

MILENA MAURER

Geld oder Gerechtigkeit?

*Rechtsordnung und
Wirtschaftsgeschichte*

26

Mohr Siebeck

Rechtsordnung und Wirtschaftsgeschichte

Herausgegeben von

Albrecht Ritschl, Mathias Schmoeckel und Günther Schulz

26



Milena Maurer

Geld oder Gerechtigkeit?

Eine Diskursanalyse zur Rezeption
der Rechtsökonomik

Mohr Siebeck

Milena Maurer, geboren 1991; Studium der Rechtswissenschaft an der Goethe Universität Frankfurt am Main; 2017 Erstes juristisches Staatsexamen; Magisterstudium im europäischen und internationalen Wirtschaftsrecht (LL.M. Eur.) in Frankfurt am Main; Rechtsreferendariat im Bezirk des OLG Frankfurt am Main; 2020 Zweites juristisches Staatsexamen; Rechtsanwältin in Frankfurt am Main.

D30

ISBN 978-3-16-163835-0 / eISBN 978-3-16-163836-7

DOI 10.1628/978-3-16-163836-7

ISSN 2191-0014 / eISSN 2569-4251 (Rechtsordnung und Wirtschaftsgeschichte)

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

© 2025 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 Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Jahr 2023 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation angenommen. Die verwendete Literatur ist auf dem Stand von Mai 2023, andere Quellen wurden vereinzelt bis Anfang 2024 berücksichtigt.

An dieser Stelle möchte ich mich zunächst bei Prof. Dr. Dr. hc. Joachim Rückert für die gute Betreuung dieser Arbeit bedanken. Er war stets eine Quelle der Inspiration und ist bis heute ein großes Vorbild für mich. Ich möchte mich außerdem bei ihm und Prof. Dr. Louis Pahlow für die schnelle Begutachtung der Dissertation bedanken. Dr. Ralf Seinecke danke ich für die Unterstützung bei der Suche nach einem passenden Titel für dieses Werk.

Mein Dank gilt außerdem allen anderen, die mich auf dieser Reise begleitet haben, insbesondere danke ich Mariam Massek, Yves Ludwig und Adela Pepic für die jahrelange Freundschaft.

Von Herzen bedanken möchte ich mich schließlich bei meiner Familie, besonders bei meinen Eltern Petra Pickenhan-Maurer und Michael Peter Maurer, die mich immer unterstützt haben, sowie Hugo, der mir stets ein Lächeln aufs Gesicht zaubert. Mein größter Dank gilt meinem Bruder Till Magnus Maurer, der mein Fels in der Brandung ist. Ihm ist dieses Werk gewidmet.

Aschaffenburg, 05.10.2024

Milena Maurer

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
I. Einleitung	1
1. <i>Fragestellung der Arbeit</i>	2
2. <i>Stand der Forschung</i>	10
II. Das wissenschaftsgeschichtliche Verhältnis	13
1. <i>Die Trennung von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften an den Universitäten</i>	13
2. <i>Die verschiedenen Berührungspunkte zwischen Recht und Wirtschaft</i>	16
3. <i>Die Bedeutung des Aufsatzes „The Problem of Social Cost“ von Ronald Coase</i>	19
4. <i>Frühere Bewegungen im deutschsprachigen Raum</i>	27
5. <i>Fazit</i>	35
III. Einige philosophische und rechtshistorische Hintergründe und ihr Einfluss	39
1. <i>Die Nähe zum Utilitarismus</i>	39
2. <i>Die Einflüsse auf die Rezeption der New Law-and-Economics- Bewegung</i>	44
3. <i>Die politische Situation und ihre Auswirkungen</i>	49
4. <i>Fazit</i>	51
IV. Wichtigste rechtsökonomische Analyseinstrumente und Grundannahmen	53
1. <i>Die Annahme der Ressourcenknappheit und der Stabilität der Präferenzen</i>	53

2.	<i>Kritische Auseinandersetzung mit dem homo oeconomicus</i>	54
3.	<i>Die bloße Instrumentalisierung des Rechts?</i>	75
4.	<i>Fazit</i>	81
V.	Der ökonomische Imperialismus	85
1.	<i>Der Universalanspruch der ÖAR</i>	86
2.	<i>Eine verstärkte interdisziplinäre Zusammenarbeit als Antwort</i>	90
3.	<i>Fazit</i>	92
VI.	Der Konflikt zwischen Allokationseffizienz und Verteilungsgerechtigkeit	93
1.	<i>Die Gerechtigkeitsvorstellungen der Rechtsökonomik</i>	95
2.	<i>Die Trennung des Rechtssystems als Lösung?</i>	107
3.	<i>Staatliche Umverteilungsmaßnahmen und Paternalismus</i>	116
4.	<i>Fazit</i>	118
VII.	Die Neue Institutionenökonomik und ihre Bedeutung für das Rechtssystem	121
1.	<i>Ein Überblick über ihre Entstehung und Ausprägungen</i>	121
2.	<i>Die Property-Rights-Theorie als bedeutsamste Analyserichtung?</i>	123
3.	<i>Die Ökonomische Vertragstheorie: Ein taugliches Analyseinstrument?</i>	144
4.	<i>Die Rezeption des Transaktionskostenansatzes</i>	159
5.	<i>Fazit</i>	162
VIII.	Konkrete Rechtsprobleme als Feld für die Rechtsökonomik?	165
1.	<i>Haftungsrechtliche Probleme als „Klassiker“ der ÖAR und der NIÖ</i>	165
2.	<i>Die Gefährdungshaftung als Institution einer optimalen Anreizwirkung?</i>	197
3.	<i>Kritische Würdigung des Problems der Reziprozität der Schadensverursachung</i>	202
4.	<i>Die Nutzungskonkurrenz an öffentlichen Gütern als Herausforderung?</i>	211

5. <i>Fazit</i>	213
IX. Der rechtsökonomische Ansatz als Instrument für den Gesetzgeber	219
1. <i>Nutzbarkeit des rechtsökonomischen Ansatzes für die Rechtspolitik?</i>	219
2. <i>Der Ansatz der Neuen Politischen Ökonomik</i>	226
3. <i>Die ÖAR als taugliches Instrument für die Gesetzgebung?</i>	228
4. <i>Fazit</i>	231
X. Der rechtsökonomische Ansatz als Methode für die Rechtsanwendung	233
1. <i>Die ÖAR als eigenständige rechtswissenschaftliche Methode?</i>	233
2. <i>Die Rechtsökonomik als Auslegungshilfe</i>	237
3. <i>Die Rechtfortbildung als Chance für eine vermehrte Rezeption in der Praxis?</i>	248
4. <i>Die ÖAR als taugliches Instrument für die Rechtsprechung?</i>	251
5. <i>Konkrete Rechtsökonomische Erwägungen in der Rechtsprechung</i> ...	255
6. <i>Fazit</i>	266
XI. Relevanz des rechtsökonomischen Ansatzes für die juristische Ausbildung	269
1. <i>Die Forschung und Lehre der ÖAR als Randphänomen?</i>	270
2. <i>Die Globalisierung als Chance für die ÖAR?</i>	274
3. <i>Fazit</i>	275
XII. Besondere Herausforderungen im Zusammenhang mit der ökonomischen Analyse des Öffentlichen Rechts und des Strafrechts	277
1. <i>Die Rezeption institutionenökonomischer Erwägungen im Öffentlichen Recht</i>	277
2. <i>Die Rezeption der Rechtsökonomik im Strafrecht</i>	285
3. <i>Fazit</i>	292

XIII. Folgerungen und Ausblick	295
Quellen- und Literaturverzeichnis	301
<i>Quellen</i>	301
<i>Sonstige Materialien</i>	302
Literatur	305
Register	339

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
I. Einleitung	1
1. <i>Fragestellung der Arbeit</i>	2
a) Wozu dient die Differenzierung zwischen positivem und normativem Ansatz?	3
b) Welche Bedeutung haben institutionenökonomische Überlegungen für die Rechtswissenschaft?	5
2. <i>Stand der Forschung</i>	10
II. Das wissenschaftsgeschichtliche Verhältnis	13
1. <i>Die Trennung von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften an den Universitäten</i>	13
2. <i>Die verschiedenen Berührungspunkte zwischen Recht und Wirtschaft</i>	16
3. <i>Die Bedeutung des Aufsatzes „The Problem of Social Cost“ von Ronald Coase</i>	19
a) Eine ökonomische Innovation mithilfe eines rechtlichen Beispielfalles?	21
b) Die Bedeutung von Spezialliteratur für die umfassende Rezeption des Coase-Theorems	23
4. <i>Frühere Bewegungen im deutschsprachigen Raum</i>	27
a) Die Österreichische Schule: Verfügungsrechte als wesentliche Wirtschaftsgüter?	27
b) Deutsche Historische Schule: der Beginn einer interdisziplinären und empirischen Arbeitsweise?	29
c) Die Freiburger Schule des Ordoliberalismus: Lösung wirtschaftlicher Probleme durch eine rechtliche Ordnung?	32
5. <i>Fazit</i>	35

III. Einige philosophische und rechtshistorische Hintergründe und ihr Einfluss	39
1. <i>Die Nähe zum Utilitarismus</i>	39
a) Der sozialphilosophische Einfluss von <i>Jeremy Bentham</i> s Mehrheitsregel	39
b) <i>Richard Posner</i> s Theorie der Vermögensmaximierung als Konkretisierung der utilitaristischen Mehrheitsregel?	42
2. <i>Die Einflüsse auf die Rezeption der New Law-and-Economics-Bewegung</i>	44
a) Der Rechtsrealismus als Chance für die Entstehung einer interdisziplinären Ausrichtung?	45
b) Die Freirechtsbewegung als Parallelentwicklung?	45
3. <i>Die politische Situation und ihre Auswirkungen</i>	49
4. <i>Fazit</i>	51
IV. Wichtigste rechtsökonomische Analyseinstrumente und Grundannahmen	53
1. <i>Die Annahme der Ressourcenknappheit und der Stabilität der Präferenzen</i>	53
2. <i>Kritische Auseinandersetzung mit dem homo oeconomicus</i>	54
a) Das Modell des <i>homo oeconomicus</i> und sein Verhalten auf Handlungsrestriktion in Form von Rechtsnormen	55
b) Opportunismus als extreme Form des Eigennutzentheorems: zunehmende Berücksichtigung in der rechtswissenschaftlichen Literatur?	57
aa) Das Individuum als moral hazard	58
bb) Eigennutz als Herausforderung für das Rechtssystem	60
c) Rückgriff auf den <i>homo oeconomicus</i> trotz anhaltender Kritik?	61
d) Das Konzept der beschränkten Rationalität als Lösung?	63
e) Unvereinbarkeit des Modells mit dem Menschenbild des deutschen Rechtssystems?	66
f) Die Rezeption des rechtsökonomischen Verhaltensmodells im europäischen Verbraucherrecht	71
3. <i>Die bloße Instrumentalisierung des Rechts?</i>	75
a) Das Pareto-Optimum: Die Annahme vollständiger Konkurrenz als Problem für die Rechtsanwendung?	76
aa) Die Annahme vollständiger Konkurrenz	78
bb) Der Konflikt mit der Verteilungsgerechtigkeit	80
b) Das Kaldor-Hicks-Kriterium als „gerechte“ Korrektur?	80

4. <i>Fazit</i>	81
V. Der ökonomische Imperialismus	85
1. <i>Der Universalanspruch der ÖAR</i>	86
2. <i>Eine verstärkte interdisziplinäre Zusammenarbeit als Antwort</i>	90
3. <i>Fazit</i>	92
VI. Der Konflikt zwischen Allokationseffizienz und Verteilungsgerechtigkeit	93
1. <i>Die Gerechtigkeitsvorstellungen der Rechtsökonomik</i>	95
2. <i>Die Trennung des Rechtssystems als Lösung?</i>	107
3. <i>Staatliche Umverteilungsmaßnahmen und Paternalismus</i>	116
4. <i>Fazit</i>	118
VII. Die Neue Institutionenökonomik und ihre Bedeutung für das Rechtssystem	121
1. <i>Ein Überblick über ihre Entstehung und Ausprägungen</i>	121
2. <i>Die Property-Rights-Theorie als bedeutsamste Analyserichtung?</i>	123
a) Die historischen und philosophischen Hintergründe	124
b) Die Begriffsdefinition der Property-Rights	127
c) Die normativen Ziele der Analyse	131
d) Darstellung der Rezeption des Ansatzes in der rechtswissenschaftlichen Literatur anhand eines Beispiels aus dem Immaterialgüterrecht	136
3. <i>Die Ökonomische Vertragstheorie: Ein taugliches Analyseinstrument?</i>	144
a) Die Prinzipal-Agent-Theorie: Berücksichtigung von Informationsasymmetrien in Vertragsbeziehungen	144
aa) Agenturverträge	147
bb) Lösungsansätze der Agenturproblematik	148
b) Die Theorie der relationalen Verträge: Vermeidung opportunistischer Verhaltensweisen als Aufgabe des Vertragsrechts?	150
aa) Der vollständige Vertrag als Ideal?	151
bb) Der unvollständige Vertrag in der Realität	152
cc) Zusammenfassung	158
4. <i>Die Rezeption des Transaktionskostenansatzes</i>	159
5. <i>Fazit</i>	162

VIII. Konkrete Rechtsprobleme als Feld für die Rechtsökonomik?	165
1. <i>Haftungsrechtliche Probleme als „Klassiker“ der ÖAR und der NIÖ</i>	165
a) Das Prinzip des <i>cheapest-cost-avoiders</i>	173
b) Das Prinzip des <i>cheapest-cost-insurers</i>	174
c) Das Prinzip des <i>superior-risk-bearer</i>	177
d) Die sog. <i>Learned-Hand-Formel</i>	177
e) Das „wohlfahrtsökonomische Prüfungsschema“ nach <i>Hans-Bernd Schäfer</i> und <i>Claus Ott</i>	179
f) Kritische Würdigung der Rezeption anhand von Beispielen	181
aa) Gleichsetzung wirtschaftlicher Erwägungen mit Argumenten der Rechtsökonomik?	181
bb) Umsetzung rechtsökonomischer normativer Forderungen bezüglich der Rügeobliegenheit des § 377 Abs. 1 HGB?	183
cc) Die Rezeption der ÖAR bei der Lösung der sog. Einbaufälle ...	187
dd) Zunehmende Berücksichtigung rechtsökonomischer Argumente im AGB-Recht?	193
2. <i>Die Gefährdungshaftung als Institution einer optimalen Anreizwirkung?</i>	197
3. <i>Kritische Würdigung des Problems der Reziprozität der Schadensverursachung</i>	202
a) Kritik der ÖAR am Verursacherprinzip	205
b) Bevorzugung der Gefährdungshaftung als Lösung?	207
c) Institutionenökonomische Überlegungen im Zusammenhang mit der Haftung aus § 906 BGB	209
4. <i>Die Nutzungskonkurrenz an öffentlichen Gütern als Herausforderung?</i>	211
5. <i>Fazit</i>	213
IX. Der rechtsökonomische Ansatz als Instrument für den Gesetzgeber	219
1. <i>Nutzbarkeit des rechtsökonomischen Ansatzes für die Rechtspolitik?</i>	219
a) Die wichtigsten rechtlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit rechtsökonomischer Erwägungen	220
b) Gerechtigkeitserwägungen als Problem für die Rezeption?	224
2. <i>Der Ansatz der Neuen Politischen Ökonomik</i>	226
3. <i>Die ÖAR als taugliches Instrument für die Gesetzgebung?</i>	228
4. <i>Fazit</i>	231

X. Der rechtsökonomische Ansatz als Methode für die Rechtsanwendung	233
1. <i>Die ÖAR als eigenständige rechtswissenschaftliche Methode?</i>	233
2. <i>Die Rechtsökonomik als Auslegungshilfe</i>	237
a) Die Berücksichtigung rechtsökonomischer Aspekte bei der teleologischen Auslegung	237
b) Die Umsetzung der Anreizwirkung durch die Rechtsanwendung ...	245
3. <i>Die Rechtfortbildung als Chance für eine vermehrte Rezeption in der Praxis?</i>	248
4. <i>Die ÖAR als taugliches Instrument für die Rechtsprechung?</i>	251
5. <i>Konkrete Rechtsökonomische Erwägungen in der Rechtsprechung</i> ...	255
a) Die Bedeutung informeller Institutionen für die Auslegung des Begriffs des „allgemeinen Verkehrsbewusstseins“	258
b) Absage an das <i>homo oeconomicus</i> -Modell durch den BGH?	260
c) Abkehr von dem <i>homo oeconomicus</i> -Modell durch die ÖAR für Einzelfälle?	264
6. <i>Fazit</i>	266
XI. Relevanz des rechtsökonomischen Ansatzes für die juristische Ausbildung	269
1. <i>Die Forschung und Lehre der ÖAR als Randphänomen?</i>	270
2. <i>Die Globalisierung als Chance für die ÖAR?</i>	274
3. <i>Fazit</i>	275
XII. Besondere Herausforderungen im Zusammenhang mit der ökonomischen Analyse des Öffentlichen Rechts und des Strafrechts	277
1. <i>Die Rezeption institutionenökonomischer Erwägungen im Öffentlichen Recht</i>	277
2. <i>Die Rezeption der Rechtsökonomik im Strafrecht</i>	285
a) Straftatbestände als Handlungsanreize für das (opportunistische) Individuum?	285
b) Kritische Würdigung der Anwendung	291
3. <i>Fazit</i>	292

XIII. Folgerungen und Ausblick	295
Quellen- und Literaturverzeichnis	301
<i>Quellen</i>	301
<i>Sonstige Materialien</i>	302
Literatur	305
Register	339

I. Einleitung

Die Ökonomische Analyse des Rechts (ÖAR) entwickelte sich in den 1960er Jahren zunächst in den USA, wobei der Aufsatz des Ökonomen *Ronald Coase* „The Problem of Social Cost“ als Grundstein der Analyse gilt.¹ In der vorliegenden Arbeit geht es um die Rezeption dieses Ansatzes und der Neuen Institutionenökonomik (NIÖ) in der Rechtswissenschaft. Es handelt sich dabei um zwei Strömungen, die voneinander zu trennen sind, auch wenn sie unter dem Oberbegriff der Rechtsökonomik bzw. als rechtsökonomischer Ansatz zusammengefasst werden können. Das Einfluss- und Untersuchungsfeld der ÖAR liegt überwiegend bei einzelnen juristischen Problemen. Im Rahmen der NIÖ werden hingegen üblicherweise größere Zusammenhänge, wie die Einflüsse ganzer politischer und gesellschaftlicher Systeme auf die Durchsetzung rechtlicher Regeln, untersucht.² Auch historische Entwicklungen sollen mithilfe der Untersuchung von Institutionen erklärt werden können.³

Die NIÖ widmet sich damit einem insgesamt größeren Spektrum, sodass die Untersuchungen breiter gestreut und die Ergebnisse insbesondere für die Rechtsphilosophie und -politik interessant sind. Konkrete rechtliche Institutionen werden eher selten in den Fokus der NIÖ gerückt und haben dabei eher beispielhaften Charakter. Auch wenn beide Strömungen gemeinsame (rechts-)historische Anknüpfungspunkte haben, erfolgt der Zugriff auf die Untersuchung rechtlicher Regeln aus gänzlich unterschiedlichen Perspektiven und zum Teil scheinbar auch mit verschiedenen Zielsetzungen.

¹ *Coase*, *Journal of Law & Economics* (3) 1960, 1; dt. Übersetzung: *ders.*, Das Problem der sozialen Kosten, in: Assmann/Kirchner/Schanze (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, 1993, 129–183.

² „Das Konzept ist mehr als nur ein weiteres politisches oder ökonomisches Modell; es handelt sich um einen grundlegenden neuen Ansatz sozialwissenschaftlicher Analyse. Es geht darin um den Vorgang zeitlichen Wandels. Wieviel genau haben wir über den Vorgang gesellschaftlichen Wandels gelernt? Wir können unsere Beiträge mit Hilfe der Begriffe illustrieren, die als die Eckpunkte dieser Untersuchung fungierten: Gewalt, Institutionen, Organisationen und subjektive Vorstellungen.“, *North/Wallis/Weingast*, *Gewalt und Gesellschaftsordnungen*, 2011, S. 277; vgl. *Priddat*, *Die Zeit der Institutionen*, in: Caspari (Hrsg.), *Studien zur Entwicklung der ökonomischen Theorie XXXIII*, 2018, 11 (11 f.); *Wegener*, *Institutionenökonomische Narrative für die Entstehung des Kapitalismus*, in: ebd., 59.

³ So etwa bei *North*, *Institutionen, institutioneller Wandel und Wirtschaftsleitung*, 1992, S. 3 ff.; *ders.*, *Theorie des institutionellen Wandels*, 1988, S. 13 ff., 75 ff.

1. Fragestellung der Arbeit

Die deutschsprachige rechtswissenschaftliche Literatur rezipierte den rechtsökonomischen Ansatz überwiegend erst 10 Jahre nach seinem Aufkommen in den USA, bis heute sieht er sich jedoch zahlreicher Kritik ausgesetzt.⁴ Eine gewisse Berühmtheit erlangte die kritische Auseinandersetzung seitens *Karl-Heinz Fezer*, der rechtsökonomischen Autoren wie *Hans-Bernd Schäfer* und *Claus Ott* vorwarf, die ökonomischen Theorieansätze auf rechtliche Problemstellungen anzuwenden und Folgerungen abzuleiten, ohne prinzipiell kritische Einwände vorzutragen.⁵ Doch was sind die genauen Gründe für die – insbesondere im Vergleich zu ihrem Ursprungsland – verhaltene Rezeption der ÖAR in Deutschland?

Zunächst handelt es sich bei der ÖAR um einen interdisziplinären Ansatz mit unterschiedlichen Strömungen und nicht um eine einheitliche Forschungsrichtung.⁶ Gemeinsam ist ihnen, dass sie den Einfluss des Rechts auf die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt untersuchen. Dies erfolgt mit verschiedenen ökonomischen Analyseinstrumenten, die vor allem der ökonomischen Neoklassik entnommen wurden, weshalb die ÖAR auch als „wirtschaftswissenschaftliche Rechtstheorie“⁷ bezeichnet wird. Die analytischen Grundmodelle gelten unabhängig von der Zielrichtung der Analyse und werden zum Teil, je nach Autor, variiert, modifiziert und weiterentwickelt.⁸ Ist in der wissenschaftlichen Literatur von der ÖAR die Rede, ist damit üblicherweise die moderne New-Law-and-Economics-Bewegung gemeint, welche sich ausgehend von den USA seit den 1960ern entwickelte.⁹ Wenngleich in der NIÖ gerade die Institutionen – im Gegensatz zur institutionenneutralen Neoklassik – im Fokus der Untersuchung stehen, so entspringen die wesentlichen Grundannahmen und Modelle grundsätzlich weiterhin der Neoklassik.¹⁰ Sie wurden bereits in der Anfangszeit der

⁴ Dazu näher *Pahlow*, „Ökonomisierung“ des Rechts?, in: Graf (Hrsg.), *Ökonomisierung – Debatten und Praktiken in der Zeitgeschichte*, 2019, 215 m. w. N.

⁵ *Fezer*, JZ 1986, 817 (821 f.).

⁶ Zu den verschiedenen Strömungen, die sich vor allem hinsichtlich der Vereinfachung der Modelle unterscheiden: *Kerkmeester*, *Methodology*, in: Bouckaert/De Geest (Hrsg.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, 383 (383 ff.).

⁷ *Fezer*, JZ 1986, 817 (819).

⁸ Vgl. *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomik*, 2010, S. 1 ff.; *Assmann*, *Die Transformationsprobleme des Privatrechts und die Ökonomische Analyse des Rechts*, in: ders./Kirchner/Schanze, *ÖAR*, 1993, 17 (23); *Laudenklos*, *Methode und Zivilrecht in der ökonomischen Analyse des Rechts*, in: Rückert/Seinecke (Hrsg.), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 2017, 471 ff.; *Hesse*, *Zur Erklärung der Änderung von Handlungsrechten mit Hilfe ökonomischer Theorie*, in: Schüller, (Hrsg.), *Property-Rights und Ökonomische Theorie*, 1983, 79 (81).

⁹ Dazu näher *Assmann/Kirchner/Schanze*, *Einleitung zur Neubearbeitung 1992*, in: dies. (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, 1993, IX–XVI m. w. N.; einen guten Überblick über die Entwicklung in den USA bietet *Schanze*, *Ökonomische Analyse des Rechts in den U.S.A.*, in: ebd., 1–16.

¹⁰ Zentrale Annahmen wie die des *homo oeconomicus* werden zunehmend von Autoren der

modernen ÖAR verwendet und finden sich bei ihr auch überwiegend heute noch, während sich innerhalb der NIÖ durchaus einige Weiterentwicklungen abzeichnen bzw. einige Modelle bereits durch neue gänzlich abgelöst wurden.¹¹ Die ÖAR versucht Verhaltensänderungen als Reaktion auf Restriktionen in Form von Rechtsnormen zu erklären.¹² Sowohl nach der ÖAR als auch nach der NIÖ soll sich das Recht dem Ziel der Effizienz im Sinne der Wohlfahrtsökonomie verpflichten.¹³ Hierbei stellt sich die Frage, inwiefern dieser Effizienzbegriff als gerechtigkeitsneutral betrachtet werden kann. Der zentrale Ausgangspunkt beider Ansätze ist die Annahme einer Ressourcenknappheit, aus der überhaupt ökonomische Probleme resultieren: Nach der Ressourcenknappheit steht den grundsätzlich grenzenlosen Bedürfnissen der Menschen eine relative Mittelknappheit sämtlicher wirtschaftlicher Güter¹⁴ gegenüber.¹⁵ Entsprechende Überlegungen finden sich bereits bei *Thomas Hobbes* im 17. Jahrhundert.¹⁶ So werden z. B. die Lebensmöglichkeiten der nachfolgenden Generationen durch den Verbrauch endlicher Ressourcen begrenzt, woraus folgt, dass die Individuen (generationenübergreifend) um die jeweilige Ressourcennutzung konkurrieren müssen.¹⁷

a) Wozu dient die Differenzierung zwischen positivem und normativem Ansatz?

Grundsätzlich kann zwischen einem normativen Ansatz, mit dem langfristig ein effizientes Rechtssystem geschaffen werden soll, sowie einem positiven Ansatz differenziert werden. Bei Letzterem steht eine reine Rechtsfolgenanalyse im Mittelpunkt der Untersuchung. Ihm gehören vor allem die Vertreter der ÖAR in den USA an, nach denen das Recht des Güter- und Leistungsaustausches generell zu kostengünstigen und damit effizienten Transaktionsformen und Ausgleichsregelungen tendieren soll.¹⁸ Teilweise wird dazu auch die sog. *Property-Rights-*

NIÖ erweitert, dazu näher *Priddat*, Die Zeit der Institutionen, in: Caspari (Hrsg.), Studien zur Entwicklung der ökonomischen Theorie XXXIII, 2018, 11 (14 ff.).

¹¹ Vgl. *Lieth*, ÖAR, 2007, S. 35.

¹² *Mathis*, Effizienz, 2009, S. 26.

¹³ *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1998, S. 56 f.

¹⁴ Zu dem Güterbegriff zählen auch unkörperliche Sachen wie Rechte, Kundschaftsverhältnisse (*good will*) etc., vgl. *Meyer*, Entwicklung und Bedeutung, in: Schüller (Hrsg.), Property-Rights und ökonomische Theorie, 1983, I (8).

¹⁵ *Lieth*, ÖAR, 2007, S. 50; vgl. *Weigel*, Rechtsökonomik, 2003, S. 8; *Meyer*, Entwicklung und Bedeutung, in: Schüller (Hrsg.), Property-Rights und ökonomische Theorie, 1983, I (7); *Burrow*, JuS 1993, 8 (9).

¹⁶ *Hobbes*, Leviathan, 2018, [1651], Part 1, chapt. XIII; dazu näher *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2020, Rn. 307.

¹⁷ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch ÖAR, 2020, S. 45 f.

¹⁸ Vgl. *Posner*, EAL, 2014, S. 23; *Cooter/Ulen*, Law and Economics, 2016, S. 1 ff., 492 ff.; für das dt. Recht v.a. *Ott*, Allokationseffizienz, in: ders./Schäfer (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, 1989, 25 (33 ff.); vgl. *Kübler*, Effizienz als Rechtsprinzip, in: Baur (Hrsg.), FS Ernst Steindorff, 1990, 687 (689).

Theorie der NIÖ gezählt, die die Rechtsstruktur, d. h. die Verteilung rechtlicher Handlungsbefugnisse untersucht. Unter *Property-Rights* versteht man Eigentums- und Verfügungsrechte,¹⁹ die erlaubte von unerlaubten Handlungen abgrenzen. Allerdings hat auch dieser Ansatz eine gewisse normative Seite, obgleich diese häufig nicht auf den ersten Blick erkennbar ist, vor allem wenn die Analyse durch Ökonomen erfolgt.²⁰ Die normative ÖAR, die sich vor allem als rechtspolitische bzw. als Gesetzgebungstheorie versteht, befasst sich damit, wie das Recht gestaltet und reformiert werden soll, damit die Mittel- und Ressourcenallokation innerhalb der Gesellschaft möglichst effizient ist. Dabei bilden das Zustandekommen von Verträgen und ihre Durchsetzung sowie der Vergleich verschiedener Haftungssysteme den Schwerpunkt der Untersuchung.²¹ Ihre Vertreter liefern explizite Reformvorschläge zur Änderung oder Anpassung des geltenden Rechts am Optimierungsmaßstab des Effizienzziels. Langfristig soll die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt erhöht werden, sodass der Ansatz utilitaristisch geprägt ist.²² *Richard Posner*, einer der wichtigsten Vertreter der ÖAR in den USA, betonte bereits in der 1. Auflage seiner Monografie „*Economic Analysis of Law*“ (1972) die Unterschiedlichkeit der beiden Ansätze.²³ Allerdings können sie oft nicht scharf voneinander abgegrenzt werden. Eine grundsätzliche Differenzierung ist dennoch relevant, weil sie sich die Ansätze jeweils unterschiedlicher Kritik ausgesetzt sehen und gerade diese die Rezeption maßgeblich beeinflusst. Liefert die Ökonomik der Rechtswissenschaft Antworten auf Fragen, die sie selbst stellt, werden diese tendenziell eher angenommen. Je mehr mithilfe der ÖAR aber versucht wird, normative Aussagen darüber zu treffen, wie das Recht angewendet bzw. gestaltet werden sollte, um bloß der Wirtschaft zu dienen und ein Marktversagen zu verhindern, desto eher ist die Tendenz erkennbar, dass der rechtsökonomische Ansatz von Juristen als grenzüberschreitend empfunden wird.²⁴

Doch wieso verbleibt man auf Seiten der Befürworter des Ansatzes nicht einfach bei der positiven Analyse, um Kritik vorzubeugen und die Rezeption voranzutreiben? *Claus Ott* und *Hans-Bernd Schäfer*, die zu den wichtigsten Vertre-

¹⁹ Synonymer Begriff: „Handlungsrechte“, dazu näher *Erleil/Leschkel/Sauerland*, Neue Institutionenökonomik, 2007, S. 294; *Göbel*, NIÖ, 2021, S. 42.

²⁰ So auch *Priddat*, Die Zeit der Institutionen, in: Caspari (Hrsg.), Studien zur Entwicklung der ökonomischen Theorie XXXIII, 2018, 11 (12f.).

²¹ Vgl. *Schwintowski*, Juristische Methodenlehre, 2005, S. 152; *Leidig*, Raumplanung als Umweltschutz, 1983, S. 15; *ders.*, Ökologisch-ökonomische Rechtswissenschaft, 1984, S. 42; *Englerth*, Behavioral Law and Economics, in: Engel (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007, 60 (66).

²² *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2015, S. 58; *Baumann*, RNotZ 2007, 297.

²³ „Economics has both a normative and a positive role in the study of law and legal institutions“, *Posner*, EAL, 1972, 17; vgl. *Lieth*, ÖAR, 2007, S. 34; *Duxbury*, Patterns of American Jurisprudence, 1997, S. 314.

²⁴ Vgl. *Ott/Schäfer*, JZ 1988, 213; *Kirchner*, International Review of Law and Economics (11) 1991, 277.

tern der ÖAR in Deutschland gehören, sehen dies in einem Umbruch des Selbstverständnisses der ÖAR begründet:

„Die ökonomische Analyse des Rechts lässt sich nicht mehr in dieses Schema pressen. Sie macht das Recht selbst zum Gegenstand ökonomischer Fragestellungen; sie behandelt es nicht als Teil des invariablen Datenkranzes, sondern versteht rechtliche Institutionen und Regeln als Arrangements, die nach ökonomischen Kriterien zu beurteilen und erforderlichenfalls zu verändern sind. Die ökonomische Analyse des Rechts beschränkt sich nicht auf – empirisch überprüfbare – explikative bzw. deskriptive Folgenanalysen im Sinne von Wenn-Dann-Aussagen, sondern sie erhebt den Anspruch, Folgenbewertungen vornehmen zu können und zwar auf theoretischer Grundlage.“²⁵

Zum Forschungsgegenstand der ÖAR zählen in Deutschland klassischerweise die Gebiete des Privatrechts, vor allem solche mit stark wirtschaftsrechtlichem Bezug. In neuester Zeit werden aber auch vermehrt Gebiete des öffentlichen Rechts, sowie einzelne Fragen des Strafrechts untersucht.²⁶ Dabei stehen vor allem die Gebiete im Vordergrund, die einen wirtschaftlichen Bezug haben, wie das Steuerstrafrecht oder die ökonomische Analyse von Vermögensdelikten. Allerdings werden auch seit Aufkommen der Theorie immer wieder eher exotisch anmutende Bereiche wie das Familienrecht oder das Völkerrecht von Vertretern der ÖAR untersucht.²⁷ Vor allem die relativ neue Strömung der sog. Verhaltensökonomik²⁸ befasst sich mit strafrechtlichen Untersuchungen, sie wird aber in der Regel von der klassischen ÖAR getrennt betrachtet. Insgesamt scheint es damit so, als verstünde sich die ÖAR tatsächlich als ein Konzept zur Untersuchung des gesamten Rechts, auch wenn dieser „Universalanspruch“ häufig dementiert wird.²⁹ Es erscheint daher fraglich, inwiefern dies zutrifft. Möglich erscheint aber auch, dass nach einer Zeit des Abstandnehmens von diesem die Idee eines universellen Ansatzes erst wieder in jüngerer Zeit an Attraktivität gewonnen hat.

b) Welche Bedeutung haben institutionenökonomische Überlegungen für die Rechtswissenschaft?

Die NIÖ besteht, ähnlich wie die moderne ÖAR, aus verschiedenen Theorieansätzen, in deren Mittelpunkt jeweils der Zusammenhang zwischen dem Handeln

²⁵ Schäfer/Ott, JZ 1988, 213 (214); dies., Lehrbuch ÖAR, 1986, S. 21 ff.

²⁶ Schmidchen, § 1 Die ökonomische Analyse des Rechts, in: ders./Weth (Hrsg.), Der Effizienz auf der Spur, 1999, 9 (10); Rock, Ökonomische Analyse des Betrugs in gegenseitigen Vertragsverhältnissen, 2013; zur ökonomischen Analyse der Versuchsstrafbarkeit: Adams, Ökonomische Theorie des Rechts, 2002, S. 453 ff.

²⁷ Vgl. etwa Steinbach/van Aaken, Ökonomische Analyse des Völker- und Europarechts, 2019; Baumann, Recht und Ökonomie aus Sicht der Wirtschaftswissenschaften, in: Haucap/Budzinski (Hrsg.), Recht und Ökonomie, 2020, 43 (65 f.).

²⁸ Syn. sog. Behavioral Law-and-Economics-Bewegung.

²⁹ Sog. monistischer Anspruch/Universalanspruch, vgl. Posner, Journal of Legal Studies (8) 1979, 103 (125); ders., EAL, 1977, Kap. 1, 2.; dt. Übersetzung: ders., Recht und Ökonomie, in: Assmann/Kirchner/Schanze (Hrsg.), ÖAR, 1993, S. 79 ff.

von Individuen und dem Einfluss sog. Institutionen steht. Wenn die Wirkung von Institutionen den Kern der Analyse bildet, muss zunächst geklärt werden, was hier unter dem Begriff der „Institution“ zu verstehen ist. Allgemein wird unter dem Begriff eine „gesellschaftliche, staatliche oder kirchliche Einrichtung, in der bestimmte Aufgaben, meist in gesetzlich geregelter Form, wahrgenommen werden“, verstanden.³⁰ Eine Institution bzw. Institut im rechtlichen Sinne wiederum wird definiert als „rechtlich geformte Einrichtung [...] wie z. B. die Ehe, die Familie oder das Eigentum“ bzw. „die öffentlich-rechtlich geordnete gemeindliche Selbstverwaltung oder das Berufsbeamtentum“.³¹ Im wirtschaftstheoretischen Sinne unterscheidet sich der Begriff davon jedoch. Als sich die NIÖ gerade zu entwickeln begann, wandte man ein, trotz des Wunsches nach einer möglichst präzisen Definition des Begriffs, solle ein Zuviel an Genauigkeit vermieden werden, weil die Forschung auf diesem Gebiet noch in ihren Anfängen sei.³² Bisher besteht allerdings immer noch keine einheitliche allgemeinverbindliche, überindividuelle Definition. Einigkeit besteht dahingehend, dass Institutionen Handlungen der Individuen kanalisieren sollen, indem sie die Anreize beeinflussen.³³ Sinnvoll erscheint es daher, die Definition relativ weit zu fassen, um nicht bestimmte Elemente aus den Betrachtungen ausklammern zu müssen. *Rudolf Richter* und *Eirik Furubotn*, zwei der wichtigsten Autoren der NIÖ, verstehen unter einer Institution „ein auf ein Zielbündel abgestelltes System von Normen (ein Vertrag bzw. ein Vertragssystem, eine Regel oder ein Regelsystem) einschließlich ihrer Durchsetzungsinstrumente, mit dem Zweck, das individuelle Verhalten in eine bestimmte Richtung zu steuern.“³⁴ Durch ihre verhaltenssteuernde Wirkung ordnen Institutionen menschliche Beziehungen, sodass der Begriff teilweise sogar gleichgesetzt wird mit einer „Ordnung (des Gemeinschaftslebens)“.³⁵ Das Erfordernis einer Ordnung ergibt sich aus dem Problem der Mittelknappheit und aus

³⁰ Brockhaus Enzyklopädie Online, Institution (allgemein), abrufbar unter: <https://brockhaus-de.proxy.ub.uni-frankfurt.de/ecs/permalink/9A90D3EBF265B7065E99AACD3E97BCBB.pdf>, zuletzt abgerufen am 19.08.2021.

³¹ Brockhaus Enzyklopädie Online, Institution (Recht), <https://brockhaus-de.proxy.ub.uni-frankfurt.de/ecs/permalink/D14FAA78F5755F089F35B83880AC5189.pdf>, zuletzt abgerufen am 19.08.2021.

³² *Arrow*, Essays in the theory of risk-bearing, 1970, S. 224; vgl. *Streibler*, Neoklassischer Gleichgewichtsansatz, in: *Streibler/Watrin* (Hrsg.), Zur Theorie marktwirtschaftlicher Ordnungen, 1980, 38 (62).

³³ Vgl. *Ostrom*, Governing the Commons, 1990, S. 51; *Erleil/Leschkel/Sauerland*, Neue Institutionenökonomik, 2016, S. 22; *Schotter*, The Evolution of Rules, 1986, S. 117; *Weigel*, Rechtsökonomik, 2003, S. 11 f.; *Janson*, Ökonomische Theorie im Recht, 2004, S. 21 f.; *Ebner*, Zwischen Interesse und Kognition, in: *Caspari* (Hrsg.), Studien zur Entwicklung der ökonomischen Theorie XXXIII, 2018, 115 (117 f.); *North*, Structure and change in economic history, 1981, S. 18 f.

³⁴ *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 2010, S. 50.

³⁵ *Schmoller*, Grundriß der Allgemeinen Volkswirtschaftslehre, 1900, S. 61; *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 2010, S. 7; vgl. *Erleil/Leschkel/Sauerland*, Neue Institutionenökonomik, 2016, S. 22.

der Annahme nutzenorientiert handelnder Individuen, die um diese Ressourcen konkurrieren.³⁶

Die Autoren der NIÖ betrachten das soziale Geschehen in seiner Gesamtheit stets im Zusammenhang mit dem institutionellen Rahmen, in dem sich die handelnden Personen bewegen.³⁷ Dafür spielt die Untersuchung von Verträgen eine wichtige Rolle:³⁸

„Die große Bedeutung von Verträgen besteht darin, einen Rahmen zu bieten, [...] der eine grobe Vorstellung davon gibt, in welchem Bereich sich die Beziehungen (der Vertragsparteien) bewegen werden, der [...] als Leitfaden dienen kann und der eine Rechtsgrundlage bietet, wenn die Beziehungen aufgehört haben zu funktionieren.“³⁹

Innerhalb der NIÖ wird der Begriff nicht einheitlich und je nach Kontext und Autor verwendet, umfasst nicht nur Gesetze und Verträge, sondern auch Organisationen wie z. B. Verbände und Unternehmen.⁴⁰ Bereits innerhalb der sog. *alten Institutionenökonomik*⁴¹ wurden Vertragselemente untersucht, allerdings widmeten sich wichtige Vertreter dieser Strömung wie *Gustav von Schmoller*, *Adolph Wagner*⁴² oder *John R. Commons* nicht den genauen ökonomischen Ursachen der Unterschiede zwischen den verschiedenen Vertragstypen. Dieses Feld wurde den Juristen und Soziologen überlassen, wodurch sich schließlich die ÖAR entwickelte.⁴³ Die Vertreter der NIÖ, die sie zum Teil auch als Neue Organisationsökonomik bezeichnen, widmen sich einem insgesamt größeren Spektrum als die ÖAR.⁴⁴ Das bei der ÖAR oft kritisch betrachtete normative Element fehlt in der Regel.⁴⁵ Große Teilbereiche der NIÖ sollen ähnlich dem positiven Ansatz der

³⁶ *Weise*, Intrinsic Motivation und Moral, in: Held/Nutzinger (Hrsg.), *Institutionen prägen Menschen, Bausteine zu einer allgemeinen Institutionenökonomik*, 1999, 207 (208).

³⁷ *Meyer*, Entwicklung und Bedeutung, in: Schüller (Hrsg.), *Property-Rights und ökonomische Theorie*, 1983, 1; *Priddat*, Die Zeit der Institutionen, in: Caspari (Hrsg.), *Studien zur Entwicklung der ökonomischen Theorie XXXIII*, 2018, 11 (12); vgl. *Frey/Kirchgässner*, *Demokratische Wirtschaftspolitik*, 2002, S. 465 f.

³⁸ Insbesondere innerhalb der Prinzipal-Agent-Theorie, der Property-Rights-Theorie, sowie der Theorie relationaler Verträge, dazu näher *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomik*, 2010, S. 87 ff.

³⁹ *Llewelyn*, *Yale Law Journal* (40) 1931, 704 (737); vgl. *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomik*, 2010, S. 165; *Williamson*, *Transaktionskostenökonomik*, S. 10.

⁴⁰ Vgl. *Brockhaus*, Enzyklopädie Online, *Institutionenökonomik*, <https://brockhaus-de.pr oxy.uni-frankfurt.de/ecs/permalink/2BD9A855517D3C94CE0E940F13BF3CFA.pdf>, zuletzt abgerufen am 19.08.2021.

⁴¹ Dazu näher *Erleil/Leschkel/Sauerland*, *Neue Institutionenökonomik*, 2016, S. 43 ff.

⁴² Sog. *Historische Schule*, dazu näher *Weigel*, *Rechtsökonomik*, 2003, S. XIII.

⁴³ Dazu näher *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomik*, 2010, S. 205 f.; Hofer, *Freiheit ohne Grenzen?*, 2001, S. 90 ff., 95 ff.

⁴⁴ Vgl. *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomik*, 2010, S. 33; 43; *Rehberg*, *Der staatliche Umgang mit Informationen*, in: Eger/Schäfer (Hrsg.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung*, 2007, 284 (297).

⁴⁵ Vgl. *Rückert*, *Einführung*, in: ders./Seinecke (Hrsg.), *Methodik des Zivilrechts*, 2017, 23 (36).

ÖAR eine Theorie bieten können, mit der man erklären können soll, wie Normen die Handlungen der Akteure⁴⁶ im Markt prognostizierbar beeinflussen.⁴⁷ Darin soll die große Chance des Ansatzes für die Rechtswissenschaft liegen: Mit ihrer Hilfe sollen verpflichtende Aussagen über Entscheidungen getroffen werden können, weil sie sich als Teil der Ökonomik als normative Wissenschaft versteht.⁴⁸ Sie verfolgt aber auch das Ziel, die tatsächliche Wirkung bestimmter sog. *Institutionen* auf das Verhalten von Individuen zu untersuchen und daraus normativ Folgerungen für die Ausgestaltung dieser Institutionen zu gewinnen.⁴⁹ Daher wohnt ihr wie der normativen Strömung der ÖAR häufig auch ein normativer und nicht nur ein rein deskriptiver Charakter inne. Der Begriff der „Neuen Institutionenökonomik“ geht auf den Ökonomen *Oliver E. Williamson* zurück. Sie wird als Gegenströmung zur herkömmlichen Markt-, Preis- und Wettbewerbstheorie der Neoklassik qualifiziert.⁵⁰ Diese konzentrierte sich vor allem auf güterwirtschaftliche Fragestellungen, was ein wesentlicher Grund war, weshalb es bis Anfang des 20. Jahrhunderts nur wenige Berührungspunkte zwischen der Wirtschafts- und der Rechtswissenschaft gab.⁵¹ Rechte wurden lange Zeit überwiegend nicht als verkehrsfähige Wirtschaftsgüter betrachtet. Institutionen spielten daher keine besondere Rolle, vielmehr stand die Allokationseffizienz im Mittelpunkt der Betrachtungen. Institutionen sollten allenfalls dazu verwendet werden, einen sog. *pareto-optimalen* Zustand zu erreichen.⁵² Gerade diese Institutionenneutralität wurde zunehmend im 20. Jahrhundert als realitätsfern betrachtet.⁵³ *Douglass C. North* kritisierte:

⁴⁶ Der Begriff der „Akteure“ wird gleichbedeutend mit dem des „Individuums“ verwendet, vgl. *Homann/Suchanek*, Analyse und Kritik 1989, 71 (75).

⁴⁷ Vgl. *Eger*, Eine ökonomische Analyse von Langzeitverträgen, 1995, S. 180.

⁴⁸ Vgl. *Albert*, Ökonomische Ideologie und politische Theorie, 1972, S. 24–60; *ders.*, Marktsoziologie und Entscheidungslogik, 1998, S. 28 ff., 69 ff., 152 ff., 288 ff.; *Sunstein*, Free Markets and Social Justice, 1997, S. 13–127, 245–270; kritisch dazu *Lepsius*, Die Verwaltung, 1999, 429 (430 f.) m. w. N.

⁴⁹ *Blum/Dudley/Leibbrand/Weiske*, Angewandte Institutionenökonomik, 2005, S. 44; *Meyer*, Entwicklung und Bedeutung, in: Schüller (Hrsg.), Property-Rights und ökonomische Theorie, 1983, S. 1 (3).

⁵⁰ Dazu näher *Erleil/Leschke/Sauerland*, Neue Institutionenökonomik, 2016, S. 26 ff.; vgl. *Williamson*, Markets and Hierarchies, Kap. 1, 2; *ders.*, The Economic Institutions of Capitalism, Kap. 1; *Raiser*, Institutionelles Rechtsdenken, in: Kaal/Schmidt/Schwartz (Hrsg.), Festschrift zu Ehren von Christian Kirchner, 2014, 1263 (1264); *Blum/Dudley/Leibbrand/Weiske*, Angewandte Institutionenökonomik, 2005, S. 43.

⁵¹ *Petersen/Towfigh*, § 1, in: dies. (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 2017, 1 (2).

⁵² *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 2010, S. 1; *Streissler*, Kritik des neoklassischen Gleichgewichtsansatzes als Rechtfertigung marktwirtschaftlicher Ordnungen, in: *ders./Watrin* (Hrsg.), Zur Theorie marktwirtschaftlicher Ordnungen, 1980, 38 (38 ff.); *Leschke*, Der Einfluss von Institutionen auf den Wohlstand und das Wachstum, in: *Apolte/Eger* (Hrsg.), Institutionen und wirtschaftliche Entwicklung, 2003, 23 (24 ff.).

⁵³ Vgl. *Shubik*, Journal of Economic Literature (8) 1970, 405 (406 f.).

„Wenn Ökonomen von ihrer Disziplin als einer Theorie der Wahlhandlungen sprechen und davon, dass diese durch Präferenzen bestimmt werden, dann haben sie unerwähnt gelassen, dass eben der institutionelle Rahmen die Wahlmöglichkeiten des Einzelnen beschränkt. Institutionen sind faktisch der Filter zwischen dem Einzelnen und dem Kapitalbestand [...] und zwischen dem Kapitalbestand und dem Ausstoß an Gütern und Dienstleistungen und der Einkommensverteilung.“⁵⁴

Sein Werk „Structure and Change in Economic History“ aus dem Jahre 1981, in Deutschland erstmals 1988 unter dem Titel „Theorie des institutionellen Wandels“ erschienen, richtete er ausdrücklich auch an andere Sozialwissenschaften.⁵⁵

Während in der Neoklassik noch unterstellt wurde, dass das, was von den Vertretern der NIÖ als formale Institution verstanden wird (Verfassungen, Gesetze, Verträge etc.) vollständig bzw. vollkommen sein könne, wurde davon in der NIÖ abgewichen. Die neoklassische Theorie sei „die ideale Welt des öffentlichen Verwaltungsbeamten, der von der vollkommenen Sozialtechnik träumt“.⁵⁶ Die Autoren der NIÖ begannen, neue Antworten auf die Realitätsferne der Neoklassik zu suchen. Neben dem Aspekt, dass insbesondere individualvertragliche Vereinbarungen in der Regel gerade nicht vollkommen seien, wurde vermehrt darauf hingewiesen, Individuen handelten nicht vollständig rational.⁵⁷ Anders als in der Neoklassik, gehen die Vertreter der NIÖ zudem davon aus, dass es bestimmter Durchsetzungsmechanismen bedarf, damit sich Individuen kooperativ verhalten. Diese werden regelmäßig auf der rechtlichen Ebene angesiedelt.⁵⁸ *Rudolf Richter* und *Eirik Furubotn* betrachten die NIÖ als einen „Versuch, den Anwendungsbereich der neoklassischen Theorie zu erweitern.“⁵⁹ Die Strömung selbst sieht sich als eigene Richtung, auch wenn sie der neoklassischen Analyse ähnlich ist. Bei den Untersuchungen ist aber auch stets zu berücksichtigen, dass sowohl die Vertreter der ÖAR als auch die der Richtungen der NIÖ, deren Forschungsschwerpunkt im Recht liegt, betonen, dass die Analyse nicht der Lebenswirklichkeit gänzlich gerecht werden kann, sondern jeweils ein vereinfachtes Modell darstellt.⁶⁰ Dies resultiert vor allem daraus, dass Ökonomen bei ihren

⁵⁴ *North*, Theorie des institutionellen Wandels, 1988, S. 207.

⁵⁵ „Der theoretische Rahmen dieses Buches schließt daher auch die anderen Sozialwissenschaften ein und erforscht sowohl politische Ordnungen als auch Ideologien als unerläßliche Erklärungsfaktoren institutionellen Wandels. Dementsprechend wendet sich das Buch auch an einen größeren Kreis als den der Wirtschaftshistoriker; und aus diesem Grund habe ich versucht, ökonomische Fachausdrücke auf ein Mindestmaß zu beschränken“, *North*, Theorie des institutionellen Wandels, 1988, S. VII.

⁵⁶ *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 1999, S. 17.

⁵⁷ *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 2010, S. 4.

⁵⁸ Vgl. *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 2010, S. 38.

⁵⁹ *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 2010, S. 2.

⁶⁰ *Schmidchen*, §1 Die ökonomische Analyse des Rechts, in: ders./Weth (Hrsg.), Der Effizienz auf der Spur, 1999, 9 (12).

Untersuchungen dem sog. *Abstraktionsprinzip*⁶¹ folgen, welches besagt, dass Fragen mithilfe vereinfachender Annahmen beantwortet werden sollen.⁶²

Während die NIÖ in den Wirtschaftswissenschaften bereits fest etabliert ist, geht die Rezeption der modernen ÖAR in Deutschland seit ihrer Entstehung in den 1960er Jahren zögerlicher vonstatten. Dies steht vor allem im Gegensatz zu ihrer Rezeption in ihrem Herkunftsland, den USA, wo sie inzwischen als Methode der Rechtsanwendung und Rechtsauslegung durchaus anerkannt ist. Die ÖAR und die NIÖ haben gemeinsam, dass sie ursprünglich aus der Neoklassik stammende mikroökonomische Instrumente zur Analyse verwenden und im Fokus ihrer jeweiligen Analyse das Handeln von Individuen steht. Darüber hinaus finden sich bei näherer Betrachtung auch gemeinsame historische Anknüpfungspunkte, welche allerdings bei der Rezeption der ÖAR von der Rechtswissenschaft bisher in der Regel unberücksichtigt gelassen oder nicht tiefergehend untersucht wurden. Die ÖAR wird von der Rechtswissenschaft überwiegend als eigenständige und von der NIÖ unabhängige Entwicklung verstanden, während sie z. B. innerhalb der Wirtschaftswissenschaften sogar als Teilbereich der NIÖ eingestuft wird. Die Vertreter der ÖAR innerhalb der Rechtswissenschaft z. B. greifen in der Regel auf die Modelle der Anfangszeit zurück und berücksichtigen deren Weiterentwicklungen innerhalb der NIÖ wenig bis gar nicht. Es scheint auf den ersten Blick, als verharre die juristische Rezeption der ÖAR bei diesen Grundannahmen und Modellen und verschließe sich den Neuerungen. Dabei könnte durch deren Berücksichtigung womöglich die Kritik an der ÖAR teilweise entkräftet werden.

2. Stand der Forschung

Eine Arbeit, die sich sowohl mit der Rezeption der ÖAR als auch mit der der NIÖ in der Rechtswissenschaft befasst, existiert bisher nicht. Die Entwicklung sowie der Vergleich der beiden unterschiedlichen Strömungen im rechtshistorischen Kontext sind noch nicht abschließend aufgearbeitet. Bei der Literatur zur ÖAR handelt es sich vor allem um Beiträge ihrer wichtigsten Vertreter, die sich sowohl aus Juristen als auch aus Ökonomen zusammensetzen, wie *Hans-Bernd Schäfer*, *Claus Ott*, *Horst Eidenmüller*, *Christian Kirchner*, *Richard Posner* und *Guido Calabresi* oder *Ronald Coase* oder um Monographien, die überwiegend einzelne kon-

⁶¹ So jedenfalls *Schmidtchen*, § 1 Die ökonomische Analyse des Rechts, in: Schmidtchen/Weth (Hrsg.), *Der Effizienz auf der Spur*, 1999, 9 (13).

⁶² *Dieter Schmidtchen* fasst das Untersuchungskonzept folgendermaßen zusammen: „Simplifiziere so weit, daß ein Problem gedanklich verstanden werden kann. Treibe die Simplifizierung aber niemals soweit, daß das interessierende Problem kraft Annahme eliminiert wird.“, *ders.*, § 1 Die ökonomische Analyse des Rechts, in: Schmidtchen/Weth (Hrsg.), *Der Effizienz auf der Spur*, 1999, 9 (14).

Register

- Agenturkosten 148
Agenturproblematik 145 f., 148, 162
Agenturvertrag 147
Akerlof-Markt 147, 194
Allokationseffizienz 8, 12, 22, 33, 39, 44, 51, 75 f., 78, 86, 89, 92 ff., 96, 98 f., 101, 103 f., 114, 118, 121, 133 f., 146, 153, 198, 203, 238, 250, 260, 287, 291, 295–298, 300
Allokationsoptimum 96, 199, 205
asymmetrischer Information/Informationsdefizit 59
Auslegung/Rechtsauslegung, systematische, teleologische, historische 71, 108, 128, 139 f., 187, 210, 234, 236–246, 250 ff., 258, 261, 267 f., 282 ff.
- bounded rationality 64 f.
- Chicago School 26, 43, 50, 140, 166
Coase-Theorem 20, 22, 24, 81, 83, 88, 123, 132
- Effektivität 75, 96, 230
effizienter Vertragsbruch 152 f., 155 ff., 162
Effizienzkriterium 3, 11 f., 20, 22, 43, 75 f., 86, 93, 95 f., 98 f., 101–105, 118 f., 154, 200, 210, 214, 229 f., 233, 242, 246
Effizienzprinzip, Effizienzziel 126
Eigennutztheorem 56, 64, 79
externe Effekte 131, 167 ff., 199, 204
- Freirechtsbewegung 45–48
- Gemeineigentum/Allmende 125
gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt 2, 19, 104, 133, 143, 154, 172, 227
- Gesamtwohlfahrt 33, 52, 97, 102, 103, 116, 138, 143, 150, 175, 197, 208, 213, 214, 222, 287, 289
Gesetzesbindung 48
Gesetzesfolgenabschätzung/GFA 228 f.
- homo oeconomicus 44, 49, 52–56, 58, 61 ff., 65, 67 f., 70–75, 79, 81 ff., 92, 96, 98, 112, 148, 155, 158, 168, 172, 183, 227, 247 f., 252, 254, 256, 258, 260, 262, 264 f., 268, 289 f., 292, 298
- Informationsasymmetrie 74, 108, 144, 147, 149, 158, 162, 215, 224 f., 242, 265, 288, 291
Informationskosten 22, 159, 198
Institution 6, 8 f., 114, 121, 132, 149, 162, 197, 220, 258, 299
Institutionenökonomik 1, 7, 17, 29, 36, 61, 121, 124 f., 127 f., 134, 149, 161, 179, 207, 277, 281 f.,
Interessenabwägung 98, 108, 237, 244
- Kaldor-Hicks-Kriterium 80, 133, 179
Kosten-Nutzen-Analyse 256, 259
Kosten-Nutzen-Verhältnis 153, 281
- Law-and-Economics-Bewegung 14, 19, 26, 28 f., 31, 35, 44, 83, 85, 94, 223, 269, 275
Learned-Hand-Formel 177, 179, 181, 215 f., 237, 255, 262
- Marktwirtschaft 23, 61, 106, 120, 126, 223, 297
Methodenlehre/Methodik 15, 29, 41, 49, 66, 216, 233, 235–238, 251, 267, 272, 275, 300
moral hazard 58 f., 61, 148, 176

- Neoklassik 2, 8 ff., 22, 31, 56, 61, 63 f., 162, 248
- Neue Organisationsökonomik 7
- Neue Politische Ökonomie 212
- New-Law-and-Economics-Bewegung 2, 14
- Nirvana-approach 98
- Nirwana-Vorwurf 98
- Nudging 19, 79, 256
- öffentliche Güter 211 f., 217, 228
- Ökonomischer Imperialismus 85, 89 f., 295
- Opportunismus 58 f., 61, 79, 144, 146, 148 f., 160
- Pareto-Optimum 76, 80
- Paternalismus 78 f., 116 f.
- Politische Ökonomie 221, 226 ff., 231, 300
- Prinzip des cheapest-cost-avoiders 173, 179, 181
- Prinzip des cheapest-cost-insurers 174, 216
- Prinzip des superior-risk-bearer 177
- Prinzipal-Agent-Theorie 7, 56, 144 f., 149 f., 158, 162, 177, 224, 227, 231, 249, 281, 289, 299
- Privatautonomie 71, 108 f., 111–115, 120, 130, 152, 157, 162, 194, 221, 250, 297
- Privateigentum 33, 125, 127, 132, 135, 139, 162, 213, 221
- Property-Rights-Theorie 4, 7, 12, 21, 28 f., 57, 121, 123 f., 130–133, 135 ff., 143, 147, 162, 202, 227, 267, 272, 296, 299
- Public Choice-Theorie 212
- Rationalitätsannahme 56, 58, 63, 148, 252
- Rationalitätsgewinn 70, 160, 248, 251, 260, 266 f., 282
- Rechtsfolgenabschätzung 248, 281, 283
- Rechtsfortbildung 108, 115, 180, 183, 186, 234 ff., 246, 248 ff., 252, 263, 268, 284
- Rechtsökonomik 1, 11 f., 16, 19, 26, 29, 35, 39 f., 45, 49, 51, 69 f., 75 f., 78, 81 f., 85, 91 f., 95, 111, 114, 123, 126 f., 134, 158, 174, 181, 189, 200 f., 212, 214, 217, 219 ff., 225, 228, 231, 234, 236 f., 239, 248, 266 f., 272, 275, 277, 282, 285, 292 f., 295, 298 ff.
- Rechtsrealismus/American legal realism 27, 44–49, 247
- relationale Verträge 123, 150, 161, 178
- REMM-Hypothese 55
- Ressourcenallokation 4, 20, 22, 42, 81, 93, 145, 152, 217, 227
- Ressourcenknappheit 3, 54, 75, 145, 167, 224
- Reziprozität der Schadensverursachung 166, 203
- Sanktionen 56, 75, 116, 134 f., 138, 152, 280, 288
- Satisficing-Modell 64, 82
- Spieltheorie 14, 236, 271
- Staatsgewalt 107, 118, 125
- Tauschgeschäft 23, 33, 61, 81, 126, 130, 144, 151, 153, 177, 185
- Theorie der externen Effekte 167
- Transaktionskosten 20 ff., 24, 30, 79, 89, 97, 122 f., 126, 132, 144, 148, 151, 153, 157, 159, 169, 173, 175, 177 f., 184 f., 189, 192, 194, 199 f., 202, 208, 215, 228, 254, 267
- Transaktionskostenökonomik 36, 122 f.
- Umverteilungsmaßnahme 83, 94, 97 f., 100, 102, 105 f., 110 f., 116 f., 119, 135
- Verbraucherschutz 45, 74, 147, 150, 161, 184 f., 188 f.
- Verfügungsrechte/Property-Rights 23, 121 f., 124 ff., 129, 132 f., 145, 151, 162, 296 f.
- Verhaltensökonomik 5, 12, 31, 58, 62 f., 65, 69, 71, 79, 82 f., 86, 236, 285, 289, 292

Vermögensmaximierung 41 f., 52, 101,
118, 154
– Theorie der Reichtumsmaximierung
43
Verteilungsgerechtigkeit 12, 39, 80 f.,
93 f., 98, 100–104, 108, 114, 119,
121, 134 f., 169, 223, 282, 286, 290,
295

Vertrag, selbstdurchsetzend 151, 180

Wohlfahrtökonomik 98

Zitronenrisiko 146