

**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

Einleitung	15
A. Grundlagen der ökonomischen Theorie des Rechts	19
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. Wesentliche Ansätze der ökonomischen Theorie des Rechts	57
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
 C. Normative Kriterien der ökonomischen Theorie des Rechts.....	 87
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) Grundrechtegarantie	95
(3) Meßbarkeit	96
(a) Bewertung immaterieller Größen.....	97
(b) Komparative Statistik	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: Werturteilsproblematisität 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
D. Adressat der ökonomischen Theorie des Rechts	121
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) Bebringung 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
 E. Anwendungsbeispiele aus dem Arbeitsrecht	207
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

Inhaltsverzeichnis	9
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
 F. Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick	 253
I. Ergebnisse	253
II. Ausblick	256
 Literaturverzeichnis	 258
 Stichwortverzeichnis	 281

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.F.	alte Fassung
AbI. 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
BlmSchG	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 Adams¹, 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 Autoren² die rechtsökonomische Betrachtungsweise für ein Werkzeug, welches als „Universalschlüssel“ 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 werden³. Die „Schein-genauigkeit“⁴ von manchem rechtsökonomisch arbeitenden Autor gipfele in der „Überheblichkeit, (...) anstatt die Modelle an die Wirklichkeit anzupassen, die Wirklichkeit seinen Modellen gemäß zu formen“⁵. Fezer wird am deutlichsten, wenn er ausdrücklich von der „Eindimensionalität des ökonomischen Kalküls“ spricht, welches das „Recht als Sandkastenspiel, Jurisprudenz als Glasperlen-spielerei“⁶ sehe; folgerichtig zieht er daher schon früh den Schluß, die „ökonomische Rechtstheorie ist ein Irrweg, den zu beschreiten das Recht sich hüten sollte“⁷.

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

¹ Adams, Jura 1984, 337, 348.

² 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“.

³ Holz, WuR 1982, 293, 311 f.; Fezer, JZ 1986, 817, 821 ff.; ders., JZ 1988, 223, 224 f.

⁴ 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.“

⁵ Blankenburg, ZfRS 1986, 242, 243.

⁶ Fezer, JZ 1986, 817, 820.

⁷ Fezer, JZ 1986, 817, 824.

öfter der Ruf nach interdisziplinärem Arbeiten⁸ und verstärktem Kostenbewußtsein⁹ 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“¹⁰. 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.

⁸ Vgl. die Darstellungen bei Behrens, JbfNPÖ 1988, 209 f., 224 f.; Kreutz, NZA 2001, 472; Schmidtchen in ders., S. 29 ff. nennt zahlreiche Gründe für den Nutzen interdisziplinärer Arbeit. Daß der Ruf nach mehr ökonomischem Sachverständ 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 Mercuro/Medema, S. 172).

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

¹⁰ 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.