

## § 26 Von der Ökonomischen Analyse des Rechts zur Verhaltensökonomik

I.	Ökonomische Analyse des Rechts (ÖAR) .....	2
1)	Zur Entwicklung der ÖAR .....	2
2)	Basisannahmen .....	3
3)	Die Theorie der Verfügungsrechte (property rights) .....	4
4)	Der Transaktionskostenansatz .....	6
5)	Die Principal-Agent-Theorie .....	6
6)	Die Theorie der Firma .....	7
7)	»Governance«-Strukturen der Wirtschaft .....	8
8)	Coase Theorem und Haftungsregeln .....	12
9)	Theorie der Relitigation .....	15
II.	Behavioral Economics .....	17
III.	Heuristiken und kognitive Täuschungen .....	19
IV.	Vom homo oeconomicus zum homo juridicus? .....	22
V.	Re-Rationalisierung durch Recht? .....	24
1)	Zur Relevanz der Verhaltensökonomik für die Rechtspraxis .....	24
2)	Nudging als »Liberaler« Paternalismus .....	25

**Zeitschriften:** Die führende Zeitschrift ist das in Chicago erscheinende Journal of Law and Economics (seit 1958). Etwas breiter auf Interdisziplinarität angelegt ist das Journal of Legal Studies, Chicago (seit 1972). Ferner Journal of Law, Economics and Organization; International Journal of Law and Economics; Research in Law and Economics.

## § 26 Von der Ökonomischen Analyse des Rechts zur Verhaltensökonomik

**Literatur:** *Michael Adams*, Ist die Ökonomie eine imperialistische Wissenschaft? Jura 1984, 337-349; *ders.*, Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte, 1980; *ders.*, Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Abhandlungen des Vereins für Socialpolitik 1984; *ders.*, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, 1984; *Heinz-Dieter Assmann/Christian Kirchner/Erich Schanze*, Ökonomische Analyse des Rechts, 2. Aufl. 1993; *Peter Behrens*, Die Ökonomischen Grundlagen des Rechts, 1986; *Horst Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Aufl. 2005; *ders.*, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216 – 224; *ders.*, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, JZ 1999, 53-61; *Christoph Engel* u. a. (Hg.) Recht und Verhalten, 2007; *Markus Englerth*, Verhaltensökonomie, in: *Emanuel V. Tonfigh* u. a. (Hg.), Ökonomische Methoden im Recht, 2010, 165-199; *Kristoffel Grechenig/Martin Gelter*, Divergente Evolution des Rechtsdenkens – Von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 72, 2008, 513-561; *Werner Z. Hirsch*, Law and Economics, New York 1979; *Hein Kötz/Hans-Bernd Schäfer*, [Judex oeconomicus – 12 höchstrichterliche Entscheidungen kommentiert aus ökonomischer Sicht](#), German Working Papers on Law and Economics 12, 2003; *Lewis Kornhauser*, [The Economic Analysis of Law](#), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2006; *Stefan Magen*, Gerechtigkeit als Proprium des Rechts. Eine deskriptive Theorie auf empirischer Grundlage 2010; *Richard Posner*, Economic Analysis of Law, 1977, 9. Aufl. 2014.

**Internet:** *Edgar Brian Butler*, The Internet Encyclopedia of Philosophy, Artikel »Law and Economics, URL: <http://www.iep.utm.edu/l/law-econ.htm>; Encyclopedia of Law and Economics; URL: <http://encyclo.findlaw.com/index.html> (Hochkarätige, aber etwas veraltete Website); *Benjamin E. Hermalin/Avery W. Katz/Richard Craswell*, The Law and Economics of Contracts, Handbook of Law and Economics, 2006, als Working Paper bei SSRN: <http://ssrn.com/abstract=907678>; *Louis Kaplow/Steven Shavell*, Economic Analysis of Law, in: Handbook of Public Economics, Bd. 3, 2002, S. 1661-1784, URL: [http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/99\\_Economic\\_analysis\\_of\\_law.pdf](http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/99_Economic_analysis_of_law.pdf); *Richard Thaler, Sendhil Mullainathan, Daniel Kahneman*, A Short Course in Behavioral Law and Economics, 2008: URL: [http://www.edge.org/3rd\\_culture/thaler\\_sendhil08/class1.html](http://www.edge.org/3rd_culture/thaler_sendhil08/class1.html).

### I. Ökonomische Analyse des Rechts (ÖAR)

#### 1) Zur Entwicklung der ÖAR

Alles hat Vorläufer. Rechtsökonomische Ideen lassen sich bereits bei *Machiavelli* und bei *Adam Smith* finden. In Deutschland gab es seit dem 19. Jahrhundert die Tradition einer Staatswissenschaft, und in den Universitäten bildeten die Juristen oft mit den Ökonomen die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät. Für die USA repräsentieren *Thorstein Veblen* (1857-1929) und *John R. Commons* (1862-1945) die so genannte Alte Institutionenökonomik. Doch **als Startsignal der ÖAR gilt die Entdeckung der Transaktionskosten durch den späteren Nobelpreisträger Ronald Coase**

im Jahre 1937 in einem Aufsatz über die Theorie des Unternehmens (The Nature of the Firm). Zum Zentrum der ÖAR wurde bald die University of Chicago. Seit 1958 erscheint dort das Journal of Law and Economics, in dem *Coase* 1960 einen zweiten bahnbrechenden Aufsatz veröffentlichte, The Problem of Social Cost, der das später nach dem Autor benannte Coase-Theorem beschreibt. Die Ideen lagen damals sozusagen in der Luft. Ohne Kenntnis des zweiten Aufsatzes von *Coase* veröffentlichte *Guido Calabresi* 1961 im Yale Law Journal einen Aufsatz über »Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts«, der einen ähnlichen Ansatz verfolgte. Und die 1965 veröffentlichte Arbeit von *Armen A. Alchian* über »Some Economics of Property Rights«, die als weiterer »Gründungsbeitrag« der ÖAR gilt, kursierte als Manuskript schon in den 1950er Jahren.

## 2) Basisannahmen

Dem Namen nach könnte man von der ÖAR Aufschlüsse über das Verhältnis von Recht und Wirtschaft erwarten. Doch **der Name täuscht**. Es geht nicht um die Wirtschaft im engeren Sinne, sondern darum, an alle Rechtsphänomene den Maßstab einer im Hinblick auf Nutzenmaximierung rationalen Handlungswahl anzulegen. So haben bereits die Pioniere der ÖAR ihre Methode auf Gegenstände gerichtet, die mit dem, was die Wirtschaftswissenschaft sonst behandelt, wenig zu tun haben. Bahnbrechend war eine Arbeit von *Gary S. Becker*, die 1968 erstmals die ÖAR auf die Kriminalität anwandte.<sup>1</sup>

- Die ÖAR arbeitet mit zwei **Basisannahmen**:
- Menschen wählen ihre Handlungen rational in dem Sinne, dass sie mit möglichst geringen Kosten den höchsten Nutzen erzielen.
- Rechtsnormen erhöhen oder verringern die Kosten bestimmter Handlungen; sie wirken also wie (versteckte) Preise oder Subventionen.

Will man weniger Kriminalität, so muss man den Preis, also die Strafe, heraufsetzen. Will man mehr Produktsicherheit, so muss man die Kosten fehlerhafter Produkte erhöhen, also die Produzentenhaftung verschärfen. Will man eine größere Kinderzahl, kann man das Kindergeld aufstocken. Dieses Modell ist einleuchtend und funktioniert auch bis zu einem gewissen Grade sehr gut. Doch es stößt an Grenzen.

- Menschen entscheiden nicht immer rational, sondern folgen ihren Emotionen.

---

<sup>1</sup> Crime and Punishment: An Economic Approach, Journal of Political Economy 76, 1968, S. 169-217. Für weitere Beispiele vgl. das »Review Symposium on Law and Economics«, Law & Social Inquiry 29, 2004, 219-298; dort insbesondere *Claire A. Hill*, Law and Economics in the Personal Sphere (S. 219-260) über *Richard Posner*, Sex and Reason, Harvard University Press, 1992. Ferner *Scott Coltrane/Randall Collins*, Sociology of Marriage & the Family. Gender, Love, and Property, 5. Aufl. 2001; *Eric Posner*, Law and Social Norms, Harvard University Press 2000; *Robert Frank*, Luxury Fever, Free Press, New York, 1999.

§ 26 *Von der Ökonomischen Analyse des Rechts zur Verhaltensökonomik*

- Menschen handeln in der Regel unter unvollständigen Informationen.
- Menschen verarbeiten ihre Informationen mit Hilfe von Heuristiken, die im Einzelfall zu irrationalen Ergebnissen führen können.
- Recht kann noch eine andere, eher mittelbare Wirkung haben, indem es Einstellungen, Präferenzen oder vielleicht sogar das Gewissen verändert. Das sind die symbolischen und kulturellen Effekte des Rechts.

Die ÖAR ist **in den USA zur dominierenden Hintergrundtheorie der Juristen** geworden. Sie liefert, soweit das Recht keine Lösungen bereithält, normative Kriterien für Auslegung und Rechtsfortbildung. In Deutschland herrscht dagegen eine antikonsequentialistische Grundeinstellung, die keinen Bedarf für externe Kriterien für die Entscheidung von Rechtsfragen sieht.

Die ÖAR ist eine **modellhafte Handlungstheorie mit normativem Hintergrund**. Die ÖAR geht von drei Modellannahmen aus, die in ihrer Kombination den berühmtesten *homo oeconomicus* beschreiben:

- Menschen handeln aus Eigennutz.
- Der Eigennutz zeigt sich in feststehenden und geordneten Präferenzen.
- Menschen treffen ihre Entscheidungen, mit denen sie unter den gegebenen Restriktionen ihren Nutzen maximieren, unter dem Gesichtspunkt zweckrationaler Mittelwahl.

Diese Annahmen machen es möglich, das Handeln der Akteure mathematisch zu formalisieren. Normativ ist die ÖAR, weil sie für sich in Anspruch nimmt, mit der ökonomischen Effizienz das im Zweifel entscheidende Kriterium für die Beurteilung rechtlicher Regelungen und für die Lösung von Rechtskonflikten zu liefern. Schließlich ist diese Theorie handlungstheoretisch, weil sie vom (rationalen) Akteur ausgeht und von dessen individuellem Handeln auf kollektives Verhalten schließt.

Viele **für die ÖAR relevanten Theorien firmieren heute als Institutionenökonomik** (u. § 63). Sie befassen sich mit der Erklärung sozialer Institutionen, die für die Produktion, Distribution und Konsumtion knapper Güter relevant sind. Die prominenteste Institution dieser Art ist der Markt, der zu seiner Funktion als weitere Institutionen eine Eigentums- und eine Vertragsordnung voraussetzt. Zur Erklärung dienen insbesondere die Theorie der Verfügungsrechte (*property rights*), der Transaktionskostenansatz und die *Principal-Agent-Theorie*.

### **3) Die Theorie der Verfügungsrechte (*property rights*)**

Am deutlichsten wird die Verbindung zwischen Recht und Wirtschaft im *Property-Rights-Ansatz* sichtbar. Er befasst sich nicht mit Gütern oder Ressourcen als solchen, sondern mit den Rechten, über Güter und Ressourcen zu verfügen, mit den sog. *property rights*. Er betrachtet Güter als Bündel von Rechten, und es geht darum,

diese Rechte in einer Weise zu verteilen, in der die Güter den größten möglichen Gesamtnutzen für alle Mitglieder der Gesellschaft stiften. **Das Eigentum wird danach als ein Bündel von vier »Verfügungsrechten« bestimmt**, dem Recht auf den Gebrauch der Sache, dem Recht auf die Erträge der Sache, dem Recht zur Veränderung der Sachsubstanz bis hin zur Zerstörung sowie dem Recht auf Übertragung des Eigentums oder einzelner Nutzungsmöglichkeiten.

Unter der Voraussetzung beschränkten Wissens garantieren der Egoismus der Individuen und die von ihm gespeiste Erfindungsgabe eine effiziente Nutzung der prinzipiell knappen Ressourcen. Um diesen Effekt zu optimieren, sollten alle Dinge im Eigentum von Individuen stehen (**Universalität der Verfügungsrechte**), ausschließlich vom individuell Berechtigten genutzt werden dürfen (**Exklusivität des Eigentums**) und jederzeit ganz oder teilweise übertragbar sein.

Auch die **Stückelung der Verfügungsrechte** ist wichtig. Die wiederholte Realteilung von Grundstücke im Zuge der Erbfolge hat immer wieder zu Streubesitz geführt, der sich nur schwer wirtschaftlich nutzen lässt. Vielfach ist durch sog. Umlegungsverfahren Abhilfe geschaffen worden. Vorbeugen sollen Bestimmungen des Landwirtschaftsrechts und des Planungs- und Baurechts, die Teilungen unter Genehmigungsvorbehalt stellen. Beispiel für eine nicht unproblematische Stückelung ist auch das Wohnungseigentumsrecht. Im Großen und Ganzen hat sich die Aufteilung von Gebäuden als »Stockwerkseigentum« wohl als Erfolgsgeschichte erwiesen. Aber nicht selten erschwert sie doch die Bewirtschaftung, Modernisierung oder Umnutzung.

Die **Übertragbarkeit der Verfügungsrechte** sorgt dafür, dass alle Güter im Tauschwege an den Ort des größten Bedarfs gelangen, also dorthin, wo aus ihnen der größte Nutzen gezogen wird. Oft lässt sich der Nutzen dadurch vergrößern, dass die Übertragung nur auf Zeit oder nur partiell erfolgt, etwa indem Eigentum vermietet oder verpachtet wird oder für die Nutzung von Patenten beschränkte Lizenzen erteilt werden. Ökonomen zögern auch nicht, davon zu reden, dass Arbeitnehmer in Arbeitsverträgen ihr »Humankapital« ausleihen.

Die Anreizwirkung hängt nicht zuletzt von der **Ausschließlichkeit der Verfügungsrechte** ab. Viele Verfügungsrechte sind durch staatliche Eingriffe »verdünnt«. Das gilt besonders für das Grundeigentum. Der Eigentümer darf sein Grundstück nicht beliebig bebauen, er darf sein Haus, etwa wenn es unter Denkmalschutz steht, nicht beliebig renovieren, und auch Mietverträge kann er nur begrenzt gestalten und schon gar nicht beliebig kündigen. (»Beliebigkeit« setzt natürlich immer voraus, dass man am Markt überhaupt einen Partner finden würde.)

Bei der Durchführung vieler Verträge besteht die **Gefahr des Opportunismus** eines oder beider Vertragsteile. Zwiespältig wirkt deshalb die zeitweise Übertragung von Nutzungsrechten. Die Vermietung eines Grundstücks kann für beide Teile lohnend sein und damit Wohlfahrtsgewinne bringen. Sie erzeugt aber auch negative An-

reize, denn wer nur mietet oder pachtet, könnte versuchen, die Sache unter Verzicht auf Investitionen zur Verbesserung oder jedenfalls zur Substanzerhaltung auszubeuten. Auch wer anderen seine Arbeitskraft überlässt oder ihre Geschäfte führt, wird nicht immer mit vollem Einsatz arbeiten, wenn die Früchte der Arbeit dem Unternehmer zugutekommen. **Das Vertragsproblem und das Agenturproblem bilden die wichtigsten Baustellen des Transaktionskostenansatzes.**

#### **4) *Der Transaktionskostenansatz***

Verträge kann man allgemein als Instrument zur Übertragung oder Veränderung von Verfügungsrechten = Transaktionen verstehen. **Verträge sind jedoch nicht ohne Kosten zu haben.** Wer einen Vertrag schließen will, muss einen Anbieter suchen, er muss sich einen Eindruck von der Zuverlässigkeit des Anbieters und der Qualität des Angebots verschaffen und sich auch über andere mögliche Anbieter informieren. Rückt die Entscheidung für einen Vertragsschluss näher, so ist Arbeit in den Entwurf und die Aushandlung eines Vertrages zu investieren. Nach dem Vertragsschluss muss der Stand der Vertragserfüllung überwacht und die Erfüllung notfalls erzwungen werden. Dieser mit dem Abschluss und der Abwicklung des Vertrages verbundene Aufwand, begründet die sogenannten Transaktionskosten, die von den Kosten etwa der Produktion oder des Transports von Gütern zu unterscheiden sind. Man kann sie ganz grob in Informationskosten, Entscheidungskosten, Kontrollkosten und Sanktionskosten einteilen. Die Transaktionskosten wachsen mit der gesellschaftlichen Differenzierung (Arbeitsteilung und Spezialisierung).

**Das Recht hat großen Einfluss auf die Höhe der Transaktionskosten:** Wer einen Fernseher kaufen will, muss sich vergewissern, dass die Qualität des Geräts seinen Ansprüchen genügt. Das Qualitätsproblem wird jedoch erheblich reduziert, wenn das Kaufrecht Gewährleistungsregeln vorhält. Dann ist der Käufer einigermaßen sicher, dass er bei Qualitätsmängeln jedenfalls entschädigt wird. Auch die weiteren Vertragsmodalitäten sind teils durch dispositives Recht (default rules, off-the-rack-terms), teils durch zwingendes Recht vorgegeben. Im Regelfall braucht man nicht mehr über die Bedingungen, sondern nur noch über das Ob des Vertragsschlusses zu entscheiden. Selbst bei der Suche nach einem Vertragspartner oder bei der Festlegung des Preises kann das Recht behilflich sein, etwa durch Festlegung eines Kontrahierungszwangs oder durch Tarife oder andere Preisvorschriften. Und bei Abwicklungsproblemen stehen die Gerichte bereit. Damit verschiebt sich das Problem auf die Frage, welche rechtlichen Regulierungen ihrerseits effizient sind.

#### **5) *Die Principal-Agent-Theorie***

Eine besonders wichtige Kategorie der Transaktionskosten sind die Agenturkosten. In allen so genannten Principal-Agent-Beziehungen, das heißt, in Auftrags-, Dienst-

und Arbeitsverhältnissen, besteht die **Gefahr, dass der »Agent« überlegene Information und fehlende Überwachung für eigene Interessen ausnutzt**. Diese Gefahr kann durch geeignete Haftungs- und Beteiligungsregeln reduziert werden. Das gleiche Ziel haben die Corporate-Governance-Kodizes.

Als Agenturkosten kommen in Betracht:

- Entlohnung und Beteiligung des Agenten, die ihn motivieren sollen, im Interesse des Prinzipals zu handeln (bonding costs)
- Kosten für die Überwachung des Agenten (monitoring costs)
- Verluste, die sich daraus ergeben, dass der Agent von dem Verhalten abweicht, das den Nutzen des Prinzipals optimieren würde (z. B. weil die Aussicht auf Gewinnbeteiligung ihn zu riskantem Handeln veranlasst oder die Angst vor Haftung ihn übervorsichtig agieren lässt) (residual costs, Remanenzkosten).

Das Modell von Prinzipal und Agent, Geschäftsherr und Geschäftsführer, ist zwar für Wirtschaftsunternehmen (corporations) entwickelt worden. Der Prototyp des Agenten ist der angestellte Manager. **Das Modell passt aber für alle Situationen, in denen jemand eine Aufgabe an einen anderen delegiert** wie der Vertretene an den Vertreter, der Arbeitgeber an den Arbeitnehmer, der Vorgesetzte oder abstrakter die Behörde an ihre Mitarbeiter usw. Dazu gibt der Prinzipal mehr oder weniger ausdrücklich Ziele vor, die der Agent erreichen, und Regeln, die beachten soll. Allerdings fehlt es außerhalb der Wirtschaft an einem einfachen Rezepten zur Belohnung erfolgreicher Betätigung. An deren Stelle treten daher oft disziplinarische Regeln und moralische Appelle und verstärkte Kontrolle.

## 6) Die Theorie der Firma

**Literatur:** *Ronald H. Coase*; The Nature of the Firm [1937], wieder abgedruckt in: *Ronald H. Coase*, The Firm, the Market and the Law, University of Chicago Press, 1988; [Elinor Ostrom, Coevolving Relationships between Political Science and Economics](#), Rationality, Markets and Morals 3, 2012, 51-65.

Manche **Transaktionskosten**, die der Abschluss von Marktverträgen mit sich bringt, **lassen sich durch Hierarchien vermeiden**. Oft ist es zu aufwendig, häufig wiederkehrenden Bedarf auf dem Markt einzukaufen. Er lässt sich einfacher durch die interne Beschaffung innerhalb eines Unternehmens decken. An die Stelle des Marktes tritt damit die Hierarchie der Unternehmensorganisation. Darin entdeckte *Coase* den Existenzgrund des Unternehmens (der »Firma«). Wenn man die Theorie der Firma verallgemeinert, folgt daraus, dass man Unternehmen (im weitesten Sinne) nicht als eine Bündelung von Produktionsfaktoren zu verstehen hat, sondern als ein Geflecht von Verträgen (nexus of contracts), die die Beziehungen zwischen den Beteiligten regeln. So betrachtet bildet das Gesellschaftsrecht einen Bestand von default

## § 26 Von der Ökonomischen Analyse des Rechts zur Verhaltensökonomik

rules, der den Beteiligten hilft, ihre Beziehungen im Unternehmen zu gestalten. Aber auch das Arbeitsrecht gehört zu dem Vertragsgeflecht, das die Unternehmung ausmacht.

Doch die Organisationsalternative lautet nicht einfach Markt oder integriertes Unternehmen. In der Wirtschaft gewinnen zunehmend **hybride Organisationen** an Bedeutung: Das sind Zwischenformen, die von beidem etwas haben. Unternehmensnetzwerke, strategische Allianzen, Genossenschaften, Public-Private-Partnerships. Heute ist die Vorstellung verbreitet, dass die niedrigen Transaktionskosten des Internets dazu führen, das Business-Webs Unternehmen ersetzen könnten. Netzwerkartige Geschäftsmodelle werden zwar nicht dazu führen, dass Unternehmen kleiner werden. Sie können aber helfen, externe Ressourcen zu nutzen. Unternehmen verlieren ihre festen Grenzen.

Umgekehrt lässt sich die Theorie der Firma zur **Erklärung des verbreiteten Phänomens des Outsourcing** heranziehen. Denn mit jeder Hierarchie sind Organisations- und Bürokratiekosten verbunden, die Transaktionskosten für die Beschaffung von Leistungen am Markt übersteigen können. Das Outsourcing hat auch noch eine dunkle Kehrseite. Nicht ganz selten verbindet eine Kette von Subunternehmen auch seriöse Firmen mit der Schatten- und Unterwelt, wo Schwarzarbeit oder Kinderarbeit, Bestechung, Produktpiraterie und andere illegale Praktiken die Beschaffungskosten senken.

### 7) »Governance«-Strukturen der Wirtschaft

**Literatur:** *Gralf-Peter Calliess* u. a., Transformation des Handelsrechts? Neue Formen von Rechtssicherheit in globalen Austauschprozessen, in: *Achim Hurrelmann* u. a. (Hg.), *Zerfasert der Nationalstaat?*, 2008, 143-175; *Tadelis, Steven/Oliver E. Williamson*, Transaction Cost Economics, in: *Robert Gibbons/John Roberts* (Hg.), *The Handbook of Organizational Economics*, Princeton 2013, 159-191; *Gillian K. Hadfield*, [The Many Legal Institutions that Support Contractual Commitments](#), in: *Claude Menrad/Mary Shirley* (Hg.), *Handbook of New Institutional Economics*, s.l 2005, 175-203; *Rudolf Richter/Eirik G. Furubotn*, *Neue Institutionenökonomik*, 3. Aufl., 2003; *Oliver E. Williamson*, *Markets and Hierarchies, Analysis and Antitrust Implications: A Study in the Economics of Internal Organization*, New York 1975; ders., *Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus*, 1990 [The Economic Institutions of Capitalism, 1985]; ders., *The Economics of Governance*, *American Economic Review* 95, 2005, 1-18.

Es gibt Gesetze, Behörden und Gerichte, die dazu bestimmt sind, die wirtschaftlichen Tauschvorgänge abzusichern. Nicht nur das eigentliche Vertragsrecht, sondern auch das öffentliche Recht und das Strafrecht – etwa als Kartellrecht oder als Antikorruptionsrecht – dienen in erheblichem Umfang der Absicherung autonomer Tauschgeschäfte. Aber **die rechtlichen Institutionen** bilden nur Basis und Hintergrund. Sie **wären überfordert, wenn nicht vielfältige, im Wirtschaftsprozess**

**selbst entwickelte Vorkehrungen hinzukämen.** Welche davon besonders geeignet und wirksam sind, um die Transaktionskosten niedrig und damit die Wirtschaft effektiv zu halten, hängt von Gegenstand und Kontext der Austauschbeziehungen ab.

Der Nobelpreisträger (2009) *Oliver E. Williamson* hat den Ansatz der Transaktionskostenökonomik zur Erklärung von Strukturen, die an die Stelle des Marktes und der allgemeinen Gesetze treten, weiter verfolgt. *Williamson* untersucht die **»Governance«-Strukturen wirtschaftlicher Transaktionen.** Darunter sind in diesem Zusammenhang Organisationsformen und Steuerungsinstrumente zur Beherrschung und Absicherung von Vertragsbeziehungen zu verstehen. Es geht mit anderen Worten um die institutionellen Arrangements, die den wirtschaftlichen Austausch durch Verträge ermöglichen und absichern.

Transaktionskosten entstehen als Kosten der Informationsbeschaffung und Vertragsanbahnung nicht bloß für den Abschluss eines Geschäfts, sondern vorsorglich und nachträglich auch deshalb, weil die Erfüllung von Verträgen ständig überwacht werden muss. Während *Coase* die **Abschlusskosten** im Blick hatte, richtet sich das Augenmerk *Williamsons* vor allem auf die **Kontrollkosten.**

Bei unbeschränkter Rationalität und ohne Opportunismus würden sich die Beteiligten – so die Grundthese von *Coase* –, wenn es keine Transaktionskosten gäbe, weil alle Informationen zur Verfügung stünden, auf einen Vertrag einigen, der aus der Situation das Pareto-Optimum herausholt. Beschränkte Rationalität hat zur Folge, dass Gesetze und Verträge nicht alle Eventualitäten vorwegnehmen können. Wären alle Wirtschaftssubjekte vertrauenswürdig, handelten sie stets redlich, könnte man sich mit unvollständigen Gesetzen und Verträgen zufrieden geben. Für unvorhergesehene Ereignisse genügte allgemeine Regeln oder eine Generalklausel, die die Parteien verpflichtete, gegebenenfalls alle relevanten Informationen mitzuteilen und an einer Neuverhandlung mitzuwirken, die die Suche nach der Maximierung des gemeinsamen Gewinns zum Ziel hätte. Gewinn oder Verlust wären dann nach dem ursprünglich ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarten Verteilungsschlüssel aufzuteilen. Doch so einfach geht es in Wirklichkeit nicht, denn sowohl die von Prinzipal eingesetzten Agenten als auch die eigentlichen Vertragspartner handeln prinzipiell opportunistisch. Aus diesem Grunde sind **Verträge in der Erfüllungsphase stets gefährdet, so dass möglichst ex ante Vorkehrungen getroffen werden müssen, um opportunistischem Verhalten zu begegnen.** Auf diesen Bereich konzentrieren sich die Untersuchungen von *Williamson*.

*Williamson* hat gezeigt, wie eine ganze Reihe gesellschaftlicher Institutionen der Beherrschung und Kontrolle von Austauschvorgängen dienen. Sein Interesse gilt den unterschiedlichen Organisationsformen der Wirtschaft, die als Überwachungs- und Durchsetzungssysteme (governance structures) der Wirtschaft fungieren, wie hierarchisch strukturierten Firmen, verbundenen Unternehmen, Firmennetzwerken und Hybridformen von Verträgen. Mit dem von *Williamson* entwickelten Werkzeug ge-

§ 26 *Von der Ökonomischen Analyse des Rechts zur Verhaltensökonomik*

lingt es, die Frage zu beantworten, unter welchen Voraussetzungen welche Organisationsform zu wählen ist. Genauer und über ein viel breiteres Spektrum von Transaktionen als *Coase* hat er die Voraussetzungen aufgezeigt, unter denen es vorteilhaft sein kann, Geschäfte nicht über den Markt, sondern innerhalb einer Unternehmenshierarchie abzuwickeln. **Juristen müssen dabei auf den doppelten Vertragsbegriff achten.** Es geht um die Beherrschung und Absicherung von Austauschverträgen. Das entspricht der juristischen Vertragsvorstellung. *Williamson* behandelt jedoch auch die Organisation von Unternehmen oder Firmennetzwerken als Vertragsproblem.

Für Verträge über relativ genau spezifizierbare Leistungen, für die es mehrere Anbieter und Nachfrager und damit einen Markt gibt (Marktverträge), reichen in der Regel die allgemeinen Gesetze und Gerichte zur Absicherung aus, denn **der Markt selbst bildet hier das entscheidende System für die Beherrschung und Überwachung der Tauschbeziehungen.**

»Hauptsächlich sind es die Marktalternativen, die jeden Vertragspartner vor dem Opportunismus seines Kontrahenten schützen. Das Streitverfahren ist ausschließlich der Klärung von Ansprüchen vorbehalten; besondere Anstrengungen, die Beziehung aufrecht zu erhalten, werden nicht unternommen, denn der Beziehung an sich wird kein Wert beigemessen.« (*Williamson* 1990, 83 f.)

Das ändert sich, wenn der Tauschvorgang auf einer oder beiden Seiten spezifische Investitionen erfordert. Insoweit ist (mit einem nicht aus sich heraus verständlichen Begriff) von **Faktorspezifität** die Rede. »Spezifische Investitionen« sind solche, die für einen bestimmten Abnehmer getätigt werden und in dieser speziellen Vertragsbeziehung höhere Erträge abwerfen als außerhalb. Dieser Extranutzen lässt sich deshalb bei Vertragsbruch nicht durch Verkauf der Investition zurückgewinnen, bildet aber umgekehrt für den Vertragspartner einen Anreiz zum Erpressung. Hat ein Unternehmen, um einen speziellen Kunden bedienen zu können, besondere Maschinen angeschafft, so ist der Kunde in Versuchung, Preisnachlässe zu fordern, weil er weiß, dass es für die Maschinen anderweit keine Verwendung gibt. Hat ein Unternehmen Forschung und Entwicklung einem anderen übertragen, so muss es sich gegen die Gefahr der Ausbeutung und Erpressung durch den externen Entwickler absichern. Das ist mit Transaktionskosten verbunden, spricht also tendenziell für eine eigene Entwicklungsabteilung des Unternehmens. Es geht also um die Frage, durch welches rechtliche Arrangement die beste Sicherung gegen einen Ex-post-Opportunismus bietet, dergestalt dass durch spezifische Investitionen ein möglichst hoher gesellschaftlicher Nutzen erreicht wird.

Sind die spezifischen Investitionen hoch oder häufig, kann es sich lohnen, den Austausch firmenintern abzuwickeln, weil die Firma über ihre hierarchische Struktur ein einheitliches Beherrschungs- und Überwachungssystem zur Verfügung hat. Hier gilt, was *Williamson* als **law of forbearance** bezeichnet, nämlich der Ausschluss des

Rechtswegs. Ein Rückgriff auf die Gerichte ist aber auch gar nicht erforderlich, weil die Geschäftsführung selbst entscheiden kann. In aller Regel wäre die Einmischung Dritter sogar unerwünscht.

Auch eine hierarchische Organisation funktioniert allerdings nicht ohne Transaktionskosten, die hier insbesondere als Bürokratiekosten anfallen. In vielen Situationen ist es daher im Hinblick auf die Kontrollkosten günstiger, **Hybridformen zwischen Markt und Hierarchie** zu wählen. Als solche kommen relationale Verträge, Firmenkooperationen oder strategische Netzwerke in Betracht. Hier müssen dann jeweils besondere Vorkehrungen zur Überwachung und Kontrolle des Austausches getroffen werden, was wiederum mit Transaktionskosten verbunden ist.

In Betracht kommen zunächst **zweiseitige Vorkehrungen**. Zu denken ist an Regelungen, die der Selbststabilisierung von Verträgen dienen (u. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**), wie z. B. Sicherheiten, Terminpläne, Kontrollmöglichkeiten, Kündigungsrechte oder Anpassungsverpflichtungen. Einige können im Wege der Selbsthilfe durchgesetzt werden (Sicherheiten, Zurückbehaltung der eigenen Leistung). Für andere bleibt man auf die Mitwirkung des anderen Vertragsteils angewiesen. Insoweit spricht *Williamson* von zweiseitigen Kontroll- und Überwachungssystemen. Besonders die mitwirkungsbedürftigen Governance-Maßnahmen bleiben prekär. Deshalb ist es in vielen Konstellationen hilfreich oder erforderlich, zur Überwachung und Kontrolle auch Dritte heranzuziehen. In Betracht kommen insbesondere Experten und Schiedsrichter.

So stellt *Williamson* mit Märkten, Hierarchien und Hybriden drei Koordinationsformen idealtypisch nebeneinander und vergleicht sie im Hinblick auf die zur Überwachung und Kontrolle entstehenden Transaktionskosten. Mit diesen Ideen hat *Williamson* nicht nur die Betriebswirtschaftslehre beeinflusst. Sie sind auch rechtlich relevant, da die gegenüber Unternehmenszusammenschlüssen prinzipiell restriktiv eingestellten Wettbewerbskontrolleure nicht unberücksichtigt lassen können, dass jedenfalls dann, wenn sich nicht Konkurrenten zusammenschließen, sondern ein Produzent mit einem Zulieferer, Effizienzgewinne möglich sind.

Obwohl die ökonomische Theorie der Firma durch *Williamson* und andere realistischer geworden ist, ist sie immer noch nicht realistisch genug. Anscheinend gibt es Organisationen oder Projekte die sich allein wegen ihrer Größenordnung gar nicht mehr beherrschen lassen. Der Gießener Technikhistoriker *Dirk van Laak* hat in seinem Buch »Weiße Elefanten« das Scheitern technischer Großprojekte im 20. Jahrhundert analysiert. Ein neues Projekt dieser Art könnte »Desertec« werden, der Plan, den Strombedarf Europas durch ein gigantisches Solarkraftwerk in der Sahara zu sichern. Das gilt ganz unabhängig von der technischen Komplexität des Projekts. Die vorgesehene Investitionssumme von zunächst 400 Milliarden Euro wird unweigerlich zu Misswirtschaft und Korruption in den sog. ME-NA-Ländern führen.

*Williamsons* Kalkül bleibt nicht auf die Privatwirtschaft beschränkt. Selbst hat er es etwa auch auf die Organisation der staatlichen Aufgaben angewendet, ebenso auf Verbände und Nonprofit-Organisationen.

### 8) Coase Theorem und Haftungsregeln

**Literatur:** *Guido Calabresi*, The Costs of Accidents, 1970; *Ronald H. Coase*, The Problem of the Social Cost, Journal of Law and Economics, 3, 1960, 1-44, wieder abgedruckt in: *Coase*, The Firm, the Market and the Law, 1988.

**Internetquellen:** *Hans-Bernd Schäfer/Frank Müller Langer*, Strict Liability Versus Negligence, 2008, <http://www.jura.uni-hamburg.de/personen/schaefer/20080425174104.pdf>.

Mehr oder weniger alle wirtschaftlich relevanten Normenkomplexe<sup>2</sup> sind auch Gegenstand ökonomischer Analyse. Ein Paradebeispiel ist das Haftungsrecht. **Für die ÖAR ist das Haftungsrecht ein Instrument zum Ausgleich von Marktunvollkommenheiten, die sich daraus ergeben, dass Marktteilnehmer Kosten ihrer Produktion externalisieren**, d. h., dass diese Kosten bei anderen anfallen, etwa als Umweltschäden, Produktschäden oder Unfallschäden. Weil diese Externalitäten nicht selten die ganze Gesellschaft betreffen, spricht man auch von sozialen Kosten.

Wenn externe Effekte nicht kompensiert werden, wenn also auf Kosten dritter oder der Allgemeinheit produziert werden kann, dann ist die Produktion zu billig; es wird zu viel produziert oder es werden Ressourcen verschwendet. Jahrzehnte und Jahrhunderte sind auf diese Weise Umweltgüter und Leben und Gesundheit von Menschen vergeudet worden. Deshalb plädieren nicht nur Ökonomen dafür, externalisierte Kosten auf irgendeine Weise auf den Verursacher und Nutznießer zurückzuverlagern, sie zu internalisieren. Möglich ist das durch Haftungsregelungen. Eine andere Möglichkeit wäre die gezielte Besteuerung, wie sie zuerst *Arthur Cecil Pigou* vorgeschlagen hatte.

**Das Coase-Theorem** zeigt die Bedeutung der Transaktionskosten für die Verteilung von Externalitäten. Es **besagt, dass in einer Welt ohne Transaktionskosten gesetzliche Haftungsregeln überflüssig wären**, weil die Beteiligten sich auf eine Lösung einigen würden, die zu einer optimalen Verteilung knapper Güter führte. Voraussetzung ist allerdings, dass die Eigentumsrechte (property rights) vollständig definiert sind. In dem Aufsatz »The Problem of the Social Cost« (der über viele Jahre alle Zitierrekorde schlug) verdeutlichte *Coase* sein Theorem am Beispiel des Ranchers, dessen Rinder auf den Feldern des benachbarten Bauern Schaden anrichten. Wenn Haftungsrecht den Rancher für alle Schäden verantwortlich machte, die sein Vieh verursacht, so würde er dennoch seine Herde nicht reduzieren, sondern Zäune errichten und das Vieh besser beaufsichtigen, solange die Kosten solcher Schutzmaßnahmen nicht den Gewinn aufzehrten. Daran würde sich im Ergebnis nichts ändern,

---

<sup>2</sup> Als deutsche Veröffentlichungen vgl. *Michael Adams*, Ökonomische Theorie des Rechts: Konzepte und Anwendungen, 2. Aufl., 2004; *Bernd J. Hartmann*, Perspektiven der ökonomischen Analyse des öffentlichen Haftungsrechts, Der Staat 50, 2011, 61-71; *Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer* (Hg.), Ökonomische Analyse des Sozialschutzprinzips im Zivilrecht, 2005.

wenn es an einer solchen Haftungsregel fehlte. Dann würden nämlich die vom Schaden bedrohten Nachbarn die Schutzmaßnahmen bezahlen. (Unerfüllbare) Voraussetzung ist allerdings, dass das Recht eindeutig und allen Beteiligten bekannt ist, dass sie davon ausgehen, auf den Inhalt des Rechts keinen Einfluss zu haben, und ferner, dass jeder Verstoß sofort entdeckt und die vom Recht vorgesehenen Sanktionen ausnahmslos und ohne Kosten angewendet werden.

Heute dient als Beispiel für den Umgang mit externen Effekten meistens die Luftverschmutzung durch eine Fabrik. Bewohner in der näheren Umgebung müssen darunter leiden, das heißt sie tragen insoweit Kosten der Produktion. So wie der Unternehmer ein Interesse daran hat, zu produzieren und Gewinn zu erwirtschaften, so haben die Nachbarn ein Interesse an sauberer Luft und Ruhe. Statt durch Steuern oder Haftungsregeln den Unternehmer zu zwingen, weniger Schadstoffe zu emittieren, könnten auch die Nachbarn die Kosten der Filteranlage übernehmen. Auch das Beispiel der Luftverschmutzung ist heute nicht mehr plausibel, weil Luftverschmutzung nicht nur im Interesse der Nachbarn, sondern im Allgemeininteresse unterbleiben muss. Besser eignet sich daher als Beispiel eine Lärmbelästigung, die dort, wo keine Nachbarn vorhanden wären, keinen Schaden anrichten würde. Wenn man einmal davon ausgeht, dass der Nachbar keinen Unterlassungsanspruch hat, so wäre er bereit, sich seine Ruhe abkaufen zu lassen. *Coase* überlegte nun, was dabei herauskäme, wenn man die Parteien über den Preis verhandeln ließe. Dabei ging er als Ökonom natürlich davon aus, dass man den (negativen) Wert der Störung (den Schaden) für den Nachbarn ebenso in Geld beziffern kann, wie den Gewinn, auf den der Produzent verzichten müsste, um die Immission abzustellen. Dann führte *Coase* aber noch eine weitere Voraussetzung ein, nämlich die Annahme, dass die Verhandlungspartner über vollständige Informationen verfügen und durch die Verhandlungen selbst keinerlei (Transaktions-)kosten entstehen. Und schließlich nahm er an, dass Distributionseffekte unberücksichtigt bleiben sollen, dass es also keine Rolle spielt, ob die Lösung fair oder gerecht ist. Entscheidend ist allein ihre wirtschaftliche Effizienz. Angenommen nun, der Schaden des Nachbarn ist geringer als der Gewinn des Produzenten, so wäre es gesamtwirtschaftlich sinnvoll, wenn der Nachbar die Immission hinnehmen würde. Wäre jedoch umgekehrt der Schaden des Nachbarn höher als der Gewinn des Produzenten, so könnte er diesen durch einen Betrag in Höhe des Gewinns zur Einstellung der Produktion veranlassen. Die Situation ändert sich, wenn der Nachbar ein Recht auf Ungestörtheit und damit einen Unterlassungsanspruch hat. Dann würde der Produzent ihn entschädigen, solange die Ausgleichszahlung seinen Gewinn nicht übersteigt. In jedem Falle wird der Zustand hergestellt, der bei einer Gesamtbetrachtung den höchsten Nutzen bringt. *Coase* (1978:148) erklärt dazu:

»Der traditionelle Lösungsansatz tendierte dazu, das Problem, welche Entscheidungen zu treffen sind, zu verdunkeln. Gemeinhin wird das Problem als eines begriffen, in dem

## § 26 Von der Ökonomischen Analyse des Rechts zur Verhaltensökonomik

A den B geschädigt hat und in dem zu entscheiden ist, wie A daran gehindert werden sollte. Aber dieser Ansatz ist falsch: Wir haben es mit einem reziproken Problem zu tun. Wollte man den Schaden vermeiden, der dem B zugefügt wird, so würde dies A belasten. Die eigentlich zu beantwortende Frage lautet: Sollte es A erlaubt werden, B zu schädigen, oder sollte man es zulassen, dass B den A schädigt? Das Problem besteht darin, den jeweils schwerer wiegenden Schaden zu vermeiden.«

Externalitäten sind wohl meistens, aber nicht immer negativ. Wenn Unternehmen oder (private Haushalte) zum Zwecke der Kostenersparnis die Beheizung von Erdöl auf Holzpellets umstellen, so ist wegen der damit verbundenen Reduzierung des CO<sub>2</sub>-Ausstoßes und des Erdölverbrauchs der gesamtwirtschaftliche Nutzen größer als die erreichte Kostenersparnis. Externalisierter Nutzen kann durch Subventionen ausgeglichen werden.

Arthur Cecil Pigou hatte bereits 1920 ein System von Subventionen und Steuern vorgeschlagen, dass die Differenz zwischen den einzelwirtschaftlich kalkulierten und den tatsächlich entstehenden Kosten und Nutzen eine Produktion ausgleichen sollte. So sollte insbesondere eine Umweltsteuer den Fabrikanten zwingen würde, einen Filter einzubauen, die Produktion zu beschränken oder zu beenden. Unter einer *Pigou-Steuer* versteht man heute ganz allgemein eine Steuer, die eine Verhaltenslenkung zum Zweck hat und nur nebenher dem Staat auch Einnahmen beschert. Beispiele sind etwa Tabaksteuern, Alkoholsteuern oder Ökosteuern verschiedener Art.

Eine Konsequenz aus dem *Coase*-Theorem ist die **Suche nach dem cheapest cost avoider**. Diesen Ansatz hatte unabhängig von *Coase* auch *Calabresi* entwickelt. Der Klassiker ist insoweit *Guido Calabresi*, *The Costs of Accidents* (1970).

1973 erschien die erste Auflage von **Richard Posners »Economic Analysis of Law«**, die den (amerikanischen) Juristen das *Coase* Theorem erklärte und daraus ein normatives Prinzip ableitete. Aus juristischer Perspektive ist das *Coase* Theorem geradezu dramatisch, besagt es doch, dass in einer Welt ohne Transaktionskosten alle Ressourcen zwangsläufig dorthin wanderten, wo von ihnen der effizienteste Gebrauch gemacht wird, und zwar ohne Rücksicht auf die anfängliche Verteilung der Verfügungsrechte. Auch Haftungsregeln würden daran nichts ändern. Wären Verhandlungen ohne Transaktionskosten möglich, so würden die Beteiligten stets zu einer Lösung finden, die Kosten und Schäden aus der Verwendung des Eigentums minimierte. Als normative Konsequenz nannte *Posner* zwei Regeln: Erstens: Eine rechtliche Gestaltung verdient den Vorzug, wenn sie die Transaktionskosten vergleichsweise niedrig hält, weil sie Tauschprozesse fördert, die zu einer effizienten Nutzung knapper Güter führen. Zweitens: Wenn Rechtsstreitigkeiten entstehen, weil Transaktionskosten eine Verhandlungslösung verhindert haben – eigentlich der Grund aller Rechtsstreitigkeiten – dann sollen die streitigen Rechte der Partei zugesprochen werden, die sie ohne Transaktionskosten im Verhandlungswege erhalten hätte. Recht sollte also den Markt nachahmen.

Im Lichte des *Coase*-Theorems kann man ein Haftungsproblem als Vertragsproblem darstellen und umgekehrt. So kann man nach jedem Unfall die Frage aufwerfen, auf welche Vorsorgemaßnahmen die Beteiligten sich verständigt hätten, wenn nicht

Transaktionskosten im Wege gewesen wären. **Ex post soll sich aus der fiktiven Vertragslösung dann der Fahrlässigkeitsmaßstab ergeben.** Aber die Vertragspraxis findet nicht von allein zu den vom Theorem vorgezeichneten Lösungen, denn es gibt keine Welt ohne Transaktionskosten. Im Umweltbeispiel beginnen diese »Kosten« schon bei der Ermittlung der »betroffenen« Nachbarn. Eigentlich ist jedermann beteiligt, denn es geht auch um die Frage, welchen Umweltstandard man mit Rücksicht auf mögliche Fernwirkungen und auf die Nachwelt erreichen will. Man kann jedoch das gesamte Haftungsrecht daraufhin untersuchen, ob seine Lösungen dem Coase-Theorem entsprechen und das Vertragsrecht unter Einschluss des dispositiven Rechts daraufhin ansehen, ob und wie es geeignet ist, Transaktionskosten zu vermeiden oder ob es solche Kosten gerade erst verursacht.

### 9) *Theorie der Relitigation*

**Literatur:** *Paul H. Rubin*, Why Is the Common Law Efficient?, *Journal of Legal Studies* 6, 1977, 51-63; *George L. Priest*, The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules, *Journal of Legal Studies* 6, 1977, 65-82; *John C. Goodman*, An Economic Theory of the Evolution of the Common Law, *Journal of Legal Studies* 7, 1978, 393-406; *Jack Hirshleifer/Paul H. Rubin*, Evolutionary Models in Economics and Law, *Research in Law and Economics* 4, 1982, 1-60; *Georg von Wangenheim*, Evolutionary Theories in Law and Economics and Their Use for Comparative Legal Theory, *Review of Law and Economics* 7, 2011, 737-765.

Thema der ÖAR ist auch die Nutzung von Gerichtsverfahren durch Wirtschaftsunternehmen. Nach der Theorie des relational contract (u. § 64 V. 5) ist anzunehmen, dass Wirtschaftsunternehmen (kurz: Firmen) Gerichtsverfahren untereinander meiden und Verhandlungslösungen vorziehen. Empirische Untersuchungen haben jedoch gezeigt, dass Gerichtsverfahren zwischen Wirtschaftsunternehmen gar nicht so selten sind.<sup>3</sup> Viele Rechtstreitigkeiten spielen sich allerdings wohl außerhalb vertraglicher Beziehungen ab. Besonders konfliktträchtig scheint das Wettbewerbs- und Urheberrecht zu sein. Für einige Fälle jedenfalls bietet die von der ÖAR erarbeitete **Theorie der Relitigation** eine Erklärung an. Sie wurde 1977 von dem Wirtschaftswissenschaftler *Paul Rubin* entworfen und von dem Juristen *George Priest* verfeinert. (Über die weitere Diskussion berichtet von *Wangenheim* S. 743f.)

Dabei geht es um eine Erklärung der Rechtsentwicklung, vornehmlich des Common Law. Nach einer bekannten These von *Richard Posner* lässt sich das Common Law am besten als ein Versuch verstehen, ökonomische Effizienz des Rechts zu erzielen, weil solange prozessiert werde, bis eine (pareto-)optimale Verteilung der Verfügungsrechte (property rights) erreicht sei. *Rubin* beginnt mit einer Feststellung,

---

<sup>3</sup> *Ross E. Cheit/Jacob E. Gersen*, When Businesses Sue Each Other: An Empirical Study of State Court Litigation, *Law & Social Inquiry*, 25, 2000, 789-816, S. 790; *Kathryn Hendley*, Business Litigation in the Transition: A Portrait of Debt Collection in Russia, *Law & Society Review* 38, 2004, 305-347.

§ 26 *Von der Ökonomischen Analyse des Rechts zur Verhaltensökonomik*

für die er sich auf *Rudolf von Iherings* »Kampf um's Recht« hätte berufen können: Damit die Gerichte überhaupt Gelegenheit erhalten, das Recht fortzuentwickeln, müssen sich Parteien finden, die ihren Fall vor Gericht bringen. In dem Muster, nach dem die Parteien zwischen außergerichtlicher Streitbeilegung und dem Gerichtsverfahren wählen, entdeckt *Rubin* einen **evolutionären Mechanismus**. Dieser selektiert aus der Menge der Rechtsnormen jene, die unangefochten bleiben, und andere, die von den Gerichten verändert werden. Vor Gericht kommen danach nur solche Fälle, für deren Lösung sich das geltende Recht aus der Sicht der Parteien als ineffizient erwiesen hat. Der Selektionseffekt soll unabhängig davon eintreten, ob die Gerichte selbst bewusst in Richtung auf Effizienz entscheiden oder nicht. In seinem Kommentar zu dem Vorschlag *Rubins* stimmt *Priest* der Annahme zu, dass ineffiziente Normen mit größerer Wahrscheinlichkeit zu Prozessen führen, in denen effizientere Normen wiederum eine bessere Überlebenschance haben. Die einzige Voraussetzung, die man dafür machen müsse sei, dass in der realen Welt Transaktionskosten entstünden. Ineffiziente Haftungsnormen z. B. verursachen größere Kosten als effiziente Normen. Das ist geradezu die Definition einer ineffizienten Norm. Selbst wenn die Parteien eine andere Lösung aushandeln könnten, so wären doch unter der Voraussetzung, dass der Verhandlungsprozess selbst Kosten verursacht, die Kosten, die durch eine ineffiziente Norm verursacht werden, in jedem Fall höher als die Kosten einer effizienten Norm. Das, so *Priest*, habe zur Folge, dass ineffiziente Normen den Betroffenen größere Kosten auferlegten. Da eine Klage wahrscheinlicher sei als eine außergerichtliche Erledigung, wenn für die Parteien mehr auf dem Spiel stehe, so sei **zu erwarten, dass Konflikte unter ineffizienten Normen häufiger vor Gericht auf die Probe gestellt würden**.

Letztlich setzt die Theorie der Relitigation voraus, dass die Entscheidung der Beteiligten für oder gegen eine Klage gerade von der »Effizienz« der den Fall regierenden Norm bestimmt wird. Diese Voraussetzung ist aber problematisch, da keineswegs sicher ist, dass sich besagte »Effizienz« gerade im Einzelfall auswirkt und andererseits viele andere Gründe in Betracht kommen, die eine Partei zum Widerstand gegen eine außergerichtliche Regelung veranlassen. Und es ist auch keineswegs ausgemacht, dass die Gerichte dem Druck in Richtung auf Beseitigung »ineffizienter« Normen regelmäßig nachgeben. **Man kann sich durchaus Normen vorstellen, die zwar für die Beteiligten ineffizient, für die Gerichte selbst dagegen höchst effizient sind**. Aus der Sicht der Systemtheorie formuliert: »*Posners* Theorem des effizienten common law [führt] zu einer systematischen Ausblendung der Selektivität

des Rechtssystems gegenüber ökonomischen Inputs« (Teubner, Recht als autopoietisches System, S. 73).<sup>4</sup>

## II. Behavioral Economics

**Literatur:** *Lauren B. Edelman*, Rivers of Law and Contested Terrain: A Law and Society Approach to Economic Rationality, *Law & Society Review* 38, 2004, 181-197 (mit zustimmenden Kommentaren von *Kenneth G. Dau-Schmidt*, ebd. S. 199-212, *Terence Halliday*, ebd. 213-220, und *Richard H. McAdams*, ebd. 221-228); *Oren Bar-Gill/Richard A. Epstein*, Consumer Contracts: Behavioral Economics vs. Neoclassical Economics; *Minnesota Law Review* 92, 2007-2008 = [NYU Law and Economics Research Paper 07-17](#); *Colin F. Camerer/George Loewenstein/Matthew Rabin* (Hg.), *Advances in Behavioral Economics*, New York, Princeton, N.J 2004; *Markus Englerth*, [Behavioral Law and Economics](#): eine kritische Einführung, 2005; *David de Cremer/Marcel Zeelenberg/John Keith Murnighan* (Hg.), [The Social Psychology of Economics](#), Mahwah, N.J 2006; *Marc Galanter/Mark A. Edwards*, [The Path of the Law Ands](#), *Wisconsin Law Review*, 1997, 375; *Christine Jolls*, [Behavioral Law and Economics](#), 2004; *Tanina Ros-tain*, Educating Homo Economicus: Cautionary Notes on the New Behavioral Law and Economics Movement, *Law and Society Review* 38, 2004, 973-1006; *Herbert A. Simon*, Theories of Decision Making in Economics and Behavioral Science, *American Economic Review* 49, 1959, 253-283; *Wolfgang Streeck*, Does »Behavioural Economics« Offer an Alternative to the Neoclassical Paradigm?, *Socio-Economic Review* 8, 2010, 387-397.

Die ökonomische Analyse (nicht nur) des Rechts geht eigentlich vom rational handelnden homo oeconomicus aus. Dem hatte *Herbert A. Simon* (Nobelpreis 1978) mit dem **Konzept der *bounded rationality*** den ersten Stoß versetzt (Theories of Decision Making in Economics and Behavioral Science, *American Economic Review* 49, 1959, 253-283). *Simon* machte darauf aufmerksam, dass die Fähigkeit, rationale Entscheidungen zu treffen in mehrfacher Hinsicht begrenzt ist:

- Die zu lösenden Probleme sind komplex.
- Die verfügbaren Informationen sind unvollständig, fehlerhaft oder gar irreführend.
- Die geistige Kapazität zur Verarbeitung von Informationen ist begrenzt.
- Für die Informationsverarbeitung steht nur begrenzte Zeit zur Verfügung.
- Die Entscheider sind in eine Organisation eingebunden die oft verlangt, dass sie Ziele berücksichtigen.

Danach können Menschen wegen ihrer begrenzten geistigen Kapazität nicht alle relevanten Informationen sammeln und verarbeiten. Und sie können deshalb natürlich auch keine exakten Vorhersagen über zukünftige Entwicklungen treffen. Dabei han-

---

<sup>4</sup> Allgemeiner zur These von der evolutorischen Überlegenheit des Common Law *Ralf Michaels*, Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law, *American Journal of Comparative Law* 75, 765-795.

delt es sich allerdings in erster Linie um Kapazitätsgrenzen, die im Prinzip das Modell rationalen Entscheidens noch unberührt lassen und vielleicht zu einer Optimierungsaufgabe machen. **Bei der *bounded rationality* geht es sozusagen um die immanenten Grenzen der Rationalität.**

Der auf Nutzenmaximierung erpichte und insoweit rational handelnde Akteur, von dem die Theorie ausgeht, ausgeht, wird oft naturalisiert, d. h., es wird unterstellt, dass es sich um eine anthropologische Konstante handelt. Aber **der Realitätsbezug der Modellannahmen ist problematisch.** Eine neuere Forschungsrichtung, die Verhaltensökonomik (behavioral economics) genannt wird, geht, vorwiegend mit psychologischen Experimenten, der Frage nach, wie weit und in welcher Richtung die Modellannahmen von der Wirklichkeit abweichen.

- Zweifelhaft ist zunächst, ob das, was Menschen als Nutzen anstreben, immer nur Eigennutz oder gar materiell sein müsste. Oft sind Handlungen wohl nicht nur zum Schein auf ideelle oder altruistische Ziele gerichtet.
- Die Präferenzen der Menschen sind keineswegs immer wohl geordnet oder gar feststehend.
- Das Verhalten wird von psychischen Faktoren (mit-)bestimmt, die der Rationalität in die Quere kommen. Hierzu gehören unreflektierte Routinen, Entscheidungsheuristiken und kognitive Täuschungen.

Die psychologischen Ansätze sind von den Ökonomen aufgegriffen und mit der Spieltheorie zur Verhaltensökonomik zusammengeführt worden. In Deutschland gilt der Nobelpreisträger *Reinhard Selten* als Begründer dieser Disziplin. Die Verhaltensökonomik hat als Experimentalökonomik einen unerhörten Aufschwung genommen. Zu Zehntausenden haben Versuchspersonen ihre Labors durchlaufen. Gegenüber der älteren sozialpsychologischen Gerechtigkeitsforschung haben sie indes nichts prinzipiell Neues entdeckt. Sie zeigen in immer neu variierten Experimenten, dass die Entscheidungen realer Menschen nicht nach dem Rationalmodell des homo oeconomicus ablaufen, sondern das neben purem Eigennutz andere Motive im Spiel sind, die sie als Altruismus, Fairness- und Gerechtigkeitsabwägungen einordnen. Die Forschung hat inzwischen eine ganze Reihe gut bestätigter Hypothesen erbracht, die nicht nur für wirtschaftliche Entscheidungen relevant sind, sondern die auch das Verhalten unter Rechtsnormen beeinflussen. Vieles davon gehört schon zum Alltagswissen.

In der Rechtssoziologie hat man sich auf Behavioral Economics bisher meistens nur berufen, um die für unrealistisch angesehenen Modellannahmen der ÖAR abzuwehren. Die Soziologie betont demgegenüber mehr die soziale Genese von Handlungszielen, die Situationsgebundenheit und Kreativität aller Entscheidungen und Bedeutung von Normen und Institutionen. Von der Seite der Rechtssoziologie gab es auf der Tagung der Law and Society Association 2003 in Pittsburgh einen massi-

ven Annäherungsversuch in der Presidential Address von *Lauren B. Edelman*. Auf Seiten der ÖAR nimmt die Einsicht zu, dass der Mensch kein rational actor, sondern ein social actor ist. **Die ÖAR und Rechtssoziologie scheinen zu einem neuen Behaviorismus zusammenzuwachsen** (*Rostain*).

### III. Heuristiken und kognitive Täuschungen

**Literatur:** *Hanno Beck*, Die Logik des Irrtums, 2008; *Helmut Jungermann/Hans-Rüdiger Pfister/Katrin Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung, Eine Einführung, 3. Aufl., 2010; *Daniel Kahneman/Amos Tversky*, [Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk](#), *Econometrica* 47, 1979, 263-291; *Daniel Kahneman/Amos Tversky*, Choices, Values, and Frames, 10. Aufl., Cambridge 2009; *Daniel Kahneman*, Thinking, Fast and Slow, New York 2011; *Cass R. Sunstein* (Hg.), Behavioral Law and Economics, Cambridge University Press 2000.

**Forschung:** DFG-Schwerpunktprogramm 1516: [New Frameworks of Rationality](#).

*Kahnemann* und *Tversky* legten 1979 mit ihrem Aufsatz [Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk](#) die Grundlage für eine außerordentlich erfolgreiche und inzwischen auch ungewöhnlich populäre Forschungsrichtung, die sich mit psychischen Mechanismen befasst, welche rationale Entscheidungen in die Irre leiten. (*Kahnemann* erhielt dafür 2002 den Nobelpreis. *Tversky* war schon 1996 verstorben.) Eher irreführend ist allerdings auch der Name prospect theory, mit dem *Kahnemann* und *Tversky* die Theorie versahen, wenn man sich vom Gleichklang mit dem deutschen Wort leiten lässt. Prospect meint Erwartung, und zwar Erwartung von Gewinn oder Verlust. *Kahnemann* und *Tversky* gingen davon aus, dass Menschen sich grundsätzlich risikoscheu verhalten, weil sie Verluste fürchten, eine durchaus plausible Annahme. Sie konnten nun aber zeigen, dass die Risikoscheu in Risikofreude umschlägt, wenn nach Lage der Dinge ein Verlust droht. Wenn also etwa am Ende eines Fußballspiels eine Mannschaft zurück liegt, spielt sie angriffslustiger = risikofreudiger als zuvor.<sup>5</sup>

Die **Grundthese** der psychologischen Verhaltensforschung lautet: **Menschen handeln in vorhersehbarer Weise irrational**. Ihre Entscheidungen werden von einem Arsenal von Faustregeln (Heuristiken) beeinflusst, die sich zwar in vielen Situationen bewähren, in anderen aber das Ergebnis verzerren. Im Anschluss an diese Entdeckung haben *Kahnemann* und *Tversky* selbst und viele andere einen langen Katalog von kognitiven Täuschungen und Heuristiken zusammengestellt. Es kann dahinstehen, ob die von der Forschung beschriebenen Heuristiken und kognitive Täuschung, anders als Werte und Normen, universal sind. Zweifel daran sind wohl er-

---

<sup>5</sup> Beispiel von »Professor Rieck's Spieltheorie-Seite«: <http://www.spieltheorie.de/anwendungen-spieltheorie/risikofreude/>.

§ 26 *Von der Ökonomischen Analyse des Rechts zur Verhaltensökonomik*

laubt.<sup>6</sup> Auch wenn sie je nach Kulturkreis nach Kulturkreis unterschiedlich ausfallen mögen, sind sie grundsätzlich doch vorhanden.

Für den langen Katalog der kognitiven Täuschungen und Heuristiken kann auf die reichlich vorhandene und leicht zugängliche Literatur verwiesen werden. Die Stichworte gehören längst zum Bestand von Wikipedia. An dieser Stelle sollen daher nur die wichtigsten, inzwischen allgemein anerkannten Ergebnisse genannt werden, soweit sie schon auf den ersten Blick auch für das Rechtsverhalten relevant erscheinen.

**Ankereffekt** (Anchoring) Die Verankerungsheuristik ist empirisch gut bestätigt. Es gibt insbesondere auch viele Untersuchungen, die sich speziell mit rechtsrelevanten Konstellationen befassen: <http://www.rsozblog.de/rechtsrelevante-sozialpsychologie/>.

**Besitzeffekt** (endowment effect) führt zu einer höheren Bewertung von Dingen, die man hat im Vergleich zu denen, die man nicht hat. Menschen tendieren dazu, Dinge, die sie einmal in Besitz haben, nicht wieder herzugeben, auch wenn das ökonomisch nicht optimal ist. So erklärt es sich vielleicht, dass nur wenige Verbraucher von dem Widerrufsrecht, das ihnen bei vielen Verträgen eingeräumt ist, keinen Gebrauch machen.

**Bestätigungsirrtum** (confirmation bias): Menschen legen mehr Wert auf Informationen, die ihnen Recht geben, als auf solche, die sie widerlegen.

**Verlustaversion** (loss aversion): Menschen lassen sich von sog. sunk costs beeinflussen, von Kosten also, die unwiderruflich angefallen sind und daher weitere Entscheidungen logischerweise nicht beeinflussen dürften.

**Ungerechtfertigt optimistische (»überoptimistische«) Einschätzungen**, die Unterschätzung zukünftiger Verluste/Gewinne (hyperbolisches Diskontieren). Menschen d.h. sie gewichten die Chancen eines Gewinnes höher als den gleichen Erwartungswert eines Verlusts.

**Kontrollillusion:** Würfel, die Roulettekugel oder die Ziehung von Lottozahlen produzieren ein zufälliges Ergebnis, das die Beteiligten nicht beeinflussen können. Und dennoch versuchen viele Menschen, auch wenn sie nicht direkt abergläubisch sind, ihrem Glück nachzuhelfen. So glaubten Versuchspersonen, dass sie durch Konzentration das Ergebnis eines Münzwurfs beeinflussen oder durch die Auswahl von Losen oder Lottozahlen ihre Chancen verbessern könnten. Mit dieser Kontrollillusion geht ein Überoptimismus für die Zukunft einher. Man erwartet eine positivere Ent-

---

<sup>6</sup> *Joseph Henrich/Steven J. Heine/Ara Norenzayan*, The Weirdest People in the World?, *Behavioral and Brain Sciences* 33, 2010, 61-83. Die Autoren heben drauf ab, dass die Psychologen praktisch nur Probanden aus »Western, Educated, Industrialized, Rich and Democratic (WEIRD) societies« untersucht haben.

wicklung als sie der Statistik entspricht. Versuchspersonen erhoffen sich ein höheres Einkommen als der Durchschnitt; sie befürchten weniger Unfälle oder Herzinfarkte als nach der Statistik zu erwarten. Hinzu kommt noch die Überschätzung der eigenen Fähigkeiten. Versuchspersonen, schätzen ihre eigenen Fähigkeiten im Durchschnitt als überdurchschnittlich ein. Werden ihnen Wissensfragen gestellt und sollen sie angeben, ob sie ihre Antworten für richtig halten, überschätzen regelmäßig den Grad der korrekten Antworten. Kontrollillusion, Selbstüberschätzung und Überoptimismus verzerren auch die Entscheidungen in Situationen, die sich grundsätzlich beeinflussen lassen. Anleger sind sich sicher, dass sie der Börse ein Schnippchen schlagen können. Vertragspartner rechnen mit Erfüllung. Anwälte und Parteien vertrauen darauf, dass sie ihre Prozesse gewinnen werden.

**Haloeffekt:** Eine positiv bewertete Eigenschaft einer Person oder Situation strahlt aus und beeinflusst die Gesamteinschätzung. Beispiel: Schönheit eines Menschen macht erfolgreich, weil mit Schönheit auch andere positive Eigenschaften verbunden werden.

**Rekognitionsheuristik:** Wer sich zwischen mehreren Möglichkeiten entscheiden soll, neigt dazu, eine schon bekannte Alternative zu bevorzugen.

**Repräsentativitätsheuristik:** Menschen setzen Wahrscheinlichkeit gleich mit Ähnlichkeit und halten für wahrscheinlicher, was sie schon einmal erlebt haben, egal, wie repräsentativ die Erfahrung war.

**Rückschafehler** (hindsight bias): Ist der Ausgang eines Geschehens bekannt, überschätzt man regelmäßig seine Vorhersehbarkeit. Im Nachhinein scheint es klar oder jedenfalls wahrscheinlich, dass es so kommen musste. Deshalb neigen die Gerichte mehr oder weniger grenzenlos dazu, Fahrlässigkeit anzunehmen. Auch Aufklärungs- und Beratungspflichten ergeben sich oft erst ex post, wenn der Schaden – etwa Nebenfolgen einer Operation oder die Insolvenz eines Wertpapieremittenten – schon eingetreten ist.<sup>7</sup>

**Verfügbarkeitsheuristik** (availability heuristic): Woran man sich leicht erinnern kann, etwa an eigene Erfahrungen, an kurz zurückliegende Informationen, bestimmt die Einschätzung von Situationen.

**Status quo bias:** Man bevorzugt den status quo gegenüber Veränderungen.

---

<sup>7</sup> Eine studentische Arbeit aus der Law School der Yale-Universität befasst sich mit der Frage, ob und wie Jury-Entscheidungen zur Schuldfrage durch Rückschafehler verzerrt werden: *Aileen Elizabeth Nowlan*, Living with Hindsight Bias (19. Dezember 2010), SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1728475>.

#### IV. Vom homo oeconomicus zum homo juridicus?

**Literatur:** *Bernd Labno*, Rational Choice and Rule-Following Behavior, *Rationality and Society* 19, 2007, 425-450; *Michael Hutter/Gunther Teubner*, Der Gesellschaft fette Beute: Homo juridicus und homo oeconomicus als kommunikationserhaltende Fiktionen, in: *Peter Fuchs/Andreas Göbel* (Hg.), *Der Mensch, das Medium der Gesellschaft?*, 1994, 110-145; *Victor J. Vanberg*, [Rational Choice, Preferences over Actions and Rule-Following Behavior](#), *Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik*, 6/2007; ders., On the Economics of Moral Preferences, *American Journal of Economics and Sociology* 67, 2008, 605-628; ders., Rationalität, Regelbefolgung und Emotionen: Zur Ökonomik moralischer Präferenzen, in: *Dieter K. Tschewlin/Heinz Schüpbach* (Hg.), *Verhaltenswissenschaftliche Grundlagen in ökonomischen Systemen*, 2009, 46-74; *Giorgio Del Vecchio*, Der »Homo Iuridicus« und die Unzulänglichkeit des Rechts als Lebensregel, *Philosophia* 1937 (Band II), 55–86.

Es liegt nahe, dem homo oeconomicus der Ökonomen eine Reihe anderer homunculi an die Seite zu stellen, den homo religiosus, den homo moralis, den homo symbolicus, den homo reciprocus<sup>8</sup> und nicht zuletzt auch den **homo juridicus**.<sup>9</sup>

**Del Vecchio unterscheidet drei homines juridici.** Der erste ist der Rechtskonformist, der zweite der Rechthaber und der dritte der Rechtsaktivist.<sup>10</sup> Der Analogie zum homo oeconomicus entspricht wohl am besten der Rechtskonformist, also eine spezielle Ausprägung des homo sociologicus, der sich prinzipiell unter Ausblendung anderer Motive an die Regeln hält, und zwar vor allem an Rechtsregeln. Solcher Rechtskonformismus könnte in mancher Hinsicht rational sein, nämlich wenn und soweit die Rechtsregeln ihrerseits rational und moralisch wären.

*Michael Hutter* und *Gunther Teubner* stellen sich den **homo juridicus als »verständigen Rechtsgenossen«** vor, um ihn mit dem homo oeconomicus zu vergleichen. »Sind die Handlungsmotive des homo oeconomicus und des homo juridicus reale psychische Sachverhalte, die man mit den Mitteln empirischer Sozialforschung abfragen kann? Oder sind sie reine analytische Konstrukte der Wirtschafts- und Rechtswissenschaften, die sich zwar in der Prognose bewähren müssen, denen aber selbst kein Realitätsgehalt zukommt?« (S. 110). *Hutter* und *Teubner* wollten schon »diese Alternative selbst zurückweisen und »behaupten stattdessen: Die Realität des rational actor ... ist eine kommunikative Fiktion der Rechts- und der Wirtschaftspraxis selbst.« (S. 110). Natürlich zeige die Empirie, dass es den rational Handelnden homo juridicus ebenso wenig gebe wie den oeconomicus. Ich würde allerdings schon bezweifeln, dass die Parallelisierung von homo oeconomicus und homo juridicus über-

---

<sup>8</sup> So heißt er bei *Stefan Magen*, *Gerechtigkeit als Proprium des Rechts*, 2010. In der englischsprachigen Literatur ist vom homo reciprocans die Rede.

<sup>9</sup> Zum homo juridicus ausführlicher der Eintrag auf Rsozblog vom 10. Juni 2013 [<http://www.rsozblog.de/homo-juridicus-nice-guy-oder-bad-man/>].

<sup>10</sup> Näher der Eintrag auf Rsozblog vom 30. Juni 2013 [<http://www.rsozblog.de/nachtrag-zu-homo-juridicus-nice-guy-oder-bad-man/>].

haupt angemessen ist. Der *reasonable man*, der den homo juridicus ausfüllen soll, ist von vornherein nicht als rational actor gedacht, sondern als ein normatives Leitbild, das Klugheit einfordert, und zwar Klugheit in erster Linie gar nicht im Hinblick auf den Inhalt oder die Einhaltung von Rechtsnormen, sondern Klugheit im Hinblick auf Maßnahmen zur Schadensverhütung oder zur Einschätzung des Kindeswohls u. a. m. Die Parallelisierung stimmt aber auch deshalb nicht, weil die spezifische Rationalität des homo oeconomicus schlechthin in jeder Entscheidungssituation gefragt ist, während der »verständige Rechtsgenosse« nur in Ausnahmesituationen zum Einsatz kommt, in denen Klugheitsurteile oder Abwägungen gefordert sind. Bei dieser Ausgangslage wird der homo juridicus auch als »Realfiktion«, die »für die strukturelle Kopplung von kommunikativen Operationen in Wirtschaft und Recht mit den dazu simultan ablaufenden psychischen Operationen« sorgt, nicht besser, sondern gerät zu einer kunstvollen begriffssoziologischen Konstruktion.

Gegen die Modellannahmen des homo oeconomicus wird oft der Einwand erhoben, durch viele Experimente sei belegt, dass Akteure nicht immer ihr eigenes Ergebnis maximieren, sondern, wenn das in ihrer Macht steht, oft ein »faire« Ergebnis anstreben. **Die übliche Erwiderung** lautet, man könne sich durchaus auch **Fairness oder bestimmte Ausprägungen der Gerechtigkeit als Teil der Nutzenfunktion** vorstellen. Besser ist aber wohl die vor allem von *Vanberg* begründete Ansicht, dass man die von einem Akteur gewählte Handlungsweise nicht (nur) als instrumentell im Hinblick auf sein bevorzugtes Ergebnis verstehen dürfe, sondern dass Handlungen stets mehr oder weniger regelgeleitet seien, so dass neben der Ergebnispräferenz stets auch **Präferenzen für bestimmte Handlungsweisen** wirksam seien. Diese Präferenzen werden durch moralische oder rechtliche Regeln geprägt. Die Regelbefolgung wird damit beinahe zum Selbstzweck.

Es gibt eine Reihe von Begriffen, mit denen dieser Gegensatz für ganz unterschiedliche Sachbereiche angesprochen wird. In der Moralphilosophie ist der Unterschied zwischen deontischer Handlungslehre und axiologischer Wertlehre geläufig. Geläufig ist aber auch der Unterschied zwischen Handlungsutilitarismus und Regelutilitarismus. Der homo oeconomicus verfährt handlungsutilitaristisch, wenn er sich von Fall zu Fall entscheidet, wie er sein Nutzenziel erreicht. Dagegen verhält sich regelutilitaristisch, wer nach einem individuell oder sozial etablierten Programm verfährt, das er für zielführend hält und das möglicherweise jedenfalls für den Normalfall auch tatsächlich zum Ziel führt. Aber dieser utilitaristische Regelgebrauch ist gerade nicht, was *Vanberg* im Blick hat. Er meint vielmehr, schon der Weg sei das Ziel.

## V. Re-Rationalisierung durch Recht?

### 1) Zur Relevanz der Verhaltensökonomik für die Rechtspraxis

**Literatur:** Horst Eidenmüller, Recht als Produkt, Juristenzeitung, 2009, 641-653; Christine Jolls/Cass R. Sunstein, The Law of Implicit Bias, California Law Review 2006, =<http://ssrn.com/abstract=897553>; dies., Debiasing through Law, Journal of Legal Studies 35, 2006, 199 ff = <http://ssrn.com/abstract=590929>; Daniel Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht, Zürich 2005; Gerhard Wagner, Heuristiken und Urteilsverzerrungen in Konfliktsituationen, Zeitschrift für Zivilprozess 121, 2008, 5-39.

Natürlich schließt sich die Frage an: Was bedeuten die Ergebnisse der Verhaltensökonomik für die Praxis? Aus ökonomischer und wohl auch aus psychologischer Sicht zeigen *bounded rationality* und der Katalog der Heuristiken und kognitiven Täuschungen Einschränkungen rationalen Verhaltens. Was liegt da näher, als der Versuch – nicht zuletzt mit den Mitteln des Rechts –, der Rationalität zu besserer Entfaltung zu verhelfen? **Debiasing through law** (Jolls/Sunstein) wäre das Stichwort. Aber das geht nicht ohne Kosten, zu denen nicht zuletzt auch Freiheitsverluste gehören. Im Blick auf das Publikum wird diese Diskussion daher durchaus kontrovers unter der Überschrift »liberaler Paternalismus« geführt (dazu sogleich unter 2). Dagegen ist kaum fraglich, dass Juristen gefordert sind, ihre eigene Entscheidungspraxis unter dem Gesichtspunkt der Verzerrung durch psychische Mechanismen zu reflektieren. Praktische Hilfe bietet diese Art der Psychologie vor allem bei der Suche nach Verhandlungslösungen. Insbesondere die Anleitungen zur alternativen Konfliktlösung haben sie schon weitgehende rezipiert.

## 2) Nudging als »Liberaler« Paternalismus

**Literatur:** *Alberto Alemanno/Alessandro Spina*, Nudging Legally – On the Checks and Balances of Behavioural Regulation, *International Journal of Constitutional Law* 12, 2014, 429-456; *Gerald Dworkin*, Paternalism, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2014): [plato.stanford.edu/entries/paternalism/](http://plato.stanford.edu/entries/paternalism/); *Horst Eidenmüller*, Liberaler Paternalismus, *JZ* 2011, 814-821; *Bijan Fateh-Moghadam*, Grenzen des weichen Paternalismus, in: ders. u. a. (Hg.), *Grenzen des Paternalismus*, 2010, 21-46; *Stephan Kirste*, Harter und weicher Rechtspaternalismus. Unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik, *JZ* 2011, 805-814; *Leander D. Loacker*, Verhaltensökonomik als Erkenntnisquelle für die Rechtsetzung, *Interdisciplinary Studies of Comparative and Private International Law III*, 2012, 45-97; *Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein*, Nudge. Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2010 [Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness, 2009]; *Jan Schnellenbach*, Neuer Paternalismus und individuelle Rationalität: eine ordnungsökonomische Perspektive, *List-Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik* 40, 2014, 239-257; *Cass R. Sunstein*, Nudging: A Very Short Guide, *Journal of Consumer Policy* 37, 2014, 583-588 [[http://www.tif.us.edu.pl/download/2015010893532Nudge\\_Sunstein.pdf](http://www.tif.us.edu.pl/download/2015010893532Nudge_Sunstein.pdf)]; *Cass R. Sunstein/Richard H. Thaler*, Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron, *The University of Chicago Law Review* 70, 2003, 1159-1202; *Johanna Wolff*, Eine Annäherung an das Nudge-Konzept nach Richard H. Thaler und Cass R. Sunstein aus rechtswissenschaftlicher Sicht, *Rechtswissenschaft* 6, 2015, 195-223; *Joshua D. Wright*, Behavioral Law and Economics, Paternalism, and Consumer Contracts: An Empirical Perspective. *NYU Journal of Law & Liberty* 2, 2007 = *George Mason Law & Economics Research Paper No. 07-32* [<http://ssrn.com/abstract=1015899>].

Paternalismus bezeichnet fürsorgliche Bemühungen aller Art, um Menschen in ihrem eigenen Interesse zu lenken.

Das allgemeine Publikum ist in den vergangenen Jahren in einer Weise mit den Forschungsergebnissen der psychologischen Verhaltensforschung bombardiert worden, die an die sexuelle Aufklärung vor fünfzig Jahren erinnert. Aber **die Verhaltenswirksamkeit bleibt beschränkt**. Die Werbung nutzt die psychischen Entscheidungsheuristiken für ihre Zwecke. Wenn man so will, kann man von Manipulation sprechen. Die Frage ist, ob auch rechtliche Institutionen sich solcher Einsichten bedienen dürfen um das Publikum in seinem eigenen Interesse und zu seinem eigenen Wohl zu lenken.

»Jeder soll nach seiner Façon selig werden.« Diesen Satz hatte *Friedrich II.* 1740 zwar nur auf die Religionsfreiheit der Juden gemünzt. In erweitertem Sinne enthält er jedoch das Credo des Liberalismus. *Kant* hat den Gedanken 1793 so formuliert:

*»Niemand kann mich zwingen, auf seine Art (wie er sich das Wohlsein anderer Menschen denkt) glücklich zu sein, sondern ein jeder darf seine Glückseligkeit auf dem Wege suchen, welcher ihm selbst gut dünkt, wenn er nur der Freiheit anderer, einem ähnlichen Zwecke*

§ 26 Von der Ökonomischen Analyse des Rechts zur Verhaltensökonomik

*nachzustreben, die mit der Freiheit von jedermann nach einem möglichen allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann, (d. i. diesem Rechte des andern) nicht Abbruch tut.«*

Und Kant hat auch gleich das Gegenstück zu solcher Freiheit beim Namen genannt:

*»Eine Regierung, die auf dem Princip des Wohlwollens gegen das Volk als eines Vaters gegen seine Kinder errichtet wäre, d. i. eine väterliche Regierung (imperium paternale), wo also die Untertanen als unmündige Kinder, die nicht unterscheiden können, was ihnen wahrhaftig nützlich oder schädlich ist, sich bloß passiv zu verhalten genötigt sind, um, wie sie glücklich sein sollen, bloß von dem Urteile des Staatsoberhaupts und, daß dieser es auch wolle, bloß von seiner Gültigkeit zu erwarten: ist der größte denkbare Despotismus.« (Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, II)*

Wiewohl entgegen Kant in Deutschland die Einstellung verbreitet zu sein scheint, dass der Staat berechtigt und verpflichtet sei, für das Glück der Menschen zu sorgen, war Paternalismus lange kein großes Thema. In der amerikanischen Rechtsphilosophie diente Paternalismus in der Tradition von *John Stuart Mill* dagegen als negativ besetzter Kampfbegriff des Liberalismus. *Richard H. Thaler* und *Cass B. Sunstein* gelang es jedoch 2009 durch ihr Buch »Nudge«, dem Paternalismusbegriff einen positiven Anstrich zu geben. Seither ist der so genannte **liberale Paternalismus** zu einem allgemeinen Diskussionsthema geworden.

*Thaler* und *Sunstein* halten es für möglich und wünschenswert, menschliches Verhalten zu lenken, ohne das Selbstbestimmungsrecht einzuschränken. Zur Begründung verweisen sie auf die verbreitete Irrationalität menschlichen Entscheidens, wie sie von den *Behavioral Economics* beschrieben wird. Sie legen allen Institutionen einen gewissen Paternalismus nahe. Von der Wirtschaft ist solche Fürsorge freilich kaum zu erwarten. Die Wirtschaft nutzt das begrenzte Rationalitätspotential ihrer Kunden eher umgekehrt, um sie zu irrationalen Ausgaben zu verleiten. Deshalb stellt sich umso mehr die **Frage, ob die Rechtsordnung Menschen ohne oder gar gegen ihren Willen zu einem Verhalten veranlassen soll, das sie selbst nicht ohne weiteres wählen würden**, das aber von der höheren Warte des Rechts letztlich in ihrem eigenen Interesse zu liegen scheint.

Die Grundidee des liberalen Paternalismus geht dahin, Irrationalitäten, durch die Menschen ihrem eigenen Glück im Wege stehen, in einer Weise auszuräumen, die letztlich die Entscheidungsfreiheit nicht einschränkt. Ein berühmtes Beispiel ist die Platzierung von Speisen in der Selbstbedienungstheke einer Mensa derart, dass die »Dickmacher« in die schwerer einsehbaren Fächer gestellt werden, während die »gesunden« Angebote in Sicht- und Griffweite stehen. Die Rationalitätsstörungen, um die es hier geht, sind nicht individuell, sondern sie treten systematisch auf (*Loacker* S. 56), und bieten so einen Angriffspunkt für Rechtsnormen und damit für einen **rechtlichen Paternalismus**.

Paternalismus verlangt nach einer Antwort auf die Frage, wo die »wahren« Interessen der Schützlinge liegen, insbesondere ob diese Interessen subjektiv oder objektiv zu bestimmen sind und ob die kurzfristigen oder die langfristigen Interessen maßgeblich sein sollen. Die liberale Antwort stellt darauf ab, dass kein Dritter und auch kein Staat besser weiß als der Betroffene selbst, worin er sein Glück findet.

»If a person possesses any tolerable amount of common sense and experience, his own mode of laying out his existence is the best, not because it is the best in itself, but because it is his own mode.« (John Stuart Mill, On Liberty, 1869, Kap. III.)

Der verhaltenswissenschaftlich gestützte Paternalismus findet seine Rechtfertigung darin, dass er nur einem Mangel an *common sense and experience* abhelfen will. Er erwartet, dass der Ausgleich von Rationalitätsdefiziten, unter denen mehr oder weniger jeder Handlungsentschluss leidet, das Handeln in eine **welfare-promoting direction** lenken werde, und stellt sich darunter in erster Linie individuelle ökonomische Effizienz vor, vertraut aber darauf, dass die Optimierung individuellen Wohls auch das Gemeinwohl stärke.

Von der Warte des Rechts sind individuelles Wohl und Gemeinwohl nicht auf ökonomische Effizienz fixiert. Daher ist das Recht eher geneigt, subjektiv-individuelle Interessen »objektiven« Maßstäben unterzuordnen, um zu verhindern, dass Menschen sich unbedacht, unwissend oder gar willentlich in ihr Unglück stürzen. Doch im Prinzip ist unbestritten, ja selbstverständlich, dass von rechtswegen auch individuelle Entscheidungen möglich sein müssen, die Dritten unvernünftig erscheinen können.

Aber es gibt **Grenzen selbstbestimmten Handelns**. Die eine ist bereits in dem Mill-Zitat angedeutet, nämlich eine minimale Einsichtsfähigkeit. Die andere hatte Kant benannt; sie liegt dort, wo die Interessen Dritter betroffen sind. Besonders kontrovers ist eine dritte Grenze, die sich aus übergeordneten Werten ergeben soll. Es geht um die Frage, ob die vorgefundenen Präferenzen der Menschen von der höheren Warte einer objektiven Wertordnung korrigiert werden dürfen oder gar sollen. Schulbeispiel für solchen **Wertepaternalismus** ist der so genannte Zwergenweitwurf.

Das Verwaltungsgericht Neustadt (NVwZ 1993, 98) hielt diese im Schaustellergewerbe verbreitete Übung für sittenwidrig, so dass sie nach § 33a Abs. 2 S. 2 GewO nicht genehmigungsfähig. Auch sei sie nicht nach § 33a Abs. 1 S. 2 GewO genehmigungsfrei, denn das sportliche oder akrobatische Element stehe nicht im Vordergrund. Diese Entscheidung hat weitgehend Zustimmung gefunden. Die betroffenen kleinwüchsigen Menschen sind jedoch teilweise anderer Ansicht, nicht nur, weil sie einige damit eine Erwerbsmöglichkeit verlieren, sondern auch, weil sie gerade durch solche Bevormundung ihre Menschenwürde tangiert sehen.

**Weicher Rechts-Paternalismus** begnügt sich mit Warnhinweisen oder Informationsangeboten, überlässt aber den Handlungsentschluss den Betroffenen. Damit sind nur geringfügige Freiheitsbeschränkungen verbunden. Es handelt sich eher um Be-

lästigungen, die die Betroffenen dabei hinnehmen müssen. Sie sind durch den möglichen Rationalitätsgewinn ihrer Entscheidungen leicht zu rechtfertigen. Dabei wird allerdings leicht übersehen, dass die paternalistischen Maßnahmen in aller Regel mit erheblichen **Freiheitsbeschränkungen bei Dritten** einhergehen, insbesondere bei den Anbietern von Waren und Dienstleistungen, denen aufgegeben wird, Information und Beratung bereit zu stellen. Auch das lässt sich bis zu einem gewissen Grade rechtfertigen, muss aber doch bedacht werden.

**Ein wichtiges Instrument für weichen Rechtspaternalismus sind abdingbare Standardregeln (default rules).** Ein Schulbeispiel ist eine Regel, die nach dem Tode grundsätzlich eine Organentnahme gestattet, wenn der Verstorbene nicht zu Lebzeiten widersprochen hatte. Das Beispiel ist schwierig, weil die Regel nicht allein die Korrektur kognitiver Verzerrungen bewirkt, sondern auch gefühlsmäßig und wertrationale Vorbehalte gegen eine Organentnahme überwindet.

**Harter Paternalismus** erreicht sein Ziel durch Gebote oder Verbote. Autofahren wird geboten, den Sicherheitsgurt anzulegen. Bevor sie eine Schwangerschaft abbrechen darf, muss eine Frau eine Beratung über sich ergehen lassen. Der Genuss von Marihuana wird gleich ganz verboten. Hier liegen die Freiheitsbeschränkungen auf der Hand. Sie bedürfen besonderer Rechtfertigung, die umso leichter fällt, je mehr auch Drittinteressen beeinträchtigt werden.

Es sind vor allem **zwei Sachthemen, die mit Hilfe des Paternalismuskonzepts erörtert werden**, nämlich erstens der Verbraucherschutz unter Einschluss der alltäglicher Sicherheits- und Gesundheitsprobleme und zweitens Fälle aus dem Bereich der Medizinethik. Was den Verbraucherschutz betrifft, so dient das Paternalismuskonzept zur Legitimierung rechtlicher Maßnahmen. Problematisch ist hier vor allem die Inanspruchnahme Dritter. Gefragt ist vor allem Empirie, denn die Lenkung der Verbraucher ist längst nicht so einfach, wie man es sich vorgestellt hat. Bei der Erörterung medizinischer Probleme dient der Paternalismusbegriff eher zur Abwehr von Freiheitsbeschränkungen als zur ihrer Begründung (*Kirste, Fateh-Moghadam*).

[Stand der Bearbeitung November 2012]

