



*Leo Schürmann*

*84  
1387*

# STAAT UND GESELLSCHAFT

*Festschrift für*  
LEO SCHÜRMAN  
*Zum 70. Geburtstag*

Herausgegeben von  
Detlev-Christian Dicke und Thomas Fleiner-Gerster

Unter der Mitarbeit von  
Gieri Caviezel



1987

UNIVERSITÄTSVERLAG FREIBURG SCHWEIZ

### ÖKONOMISCHE THEORIE DES RECHTS

Über Unterschiede zwischen dem ökonomischen  
und dem juristischen Denken

HENNER KLEINWEFERS

#### *I. Warum ist eine Ökonomische Theorie des Rechts entstanden?*

Wie man weiss, sind die Wirtschaftswissenschaften im deutschen und französischen Sprachraum vor mehr als zweihundert Jahren aus den Rechts- und Staatswissenschaften entstanden. In ihren *praktischen* Anwendungen blieben die Wirtschaftswissenschaften der Rechtswissenschaft lange recht eng verbunden. Erst in neuester Zeit hat sich diese Verbindung aus Gründen der zunehmenden Spezialisierung gelockert, ohne dass es zu einem prinzipiellen Bruch gekommen wäre: Wechselseitig dienen der Ökonom und der Jurist einander in der Praxis als Partner, Berater und gegebenenfalls auch Gegner.

Die volkswirtschaftliche *Theorie* allerdings ist unter dem Einfluss der angelsächsischen Entwicklung schon seit über 150 Jahren und in den letzten Jahrzehnten in einem atemberaubenden Ausmass und Tempo thematisch und methodisch andere Wege gegangen als die Rechtswissenschaft. Anders als noch vor einer Generation ist der heutige Jurist ohne eine vollständige ökonomische Zusatzausbildung nicht mehr in der Lage, volkswirtschaftliche Theorien zu begreifen. Im besten Fall mag er Annahmen und Ergebnisse einer Analyse verstehen. Die Analysemethoden und die Kritik von Theorien und damit der selbständige Umgang mit wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen sind ihm jedoch mit Sicherheit verschlossen.

Zwei – theoriegeschichtlich in gewisser Weise miteinander zusammenhängende, aber sachlich doch deutlich voneinander unterscheidbare – Entwicklungen haben nun dazu geführt, dass sich die Wege von

Volkswirtschaftstheorie und Recht neuerdings auf ganz neue Weise in einer «Ökonomischen Theorie des Rechts» wieder kreuzen<sup>1</sup>.

Die Volkswirtschaftslehre gilt, erstens, mit einem gewissen Recht als die analytisch und methodisch am höchsten entwickelte Sozialwissenschaft. Dies ist teils theoriegeschichtlich, teils vom Gegenstand her begründet, was hier jedoch nicht weiter interessiert; das Factum als solches ist in den Sozialwissenschaften wenig bestritten. Es lag daher nahe, den theoretischen Ansatz und die hochentwickelten analytischen und empirischen Untersuchungsmethoden der Volkswirtschaftslehre auch auf andere sozialwissenschaftliche Probleme anzuwenden. Das ist in den letzten zwei bis drei Jahrzehnten ausgiebig geschehen. Es entstanden eine allgemeine ökonomische Entscheidungstheorie<sup>2</sup> und darauf basierend eine verallgemeinerte Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung<sup>3</sup> sowie zum Beispiel ökonomische Theorien der Politik<sup>4</sup>, der Geschichte<sup>5</sup> und vor allem des Individualverhaltens in allen – das heisst nicht mehr nur in wirtschaftlichen – Lebenslagen<sup>6</sup>. Nicht immer zur besonderen Freude der jeweiligen Nachbarwissenschaften, die zuweilen von einem Imperialismus der ökonomischen Theorie sprechen, konnte die Anwendung ökonomischer Theorieansätze und Analysemethoden auf nichtwirtschaftliche Probleme in vielen Fällen höchst interessante neue Erkenntnisse zu

<sup>1</sup> Vgl. hierzu die Bibliographie am Ende des Aufsatzes. Den besten Überblick vermitteln meines Erachtens die Bücher von HIRSCH (1979), POLINSKY (1983), POSNER (1977) und VELJANOWSKI (1982) für die Ökonomische Theorie des Rechts und von BUHBE (1980), FURUBOTN/PEJOVICH (1974) und MANNE (1975) für das eng benachbarte Gebiet der Ökonomischen Theorie der Handlungsrechte. Eine das ganze Gebiet umfassende Studie hat neuerdings BEHRENS (1984) vorgelegt.

<sup>2</sup> Den besten Überblick gibt meines Erachtens nach wie vor das Buch von GÄFGEN (1974). Der Titel des Buchs entspricht allerdings nicht der hier zugrunde gelegten Systematik.

<sup>3</sup> Ich würde hierzu das gesamte Gebiet der sogenannten Neuen Mikroökonomie rechnen. Grundlegend und repräsentativ dafür ist das Buch von PHELPS (1970).

<sup>4</sup> Meilensteine der Ökonomischen Theorie der Politik sind SCHUMPETER (1950), BUCHANAN/TULLOCK (1962), DOWNS (1968), HIRSCHMAN (1974), NISKANEN (1971), OLSON (1968). Die besten neueren Gesamtdarstellungen in deutscher Sprache sind BERNHOLZ/BREYER (1984), FREY (1981) und KIRSCH (1983).

<sup>5</sup> Man vergleiche dazu BORCHARDT (1977), NORTH (1981) und NORTH/THOMAS (1973).

<sup>6</sup> Ein gutes Beispiel hierfür ist BECKER (1982).

Tage fördern und ist heute aus den betreffenden Wissenschaften kaum noch wegzudenken. In diesem Zusammenhang entstand auch die Ökonomische Theorie des Rechts.

Der zweite Grund für das Entstehen einer Ökonomischen Theorie des Rechts ist die wachsende Unzufriedenheit vieler<sup>7</sup> Ökonomen mit der Entwicklung des Rechts. Kritisiert wird nicht nur die zunehmende Normdichte<sup>8</sup>, sondern vor allem auch die Qualität des neu geschaffenen Rechts.

Die zunehmende Normdichte kann im wesentlichen auf drei Ursachen zurückgeführt werden: die immer engere Interdependenz im modernen wirtschaftlichen und sozialen System, die Eigeninteressen des politisch-bürokratisch-juristischen Komplexes und den zunehmenden gesellschaftlichen Steuerungs- und Umverteilungsehrgeiz.

Die gesteigerte Interdependenz gehört zu den Kosten des modernen Wirtschaftslebens und könnte nur durch einen mehr oder weniger weitgehenden Verzicht auf seine materiellen Errungenschaften wesentlich verringert werden.

Zu den Eigeninteressen des politisch-bürokratisch-juristischen Komplexes<sup>9</sup> zählt an vorderster Stelle die Sicherung einer stabilen Selbstbeschäftigung und Machtstellung durch die Zentralisierung von Entscheidungskompetenzen und materiellen Ressourcen. Dies geschieht unter anderem dadurch, dass Privatautonomie durch Zentralisierung von Kompetenzen bei Legislative, Exekutive und Jurisdiktion und dementsprechend einvernehmliche Selbstregulierung durch Gesetz, Verwaltungsakt und Richterspruch ersetzt werden. Die Ergebnisse sind die zunehmende Normdichte und ein am Einzelfall orientiertes und die diskretionäre Intervention begünstigendes Recht, das teils notwendigerweise, teils zusätzlich beabsichtigt parteiisch und

<sup>7</sup> Die Meinungsvielfalt unter Ökonomen ist beträchtlich und betrifft auch die Einstellung zur neueren Entwicklung von Recht und Politik sowie zu den ökonomischen Theorien des Rechts und der Politik. Dies ist zu beachten, wenn im weiteren zur stilistischen Vereinfachung von «der ökonomischen Theorie» und so weiter die Rede ist.

<sup>8</sup> Vgl. für die Schweiz LINDER/SCHWAGER/COMANDINI (1985) und LINDER (1985). Diese Studie bringt sehr interessantes Material. Hinsichtlich der Interpretation kann man hingegen ganz anderer Meinung sein als die Autoren.

<sup>9</sup> Hiermit hat sich die Ökonomische Theorie der Politik seit langem beschäftigt. Grundlegend ist NISKANEN (1971).

prinzipienlos geworden ist. Es gibt nicht mehr viele Ökonomen, die daran glauben, dass Parlamentarier die selbstlosen Delegierten ihrer Wähler, Regierung und Bürokratie die selbstlosen Diener des Staats und Richter die selbstlosen Werkzeuge einer unparteiischen Gerechtigkeit seien. Die Ökonomische Theorie des Rechts sucht daher unter anderem herauszufinden, wem bestimmte Rechtsnormen wirklich nützen.

Was den zunehmenden gesellschaftlichen Steuerungs- und Umverteilungssehnsucht angeht, so ergibt er sich teilweise offensichtlich aus den zuvor genannten Eigeninteressen des politisch-bürokratisch-juristischen Komplexes. Hinzu kommt aber ein Glaube an die Machbarkeit von wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Umständen und Entwicklungen, der im Grundsatz auf den technisch-naturwissenschaftlichen Optimismus des 19. Jahrhunderts zurückgeht, damals bereits von den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften übernommen wurde und durch die keynesianische Revolution in der Nationalökonomie während nahezu vierzig Jahren zur herrschenden Lehre wurde.

Man sagt den (Staats- und Verwaltungs-)Juristen nach, dass sie jeweils die ökonomischen Theorien der vorigen Generation vertreten. So scheint es gegenwärtig tatsächlich zu sein. Während unter dem Eindruck der teilweise niederschmetternden Erfahrungen mit der aktivistischen keynesianischen Wirtschaftspolitik unter den Nationalökonomern eine sehr ernsthafte und überwiegend skeptische bis pessimistische Besinnung darüber stattfindet, was wir erkennen und folglich mit einiger Aussicht auf den gewünschten Erfolg beeinflussen können<sup>10</sup>, gebärden sich Juristen als die letzten fröhlichen Wirtschaftspolitiker und trauen sich zu, die Welt durch Paragraphen und Verwaltungsakte zu verbessern<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Grundlegend hierfür sind vor allem zahlreiche Schriften HAYEKs zum Beispiel (1972), (1975), (1976a), (1976b), (1979a). Ich selbst habe mich in den letzten Jahren verschiedentlich mit dieser Frage auseinandergesetzt. Vgl. KLEINWEFERS (1983), (1985a) und in dem Buch (1985b) vor allem die Kapitel II,1 und III,2 und 3.

<sup>11</sup> Der Begriff der Wirtschaftspolitik beziehungsweise der wirtschaftspolitischen Massnahme wird in diesem Aufsatz durchweg im wirtschaftswissenschaftlichen Sinn benutzt. Die in der schweizerischen Rechtswissenschaft und -praxis übliche zielorientierte Definition von Wirtschaftspolitik wirkt aus der folgenorientierten ökonomischen Perspektive sinnlos. Es kommt hinzu, dass die Grenzlinie zwischen den «wirtschaftspolitischen» und den «polizeilichen» Massnahmen in den letzten Jahrzehnten mit den fadenscheinigsten Begründungen ständig zugunsten der letzteren, das heisst zur Ermöglichung zusätzlicher Interventionen, verschoben worden ist.

Die Wirkungen solcher Eingriffe sind allerdings häufig unerwartet; es entstehen Kosten im weitesten Sinn, an die niemand gedacht hat. Folgeinterventionen werden erforderlich, um die unerwarteten Ergebnisse der ersten Eingriffe zu beseitigen; und am Ende entsteht ein Wirrwarr von Interventionen, den niemand so gewollt hat und dessen Funktionen und Wirkungen niemand mehr versteht<sup>12</sup>. Dieses Ergebnis ist umso frustrierender, als ja für das (staats- und verwaltungs-)rechtliche Denken die Vorstellung charakteristisch ist, dass die gesellschaftlichen Abläufe planmässig im Hinblick auf gesellschaftliche Ziele gesteuert werden sollen<sup>13</sup>. Wenn stattdessen ein planloser Wirrwarr entsteht, über dessen gesellschaftliche Zielkonformität und die dafür aufzuwendenden Kosten niemand mehr etwas sagen kann, ist dies offenbar das genaue Gegenteil von dem, was – zumindest vorgeblich – gewollt war.

Es liegt nahe, dass eine Ökonomische Theorie des Rechts versucht, die tatsächlichen Wirkungen rechtlicher Regelungen zu analysieren und gegebenenfalls vorherzusagen sowie möglichst umfassend auf ihre Kosten und Nutzen hinzuweisen. In diesem Rahmen ist es auch eine wichtige Information, wenn man sagen muss, dass die ökonomische – und möglicherweise auch keine andere – Theorie über die

<sup>12</sup> Klassische Beispiele hierfür sind die Agrarpolitik und das Gesamt«system» der Umverteilungspolitik mittels Steuern, Transfers, öffentlichen Gütern und aller Arten von sozialer Sicherung.

<sup>13</sup> Man vergleiche dazu den Verfassungsentwurf von 1977 und den begleitenden Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung. Der wesentliche Unterschied der dort vorgeschlagenen interventionistischen «offenen» Verfassung gegenüber einer klassisch-liberalen «geschlossenen» Verfassung besteht eben darin, dass in der «offenen» Verfassung «dem Staat» Ziele gesetzt werden im Vertrauen darauf, dass er in der Lage und Willens sein wird, diese Ziele durch den Einsatz eines zweckmässigen Instrumentariums planmässig zu erreichen. Die «geschlossene» Verfassung kennt keine Staatsziele und dementsprechend auch keine vertrauensvollen Aufträge an «den Staat». Ihr Zweck besteht vielmehr im Schutz des Bürgers vor dem Staat, der zwar für gewisse Funktionen notwendig ist, den sich die klassisch-liberalen Verfassungstheoretiker auf Grund der Erfahrungen mit dem Absolutismus aber sehr realistisch als macht- und ressourcenhungrige Exekutive und Bürokratie und nicht als mystisch-wohlwollende Gesamtheit aller Bürger oder neuen *pater civium* vorstellten.

Der Verfassungsentwurf hat sicherlich auch unter Juristen Kritik gefunden. Dennoch wird man sagen dürfen, dass die Vorstellung vom «Leistungsstaat» unter Juristen heute weithin herrschend ist.

Wirkungsweise vorhandener oder vorgesehener Interventionen nichts aussagen kann und dass Recht und Politik insofern im Nebel mehr oder weniger weitgehender Unwissenheit agieren.

Aus dieser Einleitung wird deutlich, dass die Ökonomische Theorie des Rechts einen guten Teil ihres impetus aus einer Frontstellung gegen naiv-interventionistische Entwicklungen des Staats- und Verwaltungsrechts bezieht. In diesem Bereich lassen sich auch die spektakulärsten Unterschiede zwischen juristischem und ökonomischem Denken feststellen. Er wird daher in der folgenden Darstellung implizit im Vordergrund stehen. Darüber sei aber nicht vergessen, dass die im weiteren behandelten Fragestellungen und Antworten der Ökonomischen Theorie des Rechts auch für das Privatrecht gelten und dass quantitativ und qualitativ die Beiträge der Ökonomischen Theorie des Rechts zum Privatrecht mindestens ebenso bedeutend sind wie diejenigen zum Staats- und Verwaltungsrecht.

Für den schweizerischen Leser sei abschliessend betont, dass sich dieser Übersichtsbeitrag im allgemeinen an die zur Hauptsache in den Vereinigten Staaten entwickelte Literatur hält und nur dort unmittelbar auf schweizerische Verhältnisse bezieht, wo dies ausdrücklich gesagt wird.

## II. Leitfragen der Ökonomischen Theorie des Rechts

Im ersten Kapitel wurde im Zusammenhang mit ihrer Entstehung bereits auf einige wichtige Fragen hingewiesen, die die Ökonomische Theorie des Rechts zu behandeln und zu beantworten sucht. Dies soll nun etwas näher ausgeführt und ergänzt werden.

Vorweg sei darauf hingewiesen, dass es in den Wirtschaftswissenschaften drei Aussagearten gibt. Analytische Aussagen sind die logischen Schlussfolgerungen aus axiomatischen Annahmen, empirische Aussagen sind mehr oder weniger begründete und überprüfte Hypothesen über die Realität, und normative Aussagen empfehlen ein bestimmtes Verhalten. Es ist wichtig, sich jeweils Klarheit über die Art einer Aussage zu verschaffen, auch wenn dies nicht immer leicht ist<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Im vierten Kapitel wird auf dieses Thema in Form eines Vergleichs von in den Rechts- beziehungsweise Wirtschaftswissenschaften vorkommenden Aussagearten zurückzukommen sein.

### 1. Welche Folgen haben Gesetze, Verwaltungsakte, Urteile und Parteivereinbarungen?

Diese Frage ist grundlegend für die Ökonomische Theorie des Rechts; denn die Antworten auf alle andern noch zu besprechenden Fragen hängen davon ab, ob zuvor diese Frage beantwortet werden konnte. Der Charakter der Fragestellung ist analytisch und empirisch; die Antworten werden also durch Modellanalysen und, wenn dies möglich ist, durch empirische Forschung gesucht.

Diese allgemeine Frage nach den Folgen rechtlicher Regulierungen hat zwei Teilaspekte.

Beim ersten Aspekt geht es um die *unmittelbaren Auswirkungen* der rechtlichen Regulierungen auf Einkommen, Vermögen und so weiter der *Direktbeteiligten*. Man kann wohl sagen, dass dies die dominierende juristische Betrachtungsweise des Problems der Folgen von rechtlichen Regulierungen darstellt; denn die unmittelbaren Auswirkungen auf die Direktbeteiligten sind die Basis für die sogenannte Fallgerechtigkeit, der sich die Rechtsetzung wie auch vor allem die Rechtsanwendung in den letzten Jahrzehnten immer ausschliesslicher verschrieben haben.

Die Perspektive ist in mehrfacher Hinsicht sehr partialanalytisch, indem die Dritt- und Systemwirkungen sowie die mittel- und längerfristigen Konsequenzen rechtlicher Regulierungen mehr oder weniger weitgehend vernachlässigt werden. Der scheinbare Vorteil der Partialanalyse ist natürlich, dass ~~es~~ so auch dem Laien möglich erscheint, mit seinem «gesunden Menschenverstand» die Auswirkungen rechtlicher Regulierungen abzuschätzen.

Diese Abschätzung der Konsequenzen rechtlicher Regulierungen erfolgt heute im wesentlichen nur noch bei der Rechtsetzung *ex ante*, das heisst im Hinblick auf ihre Beeinflussung des zukünftigen Verhaltens der «Wirtschaftssubjekte» beziehungsweise «Rechtsgenossen» und die daraus folgenden Wirkungen in der Zukunft im allgemeinen. In der Rechtsanwendung durch Justiz und Verwaltung hingegen liegt der Akzent auf einer Betrachtung des Einzelfalls *ex post*, wenn und insoweit der Fallgerechtigkeit ein höherer Stellenwert als den generellen Präzedenzwirkungen zugemessen wird. Da nun aber die Rechtsfortbildung durch die Gerichts- und Verwaltungspraxis heute eine wesentliche Rolle spielt, entsteht ein guter Teil der allgemein gelten-

den rechtlichen Regulierungen in einem Prozess, in welchem niemals ihre allgemeinen Auswirkungen ex ante umfassend bedacht worden sind.

Um diese Konsequenzen für Dritte und für das *Gesamtsystem*, und zwar nicht nur in der kurzen, sondern auch in der *mittleren und langen Frist* geht es bei dem zweiten Aspekt der Frage nach den Folgen rechtlicher Regulierungen. Es handelt sich dabei um die typisch ökonomische Fragestellung.

Den Ökonomen interessiert das Schicksal des Einzelnen wenig; selbstverständlich wird er selbst als Direktbeteiligter alle seine Kenntnisse nutzen und alles tun, um seinen Vorteil zu wahren, beziehungsweise Schaden von sich abzuwenden. Die Nationalökonomie als Wissenschaft ist jedoch davon überzeugt, dass der Einzelfall so viele Zufallselemente enthält, dass er ex ante nicht wissenschaftlich diskutiert werden kann. Der Blick des Ökonomen ist mithin nicht auf die Folgen rechtlicher Regulierungen für einen ganz konkreten Einzelfall und die durch ihn direkt betroffenen konkreten Personen gerichtet, sondern auf die durchschnittlichen Folgen solcher Regulierungen für das interdependente wirtschaftliche und gesellschaftliche System als Ganzes.

## 2. Welchen Zielen dienen rechtliche Normen?

Diese Frage hat eine ganze Reihe von interessanten Aspekten. Der Jurist pflegt sich an den Willen des historischen Gesetzgebers und/oder an die Auffassungen der zeitgenössischen Rechtsgemeinschaft zu halten, wenn er herausfinden will, welchen Zielen bestimmte rechtliche Regulierungen dienen *sollen*; und er bezweifelt im allgemeinen nicht, dass sie dies auch tatsächlich tun oder täten, wenn sie getreulich realisiert werden oder würden.

Den Ökonomen interessiert weniger, welchen Zielen rechtliche Regulierungen dienen sollen, als vielmehr, welchen Zielen beziehungsweise Interessen sie *tatsächlich* dienen. Differenzen zwischen dem Sollen und dem Sein resultieren aus falschen Funktionsprognosen bei der Rechtsetzung und -anwendung.

Die Fehler bei den Funktionsprognosen können auf mangelndes Wissen zurückzuführen sein. In diesem Fall wurde die Funktionsprognose entweder nicht seriös und unter Ausschöpfung allen relevanten Wissens durchgeführt, was angesichts der weitverbreiteten Überzeu-

gung, die Konsequenzen rechtlicher Regulierungen liessen sich ohne weiteres mit Hilfe des gesunden Menschenverstands abschätzen, oft genug vorkommt. Oder es war trotz Ausschöpfung allen relevanten Wissens nicht möglich, eine zutreffende Funktionsprognose zu erstellen, weil die Komplexität des Problems die vorhandenen Analyse-möglichkeiten überstieg. Dieser Fall kommt angesichts der Gesamtinterdependenz des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Systems häufiger vor, als der Steuerungsehrgeiz und der Wissenschaftsoptimismus vieler Zeitgenossen nicht nur unter Juristen, sondern immer noch auch unter Ökonomen wahrhaben wollen.

Fehler bei Funktionsprognosen können aber auch mit Absicht gemacht werden. Um die Adressaten zu täuschen, wird mittels der verfälschten Funktionsprognose vorgegeben, dass durch die rechtlichen Regulierungen andere Ziele erreicht werden sollen und können, als es in Wirklichkeit beabsichtigt ist. Dies gehört, wie jedermann weiss, zum täglichen Brot politischer Praxis.

Die Ökonomische Theorie des Rechts versucht nun, Differenzen zwischen Zielen und Wirkungen rechtlicher Regulierungen aufzudecken und auf eine der drei genannten Ursachen zurückzuführen.

Damit ist das Thema der Ziele für den Ökonomen jedoch noch bei weitem nicht erschöpft. Die Analyse der Zielkonformität rechtlicher Regulierungen umfasst nämlich auch die Kosten, die für die Zielerreichung aufzuwenden sind. Kosten sind für den Ökonomen grundsätzlich sogenannte *opportunity costs*. Darunter versteht man den Verzicht auf den Nutzen der nächstbesten Alternative  $A_2$ , der notwendig wird, wenn man die Alternative  $A_1$  realisiert und eben deswegen  $A_2$  nicht realisieren kann. Das Konzept der *opportunity costs* ist für die Nationalökonomie im allgemeinen und für die Ökonomische Theorie des Rechts im besonderen von fundamentaler Bedeutung.

Um die *opportunity costs* einer rechtlichen Regulierung (also einer Alternative  $A_1$ ) zu ermitteln, muss man also den Nutzen der nächstbesten Massnahme ( $A_2$ ) kennen. Um aber zu wissen, welche die nächstbeste Alternative ist, muss man den Nutzen aller Alternativen ( $A_1, \dots, A_n$ ) kennen. Um nun den gesellschaftlichen Nutzen der verschiedenen Alternativen zu kennen, muss man über ein wohldefiniertes gesellschaftliches Zielsystem verfügen und wissen, wie sich alle einzelnen Alternativen auf dieses gesellschaftliche Zielsystem im Detail auswirken.

Hundert Seiten würden nicht genügen, um auch nur annähernd die Komplikationen auszuloten, die mit der Frage nach den gesellschaftlichen opportunity costs verbunden sind. Das Ergebnis dieser Analyse wäre, dass in den allermeisten Fällen die opportunity costs einer rechtlichen Regulierung auch nicht annähernd bekannt sind. Man weiss mit andern Worten nicht, ob diese Regulierung die «Wohlfahrt der Gesellschaft» – was immer das auch sei – erhöht oder senkt und wenn sie sie erhöht, ob es nicht andere Massnahmen mit noch günstigeren Wirkungen gäbe. Dies ist der Grund, warum heute viele Ökonomen dem politischen, rechtlichen und administrativen Interventionismus so skeptisch gegenüberstehen.

Juristen kennen dieses Problem unter dem Namen «Verhältnismässigkeit». Eine staatliche Intervention ist verhältnismässig,

- wenn sie geeignet erscheint, das im öffentlichen Interesse (was auch immer das heissen mag) anvisierte Ziel zu erreichen (wobei die Überprüfung der direkten Zielkonformität, ökonomisch gesehen, alles andere als trivial ist),
- wenn sie nicht weitergeht, als es zur Zielerreichung notwendig ist (eine Frage der Dosierung, die, ökonomisch gesehen, noch viel schwieriger zu beantworten ist als die Frage der Zielkonformität),
- wenn zwischen dem anvisierten Ziel und den Nebenwirkungen des Eingriffs ein vernünftiges Verhältnis besteht (damit läuft man voll in das Problem der opportunity costs hinein).

Wie man aus den Anmerkungen in den Klammern entnehmen kann, ist der Begriff der Verhältnismässigkeit aus der Sicht des Ökonomen bedeutend komplexer, als seine Verwendung durch den Juristen ahnen lässt<sup>15</sup>. Die Prüfung der Verhältnismässigkeit in dem umfassenden Sinn der opportunity costs, so schwierig diese auch zu operationalisieren sind, ist aus ökonomischer Sicht bei jeder rechtlichen Regulierung und sonstigen Intervention unerlässlich; denn aus ökonomischer Sicht besteht die wichtigste<sup>16</sup> Rechtfertigung für Inter-

<sup>15</sup> Meines Erachtens ist der Begriff der Verhältnismässigkeit der ökonomischste aller juristischen Begriffe und damit zugleich ein potentiell Scharnier zwischen Rechts- und Wirtschaftswissenschaft. Er wäre – wie auch andere juristische Schlüsselbegriffe – eine gründliche interdisziplinäre Analyse wert.

<sup>16</sup> Damit werden Gruppen- und Umverteilungsziele und so weiter nicht negiert, sondern nur ins zweite Glied gestellt.

ventionen darin, dass glaubhaft gemacht werden kann, dass sie der Gesellschaft per Saldo mindestens nützen und zwar möglichst mehr als alternative Massnahmen.

Es mag nützlich sein, darauf hinzuweisen, dass eine Prüfung der Verhältnismässigkeit aus der kurzfristigen Perspektive der direktbetroffenen Gruppen – so wird das «öffentliche» Interesse nämlich nicht selten ausgelegt – natürlich sehr viel einfacher ist und im allgemeinen ein völlig anderes Bild ergibt, als wenn man eine mittel- und längerfristige gesellschaftliche Perspektive, so schwierig diese auch zu definieren ist, zugrunde legt. Ein Paradox der gegenwärtigen Diskussion besteht darin, dass man die Perspektive der direktbetroffenen Individuen oder Gruppen als «sozial» bezeichnet und die gesellschaftliche Perspektive im Sinne einer System- oder Prinzipiengerechtigkeit ethisch disqualifiziert<sup>17</sup>.

Es ist wichtig zu sehen, welchen Charakter die Aussagen in diesem Abschnitt hatten. Bei der Frage nach allfälligen Differenzen zwischen Zielen und Wirkungen geht es unzweifelhaft um analytische und empirische Probleme.

Die Analyse der Kosten rechtlicher Regulierungen hat hingegen in zweifacher Weise einen normativen Einschlag. Zum einen ist die blosser Einbringung des Aspekts der gesellschaftlichen Kosten für den Ökonomen, dessen Grundproblem der vernünftige Umgang mit knappen Ressourcen ist, zwar ganz selbstverständlich. Für Leute, die diese Welt fälschlicherweise bereits mit dem Schlaraffenland gleichsetzen oder die gewohnt sind, nicht nur bei privaten, sondern auch bei politischen, rechtlichen und administrativen Entscheidungen Kosten nur dann in ihre Überlegungen einzubeziehen, wenn sie selbst dafür aufkommen müssen, gilt dies hingegen nicht. Zum andern ist der spezielle volkswirtschaftliche Begriff der opportunity costs sowohl in abstracto (Man könnte sich andere Kostenbegriffe vorstellen.) als auch in concreto (Die opportunity costs sind immer auf ein ganz bestimmtes Zielsystem bezogen.) ein normatives Konzept.

Nun sind Normen zwar nicht beweisfähig, aber sehr wohl begründungsfähig. Eine nähere Betrachtung würde zeigen, dass sowohl die Einbringung des gesellschaftlichen Kostenaspekts als auch das Konzept der opportunity costs Normen sind, die auf einem recht soliden

<sup>17</sup> Vgl. dazu auch WEIZSÄCKER (1983).

Fundament von Tatsachen und weithin geteilten ethischen Grundwerten beruhen. Anhänger alternativer Normen dürften in einer Diskussion einen sehr schweren Stand haben.

### 3. *Wie sind das Recht und seine Anwendung unter dem Gesichtspunkt der Effizienz zu beurteilen?*

In der ökonomischen Theorie wird das Recht sehr oft am Massstab der Effizienz gemessen und dann wegen seiner Ineffizienz beziehungsweise wegen seiner die Effizienz hemmenden Auswirkungen kritisiert. Ich glaube allerdings nicht, dass diese Argumentation zu den besonderen Stärken der Ökonomischen Theorie des Rechts gehört und dies aus zwei Gründen. Der Effizienzbegriff der Nationalökonomie ist keineswegs klar und eindeutig. Zudem ist er normativ und kann gerade in den Varianten, in denen er am häufigsten verwendet wird, ethisch keineswegs als nahezu unumstritten gelten. Diese beiden Punkte sollen im weiteren etwas näher ausgeführt werden.

Unter Effizienz im allgemeinsten Sinn versteht man die Zweckmässigkeit – oder anspruchsvoller: Optimalität – von Massnahmen, Regulierungen oder Institutionen im Hinblick auf ein Zielsystem. Damit ist klargestellt, was in der ökonomischen Debatte im allgemeinen nicht genügend deutlich gemacht, oft wohl nicht einmal gesehen wird, dass es sich bei der Effizienz ebenso wie bei den opportunity costs um ein relatives Konzept handelt. Wenn man wissen will, was im konkreten Fall unter Effizienz zu verstehen ist, muss man das zugrunde gelegte Zielsystem kennen. Leute mit verschiedenen Zielsystemen haben unterschiedliche Vorstellungen von Effizienz.

In volkswirtschaftlichen Zusammenhängen – und nur von solchen ist in der Ökonomischen Theorie des Rechts die Rede – ist die Effizienz auf ein gesellschaftliches Zielsystem bezogen. Nun kann man mittels der ökonomischen Theorie zeigen, dass wohldefinierte gesellschaftliche Zielsysteme – ausser in extremen Notsituationen – nicht möglich sind. Einerseits verhindert nämlich die Gesamtinterdependenz des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Systems die klare Unterscheidung von Zielen und Mitteln und dadurch die Bildung von Zielhierarchien<sup>18</sup>. Zum andern sind die Probleme der sachlichen und personellen Aggregation unlösbar<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Vgl. dazu schon MYRDAL (1933) sowie später grundlegend und sehr ausführlich LUHMANN (1973).

Wenn Ökonomen das Recht am Massstab *der* Effizienz messen, müssen sie also offenbar etwas anderes im Sinn haben als das zuvor als relativ und in seiner gesellschaftlichen Variante als inexistent bezeichnete allgemeine Effizienzkonzept. In der Tat taucht die Effizienz in der Ökonomischen Theorie des Rechts vor allem in fünf speziellen Ausprägungen auf, nämlich als Produktionseffizienz, Konsumentenrente, Paretoeffizienz, Internalisierung und Transaktionskosten. An diesen fünf Beispielen kann man die Verengung des ökonomischen Effizienzbegriffs leicht klarmachen. Die Argumentation gilt analog auch für weitere spezielle Effizienzkonzepte, wie sie in der Ökonomischen Theorie des Rechts und anderen Bereichen der ökonomischen Theorie vorkommen.

Produktions- beziehungsweise allokatationseffizient sind alle diejenigen Massnahmen, die bei gegebener Verteilung und gegebenen Präferenzen, beziehungsweise ungeachtet der Verteilung und der Präferenzen, die volkswirtschaftliche Produktion erhöhen. Das spezielle Werturteil, welches hinter diesem Effizienzkonzept steckt, ist offensichtlich, dass es in jedem Fall gut ist, den volkswirtschaftlichen Kuchen zu vergrössern, ungeachtet an wen er verteilt und wem er dann schmecken wird. Ein solches Effizienzkonzept mag in armen Gesellschaften unter Umständen sinnvoll sein; daran dass es in unserer Gesellschaft keineswegs allgemein geteilt wird, kann kein Zweifel bestehen. Zwar sind die Mittel auch in unserer Gesellschaft relativ zu den Bedürfnissen knapp. Insofern ist es sehr berechtigt, wenn die Ökonomen bei der Analyse der opportunity costs darauf hinweisen, dass rechtliche Regulierungen oft zu Einbussen beim Sozialprodukt führen. Aber dies ist nur eines von vielen Beurteilungs- und Entscheidungskriterien, und es ist zumindest missverständlich, wenn in diesem Zusammenhang von *der* Effizienz die Rede ist.

Die Konsumentenrente ist ein theoretisches Konzept, mit dessen Hilfe der Nutzen eines Marktes für die Konsumenten analysiert werden kann. Man kann nun die Folgen rechtlicher Regulierungen von Konsumentenmärkten für die Höhe der Konsumentenrente untersuchen. Dabei stellt man sehr häufig fest, dass es die Konsumenten selbst

<sup>19</sup> Vgl. dazu grundlegend ARROW (1951), woran sich eine bis heute andauernde Diskussion angeschlossen hat, über die man sich im Überblick bei GÄRGEN (1974) orientieren kann.

sind, die die Kosten für Massnahmen zu tragen haben, die angeblich zu ihren Gunsten ergriffen werden und von denen der Gesetzgeber glaubt oder zumindest behauptet, dass sie zu Lasten der Produzenten gehen. Man kann daraus in vielen Fällen schliessen, dass die Konsumenten selbst, wenn ihnen die Zusammenhänge klar wären, diesen Massnahmen nicht zustimmen würden. Es handelt sich also um ein Beispiel zu dem oben diskutierten Problem der falschen Funktionsprognosen. Es ist zweifellos legitim und nützlich, wenn der Ökonom auf die opportunity costs von rechtlichen Regulierungen in der Form einer Einbusse an Konsumentenrente hinweist. Ob dies hingegen das einzige legitime Kriterium zur Beurteilung der betreffenden Regulierungen ist oder ob es noch weitere legitime Kriterien gibt, ist eine andere Frage, die man in dieser Allgemeinheit nicht beantworten kann. Deswegen ist auch die Gleichsetzung von Effizienz mit Erhöhung beziehungsweise Maximierung der Konsumentenrente fragwürdig.

Eine Massnahme ist paretoeffizient, wenn sie jemanden besser stellt, ohne sonst jemanden schlechter zu stellen. Dieses sogenannte Paretokriterium geniesst unter Nationalökonomien ein sehr grosses Ansehen, da es bei der Beurteilung rechtlicher und politischer Interventionen ohne ein gesellschaftliches Zielsystem auskommt. Die gesellschaftliche Wohlfahrt wird durch eine Intervention nach dem Paretokriterium erhöht, wenn niemand dagegenstimmt. Da aber in der Realität wohl jede rechtliche oder politische Intervention Umverteilungsaspekte hat, das heisst also, irgendjemanden oder irgendwelche Gruppen schlechter stellt, lautet der Ratschlag der Ökonomen, die sich dem Paretokriterium verschrieben haben, man müsse auf Interventionen aller Art so weit wie möglich oder überhaupt verzichten. Stattdessen solle man die Regelung aller Fragen und Probleme der freiwilligen Vereinbarung, insbesondere dem Markt, überlassen; denn freiwillige Vereinbarungen entsprächen ex definitione dem Paretokriterium. Dieser Ratschlag gilt allerdings nur unter sehr speziellen Voraussetzungen vor allem bezüglich der Information der Beteiligten, der Abwesenheit von Externalitäten<sup>20</sup> und Transaktionskosten<sup>21</sup> und

<sup>20</sup> Externe Effekte sind solche positiven beziehungsweise negativen Wirkungen von Entscheidungen, für die derjenige, der die Entscheidung getroffen hat, nicht belohnt wird beziehungsweise für die er nicht einzustehen hat.

nur wenn die Ausgangsverteilung akzeptiert wird. Diese Voraussetzungen sind weder faktisch gegeben noch ethisch allgemein anerkannt. Die Paretoeffizienz lenkt den Blick auf bestimmte – keineswegs alle! Vgl. auch Abschnitt II,5 – Vorzüge freiwilliger Selbstregulierung und betrifft damit einen Aspekt, der im Recht mehr und mehr übersehen wird. Sie ist jedoch weit davon entfernt, ein unbestrittenes Kriterium zur Beurteilung rechtlicher Regulierungen zu sein.

Die Abwesenheit von Externalitäten ist, wie gerade erwähnt, eine wichtige Voraussetzung dafür, dass freiwillige Vereinbarungen paretoeffizient sind. In partialanalytischer Betrachtungsweise wird daher die Effizienz des Rechts oft auch einfach danach beurteilt, ob es die Internalisierung der Entscheidungsfolgen beim Entscheidungsträger fördert oder behindert.

Die Frage der Externalitäten hängt nun wieder aufs Engste mit der Qualität der Handlungsrechte<sup>22</sup> und der Höhe der Transaktionskosten bei der Übertragung von Handlungsrechten zusammen; beide werden massgeblich durch rechtliche Regulierungen beeinflusst. Je vollständiger<sup>23</sup> die Handlungsrechte und je niedriger die Transaktionskosten sind, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit von externen Effekten et vice versa<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Unter Transaktionskosten versteht man die Funktionskosten von Austauschprozessen im weitesten Sinne des Wortes; im Fall eines Vertrags zum Beispiel die Kosten vor Vertragsabschluss (Information, Evaluation, Verhandlungen), des Vertragsabschlusses (besondere Formen, Gebühren, Steuern) und nach Vertragsabschluss (Organisation, Kontrolle, Durchsetzung). Der Begriff ist grundlegend für die Ökonomische Theorie des Rechts.

<sup>22</sup> Mit «Handlungsrechte» wird hier der englische Begriff «property rights» übersetzt. Es handelt sich dabei um einen umfassenden Begriff für alle dem Individuum zukommenden Freiheits-, Verhaltens-, Verfügungs- und Nutzungsrechte und so weiter. Handlungsrechte definieren den Handlungsspielraum eines Aktors und grenzen ihn von den Handlungsspielräumen anderer Individuen und Kollektive ab.

<sup>23</sup> Unter Vollständigkeit versteht man, dass alle an einem (knappen) Gut möglichen Rechte genau identifizierbaren Aktoren zukommen (und auch durchgesetzt werden). Von unvollständigen (oder abgeschwächten) Handlungsrechten spricht man dann, wenn die Handlungsrechte nicht restlos auf genau identifizierbare Aktoren aufgeteilt sind, wenn «zusammengehörige» Handlungsrechte verschiedenen Aktoren zugeteilt sind und wenn Handlungsrechte zwar formal zugeteilt sind, aber nicht durchgesetzt werden.

<sup>24</sup> Dies war das Thema des berühmten und für die Ökonomische Theorie des Rechts grundlegenden Aufsatzes von R. H. COASE, The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, Vol. 3, 1960. Deutsche Übersetzung in ASSMANN, KIRCHNER, SCHANZE (1978).

Der freiwillige Austausch von Gütern, Leistungen und Rechten erhöht die Effizienz nach dem Paretokriterium. Nun verursacht dieser Austausch, beziehungsweise verursachen alle Arten von Verhaltens(änderungen) Transaktionskosten beziehungsweise Verhaltens(änderungs)kosten. Sind die Transaktionskosten zum Beispiel auf Grund von rechtlichen Regulierungen hoch, so behindern sie die optimale Anpassung an die gegebenen (beziehungsweise sich ändernden) Verhältnisse im allgemeinen und den nutzenerhöhenden Austausch im besonderen und damit die Effizienz. Rechtliche Regulierungen werden daher von Ökonomen oft unter dem Aspekt ihrer Wirkungen auf die Transaktionskosten beurteilt.

Diese und andere Effizienzkonzepte, wie sie in der Ökonomischen Theorie des Rechts verwendet werden, bringen Aspekte ins Spiel, die bei der rechtlichen Würdigung häufig und zuweilen geradezu systematisch vernachlässigt werden. Insofern sind sie nützlich. Als alleinige Kriterien taugen sie jedoch nicht. Es gibt keine abschliessende Wertung rechtlicher Regulierungen «vom ökonomischen Standpunkt»; es gibt jedoch nützliche ökonomische Beiträge zur Erarbeitung eines Gesamturteils. Diese Beiträge resultieren aus der Analyse der tatsächlichen Folgen, Ziele und Kosten rechtlicher Regulierungen und umfassen auch die konkreten Teilaspekte des Effizienzproblems. Mit der undifferenzierten und ausschliesslichen Verwendung eines allgemeinen Effizienzkonzepts läuft man hingegen in offene Messer der Kritik und bringt sich selbst um die Wirkung ansonsten guter oder zumindest bedenkenswerter Argumente.

#### 4. *Wie müsste ein Recht aussehen, das am Ziel der Effizienz orientiert wäre?*

Nach dem zuvor über den Effizienzbegriff Gesagten erübrigen sich lange Erörterungen zu dieser Frage. Sie wird hier separat aufgeführt, weil es viele Vorschläge von ökonomischer Seite bezüglich der «effizienten» Gestaltung dieser oder jener rechtlicher Regulierungen gegeben hat. Solche Vorschläge sind zweifellos legitim, auch wenn sie von juristischer Seite im allgemeinen nicht gerade begrüsst werden.

Wenn solche Vorschläge allerdings ausschliesslich vom Standpunkt einer ökonomischen Effizienz gemacht werden, setzen sie sich der Kritik an jeder Partialanalyse im allgemeinen und dem Vorwurf normativer Einseitigkeit oder gar Irrelevanz im besonderen aus. Versucht

der Ökonom hingegen, seine Vorschläge durch eine analytische und normative Gesamtbetrachtung zu fundieren, so wird er an den Grenzen der wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnis und an den Problemen gesellschaftlicher Zielsysteme scheitern. Kann der ökonomische Beitrag zum Recht nur kritisch, aber nicht konstruktiv sein? Der Skeptiker wird diese Frage bejahen. Der Pragmatiker hingegen wird es trotz der genannten Begrenzungen des ökonomischen Raisonnements für nützlich halten, wenn auch die Stimme des Ökonomen bei der Fortentwicklung des Rechts zu Gehör kommt, und zwar möglichst mehr, als dies gegenwärtig der Fall ist.

#### 5. *Recht und Evolution*

Die Betonung der sehr engen Grenzen der Erkenntnis in den Sozialwissenschaften hat zu einer neuen Einstellung der Nationalökonomie zur geschichtlichen Entwicklung im allgemeinen und zur Rechtsentwicklung im besonderen geführt. Man kann eine Entwicklung nachträglich «vernünftig» interpretieren. Man kann sie sogar erstaunlich oft auf eine Änderung der ökonomischen Verhältnisse zurückführen. Insofern sind viele Ökonomen heute durchaus Anhänger einer (nicht-marxistischen) materialistischen Geschichtsauffassung. Dabei fehlt jedoch jeglicher Determinismus; denn man kann eine Entwicklung nur höchst unvollkommen vorhersagen. Eher ist es möglich zu sagen, welches Potential eine Situation enthält und welches nicht, welche Entwicklungen also möglich erscheinen und welche nicht. Welche der im Potential enthaltenen Möglichkeiten schliesslich realisiert wird, weiss man hingegen nicht. Ebenso wenig ist es möglich, die Entwicklung zu steuern. Allenfalls mag es gelingen, besonders unerwünschten Entwicklungen den Weg zu verlegen.

Welche Relevanz haben diese Ausführungen für das vorliegende Thema? Mangels genügender Erkenntnismöglichkeiten und Funktionsprognosen ist das Recht aus der Sicht des Ökonomen viel weniger verfügbar als für viele zeitgenössische Juristen<sup>25</sup>. Auch für den

<sup>25</sup> Man vergleiche dazu noch einmal den Verfassungsentwurf von 1977 und den begleitenden Bericht der Expertenkommission; ferner im Umfeld der damaligen Diskussion sehr ausführlich und prononciert WERDER (1978). Eigenartigerweise vertritt sogar ein Systemtheoretiker wie LUHMANN (1981) diese Position; meines Erachtens

Ökonomen beruht das geltende Recht auf drei Quellen, nämlich dem Glauben an bestimmte Werte, der Tradition und der zielbewussten («rationalen») Gestaltung<sup>26</sup>. Während sich jedoch in der Rechtswissenschaft der Glaube an die Verfügbarkeit und die zielbewusste Gestaltbarkeit des Rechts auf einem Höhepunkt zu befinden scheint und gemeinsame Überzeugungen und Traditionen der Rechtsgemeinschaft entweder verdrängt oder als der höheren Weihe der positiven Kodifikation bedürftig angesehen werden, sieht man in der Nationalökonomie die Tradition neuerdings wieder in einem anderen Licht<sup>27</sup>.

Die gesellschaftliche Evolution ist nach Hayek ein Prozess von Versuch und Irrtum, in welchem, jeweils abhängig von den materiellen Bedingungen im weitesten Sinne, Lebensweisen und die dazu gehörenden Institutionen und rechtlichen Regulierungen ausprobiert werden. Taugliche Versuche setzen sich durch, werden beibehalten und gehen in die Tradition ein, und zwar häufig ohne dass man wüsste, warum sie sich als tauglich erwiesen haben. Untaugliche Versuche werden abgebrochen, sei es dass die betreffenden Menschen die Mängel selbst erkennen und das Experiment beenden, sei es dass sie von andern verdrängt werden, die sich bessere Institutionen und Regeln gegeben haben.

Damit nun die Möglichkeiten für diesen Prozess von Versuch und Irrtum und mithin die Chancen, taugliche Antworten auf die Probleme der Zeit zu finden, erhalten bleiben, muss die rechtliche Entwicklung dezentralisiert und im Wettbewerb erfolgen. Ökonomen

tens im klaren logischen Widerspruch zu vielen seiner eigenen Erkenntnisse in LUHMANN (1973).

Es versteht sich und braucht hier nicht näher nachgewiesen zu werden, dass der Rechtspositivismus in der langen Geschichte des Rechts immer noch ein relativ junges Phänomen ist, in sehr unterschiedlichen Nuancen auftritt und bis auf den heutigen Tag der Kritik innerhalb der Rechtswissenschaft unterliegt. Das ändert nichts daran, dass er, aufs Ganze gesehen, heute die herrschende Lehre und Praxis ist.

<sup>26</sup> Vgl. einerseits LUHMANN (1981) und andererseits HAYEK (1979b). Ein äusserst interessanter Ansatz zur vernünftigen Fundierung einer zeitungebundenen Ethik und damit eine vierte mögliche Quelle des Rechts finden sich bei RAWLS (1971). Der Ansatz hat in der ökonomischen Theorie Vorläufer und ist auch von der Nationalökonomie bereitwillig wieder aufgegriffen worden.

<sup>27</sup> Vgl. HAYEK (1969a), (1969b), (1969c), (1971), (1979b), (1980 und 1981).

haben nicht nur deswegen eine Vorliebe für das disponible Recht, weil die freie Vereinbarung unter bestimmten Voraussetzungen das Paretokriterium erfüllt, sondern auch, weil im Rahmen des disponiblen Rechts dezentral neue Institutionen und Regeln ausprobiert werden können, die im Fall der Bewährung der ganzen Rechtsgemeinschaft zur Verfügung stehen, im Falle des Misserfolgs hingegen ohne grosse Kosten für die Gesamtgesellschaft einfach fallen gelassen werden.

Die gegenwärtige Rechtsentwicklung mit ihrer Sucht zur zentralen Kodifikation widerspricht diesem Modell der evolutionären Selektion in mehrfacher Weise. Das zentrale Vorgehen schränkt den Bereich der ausprobierten Möglichkeiten drastisch ein. Es können nämlich nicht nebeneinander zahlreiche verschiedene Versuche gemacht werden; die Möglichkeit von Experimenten besteht vielmehr nur in der zeitlichen Abfolge. Fehlentwicklungen können sich bei zentralem auch wesentlich länger als bei dezentralem Vorgehen halten, da sie von der zentralen Macht und ihren Ressourcen am Leben gehalten werden, wohingegen die Ressourcen dezentraler Entscheidungsträger sehr viel schneller erschöpft sind. Die Kosten gescheiterter Experimente trägt bei zentralem Vorgehen die Gesellschaft insgesamt; sie werden also von den für die Entscheidungen Verantwortlichen externalisiert. Die Kosten gescheiterter Experimente bei dezentralem Vorgehen tragen hingegen weitgehend, wenn auch oft nicht ausschliesslich die Verantwortlichen selbst. Es ist klar, was dies für die Lernbereitschaft und das Lerntempo bedeutet. Die Gefahr des Scheiterns ist also bei zentralem grösser als bei dezentralem Vorgehen; und ein Scheitern betrifft die gesamte Gesellschaft und nicht nur einige Individuen, die zudem sofort die Chance des Neubeginns unter Übernahme der bereits vorhandenen besseren Institutionen und Regeln haben.

Auf Grund des hier skizzierten Gedankengangs dürfte einleuchten, dass es Ökonomen gibt, die sich fragen, wie ein Recht aussehen müsste, das den Prozess der evolutionären Selektion möglichst fördert und zugleich seine Kosten für die Gesellschaft möglichst niedrig hält.

### III. Grundlegende Aussagen der Ökonomischen Theorie des Rechts

Im weiteren sollen nun die wichtigsten Antworten skizziert werden, die die Ökonomische Theorie des Rechts auf die zuvor diskutierten Leitfragen zu geben sucht. Um Wiederholungen möglichst zu vermeiden und den Umfang dieses Aufsatzes nicht über Gebühr auszudehnen, werde ich mich dabei kurz fassen.

1. Die Ökonomische Theorie des Rechts zeigt durch logische und empirische Analysen den Einfluss rechtlicher Regulierungen auf das Verhalten der Einzelnen (direkt oder indirekt Betroffenen).

Um was es hier geht, lässt sich am einfachsten mit Hilfe der Entscheidungsmatrix für ein Individuum darstellen.

	$K_1$	$K_2$	.....	$K_m$
$A_1, R_1$				
.				
$A_1, R_n$				
$A_2, R_1$				
.				
$A_2, R_n$				
.				
.				
.				
$A_k, R_1$				
.				
$A_k, R_n$				

In der Matrix sind  $K_1, \dots, K_m$  die Kriterien, anhand derer das betrachtete Individuum die verschiedenen Verhaltensalternativen beurteilt. Dahinter stecken die Ziele dieses Individuums. Die Ökonomische Theorie des Rechts geht davon aus, dass in einer gegebenen Gesellschaft die Ziele der Menschen im Durchschnitt – und nur dafür

interessiert sich der Ökonom – ziemlich ähnlich sind, dass es also möglich ist, die Kriterien  $K_1, \dots, K_m$  mit einem genügend grossen Grad von Repräsentativität festzustellen.

$A_1, \dots, A_k$  sind verschiedene Verhaltensweisen des betrachteten Individuums.

$R_1, \dots, R_n$  sind alternative rechtliche Regulierungen.

In der Entscheidungsmatrix wird nun das betrachtete Individuum die verschiedenen ihm zur Verfügung stehenden Verhaltensmöglichkeiten  $A_1, R_1 \dots A_k, R_n$  mit Hilfe der Kriterien  $K_1, \dots, K_m$  bewerten und sich dann für eine dieser Alternativen entscheiden.

Die wesentlichen Aussagen der Ökonomischen Theorie des Rechts zu diesem Problem lauten nun,

- dass die Art der rechtlichen Regulierung (R) die Art der Verhaltensweise (A) (mit)bestimmt – bis hierhin ist die Aussage trivial.
- dass die Art der rechtlichen Regulierung (R) die Art der Verhaltensweise (A) (mit)bestimmt – Bis hierhin ist die Aussage trivial. –,
- dass mit Hilfe der ökonomischen Theorie vorausgesagt werden kann, welche Alternative (A) bei welcher Regulierung (R) im Durchschnitt von den Leuten gewählt wird
- und dass dieser Einfluss der rechtlichen Regulierung (R) auf die Handlungsweise (A) häufig ein anderer ist, als dies von der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung beabsichtigt und vermutet wird.

Der Einfluss der rechtlichen Regulierungen auf das Verhalten wird dadurch vermittelt, dass Kosten und Nutzen und damit der Wert einer bestimmten Verhaltensweise (A) für den Einzelnen durch alternative rechtliche Regulierungen (R) jeweils verändert werden. Man nennt dies auch die Anreizwirkungen oder incentives des Rechts. Die Ökonomische Theorie des Rechts macht Aussagen über die Anreizstruktur des Rechts und leitet daraus seine Verhaltenswirkungen ab.

Solche Aussagen können analytisch sein, das heisst auf der Basis einer Reihe von in diesem Zusammenhang nicht untersuchten Axiomen erfolgen. Sie können empirisch sein und ex post tatsächlich beobachtetes Verhalten analysieren und erklären. Auf der Basis der analytischen und empirischen Erkenntnisse können Prognosen gemacht werden, wie die Leute auf bestimmte rechtliche Regulierungen reagieren werden.

Für normative Aussagen, das heisst für Empfehlungen an den Gesetzgeber und Rechtsanwender, reichen diese Erkenntnisse allerdings noch nicht aus. Dazu bedarf es zusätzlich einer Analyse der Systemwirkungen und normativer Beurteilungskriterien.

2. *Die Ökonomische Theorie des Rechts zeigt durch logische und empirische Analysen die Systemwirkungen, die durch den Einfluss rechtlicher Regulierungen auf das Verhalten der Einzelnen hervorgerufen werden.*

Durch rechtliche Regulierungen wird das Verhalten der Direktbetroffenen verändert. Dadurch wird eine neue Lage für alle diejenigen geschaffen, die mit den Direktbetroffenen in Beziehungen stehen. Sie werden auf diese neue Lage reagieren und ihrerseits ihr Verhalten verändern und so weiter.

Durch die Gesamtinterdependenz pflanzen sich die ursprünglichen Impulse durch das ganze wirtschaftliche und gesellschaftliche System fort, führen zu Rückwirkungen bei den ursprünglich Direktbetroffenen und so weiter, bis am Ende ein Gesamtergebnis resultiert, das unter Umständen sehr verschieden von den kurzfristigen Wirkungen auf die Direktbetroffenen sein kann. An diesem Gesamtergebnis sind die rechtlichen Regulierungen zu messen.

Zu seiner Analyse reicht der «gesunde Menschenverstand» im allgemeinen bei weitem nicht aus. Es bedarf vielmehr einer brauchbaren Verhaltenstheorie, um die durchschnittlichen individuellen Reaktionen auf die rechtlichen Regulierungen vorherzusagen, und einer Systemtheorie, um die durch individuelle Verhaltensänderungen ausgelösten Wirkungsketten zu erkennen.

Die Nationalökonomie verfügt über eine solche Theorie des Individualverhaltens, die im Prinzip Erkenntnisse darüber zulässt, wie die Menschen im Durchschnitt auf rechtliche Regulierungen reagieren. Sie verfügt auch über eine Systemtheorie, die es im Prinzip ermöglicht, die komplizierte Fortpflanzung der individuellen Ausweichreaktionen, Überwälzungs-, Ex- und Internalisierungsprozesse und die daraus resultierenden Dritt- und schliesslich Systemwirkungen zu verfolgen. «Im Prinzip», denn es versteht sich, dass diese Individualreaktionen und Systemwirkungen in der Realität häufig äusserst schwierig auch nur tendenziell abschätzbar und in vielen Fällen überhaupt unbekannt sind.

Dies meint man, wenn man davon spricht, dass wirtschafts- und gesellschaftspolitische Entscheidungen im allgemeinen in einer Situa-

tion essentieller Ungewissheit gefällt werden müssen. Die ökonomische Entscheidungstheorie gibt jedoch Hinweise, welche Verhaltensweisen in solchen Situationen essentieller Ungewissheit möglich sind und welche Eigenschaften sie besitzen.

3. *Aus den tatsächlichen Einzel- und Systemwirkungen leitet die Ökonomische Theorie des Rechts Aussagen darüber ab, wem rechtliche Regulierungen nützen und wem sie schaden, und vergleicht diese Erkenntnisse mit den wirklich oder vorgeblich beabsichtigten Wirkungen.*

4. *Die Ökonomische Theorie des Rechts analysiert Massstäbe zur Beurteilung des Rechts, misst das Recht daran und schlägt Änderungen vor.*

Grundsätzlich gilt, dass der Ökonom eine rechtliche Regulierung nicht nach den kurzfristigen Wirkungen auf die direktbeteiligten Individuen, also nach der sogenannten Fallgerechtigkeit, beurteilt, sondern nach den durchschnittlich zu erwartenden mittel- bis langfristigen Systemwirkungen. Man könnte sagen, der allgemeine Beurteilungsmassstab des Ökonomen sei eine Art System- oder Prinzipiengerechtigkeit<sup>28</sup>.

Ein weiteres wichtiges Ergebnis der ökonomischen Theorie ist der vorher auf S. 94 bereits erwähnte Nachweis, dass es wohldefinierte gesellschaftliche Zielsysteme – ausser in extremen Notsituationen – nicht geben kann. Es wäre an der Zeit, dass das breite Publikum, die Politiker und Juristen, aber auch immer noch beträchtliche Teile der Wirtschaftswissenschaften von dieser Erkenntnis Notiz nähmen. Die ganze Idee der gesellschaftlichen Planung und Steuerung und eben auch der rechtlichen Regulierung würde ihnen dann in einem anderen Licht erscheinen.

Anstelle der unmöglichen Idee eines gesellschaftlichen Zielsystems schlagen die Ökonomen als Beurteilungsmassstab verschiedene Kosten-, Nutzen- und Effizienzkonzepte vor. Der Wert dieser Vorschläge besteht darin, dass sie den Akzent auf Kriterien legen, die von der Rechtswissenschaft häufig vernachlässigt werden. Irgendeine Allgemeinverbindlichkeit kommt diesen normativen Vorschlägen der Ökonomen aber nicht zu; und es ist zu bemerken, dass sie teilweise beträchtliche konzeptionelle Probleme beinhalten, die in der ökonomischen Diskussion selbst nicht immer klar genug gesehen und wor-

<sup>28</sup> Vgl. dazu auch WEIZSÄCKER (1983).

über die Adressaten der Vorschläge meist nicht genügend deutlich unterrichtet werden.

Dementsprechend gilt auch für die normative, das heisst kosten-, nutzen- oder effizienzorientierte Kritik der Ökonomen am Recht und für ihre Änderungsvorschläge, dass sie für sich nicht Verbindlichkeit beanspruchen können. Was den Aussagen der Ökonomen zum Recht Gewicht verleiht, sind nicht ihre normativen Ideen gemäss diesem Abschnitt III,4, sondern ihre, verglichen mit anderen Wissenschaften, höhere Kompetenz bezüglich der Wirkungsanalyse (III,1,2,3).

Nicht einmal die Konsequenzen, die Ökonomen aus der Erkenntnis der essentiellen Ungewissheit in den meisten gesellschaftlichen Entscheidungssituationen ziehen und die dann in Empfehlungen für eine dezentrale Entwicklung auf der Basis dispositiven Rechts, für den möglichst weitgehenden Verzicht auf zentrale Interventionen und für ein Verhaltensregeln, nicht Verhaltensweisen bestimmendes Recht resultieren<sup>29</sup>, können «Objektivität» für sich beanspruchen. Sie sind an dem Ziel der langfristigen Lebens- und Entwicklungsfähigkeit der Gesellschaft orientiert, das keineswegs von allen Mitgliedern der Gesellschaft geteilt werden muss, beziehungsweise geteilt wird<sup>30</sup>.

#### 5. Die Ökonomische Theorie des Rechts versucht, die historische Entwicklung des Rechts zu erklären.

Es handelt sich dabei in gewisser Weise um eine Umkehrung der Aussagen der Wirkungsanalyse des Rechts. Während dort rechtliche Regulierungen die Ursache und ihre Auswirkungen auf Einzelne und auf das Gesamtsystem die Folge sind, sind hier Änderungen in den technischen und wirtschaftlichen Bedingungen des Gesamtsystems die Ursache und Änderungen des Rechts die Folge.

Es gibt Fälle, in denen die rechtliche Entwicklung sehr gut durch technische und ökonomische Änderungen erklärt werden kann<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Vgl. HAYEK (1971) und HAYEK (1980 und 1981).

<sup>30</sup> Die Praxis zeigt vielmehr, und die Ökonomische Theorie der Politik hat es seit SCHUMPETER (1950) gründlich untersucht, dass die moderne parlamentarische Demokratie und damit auch das von ihr produzierte Recht eine systemimmanente Neigung zum kurzfristigen und gruppenbezogenen Denken aufweisen. Dagegen sind die Reformvorschläge von HAYEK (1971) und vor allem (1980 und 1981) gerichtet. Vgl. dazu auch KLEINWEFERS (1985b).

<sup>31</sup> Ein klassisches Beispiel hierfür ist das Aufkommen der anonymen Kapitalgesellschaft. Diese Rechtsform wurde im grossen Stil notwendig und setzte sich dann

Jedoch darf das Argument nicht überstrapaziert und schon gar nicht ohne weiteres für Prognosen verwendet werden. Neues Recht entsteht auch aus vielen anderen Gründen wie zum Beispiel Wertwandel oder Veränderungen der Machtverhältnisse<sup>32</sup>. Selbst wenn Recht als Reaktion auf veränderte technische und wirtschaftliche Verhältnisse entsteht, ist damit die Qualität der Anpassung an die neuen Verhältnisse noch nicht festgelegt. Zumindest bei zentraler und zwingender Rechtsetzung ist absolut nicht garantiert, dass die rechtliche Reaktion auf die veränderten Verhältnisse adäquat erfolgt; dies ist ja gerade eines der wesentlichen Themen der Ökonomischen Theorie des Rechts.

#### IV. Abschliessende Bemerkungen über den wissenschaftstheoretischen Status juristischer und ökonomischer Aussagen

Eine grosse Klasse von wissenschaftlichen Aussagen lässt sich in die Wenn-Dann-Form bringen. Die nachstehende Tabelle vergleicht Wenn-Dann-Sätze, wie sie typischerweise in der Rechtswissenschaft und in der Volkswirtschaftslehre vorkommen. Die Tabelle soll im weiteren unter Bezug auf die Ökonomische Theorie des Rechts kommentiert werden. Dies wird die Unterschiede zwischen dem ökonomischen und dem juristischen Denken abschliessend noch von einer weiteren Seite her beleuchten.

auch durch, als die naturwissenschaftliche Entwicklung die Grundlagen für gross-technische Werke gelegt hatte, welche die Kapitalkraft Einzelner beziehungsweise einzelner Familien bei weitem überstiegen. Die Verbreitung der anonymen Kapitalgesellschaft hat dann ihrerseits unabsehbare gesellschaftliche Konsequenzen gehabt.

Es gibt zahlreiche weitere Beispiele für diesen Zusammenhang zwischen technischer und ökonomischer Entwicklung einerseits und rechtlicher Entwicklung andererseits.

<sup>32</sup> Eine materialistische Entwicklungstheorie wird diese Änderungen allerdings wiederum auf Änderungen der technischen und wirtschaftlichen Verhältnisse zurückführen.

	Gehalt des Wenn-Satzes	Gehalt des Dann-Satzes
Rechtsetzung	axiomatischer Tatbestand	normative Folge
Rechtsanwendung	empirischer Tatbestand	normative Folge
«Reine» Wirtschaftstheorie	axiomatischer Tatbestand	logische Folge
Empirische Wirtschaftstheorie	empirischer Tatbestand	logische Folge
Wirtschaftspolitik	normativer Tatbestand	logische Voraussetzung

In der Rechtsetzung wird ein mehr oder weniger abstrakter Tatbestand formuliert und daran eine rechtliche Folge geknüpft.

Beispiel: Wenn jemand die Umwelt beeinträchtigt, hat er den entstandenen Schaden wiedergutzumachen, beziehungsweise eine entsprechende Abgabe zu bezahlen (Verursacherprinzip).

Natürlich erfolgt die Formulierung des Tatbestands im allgemeinen nicht willkürlich, sondern auf Grund der praktisch oder normativ gewonnenen Überzeugung, dass dieses Problem rechtlich zu regulieren sei. Im Rechtssatz selbst hat die Formulierung des Tatbestands jedoch eindeutig axiomatischen Charakter, das heisst, sie ist der Begründung enthoben. Dass die an den Tatbestand geknüpfte Rechtsfolge normativ ist, ist offensichtlich und braucht hier nicht weiter diskutiert zu werden.

Für die Rechtsanwendung muss zunächst der zu beurteilende praktische Tatbestand in seinen rechtsrelevanten Aspekten genau abgeklärt werden (quaestio facti). Dies ist letztlich ein empirisches Problem.

Beispiel: Wurde die Umwelt beeinträchtigt? Von wem? Wie gross ist der Schaden?

Anschliessend wird im Rahmen der sogenannte Subsumtion untersucht, ob der empirische Tatbestand dem abstrakt formulierten axiomatischen Tatbestand des Gesetzes unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls und aller übrigen relevanten Rechtsnormen entspricht (quaestio juris).

Beispiel: Fällt der empirisch ermittelte Tatbestand unter den abstrakten Tatbestand des Gesetzes? Gibt es rechtlich relevante Besonderheiten des Einzelfalls, die die vom Gesetz vorgesehene normative Folge ausschliessen, mildern oder verschärfen könnten?

Dies ist das zentrale Problem der praktischen Rechtsanwendung. Hierfür werden Juristen in erster Linie ausgebildet; und dieses Arbeiten mit den Methoden der Interpretation und des Analogieschlusses am Einzelfall bestimmt ihr Denken. Bemerkenswerterweise lässt sich dieses zentrale Arbeitsgebiet des Juristen in einer Tabelle, die dem Vergleich ökonomischer und juristischer Aussagen dient, jedoch gar nicht unterbringen<sup>33</sup>.

Ist entschieden, dass der empirische Tatbestand dem abstrakten Tatbestand des Gesetzes entspricht, so wird unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls und aller übrigen relevanten Rechtsnormen die im Gesetz angegebene normative Folge in Kraft gesetzt.

Die «reine» Wirtschaftstheorie konstruiert sich einen Tatbestand. Als Begründung dafür dient lediglich das Interesse des Modellkonstruktors; der Tatbestand wird also axiomatisch gewählt. Ob das Interesse des Modellkonstruktors auf die Realität gerichtet ist und er insofern versucht, einen «realistischen» Tatbestand zu konstruieren, oder ob dies nicht der Fall ist, ist für den logischen Charakter des

<sup>33</sup> Ähnliche Aussagen finden sich in den Wirtschaftswissenschaften im Bereich der sogenannten Morphologie, zum Beispiel bei der Diskussion über die Frage, welcher Wirtschaftsordnung die Verhältnisse in diesem oder jenem Land zuzuordnen seien. Solche klassifikatorischen Fragestellungen gelten jedoch als vorwissenschaftlich, und ihre Fruchtbarkeit für die eigentliche Analyse hat sich als sehr begrenzt herausgestellt. Morphologische Arbeiten spielen daher in den Wirtschaftswissenschaften nur eine geringe Rolle.

Wenn-Satzes unerheblich. Aus der konstruierten Situation werden nun die logischen Schlussfolgerungen gezogen, das heisst es werden mit den Mitteln der formalen Logik, insbesondere der Mathematik, Informationen explizit gemacht, die in dem konstruierten Tatbestand implizit bereits enthalten sind<sup>34</sup>.

Beispiel: Eine Situation sei charakterisiert durch vollständige private Eigentumsrechte an allen Gütern im weitesten Sinn. Es gebe keine besonderen Machtpositionen. Die Transaktionskosten seien null. Jedes Individuum versuche, seinen Nutzen zu maximieren, und so weiter. Logisch beweisbare Schlussfolgerung: Es kann unter diesen Bedingungen keine Externalitäten geben.

Zwischen dem Vorgehen der reinen Wirtschaftstheorie und demjenigen der Rechtsetzung besteht also insofern eine Ähnlichkeit, als beide von einem axiomatischen Tatbestand ausgehen. Während aber die Rechtsetzung an diesen axiomatischen Tatbestand eine normative, das heisst nicht logisch zwingende, sondern diskretionär gewollte Folge knüpft, untersucht die Wirtschaftstheorie die logischen Konsequenzen, die – ob erwünscht oder nicht – in der Situation enthalten sind.

In der empirischen Wirtschaftsforschung geht es um die Feststellung empirischer Tatbestände und vor allem Regelmässigkeiten. Aus den ermittelten Tatbeständen und Regelmässigkeiten werden sodann die logischen Schlussfolgerungen gezogen. Die Theorie kann dann überprüft werden, indem diese Schlussfolgerungen ihrerseits empirisch getestet werden.

Beispiel: Es wird festgestellt, dass es viele Güter gibt, an denen keine oder keine vollständigen privaten Eigentumsrechte bestehen. Es wird ferner festgestellt, dass es in der Gesellschaft und auf den Märkten erhebliche Machtunterschiede gibt. Es wird auch ermittelt, dass die Transaktionskosten bei sehr vielen Handlungen erheblich, teilweise sogar prohibitiv sind. Logische Folgerung: Es ist damit zu rechnen, dass Externalitäten auftreten. Empirische Überprüfung dieser

<sup>34</sup> Vgl. dazu KLEINWEFERS/JANS (1983).

Hypothese: Es kommen tatsächlich sehr häufig Externalitäten vor, und zwar genau dort, wo die Bedingungen für die vollständige Internalisierung verletzt sind.

Damit bestehen Ähnlichkeiten zur *quaestio facti*. Die *quaestio facti* erforscht zwar nur *einen* empirischen Tatbestand, nicht empirische Regelmässigkeiten. Allerdings wird der Kriminalist bei der Deutung seines Tatbestands normalerweise auch Gebrauch von empirischen Regelmässigkeiten machen, die von der Kriminalistik und anderen Wissenschaften (zum Beispiel der Ballistik) bereits erforscht wurden. Während nun aber der Ökonom aus den empirisch festgestellten Tatbeständen und Regelmässigkeiten wiederum die logischen Konsequenzen extrahiert und diese erneut dem empirischen Test unterwirft, bewertet der Jurist seinen empirischen Tatbestand rechtlich und zieht daraus die normativen Konsequenzen.

In der Wirtschaftspolitik wird ein normativer Tatbestand, also ein Ziel, formuliert. Anschliessend wird logisch und mathematisch untersucht, unter welchen Voraussetzungen dieser Tatbestand auftreten kann. Wenn es möglich ist, diese Voraussetzungen herbeizuführen, erreicht man damit auch das Ziel.

Beispiel: Der normative Tatbestand, also das erwünschte Ziel, sei die möglichst weitgehende Vermeidung von Externalitäten zu Lasten der Umwelt. Durch logische Analyse kann man feststellen, dass es sehr viele Möglichkeiten zur Realisierung dieses Ziels gibt, die sich vor allen durch die Nebenwirkungen unterscheiden.

Zwischen den Aussagen der Rechtsetzung und der Wirtschaftspolitik besteht eine auffallende Ähnlichkeit. Im klassischen Recht war der axiomatische Tatbestand der Gesetze unerwünscht; und die normative Folge, die an diesen Tatbestand geknüpft wurde, hatte unter anderem den hier interessierenden Zweck, das Auftreten dieses unerwünschten Tatbestands zu verhindern. Es genügt, axiomatisch einen erwünschten (also normativen) Tatbestand zu formulieren, dann ergibt sich zwangsläufig, dass man in der zweiten Hälfte des Satzes angeben muss, was das Auftreten dieses erwünschten Tatbestands fördern könnte.

Auf Grund der Verwandtschaft der Aussagen der Rechtsetzung und der Wirtschaftspolitik (und aus anderen Gründen, die in diesem Kon-

text nicht weiter verfolgt werden müssen) ist das Ausgreifen der Juristen in die Wirtschaftspolitik (Imperialismus der Juristen?) kein Wunder. Man hat allerdings den Eindruck, dass die Analogie von Rechtsetzung und Wirtschaftspolitik seitens der Juristen nicht selten überstrapaziert wird. Aus der formalen Ähnlichkeit der Aussageformen wird anscheinend geschlossen, es sei auch sachlich ebenso einfach, gesellschaftliche Ziele zu erreichen wie individuelles Fehlverhalten durch Sanktionen in Schranken zu halten. Unter anderem weil dies nicht so ist, gibt es eine Ökonomische Theorie des Rechts.

## LITERATUR

Soweit sich die nachfolgende Bibliographie auf die Ökonomische Theorie des Rechts bezieht, beschränkt sie sich auf Standard-, Übersichts- und Sammelwerke. Die inzwischen bereits unübersehbare Zahl von Analysen einzelner Rechtsgebiete, Fallstudien und Zeitschriftenartikeln konnte nicht berücksichtigt werden.

- B. A. ACKERMAN (ed.), *Economic Foundation of Property Law*, Boston 1975.  
 – – *Private Property and the Constitution*, London 1977.  
 M. ADAMS, *Ist die Ökonomie eine imperialistische Wissenschaft? Über Nutz und Frommen der Ökonomischen Analyse des Rechts*, Jura, 6. Jg., 1984.  
 A. A. ALCHIAN (ed.), *Economic Forces at Work*, Indianapolis 1977.  
 K. J. ARROW, *Social Choice and Individual Values*, New York 1951.  
 H.-D. ASSMANN, CH. KIRCHNER, E. SCHANZE (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, Kronberg 1978.  
 J. BACKHAUS, *Ökonomische Analyse des Rechts. Alternative Dogmatik oder Analyse im Dienste der theoretischen Wirtschaftspolitik?*, Diskussionsbeiträge der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften und Statistik, Serie A, Nr. 153, Konstanz 1980.  
 G. S. BECKER, *Der ökonomische Ansatz zur Erklärung menschlichen Verhaltens*, Tübingen 1982.  
 P. BEHRENS, *Aspekte einer ökonomischen Theorie des Rechts*, in: K.-E. SCHENK, *Studien zur politischen Ökonomie*, Stuttgart 1982.  
 – – *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts. Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz*, Habilitationsschrift, Hamburg 1984.

- P. BERNHOLZ, F. BREYER, *Grundlagen der Politischen Ökonomie*, 2. Aufl., Tübingen 1984.  
 K. BORCHARDT, *Der «Property-Rights-Ansatz» in der Wirtschaftsgeschichte – Zeichen für eine systematische Neuorientierung des Faches?* in: I. KOCKA (Hrsg.), *Theorien in der Praxis des Historikers*, Sonderheft 3, Göttingen 1977.  
 J. M. BUCHANAN, G. TULLOCK, *The Calculus of Consent*, Ann Arbor 1962.  
 M. BUHBE, *Ökonomische Analyse von Eigentumsrechten. Der Beitrag der Economics of Property Rights zur Theorie der Institutionen*, Frankfurt 1980.  
 K. BRUNNER (ed.), *Economics and Social Institutions*, New York 1979.  
 P. BURROWS, C. G. VELJANOVSKI (eds.), *The Economic Approach to Law*, London 1981.  
 H. DERENDINGER, *Wir Juristen und der sogenannte gesunde Menschenverstand*, Schweizerische Juristenzeitung, 1983.  
 A. DOWNS, *Ökonomische Theorie der Demokratie*, Tübingen 1968.  
 G. ELLSCHEIDT, W. HASSEMER (Hrsg.), *Interessenjurisprudenz*, Darmstadt 1974.  
 Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, *Verfassungsentwurf*, Bern 1977.  
 Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, *Bericht*, Bern 1977.  
 B. S. FREY, *Theorie demokratischer Wirtschaftspolitik*, München 1981.  
 E. FURUBOTN, S. PEJOVICH (eds.), *The Economics of Property Rights*, Cambridge, Mass., 1974.  
 G. GÄFGEN, *Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung*, 3. Aufl., Tübingen 1974.  
 J. GOTTHOLD, *Zur ökonomischen «Theorie des Eigentums»*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Bd. 144, 1980.  
 D. GRIMM (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, 2. Aufl., München 1976.  
 F. A. VON HAYEK, *Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfes*, in: *Freiburger Studien*, Tübingen 1969 (a).  
 – – *Bemerkungen über die Entwicklung von Systemen von Verhaltensregeln*, in: *Freiburger Studien*, Tübingen 1969 (b).  
 – – *Rechtsordnung, und Handlungsordnung*, in: *Freiburger Studien*, Tübingen 1969 (c).  
 – – *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, in: *Freiburger Studien*, Tübingen 1969 (d).  
 – – *Die Verfassung der Freiheit*, Tübingen 1971.  
 – – *Die Theorie komplexer Phänomene*, Tübingen 1972.  
 – – *Die Anmassung von Wissen*, *Ordo*, Bd. 26, 1975.

- - Wirtschaftstheorie und Wissen, in: Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, München 1976 (a).
- - Die Tatsachen in den Sozialwissenschaften, in: Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, München 1976 (b).
- - Die Gegenrevolution der Wissenschaft, in: Missbrauch und Verfall der Vernunft, München 1979 (a).
- - Die drei Quellen der menschlichen Werte, Tübingen 1979 (b).
- - Recht, Gesetzgebung und Freiheit, 3 Bde., München 1980 und 1981.
- G. HESSE, Der Property-Rights-Ansatz. Eine ökonomische Theorie der Veränderung des Rechts? Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Bd. 195, 1980.
- - Die Änderung von Rechten im Property-Rights-Ansatz, WiSt, 1982.
- E. E. HIRSCH, Die Steuerung menschlichen Verhaltens, Juristenzeitung, 1982.
- W. Z. HIRSCH, Law and Economics, New York 1979.
- A. O. HIRSCHMAN, Abwanderung und Widerspruch, Tübingen 1974.
- J. HIRSHLEIFER, Research in Law and Economics. Evolutionary Models in Economics and Law, Greenwich 1982.
- N. HORN, Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts - Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der «Economic Analysis of Law», Archiv für die civilistische Praxis, 1976.
- - R. TIETZ (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, 1977.
- B. HOTZ, Ökonomische Analyse des Rechts - eine skeptische Betrachtung, Wirtschaft und Recht, 34. Jg., 1982.
- M. HUTTER, Die Gestaltung von Property Rights als Mittel gesellschaftlich-wirtschaftlicher Allokation, Göttingen 1979.
- G. KIRSCH, Neue Politische Ökonomie, 2. Aufl., Düsseldorf 1983.
- H. KLEINWEFERS, Für wahr halten als Prozess, in: Wahrheit als Forschungsprinzip, Fribourg 1983.
- - Prognosen in den Wirtschaftswissenschaften. Einige elementare theoretische Aspekte, in: Grenzprobleme der Wissenschaften, ETH Zürich 1985 (a).
- - Reformen für Wirtschaft und Gesellschaft, Frankfurt 1985 (b).
- - A. JANS, Einführung in die volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Modellbildung, München 1983.
- H. KÖHLER, Vertragsrecht und «Property Rights»-Theorie. Zur Integration ökonomischer Theorien in das Privatrecht, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Bd. 144, 1980.
- A. T. KRONMANN, R. A. POSNER, The Economics of Contract Law, Boston 1979.

- K.-H. LADENZ, Verrechtlichung der Ökonomie - Ökonomisierung des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 8, 1982.
- M. LEHMANN, Bürgerliches Recht und Handelsrecht - eine juristische und ökonomische Analyse, Stuttgart 1983.
- U. LEHMANN, Wirtschaftliche Erkenntnis und rechtliche Entscheidung. Gedanken zu Problemen der Kooperation zwischen Wirtschaftswissenschaft und Rechtspraxis, Diss. Essen 1979.
- H. LEIPOLD, Theorie der Property Rights: Forschungsziele und Anwendungsbereiche, WiSt, 1978.
- W. LINDER, St. SCHWAGER, F. COMANDINI, Y a-t-il une inflation législative? IDHEAP, Lausanne 1985.
- W. LINDER, Überrollt uns eine Gesetzeslawine? Schweizerisches Zentralblatt für das Staats- und Gemeindepersonal, 1985.
- N. LUHMANN, Legitimation durch Verfahren, Neuwied 1969.
- - Rechtssoziologie, Reinbek 1972.
- - Zweckbegriff und Systemrationalität, Frankfurt 1973.
- - Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1974.
- - Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt 1981.
- H. G. MANNE (ed.), The Economics of Legal Relationships. Readings in the Theory of Property Rights, St. Paul 1975.
- G. MYRDAL, Das Zweck-Mittel-Denken in der Nationalökonomie, Zeitschrift für Nationalökonomie, Bd. 4, 1933.
- M. NEUMANN (Hrsg.), Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Berlin 1984.
- W. A. NISKANEN, Bureaucracy and Representative Government, Chicago 1971.
- D. C. NORTH, Structure and Change in Economic History, New York 1981.
- - R. P. THOMAS, The Rise of the Western World. A New Economic History, Cambridge 1973.
- M. OLSON, Die Logik des kollektiven Handelns, Tübingen 1968.
- E. S. PHELPS et al., Microeconomic Foundations of Employment and Inflation Theory, New York 1970.
- A. M. POLINSKY, An Introduction to Law and Economics, 1983.
- R. A. POSNER, Economic Analysis of Law, 2nd ed., Boston 1977.
- - The Economics of Justice, Cambridge, Mass., 1981.
- - K. E. SCOTT (eds.), Economics of Corporation Law and Securities Regulations, Boston 1977.

- L. RAISER, H. SAUERMANN, E. SCHNEIDER (Hrsg.), Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Berlin 1964.
- J. RAWLS, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt 1971.
- M. REHBINDER, Fragen an die Nachbarwissenschaften zum sogenannten Rechtsgefühl, Juristenzeitung, 1982.
- W. J. SAMUELS, A. A. SCHMID (eds.) Law and Economics, Boston 1981.
- E. SCHANZE, Rechtsnorm und ökonomisches Kalkül, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 138, 1982.
- K. E. SCHENK (Hrsg.), Ökonomische Verfügungsrechte und Allokationsmechanismen in Wirtschaftssystemen, Berlin 1978.
- A. A. SCHMID, Property, Power and Public Choice. An Inquiry into Law and Economics, New York 1978.
- A. SCHÜLLER, Zur Ökonomik der Property Rights, WISU, 1985.
- (Hrsg.), Property Rights und ökonomische Theorie, München 1983.
- J. A. SCHUMPETER, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 2. Aufl., Bern 1950.
- J. SCHUMANN, «Neue Mikroökonomik» und «Theorie der Eigentumsrechte»: Ansätze zur Ergänzung der mikroökonomischen Theorie, WiSt, 1978.
- M. TIETZEL, Die Ökonomie der Property Rights: Ein Überblick, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, Wirtschaftspolitische Chronik, 30. Jg., 1981.
- C. G. VELJANOWSKI, The Economic Approach to Law: A Critical Introduction, British Journal of Law and Society, Vol. 7, 1980.
- The New Law-and-Economics. A Research Review, Oxford 1982.
- R. VOIGT (Hrsg.), Verrechtlichung, Königstein 1980.
- W. R. WALZ (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Zivilrecht, Neuwied und Darmstadt 1983.
- L. WEGEHENKEL, Coase-Theorem und Marktsystem, Tübingen 1980.
- C. C. VON WEIZSÄCKER, Effizienz und Gerechtigkeit, Volkswirtschaftliches Institut der Universität, Nr. 9, Bern 1983.
- M. WERDER, Eigentum und Verfassungswandel, Diessenhofen 1978.
- CH. ZÖPEL, Ökonomie und Recht, Stuttgart 1974.

Die drei wichtigsten Zeitschriften zur Ökonomischen Theorie des Rechts sind:

Journal of Law and Economics  
 Journal of Legal Studies  
 International Review of Law and Economics.

## ZUR KONZEPTION DER HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

YVO HANGARTNER

### 1. Vorbemerkung

Zur Handels- und Gewerbefreiheit und ihrer Stellung im Rahmen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung werden divergierende Auffassungen vorgetragen. Die Diskussion wird erschwert durch unterschiedliche Terminologien; manches Aneinandervorbeireden scheint lediglich sprachlich bedingt zu sein. Im folgenden soll versucht werden, wesentliche Gesichtspunkte zur Konzeption der Handels- und Gewerbefreiheit möglichst allgemeinverständlich herauszuarbeiten. Die Darstellung kann selbstverständlich nicht erschöpfend sein; so fehlen Ausführungen zu den sozialpolitischen Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit und zu den wirtschaftspolitischen Kompetenzen der Kantone. Die Beantwortung von Teilfragen, so wichtig sie auch sind, setzt indessen voraus, dass zuvor die grundsätzlichen, konzeptionellen Probleme angegangen werden. Auf sie möchten wir uns konzentrieren.

### 2. Inhalt der Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit

Art. 31, Abs. 1 BV bestimmt: «Die Handels- und Gewerbefreiheit ist im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet, soweit sie nicht durch die Bundesverfassung und die auf ihr beruhende Gesetzgebung eingeschränkt ist.» Unbestritten ist, dass Art. 31, Abs. 1 BV dem einzelnen jedenfalls gegenüber dem Staat das Recht auf Aus-