

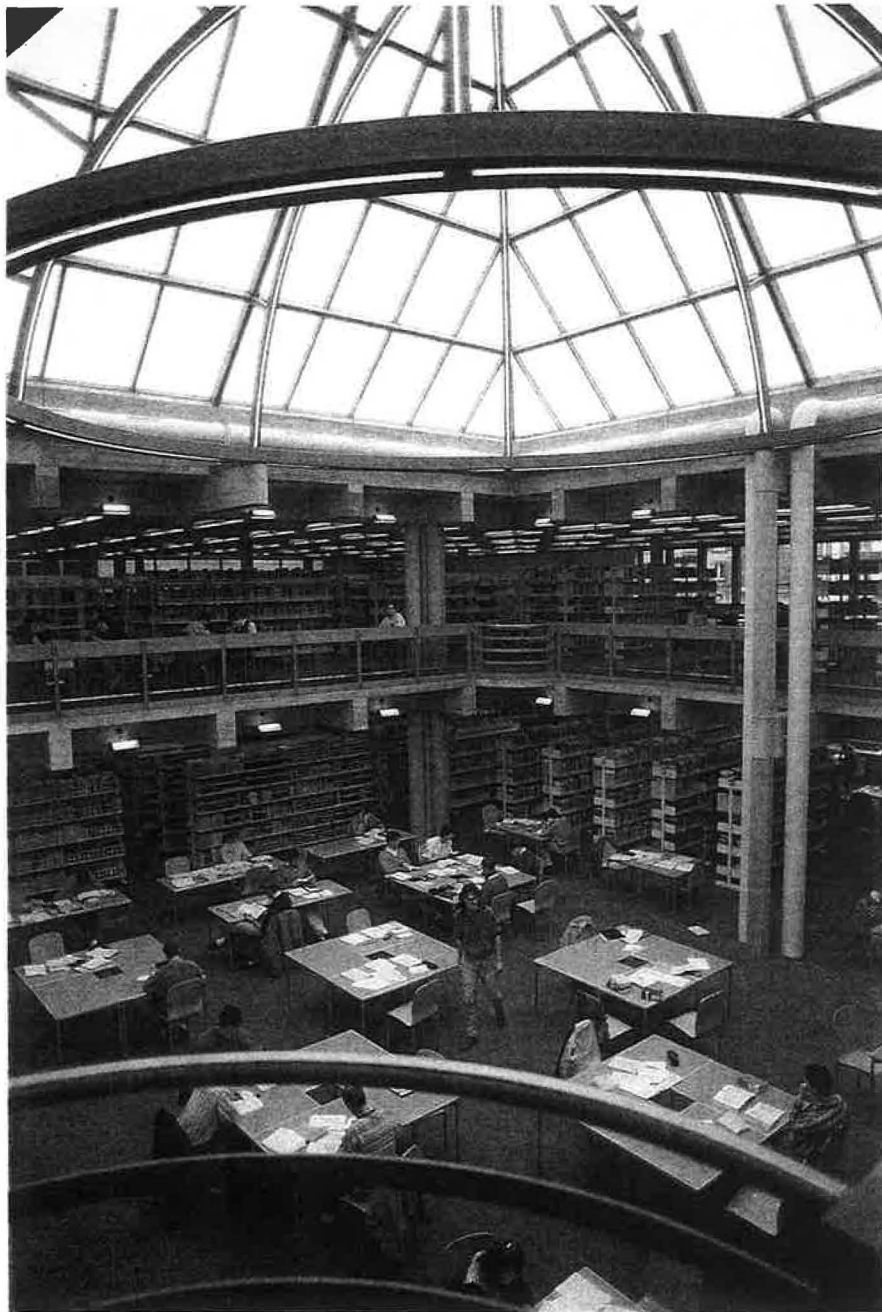
F F DUBS YVO HANGARTNER ALFRED NYDEGGER
HERAUSGEBER



DER KANTON ST. GALLEN UND SEINE HOCHSCHULE

BEITRÄGE ZUR ERÖFFNUNG DES BIBLIOTHEKBAUS

*HOCHSCHULE ST. GALLEN FÜR WIRTSCHAFTS-,
RECHTS- UND SOZIALWISSENSCHAFTEN
6. JUNI 1989*





ZUR KOEXISTENZ VON RECHT UND ÖKONOMIE: ÖKONOMISCHE ANALYSE DES RECHTS ALS AUFFORDERUNG ZUM DIALOG

«Im praktischen Sinne (...) bezieht sich nationalökonomische Erkenntnis immer auf das Recht, weil ihre tatsächlichen Feststellungen immer den Sinn haben, als Material für die Beurteilung der Richtigkeit der geltenden Rechtsordnung zu dienen.»

(W. Burckhardt, *Das Geld*, ZbJV 1935, 18 f.)

I.

Die vorliegende Festschrift ist einem künstlerisch gestalteten und ausgestatteten Erweiterungsbau der Hochschule gewidmet. Wissenschaft und Kunst sollen sich nach neuesten Methodenerkenntnissen sehr nahe stehen: «Grundlegende wissenschaftliche und künstlerische Entscheidungen sind ihrer Natur nach Entscheidungen, die auf demokratische Weise getroffen werden müssen» (FEYER-ABEND, S. 10). Die Entscheide sind gefallen; der Bau steht. Die Wissenschaften von Ökonomie und Recht müssen ihn aber erst noch mit Leben füllen. Die folgenden Zeilen sind daher in lockerer Weise Fragen interdisziplinären wissenschaftlichen Dialogs «im Neubau» gewidmet und zwar in dem Sinne, dass Wissenschaft nicht Erkenntnispolizei, sondern Instrument der Forschung ist.

An der Hochschule St. Gallen hat das Studium der Rechtswissenschaften nur langsam, sozusagen im Schlepptau der Ökonomie Einzug gehalten, und erst seit kurzem gibt es St. Galler Absolventen als «Volljuristen». Vorher stand das Recht im Hintergrund der prakti-

schen ökonomischen Teilwissenschaften und konnte sich nur im Rahmen des Studiums der «*Rerum Publicarum*» teilweise verselbständigen, also zwecks Konstituierung, Verwaltung, Kanalisierung und auch Bändigung des Levia-thans. Ausserhalb St. Gallens mussten sich juristisch orientierte Absolventen von zünftigen Juristen oft den Vorwurf ökonomischen, also «unjuristischen» Denkens anhören, was an sich aber dem Willen zum Widerstand gegen selbstgefälligen, juristischen Realitäts-hermetismus dienlich war.

Trotz der langen abhängigen Rolle der hochschulischen Jurisprudenz kam es in St. Gallen, soweit ersichtlich, aber nicht dazu, dass die Ökonomie das Recht für ihre Zwecke funktionalisierte, ja gar instrumentalisierte und es in die eigene Theorie einbaute. Es herrschte ein Klima der Koexistenz gegenseitigen Respektes ohne näheres Interesse. Recht erschien als ein gegebenes Datum und oft vielleicht als Fatum für die Ökonomen. Selbst die systemtheoretisch orientierte, neue Unternehmenslehre begriff das Unternehmen unmittelbar als produktives «*soziales*» System; sie klammerte die rechtliche Dimension der konstitutionellen Belange handelsgesellschaftsrechtlicher Tradition der «Unternehmensträger» und ihres «etablierten» Trennungsverhältnisses zur arbeitsrechtlichen Disziplin weitgehend aus (ULRICH, H.). Dies traf sogar für die weitergehenden, konstruktiven Versuche zum Grossunternehmen als quasi-öffentlicher Institutionen noch zu (ULRICH, P.), welche das Unternehmen als intermediäre

Gewalt in den Zusammenhang politökonomischer Tradition stellte und ein «Unternehmensverfassungsrecht» forderte, ohne aber auf die juristische Problematik näher einzugehen (S. 226).

Hinzuweisen ist aber auf Binswangers Umweltschutzpolitik mittels handelbaren Emissionszertifikaten, orientiert am Bild von Teilrechten alter Allmendgenossenschaften. Hier werden traditionelle rechtliche Figuren in neuen Zusammenhängen marktwirtschaftliche fruktifiziert (1981, 1983).

Im Bereiche der Wissenschaftstheorie wurde in St. Gallen allerdings auch das Recht in die Erarbeitung der Grundlagen wissenschaftlichen Denkens einbezogen. Im Wissenschaftsprogramm hinterliess dies zwar keine Spuren. Es blieb jeweils die Erkenntnis haften, dass die Merkmale des Rechts, nämlich instrumenteller Pragmatismus und hermeneutische Methodik, auch die anderen Wissenschaften anleiten, soweit sie praktische Handlungswissenschaften sein wollen. Gerade dieses Bewusstsein wurde aber lange Zeit durch eine für die Ökonomie zu extrem am Modell der Naturwissenschaften orientierten Vorgehensweise verdunkelt: Auch Ökonomie ist aber nicht Physik; sie wandelt sich stetig von der (Neo-)Klassik zu Institutionalismus und sogar zur Evolutionsökonomie. Die mangelnde wissenschaftstheoretische Kommunikation förderte bei den Juristen damit die Konzentration auf die *eigene* Methodenlehre, in der zeitweilen jedoch weniger über die Interpretation der konkreten Gesetze als über die ewigen Gesetze der Interpretation nachgedacht wurde. Als eine Art von formeller Nabelschau bremste diese Entwicklung ihrerseits dann das Entstehen einer materiellen Gesetzgebungslehre.

Seitens der Rechtswissenschaften ist in St. Gallen aber der Entstehungsort einer eigentlichen Schule des *Wirtschaftsrechtes* zu verorten, die von W. R. Schlueps Frage «Was ist Wirtschaftsrecht?» ausging (SCHLUEP 1968). Dieser hatte als Charakteristika die Institutionalität, Funktionalität und Technizität herausgearbeitet. So wurde von den Juri-

sten das Recht auf seine Leistung im Rahmen der Verfassung *und* des Vollzuges des Wirtschaftssystemes hinterfragt. Besonderer Impetus bildete die Frage nach der Rolle des Privatrechtes im Kontext der «mixed economy», wo andauernder blauäugiger Formalismus nur noch Selbstaufgabe der Zivilrechtswissenschaft hätte bedeuten können. Hier wurden dagegen auch Elemente einer Theorie der ökonomischen Koordination der Wirtschaftssubjekte mittels rechtlichen Instrumenten bereitgestellt (Plan, Gruppenvereinbarung; Markt). Obwohl auch ein Vordringen bis in die gesetzgeberische Reflexion über den Unternehmensbereich («from contract to status») zu verzeichnen war (SCHLUEP 1977), lag die Aufmerksamkeit aber doch stets primär auf der Weiterentwicklung des wettbewerbsrechtlichen Gedankengutes des Kartellgesetzes und vor allem einer «funktionalistischen» Auffassung der Regeln zur Verhinderung unlauteren Wettbewerbs (BAUDENBACHER 1988). Mit der Gründung eines europarechtlichen Instituts ist auch früh, d. h. lange vor 1992, das Bewusstsein der Bedeutung dieser Fragen im Gemeinsamen Markt wach gewesen. Daneben wurde aber auch versucht, die neuen Wirklichkeiten des gestörten Interessenausgleichs zwischen den Wirtschaftsteilnehmern zu erfassen und Phänomene wie etwa die Allgemeinen Geschäftsbedingungen an dem hergebrachten Vertragsmodell der «gegenseitigen übereinstimmenden Willensäusserung» zu messen (KRAMER) und die Konsequenzen aus der Realität des «Take it or leave it» diktiert, unbilliger Geschäftsbedingungen zu ziehen (BAUDENBACHER 1983). Zu verzeichnen sind auch die ernsthaften methodologischen Bemühungen, um der zunehmenden Tendenz im Abgaberecht entgegenzusteuern, schlicht aber gezielt an den «wirtschaftlichen Sachverhalt» und nicht mehr an die (zivil-)rechtlichen Formen anzuknüpfen und die staatliche Einwirkung so unberechenbar zu machen (HOEHN 1963 und 1988). Das Recht hat auch, aber nicht nur, *Formen* zu verteidigen.

Die universitätsgeschichtlich als Schwester-

wissenschaft zu bezeichnende Ökonomie selbst wurde rechtlich aber auch nicht zum Gegenstand der Betrachtung gemacht, sondern eben nur Teilaspekte der Wirtschaftsmechanismen. Von ökonomischem Impetus war die Arbeit Rolf Webers zur uns noch aufgegebenen «Deregulation» getragen; sie stellte sich auch methodisch in den Dienst echter Interdisziplinarität (WEBER, 1986). Häberle ist sogar als markanter Teilnehmer an der deutschen Diskussion zur ökonomischen Analyse des Eigentums zu verzeichnen. Nach seinen Worten segelt unter der scheinbar falschen Flagge eines einheitlichen Eigentumsbegriffs ein Bündel je funktional sinnvoll eingebundener Handlungsmöglichkeiten; «die Theorie der Verfügungsrechte liefert simultan eine rechtfertigende Genealogie der Flaggenbenützung und eine ökonomisch rationale Konstruktion des schwimmfähigen Schiffkörpers.» (HAEBERLE, 1984, S. 101)

Es ist mithin zu konstatieren, dass es in St. Gallen, dem Hort der Unternehmenslehre, direkt weder zur Entwicklung einer ökonomischen Theorie des Rechts noch zu einer vollen Thematisierung der Ökonomie aus rechtlicher Sicht kam. Zu verzeichnen ist aber eine friedliche praktische Koexistenz. Dass es – soweit ersichtlich – zu einem intensiveren wissenschaftlichen Dialog gekommen wäre, kann erstaunlicherweise auch nicht berichtet werden.

II.

Nachdem uns die vehemente Soziologie erneut zur Beschäftigung mit den an sich längst zur Pflicht gehörenden «Realien» drängte (dazu die eine Einzelleistung darstellende Gesetzgebungslehre von NOLL), haben wir in den letzten Jahren die imposante Entwicklung der ökonomischen Analyse des Rechtes erlebt. In wesentlichen Teilen widmet sich diese auch der Theorie des Unternehmens. Bis zu diesem sich rationalistisch gebenden, aber quasi-philosophischen Ansatz neoklassischer Ökonomie kamen

Rechts- und Wirtschaftswissenschaften auch allgemein nur schwer zusammen (RAISCH/SCHMIDT, S. 143 ff., RAISER / SAUERMAN / SCHNEIDER (Hrsg.) und KRUESSELBERG). Die Rezeption ist in der deutschen Literatur noch in vollem Gange (ASSMANN / KIRCHNER / SCHANZE; BEHRENS sowie OTT / SCHÄFER). In der Schweiz waren Hinweise (BAUDENBACHER 1983, S. 181 f.) und Auseinandersetzungen mit Anwendungen im Vertragsrecht festzustellen, die dem Ansatz jedoch Unfähigkeit der Erfassung des Machtphänomens (m. E. zu Unrecht) vorwarfen (WEBER 1982). Neuestens sind zwei wichtige Beiträge zur ökonomischen Analyse des Gesellschaftsrechts zu verzeichnen (MEIER-SCHATZ), die die (weitere) Notwendigkeit gesellschaftsrechtlicher Aufsichtsregeln mit der Funktionsschwäche der marktlichen Managementkontrollmechanismen (Gütermarkt, Kapitalmarkt, Unternehmenskontrollmarkt, Managermarkt) begründen. Kleinewefers nahm die Entwicklung in der Festschrift für Leo Schürmann sodann meisterlich übergreifend auf und reflektierte «über Unterschiede zwischen dem ökonomischen und dem juristischen Denken».

Unter Zuhilfenahme wohlfahrts- und entscheidungstheoretischer Instrumente wird mit der ökonomischen Analyse versucht, die Anreizstruktur des Rechtes zu thematisieren und daraus Verhaltenswirkungen und auch Effizienzfolgerungen abzuleiten. Daraus soll daher nichts weniger als der institutionelle Zusammenhang im Sinn einer rechtlichen Funktionslehre begriffen werden (Behrens). Dabei spielt die Verschiedenheit der Art und auch des Entwicklungsstandes der Analyseinstrumente von Ökonomie (Mathematisierung) und Recht (Wortwissenschaft des hermeneutischen Pragmatismus) eine entscheidende Rolle, so dass die rechtlichen Regulierungen «ökonomisch» auf ihre Dritt- und Systemwirkungen hinterfragt werden können. Im Recht hat sich eine formalisierte Logik bisher nicht durchsetzen können (siehe etwa KLUG). Eine Konvergenz ergibt sich dann

aber wieder daraus, dass auch ökonomisch operationalisierte «Effizienz» vielschichtig ist und es ihr an Eindeutigkeit gebricht. Es wäre auch widersprüchlich, dem Recht die Verfolgung falscher Ziele vorzuwerfen, wenn die Ökonomie diese Falschheit nur an alternativen, willkürlich aufgestellten Zielen messen kann, aber eingestehen muss, dass es feststellbare gesellschaftliche Zielsysteme nicht gibt. Dies bedarf näherer Erläuterung:

1. Die ökonomische Analyse des Rechtes (Literatur etwa bei ASSMANN / KIRCHNER / SCHANZE, S. 93 ff.) nahm ihren Ursprung in Amerika, wobei im Vordergrund Richard Posners «Economic Analysis of Law» steht; sie bezeichnet Ökonomie als «science of human choice in a world in which resources are limited in relation to human wants» (POSNER, S. 1). In dieser limitierenden Umwelt erscheint der Mensch als rationaler Nutzenmaximierer, der auf Preisänderungen reagiert, den aktuellen Nutzen mit Alternativen abwägt und im Austausch einen höheren Nutzengrad zu erreichen sucht. Dieser Mensch ist ein Modell, dem man aber nicht puren Egoismus unterstellen darf, jedoch überlegte Reaktionen auf Veränderungen der Umwelt. Wie für alles, ist für ihn dann auch schon ein Name gefunden worden (ASSMANN / KIRCHNER / SCHANZE, S. 47 ff.), nämlich REMM (Resourceful, Evaluative, Maximizing Men). Er liess Teile der deutschen Literatur in den letzten Grundfesten erschauern: «REMM ist nicht der Mensch eines verfassungsgestalteten Privatrechts einer offenen Gesellschaft der Grundrechtsdemokratie» (FEZER, S. 822). Es ist jedoch nicht zu übersehen, dass dieser Modellmensch dem ökonomischen und verhaltensorientierten Anteil des freien Individuums des Liberalismus nahe steht; und erst wirtschaftliche Freiheit (die sich auch in Bedürfnislosigkeit ausdrücken kann) ist praktisch und unideologisch besehen ja Grundlage weiterer Freiheiten. So steht es schon im Grünen Heinrich.

Ein wesentlicher Beitrag wurde durch die nähere Betrachtung des Problems der sozialen Kosten durch Coase geleistet. Er stellte Ursache-Wirkung-Beziehungen in komplexe Zusammenhänge, erkannte dabei die Bedeutung rechtlicher Festlegungen und plädierte, dass die Auswirkungen von «sozialen Arrangements» und deren Alternativen in einem umfassenden (systematischen) Gesamtzusammenhang geprüft werden müssten. Dabei kam er für die komplexe moderne Gesellschaft auch dazu, die Produktionsfaktoren nicht mehr materiell (als Land, Produkte, Arbeit) zu verstehen, sondern sie auf die einheitliche Linie der *Handlungsrechte* (property rights) zu bringen. So können auch Wirkungen berücksichtigt werden, die in eine Kostenrechnung oder in das individuelle Wirtschaftskalkül nicht eingehen, aber von nachteiligen Effekten Betroffene verursachen. Interessant ist seine Feststellung, dass wohlfahrtsökonomische Probleme letztlich in eine Untersuchung von Ästhetik und Moral einmünden müssten (COASE, S. 197). Der Leser wird auch immer wieder mit dem Theorem des Pareto-Optimums konfrontiert werden. Dieses bezeichnet einen Zustand, wo die Lage eines Individuums verbessert werden kann, ohne dass diejenige eines anderen sich verschlechtert. Da die subjektiven Auffassungen letztlich definieren, was «Verbesserungen» und «Verschlechterungen» sind, wird damit der Weg zur dauernden freikonsensualen Vereinbarung gewiesen; diese erscheint sodann als Modell der ständigen Veränderung und Innovation der sozialen «Arrangements».

2. In einfacheren Zusammenhängen sind die skizzierten Theoreme einleuchtend; in breiteren Konstellationen ergeben sich aber bereits für die Ökonomen Schwierigkeiten der Behandelbarkeit (siehe KLEINWEFERS, S. 96). Kleinewefers hat die Arbeitshypothesen der ökonomischen Analyse des Rechtes in fasslicher Art zusammengestellt und wie folgt formuliert:

- Die ökonomische Theorie des Rechts zeigt durch logische und empirische Analysen den Einfluss rechtlicher Regulierungen auf das Verhalten der Einzelnen (direkt oder indirekt Betroffenen).
- Die ökonomische Theorie des Rechts zeigt durch logische und empirische Analysen die Systemwirkungen, die durch den Einfluss rechtlicher Regulierungen auf das Verhalten des Einzelnen hervorgerufen werden.
- 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.
- Die ökonomische Theorie des Rechts analysiert Massstäbe zur Beurteilung des Rechts, misst das Recht daran und schlägt Änderungen vor.
- Die ökonomische Theorie des Rechts versucht, die historische Entwicklung des Rechts zu erklären.

Versucht man die direkten Nutzeffekte zu eruieren, so kann man eine gewisse Enttäuschung nicht verbergen. Dies trifft auch für den Bereich des wirtschaftlichen Unternehmens und die Fragen seiner Verfassung zu (vgl. neuerdings etwa BEHRENS, S. 307–322), obwohl die (transaktionskostenbedingte?) Ersetzung von Markt durch Organisation zu den zentralen Bereichen einer am Unternehmen orientierten Forschungs- und Interpretationsgemeinschaft von Juristen und Ökonomen gehören muss. Posner kam aber immerhin schon vor langer Zeit zu einem Schlusse, der uns heute allenthalben beschäftigt, nämlich dass zu viel Energie auf den Versuch der Aktionärsdemokratie verwendet worden sei, anstatt auf die Schaffung eines effizienten Marktes der Unternehmensanteile (POSNER, S. 183). Zu kurz greift aber gewiss sein Ansatz, dass der «primäre Nutzen des Korporationsrechts in der Bereit-

stellung einer Kette von standardisierten, stillschweigenden Vertragbedingungen» liege (POSNER, in: ASSMANN u. a., S. 248; weiterführend siehe aber MEIERSCHATZ mit zahlreichen Literaturnachweisen).

Unbefriedigende Gefühle kommen aber doch weniger davon, dass nicht gehalten wird, was versprochen wurde, sondern, dass man die Erwartungen zu hoch geschraubt hat oder die Problematik durch Generalisierung auch simplifiziert: «Aktuelle (wohlfahrts-)ökonomische Ansätze wollen vielfach – nach dem Motto, die reichste Gesellschaft sei die gerechteste – Effektivität als Gerechtigkeit, jüngst aber in einer rechtstheoretischen Version umgekehrt Gerechtigkeit als Effektivität darstellen» (BYDLINSKI, S. VII und 214 ff.). Die ökonomische Theorie des Rechts ist bloss eine Theorie der Ökonomie über das Recht, die die Bedeutung des Rechts in die Ökonomie als Variable rezipiert und so auch dem Juristen ein weiteres gezieltes Betrachtungsmittel in die Hand gibt. Ich glaube, dass man die Amerikaner, obwohl sie ihre Darlegungen mit Emphase vortragen und auch von «normativer Analyse des Rechts und der Institutionen» sprechen (POSNER, S. 6), überinterpretiert, wenn man ihre Ergebnisse als «Gesellschaftstheorie des Rechts» (FEZER, S. 819) veranschlagt. Die ökonomische Theorie des Rechtes ist insbesondere auch nicht in der Lage, ein gesellschaftliches Zielsystem vorzugeben. Sie verbessert aber den Dialog zwischen den Sozialwissenschaften, zu denen letztlich auch das Recht gehört. «Es gibt keine abschliessende Wertung rechtlicher Regulierungen «vom ökonomischen Standpunkt»; es gibt jedoch nützliche ökonomische Beiträge zur Erarbeitung eines Gesamturteils.» (KLEINEWEFERS, S. 98).

3. Gerade in einer Zeit, in der die zunehmende Normdichte zu einem Problem geworden ist, lohnt es sich, über die Voraussetzungen

von Gesetzgebungen nachzudenken. Die Normproduktion ist auf drei Ursachen zurückzuführen, nämlich die immer engere Interdependenz im modernen wirtschaftlichen und sozialen System, die Eigeninteressen des politisch-bürokratisch-juristischen Komplexes und den zunehmenden gesellschaftlichen Steuerungs- und Umverteilungsehrgeiz (KLEINWEFERS, S. 85). In dieser Situation darf der Jurist nicht hinter den möglichen Analyseinstrumenten hinterherhinken, sondern muss nach der Notwendigkeit von Gesetzgebung umfassend fragen und darf nicht ökonomische Konzepte vertreten, die der Vergangenheit angehören. Mit Hilfe der Ökonomie kann er dabei zu prüfen versuchen, ob er die Wirkungen überhaupt erreichen kann, die er zu erreichen beabsichtigt, und ob die geplanten Regeln auch dem entsprechen, was der Ökonom als effizient betrachtet. Es entsteht ein Zwang über die Ziele nachzudenken und die Wahl der Mittel zu begründen. Es entsteht sogar eine Notwendigkeit über die Notwendigkeit von neuer Gesetzgebung nachzudenken und sich darüber Rechenschaft abzugeben, ob – wie man früher so schön sagte – ein *Missstand* vorliege oder man bloss einem politpublikumswirksamen Modetrend aufsitze.

4. Besonders zu beachten ist das Hauptergebnis der ökonomischen Theorie des Rechts, wonach ein Rahmen privater Transaktion zu besseren Ergebnissen zu führen geeignet sei, als zentralisierte, verwaltete Lösungen. Self-Regulation kann hier zum Stichwort werden (dazu NOBEL). Dies kann den Juristen dazu führen, den ihm selbst stets schillernd gebliebenen Begriff des öffentlichen Interesses (siehe dazu HAEBERLE 1970) näher zu besehen und auch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (siehe bei KLEINWEFERS, S. 92) neu zu überdenken. Auch eine Grundfigur der juristischen Tradition kann m. E. neu verortet werden, und das ist diejenige des subjektiven Rechtes; diese meint neben Normset-

zungsbefugnis (BUCHER) auch Handlungsfreiheit, und deren Herstellung macht sich gerade die ökonomische Theorie des Rechts zur Aufgabe.

III.

Was können nun Ergebnisse sein? Die ökonomische Analyse kann einiges zum Selbstverständnis des Juristen, aber auch zum gegenseitigen Verständnis zwischen den beiden Disziplinen beitragen. Juristen neigen zur Überdehnung ihres beruflichen Daseins, indem sie oftmals Berufsausübung und Staatsbürgertum miteinander vermischen. Der Jurist, der seine Rolle auf die dem Beruf und dessen Kanon innewohnende Kompetenz limitiert, ist jedoch auch eine Art Technokrat der rechtlichen Instrumente, die ihm wie die Tasten eines Pianoforte zum «Spielen» zur Verfügung stehen. In einer derart beschränkten Funktion wird der Ökonom weniger Mühe haben, ihn zu verstehen. Zum Verständnis gehört aber auch die Einsicht, dass der Jurist in jedem Einzelfalle unter einem unabweisbaren Entscheidungsdruck steht und in diesem Kontext die Jurisprudenz als Wissenschaft auch ihren Erfahrungshorizont aufgebaut hat. Dieser besteht gerade auch aus Kenntnissen über die Grenzen des Machbaren, des beweismässig Erstellbaren und des unter menschlichen Akzeptanzbedingungen Entscheidbaren bis hin zur wohlorchestrierten «Legitimation durch Verfahren» (LUHMANN). Diese Berufsobliegenheiten führen notwendigerweise zu einer anderen Perspektive als diejenige des Ökonomen, der sich für den Durchschnittsfall und die Dritt- sowie Systemwirkungen interessiert. Einen Durchschnittsfall kann es für den Juristen eben nicht geben, sondern seine Verpflichtung liegt in der Lösung und der Erledigung individuell-konkreter Einzelfälle, in denen Personen verfangen sind und einen «Entscheid», eine «Lösung» im eigentlichen Wortsinne benötigen. In der Gesetzgebung kann die ökonomische Analyse helfen, erstens die Folgeanalyse

in die richtige Richtung zu lenken und zweitens die Forderung zu unterstützen, die Folgeanalyse auch wirklich zu ermöglichen. Dies führt zur Forderung, dass in der Gesetzgebung mehr mit klaren Begriffen und Kriterienkatalogen und weniger mit unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensformeln zu operieren ist. So wird das Recht voraussehbarer, was gleichzeitig auch der Rechtssicherheit dienlich ist und eine Herrschaft der Verwaltung verhindert. Es sollte nicht so sein, dass – wie Leo Schürmann einmal sagte – Gesetzgebung oft dank der Unklarheit von Begriffen erst möglich wird. Man kann hiergegen einwenden, dass die Gesetzgebung damit auch kurzlebiger würde, weil öfters Revisionen vonnöten wären. Dies mag einerseits zutreffen, ist aber auch kein Schaden. Das Parlament müsste seinen langfädigen Revisionsstil aber ändern und könnte mit über 20jährigen Trauerspielen, wie etwa in der Revision des Aktienrechtes oder des Urheberrechtes feststellbar, nicht länger aufwarten. Auf der anderen Seite könnte die richterliche Lückenfüllung «modo legislatoris», die der zurecht berühmte Art. 1 Abs. 3 ZGB anleitet, in einer im Verhältnis zu heute vielleicht massgeblicheren Weise zum tragen kommen. Der Richter hätte ein klarer erkennbares Gesetzgebungsprogramm auf neue Sachverhalte fortzuschreiben, und es wäre nicht seine Hauptaufgabe, unklare gesetzgeberische Vorstellungen voluntativ zu erhellen oder noch weiter zu verdunkeln. Die ökonomische Analyse kann so den Gesetzgebungsstil verändern helfen. Sie muss auf der anderen Seite aber auch anerkennen, dass der politische Dezisionismus in der Gesetzgebung weit über ökonomische Aspekte hinausgreift und der theoretisch orientierte Jurist den Politikern so sehr ausgeliefert ist wie der Ökonom. Ihre Interessen an einer Verbesserung der heutigen Situation gehen aber in die gleiche Richtung.

Ein fruchtbares Unruhepotential ergibt sich auch daraus, dass eine institutionelle oder evolutiv angelegte Ökonomie ständig nach dem Nutzen von dem Juristen bereits traditionell gewordenen rechtlichen Arrangements

fragt. Daraus ergeben sich begrüßenswerte Anstöße zu Änderungen. Der ganze Bereich der De-Regulation und der notwendigerweise damit verbundenen Re-Regulation öffnet ein fruchtbares Feld der Kooperation. Dabei ist aber nicht zu vergessen, dass die Schuld an der Regulation zum kleinsten Teil bei den Juristen liegt; die ökonomische Analyse darf in ihren Schlussfolgerungen nicht den Esel meinen und den Sack schlagen.

Die ökonomische Analyse des Rechtes ist geeignet, mittels des Kriteriums des Pareto-Optimismus (was Verbesserungen bringt, ohne einem anderen zu schaden, ist möglichst zuzulassen) zum Verständnis von Privatautonomie und Selbstregulierung beizutragen. Der wirtschaftsverfassungsrechtliche Status der Privatrechtsgesellschaft gewinnt hier entscheidend an Gewicht. Die ökonomischen Voraussetzungen, nämlich tiefe Transaktionskosten (Kosten der Austauschprozesse) und Vermeidung von Externalitäten (negative Drittwirkungen), sind in dieser Allgemeinheit zwar praktisch noch nicht dienlich, geben aber eine Zielrichtung. An dieser könnte sich sogar die Gesetzgebung orientieren, die der Privatautonomie immer dort Raum lässt, wo die externen Negativeffekte den positiven Gewinn nicht aufwiegen. Es könnte sich hier die Einsicht ergeben, dass mit dem Subsidiaritätsprinzip dies gemeint, aber für Ökonomen noch unvollkommen, d. h. unökonomisch ausgedrückt wurde.

Unter dem Druck der ökonomischen Analyse des Rechtes kann im weiteren der Jurist auch dazu kommen, sich Sinn und Zweck der Gesetzgebung überhaupt wieder neu zu überlegen, nachdem der soziologische Impetus beliebiger Gestaltbarkeit der Verhältnisse mittels «social engineering» etwas verblasst ist. Dabei kann er idealtypisch zwei Vorgehensweisen auseinanderhalten, nämlich einerseits die Gesetzgebung als festgeschriebene Konfliktlinie menschlicher Verhältnisse (Recht als Konfliktentscheidungsregeln) und andererseits die Gesetzgebung als Wirklichkeitsbeschreibung (Recht als Verhaltensregeln). Die erstere, die der Tradition entstammt, ist

reduktionistisch-dezisionistisch, während die zweite, die eher der Moderne der letzten Jahre entspricht, breit beschreibend und geschwätzig ist. Es ist auch in der Gesetzgebung leicht, der Faszination des Erzählens zu verfallen, doch kann gerade die Absicht, sich vor Frontalangriffen der ökonomischen Theorie zu schützen, dazu führen, sich wieder auf den wahren Beruf der Gesetzgebung zurückzubewusst entscheiden, nämlich der Konflikt- und Streiterledigung in Situationen, wo solche aufgrund langer Erfahrung mit Wahrscheinlichkeit entstehen. Der Mensch hat sich nämlich kaum geändert: Geändert hat nur die Anzahl.

IV. SCHLUSSBEMERKUNGEN

Die ökonomische Theorie des Rechtes bezeichnet sich nicht nur als positiv, sondern als normativ, und darunter verstehen wir die Hinwendung auf ein «Sollen». Das Recht kann sich gewiss nicht undifferenziert einem ökonomischen Sollen ausliefern. Gesellschaftliche Zielsetzungen sind keine unproblematischen Nutzenfunktionen. Auch Werte können sich wandeln und wenn ein bestimmtes rechtliches Verhalten nur noch «Gewohnheit» ist, gibt es vielleicht Wertvolleres. Die Normativität beinhaltet hier aber insbesondere auch ein Vertrauen in das Individuum, dass es sich marktrational verhalte, d. h. bewusst entscheide im Rahmen eines Wertsystems, das es sich selbst setzt und dessen Setzung auch erkennt. Verlangt wird dabei kein «Übermensch», sondern ein durchschnittlich vernünftiges Verhalten; die Tendenz läuft aber klar etwa gegen Nietzsches Ausspruch: «Zum Eigennutz sind die meisten zu dumm . . .» Das Wertsystem muss sodann in keiner Weise ökonomistisch in dem Sinne sein, dass es die Gütervermehrung verabsolutiert, sondern dass das Leben in dem beschränkten Umfange, wie dies möglich ist, nach den individuellen Nutzen- und Wertvorstellungen gestaltet werden kann und soll.

Auch wenn die ökonomische Theorie des Rechtes berechtigter Kritik (WEBER 1982, S.

425 ff.; HAEBERLE 1984, S. 70 f.) und auch vehementen Angriffen ausgesetzt wurde, die etwa im Ausruf gipfeln konnten: «Ökonomische Rechtsanalyse und freiheitliches Rechtsdenken sind unvereinbar» (FEZER, S. 823), so ist es, im Gegenteil, gerade die die Normativität ausmachende Qualität dieses Ansatzes, welche geeignet ist, das Vertrauen in den individuellen Menschen wieder zu fördern. Wir leben heute in einem Zeitalter, wo man glaubt, den Menschen von Staates wegen vor sich selbst schützen zu müssen und zu bevormunden.

Die Theorie darf auch eine rechtliche Fragestellung zur kritischen Instanz machen, indem die alternativen Möglichkeiten mitzubedenken sind. Rechtliche Argumentation ist geradezu prädestiniert zu zeigen, warum so und nicht anders entschieden wird.

Es ist paradoxerweise gerade die ökonomische Theorie des Rechtes, die hinter dem Theorem der Nutzenmaximierung gerade nach der Freiheit und dem Privatrecht (dazu auch KUEBLER, S. 121) in neuer Form fragt. Wenn diese wenigen Zeilen für die Intensivierung des Dialoges zwischen Ökonomen und Juristen plädieren, so ist damit nicht einfach ein fachliches Streitgespräch gemeint, sondern ein echter Dialog über die Stellung des Individuums in der heutigen Gesellschaft.

Literaturverzeichnis

- ASSMANN, H.-D. / KIRCHNER, C. / SCHANZE, E. (Hrsg.): Ökonomische Analyse des Rechts. Kronberg/Ts. 1978.
- BAUDENBACHER, C.: Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Zürich 1983.
- BAUDENBACHER, C.: Das neue Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG). In: recht, 6. Jg., 1988, S. 73 ff.
- BEHRENS, P.: Die ökonomischen Grundlagen des Rechts. Tübingen 1986.
- BINSWANGER, CHR.: Wirtschaft und Umwelt, Möglichkeiten einer ökologieerträglichen Wirtschaftspolitik, Stuttgart Na. 1981.
- BINSWANGER, CHR.: Symposium: Umweltprobleme als Herausforderung der Marktwirtschaft. In Veröffentlichungen der Hanns-Martin-Schleyer-Stiftung, Bd. 11, Köln 1983

- BYDLINSKI, F.: Fundamentale Rechtsgrundsätze. Wien u. a. 1988.
- BUCHER, E.: Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965.
- COASE, R. H.: Das Problem der sozialen Kosten. In: Ökonomische Analyse des Rechts, hrsg. von Assmann, H.-D. / Kirchner, C. / Schanze, E., Kronberg/Ts. 1978, S. 146 ff.
- FEYERABEND, P.: Wissenschaft als Kunst. Frankfurt/M. 1984.
- FEZER, K.-H.: Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach. In: Juristen Zeitung, 41. Jg., 1986, S. 817 ff.
- HOEHN, E.: Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht. In: Steuer-Revue, 18. Jg., 1963, S. 387 ff.
- HOEHN, E.: «Videant iudices...» In: Archiv für schweizerisches Abgaberecht, 56. Jg., 1988, S. 463 ff.
- HAEBERLE, P.: Öffentliches Interesse als juristisches Problem; eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung. Bad Homburg 1970.
- HAEBERLE, P.: Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff. In: Ansprüche Eigentums- und Verfügungsrechte. Schriften des Vereins für Socialpolitik, Neue Folge Band 140, Berlin 1984, S. 63 ff.
- KLEINWEFERS, H.: Ökonomische Theorie des Rechts. Über Unterschiede zwischen dem ökonomischen und dem juristischen Denken. In: Staat und Gesellschaft. Festschrift für Leo Schürmann, Freiburg 1987, S. 83 ff.
- KLUG, U.: Juristische Logik. Berlin/Heidelberg 1966.
- KRAMER, E.: Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftsperspektiven. In: Schweizerische Juristen-Zeitung, 81. Jg., 1985, S. 17 ff.
- KRUESSELBERG, H. G.: Wirtschaftswissenschaften und Rechtswissenschaften. In: GRIMM, D. (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, Band 1. Frankfurt/M. 1973, S. 168 ff.
- KUEBLER, F.: Was leistet die Konzeption der Property Rights für aktuelle rechtspolitische Probleme? In: Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte. Schriften des Vereins für Socialpolitik, Neue Folge Band 140, Berlin 1983, S. 105 ff.
- LUHMANN, N.: Legitimation durch Verfahren. Frankfurt/M. 1983.
- MEIER-SCHATZ, CHR.: Corporate Governance and Legal Rules: A Transnational look at Concepts and Problems of Internal Management Control. In: The Journal of Corporation Law, Volume 13, Number 2, Winter 1988, S. 431 ff.
- MEIER-SCHATZ, CHR.: Über die Notwendigkeit gesellschaftsrechtlicher Aufsichtsregeln. Ein Beitrag zur Ökonomischen Analyse des Gesellschaftsrechts. In: Zeitschrift für Schweizerisches Recht. Neue Folge, Band 107 I, 1988, S. 191 ff.
- NOBEL, P.: Gesetz oder private Selbstregulierung? In: Kolloquium Schweizerischer Kapitalmarktrecht. Genf 1987, S. 441 ff.
- NOLL, P.: Gesetzgebungslehre. Hamburg 1973.
- POSNER, R.: Economic Analysis of Law. Boston/Toronto 1972.
- RAISCH, P./SCHMIDT, K.: Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaften. In: GRIMM, D. (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, Band 1, Frankfurt/M. 1973.
- SCHÄFER, H.-B./OTT, C.: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts. Berlin/Heidelberg 1986.
- SCHLUEP, W. R.: Was ist Wirtschaftsrecht. In: Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, S. 25 ff.
- SCHLUEP, W. R.: Arbeits- und gesellschaftsrechtliche Konsequenzen einer auf Mitbestimmung gründenden Unternehmensverfassung. In: SAG, 49. Jg., 1977, S. 77 ff.
- ULRICH, H.: Die Unternehmung als produktives soziales System. Bern 1970.
- ULRICH, P.: Die Grossunternehmen als quasi-öffentliche Institution. Eine politische Theorie der Unternehmung. Stuttgart 1977.
- WEBER, R.: Ökonomische Rationalität und Vertragsrecht. In: Freiheit und Verantwortung im Recht. Festschrift für Arthur Meier-Hayoz. Bern 1982, S. 419 ff.
- WEBER, R.: Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen: Studien zur staatlichen Wirtschaftsregulierung und zum Einsatz der Regulierungsinstrumente in den Transport-, Kommunikations- und Energiemärkten in der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika. Baden-Baden 1986.
- RAISER, P. / SAUERMAN, H. / SCHNEIDER, E., (Hrsg.): Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaften zur Rechtswissenschaft und Statistik. Berlin 1964.

ROLF DUBS YVO HANGARTNER ALFRED NYDEGGER
HERAUSGEBER



DER KANTON ST. GALLEN UND SEINE HOCHSCHULE

BEITRÄGE ZUR ERÖFFNUNG DES BIBLIOTHEKBAUS

*HOCHSCHULE ST. GALLEN FÜR WIRTSCHAFTS-,
RECHTS- UND SOZIALWISSENSCHAFTEN*

6. JUNI 1989