

MICHAEL HUTTER

Die Produktion von Recht

*Die Einheit der
Gesellschaftswissenschaften*

60

Mohr Siebeck

Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften

Studien in den Grenzbereichen der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften

Band 60

Unter der Mitwirkung von

HANS ALBERT · GERD FLEISCHMANN · DIETER FREY · KARL HOMANN
CHRISTIAN KIRCHNER · ARNOLD PICOT · VIKTOR VANBERG · CHRISTIAN WATRIN
RUDOLF WILDENMANN · EBERHARD WITTE

herausgegeben

von

ERIK BOETTCHER

Die Produktion von Recht

Eine selbstreferentielle Theorie der Wirtschaft,
angewandt auf den Fall des Arzneimittelpatentrechts

von

Michael Hutter



J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1989

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der volkswirtschaftlichen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Hutter, Michael:

Die Produktion von Recht: eine selbstreferentielle Theorie der Wirtschaft,
angewandt auf den Fall des Arzneimittelpatentrechts /
von Michael Hutter. – Tübingen:

Mohr, 1989

(Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften; Bd. 60)

ISSN 0424-6985

ISBN 3-16-345499-2 / eISBN 978-3-16-163039-2 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

NE: GT

© 1989 J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

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

Satz und Druck von Gulde-Druck GmbH in Tübingen; Einband von Großbuchbinderei Heinrich Koch KG in Tübingen.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist in den Jahren 1981 bis 1988 entstanden. Der Grundgedanke war, die Selbstschaffung der institutionellen Umwelt einer Wirtschaft theoretisch zu entfalten und an einem konkreten historischen Fallbeispiel vorzuführen.

Die Entscheidung für den Fall des Arzneimittelpatentrechts in drei Ländern fiel im Frühjahr 1981. Bald danach begannen die Interviews mit deutschen Fachleuten. Ein Reise- und ein Habilitationsstipendium der Deutschen Forschungsgemeinschaft ermöglichten 1983–84 ähnliche Recherchen in den USA und in Italien. Insgesamt stellten 66 Gesprächspartner in den drei Ländern der Fallstudie ihre Zeit und ihr Wissen zur Verfügung.

Während meines Aufenthaltes am Europäischen Hochschulinstitut in Fiesole, insbesondere in der Diskussion mit G. Teubner, zeigten sich Möglichkeiten der Erweiterung der ökonomischen Theoriebildung, die es erlaubten, ursprünglich getrennte Arbeitshypothesen in einem geschlossenen theoretischen Rahmen zu entwickeln. Die Formulierung der Theorie dauerte bis zum Frühjahr 1986. Kommentare und Hinweise von H. W. Holub, M. Lehmann, A. Picot, F. E. Münnich und D. Schwartzman halfen mir entscheidend in dieser Phase. K. Borchardt und V. Vossius ersparten mir etliche Fehler in der Fassung, die im Mai 1986 von der volkswirtschaftlichen Fakultät der Universität München als Habilitationsschrift angenommen wurde.

Die erste Version trennte strikt zwischen der Formulierung der Theorie und ihrer Anwendung auf den Fall des Arzneimittelpatentrechts. In der vorliegenden Fassung sind Theorie und Anwendung, der Anregung von E. Boettcher und K. Homann folgend, soweit wie möglich unmittelbar aufeinander bezogen worden. Die Kritikpunkte und Änderungsvorschläge vieler Kollegen – insbesondere die von G. Teubner, D. Schmidtchen und U. Witt – wurden berücksichtigt. Literatur zur Institutionenökonomik, zur Selbstreferenz und zur Patentrechtsentwicklung in den Fallstudienländern wurde bis zum Frühjahr 1988 weiterverfolgt.

Für ihre Hilfe bei der Erstellung der „Münchener Fassung“ möchte ich C. Kempgens und B. Klofat danken, für die Hilfe bei der Erstellung der „Wittener Fassung“ M. Koch, W. Benkert und F. Zeitler.

Witten, im Mai 1989

Michael Hutter

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
-------------------	---

1. Einleitung

A Fragestellung	1
B Vorgehensweise	2

2. Vom Coase-Theorem zur Transaktionskostentheorie

A Die Symmetrie der Theorieerweiterung	5
B Rechtsänderung: Fünf Theorieansätze	8
C Transaktion und Verständigung	14

3. Produktion und Selbstreproduktion: Eine selbstreferentielle Theorie der Entwicklung von Wirtschaftsumwelten

A Mitteilungen: Elementarteilchen der sozialen Welt	20
1. Problemstellungen	20
2. Die Äußerung von Präferenzen	21
3. Doppelte Kontingenz und Mitteilungsphasen	22
4. Kommunikation und Wertschöpfung	24
B Die Bedeutung paradoxer Mitteilungen für die Selbstreproduktion von Handlungsträgern	25
1. Problemstellungen	25
2. Selbstorganisation	26
3. Autopoiese	28
4. Beispiele für autopoietische soziale Systeme	32
5. Implikationen einer selbstreferentiellen Theorie	34

C	Phasen der Beobachtung: Person und Konversation	37
D	Die Selbstreproduktion von Recht und Wirtschaft	43
	1. Zum Verlauf der Selbstreproduktion	43
	2. Die evolvierende Einheit	45

4. Erste Leitunterscheidungen: Wert, Gerechtigkeit und Wahrheit

A	Einleitung	49
B	Wert und Kosten	50
	1. Zur Werttheorie	50
	2. Nutzenstrategie	52
	3. Leitunterscheidung Kosten	54
	4. Knappheit	55
C	Gerechtigkeit und Unrecht	56
D	Wahrheit – Fokus und Peripherie	58
E	Zur Wahl des Fokus „Arzneimittelpatentrecht“	59

5. Arzneimittelindustrie und Patentregel

A	Einleitung	65
B	Die forschende Arzneimittelindustrie	65
	1. Volumen und Verteilung des Arzneimittelumsatzes	65
	2. Preisverhalten	70
	3. Zur Entwicklung des Forschungsverhaltens	72
C	Die Patentspielregel	74
	1. Aktuelle Ausprägung	75
	2. Zur Entwicklung der Patentregel	76
	3. Wirtschaftstheorie und Patentregel	81
D	Indikatoren der Patentierungsaktivität	83
	1. Personalkosten	88
	2. Gebühren	88
	3. Honorare	88

6. Theorie der Produktion und Reproduktion von Konversationskreisen	
A Einleitung	90
B Konversationskreise	90
C Hinweise in der Dogmengeschichte der Wirtschaftstheorie	95
D Drei Entwicklungspfade für Konversationskreise	98
1. Neubildung	99
2. Themeneinpflanzung	100
3. Drittsystemverwendung	101
E Zur langfristigen Personenentwicklung	102
7. Die Entstehung und Entwicklung von Kreisen der Konversation über Arzneimittelpatente	
A Stabile Personen der Arzneimittelpatent-Konversation	105
B Das Spektrum der Konversationskreise	111
C Konversationskreise, nach Entwicklungspfaden geordnet	114
1. Neubildungen: <i>Interpat</i> und Diplomatische Konferenzen	115
2. Themeneinpflanzung: Verbände und Patentvereine	119
3. Der Umweg über das politische System	123
D Ergebnisse	124
8. Theorie der Produktion und Reproduktion von Konversationen	
A Logische Typen: Die Binnenstruktur von Konversation	127
1. Der Wechsel des Standorts	127
2. Interferenz – eine therapeutische Interaktion	129
3. Logische Schichten von Mitteilungen	129
B Schicht I: Transaktionen und Fälle	131
C Schicht II: Codes und Medien	132
D Schicht III: Kontext	135
E Zusammenfassung	138

9. Die Entstehung und Entwicklung von Konversationen über Arzneimittelpatente	
A Rechtsproduktion beim Obersten Gerichtshof:	
Der Fall <i>Chakrabarty</i>	141
1. Fallbeschreibung	141
2. Analyse	142
3. Kosten	147
4. Exkurs: Zur Entstehung des Coase-Theorems	149
B Rechtsproduktion durch Verwendung der Legislative:	
Das <i>Vorabgesetz</i>	151
1. Fallbeschreibung	151
2. Analyse	152
3. Kosten	155
C Rechtsproduktion ohne Gesetzgebung: <i>sentenza n. 20</i>	157
1. Fallbeschreibung	157
2. Analyse	163
3. Kosten	165
D Rechtsproduktion in komplexer nationaler Umwelt:	
Der <i>Patent Term Restoration Act</i>	166
1. Fallbeschreibung	166
2. Analyse	170
3. Kosten	171
E Rechtsproduktion in komplexer internationaler Umwelt: Das <i>Europäische Patentübereinkommen</i>	175
1. Fallbeschreibung	175
2. Analyse	178
3. Kosten	180
F Zusammenfassung	183
10. Schlußfolgerungen	
A Neues Wissen ist peripher	186
B Transaktionskosten sind Kommunikationskosten	187
C Recht ist eine der Quellen der Wertschöpfung	189
Quellenverzeichnis	191
Literaturverzeichnis	193
Schlagwortverzeichnis	210

Kapitel 1

Einleitung

1. A Fragestellung

In den Wochen, in die der Abschluß dieses Manuskripts fiel, wurde in der Presse die Erteilung des ersten Patents auf eine genetisch modifizierte Maus diskutiert. Unbemerkt blieb, daß das Mauspatent Ergebnis eines Prozesses war, der 16 Jahre früher in die Wege geleitet worden war. Unbemerkt blieb aber vor allem, daß die Auslösung von Rechtedefinitionen, für die das Mauspatent nur ein besonders spektakuläres Beispiel ist, zu den ständigen, mit großem Aufwand betriebenen, für das Funktionieren einer dynamischen Wirtschaft unumgänglichen Aufgabenbereichen gehört.

Was uns fehlt ist eine Theorie, die die Gesetzmäßigkeiten der Beziehung zwischen Wirtschaft und Recht erklärt. Ohne eine solche Theorie müssen wir das Recht, ebenso wie alle anderen Institutionen, die die Wirtschaft umgeben, wider besseres Wissen in den Datenkranz der Restriktionen verbannen. Deshalb ist es unmöglich, die wirtschaftlichen Aktivitäten zur Veränderung des Rechts systematisch zu untersuchen und die Notwendigkeit, Wünschbarkeit oder Schädlichkeit solcher Aktivitäten zu bewerten.

Es geht darum, herauszubekommen, wie das Wirtschaftssystem mit der Unsicherheit und dem Unverständnis seiner Umwelt fertig wird – einer Unsicherheit und einem Unverständnis, die es selbst durch seine Anstrengungen, Neues zu finden, dauernd in die Welt setzt. Wir brauchen eine positive Erklärung dafür, wie es einer Volkswirtschaft gelingt, die äußeren Bedingungen des Wirtschaftens anzupassen, wenn innerhalb der Wirtschaft Veränderungen entstanden sind.

Die Frage nach der Entwicklung einer Wirtschaft und der sie umgebenden Gesellschaft ist mit den sprachlichen Mitteln traditioneller Wirtschaftstheorie nur schwer zu beantworten. Zwar kann die Zielfunktion einzelner Wirtschaftsakteure durch die Gestaltung von institutionellen Randbedingungen erweitert werden. Aber jeder Versuch, auf diesem Weg eine zufriedenstellende Erklärung zu finden, geht stillschweigend davon aus, daß die mit in das

Kostenkalkül einbezogenen Randbedingungen von den Wirtschaftsakteuren internalisiert werden. Würde sich aber die Wirtschaft die zu verändernden Randbedingungen tatsächlich einverleiben, dann wären sie wertlos, denn internalisierte Randbedingungen sind keine Randbedingungen mehr. Der bestechliche Richter ist ein Urteilhändler. Der gekaufte Sheriff ist ein Angestellter des Viehzüchters.

Es muß also eine sprachliche Form gefunden werden, die es erlaubt, innerhalb der Theorie von denselben institutionellen Formen des Rechts als Randbedingungen des Wirtschaftens *und* als produzierbaren Handlungsmöglichkeiten zu sprechen.

Im vorliegenden Text wird eine Theorie entwickelt, die mit der üblichen wirtschaftstheoretischen Prämisse anfängt: Wir nehmen an, es gebe von Eigeninteresse motivierte Personen, die Recht produzieren. Technisch gesprochen: Eine Kombination von Input-Faktoren wird in eine Kombination von Output-Ereignissen transformiert. Zusätzlich wird angenommen, daß das Recht, ebenso wie die Wirtschaft, ein sich selbst reproduzierendes System von Handlungen ist. Das bedeutet: Die Wirtschaftsakteure können ihre rechtlichen Randbedingungen verändern, indem sie bestimmte Problemfälle aus ihrer eigenen Logik in die Logik des Rechts übertragen. Gelingt die Übertragung, dann löst sie im Recht Reaktionen aus, die ihrerseits zu Veränderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen der Wirtschaft führen. Prinzipiell bleiben diese Veränderungen aber unvorhersehbar. So bedingen sich autonomes Recht und autonome Wirtschaft gegenseitig.

1. B Vorgehensweise

Ausgangspunkt der Theorieentwicklung ist das *Coase-Theorem* und die darauf aufbauende wirtschaftstheoretische Literatur. In dieser Literatur wird der Begriff der Transaktionskosten dazu verwendet, die Aktivitäten von Wirtschaftsakteuren zu erklären, die in einer produktionsfixierten Theorie keinen Sinn ergeben. Mit solchen Ansätzen reagiert die Wirtschaftstheorie auf die Beobachtung, daß proportional immer weniger Ressourcen für die Handhabung von Materie und immer mehr Ressourcen für die Handhabung von Information aufgewendet werden. Ein kurzer Überblick über die Literatur, die sich speziell mit Aktivitäten zur Änderung rechtlicher Normen beschäftigt, führt zu dem Schluß, daß wir den Kosten der institutionellen Veränderung nur auf die Spur kommen können, wenn wir die Kosten der Transaktionen mit dem Recht als Kosten der Kommunikation mit dem Recht begreifen (Kapitel 2).

Kapitel 3 enthält das Grundgerüst der Theorie. Die Aufgabe besteht darin,

neuere Erkenntnisse über Kommunikation und über die Selbstreproduktion sozialer Systeme für die Wirtschaftswissenschaft fruchtbar zu machen. In der Folge werden sowohl die Wirtschaft als auch das Recht als Konversationen modelliert, die sich voneinander durch den Modus ihrer Selbstreproduktion unterscheiden. In jeder der beiden Konversationen handeln Personen gemäß ihrem eigenen Interesse oder, in der neueren Sprachregelung, gemäß den Erfordernissen ihrer eigenen Selbstreproduktion. Wirtschaftspersonen versuchen also, mit Rechtspersonen ins Gespräch zu kommen, um dadurch die Konversation innerhalb des Rechts zu beeinflussen, so daß sich die gewünschten Verhaltensänderungen ergeben.

In Kapitel 4 wird die These vom unterschiedlichen Modus der Selbstreproduktion überprüft. Es wird gezeigt, wie das Begriffspaar „Wert/Kosten“ die Logik unserer Wirtschaft und das Begriffspaar „Gerechtigkeit/Unrecht“ die Logik unseres Rechts konstituiert. Das Kostenverständnis steht neben dem Unrechtsverständnis – und beide stehen neben dem Wahrheitsverständnis der Wissenschaft. Dennoch bereitet es uns offenbar in unserem tagtäglichen Handeln keine große Mühe, die Konversationsformen dem Anlaß entsprechend zu wechseln. Methodisch unumgänglich ist es aber, der Relativität des wissenschaftlichen Beobachterstandorts Rechnung zu tragen. Die Beobachtung wird deshalb explizit auf zwei sich ergänzende, aber gegenseitig ausschließende Phasen verteilt. Phase eins entspricht der traditionellen Außenbeobachtung. Phase zwei übernimmt bewußt die Position eines internen, solipsistischen Beobachters.

Auf dieser Grundlage werden nun im Rest der Arbeit einige Gesetzmäßigkeiten der Rechtsproduktion genauer analysiert. Gleichzeitig wird die Gültigkeit der theoretischen Ergebnisse anhand der Erkenntnisse überprüft, die uns über die Veränderung einer einzigen Rechtsfigur durch eine einzige Industrie vorliegen. In mehrjährigen Feldstudien wurden Beobachtungen über den Einfluß der Arzneimittelindustrie auf das Patentrecht in der Bundesrepublik, in den USA und in Italien während der beiden vergangenen Jahrzehnte zusammengefaßt. Kapitel 5 liefert ein grobes Raster der internationalen Arzneimittelindustrientwicklung und der Patentrechtsgeschichte in den drei Fallstudienländern während dieser Zeitspanne.

Kapitel 6 formuliert die erste Hypothese: Es ist zu erwarten, daß Personenformen entstehen, die sich auf die Kommunikation zwischen Wirtschaft und Recht spezialisieren. Solche Personen, die sich fast ausschließlich auf das Prozessieren von Information beschränken, werden Konversationskreise genannt. Verschiedene Pfade der Entwicklung solcher Kommunikationskreise werden diskutiert.

Kapitel 7 dokumentiert – in gängiger Außenbeobachtung – daß die Interaktion zwischen Arzneimittelindustrie und Patentrecht tatsächlich ausgeführt

wird von Organisationen, auf die die Definition der Konversationskreise und die Beschreibung ihrer Entwicklung paßt. Wie ein Gewebe durchziehen sie den Grenzbereich zwischen den beiden Kommunikationssystemen.

Nachdem die relevanten Akteure auf beiden Seiten identifiziert sind, wird in Kapitel 8 ins Innere der Akteure vorgedrungen, um die Technologie der Produktion zu erforschen. Die logische Struktur von Konversationen wird analysiert. Grundlegend ist dabei die in Kapitel 3 schon vorbereitete, der Theorie logischer Typen nachgebildete Unterscheidung zwischen drei Sprachformen: Wir beobachten einzelne Problemfälle, Codes und Medien ihrer Übermittlung und den Kontext der Konversation, in dem jeweils gehandelt wird. Die zweite Hypothese formuliert entsprechend die Erwartung, daß die aufgewendeten Kosten der Rechtsveränderung gleichmäßig auf diese drei Mitteilungsschichten verteilt sind.

Im längsten Kapitel der Arbeit, in Kapitel 9, werden fünf Episoden der Rechtsproduktion dokumentiert – darunter auch die Episode, zu deren Output das US-amerikanische Mauspatent zählt. In jedem Fall werden – den methodischen Vorschriften der Innenbeobachtung entsprechend – die drei Mitteilungsschichten unterschieden. In jedem Fall wird außerdem genau unterschieden zwischen der Phase der Beeinflussung des Rechts und der Phase der Rückübersetzung von Rechtsveränderungen in verwertbare Ansprüche. Die Methode der qualitativen Analyse einzelner Mitteilungsschichten macht den Vorgang der Rechtsveränderung, der in jedem dieser fünf Fälle stattfindet, als Produktionsvorgang verständlich.

Damit hat die Theorie einer ersten, notwendigerweise punktuellen empirischen Überprüfung standgehalten. Es scheint also möglich, mit diesem Ansatz die Produktion rechtlicher Umwelt und zugleich die Selbstreproduktion unserer Wirtschaft zu erklären.

Das Ergebnis ist eine selbstreferentielle Theorie des Umgangs der Wirtschaft mit ihrer gesellschaftlichen Umwelt.

Kapitel 2

Vom Coase-Theorem zur Transaktionskostentheorie

2. A Die Symmetrie der Theorieerweiterung

Das Thema der Wechselwirkung zwischen Wirtschaft und Recht erlebte seine erste Blüte im 19. Jh. in den entstehenden Industriewirtschaften. In jener Epoche wurde die Entwicklung der Gesellschaft zur unmittelbaren individuellen Erfahrung. Geschichte zeigte sich als beständiger Wandel, nicht als Abweichung von einem vollkommenen Zustand. Diese neue Sicht beeinflusste die Künste, die Geistes- und die Gesellschaftswissenschaften. Sie hatte eine besonders tiefgreifende Wirkung auf die Rechtswissenschaft, weil die neuen wirtschaftlichen und technischen Bedingungen Veränderungen im Rechtssystem erforderten. Sozialversicherungs-, Vertrags- und Unternehmensrecht sind nur einige der Beispiele der Gesetzgebung und der Rechtsprechungsveränderungen in den Jahren zwischen 1870 und der Jahrhundertwende.

Die Wirtschaftswissenschaftler dieser Ära waren mit der Rechtsentwicklung zu eng vertraut, als daß ihnen der Einfluß der Wirtschaft aufs Recht hätte entgehen können. Vielleicht am deutlichsten wird diese Position von A. Wagner markiert, der dem zweiten Teil seiner „Grundlegung der politischen Ökonomie“ den Titel „Wirtschaft und Recht“ gab:

„Die Tragweite volkswirtschaftlicher Gesichtspunkte für das Recht und für die sozialen Verhältnisse des Volks zeigt sich in großartiger Weise darin, daß die ... geschichtlich gewordene Gestaltung des modernen Verkehrsrechts nachweisbar vielfach das *Product der Bedürfnisse des Verkehrs in der fortschreitenden Volkswirtschaft* ist“ (1879: 357).

Wagner spricht explizit vom „Produkt der Bedürfnisse“. Aber der Prozeß, innerhalb dessen diese Produktion vonstatten geht, wurde von ihm nicht thematisiert. Unterdessen verstanden es die wirtschaftstheoretischen Schulen in Wien und in England, den Kreis der Beobachtungen, den sie mit der neu entwickelten ökonomischen Methode behandeln wollten, stärker einzugrenzen und entsprechend präziser zu formulieren. Für das Thema der

Interaktion zwischen Wirtschaft und Recht bestand seitdem im *Mainstream* der Theorieentwicklung weder Interesse noch Verständnis.

Die Theoriebildung in Deutschland und Österreich wurde durch die politischen Ereignisse jäh unterbrochen. Die Autoren gingen in die innere Emigration – wie in Freiburg – oder beeinflussten die Schulen angelsächsischer Universitäten – wie im Fall der Österreicher Schumpeter, von Hayek, Mises, von Neumann, Morgenstern, Polanyi, Lachmann etc. In England scheiterte Pigous Versuch, die von Marshall ausgearbeitete Kostentheorie zur Erklärung und Begründung staatlicher Korrekturen der Wirtschaft einzusetzen, an der statischen Grundstruktur dieser Theorie. Pigous Fähigkeiten reichten in einer akademischen Umwelt, die ihr Interesse auf ganz andere Fragen zu richten begann, nicht aus, um die Theoriegrundlagen überzeugend zu erweitern¹. Diese Erweiterung fand erst statt, als Coase, der aus der interventions- und sozialisierungsfreundlichen Atmosphäre im NachkriegsEngland emigriert war, an die Law School der University of Chicago verpflichtet wurde.

Die Tradition der Betrachtung des Rechts aus wirtschaftstheoretischer Perspektive war in den USA nie ganz ausgestorben gewesen. Hier blieben nach dem Siegeszug der allgemeinen Gleichgewichtstheorie noch Nischen, in denen die Komplexität der Materie, gerade im Fall der Wettbewerbspolitik, partialanalytische Ansätze notwendig macht, und hier konnte Coase seine Ideen über die Kosten sozialer und unternehmerischer Organisationsformen mit Kollegen diskutieren, die seine theoretischen Grundlagen und seine institutionellen Erklärungsinteressen teilten.

Die „Entdeckung“ der Kosten, die bei der Veränderung von Rechten und Regeln anfallen, wird in seltener Einmütigkeit Coases 1960 erschienenem Aufsatz „The Problem of Social Cost“ zugeschrieben. Zwar war der Begriff der Transaktionskosten in mehreren Teildisziplinen schon aufgetaucht². Dort erschöpfte sich aber die Verwendung in Kostenfunktionsänderungen³. Erst Coase gelang es, den kollektiven Blick der Zunft darauf zu richten, daß Transaktionskosten eine grundlegendere Rolle bei der Erklärung von Regelveränderungen spielen. Es dreht sich um nichts weniger als eine komplementäre Theorie zur herkömmlichen Produktionstheorie.

Die Kernaussage des Aufsatzes ist unter der Bezeichnung „Coase-Theorem“ in die Literatur eingegangen. Wie das Theorem „richtig“ lautet, ist nicht eindeutig auszumachen. Im Gegenteil, das Theorem bezieht seine Popularität

¹ Siehe zu Pigous Vorschlag der Formulierung sozialer Kosten und Youngs Erwiderung HUTTER (1979: 16–18).

² Nach MONISSEN (1980: 372) tauchte das Phänomen der Transaktionskosten in der mathematischen Ökonomik, der modernen Geldtheorie, der neueren Arbeitsmarkttheorie und der Theorie der Eigentumsrechte auf.

³ Siehe dazu HUTTER (1979 und 1980).

gerade aus der Offenheit, mit der es für Neuinterpretationen zur Verfügung steht.

Eine typische frühe Auslegung des Coase-Theorems ist die Version von Polinsky:

„If transaction costs are zero the structure of the law does not matter because efficiency will result in any case“ (1974: 1165).

Die Irrelevanz dieser Version ist weitgehend erkannt:

„The question ist *not*: What, if, miraculously, all these cost were absent?... We would be richer, obviously“ (1979: 251).

schreibt Alchian, und Coase mahnt:

„We do not do well to devote ourselves to a detailed study of the world of zero transaction cost like augurs divining the future by the minute inspections of the entrails of a goose“ (1981: 187).

Die analytische Kraft des Coase-Theorems entfaltet sich erst, wenn wir die Implikationen der Existenz von Transaktionskosten studieren. Erkenntnisse über die Produktionsbedingungen bestimmter Institutionen lassen sich nur gewinnen, wenn diese Bedingungen in den Begriffen der Wirtschaft abgebildet werden, d. h.: wenn sie wert- und kostenmäßig erfaßt sind. Coases eigene, illustrative Anwendung des Theorems auf einen Streit zwischen Bauer und Viehzüchter thematisierte insbesondere die Auswirkungen der Rechtsinstitutionen „Haftung“ und „Eigentum“. Lange Zeit blieb die Literatur bei diesen Institutionen stehen, ohne sich über die Breite der Anwendung des Grundgedankens klarzuwerden. Vor allem die Erkenntnis, daß auch die Kosten der Unternehmensorganisation Transaktionskosten sind (s. u.), hat in den vergangenen Jahren dazu geführt, daß sie als analytisch zentrale Kategorie ins Zentrum der Aufmerksamkeit rückten.

Auf eine Problematik der gängigen Theorieformulierung muß allerdings hingewiesen werden: Üblicherweise wird die Annahme positiver Transaktionskosten unabhängig neben die Annahme alternativer Handlungsrechtenstrukturen gestellt⁴.

Wenn aber in der Umwelt der Wirtschaft nur eine einzige Rechtsstruktur möglich ist, dann sind die zur Veränderung notwendigen Kosten unendlich. Die Kosten sind dagegen gleich Null, wenn keine Transaktionskosten entste-

⁴ Vgl. z. B. die Formulierung bei PEJOVICH/RICHTER (1984: 2):

„For one thing... transaction costs (are) crucial... Another important shift... relates to... property rights structures.“ Ähnlich formuliert GÄFGEN (1984: 51): „Neben den Eigentumsrechten bieten die Transaktionskosten den zweiten neuen Typ an Handlungsbeschränkungen, der in der Eigentumsrechts-Analyse berücksichtigt wird.“ Die gegenseitige Abhängigkeit der beiden Annahmen ist angedeutet in HUTTER (1979: 95), und näher ausgeführt in HUTTER (1978).

hen können. Dann sind die vorgefundenen Rechtestrukturen und Organisationsformen für die Wirtschaftsteilnehmer unveränderlich, selbst wenn Alternativen möglich wären. Gerade hier kommt die Bedeutung einer Benennung der Rechtestruktur und der Kosten ihrer Veränderung zum Tragen: *Der Vergleich verschiedener Rechtestrukturen oder institutioneller Randbedingungen wurde erst möglich, als innerhalb der Wirtschaftstheorie eine neue Kategorie vorhanden war, in der die beobachteten Alternativen abgebildet werden konnten.* Erst als diese sprachliche Möglichkeit geschaffen war, konnten Veränderungen im Außenbereich, in der Umwelt der Wirtschaft, Veränderungen in ihrem Innenbereich entsprechen. Verschwindet eine der Veränderungen, so verschwindet auch die andere. Die Theorieerweiterung durch die beiden Zusatzannahmen des Coase-Theorems ist also symmetrisch.

2. B Rechtsänderung: Fünf Theorieansätze

Die Ausarbeitung einer Theorie der Transaktionskosten ist nicht ohne Schwierigkeiten. Noch heute herrscht so viel Unklarheit über den Gebrauch des Transaktionskostenbegriffs, daß von einer konsistenten Transaktionskostentheorie nicht die Rede sein kann.

Transaktionskostentheorie begann damit, daß statt zeitlosem, personenindifferentem, auf vorgegebene Güter fixiertem Tausch nun vorausgesetzt wurde, daß all diese Dimensionen in zeitlich ausgedehnten, auf wechselnde Personenkreise beschränkten, neue Güter definierenden Transaktionen offen bleiben. Die frühen Beiträge erweiterten vorsichtig Tauschhandlungen auf Vertragsabschlüsse und ähnlich kurzfristige Vereinbarungsformen⁵. Aber nachdem die Büchse der Pandora einmal geöffnet war, konnte sie keiner mehr schließen. Zunehmend reflektierten die Beiträge, daß nicht die Verhandlungsdauer, sondern die Gesamtvertragslaufzeit, in der z. B. Kontrollkosten entstehen, zur Transaktion gehört. Mehr noch: potentielle Transaktionspartner können nicht nur gefunden, sondern auch selbst geschaffen werden, etwa durch eine Firmengründung oder durch die Errichtung einer Behörde – also durch Organisationen, die ihrerseits wieder aus internen Transaktionen bestehen. Als immer stärker von den Eigentumsrechten abweichende Rechtsformen⁶ zu Kandidaten einer ökonomisch rationalen Rechtsveränderung

⁵ Anfang der 70er Jahre ließ sich die Literatur zur Theorie der Property Rights noch einigermaßen überblicken. Vgl. FURUBOTN/PEJOVICH (1972), und den dogmengeschichtlichen Teil in HUTTER (1979). Seither beschränken sich selbst zusammenfassende Darstellungen auf einzelne Aspekte der schnell wachsenden Literatur. Vgl. die Beiträge von DE ALESSI (1980) und (1983), GÄFGEN (1984) und VELJANOVSKI (1982).

⁶ MÜNNICH (1980: 167), führt fünf Arten von Rechten auf, die als Variationen von

wurden, gerieten zunehmend Rechte ins Blickfeld, bei denen Nicht-Ausschließbarkeit und Nicht-Übertragbarkeit konstituierende Merkmale sind. Manche Autoren beharrten darauf, daß es sich in solchen Fällen um „verdünnte“ (attenuated) Rechte handle, so daß das Prinzip der minimalen Transaktionskosten-Verursachung ausreiche, um zwischen alternativen Rechtsformen zu entscheiden. „Like most travellers“, so schrieb J.H. DALES, „ours tended to perceive what they found in strange lands as slightly odd forms of familiar objects at home“ (1975: 484). Andere Autoren überwandten die beschränkte Optik einer Rechtsumwelt der Wirtschaft, die aus einigermaßen eindeutig definierbaren Dispositionsrechten besteht, und verwendeten den neuen Ansatz zur Verknüpfung von Transaktionskosten mit beliebigen „Handlungsrechten“ (Hesse, 1980).

In diesen Fällen müssen vielfältigere Aktivitäten als die trivialen Verhandlungskosten zu den Aufwendungen gerechnet werden, die den Wirtschaftsakteuren bei der Einflußnahme auf Handlungsrechte und ihre institutionellen Formen entstehen. Nicht mehr die Veränderung einzelner subjektiver Rechte steht im Vordergrund, sondern die Veränderung der Regeln, aus denen Rechte entstehen.

Man darf vermuten, daß es den Reisenden, die „beyond the market place“ (DALES, 1975) vorstießen, nicht anders erging als den Entdeckern unbekannter Länder: Andauernd stießen sie auf „Eingeborene“. Rechtswissenschaft und Soziologie hatten sich mit denselben Problemstellungen längst beschäftigt. Außerdem hatten andere Teildisziplinen der Wirtschaftswissenschaft ihre eigenen Expeditionen in diese Gefilde gestartet. Der Forschungsreisende kann sein Verständnis der unbekannt Welt verbessern, wenn er sich mit den Darstellungen der Eingeborenen auseinandersetzt⁷. Gleiches gilt für den reisenden (oder erobernden?) Wirtschaftstheoretiker. Die folgende Darstellung verschiedener Ansätze zur Formulierung einer Transaktionskostentheorie wird ausschließlich auf die kleine, im vergangenen Jahrzehnt aber sprunghaft ansteigende Zahl derjenigen Beiträge Bezug nehmen, die Kostenvergleiche und Alternativenbewertungen in ihre Argumentation einbeziehen. Es ist also nur die Rede von Beiträgen, die sich mit dem Property-Rights- oder Transaktionskostenansatz direkt auseinandergesetzt haben.

1. Die vertrauten Schauplätze des Dialogs zwischen Wirtschafts- und Rechtstheorie sind die, die von der wirtschaftstheoretischen Logik beherrscht werden. In der Tradition der „Chicago-Schule“ wird partialanalytisch, in der „East-Coast-Schule“ wird mit Argumentationsfiguren aus der Totalmodell-

Eigentumsrechten beobachtet werden, wobei jede der „Dispositionsvariationen“ noch nach dem Grade der Rechteexklusivität differenziert werden könnte.

⁷ Offen bleibt, ob es sich bei diesen Kulturen um komplexe Hochzivilisationen (wie der Rechtstheorie) oder um nomadisierende Familienclans handelt.

analyse und aus der Spieltheorie gearbeitet. POSNER und KITCH können für die erste, COOTER, RUBIN und KORNHAUSER können für die zweite Richtung stehen. In der allgemeineren US-amerikanischen rechtstheoretischen Diskussion werden diese Versuche, altbekanntes Material durch neues zu aktualisieren, mit Interesse, aber auch mit relativierender Skepsis aufgenommen⁸.

In der *Rechtstheorie* stellte CALABRESI (1961) unabhängig von und gleichzeitig mit Coase die Frage nach der wirtschaftlichen Funktion unterschiedlicher Rechtsformen. 1970 analysierte er, noch spezifischer, die Auswirkungen unterschiedlicher Unfallversicherungssysteme⁹. Ungleich differenzierter als seine Zeitgenossen diskutierte er 1972 die Wirkung von Haftungsregeln, Verfügungsrechten und subjektiven (inalienable) Rechten. 1978 ging er noch einen Schritt weiter und erforschte die Regeln, die sich entwickelt haben, um Situationen mit widersprüchlichen, voneinander unabhängigen Verhaltensmaximären zu lösen. Coases Beitrag interpretierte er interdisziplinär als den Versuch, ein empirisches Forschungsprogramm zur Erkundung der Beziehungen zwischen Transaktionskosten und „Legal Structures“ zu initiieren:

„Coase’s... analysis, combined with common intuition and guesses as to the relative costs of transactions, taxation, structural rules and liability rules, can go far to explain various types of heretofore inadequately justified governmental actions“ (1968: 181).

CALABRESI wirkt nicht nur durch die eigenen Beiträge, sondern auch durch die immer noch wachsende Zahl von Autoren, die durch seine Schule gegangen sind. Prominentestes Beispiel ist B. ACKERMAN. Er verwendet das Coase-Paradigma, um eine aktivistisch genannte rechtstheoretische Position zu stützen, die bislang nur mit der europäischen Gesellschaftstheorie verbunden war:

„...The Coasean insists upon a *broad temporal frame*, beginning at the moment foresighted men and women might possibly have reorganized their activities to avoid the trouble. The obvious problem itself serves as a symptom of a potentially larger problem of social disorganization...“

„Now this is just the transformation that is demanded by our model of activist legal discourse... The Coasean’s insistence that the legal story begins not with the trouble, but with the way the parties might have reorganized their activities to avoid it, is precisely the point at which the activist lawyer would *want* to begin“ (ACKERMAN, 1984: 54–55).

⁸ B. ACKERMAN klassifiziert z. B. Posners Formulierungen als unerträglich provinziell: „... Extremists, associated with the University of Chicago, who believe that efficiency is an entirely unambiguous and obviously desirable legal value which permits a pseudomechanical identification of *the* correct legal answer in every case“ (1984: 43).

Einen breiten Überblick geben GELLHORN/ROBINSON und MICHELMAN, die herausragenden Beiträge zum Symposium „The Place of Economics in Legal Education“, veröffentlicht im „Journal of Legal Education“ (1983).

⁹ Siehe dazu HUTTER (1979: 112) und MICHELMAN (1971).

Schlagwortverzeichnis

(Textstellen, an denen der jeweilige Begriff definiert ist, sind kursiv gesetzt)

- American Bar Association* 120, 143
Antinomien, s. a. Paradoxa 29, 130
Arbeitsleid 51 ff.
Arbeitswertlehre 52 f.
Arzneimittelindustrie 3, 61, 84
Arzneimittelindustrieverbände 119
Arzneimittelpatent-Konversation 62, 86,
105 ff., 115 f., 121, 124 f., 141 ff., 183 f.
Arzneimittelpatentverbot, Italien 87, 157 f.
Arzneimittelumsatz 66 ff.
Arzneimittelunternehmen, forschende 106
Ausgleichsprinzip 137
*Association Internationale pour la Protec-
tion de la Propriété Industrielle* 123, 125 f.
Autonomie 20, 38, 55, 124, 127, 190
Autopoiese 13, 28 ff.
- Beobachterposition, innere 4, 34, 37, 48, 112
Beobachterposition, äußere 3, 37, 48, 112
Beobachterstandort 34
Beobachtung, periphere 58, 186
Beobachtung, zweiphasige 37, 48, 59, 90
Beschwerdekommission, s. a. *Commissione
dei Ricorsi* 158, 163, 165
Black Box 22, 26, 35, 39, 100
Bundesgerichtshof 109
Bundespatentgericht 108
*Bundesverband der pharmazeutischen In-
dustrie* 114, 119, 152
- Chakrabarty vs Diamond* 141 f., 154, 183,
187
Chemische Industrie 73
Clubs 95, 111
Coase-Theorem 2, 5 ff., 149 f.
Code, genetischer 29, 46, 74
Codes und Medien 4, 133 ff., 140, 165, 173,
182
- Commissione dei Ricorsi*; s. a. Beschwerde-
kommission 108, 165
Corte Costituzionale 109
Corte di Cassazione 109, 165
Court of Appeals for the Federal Circuit 80,
108 f.
Court of Custom and Patent Appeals 80,
141 f.
- Deutsches Patentamt 109, 151, 154
Diskurs, idealer 57
- Eigenkomplexität 101, 132, 137 f.
Eigentumsrechte; s. a. Handlungsrechte 9,
15, 61, 76, 95, 163
Eigenwert 27, 93
Einheiten, evolvierende 46 ff.
Entwicklung, evolutionäre 100
Erfinderpatent 76 f.
Erfindungshöhe 75
Erstanmelder 75
Europäisches Patentamt 86, 110 f.
Europäische Patentorganisation 175
Europäisches Patentrecht 63
Europäisches Patentübereinkommen 80,
171, 177 ff., 183, 188
European Patent Institute 111
Evolution 46, 126
Evolutionstheorie 46 ff.
- Fairness 57
Farmindustria 66, 120 f., 126, 159 f., 166
- Food and Drug Administration* 167 f.
Forschungsverhalten 74
- Gefangenendilemma-Situation 93
Geld als Transaktionsmedium 133

- Generic Producers' Industry Association* 120, 167, 170
 Gerechtigkeit/Unrecht 3, 56 ff.
 Gerechtigkeitskriterium 94, 124, 136
 Geschlossenheit, operationale 39, 128
 Gesellschaftstheorie 21, 26, 128
 Gleichgewichtstheorie, allgemeine 6
 Güter, öffentliche 95
- Handlungsrechte 9, 12, 61, 77, 132
 Handlungsrechtstrukturen 7f.
 Handlungsträger 21, 34, 41, 91, 103
- Identität 31, 33, 58, 92, 99
 Individualismus, methodologischer 11, 22, 48
 Individuum 21, 36, 47f., 102, 125
 Information 12, 23, 30, 101, 131, 186
 Information, Annahme vollständiger 13, 16
 Information, neue 22, 24, 55, 114, 189
 Information, unendliche 31
 Informationskosten 15, 70
 Informationsleistung des Preissystems 13
 Informationstheorie 14, 30, 97
 Innovationen 19f., 189
Institut Nationale de la Propriété Industrielle 110
 Institutionenanalyse 15
 Institutionentheorie 29
 Interaktionen 18
 Interaktion, therapeutische 129, 132, 140, 142
 Interessenverbände 97
 Interferenz 21, 35f., 129, 138
Interpat 114f., 126, 140, 158, 160f., 164
- Knappheit 51, 55f.
 Knappheit, „künstliche“ 82
 Koevolution 58
 Kommunikation 12, 17, 23 ff.
 Kommunikationskosten 2, 15
 Kommunikationssystem 21, 27, 31
 Kommunikationstheorie 22, 26
 Kontext 3, 35, 39, 58, 81, 103, 135 ff., 173
 Kontext, primärer 91, 95
 Kontextambiguität 136
 Kontextveränderung 145, 154, 157, 166, 176, 180, 182
 Kontingenz, doppelte 22
 Konversation 3, 33, 39, 58
 Konversationen, logische Schichtung von 129f., 137, 171
- Konversationskreise 3, 64, 90 ff., 94 ff., 111 ff., 124 ff., 167, 177
 Kosten 3, 25, 51, 54 ff.
 Kostentheorie 54
- Leitunterscheidung 29 ff., 49 ff., 135 ff., 163, 180, 189
 Leitunterscheidung, Phasen der; s. a. zweiphasige Beobachtung 41, 131
 Lizenzierung 87
- Macht 52
Medizinisch-Pharmazeutische Studiengesellschaft 120
 Metakommunikation; s. a. Kontext 39
 Mitteilung 20 ff., 24, 94, 99, 105
 Mitteilung, paradoxe; s. a. Paradoxa 25 ff.
Münchener Patentübereinkommen 116
- Neopositivismus 13
 Neuheit; s. a. Innovation 98
Normative di Autoregolamentazione 160
 Nutzen 51 ff.
- Office of Technology Assessment* 168
 Ordnungen, spontane 47
Opportunism 13, 16
 Opportunitätskostenprinzip 54
 Organisationsformen 6 ff., 100
- Paradoxa; s. a. Antinomien 29, 30 ff., 49, 57, 129, 130, 135
Pariser Verbandsübereinkunft 81, 116
 Patent 75
Patent and Trademark Office 80, 85, 110, 141, 149
Patent Cooperation Treaty 176, 179
Patent Reform Act 80
Patent Term Restoration Act 120, 166, 183, 187 f.
 Patentabteilung 85, 88, 106
 Patentanmeldung 85 ff.
 Patentbehörden 109 f.
 Patendauer, „effektive“ 167
 Patente als subjektive Rechte 79
 Patentierungsneigung 83 f.
 Patentlaufzeit 76, 80, 170
 Patentlaufzeit, Verlängerung der 166 f., 171
 Patentschutz, Gesamtkosten des 88
 Person 3, 38, 189
 Person, politische 12, 124
 Personenformen, post-individuelle 103, 126

- Personenformen, prä-individuelle 103, 126
Pharmaceutical Manufacturers' Association
 120, 140, 143
 Poly-Kontextualität 132
 Präferenzen 21 ff.
 Preissetzungsverhalten 70
 Preistransparenz 71
 Produktion, Technologie der 4
 Produktionskosten 18, 188
 Property Rights-Theorie; s. a. Eigentums-
 rechte, Handlungsrechte 8 ff.

 Rechtestrukturen 8, 12
 Rechtspersonen 90 ff., 100, 124 f.
 Rechtsproduktion 186
 Rechtsschutz, gewerblicher 60, 114
 Rechtstheorie 57
 Regelkonfiguration 137
 Regeln 9 f., 20, 27, 130

 Selbstbeschreibung 62
 Selbstinterpretation 136, 163, 173
 Selbstorganisation 26 f.
 Selbstreferenz 25, 53, 129
 Selbstreferenz-Paradox (Circulus-Vitiosus-
 Paradox) 30, 31, 130, 135
 Selbstreflexion 92
 Selbstreproduktion 3, 25 f., 28, 43 ff., 92,
 112, 124
 Selbstreproduktion des Bewußtseins 128
 Selbstreproduktion der Wirtschaft, Kosten
 der 54
sentenza n.20 157 ff., 183, 185, 187
 Spiel 30, 32, 112
 Spieltheorie 12
 Sprachspiele 32, 39, 55
 Sprachtheorie 26
 Staat 103
*Standing Advisory Committee of the Eu-
 ropean Patent Office* 111 f.
 Stoffschutzverbot 151, 154
 Straßburger Übereinkommen 151
Supreme Court 141 ff.
 System, autopoietisches 28 ff., 189
 System, fokales 34 ff.

 System, physisches 36, 92, 126, 129, 187, 190
 System, politisches 52
 System, psychisches 36, 62, 92, 103, 107,
 114, 127, 187, 190
 System, sich selbst reproduzierendes 2, 30
 System, soziales 31 ff., 100, 103, 127

 Theorie logischer Typen 4, 30, 127 ff., 163
 Theorie, selbstreferentielle 34 ff.
 Transaktion 8, 12, 17, 43, 116, 132, 187, 188
 Transaktionsformen 18, 163, 187
 Transaktionskosten 2, 5 ff., 54, 88, 131, 166,
 188

 Überleitungsgesetze 79 f., 151
Ufficio Centrale Brevetti 110, 158
 Umweltsysteme 92 f., 101
 Unsicherheit 1, 13, 31, 72, 93, 184, 188
 Unternehmensinteresse 91
 Unternehmenstheorie 12

 Verbände 96 f., 100, 112
 Verband der chemischen Industrie 114, 116,
 119, 152
 Verein für gewerblichen Rechtsschutz und
 Urheberrecht 121, 152
 Verständigung; s. a. Kommunikation 24, 45
 Vorabgesetz 151 ff., 180, 183, 188

 Wahrheit 53, 58
 Wertbegriff 3, 50 ff., 94, 137, 189
 Wertcodierung 124
 Wertschöpfung 45, 50 ff., 56, 128, 187 f.
 Werttheorie 50
 Wettbewerb, dynamischer 83
 Wettbewerbsrecht 60
 Wettbewerbspolitik 6
 Wirtschaftspersonen 18, 45, 85, 90, 91, 124
 Wirtschaftstheorie, neoklassische 53
 Wissen, technisches 14
World Industrial Property Organization
 123

 Zweitanmelderschutz 168