Theorie des Rechts zugrunde liegen und die Verständigung zwischen Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaften teilweise erheblich belasten.

Dazu werden im ersten Kapitel die Grundlagen der ökonomischen Theorie des Rechts betrachtet, indem ihre historische Entwicklung kurz nachgezeichnet und sodann das ökonomische Paradigma als eigentliches Fundament der ökonomischen Theorie erörtert wird; hierbei wird ein besonderes Augenmerk auf das seit jeher äußerst kontrovers diskutierte ökonomische Verhaltensmodell, den „homo oeconomicus“, gerichtet. Danach werden im zweiten Kapitel die drei für die ökonomische Rechtstheorie zentralen neoinstitutionellen Ansätze vorgestellt, und ihre Anwendung jeweils anhand von Beispielen erläutert. Dem folgt im dritten Kapitel eine Betrachtung der verschiedenen, immer wieder heftig umstrittenen normativen Kriterien der ökonomischen Theorie des Rechts, wobei ausführlich auf die mit diesen Kriterien verbundenen technischen, inhaltlichen und philosophischen Probleme eingegangen wird. Den Schwerpunkt der Arbeit bildet das vierte Kapitel, in dem die Anwendbarkeit und Reichweite der ökonomischen Theorie *im* Recht erörtert wird. Hier wird der Frage nachgegangen, ob sich – wie oft vorgebracht – nur der Gesetzgeber als Adressat der Rechtsökonomik eignet, oder ob und gegebenenfalls wann auch die Gerichte deren Erkenntnisse bei ihrer Arbeit verwenden dürfen bzw.

---

<sup>8</sup> Vgl. die Darstellungen bei Behrens, JbNPÖ 1988, 209 f., 224 f.; Kreutz, NZA 2001, 472; Schmidchen in ders., S. 29 ff. nennt zahlreiche Gründe für den Nutzen interdisziplinärer Arbeit. Daß der Ruf nach mehr ökonomischem Sachverstand im Recht nicht neu ist, zeigen die Ausführungen von Holmes, HaLR 1896/97, 457, 474, der dort bemerkt, „... every lawyer ought to seek an understanding of economics“ (zit. nach Mercurio/Medema, S. 172).

<sup>9</sup> So z.B. die Entschließung der Präsidenten der OLG und des BGH in der DRiZ 1994, 320.

<sup>10</sup> Behrens, Die ökonomischen Grundlagen, S. VI.

sollten. Im fünften Kapitel erfolgt eine ökonomische Betrachtung konkreter rechtlicher Probleme. Dafür wurde der Bereich des Arbeitsrechts ausgewählt, der sich zum einen aufgrund seiner wirtschaftlichen Relevanz gut als Materie für eine solche Analyse eignet, andererseits aber wegen der verschiedenen zu berücksichtigenden Interessen und Wertungen besondere Probleme aufwirft. Die in der Arbeit entwickelten Ergebnisse werden in einer Schlußbetrachtung im sechsten Kapitel zusammengefaßt.