

ARMIN STEINBACH
ANNE VAN AAKEN

Ökonomische Analyse des Völker- und Europarechts



MOHR SIEBECK

MOHR SIEBECK LEHRBUCH

Mohr Siebeck Lehrbuch

Armin Steinbach

Anne van Aaken

Ökonomische Analyse
des Völker- und Europarechts



Armin Steinbach
Anne van Aaken

Ökonomische Analyse des Völker- und Europarechts

Mohr Siebeck

Armin Steinbach, geboren 1978; 2007 Promotion in Jura (LMU München); seit 2009 Ministerialbeamter im Bundeswirtschaftsministerium; 2013 Promotion in Volkswirtschaftslehre (Erfurt); seit 2014 Gwilym Gibbon Fellow am Nuffield College (Oxford University); 2016–2018 Jean Monnet Fellow am Europäischen Hochschulinstitut (Florenz); 2017 Habilitation (Bonn); seit 2017 Leiter des wirtschaftspolitischen Grundsatzreferates im Bundeswirtschaftsministerium (Berlin).

Anne van Aaken, geboren 1969; 1992 Master in Volkswirtschaftslehre sowie Diplom in Kommunikationswissenschaften; 2001 Promotion in Jura (Europa Universität Viadrina); 2012 Habilitation (Osnabrück); Alexander von Humboldt Professorin für Recht und Ökonomik, Rechtstheorie, Völker- und Europarecht, Direktorin des Instituts für Recht und Ökonomik; ehemalige Vizepräsidentin der European Society of International Law und der European Association of Law and Economics.

ISBN 978-3-16-154262-6 / eISBN 978-3-16-156700-1

DOI 10.1628/978-3-16-156700-1

ISSN 2568-4566 / eISSN 2568-924X (Mohr Siebeck Lehrbuch)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Jung Crossmedia in Lahnau gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Ökonomik ist die Wissenschaft von Entscheidungen unter Knappheitsbedingungen, mithin also eine Disziplin, die viel weiter ist als die klassischen ökonomischen Disziplinen VWL und BWL und damit hochrelevant auch für die Rechtswissenschaft. Die ökonomische Analyse des Rechts – Law & Economics – ist selbst in Deutschland längst mehr als ein bloßes Modethema. Hierzulande ist man noch weit entfernt von den gewachsenen Strukturen, auf die man im Ursprungsland dieses interdisziplinären Forschungsansatzes, den USA, verweisen kann. Noch immer ist gerade in der Rechtswissenschaft eine gewisse „Disziplinshygiene“ verantwortlich für die Vorbehalte, die der sozialwissenschaftlichen Annäherung an die Normwissenschaft im Wege steht. Gleichwohl ist eine zunehmende Auseinandersetzung mit ökonomischen Betrachtungen in Bezug auf rechtliche Fragestellungen auch im deutschen Schrifttum erkennbar. Dass dies noch immer als im internationalen Vergleich unterentwickelt gelten muss, lässt sich an der Vielzahl der englischsprachigen Fachzeitschriften erkennen, die sich der rechtsökonomischen Methodik verschrieben haben.

Das Interesse an der ökonomischen Methode ist über Rechtsgebiete nicht monoton verlaufen. Das Zivilrecht bildet schon geraume Zeit Untersuchungsgegenstand ökonomischer Methoden und ist in seiner Entwicklung auch als deutsches Lehrbuch umfassend abgebildet worden. Im angelsächsischen Raum sind Völker- und Europarecht zunehmend populäre Anwendungsfelder ökonomischer Methodik. Das gilt sowohl für Monographien wie auch für unzählige Beiträge in Fachzeitschriften. Im deutschem Sprachgebiet klafft hier noch eine Lücke, die dieses Lehrbuch schließen will. Aus ökonomischer Sicht ermöglicht das Völkerrecht zwischenstaatliche Kooperation von Staaten durch reziprokes Völkervertragsrecht, kann bei Kollektivhandlungsproblemen helfen, also bei der Bereitstellung globaler öffentlicher Güter und Allmendeproblematiken (Friedensmissionen, Klimawandel, Überfischung, Weltraum, Terrorismus, etc.) und versucht, Externalitäten zu internalisieren (grenzüberschreitende Umweltverschmutzung, Nuklearunfälle, etc.). Aber warum und unter welchen Umständen kooperieren Staaten miteinander? Wieso und unter welchen Voraussetzungen halten Staaten sich an Völkerrecht? Welche Durchsetzungsmechanismen existieren und wie sind sie im Völkerrecht ausgestaltet? Ähnliche, aber auch anders gelagerte Fragen stellen sich im Europarecht, das die Grundlage der Europäischen Union als supranationales Konstrukt bildet und ihr ein institutionelles Gefüge verleiht um Konflikte einzudämmen und wirtschaftliche Prosperität zu fördern. Sind die Anreize im institutionellen Mehrebenengefüge optimal ausgestaltet?

In welchem Umfang sollten Kompetenzen von der mitgliedstaatlichen Ebene auf die EU-Ebene übertragen werden? Unterbindet das wirtschaftspolitische Regelwerk schädliche grenzüberschreitende Externalitäten?

Hierzu – und zu mehr Fragen – will dieses Buch Antworten entwickeln. Es versteht sich als interdisziplinäre Einführung in die Analyse des Völker- und Europarechts. Es behandelt die Grundlagen dieser Forschungsrichtung, die ökonomische Analyse internationaler Kooperation und supranationaler Entscheidungen, sowie der Rechtsquellen des Völker- und Europarechts, inklusive der Durchsetzung. Der ökonomische Analyseansatz wird auf zentrale Bereiche des Völker- und Europarechts angewendet, insbesondere auf den Europäischen Binnenmarkt, das Wettbewerbsrecht, die Fiskalpolitik in der Währungsunion, das Wirtschaftsvölkerrecht, das Umweltrecht, das völkerrechtliche Regelwerk zu Krieg und Frieden sowie den Menschenrechtsschutz. Es zeigt auf, wie ökonomische Erkenntnisse im juristischen Zusammenhang zu verstehen sind.

Berlin/Hamburg im Oktober 2018

Armin Steinbach und Anne van Aaken

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XV
1. Kapitel: Grundlagen	1
I. Methodische Stellung und Aufgaben der ökonomischen Analyse des Rechts	4
II. Ökonomische Analysemethoden	35
III. Ausrichtung einer ökonomischen Analyse des Völker- und Europarechts	53
2. Kapitel: Ökonomische Analyse von Institutionen und Organisationen	68
I. Ökonomie und internationale Kooperation	68
II. Theorie supranationaler Entscheidungen	86
III. Rechtsquellen	112
3. Kapitel: Inhaltliche Referenzgebiete	147
I. Europäischer Binnenmarkt	147
II. Fiskalpolitik in der Währungsunion	158
III. Europäisches Wettbewerbsrecht	173
IV. Wirtschaftsvölkerrecht	190
V. Europäisches und internationales Umweltrecht	220
VI. Krieg und Frieden	226
VII. Menschenrechtsschutz	238
Schlagwortverzeichnis	257

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
1. Kapitel: Grundlagen	1
I. Methodische Stellung und Aufgaben der ökonomischen Analyse des Rechts	4
1. Grundzüge der ökonomischen Analyse des Rechts	5
a) Verhaltensannahmen	6
aa) Theorie der Rationalen Wahl	6
bb) Verhaltensökonomie	9
(1) Kognitive Abweichungen vom Rationalverhalten	11
(2) Motivationale Abweichungen vom Rationalverhalten	15
b) Normative Aussagen	17
aa) Allokationseffizienz	18
(1) Pareto-Kriterium	18
(2) Kaldor-Hicks-Kriterium	19
bb) Verfassungsökonomische Konsenstheorie	21
cc) Der Fähigkeitenansatz von Amartya Sen	22
dd) Human Development Index und Sustainable Development Goals	24
ee) Entscheidungstheorie oder ein formales Konzept der Effizienz	26
2. Erkenntnistheoretischer Trialismus	29
a) Wissenschaftstheoretische Aussagen in der Ökonomik	29
b) Erkenntnistrialismus in der Rechtswissenschaft	31
3. Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts	33
II. Ökonomische Analysemethoden	35
1. Preistheorie	35

X Inhaltsverzeichnis

2. Theorie der Verfügungsrechte	35
3. Transaktionskostenanalyse	37
4. Ökonomische Vertragstheorie	39
5. Prinzipal-Agenten-Theorie	42
6. Spieltheorie	44
7. Öffentliche Güter, Allmendegüter und Externalitäten	49
8. Neue Politische Ökonomie	52

III. Ausrichtung einer ökonomischen Analyse des Völker- und Europarechts 53

1. Methodologischer Individualismus vs. Staat als eigenständiger Akteur	53
2. Verwandte Denkschulen in den Internationalen Beziehungen	55
a) Rationalismus	56
b) Konstruktivismus	59
c) Verhaltensökonomische Ansätze	60
d) Konstitutionalisierung	65

2. Kapitel: Ökonomische Analyse von Institutionen und Organisationen 68

I. Ökonomie und internationale Kooperation 68

1. Warum Staaten kooperieren – typisierender Überblick über Kooperationsmotive	69
a) Entwicklung und Bereitstellung einer völkerrechtlichen Grundordnung	70
b) Bereitstellung kollektiver Güter	70
c) Beseitigung oder Förderung externer Effekte	72
d) Anerkennung von Verfügungsrechten („property rights“)	73
e) Ermöglichung von Tauschhandel	74
f) Nutzung von Größenvorteilen	75
2. Woran scheitert Kooperation?	76
3. Formen von (Nicht-)Kooperation	78
a) Unilateralismus	79
b) Pluri- statt Multilateralismus	82
c) Soft Law versus hard Law	83

II. Theorie supranationaler Entscheidungen	86
1. Staaten als Akteure	87
a) Wettbewerb der Staaten	87
b) Völkerrechtliches Selbstbestimmungsrecht	90
c) Institutionelle Kongruenz und dezentrale Aufgabenwahrnehmung	91
d) Relevanz der Binnenstruktur	92
2. Internationale Organisationen	95
3. Internationale Gerichte	97
a) Warum Internationale Gerichte?	98
b) Institutionelle Ausgestaltung der Gerichte	101
c) Befolgung der Urteile	102
4. Die Europäische Union	104
a) Europäischer Rat und Ministerrat	105
b) Parlament	107
c) Kommission	109
d) Europäische Zentralbank	110
e) Europäischer Gerichtshof	110
III. Rechtsquellen	112
1. Völkerrechtsquellen	112
a) Völkervertragsrecht	113
aa) Spieltheoretische Situationen	114
bb) Befolgung völkerrechtlicher Verträge	115
cc) Universalität vs. Integrität	123
(1) Flexibilisierung der Vertragsmaterie	123
(2) Rationales Vertragsdesign	124
(3) Vorbehalte	125
(4) Verhaltensökonomie und Vertragsdesign	126
b) Gewohnheitsrecht	127
aa) Allgemeinheit der Staatenpraxis	128
bb) Kodifizierung von Völkergewohnheitsrecht	129
cc) „Compliance“ mit Völkergewohnheitsrecht	129
2. EU-Rechtsquellen	131
a) EU-Primärrecht	131
aa) Kompetenzzuweisung und Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung	132
bb) Subsidiaritätsprinzip	134
cc) Gegenseitige Anerkennung	136
dd) Harmonisierung	138
b) EU-Sekundärrecht	139

XII Inhaltsverzeichnis

aa) Blickwinkel der politischen Ökonomie auf die Rechtsetzung . . .	139
(1) Rechtssetzungsverfahren als Tauschgeschäft	139
(2) Anreizstruktur der Akteure	140
(3) Spielsituationen auf EU-Ebene	143
bb) Haftung für rechtswidriges Sekundärrecht	145
3. Kapitel: Inhaltliche Referenzgebiete	147
I. Europäischer Binnenmarkt	147
1. Ökonomische Integration	147
2. Grundfreiheiten	149
a) Warenverkehrsfreiheit	150
b) Dienstleistungsfreiheit	151
c) Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit	153
d) Kapitalverkehrsfreiheit	156
II. Fiskalpolitik in der Währungsunion	158
1. Verschuldung und staatliche Organisationsprinzipien	160
a) Verschuldensanreize in Föderalstaaten	161
b) Verschuldensanreize in Bundesstaaten	162
2. Anreizinstrumente zur Haushaltskonsolidierung in föderalen und bundesstaatlichen Staatsordnungen	163
3. Euro-Zone und Schuldenbegrenzung	165
a) Nachteile des Schuldenlimitierungs-Ansatzes	166
aa) SWP und die Internalisierung von externen Effekten	167
bb) SWP und das Zeitinkonsistenzproblem	168
b) No-Bailout-Prinzip und das Verbot monetärer Staatsfinanzierung	169
4. Europäische Finanzverfassung	171
III. Europäisches Wettbewerbsrecht	173
1. Allgemeine wirtschaftspolitische Ausrichtung des EU-Rechts	173
2. EU-Beihilferecht	175
a) Rechtliche und ökonomische Maßstäbe beihilferechtlicher Kontrolle	175
b) Ökonomische Ratio von Beihilfen	176
3. Kartell-, Missbrauchs- und Fusionsregulierung	179
a) Kartellverbot	179

aa) Gesetzliche Merkmale	180
bb) Durchsetzung und Sanktionen	182
b) Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung	184
c) Fusionskontrolle	185
4. Der „more economic approach“ im Wettbewerbsrecht	186
5. Die Kritik am „more economic approach“	188
IV. Wirtschaftsvölkerrecht	190
1. Welthandelsrecht	190
a) Ökonomik des Welthandels	190
b) Theorie der komparativen Kostenvorteile	190
c) Modifikationen und Kritik an der klassischen Theorie	191
d) Einsatz handelspolitischer Instrumente	193
2. Das Recht der Welthandelsorganisation (WTO)	195
a) Die Frage der Selbstbindung	195
b) Zentrale Rechtsprinzipien der WTO	197
aa) Meistbegünstigungsprinzip und Inländerbehandlung	198
bb) Reziprozität	199
c) Das WTO-Streitbelegungsverfahren	200
aa) Umsetzung der WTO-Streitbelegungsentscheidungen	201
bb) Die Schadensberechnungsmethode der WTO-Schiedsrichter	203
3. Anti-Dumping	205
a) Wirkung von Dumping	206
b) Dumpingfeststellung	206
c) Schädigungsanalyse	208
d) Antidumpingzölle	209
4. Subventionen	210
a) Subventionsfreier Markt als öffentliches Gut	210
b) Subventionen unter dem WTO-Recht	211
5. Investitionsschutzrecht	213
a) Geschichte und Inhalt von Investitionsschutzverträgen	214
b) Ökonomische Sichtweisen auf Investitionsschutzverträge	216
V. Europäisches und internationales Umweltrecht	220
1. Europäischer Zertifikatehandel	221
2. Globaler Klimaschutz	223

VI. Krieg und Frieden	226
1. Friedenssicherungs- und Konfliktrecht	227
a) Geschichte und Inhalt	227
b) Ökonomische Analyse des Friedenssicherungsrechts	231
2. Abrüstung	232
a) Inhalte der Abrüstungsverträge	232
b) Ökonomische Analyse der Abrüstungsverträge	234
3. Terrorismusbekämpfung und neuere Probleme	236
VII. Menschenrechtsschutz	238
1. Globale Menschenrechtsverträge	239
2. Regionale Menschenrechtsverträge	242
a) Die Europäische Menschenrechtskonvention	243
b) Die Amerikanische Menschenrechtskonvention	245
c) Die Afrikanische Charta der Rechte der Menschen und Völker	247
3. Menschenrechtsverträge aus sozialwissenschaftlicher Perspektive	248
a) Empirische Befunde zum Zusammenhang von Menschenrechts- verträgen und -lage	249
b) Rationalwahltheorie	250
c) Konstruktivistische Ansätze	254
Schlagwortverzeichnis	257

Abkürzungsverzeichnis

ABM Vertrag	Anti-Balistic Missile Treaty
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AKP	Gruppe der afrikanischen, karibischen und pazifischen Staaten
AU	Afrikanische Union
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BITs	Bilaterale Investitionsschutzverträge
BVerfG	Bundesverfassungsgesetz
DSU	Dispute Settlement Understanding
EFSF	Europäische Finanzstabilisierungsfazilität
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EP	Europäisches Parlament
ESM	European Stability Mechanism
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EZB	Europäische Zentralbank
FATF	Financial Action Task Force
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (deutsch: Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen)
HDI	Human Rights Development Index
IAEO	Internationale Atomenergie Organisation
IAKMR	Interamerikanische Kommission für Menschenrechte
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes (deutsch: Internationales Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten)
IGH	Internationaler Gerichtshof
IGO	Intergovernmental Organisation (deutsch: Zwischenstaatliche Organisation)
INF-Verträge	Intermediate Range Nuclear Forces (deutsch: nukleare Mittelstreckensysteme)
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte

XVI Abkürzungsverzeichnis

IPwskR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
KHK	Kaldor-Hicks-Kriterium
KSE-Vertrag	Vertrag über Konventionelle Streitkräfte in Europa
MDG	Millenium Development Goals
MFN	Most-Favoured-Nation
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NGO	Non-governmental Organization (deutsch: Nichtregierungsorganisation)
NPT Vertrag	Non-Proliferation Treaty (deutsch: Atomwaffensperrvertrag)
ÖAE	Ökonomische Analyse des Europarechts
ÖAR	Ökonomische Analyse des Rechts
ÖAV	Ökonomische Analyse des Völkerrechts
PCIJ	Permanent Court of International Justice (deutsch: Ständiger Internationaler Gerichtshof)
SALT	Strategic Arms Limitation Talks (deutsch: Gespräche zur Begrenzung strategischer Rüstung)
SWP	Stabilitäts- und Wachstumspakt
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (deutsch: Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums)
UN	United Nations
UNCh	Charta der Vereinten Nationen
UNCLOS	United Nations Convention on the Law of the Sea (deutsch: Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen)
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development (deutsch: Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung)
UNFCCC	United Nations Framework Convention on Climate Change (deutsch: Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen)
UNDP	United Nations Development Programme (deutsch: Entwicklungsprogramm der Vereinten Nationen)
UNICEF	United Nations International Children's Emergency Fund (deutsch: Kinderhilfswerk der Vereinten Nationen)
VGR	Völkergewohnheitsrecht
WTO	World Trade Organization

1. Kapitel: Grundlagen

Literatur J. L. Dunoff/J. P. Trachtman, *Economic Analysis of International Law*, *Yale Journal of International Law* 24 (1999); J. L. Goldsmith/E. A. Posner, *The Limits of International Law* (2005); A. T. Guzman, *How International Law Works, A Rational Choice Theory* (2008); E. A. Posner/A. O. Sykes, *Economic Foundations of International Law* (2013) 63–79; J. P. Trachtman, *The Economic Structure of International Law* (2008); E. Kontorovich/F. Parisi (Hrsg.), *Economic Analysis of International Law* (2016); H.-B. Schäfer/C. Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl. (2012); A. van Aaken, *Rational-Choice in der Rechtswissenschaft* (2003); H. Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 4. Aufl. (2015); E. V. Towfigh/N. Petersen, *Ökonomische Methoden im Recht: Eine Einführung für Juristen*, 2. Aufl. (2017); R. D. Cooter/T. Ulen, *Law and Economics*, 6. Aufl. (2012); S. Voigt, *Institutionenökonomik*, 2. Aufl. (2009); A. van Aaken, *International Law: Rational Choice Theory*, in: *Oxford Bibliographies Online* (2015), abrufbar unter <www.oxfordbibliographies.com>; T. Eger/S. Oeter/S. Voigt (Hrsg.), *Economic Analysis of International Law* (2014).

„(A) social science approach can make International Lawyers better *lawyers*.“¹

1
2

Ist Völkerrecht Recht? Beeinflusst Völkerrecht das Verhalten von Staaten (und nicht-staatlichen Akteuren)? Und wenn ja, warum und wie tut es das? Warum beachten Staaten (meistens) Völkerrecht, auch wenn es keine Zwangsinstitutionen wie im nationalen Recht gibt? Was meinen wir, wenn wir sagen, dass Völkerrecht verbindlich ist, auch wenn es oft verletzt wird (beispielsweise bei Folter, die völkerrechtlich verboten ist)?

Diese Fragen beschäftigen seit langem nicht nur Völkerrechtler, sondern auch Rechtstheoretiker² und Vertreter der Disziplin der Internationalen Beziehungen, Diplomaten, Parlamente und nun auch die Vertreter der ökonomischen Analyse des Völkerrechts (ÖAV). Sie werden umso drängender, je mehr sich die Welt globalisiert und internationale Kooperation wichtiger wird, um dringende Probleme der Welt zu

3

¹ A.-M. Slaughter, *International Law and International Relations: Millennial Lectures*, *Receuil de Cours/Hague Academy of International Law* 285 (2001) 9, 26.

² Siehe die Diskussion bei der Jahreskonferenz der American Society of International Law 2008, *ASIL Proceedings* 103 (2009). John Austin sprach dem Völkerrecht die Rechtsqualität ab: J. Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, hrsg. von R. Campbell (1874) 4: „Closely analogous to human laws [...] are a set of objects frequently but improperly termed laws, being rules set and enforced merely by the opinion of an intermediate body of men; e. g. where the word law is used in such expressions as „the law of honor“ the „laws of fashion“. Rules of this species constitute much of what is usually termed „International Law“.“ H. L. A. Hart betrachtete es als imperfektes Recht, da es die notwendigen legislative, exekutiven und judikativen Funktionen und insbesondere die Anerkennungsnorm (rule of recognition) vermissen ließe, H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961) 208 ff.

lösen: sei es Handel und Investitionsschutz, Klima- und Umweltschutz, (Bürger-) Krieg, Migration und die Einhaltung der Menschenrechte.

- 4 Die ökonomische Analyse des Rechts (ÖAR) ist einer der erfolgreichsten Bewegungen der Rechtswissenschaft in den letzten fünfzig Jahren. Sie hat ihren Ursprung in den USA und wurde maßgeblich an der Universität Chicago und an der Yale Universität entwickelt. Bis vor ca. 20 Jahren hat sie sich auf nationales Recht beschränkt. Die ÖAV und des Europarechts (ÖAE) sind relativ neuen Ursprungs. Allerdings gibt es wichtige Strömungen im Bereich der politikwissenschaftlichen Untersuchung internationaler Beziehungen, die auf denselben Annahmen beruhen wie die ÖAV und dieselben Methoden verwenden. Diese sind allerdings weniger fokussiert auf die speziellen Normen des Völker- oder Europarechts; diese Lücke schließen eben die ÖAV und die ÖAE. Sie versuchen Antworten auf die genannten Fragen zu geben. Oftmals kooperieren Politikwissenschaftler oder Ökonomen und Rechtswissenschaftler zur Beantwortung der Fragestellungen, da jede Disziplin ihre eigenen Kompetenzen aber auch Grenzen hat.
- 5 Das Völkerrecht ist deswegen so spannend für die Vertreter der ökonomischen Analyse, weil es keine allgemeine zwingende Gerichtsbarkeit oder Polizei gibt. Dies gilt *mutatis mutandis* auch für das Europarecht, welches sich insbesondere dadurch vom Völkerrecht unterscheidet, dass es eine obligatorische Gerichtsbarkeit gibt und auch (maßgeblich von der Europäischen Kommission als „Hüterin der Verträge“ initiierte) Sanktionen gegen normverstoßende Länder verhängt werden können. Zudem ist durch die Vorlageverfahren garantiert, dass die nationalen Gerichte der Mitgliedsstaaten das Europarecht auch anwenden.
- 6 Dennoch werden Fragen der Koordination und Kooperation zwischen Staaten auf freiwilliger Basis dringender. Dies verweist auf die ökonomische Vertragstheorie, die auch bereits auf das Völkerrecht angewendet wurde. Die ÖAV und die ÖAE unterscheiden sich in Bezug auf die Basisinstitutionen eines Rechtssystems von der ökonomischen Analyse des Rechts im nationalen Recht. Wie entsteht das Recht (mangels Weltlegislative), wie ändert es sich, welches sind die Rechtsquellen? Und gibt es Normen, die keine Rechtsqualität im engeren Sinne haben, wie „soft law“, die ebenfalls verhaltenswirksam sind? Welche sind die maßgeblichen Akteure, die das Recht gestalten und durchsetzen? Diese Fragen sind auf nationaler Ebene relativ einfach zu beantworten; auf internationaler (und teilweise auch europäischer) Ebene sind sie weiterhin umstritten. Zentral für die Problemlösungskapazität des Rechts ist dessen Durchsetzungsfähigkeit; eine Eigenschaft, die beim dezentralen und konsensual geprägten Völkerrecht öfters angezweifelt wird, weniger beim Europarecht. Dennoch sind beide für die ökonomische Analyse deswegen besonders spannend – wie entwickeln sich Institutionen, Kooperation und unter welchen Bedingungen ist sie nachhaltig? Diese und weitere Fragen werden uns im Folgenden beschäftigen. Aus ökonomischer Sicht löst das Völkerrecht zwischenstaatliche Probleme durch reziprokes Völkervertragsrecht, kann bei Kollektivhandelsproblemen helfen, also bei der Bereitstellung globaler öffentlicher Güter und Allmendeproblematiken (Friedensmissionen, Klimawandel, Überfischung, Weltraum, Terrorismus, etc.) und ver-

sucht, Externalitäten zu internalisieren (grenzüberschreitende Umweltverschmutzung, Nuklearunfälle, etc.). Selbiges gilt auf regionaler Ebene für das Europarecht (negative fiskalische Externalitäten in einem Währungsraum; positive Effekte von grenzüberschreitenden Infrastrukturen).

Relative Einigkeit (und weitgehend empirisch bestätigt) besteht aber über den berühmten Ausspruch von *Louis Henkin* (einem bekannten US-amerikanischen Völkerrechtler): „almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time.“³ Das beantwortet aber noch nicht die Frage, *warum* sie dies tun (oder nicht). Sowohl Rechtswissenschaftler als auch Politikwissenschaftler zeigen daher seit langer Zeit Interesse an Befolungsfragen. Erst seit ca. 15 Jahren allerdings werden diese Fragen ausführlich und detailliert behandelt, insbesondere in empirischer Hinsicht.⁴ Dabei standen sich lange Zeit zwei Annahmen gegenüber: die implizite (optimistische rechtswissenschaftliche), dass Staaten das Völkerrecht in aller Regel freiwillig befolgen und die explizite (skeptische politikwissenschaftliche), dass Völkerrecht ein reines Epiphänomen ist. Diese Auffassungen sind in ihrer reinen Form nicht mehr vertretbar. Stattdessen werden nun im Detail Kausalmechanismen gesucht, aufgrund derer Völkerrecht effektuiert wird, denn nur, wenn Wissen darüber vorhanden ist, warum und unter welchen Umständen Völkerrecht befolgt wird, kann es auch effektiver gestaltet werden. Neben dem Völkerrecht sind – teilweise in Verbindung mit demselben – soft law sowie „Transnationale Private Regulierung“ (TRP)⁵ getreten, die teilweise Defizite von Normen ausgleichen sowie deren Durchsetzung ergänzen. Auch sie werden nun vermehrt analysiert. Auf Grundlage dieser Untersuchungen können die jeweils adäquaten Institutionen gewählt werden, die eine Effektuierung des Völkerrechts und des Europarechts versprechen.

Hierzu – und zu mehr Fragen – wollen die ÖAV und ÖAE Antworten geben, die wir in diesem Buch thematisieren. Es versteht sich als interdisziplinäre Einführung in die Analyse des Völker- und Europarechts, inklusive der verschiedenen Durchsetzungsmechanismen derselben.⁶ Es adressiert vielfältige Fragen: warum und unter welchen Umständen kooperieren Staaten miteinander? Wieso und unter welchen Voraussetzungen halten Staaten sich an Völkerrecht bzw. Europarecht? Welche Durchsetzungsmechanismen existieren und wie sind sie im Völkerrecht und Europarecht ausgestaltet? Mittels welcher Institutionen versuchen Völkerrecht und Europarecht Kooperationen zu ermöglichen, zu stabilisieren und durchsetzungsfähig zu machen? Diese Fragen lassen sich nur mittels sozialwissenschaftlicher Methoden be-

³ *L. Henkin*, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy* (1979) 47.

⁴ *J. L. Dunhoff/M. A. Pollack*, *Reviewing two Decades of IL/IR Scholarship*, in: *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*, hrsg. von *J. L. Dunhoff/M. A. Pollack* (2013) 626, 638.

⁵ Soft law wird hier gebraucht für alle transnationale Normen (ungeachtet des Akteurs, der sie generiert), die nicht den Völkerrechtsquellen gemäß Art. 38 IGH Statut entsprechen.

⁶ Aus rechtswissenschaftlicher Sicht übersichtshalber statt vieler, siehe *S. Vöneky*, *Die Durchsetzung des Völkerrechts*, *Jura* (2007) 488 sowie *A. von Arnould*, *Völkerrecht*, 3. Aufl. (2016) 187 ff.

antworten. Diese Methoden indes bedürfen ihrerseits des Rechts, um Antworten liefern zu können, denn Normen und Institutionen geben den Rahmen vor, in welchem sich Staaten (und andere Akteure) bewegen. In Bezug auf die Verhaltenswirkungen des Rechts, steckt der Teufel, wie zumeist, in den institutionellen und damit rechtlichen Details.

- 9 In diesem Einführungskapitel werden wir zunächst den Ansatz, die Fragen und Annahmen der ÖAR als Sozialwissenschaft ansehen. Einen kürzeren Abschnitt widmen wir den Analysemaßstäben, also den normativen Forderungen der ökonomischen Analyse (I.). Ein weiterer Abschnitt bespricht die methodische Interaktion von Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften (II.). Diese Abschnitte sollen Grundlagen vermitteln für die Leser, die mit der ökonomischen Analyse noch nicht vertraut sind. Andere Leser können dies überspringen. Sodann wenden wir uns den Besonderheiten des Völker- und Europarechts in der ökonomischen Analyse zu (III.).

I. Methodische Stellung und Aufgaben der ökonomischen Analyse des Rechts

- 10 *Ökonomie* als Begriff wird in dieser Arbeit verwendet, um die Wissenschaft zu beschreiben, die sich mit wirtschaftlichen Zusammenhängen auseinandersetzt, also mit den traditionellen Gegenstandsbereichen der Wirtschaftswissenschaften, der Mikro- und Makroökonomie. *Ökonomik* wird als Begriff verwendet, wenn das Instrumentarium der Ökonomie auf nicht-wirtschaftliche Zusammenhänge angewendet wird, also das menschliche oder staatliche Verhalten unter dem Aspekt der Knappheit und der Wahl betrachtet wird.
- 11 Die Ökonomie ist primär eine Sozialwissenschaft. Der „Rational-Choice“-Ansatz (Theorie der rationalen Wahl) wird als grundlegendes Paradigma von der Ökonomie verwendet. Sie nimmt an, dass Menschen rational handeln und analysiert daher unter anderem Rechtsnormen auf ihr Zustandekommen und auf ihre Folgen. Im Bereich der positiven Analyse,⁷ d. h. bei der *Abschätzung der Folgen von Recht* (Recht als *explanans*) mit Hilfe der Theorie der rationalen Wahl sowie *der Erklärung, warum wir das (Völker- und (Europa-)Recht haben, das wir haben* (Recht als *explanandum*), kann die Ökonomik zur juristischen Methodendiskussion einiges beitragen, da die Rechtswissenschaft selbst kein eigenes sozialwissenschaftliches Instrumentarium hat. Ein weiterer Teil der Ökonomik beschäftigt sich mit normativen Fragestellungen; sie fragt nach welchen Kriterien eine Gesellschaft geordnet werden soll, also etwa Gerechtigkeit oder Effizienz. Wir werden beide Teile getrennt behandeln. Vorweggeschickt sei, dass wir die Stärke der Ökonomik in dem sozialwissenschaftlichen Teil sehen (1.).

⁷ Siehe dazu unter Rn. 73 ff. unten.

Danach wird der wissenschaftstheoretische Stellenwert und das Zusammenspiel mit anderen Wissenschaften, insbesondere der Rechtswissenschaft besprochen. Wo und inwieweit kann dieses Paradigma in der Rechtswissenschaft angewendet werden, die ja primär eine Auslegungswissenschaft, also eine hermeneutische Wissenschaft ist? Hier bestehen viele Missverständnisse, die wir damit ausräumen wollen (2.). Nur wenn man das Potential und die Grenzen der ÖAR kennt, kann sinnvoll damit gearbeitet werden (3.) 12

1. Grundzüge der ökonomischen Analyse des Rechts

Literatur A. van Aaken, *Rational-Choice in der Rechtswissenschaft: Zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht* (2003); H. Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 4. Aufl. (2015); E. V. Towfigh/N. Petersen, *Ökonomische Methoden im Recht: Eine Einführung für Juristen*, 2. Aufl. (2017); S. Voigt, *Institutionenökonomik*, 2. Aufl. (2009).

Eine einheitliche ÖAR existiert nicht: sie hat viele Ausprägungen und Namen.⁸ Kennzeichnend für alle Richtungen ist, dass sie ökonomische Analysemethoden auf rechtliche Fragestellungen anwenden. Eine wichtige Differenzierung besteht zwischen positiver und normativer Analyse.⁹ Während die positive Analyse eine Sozialwissenschaft ist und sich dieser Analysemethoden bedient, ist die normative Analyse ihrem Anspruch nach der Rechtsphilosophie zuzuordnen, da sie Fragen nach dem „Sollen“ beantworten möchte: aufgrund welcher Maßstäbe und Ziele soll eine Gesellschaft oder die internationale Gemeinschaft geordnet werden? Eine solche Unterscheidung hilft zudem die Diskussion zwischen Juristen und Ökonomen zu erleichtern, Missverständnisse zu vermeiden und die Teile, die für die Rechtswissenschaft nützlich sind, herauszufiltern. Die ÖAR liefert eine hilfreiche und notwendige Ergänzung der hermeneutischen rechtswissenschaftlichen Methode, sie substituiert sie nicht. Sie kann mithin nicht beantworten, was das geltende Recht ist; Ökonomik ist keine Auslegungswissenschaft. Dennoch können Argumente aus der ÖAR in die Auslegung von (Völker- und Europa-)Recht einfließen und vor allem auch in der Rechtspolitik helfen, kluge Verträge zu schreiben. 13

⁸ Wir verstehen unter ökonomischer Analyse oder Theorie des Rechts 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.

⁹ „Positiv“ wird als Gegenbegriff zu „normativ“ verstanden, d. h. „positiv“ umfasst die analytischen und empirischen Aussagen der Ökonomik, siehe unten Rn. 73 ff.

a) Verhaltensannahmen

- 14 Ökonomen haben seit jeher Beschränkungen menschlichen Verhaltens analysiert, um individuelles Verhalten zu erklären. Traditionell gehörten dazu neben den Naturgesetzen vor allem die budgetären Beschränkungen. Vertreter der Institutionenökonomik berücksichtigen explizit, dass formelle und informelle, also auch soziale Normen oder „soft law“, Gebote und Verbote ebenfalls verhaltenskanalisierend wirken können, etwa durch Reputationsmechanismen (diese sind auch für das Völker- und Europarecht wichtig). Menschliches Verhalten wird in dem Standardmodell der Ökonomik als rationale Wahl eines Individuums zwischen Alternativen verstanden, sog. Rational-Choice-Modell (aa). Dieses Modell wurde seit den 1970er Jahren von der Verhaltensökonomie grundlegend in Frage gestellt. Nach *H. A. Simon* maximieren Menschen nicht, sondern satisfizieren ihren Nutzen – er war ein Vordenker der begrenzten Rationalität¹⁰ (bb).

aa) Theorie der Rationalen Wahl

Literatur *A. van Aaken*, Rational-Choice in der Rechtswissenschaft: Zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht (2003); *J. Elster*, Rational Choice (1986); *G. Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*, 4. Aufl. (2013).

- 15 Ein Akteur ist dann rational, wenn er seinen erwarteten Nutzen unter Restriktionen maximiert (Erwartungsnutzentheorem; engl.: expected utility theorem). Das Erwartungsnutzentheorem 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 der 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. Das Modell der rationalen Wahl 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 (im Gegensatz zur Rechtssoziologie). 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. Oft wird die Eigennutzannahme operationalisiert etwa in Einkommen und Profitstreben. Dies ist für Marktprozesse und Marktverhalten auch größtenteils realistisch und zu rechtfertigen. Sobald aber die Ökonomik Sachverhalte außerhalb des Marktes analysiert, ist diese Annahme problematisch.

¹⁰ Nach *H. A. Simon* maximieren Individuen nicht, sondern satisfizieren nur, d. h. sie sind nur begrenzt rational und streben nur befriedigende, nicht maximale Lösungen an (das bedeutet, dass keine kontinuierliche Nutzenfunktion vorliegt, sondern eine Bewertung durch diskrete Anspruchsniveaus vorgenommen wird). Wegen der begrenzten Informationsverarbeitungskapazität der Individuen wollen und können sie die Situationen nicht in allen ihren Eigenschaften und Konsequenzen erfassen, vgl. zu einem Überblick *H. A. Simon*, *Models of Man* (1957).

Präferenzen sind grundsätzlich unabhängig von den aktuellen Handlungsmöglichkeiten. Entsprechend diesen Präferenzen bewertet das Individuum die ihm zur Verfügung stehenden Wahlmöglichkeiten, d. h. 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. (2) Sich ändernde Umweltbedingungen (auch Beschränkungen oder Restriktionen genannt). Es können institutionelle Beschränkungen (Recht), informelle Beschränkungen (Sitten, Gebräuche, Traditionen) und monetäre Beschränkungen unterschieden werden. Beschränkungen sind dabei als Absteckung von Handlungsmöglichkeitsräumen gedacht, d. h. sie sind nicht nur als freiheitsbeschränkend zu verstehen, sondern können auch Handlungsmöglichkeiten eröffnen (etwa subjektive öffentliche Rechte) und kanalisieren Verhalten durch positive und negative Anreize. 16

Die Präferenzen genügen gemäß den folgenden Axiomen bestimmten Anforderungen und lassen sich in Nutzenfunktionen darstellen:¹¹ Rationalität in diesem Zusammenhang bedeutet, dass die Individuen ihre Präferenzen *reflexiv*,¹² *vollständig*, *transitiv*, *zeit-konsistent*, *stetig* und *unabhängig* von irrelevanten Alternativen ordnen können. Dies gilt für Entscheidungen unter Sicherheit und unter Unsicherheit. Es ist ein rein formales Konzept der Rationalität. 17

Vollständigkeit verlangt, dass das Individuum in der Lage ist alle möglichen Kombinationen von Gütern und Dienstleistungen gemäß einer Rangfolge zu ordnen. Dies bedeutet, dass das Individuum zwischen den Alternativen A, B und C diskriminieren kann, wobei es ebenfalls möglich ist, dass zwei Alternativen gleich gut bewertet werden, d. h., das Individuum ist indifferent zwischen ihnen. Ausgeschlossen wird aber die Möglichkeit, dass das Individuum gar nicht in der Lage ist zu wählen.¹³ Die Annahme verlangt nicht, dass die Individuen kardinal ordnen können.¹⁴ 18

Zeit-Konsistenz bedeutet, dass eine Alternative über den Zeitverlauf *ceteris paribus* (d.h. *unter gleichen Umweltbedingungen*) gleich bewertet wird, nicht einmal schlechter und einmal besser.¹⁵ Diese Annahmen werden oft als wichtigstes Kriterium der (formalen) Rationalität betrachtet und beinhalten zugleich die *Annahme der Präferenzstabilität*.¹⁶ Diese wurde seit langem angegriffen, insbesondere auch durch die 19

¹¹ In der Regel wird diese Präferenzordnung als eine Wahl zwischen verschiedenen Konsumbündeln x_1 , x_2 bis x_n etc. dargestellt, wobei jedes Konsumbündel eine andere Kombination von Gütern und Dienstleistungen enthält.

¹² Reflexivität bedeutet nur, dass das Güterbündel genauso gut ist, wie sein Inhalt. Diese „common sense“-Annahme wird denn auch nicht weiter thematisiert.

¹³ Formal wird dies folgendermaßen dargestellt: für alle Bündel x_1 bis x_n gilt: x_i und x_j , entweder $x_i \geq x_j$ oder $x_j \geq x_i$.

¹⁴ Eine schwache Ordnung lässt Indifferenzen zu, während eine starke Ordnung eine Präferenz erfordert. Dies gilt auch für Transitivität und Vollständigkeit.

¹⁵ Formal wird dies folgendermaßen dargestellt: $t_1: x_1 > x_2$; $t_2: x_1 > x_2$; $t_3: x_1 > x_2$. Oder: wenn am Samstag Birnen Äpfeln vorgezogen werden, dann muss das *ceteris paribus* auch am Sonntag der Fall sein.

¹⁶ Formal wird dies folgendermaßen dargestellt: wenn in Zeitpunkt t_1 $x_i \geq x_j$, dann muss auch im Zeitpunkt t_2 $x_i \geq x_j$ sein etc.

Soziologie. Es bestreitet in der Theorie der rationalen Wahl niemand, dass die Präferenzen ein Produkt von Lernprozessen, Sozialisation und Internalisierung von Normen sind. Um aber zu erklären, wie sich bestimmte „soziale Randbedingungen“ auf die individuelle Präferenz- und Wertbildung auswirken, bedarf es psychologischer Hypothesen, die dann in die ökonomische Analyse problembezogen zu integrieren sind. Die Annahme der stabilen Präferenzen wird verwendet, um die Tautologie zu vermeiden, wonach das Verhalten von Menschen variiert, weil sich ihre Präferenzen laufend ändern. Dies erlaubt die strenge (analytische) Trennung zwischen Präferenzen und Restriktionen, welche in anderen Verhaltenstheorien nicht gemacht wird. Das Erfordernis der Konsistenz ist für das Recht außerordentlich wichtig, und wird auch grundsätzlich im Recht angenommen. Der wohl wichtigste Ausdruck dafür ist das Rechtsprinzip *pacta sunt servanda*, welches zeit-inkonsistente Verhaltensweisen nicht zulässt.

- 20 Es wird davon ausgegangen, dass Menschen im Durchschnitt und auf Dauer rational handeln, d. h. menschliches Verhalten wird als rationale Anpassung an die situativen Anreizbedingungen rekonstruiert. Für die Erklärung und Prognose menschlichen Verhaltens wird davon ausgegangen, dass sich eher die Restriktionen ändern, als die Präferenzen der Akteure. Recht kann dadurch als Wirkungsfaktor analytisch isoliert werden, um brauchbare Erklärungen und auch Prognosen erstellen zu können. Dies schließt langfristige Präferenzänderungen durch Recht nicht aus. So können etwa Menschenrechtsverträge langfristig die Einstellung zu Folter oder Rassismus ändern. Man spricht dann von Norminternalisierung. Diese wird in der Ökonomik nicht weiter thematisiert, steht aber bei Konstruktivisten im Fokus der Analyse (siehe unten Rn. 145).
- 21 Wie erklärt nun die positive ÖAR soziale Phänomene? Für die Analyse des Rechts wird die Annahme getroffen, dass Akteure auch auf (Völker- und Europa-)Rechtsnormen oder Gerichtsurteile (jedenfalls „law in action“) ebenfalls wie *homines oeconomici* reagieren, also rational und nutzenmaximierend bzw. -satisfizierend.¹⁷ Sanktionen¹⁸ und andere Rechtsnormen wirken wie Preise, die bestimmte Handlungsalternativen gegenüber anderen verteuern bzw. verbilligen. Für die ÖAR bedeutet dies, dass das Recht als „gigantische Preismaschine“¹⁹ betrachtet wird: Recht verteuert oder verbilligt bestimmte Handlungsalternativen, die demgemäß weniger bzw. mehr realisiert werden. Die Anreizveränderung bewirkt eine Änderung des Verhaltens: betrachtet werden also relative Preiseffekte, d. h. erklärt werden im Modell des *homo oeconomicus* die Verhaltensänderungen, nicht das absolute Niveau des Verhal-

¹⁷ Werden Situationen betrachtet, die strategisches Verhalten zeigen, so wendet die Ökonomik in aller Regel die Spieltheorie an. Rechtsnormen können erheblichen Einfluss auf das Interaktionsverhalten haben. In der Spieltheorie werden u. a. Fragen bezüglich ein- und mehrmaliger Verhandlungen, der Einfluss von Informationspflichten sowie Reputation als Lenkungsmechanismus betrachtet. Für eine Übersicht siehe *D. G. Baird/R. Gertner/R. C. Picker, Game Theory and the Law* (1994).

¹⁸ Beispielsweise Haftung für ein bestimmtes Verhalten (negative Sanktion oder Verteuern) oder Subventionen (positive Sanktion oder Verbilligung).

¹⁹ *L. M. Friedman, Two Faces of Law, Wisconsin Law Review* 1 (1984) 13.

tens – dieses lässt sich aus den Präferenzen, die beispielsweise die internalisierten Traditionen enthalten können, besser erklären. So wird die (positive) Veränderung der Menschenrechtslage eines Staates bei der Ratifizierung eines völkerrechtlichen Menschenrechtsvertrages erklärt, nicht aber das absolute Niveau der Menschenrechtsbeachtung. Für das Recht ist das unproblematisch, da Gesetzgebung und Rechtsprechung im nationalen Recht immer Rechtsänderungen sind, nie Neubeginn, mithin also bei der positiven Analyse ohne Weiteres vom Status Quo ausgegangen werden kann. Dies ist zumeist auch im Völker- und Europarecht so, denn auch wenn ein neuer völkerrechtlicher Vertrag oder neue Sekundärgesetzgebung zustande kommt, so waren doch auch zuvor die erfassten Handlungen nicht im rechtsfreien Raum (sie waren zumeist völkerrechtlich erlaubt oder europarechtlich nationale Kompetenz).

Der Einfluss der rechtlichen Regulierungen auf das Verhalten geschieht dadurch, dass Kosten und Nutzen und damit der Wert einer bestimmten Verhaltensweise für den jeweiligen Akteur durch alternative rechtliche Regulierungen jeweils verändert werden (sog. Anreize des Rechts). Dadurch wird das Verhalten der direktbetroffenen Akteure verändert.²⁰ Das schafft auch eine neue Lage für diejenigen, die mit den Direktbetroffenen in Beziehung stehen. Sie werden auf diese neue Lage reagieren und ihrerseits ihr Verhalten ändern. Durch die Gesamtinterdependenz des Systems pflanzen sich die ursprünglichen Impulse fort. Dabei können Gesamtergebnisse (Adaptionsfolgen²¹) resultieren, welche mit der Intention des ursprünglichen Normzweckes und den angeordneten Rechtsfolgen harmonisieren, jedoch können auch Divergenzen zwischen dem intendierten Regelungszweck und Adaptionsfolgen (Neben-, Fern- und Folgewirkungen) auftreten: dies sind oftmals kontraintuitive Folgen, zu deren Ermittlung die Ökonomik Wesentliches beitragen kann. Für die Rechtswissenschaft und insbesondere die Gesetzgebungswissenschaft bzw. die Diplomaten, die die Verträge verhandeln ist die Frage bedeutsam, wie die Restriktionen so gesetzt werden können, dass die Rechtsunterworfenen (Staaten und nichtstaatliche Akteure) möglichst freiwillig genau so handeln bzw. genau den Zustand herbeiführen, der von dem Normgeber intendiert wurde, ohne dabei zu viele nichtintendierte Realfolgen herbeizuführen.

22

bb) Verhaltensökonomie

Literatur *D. Kahneman*, A Perspective on Judgment and Choice: Mapping Bounded Rationality, *American Psychologist* 58 (2003) 697 ff.; *D. Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow* (2011); *E. Zamir/D. Teichman* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law* (2014); *E. Zamir/D. Teichman*, *Behavioral Law and Economics* (2018).

Seit den siebziger Jahren hat sich eine weitere Forschungsrichtung der Verhaltensökonomie unter maßgeblicher Beteiligung von (kognitiven) Psychologen und Ökonomen entwickelt, die umfangreiche empirische Experimente durchführen. Die Ver-

23

²⁰ Werden individuelle Interaktionen betrachtet, so werden diese oft spieltheoretisch modelliert. Vgl. dazu ausführlich *D. G. Baird/R. Gertner/R. C. Picker*, *Game Theory and the Law* (1994).

²¹ Zu der Terminologie der Adaptions- bzw. Realfolgen, siehe *G. Lübbe-Wolff*, *Rechtsfolgen und Realfolgen* (1981).

haltensökonomie untersucht systematische Abweichungen von dem klassischen formalen Rationalitätsmodell u. a. in Bezug auf die Informationsaufnahme, die Informationsverarbeitungskapazität, die (Zeit-)Konsistenz der Präferenzen und das Eigennutztheorem bzw. Fairnesspräferenzen, stellt also die kognitiven und motivationalen Annahmen des Rationalmodells grundlegend in Frage.²² Das Ergebnis: menschliche Entscheidungen entsprechen systematisch nicht den Annahmen des homo oeconomicus, sondern unterliegen vielfachen Heuristiken und kognitiven Verzerrungen.

- 24 Diese Erkenntnisse sind auf national- und europarechtlicher Ebene mittlerweile ins Recht und insbesondere Regulierung eingeflossen und gut erforscht.²³ Zudem gibt es seit längerem eine Forschungsrichtung in den Internationalen Beziehungen, die sich mit politischer Psychologie beschäftigt, allerdings ohne Berücksichtigung des Völkerrechts und konzentriert auf Sicherheitsfragen und Staatsoberhäupter.²⁴ Diese Forschung zieht gerade erneut Interesse auf sich,²⁵ und Experimente in Bezug auf das Völkerrecht mehren sich.²⁶ Allerdings ist das Völkerrecht selbst noch nicht systematisch analysiert worden aus verhaltensökonomischer Perspektive, auch wenn es Versuche gibt, das Feld abzustecken (siehe unten Rn. 147 ff.).
- 25 Die verhaltensökonomischen Erkenntnisse stammen primär aus Laborexperimenten. Während die interne Validität der Experimente sehr hoch ist und die Untersuchung von Kausalitäten zulässt, gibt es mehr Bedenken bei der externen Validität, also der Generalisierbarkeit der Erkenntnisse für die reale Welt.²⁷ Die Verhaltensökonomie liefert auch noch kein einheitliches Verhaltensmodell, ist also wesentlich komplexer als die Theorie der rationalen Wahl. In Bezug auf jede rechtliche Norm müssen hier die Situationsbedingungen genau betrachtet werden um sichere Prognosen zu wagen.
- 26 Die Verhaltensökonomie kann jedoch aufgrund ihrer realistischeren Verhaltensannahmen in einigen Bereichen des Rechts (1) bessere Prognosen leisten, (2) bestehende Rechtsnormen besser erklären und (3) helfen, Heuristiken u. a. durch rechtliche Regelungen zu mindern oder zu beheben, indem sie sie in die Analyse über-

²² Die Vertreter der Theorie der rationalen Wahl würden weiterhin dem Friedman'schen Argument folgen, dass es nicht die Realitätsnähe der Annahmen ist, sondern die Qualität des Modells und seiner Prognosen, die eine gute Theorie ausmachen. Vgl. *M. Friedman*, *The Methodology of Positive Economics*, in: *Essays in Positive Economics*, hrsg. von *M. Friedman* (1953) 3, 13–14.

²³ *R. H. Thaler/C. Sunstein*, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* (2008).

²⁴ *R. McDermott*, *Political Psychology in International Relations* (2004); *J. Davis* (Hrsg.), *Psychology, Strategy and Conflict* (2013); *R. Jervis*, *Perception and Misperception in International Politics* (1976).

²⁵ *E. M. Hafner-Burton/S. Haggard/D. A. Lake/D. G. Victor*, *The Behavioral Revolution and International Relations*, *International Organization* 71 Supplement (2017) 1.

²⁶ *A. S. Chilton/D. H. Tingley*, *Why the Study of International Law Needs Experiments*, *Columbia Journal of Transnational Law* 52 (2013) 173.

²⁷ Zu einer ausführlichen Diskussion, siehe *J. L. Dunoff/M. A. Pollack*, *Experimenting with International Law: A Reader's Guide*, *European Journal of International Law* 28 (2017) 1317; sowie *C. Engel*, *The Proper Scope of Behavioral Law and Economics*, Preprint Max Planck Institute for Research on Collective Goods 2018/02 (2018).

Schlagwortverzeichnis

Die Verweise beziehen sich auf Randnummern.

- Abrüstung 555 f.
adverse Selektion 104, 110 f.
Allmendegut 121, 125 ff., 130, 148, 154, 157, 189, 273, 532
Allokationseffizienz 43 f., 47, 78, 525
Annahmekritik 77
Auslegung 13, 84, 254, 260 f., 263, 293, 316, 323, 341, 588
- Beurteilungsspielraum 343, 400, 407
Binnenmarkt 178, 257, 327, 346, 348 ff., 406, 409, 419, 429, 433 f.
BITs 192, 293, 502 ff., 511 ff.
Bruttoinlandsprodukt 60 f., 389
Bundesstaat 243, 246, 250, 254, 312, 376 ff., 385, 387, 389, 391
BVerfG 243, 254, 256, 315, 334, 380, 400
- carbon leakage 526
Coase 46, 96, 98, 171, 212, 522 ff., 526
- Diktatorspiel 37 f.
Diskriminierung 519
Durchsetzung 6 ff., 41, 94, 101, 103, 115, 117, 127 f., 130, 139, 148, 177, 179, 187, 197, 270 ff., 275 f., 278 f., 282, 306, 326, 328, 352, 426, 477, 500, 521, 529, 573 ff., 578, 583, 589, 604, 610 f., 617
- effet utile 84, 261, 291, 316, 402
Eigenmittel 401 ff.
Entscheidungstheorie 43, 66 ff., 163
EuGH 35, 240 f., 260 ff., 291, 309, 316, 325, 341, 343 f., 352, 354 f., 357, 363 ff., 396 ff., 407, 427, 435, 469, 483, 585 ff., 593 ff., 601
Europäische Kommission 5, 35, 114, 200, 238, 247, 251 f., 255 ff., 260, 262, 323, 330 f., 333, 336 ff., 341 f., 359, 394, 412 f., 416, 423, 426, 428, 435, 585, 593, 599 ff.
- Europäische Menschenrechtskonvention 35, 291, 584
Europäische Zentralbank 35, 258
Europäisches Parlament 247, 251 ff., 256, 315, 330, 333
Experimente 23 ff., 35 ff., 40, 122 f., 129, 148, 152, 154 f., 158, 422, 532
Externalitäten 6, 46, 91, 95 ff., 125 ff., 164, 171 f., 188, 190, 207, 213, 266, 320, 329, 373 f., 390 ff., 395, 397, 399, 412, 514, 521 f., 527, 612
- Finanzmarktrecht 196 f.
Föderalismustheorie 202, 212, 243, 254, 259 f., 312, 319, 347, 354, 368
framing 32, 121, 149, 183, 298
Frieden 135, 167, 532 ff., 536, 539, 544, 556, 607
- G20 196
Geldpolitik 35, 258 f., 314, 371 ff., 400
Gemeinwohl 163, 182
Gerechtigkeit 11, 42, 58, 81
Gewohnheitsrecht 292, 301 ff., 306
Grundfreiheiten 98, 100, 175, 178, 206, 324, 349, 351 ff., 356, 362, 368, 406, 424, 584
Grundrechte 46, 584
- Heuristiken 23, 26, 76
– ambiguity aversion 187
– Ausstattungseffekt 29, 46
– availability bias 33
Hirschjagd *siehe* Spieltheorie und stag hunt game
- implied-powers 261, 316, 542
Individualbeschwerdeverfahren 579
Informationsasymmetrie 110

- Institutionalismus 139, 141, 143, 231, 237, 272, 307, 552, 562, 571, 610
- Institutionelle Kongruenz 212
- Institutionenökonomik 14, 93, 98, 200 f., 225, 271, 451
- interdisziplinär 8, 67
- International Common Law 197
- Internationale Organisationen 66, 99, 109, 140, 160, 179, 200, 223 ff., 290, 297, 310, 539, 617
- Internationales Handelsrecht 68, 70, 98, 115, 131, 190, 279
- Investitionsschutz 237, 502, 573
- ius cogens 160, 279, 537
- Kaldor-Hicks-Kriterium 44, 46, 137, 163, 180, 187, 449
- Klimaschutz 46, 148, 181, 527
- Klimawandel 6, 128
- Konsensprinzip 48, 51, 180, 226, 298, 469
- Konstitutionalismus 53, 139, 159 ff., 566
- Konstruktivismus 20, 139 f., 145 f., 149, 283 f., 615, 617
- Konsumentenwohlfahrt 435 ff.
- Krieg 3, 186, 533 ff., 551, 565, 584
- Kronzeugenregelung 428
- Kyoto-Abkommen 123, 529 f.
- Lobbygruppen *siehe* rent-seeking
- Marktversagen 46, 103, 109, 126 f., 171, 353, 355, 357, 369, 412
- Menschenrechte 3, 35, 46, 70, 159, 175, 242, 273, 278, 291, 296, 301, 571 ff., 579 f., 582 ff., 593 f., 596, 599, 601 f., 604, 607, 609, 611, 614, 616
- Menschenrechtsverträge 20, 35, 278, 296, 572, 574 f., 583, 601 ff.
- Methodendiskussion 11
- MFN 459, 461 f., 506
- Moral Hazard 104, 110, 112, 414
- more economic approach 435 ff., 439 ff., 443
- NATO 170, 213, 545, 556, 568
- NGOs 99, 118, 136, 140, 160, 264, 281, 581, 601 f., 604, 607, 611, 617
- Öffentliches Gut 6, 121 ff., 126 ff., 147, 157, 168 ff., 175, 188, 190, 201 f., 209, 233, 266 f., 273, 275, 305, 368, 391, 416, 459, 495, 529, 532, 565, 570, 612
- Optimaler Währungsraum 206, 348, 362, 365 f., 372
- Ordnungsökonomik 49
- pacta sunt servanda 19, 167, 307
- Pareto-Kriterium 44 ff., 55, 121, 163, 180, 226, 523
- Politische Ökonomie 35, 98, 131, 165, 217, 220 f., 257, 331, 336, 417, 442, 449 f., 458, 475, 491, 526
- Preistheorie 91 f., 98
- Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung 161, 261, 310 f., 315, 317, 402
- Prinzipal-Agenten-Verhältnis 91, 109 f., 114, 219, 222, 225, 248, 256, 322, 335
- property rights 93 ff., 130, 173 ff., 189, 266, 371, 522 f., 525
- Prospekttheorie 27, 29
- Verlustaversion 27, 29, 34, 183, 187
- Protektionismus 334, 359, 450 f., 457 f., 473, 475
- Psychologie 23 f., 34
- public choice *siehe* Politische Ökonomie
- Rationalismus 41, 146, 148, 151 f., 154, 284, 532
- Realismus 135, 139, 141 f., 271, 273, 607 f., 617
- Rechtssicherheit 170, 177, 202, 204, 215, 344, 366, 388, 440 f., 443, 459, 507, 520
- rent-seeking 131, 182, 220 f., 256 f., 324, 331, 339, 352, 359, 417, 526
- Reputation 114, 117, 148, 186, 235, 241, 272, 279 ff., 307 f., 476, 529 f., 604
- Reziprozität 117, 129, 148, 151, 176 f., 191, 224, 235, 272, 277 f., 289, 295, 405, 453, 459, 466 ff., 503
- Richter 40, 136, 236 ff., 240, 260, 262, 611
- Schuldenbremse 385, 389
- Sekundärrecht 226, 263, 269, 309, 330, 343, 408
- Selbstbestimmungsrecht 210 f., 576
- Skalenerträge 129, 244, 314, 320, 349, 447, 511
- soft law 6 f., 14, 141, 144, 184, 193 ff., 264, 276
- Sozialwissenschaft 8 f., 11, 13, 71, 79, 83, 87, 89 f., 601
- Spieltheorie 89, 91, 115 ff., 122, 128, 138, 147, 149, 197, 235, 267 f., 270, 272, 296, 340, 471, 530, 605
- Gefangenendilemma 115 f., 118, 121, 124, 128, 267, 271, 273, 428, 453, 517, 527, 533, 561
- Kooperationsspiele 272 f.
- Koordinationsspiele 272

- stag hunt game 268 f., 273
- Vertrauensspiel 121, 154, 273
- Staatenbund 243 ff., 250, 254, 315
- Staatenverbund 246 f., 387
- Subsidiaritätsprinzip 211, 310, 313, 318 f., 321, 323
- Subventionen 207, 350, 412, 415 f., 455, 457, 495, 497 ff., 514
- Systemrelevanz 414
- Systemwettbewerb 201, 205 ff., 212, 219, 244, 250, 312 f., 318, 321, 368, 527, 529

- Terrorismus 6, 114, 128 f., 168 f., 181, 188, 268, 539, 565 ff.
- Transaktionskosten 30, 46, 95 ff., 103, 143, 164, 176 ff., 190, 225, 234, 314, 329, 352, 366, 371, 440 f., 482, 523, 526
- Trittbrettfahren 122, 128, 148 f., 152, 168 ff., 181, 188 ff., 373, 459, 496, 527, 529

- Ultimatumspiel 37
- Umweltrecht 115, 521
- Umweltschutz 3, 46, 135, 183, 189, 273, 528
- Utilitarismus 42, 44, 81

- Vereinte Nationen 43, 53, 60, 64, 66, 81, 132, 159, 517, 536, 577
- Verfügungsrechte *siehe* property rights

- Verhaltensökonomie 14, 23 ff., 40 f., 76, 122, 129 f., 134, 147, 149, 151, 183, 233, 273, 287, 297, 299, 518, 523, 532
- Vertragstheorie 6, 89, 91, 102 ff., 106 ff., 138, 234, 519, 561
- Völkergewohnheitsrecht 51, 193, 230, 264, 279, 292, 305 ff., 503, 537, 575
- völkerrechtliche Verträge 21, 162, 215, 265, 270, 293
- Völkervertragsrecht 6, 45, 51, 265 f., 279, 288, 293, 307 f., 503
- Völkerrechtssubjekt 215, 223
- Vorbehalte 294 ff.

- Währungsunion 348, 370 ff., 391
- Welthandelsorganisation (WTO) 66, 70, 118, 160, 170, 177, 180, 186, 191, 207, 213, 224 ff., 237, 239, 242, 285, 289 f., 295, 297, 334, 344, 406, 456 f., 459 ff., 469 ff., 475 ff., 496, 498 ff., 508, 531
- WTO-Streitbeilegung 70, 102, 107, 144, 213, 233, 469, 509, 512
- Welthandelsrecht 123, 160, 289, 444, 471, 477
- Wiener Vertragsrechtskonvention 84, 136, 215, 277, 288, 296, 301, 306, 543
- Wohlfahrtsökonomie 42, 44, 53 f., 56

- Zertifikatehandel 524 ff.

