

Schriften zur Rechtstheorie

Band 223

Effizienz statt Gerechtigkeit?

Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen
der Ökonomischen Analyse des Rechts

Von

Klaus Mathis

Vierte, überarbeitete und erweiterte Auflage



Duncker & Humblot · Berlin

KLAUS MATHIS

Effizienz statt Gerechtigkeit?

Schriften zur Rechtstheorie

Band 223

Effizienz statt Gerechtigkeit?

Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen
der Ökonomischen Analyse des Rechts

Von

Klaus Mathis

Vierte, überarbeitete und erweiterte Auflage



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich
hat diese Arbeit im Jahre 2003 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Englische Ausgabe: Efficiency Instead of Justice? Searching for
the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law,
Law and Philosophy Library, Vol. 84 (ed. by Francisco Laporta,
Aleksander Peczenik and Frederick Schauer), Dordrecht: Springer,
2009.

1. Auflage 2004
2. Auflage 2006
3. Auflage 2009

Alle Rechte vorbehalten
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach

ISSN 0582-0472
ISBN 978-3-428-15684-9 (Print)
ISBN 978-3-428-55684-7 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85684-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Vorwort zur 4. Auflage

Das vorliegende Werk erfreut sich als Einführung in die Ökonomische Analyse des Rechts nach wie vor grosser Beliebtheit, weshalb mich der Verlag gebeten hat, eine vierte, überarbeitete und erweiterte Auflage herauszugeben.

Seit dem Erscheinen der dritten Auflage hat sich die Verhaltensökonomie deutlich weiterentwickelt und vermehrt Eingang in die ökonomische Rechtsanalyse gefunden. Aus diesem Grund wurden einerseits im 2. Kapitel die theoretischen Grundlagen der Verhaltensökonomie erweitert und andererseits im 4. Kapitel ein neues Anwendungsbeispiel zum Wettbewerbsrecht eingefügt, in dem verhaltensökonomische Analysen zur Anwendung kommen. Schliesslich wurden im selben Kapitel die neuesten Entwicklungen zu den Emissionszertifikaten und den Klimaschutzabkommen nachgeführt.

Bei der Erstellung der vierten Auflage war mir vor allem mein Assistent Tim Tresch, BLaw, behilflich, indem er an den verhaltensökonomischen Ergänzungen zur Theorie und zu den Anwendungen massgeblich mitgearbeitet hat. Ferner danke ich meinem ehemaligen Studienkollegen Herrn lic. oec. publ. Ernst Füglistaler sowie meinem Assistenten Steven Gründel, MLaw, und Luca Heer, MLaw, für das sorgfältige Lektorat. Schliesslich gebührt Frau Agatha May vom Duncker & Humblot Verlag ein besonderer Dank für die wie gewohnt sorgfältige Drucklegung.

Die vierte Auflage dieses Buches widme ich meinem Doktorvater und verehrten akademischen Lehrer Prof. em. Dr. Walter Ott.

Luzern, im Januar 2019

Klaus Mathis

Vorwort zur 3. Auflage

Seit dem Erscheinen der ersten Auflage dieser Publikation hat „Law and Economics“ mittlerweile an vielen deutschsprachigen Universitäten Eingang in den Fächerkanon der juristischen Ausbildung gefunden. So nicht zuletzt auch an der Universität Luzern, wo ich die Vorlesung „Rechtsökonomie“ im Herbstsemester 2007 erstmals gehalten habe. Dabei stiess auch dieses Grundlagenwerk bei den Studierenden erfreulicherweise auf guten Anklang, was mich dazu ermutigt hat, eine dritte, überarbeitete und erweiterte Auflage herauszugeben.

In der vorliegenden Ausgabe wurden hauptsächlich die Kapitel 4, 6, 7 und 9 überarbeitet und aktualisiert. Dabei wurde im Zusammenhang mit der ökonomischen Analyse des Haftungs- und Vertragsrechts insbesondere die von Jules Coleman vorgebrachte „Bilateralismus-Kritik“ aufgenommen. Ferner wurde das Kapitel zum Utilitarismus erweitert und im 7. Kapitel wurden die späteren Publikationen von John Rawls sowie insbesondere auch die Kritik von Amartya Sen am Konzept der Primärgüter berücksichtigt. Ausserdem erfuhr im 9. Kapitel auch die von Louis Kaplow und Steven Shavell in ihrem Buch „Fairness versus Welfare“ vorgebrachte Argumentation zum Verhältnis von Effizienz und Gerechtigkeit eine kritische Würdigung. Schliesslich wurden weitere Beispiele, namentlich zu „Behavioral Economics“, eingefügt und im Anschluss an das Coase-Theorem die Umweltzertifikate näher erläutert. Mein Assistent Silvan Rüttimann, MLaw (Luzern), hat mich dabei tatkräftig unterstützt, wofür ich ihm herzlich danke.

Des Weiteren danke ich Prof. Dr. Paul Richli, Gründungsdekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern, sowie unserer jetzigen Dekanin, Prof. Dr. Regina E. Aebi-Müller, für die Förderung meiner Forschungs- und Lehrtätigkeit. Ein ganz besonderer Dank geht auch an meinen Doktorvater Walter Ott, emeritierter Professor der Universität Zürich, dem ich meine rechtsphilosophische Ausbildung verdanke. Schliesslich danke ich den Herren Prof. Dr. jur. h.c. Norbert Simon und Dr. Florian R. Simon vom Verlag Duncker & Humblot für die erneute Aufnahme des Werkes in die Reihe „Schriften zur Rechtstheorie“ und Frau Birgit Müller für die in gewohnter Weise sorgfältige Betreuung der Drucklegung.

Luzern, im Oktober 2008

Klaus Mathis

Vorwort zur 2. Auflage

Die 1. Auflage dieses Buches – eine an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich verfasste Dissertation – ist auf unerwartet grosses Interesse gestossen. Es war schon bald absehbar, dass eine 2. Auflage notwendig sein würde. Diesen Anlass habe ich dazu benützt, den Inhalt zu überarbeiten und zu aktualisieren. Einerseits ist der wissenschaftliche Diskurs in der Zwischenzeit nicht stehen geblieben, so dass neue Literatur zu berücksichtigen war. Andererseits wurde diese Publikation – vor allem von Juristinnen und Juristen – als Grundlagenwerk zu „Law and Economics“ sehr geschätzt. Ich habe deshalb den Text mit zusätzlichen Beispielen angereichert und insbesondere den Schlussteil stark überarbeitet und erweitert. Dabei konnte ich nicht zuletzt auch meine Erfahrungen in der Regulierungsanalyse, die ich während meiner Tätigkeit im Staatssekretariat für Wirtschaft erworben habe, einbringen.

Ich liess mich bei meiner Arbeit immer von der Überzeugung leiten, dass interdisziplinäre Forschung nicht nur äusserst spannend, sondern auch von grossem praktischen Interesse ist: Erstens wird in den einzelnen Fachbereichen zwar sehr vieles immer genauer untersucht, die Beschäftigung mit grundlegenden Fragen und Zusammenhängen kommt dabei aber oft zu kurz. Der zweite Grund liegt am Umstand, dass der Wissenschaftsbetrieb in der Regel streng nach Disziplinen organisiert ist. Die Realität aber ist adisziplinär und hält sich nicht an fachliche Grenzen.

Gerade in den Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, die sich – wenn auch aus unterschiedlicher Optik – oft mit den gleichen gesellschaftlichen Gegenständen beschäftigen, ist fächerübergreifende Forschung deshalb von grossem Nutzen. Leider haben sich diese beiden Wissenschaften in den letzten Jahrzehnten methodisch stark auseinander entwickelt, obwohl sie früher häufig in einer gemeinsamen Fakultät angesiedelt waren. Hervorheben möchte ich in diesem Zusammenhang, dass der Wissenstransfer keine Einbahnstrasse sein soll: Nicht nur die Juristen können von den Ökonomen lernen, sondern auch die Ökonomen von den Juristen. Denn eine gute ökonomische Rechtsanalyse setzt neben den Methoden der Ökonomie auch eine entsprechende Sensibilität für das Recht und seine verschiedenen Funktionen voraus.

Bei dieser Gelegenheit danke ich allen, die mich zu meiner Forschung ermutigt haben, namentlich Prof. Walter Ott, Universität Zürich, Prof. Paul Richli, Universität Luzern, sowie Prof. Peter Nobel, Universität St. Gallen.

Vorwort zur 1. Auflage

In der Schweiz wird zur Zeit heftig darüber debattiert, ob der Flughafen Zürich wie bisher primär von Norden oder in Zukunft auch von Süden her angefliegen werden soll. Nehmen wir an, ein Gericht hätte die Streitfrage zu entscheiden, über welchem Gebiet – Norden oder Süden – die Anflüge stattzufinden hätten. Und dieses Gericht müsste sich dabei allein am Kriterium der volkswirtschaftlichen Effizienz orientieren, wobei Effizienz die Maximierung des gesellschaftlichen Reichtums bedeuten würde.

Im zu beurteilenden Fall ist das Gebiet nördlich des Flughafens relativ schwach, das Gebiet südlich davon hingegen sehr stark besiedelt. Allein schon aufgrund der entsprechenden Werte der Immobilien liesse sich voraussagen, dass der Südanflug den gesellschaftlichen Reichtum infolge der Lärmbelastung weit mehr beeinträchtigen würde als der Nordanflug, der über dünn besiedeltes Gebiet führt. Wenn allein der gesellschaftliche Reichtum zu maximieren wäre, müsste sich das Gericht folglich für den Nordanflug aussprechen. Diese Entscheidung wäre dann zwar volkswirtschaftlich effizient, aber wäre sie auch gerecht?

Die vorliegende Arbeit widmet sich – wie dieses Beispiel zeigt und wie der Titel programmatisch ankündigt – der provokativen Frage: Effizienz statt Gerechtigkeit? Es handelt sich um eine rechtsphilosophische Arbeit, die sich mit einem interdisziplinären Thema der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften befasst. Gegenstand der Arbeit ist die Ökonomische Analyse des Rechts, die im Hinblick auf ihre philosophischen Grundlagen untersucht wird. Eine zentrale Stellung nimmt dabei die Theorie der Reichtumsmaximierung von Richard A. Posner ein, die eine ausführliche Darstellung und kritische Würdigung erfährt.

An dieser Stelle danke ich allen, die mit wertvollen Hinweisen zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Insbesondere danke ich meinem Doktorvater Prof. Walter Ott, der diese Dissertation ermöglicht hat. Einen besonderen Dank verdienen auch meine Mutter und mein Vater, der im Frühling leider verstorben ist, für die moralische Unterstützung beim Verfassen der Arbeit.

Zürich, im August 2003

Klaus Mathis

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	17
<i>1. Teil</i>	
Ökonomische Grundlagen	21
§ 2 Der homo oeconomicus	21
A. Einleitung	21
B. Das ökonomische Paradigma	22
I. Die Knappheit der Ressourcen	22
II. Methodologischer Individualismus	23
III. Das Eigennutztheorem	23
IV. Die Rationalitätsannahme	25
V. Strenge Unterscheidung zwischen Präferenzen und Restriktionen ..	26
VI. Der homo oeconomicus als heuristische Fiktion	28
C. Grundprinzipien der Ökonomie	30
I. Das Nachfragegesetz	30
II. Nutzen- und Gewinnmaximierung	31
III. Der Markt sorgt für die optimale Allokation der Ressourcen	33
D. Modelle der Nutzen- und Gewinnmaximierung	35
I. Nutzenmaximierung des Haushaltes	35
II. Gewinnmaximierung der Unternehmung	38
1. Vollständige Konkurrenz	38
2. Das Angebotsmonopol	39
E. Kritik	42
I. Die unrealistischen Annahmen	42
1. Rationalitätsannahme	42
2. Eigennutztheorem	45
3. Unbegrenzte Willenskraft	47
II. Die Statik der Analyse	48
III. Der Reduktionismus	49
IV. Replik: Instrumentalismus	50
F. Fazit	52
§ 3 Effizienzkriterien	53
A. Einleitung	53
B. Paretoeffizienz	54
I. Begriff	55

1. Das Paretokriterium	55
2. Das Paretooptimum	55
II. Paretooptimum und Konkurrenzgleichgewicht	57
III. Kritik	58
1. Das Problem der Erstausrüstung	58
2. Externe Effekte	59
3. Die Statik der Analyse	60
4. Die Gefahr der Vermischung von positiver und normativer Theorie	61
C. Das Kaldor-Hicks-Kriterium	62
I. Begriff	62
II. Vergleich mit dem Paretokriterium	63
III. Kritik	66
1. Logische Inkonsistenz	66
2. Das Messproblem	68
3. Das Problem der fehlenden Entschädigung	69
4. Der Vorwurf des Kollektivismus	71
5. Keine Garantie für eine gesellschaftliche Nutzensteigerung	72
6. Die Frage der Konsensfähigkeit	72
D. Fazit	74
§ 4 Die Ökonomische Analyse des Rechts	75
A. Einleitung	75
B. Begriffe	75
I. Transaktionskosten	75
II. Verfügungsrechte („property rights“)	76
1. Property Rules	77
2. Liability Rules	77
C. Das Coase-Theorem	77
I. Begriff	77
II. Die reziproke Natur schädigender Handlungen	79
III. Absenz von Transaktionskosten	79
1. Verhandlungen sorgen für ein effizientes Ergebnis	79
2. Die Verhandlungslösung als Alternative zu staatlichen Eingriffen	81
3. Kritik	83
a) Die Annahmen sind unrealistisch	83
b) Vermögens- und Besitzeffekte beeinflussen die Allokation	83
c) Verhandlungen bedeuten nicht dasselbe wie Wettbewerb	84
IV. Berücksichtigung von Transaktionskosten	86
1. Die Wahl zwischen verschiedenen sozialen Arrangements	86
2. Die wichtige Bedeutung des Rechts	87
V. Praktische Umsetzung mittels Emissionszertifikaten	89
D. Anwendungen der Ökonomischen Analyse des Rechts	96

I.	Die Anreize von Haftungsregeln	96
1.	Einleitung	96
2.	Ein Modell zur Minimierung der sozialen Kosten von Unfällen	97
3.	Erklärung anhand eines Beispiels	98
4.	Einseitige Vorsichtsmassnahmen durch den Geschädigten	99
a)	Keine Haftung („no liability“)	100
b)	Gefährdungshaftung („strict liability“)	100
5.	Einseitige Vorsichtsmassnahmen durch den Schädiger	101
a)	Keine Haftung („no liability“)	101
b)	Gefährdungshaftung („strict liability“)	101
6.	Folgerungen	101
7.	Bilaterale Vorsichtsmassnahmen	102
a)	Haftung für Fahrlässigkeit („negligence“)	102
b)	Die Bestimmung des Fahrlässigkeitsmassstabs („Hand Rule“)	104
8.	Kritik	106
II.	Der effiziente Vertragsbruch	108
1.	Einleitung	108
2.	Vertragsbruch bei einem Doppelverkauf	108
a)	Ersatz des Vertrauensschadens („reliance damages“)	109
b)	Ersatz des Erfüllungsschadens („expectation damages“)	109
3.	Kritik	110
III.	Die optimale Bestrafung	111
1.	Einleitung	111
2.	Der rationale Delinquent	111
3.	Die optimale Kriminalitätsrate	111
4.	Kritik	112
IV.	Verhaltensökonomische Analyse des Wettbewerbsrechts	113
1.	Einleitung	113
2.	Kampfpreise	114
3.	Sekundärmärkte	116
4.	Produktkopplung	120
5.	Kritik	123
E.	Fazit	124

2. Teil

Philosophische Grundlagen

§ 5 Die Moralphilosophie von Adam Smith	125
A. Einleitung	125
B. Smiths Ethik	126
I. Das Selbstinteresse	127
II. Die Kontrollinstanzen des Selbstinteresses	127

1. Die Sympathie und der unparteiische Beobachter	127
2. Sozialethische Normen	129
3. Das positive Recht	129
4. Der Wettbewerb	129
III. Die Tugenden	130
C. Die unsichtbare Hand	131
D. Kritik	133
I. Das Adam Smith-Problem	133
II. Der unparteiische Beobachter	135
III. Individuelle versus kollektive Rationalität	136
§ 6 Jeremy Benthams Utilitarismus	142
A. Einleitung	142
B. Der Utilitarismus als normative Ethik	142
I. Der Utilitarismus als teleologische Theorie	142
II. Utilitätsprinzip und hedonistischer Kalkül	143
III. Die Abhängigkeit des Utilitarismus von einer Wertlehre	146
IV. Arten des Utilitarismus	147
1. Handlungs- und Regelutilitarismus	147
2. Nutzensummen- und Durchschnittsnutzenutilitarismus	148
3. Glücks- und Präferenzutilitarismus	149
4. Subjektiver und objektiver Utilitarismus	149
5. Positiver und negativer Utilitarismus	150
C. Kritik	151
I. Das Abgrenzungsproblem	152
II. Das Informationsproblem	152
III. Das Problem der Quantifizierung und des Nutzenvergleichs	153
IV. Die Vermischung von Sein und Sollen	155
V. Verantwortung für fremdes und eigenes Handeln	155
VI. Individuelles versus gesellschaftliches Wohl	156
VII. Das Problem der Verteilungsgerechtigkeit	157
VIII. Das Problem der Grundrechte	158
§ 7 Die Theorie der Gerechtigkeit von John Rawls	161
A. Einleitung	161
B. Die Gerechtigkeit als erste Tugend sozialer Institutionen	163
C. Das Gedankenexperiment	164
I. Der Urzustand	165
II. Anthropologische Prämissen	166
III. Der Schleier des Nichtwissens	167
IV. Die Maximin-Entscheidungsregel	167
V. Der Vierstufengang	168
VI. Das Überlegungsgleichgewicht	169
VII. Die beiden Gerechtigkeitsgrundsätze	169

1. Der erste Gerechtigkeitsgrundsatz: Der Freiheitsgrundsatz	169
2. Der zweite Gerechtigkeitsgrundsatz: Das Differenzprinzip	170
D. Kritik	174
I. Anthropologische Prämissen	174
II. Der Schleier des Nichtwissens	176
III. Die Maximin-Entscheidungsregel	176
IV. Das Überlegungsgleichgewicht	177
V. Das monologische Modell	178
VI. Der Universalismus	178
VII. Der Freiheitsgrundsatz	179
VIII. Das Differenzprinzip	179

3. Teil

Reichtum, Effizienz und Gerechtigkeit 183

§ 8 Richard Posners Theorie der Reichtumsmaximierung	183
A. Einleitung	183
B. Übersicht	184
C. Utilitarismus	184
D. Reichtumsmaximierung als Alternative zum Utilitarismus	185
I. Reichtumsmaximierung	186
1. Reichtum	186
2. Explizite und implizite Märkte	187
3. Tatsächliche und hypothetische Märkte	188
4. Protestantische Tugenden und unsichtbare Hand	190
5. Konsumenten- und Produzentenrente	191
6. Die Zahlungsbereitschaft bestimmt die Zuteilung der Ressourcen	192
7. Kaldor-Hicks-Effizienz als massgebendes Kriterium	194
8. Reichtumsmaximierung ist in der Praxis bereits verankert	195
II. Vergleich mit dem Utilitarismus	196
1. Das Abgrenzungsproblem	198
2. Das Messproblem	199
3. Das Problem der moralischen Ungeheuerlichkeit	200
4. Utilitarismus als Rechtfertigung für staatlichen Interventionismus	202
III. Anwendung der Reichtumsmaximierung auf ethische Fragen	203
1. Todesstrafe	203
2. Recht auf Privatsphäre	204
3. Märkte für Babys und menschliche Organe	205
4. Freiheit als Reichtum	206
IV. Kritik	206
1. Rationalität der Akteure	206

2. Logische Inkonsistenzen	208
3. Reichtumsmaximierung als Selbstzweck oder als Instrument? ..	209
4. Einkommensverteilung	212
5. Das Problem der unveräusserlichen Rechte	215
E. Konsenstheoretische Begründung der Reichtumsmaximierung	216
I. Die Quadratur des Kreises	217
II. Das Konzept der ex ante-Kompensation	218
III. Unterschiede zur Theorie von Rawls	219
IV. Kritik	220
F. Pragmatische Begründung der Reichtumsmaximierung	222
I. Aufgabe des Ausschliesslichkeitsanspruchs	223
II. Arbeitsteilung zwischen Rechtsprechung und Legislative	224
III. Moralische Intuitionen als ultimativer Test	224
IV. Wiederannäherung an den Utilitarismus	225
V. Die Verfassung als Sicherheitsnetz	226
VI. Rückzug in den Pragmatismus	226
G. Fazit	228
§ 9 Gerechtigkeit und Effizienz	230
A. Einleitung	230
B. Gerechtigkeit	231
I. Arten der Gerechtigkeit	231
II. Verteilungskriterien	232
1. Allen das Gleiche	232
2. Allen gemäss ihrer Gesinnung	233
3. Allen gemäss ihres Ranges	233
4. Allen gemäss des ihnen durch das Gesetz Zugeteilten	233
5. Allen gemäss ihren Bedürfnissen	234
6. Allen gemäss ihrer Leistung	234
III. Statischer versus dynamischer Begriff distributiver Gerechtigkeit ..	234
C. Effizienz	235
I. Begriff	235
II. Ist Effizienz überhaupt ein Ziel?	237
D. Einzelne Zielbeziehungen	237
I. Tauschgerechtigkeit und Effizienz	237
II. Korrektive Gerechtigkeit und Effizienz	239
III. Verteilungsgerechtigkeit und Effizienz	240
E. Trennung von Effizienz und Gerechtigkeit?	243
F. Fazit	247
§ 10 Schlussfolgerungen	248
Literaturverzeichnis	253
Personen- und Sachverzeichnis	267

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Nutzenfunktion	24
Abbildung 2: Grenznutzenfunktion	24
Abbildung 3: Nachfragekurve	30
Abbildung 4: Haushaltgleichgewicht	37
Abbildung 5: Angebotskurve	40
Abbildung 6: Marktgleichgewicht	40
Abbildung 7: Angebotsmonopol	41
Abbildung 8: Transformationskurve	56
Abbildung 9: Paretokriterium	64
Abbildung 10: Kaldor-Hicks-Test	65
Abbildung 11: Scitovsky-Paradoxon	67
Abbildung 12: Gesellschaftliche Kosten von Unfällen	98
Abbildung 13: Erwartete Kosten bei einem Sorgfaltsmassstab	103
Abbildung 14: Gesellschaftliche Kosten der Kriminalität	112
Abbildung 15: Rawls-Kurve	173
Abbildung 16: Konsumenten- und Produzentenrente	193
Abbildung 17: Vergleich von Wettbewerbsmarkt und Angebotsmonopol	196
Abbildung 18: Tradeoff zwischen Gerechtigkeit und Effizienz	242

§ 1 Einleitung

„Schüler:
Zur Rechtsgelehrsamkeit
kann ich mich nicht bequemen.
Mephistopheles:
Ich kann es euch so sehr nicht übel nehmen,
Ich weiss wie es um diese Lehre steht.
Es erben sich Gesetz' und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort;
Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte,
Und rücken sacht von Ort zu Ort.“¹

In Amerika haben sich in den letzten Jahrzehnten zahlreiche ökonomische Forschungsansätze entwickelt, die sich mit dem Recht befassen: z.B. die Property Rights-Theorie, die Transaktionskostenökonomik, die Public Choice-Theorie, Constitutional Economics und nicht zuletzt auch die Ökonomische Analyse des Rechts (Economic Analysis of Law).² Diese Ansätze beruhen auf dem ökonomischen Modell zur Erklärung des menschlichen Verhaltens. Heute fasst man die ökonomischen Rechtstheorien unter dem Sammelbegriff „Law and Economics“ zusammen. Die Ökonomische Analyse des Rechts ist die von der Chicago School und hauptsächlich von Richard A. Posner geprägte Forschungsrichtung, die sich vor allem mit dem Zivilrecht und teilweise auch mit dem Strafrecht befasst. Sie basiert auf den Erkenntnissen der Property Rights-Theorie und der Transaktionskostenökonomik. Die Ökonomische Analyse des Rechts stellt den interessanten und anspruchsvollen Versuch dar, anhand der Konzepte und Denkweisen der modernen Wirtschaftstheorie zu einem tieferen Verständnis rechtlicher Probleme und zu einer grösseren Rationalität der juristischen Argumentation zu gelangen.³ Ronald Coase:

„Much, and perhaps most, legal scholarship has been stamp collecting. Law and economics, however, is likely to challenge all that and, in fact, has begun to do so.“⁴

Während die Ökonomen gewohnt sind, in abstrakten Modellen zu denken und *deduktiv* an Probleme heranzutreten, gehen die Juristen in der Regel *induk-*

¹ Goethe, Faust I, Verse 1969 ff.

² Vgl. Richter/Furubotn, S. 35 ff.

³ Vgl. Behrens, S. 1.

⁴ Coase, Law and Economics, S. 254.

tiv vor: Sie lösen einen Fall, indem sie die Akten und die entsprechende gerichtliche Kasuistik studieren. Natürlich ziehen sie auch das Gesetz zu Rate, das generell-abstrakt formuliert ist. Mit dem Gesetz und den juristischen Denkmethode allein lassen sich rechtliche Probleme heute jedoch kaum mehr lösen; zu vielfältig ist die – ohnehin häufig ambivalente – Rechtsprechung inzwischen geworden. Die zunehmende Orientierung an der Fallgerechtigkeit gefährdet dabei die Rationalität der juristischen Argumentation. Treffend schreibt Carl Christian von Weizsäcker:

„[Die] grossen Juristen des neunzehnten Jahrhunderts [...] vermochten [noch] abstrakt zu denken. Dem heutigen über Jahrzehnte gewachsenen Gerechtigkeitskonkretismus in der Jurisprudenz [...] muss man demgegenüber mit Skepsis gegenüberstehen. [...] Viel wäre gewonnen, wenn unsere Nachbarwissenschaft, die Jurisprudenz, sich einiger der Analysemethoden der Ökonomie bemächtigen würde.“⁵

Viele Juristen glauben, man könne die Welt durch Paragraphen und Verwaltungsakte verbessern. Die Wirkungen staatlicher Eingriffe treten jedoch häufig nicht wie erwünscht ein, und es entstehen oft Nebeneffekte, an die niemand gedacht hat. Ein Grund für Fehllenkungen liegt nicht zuletzt darin, dass sich Juristen hauptsächlich an den *Zielen*, statt an den *Folgen* bestimmter Massnahmen orientieren.⁶ Und wenn sie Folgen überhaupt beachten, dann meistens nur die direkten Wirkungen, die im Einzelfall eintreten. Der bei dieser Methode auftretende Fehler besteht darin, dass von einer Wirkung, die in einem Einzelfall auftritt, auf die gleiche Wirkung im Gesamtsystem geschlossen wird, was natürlich häufig unzutreffend ist.⁷ Die Ökonomische Analyse des Rechts untersucht deshalb die Rechtsordnung systematisch hinsichtlich ihrer Wirkungen auf die Effizienz der gesamten Volkswirtschaft.

Die Anwendung ökonomischer Analysemethoden im Recht hat anfänglich bei manchen Juristen heftige Kritik hervorgerufen. Geradezu legendär ist die vehemente Ablehnung der Ökonomischen Analyse des Rechts durch Karl-Heinz Fezer:

„Die zwangsläufige Folge einer ökonomischen Rechtsanalyse ist ein verhängnisvoller Vorgang: die ökonomische Reduktion der Komplexität des Rechts. Der monokausale Theorieansatz verkürzt die Multifunktionalität des Rechtswesens. Das Recht wird um seine wesentlichen Aufgaben beschnitten. Um es noch deutlicher auszudrücken: *Ökonomische Rechtsanalyse und freiheitliches Rechtsdenken sind unvereinbar.*“⁸

Wenig schmeichelhaft ist ebenfalls die Qualifizierung der ökonomischen Rechtsanalyse durch Peter Gauch:

⁵ von Weizsäcker, S. 150.

⁶ Kleinewefers, S. 86 f.

⁷ Adams, S. 13.

⁸ Fezer, S. 823 (Hervorhebung durch den Verfasser).

„Sobald wir beginnen, das Recht in wirtschaftliche Daten aufzulösen, gelangen wir zu einem Recht ohne Qualität. Und was bleibt, ist schiere Wertlosigkeit.“⁹

Calabresi und Melamed geben zwar zu, dass die ökonomische Modellbildung nur einen spezifischen Aspekt des komplexen Phänomens Recht beleuchtet und dass die ökonomischen Modelle nicht immer adäquat seien. Doch weisen auch die traditionelle juristische Methode ihre Mängel auf und vermittele ebenfalls nur eine bestimmte Sicht der Dinge:

„Legal scholars, precisely because they have tended to eschew model building, have often proceeded in an ad hoc way, looking at cases and seeing what categories emerged. *But this approach also affords only one view of the Cathedral.*“¹⁰

Posner unterscheidet einen positiven und einen normativen Aspekt der Analyse. Der *positive Aspekt* der Ökonomischen Analyse des Rechts besteht in der Behauptung, dass sich das „Common Law“ am besten als System zur Steigerung der wirtschaftlichen Effizienz erklären lasse. „Statutory Law“ hingegen fördere die Effizienz weniger, obwohl auch dieses von ökonomischen Prinzipien beeinflusst sei.¹¹ Der *normative Aspekt* besteht in der Forderung, dass das Rechtssystem die ökonomische Effizienz zu fördern habe. Dieser zweite, normative Aspekt steht im Zentrum unseres Interesses. Nach Posner ist es die Aufgabe des Rechts, den Wettbewerb auf den Märkten zu fördern und dort, wo der Markt wegen zu hoher Transaktionskosten nicht funktioniert, *das Ergebnis von Wettbewerbsmärkten zu simulieren*. Dadurch würden die wirtschaftliche Effizienz und der Reichtum der Gesellschaft – was bei Posner letztlich dasselbe bedeutet – maximiert.

Die Ökonomische Analyse des Rechts stützt sich methodologisch einerseits auf das ökonomische Modell zur Erklärung des menschlichen Verhaltens und andererseits auf die Theorie der Wohlfahrtsökonomie. In einem ersten Teil werden – um den Juristinnen und Juristen das ökonomische Denken näher zu bringen – diese beiden Theorien sowie grundlegende Konzepte der Ökonomischen Analyse des Rechts (wie z. B. das Coase-Theorem) unter dem Titel „Ökonomische Grundlagen“ vorgestellt. In einem zweiten Teil wenden wir uns den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts zu. Posner beruft sich auf Adam Smith und Jeremy Bentham, die er als die Begründer der normativen Ökonomie betrachtet.¹² Von Smith übernimmt Posner den Glauben an den Markt als ideales Allokationsmodell – d. h. die Idee der unsichtbaren Hand („invisible hand“) – und von Bentham den ethischen Konsequentialismus, wobei Posner nicht den gesellschaftlichen Nutzen, sondern den gesellschaftlichen Reichtum maximieren will. Sein Konzept der *Reichtumsmaximie-*

⁹ Gauch, S. 2.

¹⁰ Calabresi/Melamed, S. 1127 f. (Hervorhebung durch den Verfasser).

¹¹ Posner, EAL 5, S. 26 ff.

¹² Posner, Legal Theory, S. 57.