

1. Einleitung

Immer noch bestehen viele Missverständnisse zwischen Ökonomen und Juristen. Die ökonomische Analyse des Rechts (im Folgenden ÖAR) ist ein heftig debattiertes Thema unter Juristen und Ökonomen (und Philosophen) sowohl in den Vereinigten Staaten als auch in Europa und mittlerweile weltweit, wenn auch mit unterschiedlicher Intensität. Insbesondere in Europa wird sie kritisch rezipiert, oftmals aufgrund der unterschiedlichen Rechtskulturen und Ausbildung der Juristen¹ und aufgrund des normativen Kriteriums der Effizienz.² Nun kann diese Diagnose aber bezweifelt werden, wenn die ökonomischen Analysen des Rechts – eine einheitliche ÖAR³ existiert nicht – differenzierter betrachtet und grundsätzlich in normative und positive Analyse⁴ getrennt werden.⁵ Eine solche Unterscheidung hilft zudem die Diskussion zwischen Juristen und Ökonomen zu erleichtern, genannte Missverständnisse zu vermeiden und die Teile, die für die Rechtswissenschaft nützlich sind, herauszufiltern. Die ÖAR liefert eine nützliche und notwendige Ergänzung der rechtswissenschaftlichen Methode, sie substituiert sie nicht.

Im Bereich der positiven Analyse, dh bei der Abschätzung der Folgen von Recht (Recht als *explanans*) mit Hilfe der Theorie der rationalen Wahl sowie der Verhaltensökonomik sowie der Erklärung, warum wir die Gesetze haben, die wir haben (Recht als *explanandum*), kann die Ökonomik zur juristischen Methodendiskussion einiges beitragen.⁶ In diesem Beitrag interessiert primär Recht als *explanans*,

1 Grechenig/Gelter, The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs German Doctrinalism, 31 Hastings Int'l & Comp L Rev (2008) 295.

2 Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip⁴ (2015); Mathis, Effizienz statt Gerechtigkeit?⁴ (2019).

3 Mercurio/Medema, Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism (1997) verstehen unter ÖAR alle Gebiete der Ökonomik, die sich mit Recht auseinandersetzen, so auch die Neue Institutionenökonomik, die Verfassungsökonomik, und ökonomische Theorie der Politik (Public-Choice) sowie die Transaktionskostenökonomik. Oft wird auch „Neue Institutionenökonomik“ als Oberbegriff verwendet, da sie sowohl rechtliche als auch soziale Normen analysiert. Die verschiedenen Ansätze vermischen sich sowohl bezüglich des Gegenstandsbereichs und der Fragestellung als auch bezüglich der Methoden. Eine strenge Trennung wäre daher weder sinnvoll noch möglich.

4 „Positiv“ wird als Gegenbegriff zu „normativ“ verstanden, dh „positiv“ umfasst die analytischen und empirischen Aussagen der Sozialwissenschaften. Diese grundsätzliche Unterscheidung folgt Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in Winkelmann (Hrsg), Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. (1988, zuerst 1904) 146, 160, 200, der zwischen „objektivem“ Erfahrungswissen (positiv) und Werturteilen (normativ) trennt. Heute würde wohl von intersubjektiv überprüfbarem Wissen statt von objektivem Wissen gesprochen werden.

5 Das bedeutet, dass die ÖAR auch ohne den normativen Teil (Effizienzanalyse) betrieben werden kann, so auch Kirchner, Regulierung durch öffentliches Recht und/oder Privatrecht aus der Sicht der ökonomischen Theorie des Rechts, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996) 63, 72 f. Insofern finden sich allerdings Missverständnisse, siehe dazu etwa Lepsius, Die Ökonomik als neue Referenzwissenschaft für die Staatsrechtslehre? Die Verwaltung (1999) 429, 431.

6 Der institutionelle Rahmen, innerhalb dessen die Bürger ihre Wahlhandlungen fällen, war lange Zeit nicht Gegenstand der Ökonomik. Dies änderte sich mit der Neuen Institutionenökonomik, der Konstitutionenökonomik und der ÖAR. Sie alle sehen Konstitutionen, Institutionen und Recht sowohl als explanandum als auch als explanans. Knapp formuliert: „Constitutions, institutions and law matter!“

denn es geht um die Rechtsanwendung und deren (Real-)Folgen. Menschliches Zusammenleben und die dafür geschaffenen Regeln beruhen notwendigerweise auf der Möglichkeit, zukünftige Ereignisse vorherzusagen, denn nur so kann planvoll gehandelt werden. Solche Vorhersagen bedürfen in irgendeiner Form allgemeiner und systematischer Hypothesen über Regel- und Gesetzmäßigkeiten, die es erlauben, Folgen abzuschätzen (nomologische Hypothesen). Mit anderen Worten: Normwirkungsanalysen und -prognosen werden gebraucht, unbestritten für die Gesetzgebung, aber auch für die Rechtsanwendung, vor allem, aber nicht allein für die obergerichtliche Rechtsfortbildung. Wird Recht als gesellschaftliches Steuerungsmittel verstanden, so ist der Einbezug der Sozialwissenschaften als Referenzwissenschaft⁷ in die Rechtswissenschaft unerlässlich. Die positive ÖAR bietet mit der Verhaltenstheorie der rationalen Wahl eine geeignete Theorie zur Folgenermittlung in der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung, wenn auch die Erkenntnisse der Verhaltensökonomik mit einbezogen werden.

In einen ersten Schritt wird die ÖAR in die Erkenntnisstruktur der Rechtswissenschaft im Allgemeinen eingeordnet (2.), um sodann im Besonderen auf die Rechtsanwendungswissenschaft und insbesondere die Interpretationsmethoden einzugehen und den Beitrag der ÖAR zu verdeutlichen (3.). Danach erfolgt eine zusammenfassende Würdigung (4.).

2. Erkenntnistheorie in der Rechtswissenschaft

Ökonomen trennen zwischen normativen und positiven (analytischen und empirischen) Aussagen; dies rührt vom Einfluss *Max Webers* und *Karl Poppers* her, die die wissenschaftstheoretische Grundlage für die moderne Ökonomik geliefert haben. Eine wissenschaftstheoretische Dreiteilung kann auch in der Rechtstheorie gefunden werden, entwickelt von *Hermann Kantorowicz*,⁸ und zwar wenn die verschiedenen Aussagen in der Rechtswissenschaft kategorisiert werden sollen.

Die Beschäftigung mit Recht kann im Hinblick auf drei unterschiedliche Erkenntnisziele der Wert-, Norm- und Realwissenschaft erfolgen. Diese Erkenntnisziele wiederum können zum einen auf einer generalisierenden Ebene, zum anderen auf einer individuellen Ebene behandelt werden. Eine solche weitergehende Unterscheidung ist sinnvoll, weil nur so die verschiedenen rechtswissenschaftlichen Ansätze eingeordnet werden können und auch der Platz der Aussagen der ÖAR um einiges deutlicher wird. Zusammenfassend soll diese Kategorisierung (unter Einbezug der ÖAR) in einem Schaubild veranschaulicht werden:

⁷ *Lepsius* (FN 5) 429.

⁸ *Kantorowicz*, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, in *Verhandlungen des ersten deutschen Soziologentages vom 19. bis 22. Oktober 1910 in Frankfurt am Main* (1969) 275, <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoa-187924> (13.1.2020).

	Wertwissenschaft	Normwissenschaft/ Rechtsanwendungs- wissenschaft	Realwissenschaft
Generalisierende Erkenntnis	Rechtsphilosophie Gerechtigkeit, Effizienz etc (normative ÖAR)	Auslegungsmethoden: Für ÖAR wichtig: Teleologie Folgenorientierung Komparatives Argument Verhaltensmäßigkeit Effet Utile	Rechtssoziologie Anthropologie Positive ÖAR Politikwissenschaft
Individualisierende Erkenntnis	Rechtspolitik	Dogmatik	Empirische Forschung Rechtstatsachen- forschung

Abb 1: Erkenntnistrialismus in der Rechtswissenschaft

Diese drei Säulen der Erkenntnis liegen nicht getrennt voneinander, sondern beeinflussen sich gegenseitig. Die (normative) ÖAR kann zum einen im wertwissenschaftlichen Bereich diskutiert werden, wenn es um die Frage geht, welche Ziele eine Rechtsordnung verfolgen sollte (etwa Effizienz); dies wird unten unter 2.1. nur kurz diskutiert; die Realwissenschaft wird insbesondere bei der Rechtspolitik (Gesetzesfolgenabschätzung) gebraucht. Zum anderen, und vorliegend von Interesse, ist der Einfluss der Realwissenschaft (2.2.) auf die Norm- bzw Rechtsanwendungswissenschaft und ihre Interpretationsmethoden und damit auch auf die Dogmatik (3.).

2.1. Normative Analyse

Wird der normative Teil der ÖAR betrachtet, so befinden wir uns bei der Diskussion um „Effizienz als Rechtsprinzip“. Die normative Analyse fragt nach, wie Recht gestaltet werden sollte; welches die Ziele des Rechts sein sollten, denn Recht und seine Folgen müssen auch (rechtspolitisch) bewertet werden. Bei dieser Fragestellung spielt die ÖAR auf dem Gebiet der Rechtsphilosophie bzw der Rechtspolitik eine Rolle. Oftmals werden Gerechtigkeit und Effizienz als Beurteilungskriterien von Recht gegenübergestellt. Recht solle (allokations-)effizient sein – so die Ökonomen; Recht solle gerecht sein – so die Rechtswissenschaftler. Somit stellt sich die Frage, was unter Effizienz bzw unter Gerechtigkeit zu verstehen ist.⁹ In den Definitionen liegen denn auch die Probleme bei den von der ÖAR gewählten Beurteilungskriterien im normativen Bereich. Nun ist dieser Begriff aber sehr schillernd und umstritten, auch unter Ökonomen, denn alles hängt von den gewählten Vorteils- und Nachteilkategorien ab. Effizienz im technischen Sinne

⁹ Siehe umfassend Mathis (FN 2).

ist zunächst nur eine Maßgröße für das Verhältnis der eingesetzten Mittel (Kosten, Ressourcen, Rechte etc) zu dem erzielten Erfolg (Nutzen, Ziele, Rechte etc), wobei eine Folgenabschätzung der Mittel wegen der immanenten Zweck-Mittel-Rationalität immer impliziert ist. Die Breite des Begriffs spiegelt die Breite der Verwendungen wider: in der Betriebswirtschaft wie im Haushaltsrecht geht es um monetär zu bewertende Güter, in gesellschaftstheoretischen oder öffentlich-rechtlichen Fragestellungen geht es um „Gemeinwohleffizienz“, die erheblich weitere Kosten-Nutzen-Dimensionen erfassen soll. Eine Beurteilung von Rechtsnormen in allen Rechtsbereichen allein aufgrund des Kriteriums der Allokationseffizienz (sei es als Pareto-Effizienz oder Kaldor-Hicks-Effizienz) oder auch der Reichtumsmaximierung (so die alte Chicago-Schule der 1970er Jahre) wird als moralphilosophisch unzureichend und mit dem traditionellen, teilweise noch wertethischen, jedenfalls aber deontischen Denken der Rechtswissenschaft, insbesondere in Europa, als inkompatibel betrachtet.

Daher wird ua vorgeschlagen, die Allokationseffizienz mit dem Konsenskriterium der Verfassungsökonomik zu vertauschen. Die Ordnungsökonomik greift normative Fragestellungen explizit auf, welche die (Wohlfahrts-)Ökonomie bislang „eher in Optimierungskalkülen (mit zweifelhafter normativer Grundlage) versteckt hatte“.¹⁰ Effizienz kann demgemäß – im Gegensatz zu den wohlfahrts-ökonomischen (und utilitaristischen) Ansätzen – nicht unabhängig von den individuellen (Wahl-)Handlungen definiert werden. Regeln, die – aus individueller Sicht – einen positiven Wert für Individuen besitzen, werden als effizient betrachtet, wenn und weil sie in der Lage sind, Einstimmigkeit zu erreichen.¹¹ Es wird von einem Gleichklang zwischen individueller Nutzenmaximierung und überindividueller Richtigkeit ausgegangen.¹² Die Einstimmigkeit sichert die Verbesserung und schließt gleichzeitig eine Verschlechterung von Akteuren aus. Hier finden wir wiederum den Gedanken des Pareto-Prinzips bzw Volenti-non-fit-iniuria-Prinzips. Problematisch im nationalen Recht ist hierbei, dass Einstimmigkeit in aller Regel nicht zu erreichen ist, jedoch bei der Vertragsauslegung eine Rolle spielen kann.

Ebenso kann ein formeller Effizienzbegriff zugrunde gelegt werden,¹³ der im Rahmen der Entscheidungstheorie in der Lage ist, rechtsimmanente Prinzipien zu

10 Homann/Kirchner, Ordnungsethik, in Herder-Dorneich/Schenk/Schmidtchen (Hrsg), Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, Bd 14 (1995) 189, 193.

11 Hier finden wir auch den Gegensatz zu der Pareto-Effizienz gemäß der Wohlfahrtsökonomie. Dazu: Coleman, Constitutional Contractarianism, Constitutional Political Economy (1990) 135, 143: „If, on grounds of utility or welfare, *P* is preferable to *R*, then we might expect people to choose *P* over *R*. If however, for whatever reason, they choose *R* over *P* then that is the end of it; *R*, not *P* is efficient.“

12 Buchanan, Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy, Journal of Law and Economics (1959) 124, 134.

13 Van Aaken, Rational-Choice in der Rechtswissenschaft (2003).

inkorporieren, und so die gewichtigsten Einwände gegen die normative ÖAR entkräften kann. Die normative Entscheidungstheorie ist eine interdisziplinäre Forschungsrichtung, die Strukturen rationalen Entscheidens aufzeigt und somit eine formale Basiswissenschaft bildet. Bei der normativen Entscheidungstheorie geht es um formale Regeln und Strategien für ein richtiges Entscheiden. Sie zerlegt einzelne Entscheidungs- und Bewertungsschritte und ermöglicht so die oftmals in der Rechtswissenschaft geforderte Transparenz, da sie die Strukturen und den unterschiedlichen wissenschaftstheoretischen Status von juristischen Argumenten in Entscheidungen aufdeckt. Die normative Entscheidungstheorie ist als formale Entscheidungsgrundlage insbesondere dann von Bedeutung, wenn die Folgenorientierung in der Rechtsanwendung anerkannt wird. Sie bildet durch den Einbezug der Wirklichkeitszusammenhänge durch Hypothesen quasi die natürliche Ergänzung derselben. Es geht hierbei primär um eine Kombination von Wert-rationalität und Zweckrationalität: Zweckrationalität bezieht sich auf die Entscheidung, die relativ zu einem gegebenen Zweck (oder Zwecksystem, welches seinerseits wertrational sein kann) als rational gilt, wenn sie die Wahrscheinlichkeit und/oder das Ausmaß der Erreichung der Zwecke optimiert und dabei am wenigsten Kosten durch Neben-, Fern- und Folgewirkungen bei anderen relevanten Zielen bewirkt. Es ist eine Kombination von positiver (Mittel und Zielerreichung) und normativer Analyse (Zwecke und Ziele). Diese Form ist die einfachste Darstellungsweise der Entscheidungstheorie, die genanntes Anliegen formal ausarbeitet und ein Optimierungsverfahren anwendet. Hier wird auch schon deutlich, dass die Entscheidungstheorie ihre Bedeutung nicht primär in der Gesetzesanwendenden Subsumtion erlangt, sondern in Abwägungsvorgängen. Um mit Alexy zu sprechen: „Die Legitimität der Abwägung im Recht hängt von deren Rationalität ab. Je rationaler die Abwägung ist, desto legitimer ist das Abwägen. Über die Rationalität der Abwägung aber entscheidet deren Struktur.“¹⁴ Die Entscheidungstheorie wird denn auch von Juristen als Denkmodell vorgeschlagen, auch für die Rechtsanwendung.¹⁵ Wichtig ist vor allem, dass ÖAR in der Rechtsanwendung angewendet werden kann, ohne einen umstrittenen Effizienzbegriff aus der alten Wohlfahrtsökonomie zu beleben.

14 Alexy, Die Gewichtsformel, in Jickeli/Kreutz/Reuter (Hrsg), GedS Jürgen Sonnenschein (2003) 771.

15 So Priester, Rationalität und funktionale Analyse (1970) 457; Schlink, Inwieweit sind juristische Entscheidungen mit entscheidungstheoretischen Modellen zu erfassen und praktisch zu bewältigen? in Albert/Luhmann/Maihofer/Weinberger (Hrsg), Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft, Bd 2 (1972) 322; mwN für rechtsanwendungsspezifische Probleme Kilian, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung (1974); Wälde, Juristische Folgenorientierung. „Policy Analysis“ und Sozialkybernetik (1979) verwendet die Entscheidungstheorie für die Gesetzgebung und die Rechtsanwendung. Als Modell für Verwaltungsentscheidungen vgl Wimmer, Dynamische Verwaltungslehre (2004) 287.

2.2. Positive Analyse

Unter positiver Analyse des Rechts bzw Realwissenschaft werden hier alle sozialwissenschaftlichen Ansätze verstanden, die sich mit Recht analytisch und empirisch auseinandersetzen. Es geht mithin um die Bereiche, die sich mit Beschreibung, Erklärung und Prognose von menschlichem Verhalten bezüglich Rechtsnormen beschäftigen.¹⁶ Die positive ÖAR ist somit Realwissenschaft. Die Ökonomik, insbesondere im Bereich der analytischen und empirischen Analyse (also die Theorie der rationalen Wahl), wird oftmals als die am besten entwickelte Sozialwissenschaft bezeichnet¹⁷, und sie bietet ein Verhaltensparadigma an, welches besonders geeignet ist, rechtswissenschaftlichen Fragestellungen Hilfe zu leisten. Daher soll zunächst das ökonomische Verhaltensmodell vorgestellt und seine Weiterentwicklungen im Rahmen der Verhaltensökonomik beschrieben werden.

2.2.1. Rational-Choice als Verhaltensmodell

Menschliches Verhalten wird in dem Standardmodell der Ökonomik als rationale Wahl eines Individuums zwischen Alternativen verstanden, sog Rational-Choice-Modell. Ein Akteur ist dann rational, wenn er seinen erwarteten Nutzen unter Restriktionen maximiert (Erwartungsnutzentheorem¹⁸) oder satisfiziert¹⁹.

Das Modell beruht damit auf zwei Prämissen, die trotz der verschiedenen Weiterentwicklungen grundlegend unangetastet geblieben sind:

(1) Menschen handeln gemäß ihren Präferenzen, die als stabil angenommen werden. Die Präferenzen enthalten die Wertvorstellungen des Individuums, wie sie sich im Sozialisationsprozess entwickelt haben. Sie können unproblematisch auch außermärkliche Komponenten wie Ansehen, Macht, Wissen etc enthalten. Sie sind grundsätzlich unabhängig von den aktuellen Handlungsmöglichkeiten.²⁰ Diesen Präferenzen entsprechend bewertet das Individuum die ihm zur Verfügung stehenden Wahlmöglichkeiten, dh es wägt Vor- und Nachteile, Kosten und Nutzen der einzelnen Alternativen gegeneinander ab. Das Individuum ist in der Lage, seinem relativen Vorteil gemäß zu handeln.

16 Siehe zu dieser Auffassung der Aufgaben der Soziologie Weber (FN 4) 183.

17 Zu dieser Qualifizierung siehe Wilson, Consilience: The Unity of Knowledge (1998) 195: „*This discipline (economics; Ann d Verf) [...] deserves the title often given to it, Queen of the social science.*“

18 Das Erwartungsnutzentheorem (expected utility) besteht aus drei Komponenten: 1) Das Verhalten wird beeinflusst von dem subjektiven Wert, den ein Individuum mit den Konsequenzen verbindet, die aus seinem Verhalten resultieren können; 2) die subjektiven Wahrscheinlichkeiten, mit denen ein Individuum das Eintreten der Konsequenzen beurteilt, die mit seinem Verhalten verbunden sind, beeinflussen sein Verhalten; 3) der Einfluss des subjektiven Wertes und der subjektiven Wahrscheinlichkeit auf das Verhalten sind interdependent.

19 Nach Simon maximieren Individuen nicht, sondern satisfizieren nur, dh sie sind nur begrenzt rational und streben nur befriedigende, nicht maximale Lösungen an, in Simon, Models of Man (1957).

20 Kirchgässner, Homo Oeconomicus (1991) 13 f.