

HORST EIDENMÜLLER

Effizienz als Rechtsprinzip

4. Auflage

*Die Einheit der
Gesellschaftswissenschaften*

Mohr Siebeck

Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften

Studien in den Grenzbereichen der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften

Band 90

Begründet von

ERIK BOETTCHER

Unter der Mitwirkung von

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

herausgegeben von

KARL HOMANN



Horst Eidenmüller

Effizienz als Rechtsprinzip

Möglichkeiten und Grenzen
der ökonomischen Analyse des Rechts

4. Auflage

Mohr Siebeck

HORST EIDENMÜLLER, geboren 1963, studierte Rechtswissenschaften in München, Cambridge (England) und an der Harvard Law School (USA); 1989 LL.M. (Cambr.); 1994 Promotion zum Dr. iur. und Bayerischer Habilitationsförderpreis; 1998 Habilitation an der Ludwig-Maximilians-Universität München; 1999–2003 ordentlicher Professor an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster; 2003–2014 Ordinarius an der Ludwig-Maximilians-Universität München; seit 2015 Inhaber des Lehrstuhls für Handelsrecht an der Universität Oxford und Professorial Fellow am St. Hugh's College, Oxford.

ISBN 978-3-16-153974-9 / eISBN 978-3-16-166995-8 unveränderte eBook-Ausgabe 2025

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

1. Auflage 1995
2. Auflage 1998 (unveränderte Broschurausgabe)
3. Auflage 2005 (erweitert um ein neues Vorwort)
4. Auflage 2015 (erweitert um ein neues Vorwort)

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Garamond Antiqua gesetzt und von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt.

ISSN 0424-6985

»Was sind dagegen die Leistungen der Rechtswissenschaft? Ich suche eifrig nach allen Richtungen, und was ich finde, sind Formulare zu Rechtsgeschäften und Prozeßhandlungen; eine Menge von Verwarnungen, Belehrungen, Formen und Klauseln, angeblich zur Hemmung des Leichtsinns und zum Schutz gegen Schikane; endlich das Gebäude des gemeinen Prozesses, voll Gründlichkeit und Gelehrsamkeit ... Dies wird so ziemlich alles sein, was man den Gelehrten in dieser Beziehung verdankt. Dagegen sucht man vergeblich nach einer Hilfe, nach einer Leitung der Wissenschaft an den Orten, wo es wahrhaft not tut, bei der Fortbildung des Rechtes im allgemeinen.«

VON KIRCHMANN (1848, 1969) S. 42.

Vorwort zur 4. Auflage

Die hier in unveränderter Form zwanzig Jahre nach ihrer erstmaligen Veröffentlichung vorgelegte 4. Auflage meiner Dissertation untersucht die Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts. Sie führt in die Methodik und das rechtspolitische Programm dieser Disziplin ein, nimmt das Effizienzkriterium analytisch in den Blick und diskutiert kritisch dessen philosophische Grundlagen. Die Arbeit fragt nach den Grenzen des Effizienzdenkens sowie der Legitimität eines rechtlichen Paternalismus und unternimmt es, den Stellenwert der ökonomischen Analyse des Rechts für das deutsche Rechtssystem zu bestimmen.

Ich gelange zu dem Ergebnis, dass die ökonomische Analyse des Rechts ein klares und umfassendes rechtspolitisches Programm vorgelegt hat. Gleichzeitig ist ihr normatives Entscheidungskriterium, die ökonomische Effizienz, ein ebenso schwierig zu handhabender wie philosophisch problematischer Maßstab. Das Recht kann und darf nicht allein an diesem Maßstab ausgerichtet werden. Rechtlicher Paternalismus ist legitim, wenn er freiheitsfördernde Effekte besitzt (Autonomieprinzip) oder wenn er unverfügbare Attribute der Person definiert (Personalitätsprinzip). Aufgrund der Problematik des ökonomischen Effizienzkalküls, aber auch aufgrund der im Vergleich zu den USA anderen institutionellen Rahmenbedingungen liegt der Stellenwert der ökonomischen Analyse des Rechts in Europa eher im Bereich der Gesetzgebung und weniger in der Rechtsprechung. Diese Ergebnisse haben auch heute noch unverändert Bestand, und deshalb habe ich von Eingriffen in den Text abgesehen.

Die Arbeit wird geprägt von dem kritischen Blick eines jungen juristischen Forschers, den die Relevanz einer Disziplin für die europäische Rechtswissenschaft umtreibt, die in den USA bereits Anfang der 90er Jahre des vergangenen Jahrhunderts zum *mainstream* gehörte, wenn man sie nicht gar als die domi-

nante juristische Methode kennzeichnen musste und muss: Wer damals wie heute als Student in den USA eine Vorlesung etwa zum Vertrags-, Delikts- oder Sachenrecht hört, der wird nahezu immer mit ökonomischen Analysen der einschlägigen Fragestellungen konfrontiert – je nach Dozent allerdings mal mehr, mal weniger fundiert und reflektiert.

Es war und ist schwer, sich als Jurist der Faszination dieser Gedankenwelt zu entziehen. Gute juristische Dogmatik war schon immer folgenorientiert, interessierte sich also für die Wirkungen von Rechtsregeln in der Realität. Am Normzweck orientierte, teleologische Auslegungen setzen Folgenanalysen voraus. Dafür braucht man eine Vorstellung davon, wie Menschen auf Rechtsregeln reagieren, also Verhaltensmodelle. Genau ein solches lieferte nun die ökonomische Theorie mit dem *homo oeconomicus*. Gleichzeitig lieferte sie den normativen Bewertungsmaßstab für die Folgen des Rechts noch mit, die ökonomische Effizienz.

Das nun löste unter den europäischen Rechtswissenschaftlern teilweise erbitterten Widerstand aus. Die normative Dimension ist unser Geschäft, und richtiges Recht auf (ökonomisch) effizientes Recht zu reduzieren, widerstrebte (und widerstrebt) den meisten Juristen. Die utilitaristische Fundierung des Effizienzkriteriums bot offensichtliche Angriffsflächen. Unterschwellig war der Widerstand sicher aber auch erklärbar mit dem Gefühl, dass ein Siegeszug der neuen Disziplin mit einem Verlust an eigener (Methoden-)Kompetenz einherginge. „Der Niedergang des Rechts als autonome Disziplin“ – so der deutsche Titel eines bekannten Aufsatzes von Richard Posner (100 Harv. L. Rev. 761 (1987)) – stand gewissermaßen vor der juristischen Haustür.

Inzwischen haben sich die Wogen geglättet. Dazu hat sicherlich auch die Tatsache beigetragen, dass sich die Debatte in den letzten Dekaden schwerpunktmäßig von der normativen auf die positive Ebene verlagert hat. Insbesondere hat die neuere kognitionspsychologische Forschung das ökonomische Verhaltensmodell erschüttert: Eine Vielzahl von Phänomenen wurde entdeckt und empirisch belegt, die zeigen, dass Menschen weder durchgängig eigennützig noch immer rational handeln. Wir lassen uns vielmehr teilweise von Maßstäben und Wertungen leiten, die nichts mit Nutzenmaximierung zu tun haben, und wir machen Fehler, handeln also irrational, und zwar systematisch. Kurz: Der *homo oeconomicus* erhielt ein menschliches Antlitz. Viele der einschlägigen Phänomene werden in diesem Buch beschrieben und diskutiert. Nachdem die Ökonomik in den 70er und 80er Jahren die neuen Erkenntnisse noch weitgehend als vorübergehende Anomalien („Laborexperimente mit Studierenden“) abtat, öffnete sich die Disziplin gegen Ende des Millenniums einer kritischen Diskussion, und es dauerte nicht lange, bis sie mit der ihr eigenen Wucht den Feind zum Freund machte: *Behavioral Law and Economics* war geboren.

Die Juristen, denen der ständig kalkulierende und nutzenmaximierende *homo oeconomicus* immer suspekt war, hatten mit dieser Entwicklung naturge-

mäß keine Probleme. Viele Rechtswissenschaftler wirkten und wirken in einer fruchtbaren Zusammenarbeit mit Ökonomen sogar daran mit, *Behavioral Law and Economics* entweder durch Grundlagenforschung weiterzuentwickeln oder deren Erkenntnisse zumindest einer breiteren Leserschaft zugänglich zu machen. Ideengeschichtlich ist interessant, dass es ganz zu Beginn der Debatten in der Psychologie sogar Juristen waren, die mit grundlegenden Beiträgen kritisch zum *homo oeconomicus* Stellung bezogen. In den USA war *Critical Legal Studies* vor allem in den 70er und 80er Jahren eine an den *law schools* wichtige rechtswissenschaftliche Strömung, und Forscher wie Duncan Kennedy oder Mark Kelman diskutierten Abweichungen von dem ökonomischen Verhaltensmodell und Irrationalitäten lange und systematisch bevor, 20 Jahre später, Psychologen, Ökonomen und (andere) Juristen *Behavioral Law and Economics* begründeten. Auch davon findet sich vieles in diesem Buch.

Anders als *Critical Legal Studies* hat *Behavioral Law and Economics* allerdings bisher keinen geschärften Blick für die normativen Konsequenzen der beschriebenen Abweichungen menschlichen Verhaltens von dem Modell des *homo oeconomicus*. Vielmehr wird, insbesondere in populärwissenschaftlichen Arbeiten, geradezu naiv dem Gesetzgeber empfohlen, wie dieser Menschen – unter Berücksichtigung der identifizierten Abweichungen – zu „besseren“ Entscheidungen anleiten bzw. dazu einen kleinen Anstoß (*nudge*) geben könne. Regierungen in der ganzen Welt folgen diesen Empfehlungen eines „liberalen Paternalismus“ bereitwillig und haben Stäbe für bessere Gesetzgebung unter Berücksichtigung neuester psychologischer Erkenntnisse eingerichtet.

Aber was sind „bessere“ Entscheidungen, und was ist ein „besseres“ Leben? Warum sind etwa Langzeitpräferenzen von Menschen (z.B. Gesundheit, Altersvorsorge) wertvoller als kurzfristige Wünsche (z.B. genussvoller Konsum)? Ein anderes Beispiel: Wenn es richtig ist, dass wir Dinge in unserem Besitz höher bewerten als Dinge, die wir nicht haben (Besitzeffekte), welche Preise sollte man dann für den ökonomischen Effizienzkalkül (z.B. bezüglich der Bewertung sauberer Luft) zugrunde legen – Angebots- oder Nachfragepreise? Um diese Fragen zu beantworten, braucht man eine überzeugende und differenzierte normative Konzeption, und die liefert *Behavioral Law and Economics* (bisher) nicht. Insofern behält die in diesem Buch vorgetragene und in der Tradition von *Critical Legal Studies* stehende Kritik nach wie vor ihre Durchschlagskraft.

Ein anderer Grund für die Entschärfung der Diskussion zwischen Juristen und Ökonomen seit den Anfängen der ökonomischen Analyse des Rechts in Europa, der ebenfalls mit der Fokussierung vieler Ökonomen auf positive Fragestellungen zu tun hat, liegt sicher in der gestiegenen und weiter steigenden Bedeutung empirischer Forschung in der Ökonomik (Ökonometrie). Auch diese Entwicklung wurde von Rechtswissenschaftlern gerne aufgenommen und fiel auf fruchtbaren Boden: Die Rechtstatsachenforschung war – als Teil der Rechtssoziologie – bereits in den 70er und 80er Jahren ein wichtiges neues

Forschungsfeld auch in Europa. Inspiriert wurde sie wiederum nicht unmaßgeblich von einer entsprechenden Strömung in den USA, der *Law and Society*-Bewegung. Die Entwicklung verlief allerdings nicht so fulminant wie zunächst erwartet. Das aber hat sich in den letzten Jahren aufgrund der empirischen Reorientierung der Ökonomik geändert, und zwar mit gutem Grund: Gesetzgeber weltweit brauchen verlässliche Analysen über zu erwartende Effekte und Nebeneffekte rechtlicher Regelungen, und dafür sind empirische Methoden unerlässlich. Das berühmte Diktum von Holmes kann und sollte daher jedem angehenden Juristen als Merkposten dienen: „For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics“ (10 Harv. L. Rev. 457, 469 (1897)).

Dass Juristen gut daran tun, sich einerseits mit ökonomischer Theorie und andererseits mit empirischen Methoden zu beschäftigen, steht danach außer Frage – heute mehr denn je. Die tatsächliche Entwicklung in Europa bekräftigt das: Man findet kaum mehr eine ernstzunehmende rechtswissenschaftliche Monographie im Zivilrecht, die nicht auch funktional (folgenorientiert) – und damit zumeist auch explizit ökonomisch – argumentiert. Dabei sollte eines jedoch nicht aus unserem Blickfeld geraten: Rechtswissenschaft beschäftigt sich mit dem Recht, also mit Normen. Der Kern unserer Disziplin bleibt damit das Normative: Wie soll Recht beschaffen sein? An welchen Maßstäben ist es auszurichten? Was ist gerecht? Hier liegt das *Proprium* rechtswissenschaftlicher Forschung und gleichzeitig die Kernkompetenz des Juristen. Ökonomische Theorie und empirische Methoden können uns bei der Bewältigung dieser Aufgabe unterstützen und informieren. Den normativen Diskurs ersetzen können sie nicht.

Oxford, im Juli 2015

HORST EIDENMÜLLER

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

»Obwohl die ökonomische Analyse des Rechts von einer wachsenden Zahl von Wirtschafts- und Rechtswissenschaftlern für die Evaluierung von Rechtsnormen herangezogen wird, sind ihre Grundlagen weiterhin umstritten.« Dieser Satz aus dem Vorwort eines Tagungsbandes über »Ökonomische Probleme des Zivilrechts«¹ gibt in komprimierter Form den Diskussionsstand zu einer Forschungsrichtung wieder, die – aus den USA stammend – in den letzten zwanzig Jahren auch in Deutschland erheblich an Bedeutung gewonnen hat. Detaillierte Analysen der Effizienzwirkungen einzelner Rechtsnormen auf der einen Seite und heftige Auseinandersetzungen über das Ziel einer Rechtsgestaltung nach ökonomischen Gesichtspunkten auf der anderen Seite prägen das Erscheinungsbild der ökonomischen Analyse des Rechts in Deutschland.

Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind die *Grundlagen* der ökonomischen Analyse des Rechts. Dabei geht es im Wesentlichen um zwei Fragen: (1) Sollte Recht nach Gesichtspunkten der ökonomischen Effizienz gestaltet werden? (2) Wenn ja, wer ist zu einer derartigen Rechtsgestaltung legitimiert und kompetent? Nur der Gesetzgeber? Oder auch die Gerichte?

Während die erste Frage vor allem ökonomische und rechtsphilosophische Probleme aufwirft, stehen bei der zweiten juristisch-methodische Überlegungen im Vordergrund. Ziel der Arbeit ist es, den rechtspolitischen Stellenwert und die rechtssystematische Stellung der ökonomischen Analyse des Rechts innerhalb des deutschen Rechtssystems zu bestimmen. Sollte dies gelungen sein, wäre der Weg vorgezeichnet, den die weitere Forschung zu Einzelfragen einer Rechtsgestaltung nach ökonomischen Gesichtspunkten in Zukunft zu beschreiten hätte.

Die Arbeit wurde im Juli 1994 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Sie entstand im Wesentlichen während eines einjährigen Forschungsaufenthaltes in den USA an der University of California in Berkeley und an der Harvard Law School.

...

München, im April 1995

HORST EIDENMÜLLER

¹ Ott/Schäfer (Hrsg.), *Ökonomische Probleme des Zivilrechts* (Berlin et al.: Springer-Verlag, 1991).

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur 4. Auflage	V
Aus dem Vorwort zur 1. Auflage	IX

Einführung

1. Die Folgen des Rechts und die Rechtswissenschaft	1
2. Die ökonomische Analyse des Rechts	4
3. Die Kontroverse um die ökonomische Analyse des Rechts	7
4. Ziele und Grundgedanken der Arbeit	9

Teil I

Die ökonomische Analyse des Rechts	17
§ 1 Konzeptionelle Grundlagen	21
A. Das Erbe des Utilitarismus	22
I. Das Nützlichkeitsprinzip als individuelle Verhaltensmaxime	23
II. Das Nützlichkeitsprinzip als ethischer Maßstab	24
III. Das Nützlichkeitsprinzip als kollektive Entscheidungsregel	27
B. Das ökonomische Verhaltensmodell	28
I. Der homo oeconomicus in der Mikroökonomik	29
II. Der homo oeconomicus als universelles Modell menschlichen Verhaltens	30
1. Eigennutz und Präferenzstabilität	31
2. Das Normverständnis des homo oeconomicus	34

III. Der wissenschaftstheoretische Status des homo oeconomicus	36
C. Das ökonomische Effizienzziel	41
I. Interpersonelle Nutzenvergleiche und neue Wohlfahrtsökonomik	42
II. Wohlfahrtsökonomische Effizienzkriterien	47
1. Das Pareto-Kriterium	48
2. Das Kaldor/Hicks-Kriterium	51
3. Das Reichtumsmaximierungsprinzip	54
III. Gibt es einen juristischen Effizienzbegriff?	55
§ 2 Rechtspolitisches Programm	58
A. Das Coase-Theorem	59
I. Die Verhandlungslösung	60
II. Die Verhandlungslösung als Denkmodell	62
B. Anforderungen an das Recht	63
I. Ein Markt für Rechtspositionen	63
II. Minimierung von Transaktionskosten	64
III. Simulierung des Marktmechanismus	65
C. Reichweite und Adressat	68
I. Universeller Anspruch	68
II. Die Gerichte als Promotoren des Effizienzdenkens	70
D. Kriterien der Programmbewertung	72
Zusammenfassung	74

Teil II

Effizienz als Entscheidungskriterium	79
§ 3 Wann soll in den Marktmechanismus eingegriffen werden?	81
A. Das Verhandlungsproblem	82
I. Mechanismen der Effizienz	83
II. Effizienz durch Verhandlungen	84

B. Das Transaktionskostenkonzept	91
I. Bedeutung von Transaktionskosten	93
II. Begriff und Erfassung von Transaktionskosten	97
1. Begriff der Transaktionskosten	97
2. Erfassung von Transaktionskosten	103
III. Transaktionskosten und Interventionskosten	106
§ 4 Wie soll in den Marktmechanismus eingegriffen werden?	112
A. Die Bewertung von Vor- und Nachteilen	116
I. Die Unbestimmtheit der Verhandlungslösung	117
1. Ursachen	118
a) Einkommenseffekte	118
b) Besitzeffekte	125
2. Konsequenzen	133
II. Das Problem der Hintergrundrechte	138
B. Die Auswirkungen auf Dritte	144
I. Moralische Positionen	145
II. Zukünftige Generationen	150
C. Das Kompensationsproblem	155
Zusammenfassung und Schlußfolgerungen	165

Teil III

Effizienz als normatives Programm	169
§ 5 Philosophische Grundlagen	173
A. Utilitarismus	174
I. Effizienz und Utilitarismus	177
1. Ökonomischer und utilitaristischer Nutzen	179
2. Verbesserung versus Maximierung	184
II. Kritik des Utilitarismus	187
1. Interpersonelle Nutzenvergleiche	189
a) Grundgüter	193
b) Introspektion	196
c) Behaviorismus	201

2. Grundrechte	207
a) Rechte und Regelutilitarismus	213
b) Rechte und prozeduraler Nutzen	218
c) Rechte und externe Präferenzen	220
3. Warum Nutzenmaximierung?	226
B. Konsenstheoretische Ansätze	234
I. Natürliche Unwissenheit	239
1. Partialbetrachtung	239
2. Totalbetrachtung	243
II. Artifizielle Unwissenheit	251
1. <i>Talent pooling</i> durch artifizielle Unwissenheit	253
2. Ableitung des Prinzips der Nutzenmaximierung	255
3. Implikationen für eine effizienzorientierte Rechtspolitik	258
a) Die Risikoneigung der Parteien	259
b) Ökonomischer und utilitaristischer Nutzen	261
C. Pragmatismus	264
§ 6 Effizienz und Verteilungsgerechtigkeit	273
A. Notwendigkeit einer Umverteilung	276
B. Umverteilung durch Zivilrecht?	283
I. Kosten der Umverteilung	286
1. Umverteilung durch Steuer- und Sozialrecht	287
2. Umverteilung durch Zivilrecht	289
II. Erfolg und Systematik der Umverteilung	294
1. Schuldrecht	295
a) Vertragliche Schuldverhältnisse	295
b) Außervertragliche Schuldverhältnisse	306
2. Familien- und Erbrecht	311
Zusammenfassung und Schlußfolgerungen	317

Teil IV

Grenzen des Effizienzdenkens	323
§ 7 Präferenzautonomie	326
A. Begriff	326
B. Warum Präferenzautonomie?	328

I. Persönlichkeitsentfaltung durch Präferenzautonomie	329
II. Effizienz durch Präferenzautonomie	333
C. Grenzen der Präferenzautonomie	335
I. Freiheitsgefährdung durch externe Präferenzen	335
II. Das Problem der Zirkularität	338
D. Reaktionen von Utilitaristen und Ökonomen	346
§ 8 Freiheitssicherung	352
A. Freiheitssicherung durch Strafrecht	353
B. Freiheitssicherung durch Grundrechte	355
§ 9 Paternalismus	358
A. Begriff	359
B. Rechtlicher Paternalismus	360
I. Unverzichtbarkeit des Grundrechtsschutzes	361
II. Unverfügbarkeit bestimmter Rechtsgüter	363
C. Das Legitimationsproblem	365
I. Effizienz durch Paternalismus	367
II. Politik als diskursive Wertfindung	370
III. Autonomie und Personalität	374
1. Das Autonomieprinzip	374
a) Kollektiver Selbstpaternalismus	375
b) Liberalisierung endogener Präferenzen	379
c) Verhinderung irreversibler Freiheitsverluste	383
2. Das Personalitätsprinzip	385
Zusammenfassung und Schlußfolgerungen	389

Teil V

Effizienz und Rechtssystem	393
§ 10 Rechtsanwendung im Sinne der ökonomischen Analyse des Rechts	397
A. Folgenorientierung in der Rechtsanwendung	397
B. Folgenorientierung und ökonomischer Effizienzkalkül	400

C. Richter und ökonomische Analyse in den USA	404
I. Fallrechtssystem in den USA	405
II. Das Erbe des Rechtsrealismus	406
D. Effizienz als kollektives Gut	411
§ 11 Die ökonomische Analyse des Rechts als Gesetzgebungstheorie...	414
A. Die Leistungsfähigkeit des Gesetzgebungsprozesses	414
I. Legitimation	414
1. Bedeutung der Entscheidung über das ökonomische Effizienzziel	417
2. Gesetzgebungsverfahren als Forum des Interessenausgleichs ...	419
II. Gleichbehandlung	423
III. Kompetenz	426
1. Sachverstand	427
2. Tatsachenkenntnis	429
3. Koordination	432
4. Flexibilität	434
B. Kritische Diskussion	438
C. Effizienzorientierte Gesetzgebung und Verfassung	443
I. Verfassungsrechtliche Verankerung des ökonomischen Effizienzziels?	443
II. Verfassungsrechtliche Grenzen einer effizienzorientierten Gesetzgebung	445
§ 12 Der Stellenwert ökonomischer Argumente für die Auslegung und Fortbildung des Zivilrechts	450
A. Gesetzesauslegung	451
I. Effizienz als Politik des Gesetzes	452
II. Effizienz als zulässige Gesetzeskonkretisierung	454
1. Erforderliche Sorgfaltsvorkehrungen	454
2. Ergänzende Vertragsauslegung	456
B. Rechtsfortbildung	459

I. Verfassungsrechtliche Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung ..	459
II. Prinzipien ..	461
III. Effizienz als Rechtsprinzip? ..	463
1. Die Identitätsthese ..	467
a) Objektive Übereinstimmung ..	468
b) Subjektive Übereinstimmung ..	472
2. Die Legitimationsthese ..	476
IV. Effizienz als konsensfähiges Entscheidungskriterium?	478
C. Der Einfluß der Grundrechte ..	480
I. Schutz vor Dritten ..	480
II. Schutz vor sich selbst ..	483
Zusammenfassung und Schlußfolgerungen ..	486

Schlußbemerkung

1. Die ökonomische Analyse des Rechts als rechtspolitische Theorie ...	489
2. Die ökonomische Analyse des Rechts im deutschen Rechtssystem ...	490
3. Rechtswissenschaft und Rechtssetzung ..	490
Literaturverzeichnis ..	491
Namensregister ..	512
Sachregister ..	515

Einführung

»Much, and perhaps most, legal scholarship has been stamp collecting. Law and economics, however, is likely to change all that and, in fact, has begun to do so.«

COASE (1993) S. 254.

1. Die Folgen des Rechts und die Rechtswissenschaft

Recht kann man insbesondere aus zwei Perspektiven betrachten: aus derjenigen des *Gesetzgebers* und aus derjenigen des *Richters*. Die Perspektive des Gesetzgebers ist eine *ex ante*-Perspektive: Der Gesetzgeber blickt in die Zukunft und interessiert sich für die Wirkungen, die eine bestimmte Rechtsnorm besitzen, für die Effekte, die sie auslösen wird. Rechtsnormen gelten für eine Vielzahl von Fällen. Der Gesetzgeber wird versuchen, die Folgen einer bestimmten Rechtsnorm zu antizipieren und auf der Grundlage rechtspolitischer Ziele zu bewerten. Erst dann kann eine Entscheidung darüber getroffen werden, was als Recht gelten soll. Mit dieser Entscheidung übernimmt der Gesetzgeber gleichzeitig die Verantwortung für ihre Folgen.

Die Perspektive des Richters ist demgegenüber eine *ex post*-Perspektive: Der Richter blickt zurück auf einen in der Vergangenheit liegenden Fall, der auf der Grundlage des geltenden Rechts beurteilt werden soll. Er wird es meist nicht für seine Aufgabe halten, über die Folgen seiner Entscheidung nachzudenken. Dies hat der Gesetzgeber bereits getan. Er hat den Richter von der Verantwortung für die Folgen seiner Entscheidung entlastet. Es geht jetzt nur noch darum, einen konkreten Rechtsfall unter vorgegebene Rechtsnormen zu subsumieren. Umfassende Folgenerwägungen müssen dazu offenbar nicht angestellt werden. Natürlich ist dies nur eine Tendenzaussage. Gesetze sind unklar, haben Lücken oder widersprechen sich sogar. Für manche Rechtsgebiete, wie etwa das Arbeitskampfrecht, fehlen sie völlig. Hier wird der Richter stärker folgenreorientiert denken. Aber das ist die Ausnahme, nicht die Regel.

Rechtswissenschaft in Deutschland nimmt vorzugsweise die Perspektive des Richters, die *ex post*-Perspektive ein. Sie will dem Richter helfen, mit dem vorhandenen rechtlichen Material vernünftig umzugehen. Sie ist Methodenlehre, »Rechtsprechungswissenschaft«, wie PETER NOLL einmal treffend for-

muliert hat.¹ Am Beginn des vielleicht am meisten gelesenen rechtstheoretischen Lehrbuches in deutscher Sprache steht die folgende Definition: »Unter der ›Rechtswissenschaft‹ wird in diesem Buche diejenige Wissenschaft verstanden, die sich mit der Lösung von Rechtsfragen im Rahmen und auf der Grundlage einer bestimmten, historisch gewachsenen Rechtsordnung befaßt, also die herkömmlicherweise so genannte Jurisprudenz.«²

Dieses Selbstverständnis der Rechtswissenschaft war und ist umstritten.³ Es hat wesentlich zur rechtsdogmatischen Durchdringung des vorhandenen Bestandes rechtlicher Normen beigetragen. Es hat dafür gesorgt, daß dem Rechtsanwendungstab ein leistungsfähiger methodologischer Apparat zur Verfügung steht, um konkrete Rechtsprobleme zu lösen. Ein Jahrhundert nach Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuches werden jedoch beispielsweise im Zivilrecht die Grenzen der Rechtswissenschaft als einer »Rechtsprechungswissenschaft« deutlich erkennbar. Wichtige Streitfragen sind gelöst, die Dogmatik konsolidiert sich. Ist jetzt nicht ein Paradigmenwechsel erforderlich? Der Blick richtet sich auf den Prozeß der Rechtssetzung, auf die bewußte Gestaltung gesellschaftlicher Abläufe mit rechtlichen Mitteln. Ist das Forschungsobjekt der Rechtswissenschaft wirklich nur das *positivierte* Recht? Muß die Rechtswissenschaft nicht auch Aussagen darüber machen, was als Recht gelten soll? Muß sie nicht ihren Forschungsgegenstand erweitern und sich auch als Wissenschaft von der Gesetzgebung verstehen? Und heißt dies nicht, daß die Rechtswissenschaft stärker folgenorientiert denken muß?

Die Gründe, die als Auslöser eines Paradigmenwechsels in Betracht kommen könnten, sind vielfältig. Der wichtigste dürfte darin liegen, daß Recht ein wichtiges *Steuerungsinstrument* ist, ein Instrument zur Realisierung rechtspolitischer Ziele. Einige Beispiele seien herausgegriffen: Das Umweltrecht reguliert die zulässige Nutzung unserer natürlichen Lebensgrundlagen und setzt Verhaltensanreize für »umweltgerechtes« Verhalten. Das Wohnraummietrecht normiert nicht nur die Rechte von Vermietern und Mietern, es beeinflusst auch das Angebot von Wohnraum und den Wohnungsbau. Das Steuerrecht dient nicht nur der Erzielung von Einnahmen, es steuert auch menschliches Verhalten, etwa im Hinblick auf bestimmte, gesellschaftlich erwünschte Investitionen. Diese Liste von Beispielen ließe sich beliebig fortsetzen. Recht hat Folgen in der Rechtswirklichkeit, und diese Folgen können erwünscht oder aber weniger erwünscht sein. Sind dies nicht Fragen, zu denen die Rechtswissenschaft Stellung nehmen sollte?

1 NOLL (1972) S. 524.

2 LARENZ (1991) S. 5.

3 Insbesondere seit den siebziger Jahren haben Rechtspolitik und Gesetzgebungstheorie durch eine Reihe wichtiger Arbeiten Auftrieb erhalten (vgl. etwa RÖDIG (1976), KINDERMANN (1982), GÖRLITZ/VOIGT (1989) und VON HIPPEL (1992)).

Eine Ausdehnung des Forschungsgegenstandes der Rechtswissenschaft von einer »Rechtsprechungswissenschaft« hin zu einer Wissenschaft vom Recht, wie es ist *und* wie es sein sollte, ist mit neuen Aufgaben verbunden. Rechtssetzung impliziert Folgenorientierung. Folgenorientierung aber heißt: *Folgenprognose* und *Folgenbewertung*. Einerseits muß ermittelt werden, wie Menschen voraussichtlich auf bestimmte Rechtsnormen und die in ihrem Vollzug ergehenden gerichtlichen Entscheidungen reagieren werden, wie sie ihr Verhalten an bestimmte rechtliche Standards anpassen werden. Es geht darum, die Folgen rechtlicher Regeln und gerichtlicher Entscheidungen zu prognostizieren. Andererseits müssen die so prognostizierten Folgen dann im Lichte bestimmter Zielvorstellungen bewertet werden.⁴

Folgenprognose und Folgenbewertung – für eine stärker gesetzgebungsorientiert denkende Rechtswissenschaft wären dies interessante, aber auch weitgehend neue Aufgabenfelder. Methoden der Folgenanalyse müßten entwickelt und Kriterien der Folgenbewertung erarbeitet werden. Die übrigen Sozialwissenschaften sind hier schon wesentlich weiter.⁵ Sie haben schon lange die Analyse und Bewertung der gesellschaftlichen Folgen von Rechtsnormen und gerichtlichen Entscheidungen als Forschungsfeld für sich entdeckt. Das gilt etwa für die Soziologie, die dafür ein besonderes Teilgebiet, die Rechtssoziologie, herausgebildet hat. Das gilt in letzter Zeit aber auch und insbesondere für die *Ökonomik*.⁶

4 Widerspricht dies aber nicht dem Postulat von der »Wertfreiheit der Wissenschaft«? Es ist an dieser Stelle nicht der Raum für eine Diskussion des Werturteilsproblems, das seit den grundlegenden Arbeiten von MAX WEBER (vgl. vor allem WEBER (1904)) in der Wissenschaftstheorie einen zentralen Platz einnimmt (vgl. etwa ALBERT (1963, 1976) und (1966, 1979) sowie ROTHSCILD (1992) S. 17–21 m.w.N.). Mit Blick auf eine stärker folgenorientiert denkende Rechtswissenschaft sei hier nur so viel gesagt: (1) *Folgenprognose* ist werturteilsfrei möglich; (2) *Folgenbewertung* impliziert demgegenüber Werturteile. Insoweit wäre eine stärker folgenorientiert denkende Rechtswissenschaft also nicht »wertfrei« (außer sie beschränkt sich darauf, tatsächliche Wirkungszusammenhänge und Handlungsspielräume aufzuzeigen, vgl. ALBERT (1963, 1976) S. 176 ff.). »Wertfrei« ist allerdings auch die ökonomische Analyse des Rechts nicht. Auch sie macht normative Aussagen auf der Grundlage des Kriteriums der ökonomischen Effizienz. Vgl. dazu im Text zu 2.

5 Man kann darüber streiten, ob die Rechtswissenschaft eine Sozialwissenschaft ist. Inhaltlich hängt von dieser terminologischen Frage zumindest für die vorliegende Arbeit nichts ab. Hier wird ein weites Begriffsverständnis zugrunde gelegt, nach dem Recht eine Sozialwissenschaft ist, weil ihr Forschungsgegenstand, das Recht, ein soziales (gesellschaftliches) Phänomen ist.

6 Im folgenden wird die Disziplin, die die ökonomische Methode auf sozialwissenschaftliche Probleme anwendet, als Ökonomik bezeichnet (vgl. HOMANN (1988) S. 114 und KIRCHGÄSSNER (1991a) S. 1 ff.). Die Ökonomik ist eine allgemeine Theorie menschlichen Verhaltens unter dem Aspekt der Knappheit. Kennzeichnend für diese Theorie ist die Annahme, daß sich Individuen rational und nutzenmaximierend verhalten (*homo oeconomicus*, dazu ausführlich unten § 1 B.). Der mißverständliche Begriff »Ökonomie« wird vermieden, da mit diesem Begriff meiste der Gegenstandsbereich einer auf den Bereich des Wirtschaftens ein-

2. Die ökonomische Analyse des Rechts

Seit etwa zwanzig Jahren beschäftigen sich ökonomische Forscher intensiv mit der Frage, welche Folgen durch Rechtsnormen und gerichtliche Entscheidungen in der Wirklichkeit ausgelöst werden. Sie bewerten diese Folgen aus ökonomischer Sicht, und sie machen Aussagen dazu, wie Recht zu gestalten ist, um ein ökonomisch erwünschtes Ergebnis zu erzielen. Das Programm dieser aus den USA stammenden und in Deutschland als »Ökonomische Analyse des Rechts« (*Economic Analysis of Law* bzw. *Law and Economics*) bekanntgewordenen Forschungsrichtung⁷ läßt sich thesenartig wie folgt zusammenfassen:

- Menschen reagieren auf Rechtsnormen und gerichtliche Entscheidungen wie *homines oeconomici*, also rational und nutzenmaximierend. Rechtliche Sanktionen wirken wie Preise, die bestimmte Verhaltensweisen gegenüber anderen verteuern. Eine Prognose der durch Rechtsnormen und gerichtliche Entscheidungen in der Wirklichkeit ausgelösten Folgen sollte auf der Grundlage des ökonomischen Verhaltensmodells erfolgen.⁸
- Effizient im ökonomischen Sinne sind Folgen, die den gesellschaftlichen Wohlstand erhöhen, ineffizient solche, die ihn verringern. Eine Bewertung der durch Rechtsnormen und gerichtliche Entscheidungen in der Wirklichkeit ausgelösten Folgen sollte auf der Grundlage der *Wohlfahrtsökonomik* erfolgen.⁹
- Es ist die Aufgabe aller Institutionen des Rechtssystems, also nicht nur des *Gesetzgebers*, sondern – soweit möglich – auch der *Gerichte*, Entscheidungen zu treffen, die zu erwünschten Folgen in dem oben definierten Sinne führen, die also den gesellschaftlichen Wohlstand erhöhen oder ihn zumindest nicht verringern.¹⁰

Mit diesem Programm hat die ökonomische Analyse des Rechts eine klar formulierte Konzeption einer auf das Recht bezogenen Folgenprognose und Folgenbewertung vorgelegt. Diese Konzeption eignet sich grundsätzlich zu einer Untersuchung des gesamten Rechts, also des Privatrechts wie des Öffentlichen

geengten Wirtschaftswissenschaft bezeichnet wird und insofern eine Verwechslung zwischen einer wissenschaftlichen Disziplin und ihrem Gegenstandsbereich möglich ist.

7 Die wichtigsten US-amerikanischen bzw. englischen Lehrbücher sind: BURROWS/VELJANOVSKI (1981); BOWLES (1982); GOETZ (1984); COOTER/ULEN (1988); STEPHEN (1988); POLINSKY (1989); POSNER (1992). Die wichtigsten deutschen Lehrbücher sind: LEHMANN (1983) und SCHÄFER/OTT (1986). Vgl. auch ASSMANN/KIRCHNER/SCHANZE (1978, 1993) [*Reader* mit »Klassikern« zur ökonomischen Analyse des Rechts].

8 Dazu ausführlich unten § 1 B.

9 Zur Bedeutung der Wohlfahrtsökonomik für die ökonomische Analyse des Rechts vgl. COOTER/ULEN (1988) S. 43 ff.; STEPHEN (1988) S. 41 ff.; POLINSKY (1989) S. 7 ff.; POSNER (1992) S. 12 ff.; VELJANOVSKI (1982) S. 34 ff.; SCHÄFER/OTT (1986) S. 21 ff. und ausführlich unten § 1 C.

10 Dazu ausführlich unten § 2 C. II.

Rechts und des Strafrechts. Daß Rechtsgebiete wie das Gesellschafts- oder das Wettbewerbsrecht einen Bezug zu ökonomischen Fragestellungen aufweisen, ist nicht neu. Neu an der ökonomischen Analyse des Rechts ist, daß sie ihr Forschungsinteresse über diese ökonomisch geprägten Rechtsgebiete hinaus auf das gesamte Recht ausweitet. Ein gewisser Schwerpunkt liegt dabei gegenwärtig allerdings auf dem Privatrecht und dort insbesondere auf dem Schuldrecht. Diese Schwerpunktsetzung ist nicht besonders überraschend. Das Schuldrecht ist der Nukleus aller Austauschprozesse in einer marktwirtschaftlich verfaßten Gesellschaft. Es ist nicht nur für die juristische Ausbildung, sondern auch für die Rechtspraxis von überragender Bedeutung. Jeder Brötchen-, aber auch jeder Unternehmenskauf hat hier seine Grundlage.

Die ökonomische Analyse des Rechts ist nicht der einzige neue Forschungsansatz, der für eine interdisziplinäre Zusammenarbeit zwischen Rechtswissenschaft und Ökonomik von Bedeutung ist. Gleichberechtigt neben der ökonomischen Analyse des Rechts stehen etwa die Neue Institutionenökonomik (*New Institutional Economics*), die den ökonomischen Ansatz zur Erklärung wirtschaftlicher Institutionen heranzieht, die ökonomische Theorie der Politik (*Public Choice*), die politikwissenschaftliche Fragestellungen aus ökonomischer Sicht analysiert sowie die ökonomische Verfassungstheorie (*Constitutional Economics*), die sich aus ökonomischer Sicht mit den Grundlagen der Staatsorganisation befaßt.¹¹

Alle diese Forschungsrichtungen beschäftigen sich ebenso wie die ökonomische Analyse des Rechts mit Fragestellungen, die auch aus juristischer Sicht von Bedeutung sind. Nur die ökonomische Analyse des Rechts hat jedoch bisher den systematischen Versuch unternommen, die realen Folgen einzelner rechtlicher Regeln oder Regelkomplexe zu analysieren und aus wohlfahrtsökonomischer Sicht zu bewerten. Es ist diese dezidiert wohlfahrtsökonomische Ausrichtung der ökonomischen Analyse des Rechts, die sie charakterisiert und von den anderen zitierten Forschungsrichtungen, insbesondere von der ökonomischen Verfassungstheorie, unterscheidet.¹²

Auf den ersten Blick besitzt das Programm der ökonomischen Analyse des Rechts eine Reihe von Vorzügen, die es aus juristischer Sicht besonders interessant machen könnten. Einige dieser Vorzüge seien hier genannt:

11 Einen Überblick über die einzelnen Forschungsansätze gibt RICHTER (1994) S. 3.

12 Die ökonomische Verfassungstheorie wurde – ebenso wie die ökonomische Theorie der Politik – maßgeblich von J. M. BUCHANAN entwickelt (für einen Überblick über die ökonomische Verfassungstheorie vgl. J. M. BUCHANAN (1987a) und (1990); für einen Überblick über die ökonomische Theorie der Politik vgl. J.M. BUCHANAN (1978, 1991)). Von HOMANN (1994a) S. 55 wird die ökonomische Verfassungstheorie wie folgt gekennzeichnet: »Einen gesellschaftlichen Maximanden gibt es nicht mehr. Daher werden alle von der gesellschaftlichen Maximierungsvorstellung abhängigen Grundbegriffe der Ökonomik wie z.B. »gesamtwirtschaftliche Effizienz« oder »soziale Wohlfahrt« ... abgelehnt.« Im Gegensatz dazu steht die Wohlfahrtsökonomik *im Zentrum* der ökonomischen Analyse des Rechts.

- Das Programm kommt mit wenigen grundlegenden Konzepten aus. Um einen systemtheoretischen Ausdruck zu gebrauchen: es *reduziert Komplexität*. Einer Analyse von Folgen des Rechts soll das positive ökonomische Verhaltensmodell zugrunde gelegt werden, ihre Bewertung soll auf der Grundlage der normativen Wohlfahrtsökonomik erfolgen. In dieser Reduktion von Komplexität liegt eine Chance verbesserter Kommunikation zwischen Juristen und Ökonomen; in ihr liegt aber auch eine Chance verbesserter Kommunikation von Juristen untereinander: Rechtswissenschaftler aus unterschiedlichen Rechtsgebieten haben einander heute kaum etwas zu sagen – zu groß sind die Unterschiede der in den einzelnen Rechtsgebieten relevanten Rechtsfiguren und Argumentationsmuster, zu groß ist die dogmatische Spezialisierung. Eine ökonomische Folgenanalyse und Folgenbewertung könnte hier ein einigendes Band, eine verbindende, gemeinsame Forschungsmethode sein.
- Der Aspekt der verbesserten Kommunikation besitzt aber nicht nur eine inter- bzw. intradisziplinäre Bedeutung. Er hat auch eine *internationale Dimension*. Die Integration innerhalb der Europäischen Union schreitet voran und mit ihr auch die Rechtsangleichung auf europäischer Ebene. Derzeit gibt es in Europa noch eine Vielzahl höchst unterschiedlicher Rechtsordnungen. Länder wie Deutschland oder England gehören ganz verschiedenen Rechtskreisen an. Die ökonomische Analyse des Rechts könnte dazu beitragen, die Methodendiskussion zu internationalisieren und eine europäische Rechtswissenschaft herauszubilden.¹³
- Soweit die ökonomische Analyse des Rechts Folgen rechtlicher Regeln auf der Grundlage des ökonomischen Verhaltensmodells prognostiziert, macht sie Aussagen, die grundsätzlich einer *empirischen Überprüfung* zugänglich sind. Ökonomische Folgenprognosen sind potentiell falsifizierbar. Für eine Rechtswissenschaft, die Rechtssetzung unter dem Gesichtspunkt einer ökonomischen Folgenanalyse betrachtet, eröffnet sich damit die Möglichkeit, sich zu einer Realwissenschaft im Sinne der modernen Wissenschaftslehre zu entwickeln.¹⁴
- Soweit die ökonomische Analyse des Rechts schließlich Folgen rechtlicher Regeln mit dem Maßstab der ökonomischen Effizienz bewertet, zieht sie ein Wertungskriterium heran, das insbesondere in den letzten Jahren erheblich an *Plausibilität* gewonnen hat. Die kommunistischen Planwirtschaften des ehemaligen Ostblocks sind zusammengebrochen, allorts sind Bestre-

13 Vgl. KÜBLER (1989) S. 298: »Der Prozeß der Verrechtlichung geht weiter; vor allem die – gewiß langsam – fortschreitende europäische Integration läßt mittlerweile Grundzüge einer europäischen Rechtsordnung erkennen, deren enorme Komplexität die Unzulänglichkeit unseres traditionellen methodischen Instrumentariums schon in Kürze immer deutlicher hervortreten lassen wird.«

14 Vgl. ALBERT (1993) S. 7 ff. und 24 ff. sowie ALBERT (1972) S. 89 ff. und 93 f.

bungen erkennbar, neue Strukturen auf der Grundlage marktwirtschaftlicher Prinzipien zu schaffen. Es scheint nur folgerichtig zu sein, auch das Recht nach Kriterien der ökonomischen Effizienz zu gestalten.

3. Die Kontroverse um die ökonomische Analyse des Rechts

Trotz all dieser Vorzüge der ökonomischen Analyse des Rechts wird um ihr Programm in Deutschland – aber nicht nur dort – zwischen Ökonomen und Juristen heftig gestritten. Von den Juristen wird es teilweise scharf kritisiert.¹⁵ Die ökonomische Analyse des Rechts sei eine »Gesellschaftstheorie ... von höchster politischer Brisanz«.¹⁶ Sie mache »... ideologische Vorgaben an die Inhalte von Rationalität und Individualismus im mikroökonomischen Modell einer vorgestellten Welt.«¹⁷ Deshalb sei es notwendig, die »...prinzipielle Unvereinbarkeit der Theorie mit den Aufgaben des Rechts offenzulegen.«¹⁸ »Ökonomische Rechtsanalyse und freiheitliches Rechtsdenken sind unvereinbar.«¹⁹

Wie ist diese schroffe Kritik zu erklären? Es könnte sein, daß den meisten Juristen das Instrumentarium der modernen Ökonomik einfach fremd ist. Es ist keineswegs ungewöhnlich, daß ein neuer Forschungsansatz deshalb abgelehnt wird, weil man ihn nicht oder nur unzureichend kennt. Möglicherweise ist also nicht die ökonomische Analyse des Rechts ideologisch geprägt, sondern vielmehr die Kritik. So meint ein bekannter deutscher Volkswirt: »In Teil 2 meines ... Aufsatzes entwickle ich eine Theorie der Interessengruppen und ihrer Ideologien. Die Juristen als Gruppe passen darauf hervorragend ... Würde meine Konzeption von Wirtschaftspolitik durchgesetzt, würden 80 % aller Juristen überflüssig. Es ist klar, daß die Juristen als Interessengruppe sich gegen meine normative Konzeption wehren müssen.«²⁰ Natürlich kann Kritik auch dadurch motiviert sein, Besitzstände zu wahren. Eine Erklärung, die allein auf diesen Gesichtspunkt abzielt, greift jedoch zu kurz. Indem sie dem juristischen Kritiker Unkenntnis unterstellt oder Besitzstandswahrung vorwirft, verkennt sie sein möglicherweise berechtigtes sachliches Anliegen.

Aber worin liegt dieses sachliche Anliegen? Geht es um eine Grundsatzkritik der ökonomischen Forderung, daß das Recht außerrechtlichen Zwecken

15 Vgl. FEZER (1986), FEZER (1988) sowie CANARIS (1993) S. 384.

16 FEZER (1986) S. 819.

17 FEZER (1986) S. 819.

18 FEZER (1986) S. 822.

19 FEZER (1986) S. 823.

20 C. C. VON WEIZSÄCKER in einem Brief an den Autor vom 24. 6. 1993. Die Fundstelle des erwähnten Aufsatzes ist: VON WEIZSÄCKER (1984) bzw. (in leicht veränderter Fassung) VON WEIZSÄCKER (1988).

dienen solle? Auch das kann man kaum annehmen. Schon 1877 hielt es RUDOLF VON JHERING für den Zweck des Rechts, die Lebensbedingungen der Gesellschaft zu sichern.²¹ Wenn er auch diese Lebensbedingungen nicht auf das bloß »physische Dasein« reduziert wissen wollte,²² so nannte er diese Daseinsbedingungen doch an erster Stelle: Essen, Trinken, Kleidung und Wohnung.²³ Daß der Zweck des Rechts darin liegen könnte, außerrechtliche Bedürfnisse zu befriedigen, ist also auch für die Rechtswissenschaft ein so neuer Gedanke nicht. Um nichts anderes aber geht es anscheinend auch der ökonomischen Analyse des Rechts: in einer Welt knapper Ressourcen Verschwendung zu vermeiden.²⁴

Dabei meint sie nun allerdings, daß *ausschließlich* der Gesichtspunkt der ökonomischen Effizienz zur Bewertung der Folgen rechtlicher Regeln herangezogen werden sollte: »Wenn daher die Herstellung von Allokationseffizienz zu den fundamentalen Forderungen an eine Rechtsordnung gehört, ist es nicht zu rechtfertigen, wenn juristische Zielsetzungen wie Verkehrssicherheit und Rechtssicherheit gleichrangig neben oder gar über das Effizienzziel gestellt werden. Sie sind legitim, wenn sie Allokationseffizienz fördern.«²⁵ Es ist dieser *Ausschließlichkeitsanspruch*, der die heftige juristische Kritik ausgelöst hat: »Der von der ökonomischen Analyse erhobene Ausschließlichkeitsanspruch ist abzulehnen.«²⁶ Die ökonomische Analyse des Rechts ist von ihrem konzeptionellen Ansatz her eine ökonomische, keine juristische Theorie. Das Recht ist ihr Forschungsgegenstand. Sie beurteilt es nach ökonomischen Gesichtspunkten. Ihr Programm ist so formuliert, daß sich prinzipiell jede Rechtsnorm und jede gerichtliche Entscheidung in jedem Rechtsgebiet auf ihre ökonomischen Folgen hin analysieren und bewerten lassen. Indem die ökonomische Analyse des Rechts andere juristische Zielsetzungen nicht gelten läßt, setzt sie sich fast zwangsläufig der Kritik der Rechtswissenschaft aus.

Der Konflikt erhält dadurch seine besondere Schärfe, daß sich die ökonomische Analyse des Rechts nicht nur als eine Theorie der Gesetzgebung, sondern auch als eine Theorie der *Rechtsprechung* versteht. Alle Institutionen des Rechtssystems, insbesondere auch die Gerichte, sollen ihre Entscheidungen am ökonomischen Effizienzziel ausrichten. Würde sich die ökonomische Analyse des Rechts allein als Gesetzgebungstheorie verstehen, würde sie ihre prak-

21 Vgl. VON JHERING (1877) S. 434 ff.

22 VON JHERING (1877) S. 434–436 (Bedeutung des »Wohlseins«).

23 VON JHERING (1877) S. 434.

24 Vgl. SCHÄFER/OTT (1986) S. 1 f.

25 SCHÄFER/OTT (1986) S. 6.

26 HEINRICHS, in: PALANDT (1994) Einleitung Rdnr. 33. Vgl. auch KOLLER (1979) S. 79 Fn. 6 (»Die Effizienz im ökonomischen Sinn ist sicherlich nicht das einzige Ziel, das die Rechtsordnung zu verwirklichen hat«) sowie FEZER (1988) S. 226, BYDLINSKI (1988) S. 286 f., HAGER (1990) S. 238 und H. KOHL (1991) S. 50.

tische Verwertbarkeit von der Akzeptanz ihrer Vorschläge bei den rechtssetzenden Organen abhängig machen, dann würden ihre Vorschläge die Rechtswissenschaft in ihrer heutigen Form kaum berühren. Wir hatten gesehen, daß Rechtswissenschaft in Deutschland in erster Linie immer noch »Rechtsprechungs-wissenschaft« ist. Nur eine Theorie, die sich explizit auch als eine Theorie der Rechtsprechung versteht, gerät unmittelbar in Konflikt mit dem hergebrachten Selbstverständnis und den überkommenen Methoden der Rechtswissenschaft.

4. Ziele und Grundgedanken der Arbeit

Ökonomische Effizienz als vorrangiger Bewertungsmaßstab für Gesetzgebung *und* Rechtsprechung – diese Forderung der ökonomischen Analyse des Rechts ist der Ausgangspunkt für die vorliegende Arbeit. Sie interessiert sich einerseits für den Platz der ökonomischen Analyse in dem institutionellen Gefüge des deutschen *Rechtssystems* und andererseits für die Frage, ob ökonomische Effizienz überhaupt ein für die Rechtsordnung attraktives *rechtspolitisches Ziel* darstellt.

Welchen Platz hat die ökonomische Analyse des Rechts in dem institutionellen Gefüge des deutschen *Rechtssystems*? Ist sie in erster Linie eine Gesetzgebungstheorie oder sind ihre Erkenntnisse primär für die Rechtsprechung von Bedeutung? Sollen oder dürfen Richter Effizienzkonzepte berücksichtigen? Welche Bedeutung besitzt das ökonomische Effizienzziel *de lege lata*? Es ist verwunderlich, daß diese für die weitere Entwicklung der ökonomischen Analyse des Rechts in Deutschland so zentralen Fragen bis heute weitgehend unbeachtet geblieben sind. Sie werfen rechts- und staatstheoretische Probleme von erheblicher Tragweite auf. Die Antworten auf diese Fragen sind aber nicht nur von theoretischem Interesse. Sie haben auch eminent praktische Auswirkungen. So entscheidet die institutionelle Verankerung der ökonomischen Analyse im Bereich der Legislative oder der Judikative darüber, an welche Stelle des Rechtssystems die Ressourcen zu lenken sind, die für eine sachgemäße Umsetzung ihrer Erkenntnisse benötigt werden.

Eine Untersuchung der Frage, wer innerhalb des Rechtssystems der richtige Ansprechpartner für die Umsetzung der Erkenntnisse der ökonomischen Analyse ist, erscheint jedoch wenig sinnvoll, wenn nicht zumindest eine gewisse Einigkeit darüber zu erzielen ist, daß ökonomische Effizienz *überhaupt* ein für die Rechtsordnung attraktives *rechtspolitisches Ziel* darstellt. Es wäre wenig hilfreich, ausführlich zu begründen, daß die ökonomische Analyse des Rechts etwa eine Gesetzgebungstheorie oder eine Theorie der Rechtsprechung ist, wenn ökonomische Effizienz als rechtspolitisches Ziel so inakzeptabel ist, daß sich das Recht seiner besser gar nicht erst annehmen sollte. Wir müssen

uns also zunächst mit dem Stellenwert der ökonomischen Analyse des Rechts als einer rechtspolitischen Theorie auseinandersetzen. Welche Bedeutung besitzt die ökonomische Analyse des Rechts *de lege ferenda*? Sollte ökonomische Effizienz ein Rechtsprinzip sein? In welchem Verhältnis steht das ökonomische Effizienzziel zu anderen rechtspolitischen Zielen wie etwa demjenigen einer gerechten Verteilung von Einkommen und Vermögen? All dies sind Fragen, auf die man sich von einer kritischen Untersuchung der ökonomischen Analyse des Rechts als einer rechtspolitischen Theorie eine Antwort erhoffen kann.

Schließlich wird mit der Diskussion der ökonomischen Analyse des Rechts als einer rechtspolitischen Theorie noch ein weiterer, über die ökonomische Analyse selbst hinausreichender Zweck verfolgt. Die ökonomische Analyse des Rechts ist eine rechtspolitische Theorie unter vielen. Man kann andere Konzeptionen dazu entwickeln, wie Menschen auf Rechtsnormen reagieren und man kann die Folgen des Rechts auch anders bewerten als auf der Grundlage des Kriteriums der ökonomischen Effizienz. Bedeutung besitzt die ökonomische Analyse des Rechts – sieht man einmal von ihren konkreten Aussagen ab – vor allem aufgrund ihrer konsequenten Folgenorientierung. Konsequente Folgenorientierung aber heißt: Blick auf die *Gesetzgebung*. Ganz unabhängig von dem konkreten Schicksal der ökonomischen Analyse des Rechts wird sich die deutsche Rechtswissenschaft in Zukunft verstärkt mit Fragen der Gesetzgebung befassen müssen. Dabei sind Probleme zu lösen, die sich »am Fall« der ökonomischen Analyse des Rechts gut studieren lassen.

Mit der vorliegenden Untersuchung werden dementsprechend die folgenden Ziele verfolgt:

- Es geht erstens darum, die *rechtspolitische Brauchbarkeit* der ökonomischen Analyse des Rechts zu klären, ihre Legitimität *de lege ferenda* zu untersuchen. Warum und in welchem Umfang soll Recht nach Gesichtspunkten der ökonomischen Effizienz gestaltet werden? Damit beschäftigen sich die Teile zwei bis vier der vorliegenden Arbeit.
- Zweitens soll die Frage beantwortet werden, wo die ökonomische Analyse des Rechts innerhalb des deutschen *Rechtssystems* anzusiedeln ist. Ist sie primär eine Gesetzgebungstheorie oder ist sie primär eine Theorie der Rechtsprechung? Welche Bedeutung besitzt die ökonomische Analyse des Rechts *de lege lata*? Damit beschäftigt sich der fünfte Teil der Arbeit.
- Indem die ökonomische Analyse des Rechts als rechtspolitische Theorie und als Gesetzgebungstheorie analysiert wird, soll drittens ein Beitrag dazu erbracht werden, die Rechtswissenschaft zu einer Wissenschaft weiterzuentwickeln, die sich nicht nur mit der Rechtsprechung, sondern auch mit dem Prozeß der *Gesetzgebung* näher befaßt.

Namensregister

In das Namensregister wurden nur die im Text erwähnten Autoren aufgenommen

- Ackerman, B. A. 92, 300
Adams, M. 422, 426
Alexy, R. 228, 411, 461 f.
Arrow, K. J. 46, 192, 196 f., 199, 201, 203, 253 ff., 279, 283, 328

Becker, G. S. 31, 34, 68, 183 f., 448
Behrens, P. 324, 452 f., 467
Bentham, J. 22 ff., 30, 41 f., 47, 57, 66, 174 f., 182 f., 185, 188 f., 204, 206, 221, 226 f., 262, 346
Brandt, R. B. 175
Buchanan, J. M. 31, 34, 349

Calabresi, G. 368, 370
Canaris, C.-W. 484
Cannan, E. 195
Coase, R. H. 1, 11, 19 f., 58 ff., 62, 66 ff., 79, 81 f., 84 ff., 90 ff., 98 f., 105 f., 108 ff., 117, 120, 122 ff., 134, 144 f., 160, 165
Cohen, F. S. 407 f.
Coleman, J. L. 97, 177
Cooter, R. 86, 97, 367 f., 370, 404, 410
Crone, H. C. von der 181

Demsetz, H. 120
Dürig, G. 362
Dworkin, R. 158, 169, 174, 208 ff., 215, 218 ff., 355 f., 461 f.

Farrell, M. J. 337, 350
Fezer, K.-H. 98, 324, 357, 361
Fisher, I. 42
Flume, W. 332
Frank, Jer. 407

Friedman, M. 67 f., 270 f., 277, 279 f., 283
Furubotn, E. G. 104

Gewirtz, P. 381 f.
Gordley, J. 404, 410
Gorman, W. M. 53
Greenawalt, K. 454

Habermas, J. 228
Häberle, P. 324
Hare, R. M. 347
Harsanyi, J. C. 192, 196 ff., 218 ff., 237 f., 251 ff., 260, 263 f., 279, 283, 347 f.
Hart, H. L. A. 223 f., 358, 461
Hayek, F. A. von 277, 279 f., 283
Head, J. G. 348
Hegel, G. W. F. 386 f.
Heinrichs, H. 455 f., 470
Herzog, R. 281
Hesse, K. 462
Hicks, J. R. 51, 53, 134, 156 f., 191, 236, 281
Hirsch, W. Z. 303
Hobbes, T. 234
Höffe, O. 186
Hoffman, E. 132
Holmes, O. W. 17, 36, 74, 265 f., 407, 467
Holzhauer, R. 467
Homann, K. 39
Horn, N. 400
Horwitz, M. J. 149
Hotelling, H. 236, 281
Hovenkamp, H. 132 f.
Hueth, D. L. 153 f.

- James, W. 265 f.
 Jevons, W. S. 42, 174
 Jhering, R. von 8, 408 f.
 Johnson, D. G. 304
 Just, R. E. 153 f.
 Juvenal 393
- Kahneman, D. 127, 129 ff.
 Kaldor, N. 51, 53, 134, 191, 235
 Kant, I. 234
 Kaplow, L. 275, 290 ff., 314
 Kelman, M. 78, 128, 132, 358
 Kennedy, D. 107, 131, 142, 164, 167
 Kirchgässner, G. 339, 343 f.
 Kirchner, C. 19, 467
 Knetsch, J. L. 127, 129 ff.
 Knight, F. H. 323
 Kötz, H. 14, 471
 Kornhauser, L. A. 342
 Koslowski, P. 338
 Kronman, A. T. 158, 315
 Kübler, F. 324, 357
- Lancaster, K. 162 f.
 Larenz, K. 437
 Learned Hand 17 f.
 Lehmann, M. 453
 Lipsey, R. G. 161, 163
 Little, I. M. D. 46, 193, 201 ff.
 Llewellyn, K. 407 ff.
 Locke, J. 234
 Lübke-Wolff, G. 399
 Luhmann, N. 398 f., 423
- Manne, H. G. 405, 427
 Markovits, R. S. 224
 Marks, S. 97
 Marshall, A. 195
 Melamed, A. D. 368, 370
 Mill, J. S. 22 f., 174 f., 182, 185, 208, 227 ff., 329 f., 332, 335, 346 f., 352, 356 f., 359, 361, 368, 383 f.
 Mishan, E. J. 147, 154
 Mnookin, R. 97
 Möller, R. 198
 Montesquieu, C. de 409 f.
 Moore, G. E. 229 ff.
 Morgenstern, O. 45 f., 191, 256
 Musgrave, R. A. 284, 348
- Neumann, J. von 45 f., 191, 256
 Nipperdey, H. C. 444
 Noll, P. 1
 Nozick, R. 208, 254 f., 262, 274, 277, 279, 283
- Okun, A. M. 286
 Ott, C. 69 f., 108, 275, 461, 465 f., 474, 478 ff.
- Pareto, V. 48
 Peirce, C. S. 265 f.
 Picker, E. 421
 Pigou, A. C. 43, 45 ff., 59, 66, 109, 174, 180 f., 190, 195
 Polinsky, A. M. 236, 448
 Popper, K. R. 489
 Posner, R. A. 11, 17, 19, 54, 58 ff., 66, 68, 70, 79 f., 91 ff., 96, 108, 140 f., 147, 157 f., 170, 173, 176 f., 211 f., 215, 236 ff., 241 ff., 254, 261, 263 ff., 279, 405
 Pound, R. 409
- Rabel, E. 14
 Radin, M. J. 387
 Ratner, L. G. 230 ff.
 Rawls, J. 23, 151 ff., 173 f., 192 ff., 208, 234 f., 237 f., 251 ff., 257, 260, 263, 279 f., 283 f., 480
 Richter, R. 104
 Rizzo, M. J. 163
 Robbins, L. 43, 45 ff., 51, 189 f., 192 f., 195 ff., 201, 206
 Rousseau, J.-J. 234
- Schäfer, H.-B. 69 f., 108, 157, 275, 431 f., 471
 Schmidt, K. 345
 Schmitz, A. 153 f.
 Schwab, S. 81
 Scitovsky, T. de 53
 Sen, A. K. 201 f., 222 f., 327 f., 335 ff., 344, 348, 356, 389
 Shapiro, D. L. 436
 Shavell, S. 275, 290 ff., 314
 Sidgwick, H. 22
 Simon, H. A. 38

Smith, A. 49, 268
Spitzer, M. 132
Steindorff, E. 452
Stigler, G. J. 122 ff., 440 f.
Sunstein, C. R. 335, 380 ff.

Thaler, R. 127 ff.
Thomas, C. 416
Tribe, L. H. 325
Tversky, A. 129

Urmson, J. O. 175

Waldron, J. 185 ff.
Weizsäcker, C. C. von 247 f., 275, 281 ff.
Williams, B. 344
Williamson, O. E. 77, 92, 94 ff., 98, 100,
104, 165
Witte, E. 39

Zweigert, K. 14

Sachregister

Bei der Erstellung des Sachregisters wurden die Fußnoten sowie die Zusammenfassungen zu den einzelnen Teilen der Arbeit nicht berücksichtigt

- Allokationseffizienz 158
- Altruismus s. ökonomisches Verhaltensmodell
- Angebotspreis 118 f., 125 ff., 139 f.
- Bedürfnishierarchie 195 f.
- Behaviorismus 201 ff.
 - Informationsdefizit 202 f.
- Besitzeffekte 125 ff., 340 f., 379 f.
 - Beispiele 128
 - Erklärung 129 ff.
 - und Gewöhnung 129
 - und Konsumenten 132 f.
 - und status quo bias 131
 - und Unternehmen 132 f.
 - und Verlustaversion 129 ff.
- Chancengleichheit 280 f.
- Cheapest cost avoider 65, 402 f.
- Chicago School 66 f., 267, 424
- Coase-Theorem 59 ff., 84 ff., 93 ff., 106 ff., 116 ff.
 - Effizienzthese 61, 116, 127
 - Invarianzthese 61, 116 ff., 127 ff.
 - und Besitzeffekte 125 ff.
 - und Einkommenseffekte 118 ff.
 - und Verteilungspolitik 81, 290
- Critical Legal Studies 78
- Demokratieprinzip 415
- Demokratische Legitimation
 - der deutschen Richter 415 f.
 - der deutschen Volksvertreter 414 f.
 - der US-amerikanischen Richter 416
- Differenzprinzip 193
- Effizienz 4, 41 ff.
 - Allokationseffizienz s. Allokationseffizienz
 - als Argumentationstopos 477 f.
 - als kollektives Gut 411 ff., 463
 - als konsensfähiges Entscheidungskriterium 234 ff., 478 ff.
 - als Politik des Gesetzes 452 ff.
 - als Rechtsprinzip des Haushaltsrechts 465
 - als Rechtsprinzip des Zivilrechts 465 ff.
 - als Staatszielbestimmung 434
 - als verfassungsrechtliches Rechtsprinzip 464 f.
 - als zulässige Gesetzeskonkretisierung 454 ff.
 - durch Verhandlungen 84 ff.
 - juristischer Effizienzbegriff 55
 - Kaldor/Hicks-Effizienz s. Kaldor/Hicks-Kriterium
 - Mechanismen der 83
 - multiple Optima 141 f.
 - Pareto-Effizienz s. Pareto-Kriterium
 - Partialanalyse 115
 - Produktionseffizienz s. Produktionseffizienz
 - Reichtumsmaximierungsprinzip s. Reichtumsmaximierungsprinzip
 - Totalanalyse 115, 161 ff.
 - und Grundgesetz 443 ff.
 - und institutionelle Struktur 114 f.
 - und Kompensation s. Kompensation
 - und Paternalismus s. Paternalismus
 - und Präferenzautonomie s. Präferenzautonomie

- und psychische Kosten 145 ff., 368 f.
- und Verteilungsgerechtigkeit 273 ff., 421 f.
- Wirtschaftlichkeit s. Wirtschaftlichkeit
- Zukünftige Auswirkungen 150 ff.
- Eingeschränkt rationales Verhalten s. ökonomisches Verhaltensmodell
- Einkommen
 - volles Einkommen (*full income*) 183 f.
- Einkommenseffekte 118 ff., 179 ff., 246
 - Kompensation durch Gewichtungssysteme 180 f.
 - Kompensation durch Preisbildung auf Märkten 122 f.
 - Kompensation durch Vertragsverhältnisse 121 f.
 - und »Hintergrundrechte« 138 ff.
 - und Konsumenten 124 f.
 - und Unternehmen 124
- Erbrecht
 - als Umverteilungsinstrument s. Umverteilung durch Zivilrecht
 - Fiskuserbrecht 313 f.
 - volkswirtschaftliche Bedeutung 313
- Ergänzende Vertragsauslegung 65, 402 f., 435 f., 438 f., 456 ff.
- Externe Effekte 59 f., 453
 - psychische Kosten s. psychische Kosten
- Fahrlässigkeit 17 ff., 21 f., 65 f., 400 ff., 429 ff., 435 f., 454 ff., 470 ff.
- Fallrecht
 - in den USA 405 f.
 - in Deutschland 406
- Familienrecht
 - als Umverteilungsinstrument s. Umverteilung durch Zivilrecht
- Folgen des Rechts
 - und Rechtsanwendung s. Folgenorientierung
 - und Rechtswissenschaft 1 ff., 490
- Folgenbewertung 3, 399 f., 412 f.
- Folgenorientierung
 - in der Rechtsanwendung 397 ff.
 - und ökonomischer Effizienzkalkül 400 ff.
- Folgenprognose 3, 399 f.
- Freiheit 329 ff.
 - und Würde des Menschen 332
- Freiheitsförderung
 - durch Paternalismus 374 ff.
- Freiheitsgefährdung
 - durch eigenes Handeln 383 ff.
 - durch externe Präferenzen 335 ff.
- Freiheitssicherung 352 ff.
 - durch Grundrechte 355 ff.
 - durch Paternalismus 383 ff.
 - durch Strafrecht 353 f.
- Generalkompensation 236, 244 ff., 275, 281 ff.
 - und Einkommens- und Vermögensverteilung 246 f., 282
 - und Risikoneigung 248 ff.
 - und Steueraufkommen 283
 - und systematische Verluste einzelner 247 f., 282
- Gerechtigkeit
 - intertemporale 153
 - Verteilungsgerechtigkeit s. Verteilungsgerechtigkeit
- Gerichte s. Rechtsprechung
- Gerichtsverfahren s. Rechtsprechung
- Gesetzesvorbehalt 445 ff.
- Gesetzgebung
 - Abstimmung unterschiedlicher Regeln 432 ff.
 - demokratische Legitimation s. demokratische Legitimation
 - Effizienz als Politik des Gesetzes 452 ff.
 - effizienzorientierte Gesetzgebung und Grundgesetz 443 ff.
 - Flexibilität 434 ff.
 - Interessenausgleich 419 f.
 - Signalwirkung 426
 - und Gleichbehandlung 423
 - und Interessengruppen 440 f.
 - und ökonomischer Sachverstand 428 f.
- Gewaltenteilung 409 f.
- Gleichbehandlung 423 ff.
- Gleichwahrscheinlichkeitstheorem 252, 262
- Grenzkosten 401
- Grenznutzen
 - des Einkommens 43 f., 119 ff., 180
 - von Sorgfaltsvorkehrungen 401

- Grundgesetz
 - Grenzen einer effizienzorientierten Gesetzgebung 445 ff.
 - Verankerung des ökonomischen Effizienzziels 443 ff.
 - Wertordnung s. Wertordnung
 - Wirtschaftspolitische Neutralität 444, 464 f.
- Grundgüter 193 ff.
 - als Index für Nutzen 194 ff.
 - Bedürfnishierarchie 195 f.
 - zur Verwirklichung eines Lebensplanes 194 f.
- Grundrechte
 - Freiheitssicherung durch 355 ff.
 - Schutzpflichten 482 ff.
 - und externe Präferenzen 220 ff.
 - und ökonomische Analyse des Rechts 211 f., 445 ff., 480 ff.
 - und persönliche Präferenzen 224 f.
 - und prozeduraler Nutzen 218 ff.
 - und Rechtsprechung im Privatrecht 481 ff.
 - und Regelutilitarismus 213 ff.
 - und Utilitarismus 207 ff.
- Grundrechtsverzicht 362 f.
- Handlungsutilitarismus s. Utilitarismus
- Hedonismus
 - ethischer 24 f.
 - psychologischer 24
- Hedonistischer Kalkül 26
- Hobbes-Theorem 86
- Homo juridicus 324
- Homo oeconomicus s. ökonomisches Verhaltensmodell
- Interpersonelle Nutzenvergleiche
 - und Behaviorismus s. Behaviorismus
 - und Grundgüter s. Grundgüter
 - und Introspektion s. Introspektion
 - und Kaldor/Hicks-Kriterium 51, 191 f., 206
 - und Kosten/Nutzen-Analysen 52, 192, 204 ff.
 - und neue Wohlfahrtsökonomik 42 ff., 189 f.
 - und utilitaristische Ethik 26 f., 191
- Interventionskosten 106 ff., 160
 - direkte 109
 - indirekte 109 f.
- Introspektion 196 ff., 257 f.
 - Ähnlichkeitspostulat 198 ff.
 - einführende Empathie 197, 200
 - Informationsdefizit 200 f.
- Kaldor/Hicks-Kriterium 51 ff.
 - Bedeutung für die ökonomische Analyse des Rechts 52 f., 172, 267 f.
 - Definition 51
 - konsentstheoretische Rechtfertigung s. konsentstheoretische Ansätze
 - Kosten/Nutzen-Analysen s. Kosten/Nutzen-Analysen
 - logische Widersprüche 53 f.
 - Messungs- und Wertungsprobleme 54, 116 ff., 134 ff.
 - pragmatische Rechtfertigung s. Pragmatismus
 - und »Hintergrundrechte« 138 ff.
 - und interpersonelle Nutzenvergleiche s. interpersonelle Nutzenvergleiche
 - und kardinale Nutzenmessung 51
 - und Utilitarismus 177 ff.
- Kapitalismus
 - und politische Freiheit 269 ff.
- Kardinale Nutzenmessung s. Nutzenmessung
- Kognitive Dissonanz 341 f.
- Kollektive Güter 411 ff., 463
- Kompensation 62 f., 155 ff.
 - ex ante 236 ff.
 - ex post s. Generalkompensation
- Generalkompensation s. Generalkompensation
 - und Allokationseffizienz 158
 - und Effizienzverluste 156 f.
 - und Produktionseffizienz 158 f.
- Konsentstheoretische Ansätze 234 ff., 478 ff.
 - Ableitung des Prinzips der Nutzenmaximierung 255 ff.
 - artifizielle Unwissenheit 251 ff.
 - natürliche Unwissenheit 239 ff.
 - Partialbetrachtung 239 ff.
 - Talent pooling 253 ff.
 - Totalbetrachtung 243 ff.
 - und Risikoneigung 248 ff., 259 ff.

- Konsumentenrente 297
- Kooperation 82 ff.
 - und Evolution 87
 - und iterative Spiele 88
 - und Langzeitverträge 88
 - und Mediation 90
 - und Risikoaversion 90
 - und Tausch 89
 - und Transaktionskosten 89 f.
 - und Verhaltensnormen 89
- Kosten
 - Grenzkosten s. Grenzkosten
 - Interventionskosten s. Interventionskosten
 - Kostentragungspflicht und ökonomische Analyse s. Rechtsprechung
 - Produktionskosten s. Produktionskosten
 - psychische s. psychische Kosten
 - Transaktionskosten s. Transaktionskosten
- Kosten/Nutzen-Analysen 51 f.
 - Gewichtungssysteme 180 f.
 - Messungs- und Wertungsprobleme 54, 116 ff.
 - und interpersonelle Nutzenvergleiche s. interpersonelle Nutzenvergleiche
 - und kardinale Nutzenmessung 52
- Legitimation s. demokratische Legitimation
- Liberales Paradox 222, 335 ff.
- Markt
 - für Rechtspositionen 63 f.
 - Simulierung des Marktmechanismus 65 f., 96, 112 ff., 267
- Mediation 90
- Meritorische Güter 348 f.
- Mietmarkt 297 ff.
- Mietrecht 296 ff.
- Minimalstaat 268 f.
- Monopol
 - bilaterales 84
- Moralische Positionen (*moralisms*) 145 ff.
- Nachfragepreis s. Zahlungsbereitschaft
- Nachtwächterstaat s. Minimalstaat
- Naturalistischer Fehlschluß 229 ff., 327
- Neue Institutionenökonomik 5
- Normative Ökonomik s. Ökonomik
- Nützlichkeitsprinzip 23 ff.
 - als ethischer Maßstab 24 ff.
 - als individuelle Verhaltensmaxime 23 f.
 - als kollektive Entscheidungsregel 27 f.
 - Rechtfertigung 226 ff., 255 ff.
- Nutzenbegriff
 - ökonomischer 181 ff., 261 f.
 - utilitaristischer 174 f., 181 ff., 261 f.
- Nutzenmessung
 - kardinale 26 f., 43 ff., 51 f., 191 f.
 - ordinale 30, 44 f., 47 f.
- Ökonomik
 - normative 21
 - positive 21
- Ökonomische Analyse des Rechts 4 ff., 17 ff.
 - als Gesetzgebungstheorie 395, 414 ff.
 - als normative Theorie 21 f.
 - als positive Theorie 21 f.
 - als rechtspolitische Theorie 9 f., 58, 72 f., 417 f., 489 f.
 - als teleologische Theorie 169
 - als Theorie der Rechtsprechung 8 f., 70 f., 400 ff., 414 ff., 450 ff.
 - Ausschließlichkeitsanspruch 8, 68 ff., 169 f., 418 f.
 - empirische Ausrichtung 6
 - entscheidungstheoretischer Ansatz 77
 - instrumentelle Rolle des Rechts 63 ff.
 - Internationalisierung der Methodendiskussion 6
 - Intervention in das Marktgeschehen 67 f., 95 f., 267 f.
 - konsenstheoretische Begründung s. konsenstheoretische Ansätze
 - Kontroverse um die 7 ff.
 - konzeptionelle Grundlagen 21 ff.
 - Markt für Rechtspositionen 63 f.
 - Minimierung von Transaktionskosten 64, 112 f.
 - philosophische Grundlagen 173 ff.
 - Prämissenkritik 323 ff.
 - rechtspolitisches Programm 58 ff.

- Simulierung des Marktmechanismus 65 f., 96, 112 ff., 267
- Stellung im deutschen Rechtssystem 9 ff., 13 f., 393 ff., 490
- und Grundgesetz 443 ff.
- und Grundrechte s. Grundrechte
- und Pragmatismus 264 ff.
- und Rechtspraxis in den USA 19, 405
- und Rechtspraxis in Deutschland 19, 425 f., 467 ff.
- und Utilitarismus 177 ff.
- wohlfahrtsökonomische Ausrichtung 5, 41
- Ökonomische Theorie der Politik (*Public Choice*) 5, 31, 34
- Ökonomische Verfassungstheorie (*Constitutional Economics*) 5, 41
- Ökonomisches Verhaltensmodell 4, 28 ff.
 - als universelles Verhaltensmodell 30 ff.
 - eingeschränkt rationales Verhalten 38 f.
 - in der Mikroökonomik 29 f.
 - Präferenzstabilität 32 f., 339 ff., 372 f.
 - und Altruismus 31 ff., 148, 229
 - und ökonomische Theoriebildung 40 f.
 - und Rechtsnormen 34 ff., 341 f.
 - wissenschaftstheoretischer Status 36 ff.
- Offene Wertbegriffe 403, 417
- Ordinale Nutzenmessung s. Nutzenmessung
- Pareto-Kriterium 48 ff.
 - Definition 48
 - und Marktmechanismus 48 f.
 - und Wirtschafts- und Rechtspolitik 49 f., 267 f.
- Paternalismus 358 ff., 484
 - Autonomie durch 374 ff.
 - Begriff 359 f.
 - Effizienz durch 367 ff.
 - Gefahren 365 f.
 - kollektiver Selbstpaternalismus 375 ff.
 - Legitimität von 374 ff.
 - Liberalisierung endogener Präferenzen 379 ff.
 - rechtlicher 360 ff.
 - und Personalität 385 ff.
 - Unverfügbarkeit bestimmter Rechtsgüter 363 ff., 385 ff., 483 f.
 - verfassungsrechtlicher 361 ff.
 - Verhinderung irreversibler Freiheitsverluste 383 ff.
 - Wertepaternalismus 361
- Personalität 385 ff.
- Politik
 - als diskursive Wertfindung 370 ff.
 - Präferenzbeeinflussung durch 343 f., 370 ff.
 - und Welfarismus 370
- Positive Ökonomik s. Ökonomik
- Präferenzautonomie
 - Beeinflussung von Präferenzen s. Präferenzen
 - Begriff 326 ff.
 - Begründung 328 ff.
 - Effizienz durch 333 f.
 - Freiheitsgefährdung durch externe Präferenzen 335 ff.
 - normative Bedeutung 326 ff.
 - Persönlichkeitsentfaltung durch 329 ff.
 - positive Bedeutung 326 f.
 - und Ökonomik 47 f., 222 f., 323 f., 326 ff., 348 f.
 - und Paternalismus s. Paternalismus
 - und Utilitarismus 47 f., 209, 222 f., 346 ff.
 - und Wertsetzungen des Rechts 324 f., 352 ff., 360 ff.
 - Zirkularität 338 ff.
- Präferenzen
 - adaptierte 341 ff., 380 ff.
 - Beeinflussung von 339 ff., 349, 370 ff.
 - Entstehung von 338 f.
 - externe 221 ff., 335 ff., 355 f.
 - Langzeitpräferenzen 367 f.
 - offenbarte 367
 - persönliche 221 ff.
 - Wandel von 339 ff., 349, 370 ff.
- Präferenzstabilität s. ökonomisches Verhaltensmodell
- Pragmatismus 264 ff.
 - als Erkenntnistheorie 265 f.
 - Rechtfertigung des Kaldor/Hicks-Kriteriums 264 ff.

- Prinzip des unzureichenden Grundes 257
- Prinzipien 461 ff.
- als Optimierungsgebote 462 f.
 - Effizienz als Rechtsprinzip des Hausrechts 465
 - Effizienz als Rechtsprinzip des Zivilrechts 465 ff.
 - Effizienz als verfassungsrechtliches Rechtsprinzip 464 f.
 - globale 464
 - lokale 464
 - Unterschied zu Regeln 462
- Privatautonomie 332
- Produktionseffizienz 158 f.
- Produktionskosten 99 ff.
- und second sourcing 102
 - und Werbung 101
- Produzentenrente 297
- Prozeßbeschleunigung s. Rechtsprechung
- Psychische Kosten 145 ff., 368 f.
- Bewertung 147
- Recht
- als Konditionalprogramm 398
 - als Steuerungsinstrument 2, 37, 401 f., 490
- Rechtsanwendungsgleichheit 423 f.
- Rechtsfortbildung
- und ökonomische Analyse 459 ff.
 - verfassungsrechtliche Grenzen 459 ff., 479
- Rechtsnormen
- als Handlungsrestriktionen 34 ff., 341 f.
 - Einkommenseffekte aufgrund von 140 ff.
 - Präferenzbeeinflussung durch 342 f.
- Rechtsprechung
- Abstimmung unterschiedlicher Regeln 432 ff.
 - ausgerichtet am Ziel der Einzelfallentscheidung 420 f.
 - demokratische Legitimation der Richter s. demokratische Legitimation
 - Effizienz als Politik des Gesetzes 452 ff.
 - Effizienz als zulässige Gesetzeskonkretisierung 454 ff.
 - Effizienz und Rechtsfortbildung 459 ff.
 - Effizienz und Rechtspraxis 19, 425 f., 467 ff.
 - Effizienz und richterliche Motivation 472 ff.
 - Flexibilität 434 ff.
 - Kostentragungspflicht und ökonomische Analyse 431 f.
 - Legitimation zur Verfolgung des ökonomischen Effizienzziels 414 ff., 476 ff.
 - ökonomischer Sachverstand der deutschen Richter 427 f.
 - ökonomischer Sachverstand der US-amerikanischen Richter 427
 - Prozeßbeschleunigung und ökonomische Analyse 429, 432
 - und Gleichbehandlung 423 ff.
 - und Grundrechte im Privatrecht 481 ff.
 - und ökonomische Analyse in den USA 404 ff.
 - und ökonomische Analyse in Deutschland 8 f., 70 f., 400 ff., 414 ff., 450 ff.
 - Verhandlungsmaxime und ökonomische Analyse 429 ff.
- Rechtsprechungsänderung 424 f.
- Rechtsrealismus 265 f., 406 ff.
- instrumentelles Rechtsverständnis 407 ff.
 - Regelskeptizismus 407 f.
 - und Pragmatismus 265 f.
- Rechtswissenschaft
- als Gesetzgebungstheorie 2 f., 10, 490
 - als Realwissenschaft 489
 - als »Rechtsprechungswissenschaft« 1 f., 490
- Regelutilitarismus s. Utilitarismus
- Reichtumsmaximierungsprinzip 54
- Rent seeking 160
- Republikanismus 371 f.
- Richter s. Rechtsprechung
- Richterrecht 476 ff.

- Schleier des Nichtwissens 252
- Schuldrecht
 - als Umverteilungsinstrument s. Umverteilung durch Zivilrecht
- Scitovsky-Paradox 53
- Second sourcing 102
- Selbstbindung 375 ff.
 - individuelle 376
 - kollektive 376 ff.
- Sorgfaltsvorkehrungen s. Fahrlässigkeit
- Sozialstaatsprinzip 449
- Sozialvertrag s. konsenstheoretische Ansätze
- Steuern
 - Effizienzverluste durch 287 ff., 292
 - Einkommenssteuer 288
 - Grundsteuer 288 f.
 - Kopfsteuer 288 f.
 - Verbrauchssteuern 288
 - Verwaltungsaufwand durch 287, 292 f.
- Strafrecht 353 f., 365, 448
- Talent pooling 253 ff., 278 ff.
- Theorem des Zweitbesten 162 ff., 433
- Transaktionskosten 61 f., 64, 89 f., 91 ff.
 - Begriff 97 ff.
 - Erfassung 103 ff.
 - kostenminimierende Regelungsstruktur 94 ff.
 - Messung 103 ff.
 - Minimierung von 64, 112 f.
 - Prognose von 105 f.
 - und Existenz von Unternehmen 94 f.
 - und Interventionskosten 106 ff.
 - und Produktionskosten 99 ff.
 - und second sourcing 102
 - und staatliche Rechtspolitik 95 f.
 - und vollkommener Wettbewerb 93
 - und Werbung 101
- Umverteilung
 - durch Steuer- und Sozialrecht s. Umverteilung durch Steuer- und Sozialrecht
 - durch Zivilrecht s. Umverteilung durch Zivilrecht
 - Legitimität 274 f., 277 ff.
 - talent pooling 278 ff.
 - und Chancengleichheit s. Chancengleichheit
 - und Effizienzparadigma 277 f.
 - und Generalkompensation s. Generalkompensation
 - und Wohlfahrtssteigerung 43 f., 276 f.
- Umverteilung durch Steuer- und Sozialrecht 275 f., 283 ff.
 - Kosten der Umverteilung 275, 284, 287 ff., 291 ff., 314
 - Präzision 295
- Umverteilung durch Zivilrecht 275 f., 283 ff.
 - außervertragliche Schuldverhältnisse 306 ff.
 - Erbrecht 311 ff.
 - Familienrecht 311 f.
 - Kosten der Umverteilung 275, 284, 289 ff., 314
 - Präzision 275, 285, 294, 303 ff., 307 ff., 314 f.
 - Überwälzungseffekte 275 f., 285, 294, 298 ff., 306 ff., 314
 - und Effizienz rechtlicher Regeln 289 f., 309 f.
 - vertragliche Schuldverhältnisse 295 ff.
 - Verzerrung von Allokationsentscheidungen 290 ff.
- Umwelthaftungsgesetz 453 f.
- Unverfügbarkeit bestimmter Rechtsgüter s. Paternalismus
- Utilitarismus 22 ff., 174 ff.
 - Aggregationsprinzip 209
 - als teleologische Theorie 218
 - Handlungsutilitarismus 175
 - interpersonelle Nutzenvergleiche s. interpersonelle Nutzenvergleiche
 - Kritik des 187 ff.
 - Nützlichkeitsprinzip s. Nützlichkeitsprinzip
 - Nutzenbegriff s. Nutzenbegriff
 - Präferenzautonomie s. Präferenzautonomie
 - prozeduraler Nutzen 218 ff.
 - Regelutilitarismus 175 ff., 213 f.
 - und externe Präferenzen s. Präferenzen
 - und Grundrechte s. Grundrechte

- Verbesserung versus Maximierung 184 ff.
- Verbraucherschutz 285, 473 f.
- Verfassung s. Grundgesetz
- Verfassungsimmanente Schranken 446
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 447 f., 468
- Verhandlungsmaxime s. Rechtsprechung
- Verhandlungsproblem s. Kooperation
- Verteilungsgerechtigkeit 171, 273 ff., 421 f.
- Chancengleichheit s. Chancengleichheit
- Umverteilung s. Umverteilung
- und Generalkompensation s. Generalkompensation
- Vertragsfreiheit 332 ff., 363 ff., 483 f.
- Vollständiger Vertrag 402, 456 ff.
- Welfarismus 25, 47, 327, 370
- Werbung 101
- Wertepaternalismus s. Paternalismus
- Wertordnung 361 ff., 443 f.
- Wertungen
 - im Recht 468 ff.
 - und ökonomischer Wert 468 ff.
- Wesentlichkeitstheorie 418
- Wirtschaftlichkeit 55 f.
- Wohlfahrtsökonomik 4, 42 ff.
 - »Alte« Wohlfahrtsökonomik 42 f.
 - Effizienzkriterien s. Effizienz
 - erstes Theorem der 49
 - »Neue« Wohlfahrtsökonomik 43 ff.
 - zweites Theorem der 49
- Zahlungsbereitschaft 117 ff., 125 ff., 137 ff.
- Zivilrecht
 - als Umverteilungsinstrument s. Umverteilung durch Zivilrecht
 - ökonomische Analyse und Gesetzesauslegung im 451 ff.
 - ökonomische Analyse und Rechtsfortbildung im 459 ff.