Ohne die normative Kraft der Friedensklausel wären die Gesamtarbeitsvertragsparteien darauf verwiesen, durch die statutarischen und gesetzlichen Mittel des Verbandsrechts (Ermahnung, Belehrung, disziplinarische Massnahmen bis hin zum Ausschluss des Mitglieds aus dem Verband) auf ihre fehlbaren Mitglieder einzuwirken (Art. 357a OR).

Allenfalls hätten sie, aber nur wenn dies ausdrücklich so vereinbart wäre, als Vertragsgemeinschaft den Anspruch auf gemeinsame Durchführung und Einhaltung der gesamtarbeitsvertraglichen Friedenspflicht gegenüber den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern (Art. 357b OR).

Eine die einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unmittelbar verpflichtende gesamtarbeitsvertragliche Friedensklausel hat also durchaus *praktische rechtliche Vorteile.*

Es sind aber wohl nicht primär diese rechtlichen Vorteile, die mit individuellen gesamtarbeitsvertraglichen Friedensklauseln angestrebt werden. Hinter diesen Friedensklauseln steht vielmehr einfach und vor allem das *politische Bestreben der Gesamtarbeitsvertragsparteien,* während der Dauer eines Gesamtarbeitsvertrages den Arbeitsfrieden zu wahren. Das soll den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern eindringlich bewusst gemacht werden; sie sollen den Arbeitskampf als Mittel einer Konfliktsbewältigung gar nicht erst in Erwägung ziehen. In der Praxis entfalten die Friedensklauseln also vor allem eine *präventive* Wirkung. Der Gesamtarbeitsvertrag ist immer auch ein *Friedensabkommen,* und nicht zuletzt dank diesen Friedensklauseln kann der Gesamtarbeitsvertrag seine Friedens- und Ordnungsfunktion im Gebiet der Arbeit wahrnehmen. Diese Friedensklauseln erweisen sich damit als ureigene gesamtarbeitsvertragliche Elemente, welche, wie die Geschichte der schweizerischen Sozialpartnerbeziehungen belegt, sich bewähren.

den können. Anders als das allgemeine Vertragsrecht hat der Gesamtarbeitsvertrag, um die dargelegte umfassende Wirkung der Friedensverpflichtung zu erzeugen, das spezielle Instrument der *Norm* zur Verfügung. Die allgemeine vertragsrechtliche Vorschrift von Art. 11 OR betreffend Verträge zu Lasten Dritter kann insofern hier kaum in Betracht gezogen werden.

Wirtschaft und Recht, Jg. 34, Heft 4 1982

Ökonomische Analyse des Rechts – eine skeptische Betrachtung*

Von Dr. *Beat Hotz,* Zürich

Die täglich zu beobachtende Abgabe von Schadstoffen in die Luft und die Gewässer oder die Zersiedlung der Landschaft sind Beispiele, die unsere Aufmerksamkeit auf die rechtlichen Rahmenbedingungen der Produktion lenken. Würde z. B. die Schadstoffabgabe für den Emittenten teuer zu stehen kommen oder wären die Bodenmärkte z. B. nach Nutzungsarten getrennt, so könnten diese negativen Effekte möglicherweise vermieden werden. Es lohnt sich also, die Folgen rechtlich fixierter Institutionen und Verfahren sowie ihrer Veränderungen auf die Funktionsweise von Wirtschaft und Gesellschaft systematisch zu analysieren. Dies strebt die «Ökonomische Analyse des Rechts» (ÖAR) an. Nach Auffassung der Public-choice-Schule besteht die Herausforderung unserer Epoche denn auch nicht so sehr in Problemen der ökonomischen Prozesse als vielmehr in institutionellen und politischen Konflikten.

Anfänge der ÖAR finden sich bei *Calabresi* (1961), der bei der Beurteilung von Haftungsregeln die Pigousche Wohlfahrtsökonomie anzuwenden versuchte, oder bei *Coase* (1960), der den Nachweis erbrachte, dass bei der ÖAR nicht von der impliziten Grundannahme der Pigouschen Wohlfahrtsökonomie ausgegangen werden kann. *Coase* entwickelte einen analytischen Rahmen für die Untersuchung der Übertragung von Eigentumsrechten und Verbindlichkeiten. Damit erschloss er ein breites Feld der Rechtslehre für eine ökonomische Analyse, die *Demsetz, Cheung* u. a. aufgenommen und weiterentwickelt haben[1]. Einen wesentlichen Beitrag hat *Becker* geliefert, indem er in originellen Untersuchungen das ökonomische Instrumentarium zur Analyse von Kriminalität, Rassendiskri-

* Dieser Aufsatz wurde durch ein Stipendium des Schweizerischen Nationalfonds ermöglicht. Ich danke *Henner Kleinewefers,* Universität Fribourg, sowie *Hermann Ribhegge* und *Victor Vanberg,* Universität Münster/Westfalen, für kritische Kommentare.

[1] Siehe dazu *Cheung,* Private Property Rights and Share-cropping, Journal of Political Economics, Vol. 76, 1968, S. 1107 ff.; *Cheung,* The Structure of a Contract and the Theory of a Nonexclusive Resource, Journal of Law and Economics, Vol. 13, 1970, S. 49 ff.; *Demsetz,* The Exchange and Enforcement of Property Rights, Journal of Law and Economics, Vol. 7, 1964, S. 11 ff.; *Demsetz,* Toward a Theory of Property Rights, American Economic Review, P&P, Vol. 57, 1967, S. 347 ff.; *Demsetz,* Why Regulate Utilities?, Journal of Law and Economics, Vol. 11, 1968, S. 55 ff.; *Demsetz,* When does the Rule of Liability Matter?, Journal of Legal Studies, Vol. 1, 1972, S. 13 ff.

minierung, Familie und Haushalt u. a. m. benutzte[2]. Seit dem ersten Artikel von *Coase* (1960) wurde unter dem Stichwort «new law and economics» eine grosse Anzahl von Arbeiten zu praktisch jedem wichtigen Gebiet der Rechtslehre veröffentlicht (für eine allgemeine Darstellung siehe *Tullock* [1971] oder *Hirsch* [1979]). Als Standardwerk hat sich dabei *Posners* Buch «Economic Analysis of Law» durchgesetzt[3]. Im Gefolge dieser Entwicklung ist in den USA neben der rein fachwissenschaftlichen auch eine heftige Diskussion über die Konsequenzen für das Curriculum der Rechtsstudenten entstanden. Die ÖAR hat im Lehrprogramm der meisten grossen US-Universitäten in irgendeiner Form Eingang gefunden[4].

Programm und Vorgehensweise der ÖAR bestehen darin, dass das ökonomische Kalkül, die ökonomische Heuristik auf das gesamte Spektrum des Rechtssystems, auf Vertrag und Eigentum, Theorie und Praxis der Strafe, auf Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozess, Theorie der Gesetzgebung sowie auf den Rechtsvollzug und den Justizapparat angewendet werden soll. Währenddem die «old law and economics» sich auf dasjenige Recht konzentrierte, das sich explizit mit ökonomischen Beziehungen beschäftigte (hauptsächlich auf das Wettbewerbsrecht, aber z. B. nicht auf das Vertragsrecht), kennt der neuere Ansatz keine Anwendungsschranken (*Posner* 1975, S. 759).

Ausgangs- und Brennpunkt der Analyse ist die allgemeine Theorie des Warentausches. Das Recht wird unter dem Aspekt der (ökonomisch) effizienten Allokation von Ressourcen untersucht. Wenn sämtliche Allokationsentscheidungen in einem System mit freien und vertraglich geregelten Tauschbeziehungen

[2] *Becker,* The Economics of Discrimination 1971 (2d ed.); *Becker,* Crime and Punishment: An Economic Approach, Journal of Political Economy, Vol. 76, 1968, S. 169 ff.; *Becker,* The Economic Approach to Human Behaviour, 1976. In seinem Gefolge haben *Ehrlich* über den Abschreckungseffekt von Strafen, *Landes* über kriminelle Handlungsweisen und *Komesar* über die Messung von Schäden durch Rechtsverstösse publiziert. *Ehrlich,* The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death, American Economic Review, Vol. LXV, 1975, S. 397 ff. The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement, Journal of Legal Studies, Vol. 1, 1972, S. 1 ff.; *Landes,* Legality and Reality: Some Evidence on Criminal Procedure, Journal of Legal Studies, Vol. 1974, S. 287 ff.; *Komesar,* Towards a General Theory of Personal Injury Loss, Journal of Legal Studies, Vol. 3, 1974, S. 457 ff.

[3] *Posner,* Economic Analysis of Law, 1972 (zweite, revidierte Auflage 1977). Für einige kritische Besprechungen dieser Arbeit siehe *Buchanan,* Good Economics – Bad Law, Virginia Law Review, Vol. 60, 1974, S. 483 ff.; *Leff,* Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism, Virginia Law Review, Vol. 60, 1974, S. 451 ff.; *Minda,* The Lawyer-Economist at Chicago: *Richard A. Posner* and the Economic Analysis of Law, Ohio State Law Journal, Vol. 39, 1978, S. 439 ff.; *Williams,* Book Review, University of Colorado Law Review, Vol. 45, 1974, S. 437 ff.; *Polinsky,* Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law, Harvard Law Review, Vol. 87, 1974, S. 1655 ff. – In einem Materialienband mit eigenen einleitenden und kritisch kommentierenden Beiträgen haben die drei Juristen *Assmann, Kirchner* und *Schanze* diesen Ansatz einem breiten deutschsprachigen Publikum zugänglich gemacht (*Assmann* et al., 1978).

[4] Siehe dazu z. B. das experimentelle «Curriculum» der Stanford Law School, wo eine Vorlesung über ÖAR durch ein Mitglied der ökonomischen Fakultät eingebaut ist.

der Wirtschaftssubjekte getroffen werden, ergibt sich der bestmögliche Zustand einer Gesellschaft (*Posner* 1977, S. 10; *Lepage* 1979, S. 21 f.). Dementsprechend werden einzelne rechtliche Regelungen daraufhin untersucht, ob sie Abweichungen von einer solchen Idealsituation bewirken. Die ÖAR «kann die Auswirkungen rechtlicher Normen und Regelungen auf Wert und Effizienz (beide in ihrem strikt technischen Sinn) und auf die bestehende Verteilung von Einkommen und Vermögen vorhersagen» (*Posner* 1972, a. a. O., S. 100). Damit vertritt *Posner* ein Konzept, wonach Recht als ein rationales und universales System von wissenschaftlich entdeckbaren Prinzipien oder Doktrinen gesehen wird. Er glaubt, dass es möglich ist, «die grundsätzlichen formalen Eigenheiten des Rechts aus der ökonomischen Theorie abzuleiten» (*Posner* 1977, S. 189). Dieses Rechtsverständnis wude von Kritikern als «New Conceptionalism» (*Gilmore* 1977) sowie als «American Legal Nominalism» (*Leff* 1974) bezeichnet[5].

Im folgenden werden (I) die Grundelemente der ÖAR dargestellt und Hinweise auf einige Resultate gegeben. Ihre (II) Kritik und Relativierung erfolgt innerhalb des neoklassischen Ansatzes, beschäftigt sich aber auch mit den ökonomischen und handlungstheoretischen Grundlagen. Den Schluss bildet (III) die Einordnung der ÖAR in die sozialwissenschaftlichen Ansätze zur Analyse des Rechts.

I. Der ökonomische Ansatz zu einer «positiven Theorie des Rechts»

Die «neoliberale» amerikanische Schule versteht und verwendet die neoklassische Mikroökonomie sehr weit, nämlich als allgemeine Theorie der menschlichen Entscheidungen und Verhaltensweisen in einem System gesellschaftlicher Interaktionen. Damit ist Mikroökonomie ein wissenschaftliches Instrument, das zur Analyse der verschiedensten Gebiete (auch von Nicht-Markt-Phänomenen) eingesetzt werden kann. Im folgenden soll dieser Denkansatz auf Probleme des Rechts angewendet werden.

Obwohl in diesem Aufsatz vor allem Beispiele aus dem Wirtschaftsrecht beigezogen werden, versteht sich der Anspruch der ÖAR viel umfassender. Deshalb soll der Erläuterung der wichtigsten verwendeten analytischen Instrumente das Beispiel der ökonomischen Analyse der Kriminalität vorangestellt werden

[5] *Posner* distanziert sich damit von einer längeren Entwicklung zu einem Verständnis des Rechts, das *Packer* und *Ehrlich* so beschrieben haben: «Law is now recognized by most teachers of law to be a multidimensional phenomenon – historical, philosophic, psychological, social, political, economic and religious» (*Packer/Ehrlich* 1972, S. 56). In ihren Augen ist Recht (Law) nicht ein «naturwissenschaftliches System», das es zu entdecken gilt; Recht wird vielmehr als ein Prozess des Umgangs mit und des Ausgleichs einer Vielzahl von konfligierenden Interessen innerhalb der Gesellschaft gesehen (siehe dazu auch *Rosenberg* 1969–70, *Conrad* 1971).

(*Ehrlich* 1972, *Tullock* 1974). Dort wird von einem Markt für Verbrechen ausgegangen. Die Straftäter werden als Anbieter interpretiert. Die Höhe des Angebotes bestimmt sich aus der jeweiligen Differenz der aus der Straftat erwarteten Erträge und den damit verbundenen Kosten, nämlich der Wahrscheinlichkeit, erwischt zu werden, der Höhe der Strafe und der alternativen Verwendung der für Delikt und mögliche Strafen eingesetzten Zeit. Nachfrager sind die Opfer sowie der Staat. Sie betreiben Selbstschutzmassnahmen, Gerichte, Polizei usw. und beeinflussen damit die Kosten-Ertrags-Lage der potentiellen Straftäter. Kriminell wird (nach der ÖAR) jemand dann, wenn «die Rendite (bestimmter Wahlhandlungen) im Vergleich zum Handeln im legalen Raum für bestimmte Personen und Situationen höher ist» (*Frey/Opp* 1979, S. 283). Die Individuen halten eine illegale Tätigkeit für vorteilhafter als eine legale. Wird die Strafe für ein bestimmtes Delikt verschärft oder der Sicherheitsapparat verbessert, so steigen die Kosten, und es werden weniger Delikte dieser Art begangen. Dafür könnten andere Gesetzesübertretungen, die durch diese Änderung nun verhältnismässig attraktiver geworden sind, vermehrt auftreten. Regional (z. B. auf einen Kanton oder ein Land) beschränkte Strafverschärfungen würden gemäss dieser Theorie u. U. zu Verlagerungen der Delikte in andere Regionen führen.

Wie lassen sich die hier verwendeten analytischen Instrumente verallgemeinern? Im Zentrum steht eine *Handlungs- und Entscheidungssituation.* Dabei ist deutlich zwischen dem Individuum und seinen Präferenzen einerseits und den Einschränkungen seines Handlungsspielraumes anderseits zu unterscheiden. Zu diesen Einschränkungen gehören Sachverhalte wie Einkommen, Preise, aber auch das Recht. Erklärung und Prognose erfolgen also aus den Rahmenbedingungen heraus. Recht wird als bestimmte Anreizstruktur verstanden. Es steht als Datum oder als Einschränkung möglicher Handlungen und dient als Signal für die Bestimmung der Allokation der Produktionsfaktoren.

In diesem Rahmen und damit als Empfänger dieser Signale bewegen sich die einzelnen *Individuen. Posner* geht, wie die gesamte neoliberale amerikanische Schule, von der Annahme aus, dass sich die Menschen eigeninteressiert, nutzenmaximierend entscheiden und auf Änderungen in ihrer Umwelt mit dementsprechenden Änderungen in ihren Dispositionen reagieren. In der neueren Literatur wird dieser Homo oeconomicus in einer allgemeinen Theorie des menschlichen Verhaltens als Resourceful, Evaluating, Maximizing Man (REMM) bezeichnet (vgl. *Meckling* 1976, S. 549). Rationalität wird als Grundsatz des grösstmöglichen Vorteils definiert, die Motivation als die Maximierung von Nutzen oder Gewinnen (vgl. *Schanz* 1979, S. 259 f.). Das einzelne Individuum wird als einfalls-, aber auch listenreicher und damit als aktiver Suchorganismus beschrieben. Für Analysen und Prognosen sei es zweckmässig, vom analytischen Konstrukt auszugehen, «als ob» die einzelnen Menschen auf Umweltanreize ihre

Dispositionen systematisch durch Gegenüberstellung der zu erwartenden Nutzen und Kosten treffen. Die individuelle Reaktionsweise und damit auch deren Abbildung im Homo oeconomicus könne im gesellschaftlichen Durchschnitt als konstant betrachtet werden.

Bei der Analyse von Entscheidungen einzelner Individuen ist immer von ihren jeweils *alternativen Handlungsmöglichkeiten* bei gegebenen Rahmenbedingungen auszugehen: opportunity cost principle. Eine Wirtschaftseinheit vergleicht und wählt diejenige Möglichkeit, für die ihr Nettonutzen am grössten ist. Im Gleichgewicht sind die Kosten, die das Handlungssubjekt mit dem anfallenden Nutzen vergleicht, identisch mit dem Nutzen, der mit den gleichen Kosten in der nächstbesten Verwendung erzielt werden könnte. Die Marktkräfte bewirken, dass die Opportunitätskosten gleichermassen zu Höchst- wie auch zu Mindestpreisen werden. In der Neoklassik werden die ökonomischen Grundfragen nach dem Was, Wie, Wo usw. der Produktion als Wahlhandlungs- und Entscheidungsprobleme unter gegebenen Rahmenbedingungen und nicht als Beschreibung oder Erklärung dessen, was ist, verstanden (vgl. *Streit* 1979, S. 6).

Der institutionelle Rahmen ist entscheidend für die Kosten- und Ertragsstruktur und damit für die Beurteilung einzelner Handlungsalternativen. Gesetzesänderungen, Veränderungen in der sozialen Situation führen zu Veränderungen der Konsequenzen einer bestimmten Handlungsalternative, also zu Veränderungen der Opportunitätskosten. Die betreffenden Individuen entscheiden sich deshalb u. U. für eine andere Handlungsalternative. *Posner* sieht dementsprechend in der Rechtssetzung ein Instrument der Steuerung der Dispositionen der Wirtschaftseinheiten.

Wird die Argumentation zur Analyse des Rechts über die Bedeutung des institutionellen Rahmens geführt, so kommt der jeweiligen Eigentumsregelung eine zentrale Bedeutung zu. Die ÖAR hängt denn auch eng mit der Theorie der Eigentumsrechte zusammen. Der Begriff *property rights* wird dabei viel weiter gefasst, als dies beim deutschen «Eigentumsrecht» der Fall ist. Zu den Property rights gehören «sämtliche Gesetze, Regeln, Bräuche, Regelungen, durch welche die Rechte jedes einzelnen hinsichtlich der Aneignung, der Verwendung und des Transfers der erzeugten Güter determiniert werden» (*Lepage* 1979, S. 93). Sie definieren also Schranken und Möglichkeiten, ein *Gratifikations- und Sanktionsgefüge für die Dispositionen der Wirtschaftssubjekte und beeinflussen so ihr Verhalten (Furubotn/Pejovich* 1972, S. 113). Bei der Transaktion von Gütern werden zugleich auch Property rights übertragen. Die real existierende Ordnung der Property rights ist für ein effizientes Wirtschaften von grösster Bedeutung. Über die Ausschlussfunktion von Eigentumsrechten gelingt es nach Auffassung der ÖAR, Nutzen optimal zu verteilen.

Das System der Institutionen und Eigentumsrechte lenkt die Motivationen

der Individuen, ihre Entscheidungen über den Einsatz von Kapital und Energien. Wie können nun aber unterschiedliche Rechtslagen analytisch erfasst und miteinander verglichen werden? Dazu wurden die *Transaktionskosten* als weiteres analytisches Instrument eingeführt. Darunter sind diejenigen Kosten zu verstehen, die für das blosse Zustandekommen eines Tausches anfallen, z. B. bei der Informationsbeschaffung und -verarbeitung (Informationskosten), dem Entwurf von Entscheidungsalternativen oder der Durchführung und Kontrolle der abgeschlossenen Verträge. Transaktionskosten sind im Hinblick auf die Durchführung von Markttransaktionen definiert, fallen für den einzelnen Wirtschaftsteilnehmer zusätzlich zum Preis der Ware resp. den Produktionskosten an und sind u. U. von grösserer Bedeutung als der Preis selbst. Sie sind damit natürlich auch von einiger Bedeutung für Art und Umfang von Allokation und Transaktion der Güter. Transaktionskosten werden deshalb verschiedentlich auch ganz allgemein als alle Arten von Kosten definiert, die das Funktionieren von Wettbewerbsmärkten behindern oder die das Erreichen einer Pareto-effizienten Allokation erschweren. Hier liegt denn auch eine Ursache des oft tautologischen Charakters der aus der Transaktionskostenanalyse abgeleiteten Empfehlungen (vgl. *Demsetz* 1968, *Calabresi* 1968, *Heymann* 1973, S. 797).

Nach dem Coase-Theorem (Coase 1960) spielen unterschiedliche Rechtslagen für Private (und damit die Rechtsstruktur) erst dann eine Rolle, wenn Transaktionskosten anfallen. Das Theorem besagt, dass sich bei fehlenden Transaktionskosten die effizientere Ressourcennutzung, also die optimale Faktorallokation, unabhängig von der Struktur der geltenden Eigentumsrechte durchsetzen wird. Der Inhaber der potentiell wertvolleren Nutzung wird die dazu nötigen Rechte von den andern aufkaufen.

Fallen nun Transaktionskosten an, so werden dies die Wirtschaftssubjekte beim Entscheid über die durchzuführenden Interaktionen berücksichtigen. Die Höhe der jeweiligen Transaktionskosten beeinflusst Struktur und Umfang der ökonomischen Interaktionen; es können wohlfahrtsmindernde Verzerrungen auftreten. Wie in der «Neuen Mikroökonomie» zu zeigen versucht wird, können durch den Einbezug von Transaktionskosten in die Überlegungen über Markt-Preis-Systeme Warteschlangen oder die Bildung von Halden als durchaus zu einem Gleichgewicht gehörig interpretiert werden. Es kommt der einzelnen Handlungseinheit u. U. billiger zu stehen, sich einer Warteschlange anzuschliessen, als nach Alternativen zu suchen. Die entscheidende Schwäche ist demnach der Mangel an genau definierten, ausschliesslichen und übertragbaren Eigentumsrechten, an Übereinstimmung von privaten und sozialen Kosten und damit die Existenz nicht richtig funktionierender Märkte. Teile von volkswirtschaftlichen Ressourcen werden für Informations- und andere mit Transaktionen zusammenhängende Aktivitäten ausgegeben (vgl. dazu *Phelps* et. al. 1970).

Die ÖAR versucht nun über das Konzept der Transaktionskosten die Wirkungen verschiedener rechtlich-institutioneller Dimensionen aufzuzeigen und Reformvorschläge abzuleiten. Dazu bedarf es eines expliziten Werturteils, das *Posner* in der Pareto-Effizienz gemäss der ökonomischen Heuristik findet. Effiziente Ressourcennutzung definiert er wie folgt: «Durch einen freiwilligen Austausch werden die Ressourcen in solche Nutzungen gelenkt, bei denen der Wert für die Verbraucher, gemessen an ihrer Zahlungsbereitschaft, am höchsten ist. Wenn Ressourcen dort verwandt werden, wo ihr Wert am höchsten ist, können wir sagen, dass sie effizient eingesetzt werden» (*Posner* 1972, a. a. O. S. 120).

Welche Schlüsse werden von der ÖAR daraus für die Rechtstheorie gezogen? *Posner* selbst formuliert einen klaren, normativen Anspruch dieser Analyse, nämlich «Wertkonflikte abzuklären und zu zeigen, wie gegebene gesellschaftliche Ziele mit den effizientesten Mitteln erreicht werden» (*Posner* 1972, a. a. O. S. 107). Es sollen also auch Postulate zur Rechtssetzung aufgestellt werden. Allerdings sind die meisten der vorliegenden Arbeiten als Anwendung des Analyseschemas und damit als positive Theorie angelegt. Die normative Komponente und damit Empfehlungen sind noch wenig entwickelt. Eine neuere Arbeit von *Posner* beschäftigt sich z. B. mit dem «Antitrust Law» (*Posner* 1976). Darin fasst er seine zahlreichen Arbeiten auf diesem Gebiete zusammen und bringt seine grosse Unzufriedenheit mit dem gegenwärtigen Zustand der Antitrust-Gesetzgebung in den USA zum Ausdruck. Nachdem er die Supreme-Court-Richter wegen ihrer «extraordinary unwillingness or inability . . . to apply economics or any other body of systematic thinking to antitrust problems» (S. 5) gescholten hat, empfiehlt er die Aufhebung aller Anti-Trust-Gesetze mit Ausnahme von Paragraph 1 des Sherman Act[6]. Die 1977 erschienene zweite Auflage der «Economic Analysis of Law» beschäftigt sich im wesentlichen mit «The Common Law», «Public Regulation of the Market», «The Law of Business Organisations and Financial Markets», «Law and the Distribution of Income and Wealth», «The Legal Process» und «The Constitution and the Federal System»[7]. 1979 schliesslich legten Kronman und Posner eine Zusammenstellung von Artikeln über die ökonomischen Auswirkungen des Vertragsrechts vor[8]. Einzelarbeiten innerhalb der ÖAR wurden erstellt zu Themen wie «Rechtsverstösse und

[6] *Posner* 1976, S. 7, 212, 216. Für eine Besprechung dieses Buches siehe *Scherer* (1976).

[7] In konsequenter Durchführung des Ansatzes wird dabei im Kapitel über die Familie ein erstaunlicher Vorschlag gemacht. *Posner* regt eine Legalisierung des Verkaufs von Babies an (S. 111–116). Wenn Eltern erlaubt würde, so argumentiert *Posner*, ihre Kinder gegen Profit zu verkaufen, würde der Markt für die beste Allokation der Kinder zu denjenigen Eltern sorgen, die «sich wahrscheinlich am besten um sie kümmern werden» (S. 114). Die Zahlungsbereitschaft wird als zuverlässiger Massstab für die Wertschätzung betrachtet.

[8] Für eine kritische Würdigung siehe *Rogers*, 1979–80, S. 1039 ff.

Rechtsmittel»[9], «Unternehmungsrecht»[10], «Banken und Investment Trusts»[11], «Gesetzgebungslehre»[12] u. a. m. (siehe z. B. *Minda* 1978, S. 443).

Die Hauptstossrichtung von vorliegenden Vorschlägen zielt (logisch zwingend gemäss der Definition der Optimalität) auf eine Erleichterung der Marktprozesse. Die Funktionskosten der Gesellschaft, also nicht nur die Produktions-, sondern auch die Informations-, Organisations-, allgemein die Transaktionskosten, sind zu senken[13]. Anzustreben ist eine Annäherung der privaten und gesellschaftlichen Kosten durch Internalisierung externer Kosten und Erträge. Dies erfolgt weitgehend über die Verbesserung der Eigentumsrechte: Schaffung genau abgrenzbarer Eigentumsrechte, Senkung der Anwendungskosten.

Posner schlägt vor, dass Recht in einem konkreten Fall derjenigen Partei zugewiesen werden soll, für die eine Beendigung der anfallenden Störungen mit grösseren Kosten verbunden wäre; oder anders formuliert, Anreiz zu einer effizienten Ressourcennutzung entsteht dann, wenn derjenige für einen Schaden bezahlen muss, der ihn mit dem geringsten Aufwand beheben kann. Die Notwendigkeit einer Markttransaktion müsse vorhergesehen und durch entsprechende Zuweisung von Rechten erleichtert oder überflüssig gemacht werden[14].

[9] *Conley,* The Value of Human Life in the Demand for Safety, American Economic Review, Vol. 66, 1976, S. 45ff.; *Reder,* An Economic Analysis of Medical Malpractice, Journal of Legal Studies, Vol. 5, 1976, S. 267ff.

[10] *Posner,* The Rights of Creditors of Affiliated Corporations, University of Chicago Law Review, Vol. 43, 1976, S. 499ff.

[11] *Baxter/Cootner/Scott,* Retail Banking in the Electronic Age, 1977; *Langbein/Posner,* Market Funds and Trust Investment Law, American Bar Foundation Research Journal, 1976, S. 1ff.

[12] *Ehrlich/Posner,* An Economic Analysis of Legal Rulemaking, Journal of Legal Studies, Vol. 3, 1974, S. 257ff.; *Landes/Posner,* Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis, Journal of Law and Economics, Vol. 19, 1976, S. 249ff.

[13] Siehe dazu z. B. die Empfehlungen von *Kronman/Posner* (1979) zum Vertragsrecht. Für eine Kritik siehe *Rogers* (1979).

[14] Oder in den Worten von *Posner:* «Transaktionskosten werden dann minimiert, wenn das Recht[1] das Recht der Partei zuweist, welche es von der andern erwerben würde, wäre es dieser zugewiesen und wären die Transaktionskosten null, oder[2] alternativ die Haftung der Partei zuweist, die, hätte sie das Recht und wären die Transaktionskosten null, es der andern Partei verkaufen würde» (*Posner* 1972, a.a.O. S. 118). *Posner* folgt damit der Logik des Coase Theorems. Er will die Verantwortlichkeiten vom Ergebnis abhängig machen, das sich bei vollständiger Konkurrenz und ohne Transaktionskosten einstellen würde. Durch Rechtssetzung soll das Problem der Externalitäten in der realen Welt so gelöst werden, dass diejenigen Prozesse gefördert werden, die sich bei privaten Marktverhandlungen ohne Transaktionskosten einstellen würden. Dies steht im Gegensatz zum Vorschlag der Internalisierung von *Pigou.* Nach *Pigou* sollte das Recht dafür sorgen, dass die Kosten von Externalitäten von den für ihre Verursachung verantwortlichen Personen getragen werden. Für eine Unterstützung von *Pigous* Standpunkt siehe *Whitcomb* (1972) oder *Baumol* (1972). Bei *Pigou* werden also die Kosten vom Verursacher getragen, während bei *Coase* die Kosten von denjenigen getragen werden, die den grössten Nutzen in einem bestimmten Zustand (z. B. der Nicht-Verschmutzung) sehen.

Eschenburg (1978, S. 21ff.) vertritt die Auffassung, dass Transaktionskosten kaum erfolgreich gesenkt werden können, wenn dies über eine Verringerung der Anzahl Interaktionen angestrebt wird. Er plädiert dafür, die Höhe der bei einer Interaktion anfallenden Transaktionskosten durch einen Abbau der Unvollkommenheiten des Rechtssystems zu reduzieren. Dies könne vor allem durch eine *klare und sichere Rechtslage* erreicht werden (vgl. auch *Buchanan* 1975).

Damit wird nochmals die Auffassung dieser Schule von dem, was Recht und Gesetz ist resp. sein soll, deutlich: Die Gesetzgebung wird verstanden als die Produktion von Institutionen, die den Teilnehmern am Wirtschaftsprozess helfen, Ressourcen zu sparen, sei es zur Kontaktaufnahme untereinander, sei es zum Wettbewerbskampf gegeneinander. Recht bestimmt die Kosten der Tauschprozesse in der Gesellschaft durch Festlegen bestimmter Regeln. Die ÖAR impliziert eine ganz bestimmte Arbeitsteilung zwischen Ökonomie und Recht: Die Ökonomie liefert die Basis, das Steuerungswissen in Form von Anforderungen an die rechtlichen Anordnungen. Das Recht hat die Aufgabe, die Anreize zu vermitteln, damit die Individuen diejenigen Handlungen vornehmen, die zur Erreichung der optimalen Nutzenverteilung führen.

II. Kritik und Relativierung

1. Kritik der ÖAR innerhalb der neoklassischen Theorie

Eine fundierte Kritik der ÖAR auf dem Boden der neoklassischen Theorie liefert *Polinsky* (1974). Dabei setzt er an dem in der ÖAR zugrunde liegenden Wettbewerbsmarktparadigma an. In der Analyse von *Posner* fehle eine systematische Erörterung der Bedingungen, die vorliegen müssen, damit der Markt funktioniert. *Polinsky* diskutiert drei zwingende Annahmen: Fehlende Transaktionskosten, Konvexität und fehlende Umverteilungskosten. Er weist darauf hin, dass Recht genau deshalb von Bedeutung ist, weil verschiedene Annahmen des Wettbewerbsmarktparadigmas nicht gegeben sind.

Im Zentrum der Analyse von *Posner* steht der Fall vorhandener *Transaktionskosten,* die er minimieren will. *Polinsky* weist darauf hin, dass jeder Einzelfall genau auf die Ursachen des Marktversagens hin untersucht werden muss. Oft ergebe sich eine Situation, in der Transaktionskosten nicht internalisiert und damit verringert, sondern lediglich verlagert oder in eine andere Kostenart umgewandelt werden (z. B. in Informationskosten für einen Richter). Zudem würde *Posner* die anderen Annahmen als erfüllt betrachten, obwohl er Beispiele ver-

wendet, bei denen dies keineswegs der Fall ist. Sind aber neben der Bedingung fehlender Transaktionskosten noch weitere Bedingungen nicht erfüllt, so hätte sich die ÖAR auch darauf zu beziehen.

Generell kann eingewendet werden, dass eine Operationalisierung der Transaktionskosten noch nicht befriedigend gelungen ist. Einige Ideen dazu finden sich bei *Michelman.* Dieser schlägt einen Vergleich der Preise auf zwei gleichgelagerten Märkten vor, die sich nur in einem Element der Transaktionskosten unterscheiden. Selber schränkt er jedoch ein: «Die Kosten können nicht monetarisierbar sein, entweder weil die Kosten des Zustandekommens des ‹monetarisierenden› Austausches die möglichen Vorteile des Austausches übertreffen (d. h. die Kosten sind im Verhältnis zu den Transaktionskosten zu gering) oder weil sie ‹moralische› Elemente enthalten, für die keine befriedigenden Tauschäquivalente gefunden werden können» (*Michelman,* 1970/71, wiederabgedruckt in: Assmann et. al., Hrsg., 1978, S. 304).

Das Transaktionskostenkonzept als Zentralelement für die Erklärung des Zusammenhanges zwischen rechtlich-institutionellen und ökonomischen Dimensionen scheint bisher noch recht abstrakt, zu allgemein, ja manchmal als Leerformel zu stehen. Bisher wurden nur wenige empirische Studien durchgeführt. Die Forschung ist aufgefordert, die einzelnen Elemente zu präzisieren. Aufzuzeigen ist, welches konkret die Bedingungen sind, unter denen Märkte «billiger» oder «teurer» arbeiten und wie diese beeinflusst werden können. Als Fernziel sieht z. B. *Leipold* (1978) die Entwicklung eines systemübergreifenden Organisationskostenkonzeptes.

Die *Konvexitätsannahme* bezieht sich auf die Struktur der Präferenzen der Verbraucher und der Technologie der Produzenten; nicht mit dieser Annahme vereinbar ist eine eingeschränkte Wahrnehmung und Disposition der Wirtschaftseinheiten auf «naheliegende» Fälle, ein eingeschränkter Variationsspielraum. Ist dies der Fall, die Annahme also nicht erfüllt, wird es möglicherweise überhaupt kein Wettbewerbsgleichgewicht geben, oder es kann ineffizient sein, sofern es eines gibt. *Posner* muss bei seiner Analyse voraussetzen, dass diese Annahme erfüllt ist; davon kann allerdings nicht immer ausgegangen werden.

Umverteilungskosten bleiben bei *Posner* unberücksichtigt. Die mit der optimalen Allokation verbundene Einkommensverteilung muss nicht immer sozial erwünscht sein. Bei Umverteilungsmassnahmen fallen Kosten i. S. von Effizienzverlusten an, und zwar wegen Verzerrungen von Verhalten und Preisen. Redistributionskosten sind eine unvermeidliche Folge der Durchsetzung einer gewünschten Einkommensverteilung. Damit aber zehrt der Aufwand für die Herstellung der gewünschten Einkommensverteilung u. U. die Wohlfahrtsgewinne der verbesserten Effizienz der neu gewählten institutionellen Struktur wieder auf. Es stellt sich die Frage nach dem Ausgleich zwischen Effizienz und Billigkeit. Die Lösung eben dieser Fragen besteht in der Ausgestaltung des Rechts, der Zuordnung der Eigentumsrechte. Unter Umständen wäre ein Verbleiben in der alten Struktur vorteilhafter gewesen. Darauf geht die ÖAR jedoch nicht ein. Die Verteilung darf als Gegenstand der Politik nicht ignoriert werden.

2. *Kritik der ökonomischen und handlungstheoretischen Grundlagen der ÖAR*

Eine kritische Betrachtung der ÖAR muss auch die Grundannahmen des ihr zugrunde liegenden ökonomischen Modells miteinbeziehen, den methodologischen Individualismus und den Resourceful, Evaluating, Maximizing Man.

Mit dem *methodologischen Individualismus* wird die Auffassung vertreten, dass soziale Phänomene, Institutionen und Mechanismen nur über individuelles Handeln, subjektive Einstellungen, Dispositionen und Interessen erklärbar seien. Makroprozesse, also gesellschaftliche Phänomene, werden mit Hilfe von theoretischen Gesetzmässigkeiten über individuelles Verhalten erklärt. Soziale Gruppen und Systeme werden als «Zusammenfassung von Trägern gleicher Funktionen» analysiert, womit ebenfalls die Verhaltensannahmen über einzelne Subjekte anwendbar sind. Entscheidungen von Kollektiven werden als Resultat der nach bestimmten Regeln transformierten Entscheidungen der in ihnen versammelten Individuen betrachtet.

Der REMM-Ansatz beinhaltet sachlich, dass die Menschen die Transformation mehr oder weniger objektiv vorgegebener Daten in ihre eigene Verhaltensdisposition nach Nutzenmaximierungsgesichtspunkten vornehmen. Alle Bezüge der Handelnden werden auf Gewinn- resp. Nutzenmaximierung reduziert; der Mensch wird auf ein einziges Interesse verpflichtet[15]. Die Kritik wird in folgenden vier Punkten zusammengefasst:

1. Instrumentalismus: Eine weitverbreitete Kritik setzt bei den handlungstheoretischen Prämissen der ÖAR, also dem REMM, an. Anlässlich der Übernahme des Nobelpreises führte *Simon* aus: «There can no longer be any doubt that the microassumptions of the theory – the assumptions of perfect rationality – are contrary to fact» (*Simon* 1979, S. 510). Einen gemeinsamen Nenner möglicher alternativer Ansätze sieht er in der «bounded rationality»: «the need to search for decision alternatives, the replacement of optimization by targets and satisfying goals, and mechanisms of learning and adaptation» (ebenda).

[15] Eine Produktionstheorie als Theorie ökonomischer Effizienz kann nicht ohne Theorie der Bedürfnisse auskommen. Mit dem REMM besitzt die Neoklassik und damit auch die ÖAR ein heuristisches Prinzip, um die Konsistenzbedingungen für eine Theorie der Gütermengen- und Preisstruktur und der sich daraus ergebenden Faktorpreisstruktur zu liefern. Allerdings ist der handlungstheoretische Gehalt dieser Nutzentheorie äusserst gering. Die traditionelle Ökonomie hat kaum erklärungskräftige Theorien des rationalen Verhaltens entwickelt (vgl. *Riese* 1975, S. 75 f.).

Einer Kritik an den Axiomen der neoklassischen Theorie ist *Friedman* schon früh in rigoroser Art und Weise entgegengetreten, was zur *Friedman-Samuelson*-Kontroverse geführt hat. Die grundlegenden Annahmen seien nicht eigentliche Aussagen über die Realität, sondern vielmehr handle es sich dabei um «Als-ob»-Aussagen. Nutzenmaximierung bedeutet nicht, dass dies einzelne auch effektiv tun, sondern nur, dass das Resultat ihres Handelns das gleiche sei, wie wenn sie es täten (*Frank* 1976, S. 19).

Im Gegensatz zu *Leibenstein, Simon* u. a. m. lehnt *Friedman* eine Prämissenkritik ab. *Posner* hat in seiner Economic Analysis of Law diese Argumentation voll und ganz übernommen. Die Leistungsfähigkeit einer Theorie sei nicht am Realitätsgehalt der Prämissen, sondern anhand der Brauchbarkeit von Vorhersagen zu testen, die mit Hilfe dieser Theorien aufgestellt worden sind. «Complete ‹realism› can be settled only by seeing whether it yields predictions that are good enough for the purpose in hand or that are better than predictions from alternative theories» (*Friedman* 1959, S. 41)[16]. Diese Betrachtungsweise muss damit als formalstrategisch und unabhängig von materiellen Kategorien bezeichnet werden. *Friedman* geht es in erster Linie um wirtschaftspolitische Verwertbarkeit; Hypothesen sollen mit möglichst wenig konkreten Informationen brauchbare Voraussagen liefern. Theorien haben im Sinne von pragmatischer Robustheit einfach zu sein.

Zur Einschätzung der Prämissenkritik für die Bedeutung der ÖAR sei auf zwei Argumente verwiesen: Mit dem Instrumentalismus von *Friedman* verbindet sich die *Gefahr des Apriorismus.* Aus einigen wenigen, als a priori gültig angesehenen Axiomen wird die ganze Ökonomie logisch abgeleitet. So messen Ökonomen z. B. dem Unterschied zwischen tatsächlich eingetretenen Veränderungen der Umwelt und der subjektiven Vorstellung davon, der «perspektivischen Konstruktion der Realität» (*Berger/Luckmann* 1967), wenig Bedeutung zu. Besteht eine solche Differenz jedoch über längere Zeit und in grösserem Umfang, so verhalten sich die betreffenden Individuen «an der Realität vorbei». Dies müsste eine erklärungskräftige Theorie erfassen.

In letzter Konsequenz wird auf jeglichen empirischen Test sowohl der Annahmen wie auch der Ableitungen verzichtet; bestenfalls werden Ex-post-Prognosen als Test herangezogen. Vorgelegt wird damit nicht empirische Forschung, sondern eine Definition. Wird das Rentabilitätsaxiom zur Konstante des Individualverhaltens erhoben, so werden Gesetze der Wirtschaftlichkeit mit denen des Wirtschaftens, Angaben über Optimalitäten mit Erklärungen verwechselt. Im Extremfall und bei genügendem Selbstbewusstsein wird von einer so betriebenen Forschung verlangt, dass sich die Realität an die Modelle anzu-

[16] An dieser Stelle kann nicht auf die darauf gegebene Antwort von *Samuelson* (1963, 1964) und die daraus hervorgegangene Kontroverse eingetreten werden; vgl. dazu *Frank* 1976, *Meyer* 1978.

passen hat. Eine bestimmte Perspektive einer ganz bestimmten Disziplin wird in z. T. dogmatischer Art und Weise als universeller und völlig genügender Ansatz für die Analyse von Rechtsproblemen dargestellt[17]. *Friedmans* «Als-ob»-Wendung hat zu einem grossen Teil eine Immunisierungsfunktion (*Meyer* 1978, S. 40f.).

Dies führt zu einem zweiten Einwand, der beim Wissenschaftsverständnis und dem, was «erklären» heisst, einsetzt. Durch die Methodologie von *Friedman* wird Realität nicht erklärt, Wissen nicht erweitert. Aus seinen «Theorien» ergeben sich keine neuen Kenntnisse über Strukturzusammenhänge von Sachverhalten. Treffend formuliert Scriven: «Explanation requires something ‹more than› prediction; (. . .) whereas an understanding of a phenomenon often enables us to forecast it, the ability to forecast it does not constitute an understanding of a phenomenon» (*Scriven* 1962, S. 177).

2. Gefahr eines ökonomischen Rigorismus: Zentral für die ÖAR sind methodologische Optionen. Mit der «Als-ob»-Argumentation erhalte man ein prognosefähiges Modell. Wird darauf eingegangen, so stellt sich die Frage nach den Kosten dieser Methode, die Frage z. B. nach den Risiken, die mit daraus abgeleiteten Folgerungen verbunden sind.

Prognosefähigkeit wird nur innerhalb eines eng begrenzten Teilsystems der Gesellschaft erreicht, nämlich nur dort, wo der Preismechanismus zumindest in einer Simulation oder Abbildung als Zurechnungs- und Sanktionsmechanismus beigezogen werden kann. Wohl integrieren *Gary Becker* u. a. Phänomene sozialer Interaktionen wie Sozialprestige oder Altruismus, Sitten und Bräuche in die neoklassischen Modelle (vgl. *Becker* 1974). Allerdings erfolgt dies immer streng innerhalb des Konzeptes der rationalen Überlegungen des Homo oeconomicus, z. B. als Element einer Nutzenfunktion, im Hinblick auf den Ressourceneinsatz, als Problem der Ausgabenoptimierung. So helfen Sitten und Bräuche Informationskosten sparen; auch Altruismus, persönliche Barmherzigkeit, wird als Produkt der Kostenstruktur der Umwelt der einzelnen Menschen verstanden. *Meyer* (1978, S. 38) charakterisiert diesen Denkansatz allgemein als quasirationalistischen Individualismus, als Marktoptimismus in Verbindung mit einem Marktdarwinismus und einer gewissen Form von Staatspassivismus.

Natürlich stellt die Konstruktion erweiterter Nutzfunktionen oder die Berücksichtigung von institutionellen Begrenzungen des Verhaltens von Individuen einen Fortschritt dar und ist zu begrüssen. Eine allzu «ökonomische» Betrachtungsweise, die alle gesellschaftlichen Phänomene einseitig nur auf ökonomische Vor- und Nachteile zurückführt, alles mit Hilfe von Kategorien wie Ko-

[17] Die radikal vereinfachende Auffassung, wonach ökonomische Analyse genügend sei, um jedes menschliche Verhalten zu erfassen, bezeichnet *Leff* als die «tunnel vision» in *Posners* Buch (*Leff* 1974, S. 451).

sten und Nutzen erfassen will, hat aber auch Nachteile. Bei der Analyse des Rechts kann die Ausblendung sozialer und psychologischer Aspekte zu verheerenden Fehlschlüssen verleiten. So ist z. B. darauf hinzuweisen, dass die Rückfallquoten von Delinquenten von ihrer sozialen Umwelt abhängig sind, dass bei bestimmten Arten von Strafvollzug der Strafgefangene durch die Strafe selbst erst recht zu kriminellen Handlungen verleitet wird oder dass z. B. Drogendelikte in zahlreichen Fällen mit dem verlorenen Halt in einer sozialen Gemeinschaft oder mit Fragen nach dem Sinn des Lebens zusammenhängen. Werden solche Aspekte aus der Analyse ausgeblendet und diese auf eine Betrachtung reduziert, «als ob» das Individuum eine Kosten-Nutzen-Vergleichsmaschine wäre, das mit steter Beharrlichkeit einfalls- und listenreich die günstigste Alternative auswählt, so ist Skepsis gegenüber daraus abgeleiteten Empfehlungen am Platz. Ja, auf diese verkürzte Art begründete Empfehlungen könnten zu einer Verschärfung oder Verlagerung der vermeintlich gelösten Probleme führen. Die Auswirkungen des rechtlichen Rahmens resp. eine Rechtsverletzung darf nicht nur aus der Optik eines einzelnen, souveränen Individuums betrachtet werden; eine Berücksichtigung der damit verbundenen sozialen Zusammenhänge ist unablässig.

Integraler Bestandteil für die Funktionstüchtigkeit des Rechtsstaates und damit des Rechtssystems ist die Loyalität der Bürger i. S. einer passiven, aber auch aktiven Unterstützung der bestehenden Ordnung sowie die Legitimität des geltenden Rechts. Dies z. B. deshalb, weil alles und jedes realistischerweise überhaupt gar nicht überwacht werden kann, vielmehr von jedem Bürger ein allgemeines Akzeptieren, ein mehr oder weniger unkontrolliertes Beachten bestimmter Regeln und Grundsätze erwartet werden muss. Will ein Rechtsstaat funktionstüchtig sein, so gilt es deshalb, Loyalität und Legitimität herzustellen resp. zu erhalten. Dies ist kein Thema der ÖAR, obwohl sie Probleme untersucht, die zentral damit zusammenhängen.

Als formale Analysemethode betrachtet die ÖAR z. B. die Todesstrafe als *disincentive* und kommt zum Schluss, dass sie in bestimmten Fällen die gesetzten Ziele besonders gut erreichen hilft (*Ehrlich* 1975). Wohl wird zugestanden, dass ausserhalb dieser Argumentationsmethode andere normative Beurteilungskriterien beigezogen werden könnten, die gegen die Todesstrafe sprechen. Dieses Beispiel macht jedoch deutlich und charakterisiert, auf welche Weise der rein ökonomische Denkansatz verkürzt ist. An sich ist diese Verkürzung schon vertretbar; die beobachteten Fakten zur Todesstrafe mögen auch richtig sein. Problematisch werden die dabei entstehenden Differenzen mit konkurrierenden normativen Aspekten oder Zielen jedoch in solchen Fällen, wo sie weniger augenfällig sind und deshalb kaum oder überhaupt keine Beachtung mehr finden; die Aussagen der ökonomischen Analyse werden nicht mehr relativiert. Einseitigkeiten durch ökonomischen Rigorismus sind offensichtlich die Kosten der Operationalisierung resp. der Herstellung prognosefähiger Modelle. In einer «auf Würde und Freiheit des Menschen gestützten Gesellschaftsordnung (kann Recht) nicht allein als ein Problem ‹ökonomischer Funktionalität› behandelt werden» (*Mertens* et al. 1978, S. 190). Gegenüber einem ökonomischen Rigorismus, der sozialethische oder andere normative Überlegungen völlig ausschaltet resp. durch den REMM im Sinne einer Setzung entscheidet, ist Skepsis am Platz.

So fragt z. B. *Minda:* «. . . do we want law students to perceive judges as having the power to consciously engineer economically efficient legal outcomes at the expense of other equally important social interests?», und er fährt fort: «To expect that judges should design the law for the specific purpose of achieving economic efficiency is perhaps a fundamental misconception of the function of a judge. To argue that the law should be designed to promote economic efficiency is politics, not science»[18].

Wie sind mit der ÖAR abgeleitete Empfehlungen zu beurteilen, wenn die Grundlagen dieser Analyse mit der Realität eingestandenermassen nicht übereinstimmen, keine Erklärungen angeboten werden und die sog. «Als-ob»-Argumentation sich nur auf einen Teil, nämlich die marktmässig abbild- und interpretierbaren Aspekte des gesellschaftlichen Ganzen, bezieht? Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass damit abgeleitete Empfehlungen grosse soziale Kosten, unerwartete Fernwirkungen zur Folge haben. Diese Methodologie mag bei kleineren Änderungen und/oder in Einzelbereichen, bei der Abschätzung von neuen institutionellen Arrangements nach dem *piecemeal approach* angebracht sein. Bei der Diskussion umfassender Neuordnungen, wie z. B. ganzer Wirtschaftsordnungen, werden die Gefahren von Fehlleistungen daraus abgeleiteter Empfehlungen grösser. Der REMM ist insofern orts- und zeitgebunden, als er in grundsätzlich anderen Ordnungen als analytisches Konstrukt u. U. zu weit weg vom effektiven Verhalten des Durchschnittsbürgers liegt und seine Anwendung damit immer risikoreicher wird. Ähnlich – allerdings in einem andern Diskussionszusammenhang – haben *Braybrooke/Lindblom* (1963) argumentiert, als sie einen Inkrementalismus, also eine Politik der kleinen, revidierbaren Schritte, vorschlugen.

3. Gestaltungsspielräume der beteiligten Organisationen: Eine weitere Kritik der Grundlagen der ÖAR setzt bei der Verbindung von mikro- und makroökonomischen Betrachtungen, von individuellen und kollektiven Komponenten an. Dabei geht es um die Einschätzung der Bedeutung der Organisationen wie Un-

[18] *Minda* 1978, S. 474 f. Im gleichen Sinne fragt *Buchanan:* «. . . is it not ‹bad law› to suggest that the judge be guided in his decision-making by criteria other than those offered in the existing institutional setting that he confronts?» (*Buchanan* 1974, S. 489).

ternehmungen, Konzerne, Kartelle, Verbände usw. Sollen Aussagen, z. B. über die Ausgestaltung der Wirtschaftsverfassung, d. h. der Markt-, Produktions-, Finanz- oder Geldverfassung und den damit verbundenen Auswirkungen, aufgestellt werden, so stellt sich die Frage, inwiefern aus dem Verhalten mikroökonomischer Einheiten, der Wirtschaftssubjekte makroökonomische Gesetzmässigkeiten abgeleitet werden können[19].

Die ÖAR ist mikroökonomisch ausgerichtet. Sie ist in ihrer Essenz (analog der Neoklassik) eine Theorie des effizienten Wirtschaftens, des effizienten Einsatzes von Ressourcen und damit eine Theorie der Produktion, basierend auf einer Theorie produktionsorientierter Handlungen (*Riese* 1975, S. 74). Recht wird als Datum für die Bestimmung einer effizienten Allokation analysiert.

Nun hat *Leibenstein* auf die Bedeutung der X-Effizienz hingewiesen. Diese definiert er anhand von drei Elementen: «intraplant motivational efficiency», «external motivational efficiency» und «non-market input efficiency» (vgl. *Leibenstein* 1966, in: *Dürr* 1978, S. 353). Aufgrund empirischer Untersuchungen kommt er zum Schluss: «Wohlfahrtsgewinne, die sich durch Steigerung der allokativen Effizienz allein erzielen lassen, (sind) zumindest in kapitalistisch organisierten Volkswirtschaften in der Regel ausgesprochen gering» (ebenda, S. 335). Der durch eine Erhöhung der X-Effizienz erzielbare Nettozuwachs, also eine Effizienzsteigerung durch Verbesserung motivationaler und organisatorischer Aspekte, sei dagegen häufig beträchtlich; als Beispiel führt er die Neuanordnung der Betriebsanlagen, die Änderung von Arbeitsabläufen oder die Einführung leistungsbezogener Bezahlung an (ebenda, S. 344).

Dies weist darauf hin, dass auch auf Organisationen und Institutionen selber eingetreten werden muss; die Analyse sich also nicht nur auf Effekte des Rechts bezüglich der Umverteilung von Ressourcen zwischen Organisationen resp. Wirtschaftssubjekten beschränken kann. So wird auch in neueren Arbeiten der Organisationstheorie darauf hingewiesen, dass die Strukturen einzelner Organisationen nicht nur aus der Umwelt und damit z. B. aus dem rechtlichen Rahmen erklärt werden können, vielmehr dem Organisationsgestalter ein eigener Gestaltungsspielraum offensteht (vgl. *Child* 1972 zur Organisational choice). Die Art und Weise der Nutzung dieses Gestaltungsspielraumes ist für die Effizienz von Unternehmungen bedeutungsvoll, wie die empirischen Untersuchungen von *Cable/FitzRoy* (1980) am Beispiel der Mitbestimmung und Gewinnbeteiligung zeigen. Solche qualitative Sachverhalte müssen mit in die Analyse einbezogen werden.

[19] Während der Reduktionismus ein solches Verfahren zu seinem Programm macht, steht der Holismus diesem Unterfangen ablehend gegenüber. Aus der üblichen mikroökonomischen Theorie könnten keine makroökonomischen Gesetze abgeleitet werden (vgl. *Schlicht* 1977).

So ändern sich z. B. mit der Grösse der Organisationen die Handlungsbedingungen. Die durch die Wirtschaftsverfassung an Unternehmungen delegierte Macht hat sich in verschiedenen Fällen verselbständigt. Bei der Anwendung des Transaktionskostenkonzeptes sollten auch Machtbeziehungen nicht ausgeblendet werden. In der Form von Unternehmungen und andern sozialen Gruppen haben sich Einheiten gebildet, die äussere Anreize und Normimperative in der eigenen Organisation nach eigenen Sinnprinzipien verarbeiten, vermehrt mit Ausweichstrategien auf rechtliche Bestimmungen reagieren und weniger dem Gewinnstreben anhängen als etwa dem Ausbau von Marktpositionen, politischen Einflusschancen durch Umsatzsteigerung bei konstanter oder geringer Gewinnsteigerungsquote. Interne Organisations- und Entscheidungsprozesse sind vermehrt mitzuberücksichtigen. Unter dem Titel «A Branch of Economics is Missing: Micro-Micro-Theory» verlangt *Leibenstein* (1979, S. 477 ff.) denn auch eine Theorie über das Individualverhalten im organisatorischen Kontext resp. eine systematische Analyse organisationsinterner Aspekte.

Zu Fragen der Bedeutung der Ausgestaltung der Unternehmensverfassung für den ökonomischen Erfolg einzelner Wirtschaftseinheiten hat die Property-rights-Schule Arbeiten vorgelegt, vgl. dazu *Alchian/Demsetz* (1972), die Beiträge von *Furubotn/Pejovich, Alchian* und *Moore* in: *Furubotn/Pejovich* (1974), *Pejovich* (1976) oder *Schüller* (1978). In diesem Punkt handelt es sich weniger um eine grundsätzliche Schranke des Ansatzes als um eine Frage des Ausbaus und der Durchführung. So zeigt z. B. *Backhaus* (1979), dass die ökonomische Theorie wohl die Notwendigkeit koordinierter Formen der Produktion und damit die Existenz von Firmen begründen kann, nicht jedoch die Effizienz der hierarchischen Firma. Die ökonomische Theorie der Firma ist bezüglich der Organisationsfrage unbestimmt.

Neben der Weiterentwicklung einer Mikro-Mikro-Theorie ist diese mit überbetrieblichen Betrachtungen, mit den sozio-ökonomischen Gesamtzusammenhängen zu verbinden. Dies wird gerade bei der starken Betonung der allokativen Effizienz in der ÖAR, dem Bestreben des Property-rights-Ansatzes paretianische Effizienzbedingungen zu übernehmen nicht geleistet. Zur Debatte steht die altbekannte Aggregationsproblematik des Reduktionismus.

Kollektivbedürfnisse können nicht unmittelbar aus autonomen Individuen abgeleitet werden. Es kann behauptet werden, dass durch Gewicht und Eigendynamik von Organisationen eine Modifikation der souveränen Präferenzen der Individuen stattfindet (*Hotz* 1979, S. 62 ff.). *Gruner* formuliert im analogen Zusammenhang folgende Forschungsfrage: «Wie weit (sind) unterschiedliche Zielsetzungen von Individuen und Kollektiven durch die Strukturen politischer Organisationen, kultureller Traditionen und durch den Wandel institutioneller Elemente bedingt?» (*Gruner* 1979, S. 729). Blendet die ÖAR die Problematik

mehrstufiger Interessenaggregation aus, so sind daraus abgeleitete Empfehlungen zu Elementen der Wirtschaftsverfassung mit einigen Risiken verbunden.

4. Ahistorische Analyse: Auch der letzte Kritikpunkt zeigt keine systematische Beschränkung des Ansatzes auf, sondern weist ebenfalls auf einen notwendigen Ausbau hin. Der ÖAR geht es in erster Linie um eine (komparativ-statische) Analyse der Wirkungen des als variabel betrachteten Rechts, gemessen an der effizienten Allokation der Ressourcen. Es wird (noch) keine Theorie der Entwicklung des Rechts vorgelegt. Die Analyse zielt in erster Linie auf Austauschprozesse und damit verbundene Gleichgewichtszustände bei gegebener Einkommens- und Faktorverteilung. Alle Faktoren, ausser den rechtlich-ökonomischen, werden in den Datenkranz verwiesen. So betrachtet, besitzt dieser Ansatz einen ahistorischen Charakter.

Dynamische Aspekte wurden von *North/Thomas* (1973) insofern aufgenommen, als sie die industrielle Revolution mit einem bestimmten, neu aufgekommenen System von Institutionen und Eigentumsrechten in Verbindung gebracht haben. Innovationen wird besonders diejenige Gesellschaft hervorbringen, bei der eine möglichst genaue Definition der Rechte der einzelnen Wirtschaftssubjekte besteht. Diese werden durch die dadurch verbesserten Möglichkeiten der Gewinnerzielung zu innovativem Verhalten angespornt. Das industrielle Wachstum im Europa des 17. und 18. Jahrhunderts beruhe nicht auf technologisch bedingten Zufälligkeiten, sondern auf besonderen Strukturen der Eigentumsrechte und der Institutionen, die innovative Tätigkeiten mit einer noch nie dagewesenen Rentabilität honorierten. Bei aller Anerkennung dieses Ansatzes muss vor der Gefahr der Monokausalität gewarnt werden. Zudem darf nicht nur in der einen Richtung argumentiert werden, nämlich vom Effekt verschiedener institutioneller Strukturen auf die ökonomische Entwicklung, von der Umwelt auf das unternehmerische Verhalten. Vielmehr haben Firmen und ihre Verbände – worauf einzelne Autoren allerdings auch hinweisen – ebenfalls gezielt auf diese Umwelt eingewirkt.

Auch der *Wandel der Institutionen* ist in die Analyse miteinzubeziehen. Wie ist die langfristige Veränderung und Entwicklung des Rechts (ökonomisch) zu erklären? Ansätze dazu finden sich teilweise wiederum bei *North/Thomas* (1971) und bei *Alchian/Demsetz* (1973); für einen Überblick vgl. *Borchardt* (1977). *Alchian/Demsetz* beschreiben am Beispiel von Jagdgebieten wie «communal rights» zur Übernutzung der Jagdgründe, zu Ausbeutung und zu Konflikten unter den Nutzern führen. Daraus würden Definition und Einführung von «private rights» hervorgehen, wo früher keine waren. Zentral ist wiederum die Transaktionskostenbetrachtung: «The most important effect of alterations in institutional arrangements may well be the impact of such reorganization on the cost of transacting» (*Alchian/Demsetz* 1973, S. 22). Die Stossrichtung der Analyse ist damit aufgezeigt. Allerdings ist das eigentliche Zustandekommen der neuen Rechtsstrukturen über die entsprechenden politischen Mechanismen noch nicht erklärt; zu erklären wäre z. B., warum sich zum Privateigentum alternative Formen nicht durchgesetzt haben.

Zur Dynamisierung gehört noch mehr: Gleiche rechtliche Strukturen wirken sich nicht in jeder historischen Phase gleich aus. Dies z. B. deshalb, weil über eine längere Zeit hinweg sich soziale Verhaltensweisen oder die Präferenzen von Individuen, ihre Einschätzung der Kosten und Nutzen von Konsequenzen bestimmter Handlungen ändern. Zudem finden Lernprozesse statt. Veränderungen in den Rahmenbedingungen, wie z. B. bei den zur Verfügung stehenden Techniken oder Ressourcen, ändern die relative Effizienz einer bestimmten Konstellation. Die Effekte einer bestimmten Rechtsstruktur sind also zeitbedingt.

Eine Dynamisierung der Analyse verlangt, dass verschiedene Elemente des Rahmens endogenisiert werden. In einer Kritik an der ÖAR verlangt *Akermann* denn auch «the insights of the economics must be placed in a larger structure in which sociological, psychological and historical theory have their rightful place» (*Akermann* 1975, Fussnote 130). Dies wird von der ÖAR jedoch nicht geleistet, weshalb *Kirchner* auch von einer verkürzten Interdisziplinarität spricht (*Kirchner*, in: *Assmann* et al., Hrsg., 1978, S. 82 ff.).

III. Einordnung der ÖAR

ÖAR bedeutet die Anwendung des methodischen Ansatzes der Neoklassik auf Fragen des Rechts. Damit können wichtige Zusammenhänge aufgezeigt werden. Es ist sinnvoll und legitim, mit ein und demselben methodischen Ansatz ganz unterschiedliche Gebiete zu analysieren. Als eine in ihrem Kern individualistische Organisationstheorie bleibt ÖAR aber eine Partialtheorie. Sie kann nicht als individualistische Gesellschafts- und damit als Globaltheorie auftreten (vgl. *Eschenburg* 1978, S. 24 f.). Tut sie das, so entsteht die Gefahr einer Frontstellung zwischen verschiedenen Bereichen der Sozialwissenschaften und damit die Gefahr ihrer Entdifferenzierung. Die Analyse ist unter verschiedenen Aspekten, mit verschiedenen sozialwissenschaftlichen Ansätzen parallel zu führen. Diese haben sich gegenseitig zu ergänzen, aber auch zu relativieren. Einen sehr anregenden Versuch in dieser Richtung unternehmen *Frey/Opp*, indem sie die (soziologische) Anomietheorie mit Hypothesen der ökonomischen Kriminalitätstheorie konfrontieren (*Frey/Opp* 1979, S. 275 ff.).

ÖAR beansprucht nicht nur, eine positive, sondern auch eine normative Rolle zu spielen. Auch wenn zurzeit nur sehr spärliche Empfehlungen zur Rechtsset-

zung vorliegen, muss auch die normative Komponente deutlich relativiert werden. ÖAR liefert – wird von ihr und nur von ihr ausgegangen – nur unzureichendes Handlungswissen für die Ordnungsfunktion des Privatrechts oder die Steuerungsfunktion des Wirtschaftsrechts. Wirtschafts- und Privatrecht sind auf ein «gesamtgesellschaftliches Modell einer politisch konstituierten Gesellschaft» (*Assmann* 1978, S. 53) angewiesen. ÖAR ist in eine umfassende Privat- und Wirtschaftsrechtstheorie einzubetten. Innerhalb einer solchen Theorie und unterhalb von Gesamterklärungsversuchen besitzt sie eine legitime Funktion. Damit wird auf die Problematik von Interdisziplinarität hingewiesen. Die Diskussion der ÖAR sollte auch gezeigt haben, dass Interdisziplinarität mehr sein muss als die konsequente Übertragung eines Ansatzes auf andere Gebiete.

Literatur

Akermann B. A. (1975): Introduction: On the Role of Economic Analysis in Property Law, in: ders. (Hrsg.), Economic Foundations of Property Law, Boston, Toronto.

Alchian A., Demsetz H. (1972): Production, Information Costs and Economic Organization, in: American Economic Review, Vol. LXII, No. 5, S. 777–795.

Alchian A., Demsetz H. (1973): The Property Right Paradigm, in: The Journal of Economic History, Vol. 33, S. 16–27.

Assmann H. D., Kirchner Ch., Schanze E. (Hrsg., 1978): Ökonomische Analyse des Rechts, Kronberg/Ts.

Backhaus J. (1979): Ökonomik der partizipativen Unternehmung, Teil I, Tübingen.

Baumol W. J. (1972): On Taxation and Control of Externalities, in: American Economic Review, Vol. 62, S. 307 ff.

Becker G. (1974): A Theory of Social Interactions, in: Journal of Political Economy, Vol. 82, S. 1063 ff.

Becker G. (1976): The Economic Approach to Human Behaviour, Chicago.

Berger P. L., Luckmann T. (1967): The social Construction of Reality, London.

Borchardt K. (1977): Der «Property-Rights-Ansatz» in der Wirtschaftsgeschichte – Zeichen für eine systematische Neuorientierung des Faches? in: *Kocka J.* (Hrsg.), Theorien in der Praxis des Historikers, Göttingen.

Braybrooke D., Lindblom Ch. E. (1963): A Strategy of Decision. Policy Evaluation as a Social Process, London.

Brunner K. (ed.) (1979): Economics and Social Institutions, Boston.

Buchanan J. M. (1974): Good Economic – Bad Law, in: Virginia Law Review, Vol. 60, S. 483 ff.

Buchanan J. M. (1975): The Limits of Liberty, Chicago.

Cable J. R., FitzRoy F. R. (1980): Productive Efficiency, Incentives and Employee Participation: Some Preliminary Results for West Germany, in: Kyklos, Vol. 33, S. 100–121.

Calabresi G. (1961): Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, Yale Law Journal 70, S. 499 ff.

Calabresi G. (1968): Transaction Cost, Resource Allocation, and Liability Rules – A Comment, in: Journal of Law and Economics, 11.

Child J. (1973): Organizational Structure, Environment and Performance: The Role of Strategic Choice, in: Sociology, Vol. 6, S. 1ff.

Coase R. (1960): The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics 1960, wiederabgedruckt in: *Breit W., Hochman H.* (Hrsg.), Readings in Microeconomics, London 1968, S. 423 ff.

Conrad (1971): Macrojustice: A Systematic Approach to Conflict Resolution, in: Georgia Law Review, Vol. 5, S. 415 ff.

Demsetz H. (1967): Toward a Theory of Property Rights, in: American Economic Review, P&P, Vol. 57, S. 347 ff.

Demsetz H. (1968): The Cost of Transacting, in: Quarterly Journal of Economics, Februar, S. 33 ff.

Ehrlich I. (1972): The Deterrent Effect of Crime on Law Enforcement, in: Journal of Legal Studies, Vol. 1, S. 259 ff.

Ehrlich I. (1975): The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death, in: American Economic Review, Vol. LXV, S. 397 ff.

Eschenburg P. (1978): Mikroökonomische Aspekte von Property Rights, in: *Schenk K. E.* (Hrsg.), Ökonomische Verfügungsrechte und Allokationsmechanismen in Wirtschaftssystemen, Schriften des Vereins für Socialpolitik, NF Bd. 97, S. 9 ff.

Frank J. (1976): Kritische Ökonomie, Einführung in Grundsätze und Kontroversen wirtschaftlicher Theoriebildung, Reinbek bei Hamburg.

Frey B. S., Opp K. D. (1979): Anomie, Nutzen und Kosten, in: Soziale Welt, Heft 3, S. 275 ff.

Friedman M. (1959): Essays in Positive Economics, Chicago.

Furniss N. (1978): The Political Implications of Public Choice – Property Rights School, in: American Political Science Review, S. 399 ff.

Furubotn E. G., Pejovich S. (1972): Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature, in: Journal of Economic Literature, Bd. 10, S. 1137 ff.

Furubotn E. G., Pejovich S. (eds.) (1974): The Economics of Property Rights, Cambridge, Mass.

Gilmore G. (1977): The Age of American Law.

Gruner E. (1979): Politik, Politische Ökonomie und Neue Politische Ökonomie, in: Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, Heft 4, S. 713 ff.

Heymann (1973): The Problem of Coordination: Bargaining and Rules, Harvard Law Review, Nr. 86.

Hirsch W. Z. (1979): Law and Economics, New York

Horn N. (1976): Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts. – Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der «Economic Analysis of Law», in: Archiv für civilistische Praxis, Bd. 176, S. 307 ff.

Hotz B. (1979): Politik zwischen Staat und Wirtschaft, Diessenhofen.

Kirchner Ch. (1978): Ökonomische Analyse des Rechts: Interdisziplinäre Zusammenarbeit von Ökonomie und Rechtswissenschaft, in: *Assmann* a. a. O. S. 75–91.

Kronman A. T., Posner R. A. (1979): The Economics of Contract Law, Boston.

Leff A. A. (1974): Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism, in: Virginia Law Review, Vol. 60, S. 451 ff.

Leibenstein H. (1966): Allokative Effizienz versus «X-Effizienz», wiederabgedruckt in: *Dürr E.* (Hrsg.), Wachstumstheorie, Darmstadt 1979, S. 331 ff.

Leibenstein H. (1979): A Branch of Economics is Missing: Micro-Micro-Theory, in: Journal of Economic Literature, Vol. XVII, S. 477–502.

Leipold H. (1978): Theorie der Property Rights: Forschungsziele und Anwendungsbereich, in: Wirtschaftsstudium, Heft 11, S. 518 ff.

Lepage H. (1979): Der Kapitalismus von morgen, Frankfurt.

Meckling W. H. (1976): Values and the Choice Model of the Individual in the Social Science, in: Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, Vol. 4, S. 545–560.

Mertens H.-J., Kirchner Ch., Schanze E. (1978): Wirtschaftsrecht, Reinbek bei Hamburg.

Meyer W. (1978): Die Methodologie der positiven Ökonomie und ihre Folgen, in: *Helmstädter E.* (Hrsg.), Neuere Entwicklungen in den Wirtschaftswissenschaften, Schriften des Vereins für Socialpolitik, NF Bd. 98, Berlin 1978, S. 19–46.

Michelman F. I. (1970/71): Pollution as a Tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi's Costs, in: Yale Law Journal, Vol. 80, S. 647 ff. Wiederabgedruckt in *Assmann* a. a. O. S. 290–330.

Minda G. (1978): The Lawyer-Economist at Chicago: Richard A. Posner and the «Economic Analysis of Law», in: Ohio State Law Journal, Vol. 39, S. 439 ff.

North D., Thomas R. (1971): The Rise and Fall of the Manorial System: A Theoretical Model, in: Journal of Economic History, Vol. 31, S. 777–803.
North D., Thomas R. (1973): The Rise of the Western World, Cambridge University Press.
Packer H., Ehrlich I. (1972): New Directions in Legal Education, New York.
Pejovich S. (1976): The Capitalist Corporation and the Socialist: A Study of Comparative Efficiency, in: Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, 112. Jg., Heft 1, S. 1–25.
Phelps E. S. et al. (1970): Microeconomics Foundations of Employment and Inflation Theory, New York 1970.
Polinksy A. M. (1974): Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law, in: Harvard Law Review Nr. 87, S. 1655 ff. Wiederabgedruckt in: *Assmann* a. a. O. S. 113–145.
Posner R. A. (1972): Economic Analysis of Law. Boston, Toronto (zweite Auflage 1977).
Posner R. A. (1975): The Economic Approach to Law, in: Texas Law Review, Vol. 53, S. 757 ff.
Posner R. A. (1976): Antitrust Law: An Economic Perspective, Chicago.
Riese H. (1975): Wohlfahrt und Wirtschaftspolitik, Reinbek bei Hamburg.
Rogers P. (1979–80): Book Review: The Economics of Contract Law, in: Harvard Law Review, Vol. 93, S. 1039 ff.
Rosenberg (1960–70): The New Looks in Law, in: Marquette Law Review, Vol. 52, S. 539 ff.
Samuelson P. A. (1963): Discussion, in: American Economic Review, Papers and Proceedings, Vol. 53, S. 231 ff.
Samuelson P. A. (1964): Theory and Realism: A Reply, in: American Economic Review, Vol. 54, S. 736 ff.
Schanz G. (1979): Ökonomische Theorie als sozialwissenschaftliches Paradigma? in: Soziale Welt, Heft 3, 1979, S. 257–274.
Scherer F. M. (1976): The Posnerian Harvest: Separating Wheat from Chaff, in: Yale Law Journal, Vol. 86, S. 974.
Schlicht E. (1977): Grundlagen der ökonomischen Analyse, Reinbek bei Hamburg.
Schüller A. (1978): Property Rights, unternehmerische Legitimation und Wirtschaftsordnung, in: *Schenk K. E.* (Hrsg.), Ökonomische Verfassungsrechte und Allokationsmechanismen in Wirtschaftssystemen, Schriften des Vereins für Socialpolitik, NF Bd. 97, S. 29–88.
Scriven M. (1962): Explanations, Predictions, and Law, in: *Feigl H., Maxwell G.* (eds.), Minnesota Studies in the Philosophy of Science, Bd. 3.
Siegan B. H. (ed.) (1977): The Interaction of Economics and the Law, Lexington, Mass.
Simon H. A. (1979): Rational Decision Making in Business Organizations, in: American Economic Review, Vol. 69, Nr. 4, S. 493 ff.
Streit M. E. (1979): Theorie der Wirtschaftspolitik, Düsseldorf.
Tullock G. (1971): The Logic of the Law, New York.
Tullock G. (1974): Does Punishment Deter Crime?, in: Public Interest, Summer, S. 103 ff.
Whitcomb D. K. (1972): Externalities and Welfare, New York.

Wirtschaft und Recht, Jg. 34, Heft 4 1982

Indexklauseln und Lohnpolitik

Von Dr. *Jiri Elias* und Dr. *Jakob Weilenmann*, Bern*

Je höher die Inflationsraten und je länger die Inflationsperioden, desto aktueller wird das Problem eines Teuerungsausgleichs, desto lauter wird der Ruf nach Indexklauselsicherung. Der ölbedingte Höhenflug der Inflationsraten stellte sogar die indexmässige Inflationsmessung in Frage und führte zu wissenschaftlichen und politischen Auseinandersetzungen[1]. Das Ziel der lohnpolitischen Indexklauseln liegt darin, einen Barometermechanismus aufzustellen, an dem sich der Lohnausgleich in inflationären Zeiten gleichsam wie an einer Richtschnur orientieren könnte. Infolge des ölbedingten Inflationsschubes wurde nicht nur der Repräsentationsgrad des bisher in der Schweiz angewandten Indexes der Konsumentenpreise angezweifelt, sondern auch die Verkraftung der Wohlstandseinbusse als Resultat der verschlechterten Terms of Trade schlechthin zur Diskussion gestellt[2].

Im folgenden wird auf die Lohnindexierung im allgemeinen, dann auf die ölinduzierte Erhöhung des Konsumentenpreisindexes, seine Wirkungen und die Einwände gegen seine Verwendung eingegangen.

Die Lohnindexierung in genereller Sicht

Indexierung heisst die Bindung der nominellen Kontraktwerte an einen Index, der die Entwicklung des Preisniveaus wiedergibt mit dem Ziel, die Realwerte der Kontrakte aufrechtzuerhalten, das heisst in unserem Fall, die Kaufkraft der Löhne zu sichern[3]. Die Indexbindung soll erstens die Lohnempfänger vor Inflationsverlusten schützen, da bei steigender Inflation die Reallöhne abnehmen würden, und dadurch zweitens die wirtschaftliche Stabilität sichern. Mit

* Die Verfasser danken *Dr. W. Jucker* für einige wertvolle Hinweise.

[1] Vgl. Lage und Probleme der schweizerischen Wirtschaft 1979/80. Bericht der Expertengruppe *Bombach, Weber, Würgler;* Bern 1980, S. 75 ff., *Linder W.*, Fragwürdige Diktatur des Konsumentenpreisindexes, in: NZZ vom 4./5. August 1979, *Linder W.*, Voller oder partieller Teuerungsausgleich, in: NZZ vom 16./17. November 1974.

[2] Lage und Probleme der schweizerischen Wirtschaft, a. a. O., S. 83.

[3] Skandinaviska Enskilda Banken (Hrsg.); The Role of Indexation Proceedings of the Saltsjöbaden Conference, July 4–6, 1974, Geneva, S. 7 ff.