

Christian Kirchner/Stefan Koch

Norminterpretation und ökonomische Analyse des Rechts

Abstract: Normative economics and a hermeneutic approach to interpretation of legal norms are only compatible if - and this is the exception - such legal norms have the goal of accomplishing economic efficiency. But economic analysis of law as a positive approach may be used in the legal interpretation process in order to evaluate different options of norm interpretations. In fields of law where economic issues are at stake such a methodological evaluation of interpretative variants are superior to common sense analysis and should be applied. But even in fields where non-economic issues play a major role an economic analysis is a helpful tool in order to get aware of the opportunity costs of economically sub-optimal solutions. Economic analysis of law thus becomes an integral part of the norm interpretation process without colliding with the autonomy of the legal decision enhancing the rationality of the endeavour.

I. Problemstellung

Norminterpretation kann als Verstehen einer abstrakt generellen Norm in Blickrichtung auf eine konkrete Regelungsproblematik gesehen werden. Eine solche Sichtweise stellt auf den Sinnzusammenhang der Norm ab und versucht, diesen in der konkreten Fragestellung des Einzelfalls zu realisieren. Eine aus dieser hermeneutischen Perspektive betriebene Norminterpretation ist nicht auf eine realwissenschaftliche Aufklärung der konkreten Regelungsproblematik unter Annahme verschiedener Norminterpretationsvarianten angewiesen. Die Interpretationsaufgabe besteht nicht in der Entscheidung zwischen verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten unter dem Aspekt der konkreten Folgen der Wahl, sondern in der richtigen Zuordnung des Sinnzusammenhangs zwischen abstrakter Norm und konkretem Fall. In Fällen, in denen der Sinnzusammenhang seinerseits ein ökonomischer ist, wo es also um die Verwirklichung ökonomischer Zielperspektiven geht, ist ein Schnittfeld zwischen juristisch-hermeneutischer und ökonomisch-realwissenschaftlicher Analyse denkbar. Ist es das Ziel einer juristischen Regelungsmaterie, den Einsatz knapper Ressourcen so zu steuern, daß diese jeweils am Ort ihrer bestmöglichen Verwendung eingesetzt werden, läßt sich eine ökonomische Analyse, die ebenfalls normativ unter diesem Blickwinkel betrieben wird, direkt für die juristische Normanwendung

fruchtbar machen. Eine derartige normative Ökonomie, die auf einen effizienten Ressourceneinsatz abzielt, entspricht dem Selbstverständnis vieler Ökonomen. Doch läßt sie sich eben dann und nur dann für die Norminterpretation nutzen, wenn die Zielsetzungen von Ökonomie und rechtlicher Regelungsmaterie (ausnahmsweise) deckungsgleich sind. Ein Modell der Zusammenarbeit zwischen Rechtswissenschaft als Normanwendungsdisziplin und Ökonomie als normativer Realwissenschaft ist aus diesem Grunde nicht über das genannte - eher kleine - Schnittfeld hinaus verallgemeinerungsfähig. Besteht die Deckungsgleichheit der Zielsetzungen nicht, so kann der Sinnzusammenhang der Norm mit Hilfe der Ökonomie gerade nicht erfaßt werden. Die Heranziehung der Ökonomie wird für die Norminterpretation dann nicht nur entbehrlich, sondern sogar gefährlich, weil sie den Sinnzusammenhang notwendigerweise verfehlen muß und so zwangsläufig zu Ergebnissen führt, die aus dem Blickwinkel der Normanwendung nicht akzeptabel erscheinen.

Hermeneutische Normanwendungswissenschaft und normative Ökonomie stehen gleichsam in gegnerischen Lagern. Will man dennoch das Instrumentarium der Ökonomie für die Normanwendung heranziehen, so sind Reflexionen auf beiden Seiten erforderlich. Solche Reflexionen sind Gegenstand der folgenden Ausführungen. Ziel ist es dabei, beide Disziplinen so aufeinander zuzuführen, daß eine praktikable Zusammenarbeit von Norminterpretation und ökonomischer Analyse ermöglicht wird. Zuerst soll auf die Norminterpretation (II.), sodann auf die ökonomische Analyse (III.) und schließlich auf die Frage eingegangen werden, wie sich das ökonomische Instrumentarium für die Norminterpretation verwenden läßt (IV. und V.). Dabei wird vornehmlich auf die ökonomischen Instrumente abgestellt, wie sie in der 'Ökonomischen Analyse des Rechts' (ÖAR) entwickelt worden sind. Allerdings sind auch darüber hinausgreifende Ansätze - wie sie im Rahmen der neuen Institutionenökonomie und der Transaktionskostenökonomie vertreten werden - heranzuziehen.

II. Norminterpretation als rationale Entscheidungsfindung

Kann eine Rechtsnorm auf einen zu beurteilenden Sachverhalt ohne interpretative Zwischenschritte unmittelbar angewendet werden, so läßt diese einfache Subsumtion des Tatbestandes unter den Obersatz auf der Ebene der Normanwendung keinerlei Raum für die interdisziplinäre Einbeziehung außerrechtlicher Kalküle (vgl. Naucke 1972, 45ff.). Die Normanwendung besteht in diesem Fall nur mehr aus der formal, logisch und technisch einwandfreien Zuordnung von Sachverhaltselementen zu einzelnen Tatbestandsmerkmalen des Obersatzes. Obschon ein beträchtlicher Teil praktisch-juristischer Tätigkeit von dieser Beschreibung erfaßt ist, so verbleibt gleichwohl ein namhafter Anteil von Rechtsanwendungsfällen, die erst durch eine Interpretation der einschlägigen Norm gelöst werden kön-

nen. Das bedeutet, daß in diesen Fällen grundsätzlich mehrere Auslegungsvarianten derselben Norm möglich und zudem juristisch 'richtig' sind. Insoweit liegt in der interpretativen Ausgestaltung der abstrakt-generellen Norm im Hinblick auf den konkret-spezifischen Einzelsachverhalt eine Fortbildung des Rechts und damit zugleich auch eine begrenzte Rechtsschöpfung.

Freilich stellt auch die Rechtswissenschaft als autonome Interpretationswissenschaft weder die Wege noch die Ziele des Interpretationsvorgangs in das Belieben des Einzelfall-Entscheidungers: Denn einerseits ist jede richterliche Rechtsschöpfung an den rechtsstaatlichen Grundsatz der Gewaltenteilung gebunden (Koch/Rübmann 1982, 164) und deshalb nur im Rahmen des vom Gesetzgeber im demokratischen Gesetzgebungsverfahren eröffneten Spielraums legitimiert, und zum andern stellt die juristische Methodenlehre einen theoretisch-logischen Überbau sowie das praktische Instrumentarium für das Interpretationsverfahren zur Verfügung.

Die wesentlichen Elemente dieses Instrumentariums werden in der Rechtswissenschaft traditionell in vier Auslegungsregeln zusammengefaßt:¹ Es sind dies die grammatische Auslegung, die auf den Wortsinn der betroffenen Norm abstellt, die systematische Auslegung, die die Einordnung und Anordnung der auszulegenden Norm innerhalb des Gesetzes als Ganzes in den Blick nimmt, die historische Auslegung, die sich an der Regelungsabsicht des (historischen) Gesetzgebers orientiert, sowie die (objektiv-) teleologische Auslegung, die am Zweck der Norm anknüpfen will. Dieser letzten Komponente der klassischen Auslegungslehre ist indessen mit einiger Vorsicht zu begegnen, denn sie stellt nicht eigentlich eine Auslegungsregel, sondern vielmehr eine 'Zwecksetzungsregel' dar, die durchaus manipulativ gehandhabt werden kann (Koch/Rübmann 1982, 171ff., 221ff. jeweils m.w.N.).

Als allgemeine Konsequenzen dieser Auslegungsregeln, die für den hier zu betrachtenden Zusammenhang von unterschiedlicher Bedeutung sind, ergeben sich Restriktionen für den Normauslegungsprozeß. Es handelt sich dabei um eine Reihe von Konsistenzanforderungen, denen jede vom Entscheider in Aussicht genommene Interpretationsvariante letztlich zu genügen hat: So muß sie zunächst mit der vom Rechtssetzungswillen des Gesetzgebers verfolgten Zielperspektive der auszulegenden Norm kompatibel sein. Dieser Sinnzusammenhang ist zugleich Ausgangspunkt und Begrenzung jeglicher Auslegung.² Kompatibilität ist ebenso erforderlich im Hinblick auf andere, bereits durchgeführte und anerkannte Interpretationen derselben Norm. Schließlich muß die Normauslegung möglichst zu einem Ergebnis führen, das von den Betroffenen als billig und gerecht akzeptiert werden kann.

Wenn das an diesen Konsistenzanforderungen orientierte Auslegungsverfahren unter korrekter Handhabung der klassischen Auslegungsregeln zu einer ausschließlichen und eindeutigen Interpretation der Norm geführt hat, kann der Auslegungsvorgang als abgeschlossen betrachtet werden. Es ist jedoch keineswegs ungewöhnlich und für viele typische Entscheidungssituationen gerade kennzeichnend, daß auch nach einwandfreier Anwendung dieses Instrumentariums mehrere konsistente Interpretationsvarianten verbleiben. Damit stellt sich die Frage, welche dieser Interpretationsvarianten für die Problemlösung heranzuziehen ist. Ein insoweit hilfreiches Kriterium zur Fortsetzung der Auslegung steht in Gestalt der Berücksichtigung unterschiedlicher Realfolgen der einzelnen Varianten zur Verfügung, die im Rahmen der juristischen Terminologie als Rechtsfolgenanalyse bekannt ist.

Aus dem Begriff der Realfolgen ergibt sich bereits, daß es sich um die tatsächlichen Auswirkungen einer interpretierenden Entscheidung in der realen Lebenswelt der Betroffenen handelt. In einem wirtschaftsrechtlichen Kontext, etwa bei der Frage eines optimalen zivilrechtlichen Haftungssystems für gesellschaftsrechtliche Unternehmensverbindungen, geht es also um die unmittelbaren wirtschaftlichen Auswirkungen der verschiedenen Interpretationsvarianten auf die einzelnen betroffenen Akteure und ihre Handlungsmöglichkeiten. Es zeigt sich zugleich, daß eine schlichte Benennung der verschiedenen Konsequenzen nicht ausreicht: Die Folgen unterschiedlicher Varianten müssen zusätzlich gewichtet und bewertet werden, damit überhaupt ein Erkenntnisgewinn erzielt werden kann. Ist eine solche Folgenbewertung jedoch vorgenommen worden, so könnte daraus effektiv ein weiterer und neuer Bestimmungsgrund für die Normauslegung gewonnen werden.

Das Augenmerk richtet sich nunmehr also auf mögliche Kriterien, anhand derer eine Folgenermittlung und -bewertung durchgeführt werden kann. Im wirtschaftsrechtlichen Kontext geht es um möglichst fundierte Prognosen über die wirtschaftlichen Konsequenzen alternativer Entscheidungen im Hinblick auf das künftige Verhalten der beteiligten Akteure. Solange diese Prognosen einfach und überschaubar bleiben, etwa den Rahmen des 'gesunden Menschenverstandes' eines selbst als Handlungssubjekt in der realen Welt agierenden Entscheiders nicht überschreiten, mag dafür keine spezifisch fachwissenschaftliche Methodik erforderlich sein. Aber schon unter Verwendung empirischer Hypothesen, wie sie sogenannten Alltagstheorien (dazu Rottleuthner 1973, 83ff.) zugrunde liegen, droht dieser Rahmen gesprengt zu werden, weil an die Stelle des für eine zutreffende Einschätzung benötigten Instrumentariums ein notwendig laienhaftes, eigenes Gedankengebäude des Entscheiders tritt. Das schließt die Richtigkeit solcher Entscheidungen zwar nicht aus, reduziert die Wahrscheinlichkeit jedoch auf ein Zufallsmaß.

Die Rationalität der juristischen Entscheidung könnte durch eine stärkere Einbeziehung außerrechtlicher Erwägungen in die Rechtsfolgenanalyse deshalb gleich in doppelter Hinsicht gesteigert werden. Zunächst gilt dies in einer mehr allgemein-methodischen Beziehung: Der Entscheider wäre nämlich veranlaßt, die seinem Werturteil jeweils zugrundeliegenden Prämissen und Hypothesen zu explizieren. Auf diese Weise zwingt er zunächst sich selbst zu erhöhter Stringenz und Disziplin in der Argumentation. Darüber hinaus wird die Wertung erst durch die Explikation einer externen Kritik zugänglich gemacht. Inhaltlich gesehen könnte sowohl für die Prognose als auch ihre Bewertung auf die erprobten Instrumentarien derjenigen Disziplinen zugegriffen werden, mit denen die Rechtswissenschaft hinsichtlich des relevanten Rechtsgegenstands eine Überschneidung im Objektbereich aufweist. Für die Lösung wirtschaftsrechtlicher Probleme bietet es sich unter den geschilderten Voraussetzungen mithin an, ökonomische Kalküle kontrolliert und gezielt in den Interpretationsvorgang zu integrieren. Ohne ins einzelne zu gehen, läßt sich sagen, daß dies immer dann möglich ist, wenn im Rahmen der juristischen Interpretation einer Norm oder der Auswahl unter Entscheidungsalternativen Zielvorstellungen zu berücksichtigen sind, die mit ökonomischen Zielvorstellungen identisch oder wenigstens teildentisch sind. Geht es bei der Rechtsfrage zumindest auch um die Herstellung eines ökonomisch möglichst optimalen Zustandes, dann kann das methodische Instrumentarium der Ökonomie herangezogen werden, um die Rationalität der Entscheidung zu maximieren. Damit ist die Frage gestellt, welche Anknüpfungspunkte die moderne Ökonomie insoweit bietet.

III. Ökonomische Analyse des Rechts: Normative und positive Varianten

Soll es zu einer derartigen interdisziplinären Kooperation kommen, so ist ein ökonomischer Ansatz zu suchen, dessen Untersuchungsfeld und Fragestellungen sich mit dem juristischen Teilschritt der Rechtsfolgenanalyse decken. Einen solchen Ansatz bietet die neue Institutionenökonomie³ im Rahmen ihres Teilgebietes der Ökonomischen Analyse des Rechts. Sie steht im Gegensatz zum 'alten' Institutionalismus auf der Grundlage des neoklassischen Ansatzes und beruht deshalb auf den Prämissen der Ressourcenknappheit, des Eigennutztheorems, des Rationalverhaltens, des Wirtschaftlichkeitsprinzips und des methodologischen Individualismus.⁴ Indem sie auch Institutionen in den Blick nimmt, erweitert sie das Untersuchungsfeld jedoch um Gegenstände, die von der Neoklassik aus der Analyse ausgeklammert und in den Datenkranz verwiesen werden.⁵

Ausgangspunkt dieses neuen Ansatzes der Ökonomie ist die Überlegung, daß individuelles Verhalten durch bestimmte soziokulturelle Rahmenbedingungen beeinflusst wird. Diese können sich als organisierte Kollektive - wie etwa Staat, Partei, Gewerkschaft, Unternehmen - oder als normative Mu-

ster - wie etwa Eigentum, Vertrag, zivilrechtliche Haftung - darstellen (vgl. Vanberg 1983, 55).

Eine Institution im Sinne der neuen Institutionenökonomie läßt sich als Entscheidungsregel für rekurrente interpersonelle Entscheidungssituationen begreifen, die in die gegenseitigen Verhaltenserwartungen der Akteure eingegangen ist.⁶ Zur Beachtung einer Entscheidungsregel kommt es dann, wenn die einzelnen Akteure davon ausgehen, daß eine Mißachtung dieser Regel zu einer Verschlechterung der eigenen Position führt. Die Institution muß also über einen gewissen Sanktionsmechanismus verfügen, der regelgerechtes Verhalten der Akteure induziert. Dies wird etwa am Beispiel des Eigentums deutlich: Das einzelne Individuum respektiert fremdes Eigentum unter anderem deshalb, weil es die Sanktionen bei Verletzung fremden Eigentums fürchtet. Zugleich weiß es damit auch das eigene Eigentum geschützt. Diese Reziprozität trägt zur Erklärung der Schaffung der Institution Eigentum bei. Ähnliches läßt sich etwa für die Anreize zur Einhaltung eines Vertrages sagen. Beide Beispiele weisen schon terminologisch, aber auch substantiell eine offensichtliche Berührung mit der Rechtswissenschaft auf: Institutionen können sich zu formal verfaßten Normen 'verdichten' und als solche mit einer organisatorisch verselbständigten, z.B. von einem staatlichen Rechtssystem durch Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren vermittelten Sanktionsmöglichkeit ausgestattet sein (Elsner 1987, 5).

Mit der Herausbildung von Institutionen tritt zugleich das Problem der Möglichkeit opportunistischen Verhaltens (moral hazard) auf,⁷ weil Akteure durch bestehende Regeln und Ordnungen grundsätzlich zu opportunistischen Verhaltensweisen angereizt werden können: Am Beispiel der zivilrechtlichen Zuweisung von Schadensersatzpflichten erweist sich etwa, daß ein potentieller Geschädigter im Hinblick auf eigene Anstrengungen und Aufwendungen zur Sicherung seiner Vermögensposition demotiviert wird, wenn die einschlägige Rechtsregel die Haftung ohnehin und unter allen Umständen dem Schädiger auferlegt. Ein solches Schadensersatzsystem ist aus ökonomischem Blickwinkel ineffizient, wenn der Geschädigte das Schadensrisiko selbst mit niedrigerem Aufwand als der Schädiger hätte kompensieren können. Der Geschädigte wird zum Trittbrettfahrer (free rider) zu Lasten des Schädigers (zum Begriff vgl. z.B. Leipold 1978, 19ff.). Umgekehrt birgt freilich ein rechtliches Regime, das keinerlei Schadensersatzpflicht vorsieht, die Gefahr, daß der Schädiger zum Trittbrettfahrer zu Lasten des Geschädigten wird. Daraus folgt, daß die ökonomische Untersuchung des Rechts ihr Augenmerk insbesondere auf die Konsequenzen rechtlicher Regelungen unter dem Aspekt des moral hazard richten muß. Es gilt also, solche Regeln aufzuspüren, die ihren jeweiligen Adressaten Spielräume für opportunistisches Verhalten eröffnen und auf diese Weise einen ineffizienten Ressourceneinsatz begünstigen.

In abstrakter Hinsicht läßt sich die neue Institutionenökonomie grob in die Fragenkomplexe der Entstehung von Institutionen, des Institutionenwandels sowie des Vergleichs von Institutionen unterscheiden (Richter/Furubotn 1984, 1ff.; Elsner 1987, 6ff.). Konkrete Arbeitsbereiche bilden die Neue Politische Ökonomie, die sich mit der Willensbildung in Kollektiven, Verbänden, Staaten etc. und mit Entstehung und Wachstum von Bürokratie befaßt und damit traditionell soziologische und politologische Untersuchungsfelder betritt⁸, ferner die Untersuchung einzelner Institutionen⁹ sowie schließlich die im Rahmen der Rechtsfolgenanalyse einschlägige ökonomische Analyse des Rechts. Diese ist eine mikroökonomische Theorie, die rechtliche Gestaltungen und Strukturen im Gegensatz zu anderen wirtschaftswissenschaftlichen Ansätzen nicht als invariable, vorgegebene Größen in den Datenkranz verweist, sondern sie als variable Institutionen behandelt und anhand des neoklassischen Instrumentariums einer methodischen Untersuchung unterzieht¹⁰. Sie ist vornehmlich in den USA entwickelt worden. Dabei sind die Einflüsse der Chicago-Schule zwar sehr stark, aber keineswegs bestimmend.¹¹

Die ÖAR beruht auf den Prämissen der Knappheit, des Eigennutztheorems, der Annahme des Rationalverhaltens und des methodologischen Individualismus.¹² Das Phänomen der Knappheit besagt, daß die als grenzenlos gedachten Bedürfnisse der Individuen einer nur begrenzten Menge von Gütern und Leistungen gegenüberstehen, die zur Befriedigung der Bedürfnisse herangezogen werden können, so daß ein Teil der Bedürfnisse unbefriedigt bleiben muß. Der methodologische Individualismus setzt voraus, daß das einzelne Individuum bei der Auswahl der zu befriedigenden Bedürfnisse einer individuellen, eigennützig orientierten Präferenzstruktur folgt. Die eng darauf bezogene Annahme des Rationalverhaltens postuliert, daß die Individuen unter den alternativen, auf die Bedürfnisbefriedigung gerichteten Aktivitäten diejenigen auswählen, deren Kosten-Nutzen-Relationen am günstigsten sind und mithin bei der Befriedigung selbst keine Ressourcen verschwendet werden.¹³ Vor diesem theoretischen Hintergrund gehen viele Vertreter der ÖAR davon aus, daß die Gestaltung des wirtschaftlichen Geschehens so weit wie nur irgend möglich dem Markt als Ort des Tausches unter eigennützigen Individuen überlassen sein sollte (Hotz 1982, 301). Staatseingriffe wie wirtschaftsregulierende Rechtsnormen oder Gerichtsentscheidungen seien dagegen nicht nur zugelassen, sondern sogar erforderlich, wenn der Markt nicht funktioniere bzw. der Eingriff die kostengünstigere Alternative zur Erreichung der ökonomischen Ziele darstelle (z.B. Posner 1986, 20ff.). Oberstes Ziel der normativen ÖAR ist dabei die effiziente Ressourcenallokation. Diese ist dann optimiert, wenn die Ressourcen ihrer jeweils gesamtwirtschaftlich nützlichsten Verwendung zugeführt worden sind, ihr Nutzen also maximiert wird. Bei der Untersuchung von rechtlichen Strukturen und Regeln als Institutionen fragt die ÖAR deshalb, welche Auswirkungen eine bestehende, neugeschaffene oder veränderte Regel auf die Effizienz der Ressourcenallokation hat, d.h., ob

die Regel geeignet ist, die Ressourcen ihrer jeweils nützlichsten Verwendung zuzuführen und so die Allokation zu optimieren.¹⁴ Dies ist nach dem Konzept der ÖAR dann gegeben, wenn das Recht den Akteuren geeignete Anreize vermittelt, unter den Handlungsmöglichkeiten diejenigen auszuwählen, die die Summe der individuellen Nutzen und damit auch den gesamtwirtschaftlichen Nutzen maximieren.¹⁵

Im einzelnen beruht die ÖAR auf den folgenden Grundgedanken, die hier nur in aller Kürze umrissen werden können:¹⁶ Als Maßstab für die Effizienz der Ressourcenverwertung benutzt die ÖAR das Pareto-Kriterium. Es besagt, daß ein gesamtwirtschaftlicher Zustand dann optimal ist, wenn die Position eines Individuums nicht mehr durch einen Tausch von Ressourcen verbessert werden kann, ohne daß zugleich die Position eines anderen Individuums verschlechtert wird.¹⁷ Das Coase-Theorem enthält die These, daß die innerhalb einer Volkswirtschaft bestehende Rechtsordnung überhaupt erst dann eine ökonomisch relevante Rolle spielt, wenn Transaktionskosten anfallen.¹⁸ Da eine transaktionskostenfreie Welt nicht existiert, folgt daraus die Anforderung an das Recht, diese Kosten soweit wie möglich herabzusetzen.¹⁹ Unter den Begriff der Property Rights fallen alle (juristischen) Handlungs-, Eigentums- und Verfügungsrechte. Sie werden in ihrer Eigenschaft als potentielle Tauschobjekte erfaßt und gewinnen damit in ökonomischer Hinsicht gleichsam die Qualität von Produktionsfaktoren.²⁰ Im engen Zusammenhang damit steht das Konzept der externen Effekte, die bei der Nutzung von Property Rights auftreten können. Ein externer Effekt liegt vor, wenn der Erfolg der Ausübung eines Handlungsrechts (oder der Nutzung eines Eigentumsrechts usw.) nicht oder zumindest nicht ausschließlich beim Handelnden selbst, sondern bei einem anderen Akteur - also extern - eintritt, ohne daß zwischen beiden Akteuren darüber eine Einigung vorliegt. Externe Effekte können sowohl positiv als auch negativ ausfallen. Ziel ist es, die auf die Akteure wirkenden Anreize so zu gestalten, daß die positiven externen Effekte der Nutzung eines Property Rights beim Nutzer als Gewinne und die negativen externen Effekte als Verluste internalisiert werden, um auf diese Weise den Gesamtnutzen zu maximieren (dazu statt vieler Krüsselberg 1983, 63ff.).

Auf der soeben beschriebenen inhaltlichen Grundlage der ÖAR sind im Hinblick auf programmatische Konsequenzen und Relevanzansprüche normative und positive Varianten zu unterscheiden. Während normative Vertreter die ÖAR zum alleinigen Ausgangspunkt und Bestimmungshintergrund für die Neukonzeption einer normativen Rechtswissenschaft nehmen wollen,²¹ betont die positive Anwendung mehr den analytischen Charakter des Ansatzes und versucht, ihn bei der Bearbeitung und Lösung bestimmter und begrenzter Teilfragen der Rechtswissenschaft nutzbar zu machen.²²

IV. ÖAR als Instrument der begrenzten Rechtsfolgenanalyse

Gehört die klassische ÖAR in den USA schon seit längerer Zeit zu den festen Bestandteilen des juristischen Curriculums,²³ so ist sie in Deutschland dagegen bislang kaum rezipiert worden. Deshalb liegt hier bis jetzt nur eine relativ geringe Anzahl von durchgeführten oder im Ansatz vorgestellten ökonomischen Analysen konkreter Rechtsprobleme vor (Übersicht bei Salje 1984). Etwas stärker erscheint die rechtstheoretische Resonanz, die nur in Einzelfällen uneingeschränkt positiv ausfällt.²⁴ Überwiegend und mit Abstufungen ist die Sichtweise differenziert-kritisch²⁵ und in Einzelfällen auch rundweg negativ.²⁶

In der Kritik der ÖAR lassen sich drei Hauptgesichtspunkte erkennen: Zum einen geht es um den Anspruch des Ansatzes, die dominante, universale Rechtstheorie der Gegenwart zu repräsentieren.²⁷ Die ÖAR verkörpere eben gerade keine einheitliche, geschlossene Rechtstheorie, die zur Erfassung und Erklärung der gesamten sozialen Wirklichkeit geeignet und imstande sei. Insbesondere die Chicago-Ökonomie stelle weder alle wichtigen rechtstheoretischen und rechtssoziologischen Fragen noch seien ihre Antworten anderen Erklärungsansätzen prinzipiell überlegen.²⁸ Zweitens wird der monistische, einseitig effizienzorientierte Erklärungsansatz verworfen.²⁹ Eine rein ökonomische Betrachtung der Realität sei unzulässig; gesellschaftspolitische Ziele und technische Gegebenheiten, soziale und psychologische Aspekte seien gleichfalls zu berücksichtigen, um der komplexeren Wertstruktur des Rechts gerecht werden zu können.³⁰ Drittens wird die von den extremen Verfechtern des Ansatzes beanspruchte normative Kompetenz der ÖAR negiert. Solange sie allein herangezogen werde, liefere die ÖAR in normativer Hinsicht ein nur unzureichendes Handlungswissen, das weder der Ordnungsfunktion des gesamten Privatrechts noch der Steuerungsfunktion des Wirtschaftsrechts angemessen sei.³¹

Jeder einzelne dieser Einwände steht einer vorbehaltlosen Rezeption der Grundaussagen der ÖAR in der Rechtswissenschaft und -praxis entgegen. Damit kann aber nicht zugleich ausgeschlossen werden, daß sich einzelne Ansätze der ÖAR eben doch sinnvoll für die Norminterpretation verwenden lassen. Eine pauschale Ablehnung der ÖAR verstellt deshalb die Möglichkeit, einer sinnvollen und zweckmäßigen Kooperation zwischen beiden Fachrichtungen neue interdisziplinäre, beide Wissenschaften befruchtende Anstöße zu geben.

Es wäre deshalb zu kurz gegriffen, wollte man die Auseinandersetzung mit der ÖAR mit einer pauschalen Verweigerung abbrechen. Das Ziel ist vielmehr darin zu sehen, solche Varianten der ÖAR zu benennen bzw. zu erarbeiten, die die berechtigten Vorbehalte der Rechtswissenschaft auszuräumen geeignet sind. Dieses Ziel läßt sich in drei Schritten erreichen: Der erste Schritt besteht darin, die ÖAR nicht als universale Rechtstheorie mit

umfassendem Geltungsanspruch aufzufassen und einzusetzen, sondern ihre objektive Relevanz für wirtschaftsrechtliche und damit per se ökonomienahe Materien zu betonen und ihre Anwendung auf diese zu konzentrieren. Oberflächliche und undifferenzierte Vereinnahmungen anderer Rechtsgebiete, etwa des Familien- oder des Strafrechts, bleiben damit ausgeschlossen. Im zweiten Schritt kann der Vorwurf der eindimensionalen Effizienzorientierung der ÖAR entkräftet werden, indem ihre Heranziehung auf solche Fälle begrenzt wird, in denen die Komponente der ökonomischen Effizienz ohne weiteres zum juristischen Interpretationsprogramm einer einzelnen wirtschaftsrechtlichen Norm gezählt werden kann. Geht man beispielsweise davon aus, daß der Staat ein Gesellschaftsrecht zur Verfügung stellt, um den Wirtschaftssubjekten transaktionskostensparende Standardformen gemeinschaftlicher und haftungsbeschränkter Wirtschaftstätigkeit anzubieten, so kann dieses ökonomische Ziel rechtlicher Regelung natürlich nur dann erreicht werden, wenn es sich um ökonomisch effiziente Formen handelt. Diese beiden Schritte laufen darauf hinaus, die Ausblendungen, die die ÖAR als rein ökonomische Theorie hinsichtlich außerökonomischer Aspekte mit sich bringt, kritisch zu reflektieren und sie nur dort einzusetzen, wo sie aus der rechtswissenschaftlichen Perspektive zugelassen werden können bzw. im Sinne einer konsistenten Auslegung wirtschaftsrechtlicher Normen sogar verlangt werden müssen. In diesen Bereichen gewinnt das Effizienzkriterium den Charakter eines zwar nicht allein hinreichenden, aber notwendigen Bestimmungsgrundes für die juristische Auslegung.

Der dritte Schritt schließlich ist grundsätzlicherer Art: Er differenziert zwischen Programm und Instrument, trennt also die normativen Varianten der ÖAR von den nur positiv-deskriptiven Formen. Wenn die normativen Varianten verlangen, rechtliche Regelungs- und Auslegungsziele ausschließlich mit der Elle der ökonomischen Allokationseffizienz knapper Ressourcen zu messen, so ist dieser Anspruch für eine Jurisprudenz schlicht unbrauchbar, zu deren Intentionen im demokratischen und sozialen Rechtsstaat auch und ganz besonders andere, vorrangig an ethischen Kategorien wie Gerechtigkeit und sozialem Ausgleich orientierte Ziele gehören. Unbedingte Kooperation mit der normativen ÖAR würde letztlich eine Unterordnung der Rechtswissenschaft unter den Primat der Ökonomie unter Aufgabe der anderen Zielvorstellungen bedeuten. Von den positiven Varianten der ÖAR wird die Autonomie der Rechtswissenschaft dagegen nicht angetastet. Diese ermöglichen vielmehr eine Rationalisierung der Rechtsfolgenanalyse, indem sie methodisch fundierte Prognosen über die Effizienzwirkungen alternativer Lösungsmöglichkeiten zulassen. Zugleich vermögen sie Aufschluß über Effizienzverluste zu geben, die mit wirtschaftlich suboptimalen, aber aus anderen Bestimmungsgründen (z.B. der sozialen Gerechtigkeit) gebotenen Lösungen verbunden sind.³² Auf diese Weise wird ein Vergleich unterschiedlicher Interpretationsvarianten einer Norm unter Kostengesichtspunkten möglich. Als Instrument der Rechtsfol-

genanalyse erlaubt die ÖAR fundierte Aussagen über die Wohlfahrtswirkungen verschiedener Interpretationen, ohne daß der Norminterpret dadurch bereits in seiner Abwägungs- und Entscheidungsfreiheit eingeschränkt und auf die ökonomisch effiziente Alternative festgelegt wäre. Eine solche Determination des juristischen Entscheidens entfällt schon deshalb, weil die Ökonomie selbst bis heute noch keine umfassende und befriedigende Antwort auf die Frage nach dem angemessenen Verhältnis zwischen Effizienz und Güterverteilungsaspekten entwickelt hat. Besteht also schon innerhalb der ÖAR gleichsam keine ausreichende Richtigkeitsgarantie hinsichtlich der ausschließlichen Effizienzorientierung dieses Ansatzes, so kommt eine Bindungswirkung im Hinblick auf den juristischen Norminterpret von vornherein nicht in Betracht. Integriert in den juristisch-methodischen Vorgang der Rechtsfolgenanalyse vermag die ÖAR also eine Steigerung der Rationalität der juristischen Entscheidung aufgrund einer interdisziplinären Kooperation mit der Nationalökonomie zu bewirken, ohne daß gleichzeitig die Autonomie der Rechtswissenschaft in Frage gestellt zu werden braucht.

Erscheint damit das theoretische Fundament einer interdisziplinären Einbeziehung der ÖAR in den juristischen Teilschritt der Rechtsfolgenanalyse zumindest für wirtschaftsrechtliche Fragestellungen ausreichend konsolidiert, so stellt sich die darüber hinausgreifende Frage, ob und unter welchen Bedingungen das Konzept der ÖAR zu einem allgemeinen sozialwissenschaftlichen Ansatz für die Rechtsfolgenanalyse ausgebaut werden kann. Dies kommt in Betracht, wenn die Eingrenzung der ÖAR auf den Objektbereich 'Wirtschaft' aufgegeben wird und die Analyse sich unter Verwendung des ökonomischen Paradigmas allgemein den Wirkungen institutioneller Veränderungen zuwendet. Diese Wirkungen könnten auf der Grundlage des individualistischen Verhaltensansatzes der ÖAR auch dann beobachtet werden, wenn sie nicht in einem offenkundig ökonomischen Realitätszusammenhang stehen (vgl. Kirchgässner 1988, 126ff.). Insofern besteht immerhin die Chance, einen einheitlichen, aber gleichwohl praktisch tauglichen Untersuchungs- und Erklärungsansatz der Sozialwissenschaften zu entwickeln. Zumindest aber erscheint das bescheidenere Ziel erreichbar, die supradisziplinäre Tragfähigkeit des methodologischen Individualismus zu erproben. Freilich steht auch und gerade eine solche Erweiterung des Ansatzes der ÖAR unter dem Vorbehalt der klaren Trennung zwischen interdisziplinärer Kooperation im realwissenschaftlichen Bereich der Folgenuntersuchung und strikter Wahrung der Autonomie der Rechtswissenschaft bezüglich des Zielsystems der betroffenen Norm.

V. Vorgehensweise bei der Einbeziehung der ÖAR in die Norminterpretation

Erweist es sich theoretisch als zweckmäßig, ökonomische Ansätze in die juristische Rechtsfolgenanalyse zu integrieren, so ist damit die Frage der

praktischen Durchführbarkeit eines solchen Programms noch nicht beantwortet. Ein mögliches Verfahren der ÖAR-gestützten Realfolgenuntersuchung könnte aus den nachstehend dargestellten Teilschritten bestehen, ohne daß diese Konzeption bereits Anspruch auf Allgemeinverbindlichkeit erheben könnte. Das skizzierte Verfahren orientiert sich an der logisch-technisch vorgegebenen Abfolge des Interpretationsvorgangs und wirkt wie ein System hintereinandergeschalteter Filter, die verschiedene Selektionsaufgaben wahrnehmen und jeweils bestimmte Interpretationsvarianten ausscheiden oder markieren. Die Reihenfolge der einzelnen Filter ist nicht beliebig; vielmehr ist insbesondere, um den normativen Primat der Rechtswissenschaft und die angemessene Einbeziehung außerökonomischer Faktoren zu gewährleisten, eine gewisse Hierarchie unabdingbar. Dies gilt namentlich für Beginn und Ende des Auslegungsprozesses: Wie sich zeigen wird, können nur juristisch konsistente Varianten über die erste Stufe des Verfahrens hinausgelangen, aber sehr wohl können auch ökonomisch inferiore Varianten als gleichsam 'beste Lösungen' aus dem Verfahren hervorgehen. Das ergibt sich bereits aus der Heranziehung der ÖAR als positiver Theorie: Die Selektionsaufgabe insbesondere der ökonomischen Filter besteht nicht in der Ausscheidung, sondern nur in der Markierung einzelner Varianten unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Die einzelnen Schritte des Prozesses können wie folgt beschrieben werden:

Der Beginn des ökonomisch unterstützten Interpretationsvorgangs unterscheidet sich in nichts vom herkömmlichen Verfahren der juristischen Hermeneutik. Im ersten Schritt geht es, wie in Abschnitt II. beschrieben, darum, die unter korrekter Anwendung der klassischen Auslegungsregeln als inkonsistent erkannten Interpretationen aus der Menge aller möglichen Auslegungsalternativen zu eliminieren, so daß nur konsistente Varianten zurückbleiben.

Der zweite Schritt deckt sich mit der konventionell-juristischen Rechtsfolgenanalyse: Die bisher nicht herausgefilterten konsistenten Interpretationsvarianten werden nunmehr einer vergleichenden Untersuchung unter Gerechtigkeits- und anderen normativen Aspekten unterzogen. Diese Untersuchung bringt verschiedene Kriterien für die Auslegung ins Spiel und gelangt auf der Grundlage der vom Norminterpreten verwendeten Alltagstheorie zur Entscheidung. Es werden hier die weniger plausiblen konsistenten Varianten von den übrigen abgegrenzt. Der Prozeß der klassischen Rechtsfolgenanalyse wäre an dieser Stelle bereits beendet, nachdem eine erfahrungs- und einschätzungsgemäß plausible Variante für die Auslegung der Norm und damit in der Regel zur Entscheidung der Rechtsfrage mehr oder weniger willkürlich ausgewählt und angewandt worden wäre. Ökonomisch 'richtige' Ergebnisse sind dabei zwar nicht ausgeschlossen, ihre Wahrscheinlichkeit reduziert sich jedoch auf ein Zufallsmaß. Mit dem Ziel der Steigerung der Rationalität der Interpretation setzt die ökonomisch gestützte Rechtsfolgenanalyse deshalb an diesem Punkt erst an.

Im dritten Schritt werden jetzt alle konsistenten Varianten methodisch unter dem Gesichtspunkt ihrer volkswirtschaftlichen Kosten untersucht, indem sie der in Abschnitt III. beschriebenen ökonomischen Analyse unterzogen werden. Dieser dritte Schritt steht hierarchisch allerdings auf derselben Stufe wie der vorangegangene zweite Schritt, so daß grundsätzlich auch diejenigen konsistenten Varianten in die Analyse einzubeziehen sind, die den alltagstheoretischen common-sense-Test beim Entscheider nicht bestanden haben. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, daß sich gerade eine solche Alternative als ökonomisch effizient erweist, die dem Entscheider weniger plausibel erschien. In dem Fall, daß verschiedene konsistente Norminterpretationen zu unterschiedlichen Auswirkungen auf die Effizienz der Ressourcenallokation führen, läßt sich durch die Anwendung der ÖAR gleichsam ein Kontinuum von inferioren Lösungen unterschiedlicher Stufen bis hin zur optimalen Lösung ausarbeiten, das als Grundlage für die Weiterführung der Interpretation dienen kann. Ein zusätzlicher Teilschritt wird jedoch dann erforderlich, wenn Entscheidungsalternativen effizienzneutral sind, also im Vergleich zum ex-ante-Zustand vor der auslegenden Entscheidung keinerlei Auswirkungen auf die Allokationseffizienz haben.

Tritt also gegenüber dem als Vergleichsgrundlage heranzuziehenden Ausgangszustand keine Veränderung der Allokationseffizienz ein, so muß die ökonomische Analyse ihr Augenmerk im vierten Schritt auf die Verteilungsimplikationen der einzelnen Interpretationsvarianten richten, d.h. auf die Frage, wie die Gesamtkosten bestimmter ökonomisch relevanter Aktivitäten, Verhaltensweisen und Zustände auf die beteiligten Akteure zu verteilen, bzw. die wirtschaftlichen Risiken zuzuordnen sind. Zu vergleichen ist dabei jeweils der ex-ante-Zustand vor Wirksamwerden der interpretierenden Entscheidung mit den einzelnen ex-post-Zuständen, wie sie sich nach Einführung der einzelnen Entscheidungsalternativen jeweils ergeben. Allerdings ist in Rechnung zu stellen, daß Verteilungsentscheidungen ihrerseits Effizienzimplikationen aufweisen. Unter dem Aspekt der Vermeidung von Ressourcenverschwendung erscheint es deshalb zweckmäßig, Kosten bzw. Risiken so bei den Akteuren zu allozieren, daß der gesamte zu ihrer Deckung bzw. Beherrschung erforderliche Aufwand minimiert wird. Das ist z.B. dann der Fall, wenn ein spezifisches Haftungsrisiko, das in rechtstechnischer Hinsicht sowohl der einen als auch der anderen Partei eines Vertrages zugeordnet werden könnte, derjenigen Partei auferlegt wird, die es am kostengünstigsten beherrschen oder sich am billigsten dagegen versichern kann. Das Erkenntnisinteresse der ökonomisch gestützten Rechtsfolgenanalyse kommt also in der Frage zum Ausdruck, welche Handlungsanreize die einzelnen Interpretationsvarianten auf die handelnden Akteure ausüben und ob diese Anreize im Sinne der ökonomischen Zielvorgabe zweckmäßig und richtig sind. Auch unter diesem Maßstab lassen sich die einzelnen Alternativen dann entsprechend der von ihnen induzierten Anreizstruktur wie auf einer Skala ordnen.

Damit ist die eigentliche ökonomische Analyse der Interpretationsalternativen abgeschlossen. Unabhängig davon, ob Allokations- oder Distributionseffekte von den verschiedenen Lösungen ausgehen, steht in beide Fällen eine methodische ökonomische Bewertung der prognostizierten Realfolgen jeder Alternative als neugewonnener Auslegungsaspekt zur Verfügung. Im fünften Schritt ist nunmehr zu klären, welche genaue Bedeutung dieser ökonomischen Wertung für den konkreten Auslegungsprozeß zukommt. Dies ist im wesentlichen davon abhängig, welche außerökonomischen Bestimmungsfaktoren einzubeziehen und in welchem Verhältnis sie im Interpretationsvorgang zu berücksichtigen sind. Für solche Fälle, in denen das ökonomische Effizienzkriterium sich ohne weiteres als zugleich juristische Zielvorgabe aus dem Sinnzusammenhang der auszulegenden Rechtsregel auffassen läßt, also in den meisten wirtschaftsrechtlichen Interpretationsprozessen, wird die Bedeutung außerökonomischer Kriterien eher zurücktreten, so daß das Ergebnis der ökonomischen Analyse prägenden Einfluß auf das juristisch 'richtige' Auslegungsergebnis gewinnt. Damit läßt sich das Ziel einer ökonomisch fundierten Rationalisierung der Rechtsfolgenanalyse erreichen: Die methodisch durchgeführte ökonomische Effizienzanalyse ist als ein Faktor in den juristischen Auslegungsprozeß integriert.

Nicht immer wird es dem juristischen Entscheider jedoch möglich sein, die Norminterpretation ausschließlich aus dem Blickwinkel der ÖAR vorzunehmen. Auch innerhalb des Wirtschaftsrechts im weitesten Sinne und erst recht außerhalb davon wird es Fälle geben, in denen außerökonomischen Wertungsvorgaben wie sozialem Ausgleich, Billigkeit und Gerechtigkeit im Rahmen der Interpretation größeres und auch überwiegendes Gewicht beizumessen ist. Auch für diese Fälle sind die Untersuchungsergebnisse der ÖAR jedoch von Nutzen, und zwar insofern, als sie es ermöglichen, den volkswirtschaftlichen Wohlfahrtsverlust meßbar und darstellbar zu machen, der von juristisch letztlich vorzuziehenden Lösungen möglicherweise ausgeht. Vereinfacht ausgedrückt können in einem sechsten Schritt die volkswirtschaftlichen Kosten der durch außerökonomische Wertungsvorgaben induzierten Interpretationen benannt werden. Auch dieser Effekt bewirkt im Ergebnis eine Rationalisierung der Rechtsfolgenanalyse: Denn zum einen ermöglicht erst die sichere Kenntnis des Ausmaßes der ökonomischen Implikationen unterschiedlicher Interpretationsvarianten die Ermittlung der genauen Bedeutung des ökonomischen Bestimmungshintergrundes für die Auslegung, und zum anderen wird auch die Legitimation eines außerökonomisch geprägten Auslegungsergebnisses gesteigert, wenn es auf einer vollständigen Informationsbasis gleichsam 'sehenden Auges' unter Betonung und Bevorzugung eines anderen Bestimmungshintergrundes gewonnen worden ist.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Es hat sich gezeigt, daß die begrenzte und kontrollierte Einbeziehung der ÖAR in die juristische Rechtsfolgenanalyse mit einer Steigerung der Rationalität der juristischen Entscheidung verbunden sein kann. Dies gilt in zweifacher Hinsicht: In einer Reihe von Fällen vermag das Ergebnis der ökonomischen Analyse einer rechtlichen Fragestellung die juristische Entscheidungsfindung zu tragen. Das ist dann der Fall, wenn dem Entscheider nach Abschluß des konventionell-rechtswissenschaftlichen Auslegungsverfahrens in Bezug auf ein ökonomisch relevantes Rechtsproblem noch mehrere gleichsam juristisch 'gleichwertige' Interpretationsvarianten zur Verfügung stehen. Das juristische Auslegungsergebnis ist dann nicht eindeutig und insoweit unter dem Aspekt rationaler Entscheidungsfindung unbefriedigend. Die ökonomische Analyse kann diesen Mangel beseitigen und damit für eine durchgängige, methodisch stringente und inhaltlich überzeugend abgesicherte Interpretation sorgen.

Aber auch dann, wenn das Auslegungsverfahren mit dem eindeutigen Ergebnis einer einzigen dem juristischen Gerechtigkeitspostulat genügenden Interpretationsvariante endet, kann die ÖAR die Rationalität der Entscheidung noch verbessern. Denn sie erlaubt es, die volkswirtschaftlichen Kosten einer solchen 'gerechten' Auslegungslösung zu benennen und damit die genaue Bedeutung des ökonomischen Bestimmungshintergrundes für die betroffene Rechtsfrage erst sichtbar zu machen. Die ÖAR bewirkt insoweit eine Modifizierung und Aufklärung juristischer Gerechtigkeitsüberlegungen, als sie zumindest für den ökonomischen Sinnzusammenhang der zu interpretierenden Norm eine methodisch gewonnene und deshalb auch inhaltlich legitimierte Grundlage bereitstellt.

Praktische Relevanz kommt der Integration der ÖAR in die Rechtsfolgenanalyse in erster Linie für den richterlichen Bereich zu. Juristische Entscheider sind in aller Regel der Richter bzw. die Richter eines Spruchkörpers, die das Verfahren der Auslegung einer gesetzlichen Vorschrift im Rahmen eines Rechtsstreits als professionelle Norminterpreten durchzuführen haben. Der Schwerpunkt liegt insoweit bei den höheren und höchsten Instanzen, deren Leitentscheidungen im Normalfall den Interpretationsspielraum der unteren Instanzen begrenzen. Gleichwohl erlangt die ÖAR auch für den erstinstanzlichen Bereich Bedeutung, so z.B., wenn eine obergerichtliche Entscheidung einer Rechtsfrage mit ökonomischem Hintergrund nicht oder noch nicht vorliegt oder wenn der mit dem erforderlichen wirtschaftswissenschaftlichen Rüstzeug ausgestattete erstinstanzliche Entscheider die ökonomischen Schwachstellen einer Leitentscheidung aufdeckt und das Rechtsproblem auf diese Weise erneut und möglicherweise unter veränderten Vorzeichen zur höchstrichterlichen Entscheidung gestellt wird.

Im Rahmen der Möglichkeiten prozeßbeteiligter Rechtsanwälte, Einfluß auf richterliche Entscheidungen zu nehmen, gewinnt die ÖAR auch aus der anwaltlichen Perspektive an Bedeutung. So kann ein mit der ÖAR vertrauter Anwalt das Gericht durch eine entsprechende Argumentation auf die ökonomischen Implikationen im Sinnzusammenhang der zu lösenden Rechtsfrage aufmerksam machen und zur Auseinandersetzung mit der ökonomischen Sichtweise veranlassen. Für die Berufstätigkeit beratender Anwälte und anderer Kautelarjuristen außerhalb der Anwaltschaft - etwa in den Rechtsabteilungen der Wirtschaftsunternehmen und, eingeschränkt, der öffentlichen Verwaltungen - geht die Verwertbarkeit der ÖAR noch darüber hinaus: In Feldern dispositiven Gesetzesrechts werden diese Juristen rechtsschöpferisch tätig, indem sie rechtliche Gestaltungsformen aus einem gegebenen Arsenal auswählen (H. Koch 1976, 181), kombinieren, individuell modifizieren oder gar aus einem im Grundsatz unerschöpflichen 'rechtskreativen' Reservoir neu schaffen. Diese Tätigkeit des Wirtschaftsjuristen erfolgt aus der Unternehmensperspektive heraus. Aber auch aus diesem Blickwinkel erweist sich die Möglichkeit zur korrekten Einschätzung der ökonomischen Folgen des aus der Kautelarjurisprudenz hervorgehenden neuen Rechts als hilfreich.

Die Integration der ÖAR in die rechtswissenschaftliche Forschung und Lehre ist besonders unter zwei Aspekten von Bedeutung: Rechtswissenschaftliche Forschung entwirft theoretische Konzeptionen für die Rechtsfortentwicklung und begleitet den tatsächlichen Rechtsschöpfungsprozeß durch Gesetzgeber und Gerichte in kritischer Reflexion. Hier geht von der Integration der ÖAR insofern eine rationalitätssteigernde Wirkung aus, als die rationale Steuerung des Prozesses der Rechtsentwicklung besonders in den wirtschaftlich relevanten Rechtsmaterien verbessert werden kann. Daneben ist es aber ebenso erforderlich, diese neue Konzeption in der Lehre fruchtbar zu machen, denn die planmäßige Einbeziehung der ÖAR in die Rechtsfolgenanalyse stellt besondere Ansprüche an die Ausbildung der Juristen. Diese Anforderungen lassen sich allein durch die Rezeption wirtschaftswissenschaftlicher Theorie im Rahmen von Standardvorlesungen nicht erfüllen. Erforderlich wird vielmehr eine interdisziplinär angelegte und durchgeführte Spezial- und Zusatzausbildung, die auf der einen Seite die der ÖAR zugrundeliegenden Theorien hinreichend vermittelt und ihre Berührungspunkte mit rechtlichen Fragestellungen herausarbeitet. Auf der anderen Seite ist es aber auch erforderlich, aus der Distanz einer autonomen juristischen Entscheidungslehre die ökonomischen Ansätze kritisieren und einordnen zu können, damit das 'fremde' Instrumentarium nur nach kritischer Reflexion begrenzt und kontrolliert eingesetzt wird. Euphorie im Umgang mit der ökonomisch unterstützten Rechtsfolgenanalyse und Berührungspunkte im Hinblick auf eine sich 'imperialistisch' gebende Nationalökonomie³³ sind gleichermaßen zu vermeiden. Die skizzierten Anforderungen sind hoch. Dennoch erscheint die Anstrengung lohnend.

Anmerkungen

- 1 Die zur Beschreibung dieser Regeln vorfindliche Terminologie ist in der juristischen Methodenlehre sehr uneinheitlich und zum Teil umstritten. Einen instruktiven Überblick über Unterschiede und Gemeinsamkeiten geben Koch/Rüßmann 1982, 166ff.
- 2 Im Standardwerk der juristischen Methodenlehre findet sich dazu der plakative Satz, für die Auslegung von Normen sei es "kennzeichnend, daß der Ausleger nur den Text selbst zum Sprechen bringen will, ohne etwas hinzuzufügen oder wegzulassen." (Larenz 1975, 299)
- 3 Übersichten bei Furubotn/Richter 1984, iff. sowie Richter 1989, iff.; vgl. auch den Essay Warum leasen Sie nicht eine Braut? von Schmidten in der FAZ vom 03.09.1988.
- 4 Zu den Unterschieden zwischen 'altem' und 'neuem' Institutionalismus vgl. Vanberg 1983, 52; Hutchinson 1984, 20ff.
- 5 Boettcher 1983, iff.; Schanze 1983, 164; Vanberg 1983, 50ff.; Kirchner 1988, 197.
- 6 Vgl. in diesem Sinne auch Elsner 1987, 5, m.w.N., der allerdings darauf abstellt, daß eine Entscheidungsregel allgemeine Anerkennung gefunden haben müsse, was aber für den Begriff der Institution nicht zwingend erforderlich ist.
- 7 Der Begriff stammt aus der wohlfahrtsökonomischen Diskussion der Probleme von Versicherungslösungen, vgl. in der deutschsprachigen Literatur etwa Varian 1985, 306f.; Schäfer/Ott 1986, 94 und passim übersetzen den Begriff wenig einprägsam mit "moralischem Risiko". In der US-amerikanischen Literatur vgl. z.B. grundlegend Arrow 1963, 961; Pauly 1968, 531ff. am Beispiel der staatlichen Krankenversicherung. Zur allgemeinen Anwendung des moral-hazard-Modells auf ökonomische Risiko-Anreiz-Probleme vgl. Stiglitz 1983, 4ff.
- 8 Dazu Schenk 1983, 70ff.; vgl. auch Boettcher 1983, iff., der seinerseits die neue Institutionenökonomie umgekehrt als Teil der Neuen Politischen Ökonomie bezeichnet; außerdem sei allgemein auf die Beiträge des seit 1982 erscheinenden Jahrbuchs für Neue Politische Ökonomie (JbNPö) hingewiesen.
- 9 Zur ökonomischen Theorie der Unternehmung siehe z.B. grundlegend Coase 1937, 386ff.; sowie die Beiträge von Bössmann, Williamson, Brinkmann, Kübler, Manne, Schanze, Furubotn, Bonus, Albach, Baetge/Fischer, alle in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft/JITE 137, 1981, 665ff. zum Thema "Das Wesen der Unternehmung". Zur Theorie der Eigentumsrechte (Property Rights) siehe die Beiträge von den Arbeitstagungen 1976/77 und 1983 des Vereins für Socialpolitik bei Schenk (Hrsg., 1978) und M. Neumann (Hrsg., 1984) sowie die Beiträge bei Schüller (Hrsg., 1983). Zur ökonomischen Theorie des Vertrages siehe Goldberg (Hrsg., 1989).
- 10 Kirchner 1978, 75; Gotthold 1980, 546; Weber 1982, 420; sowie für mehrere zivilrechtliche Rechtsgebiete Schäfer/Ott 1986.

- 11 Zu den Hauptvertretern der Chicago-Schule, die seit Beginn der Reagan-Administration auch die US-amerikanische Wirtschaftspolitik bestimmt, gehören die Ökonomen Friedman, Alchian, Becker, Buchanan, Stigler und der Jurist Posner. Führende Autoren der Ökonomischen Analyse des Rechts sind z.B. Posner, Coase, Calabresi, Demsetz, Shavell, Williamson. Zur ÖAR außerhalb der Chicago-Schule vgl. Polinsky 1983. Vor der undifferenzierten Identifikation der Chicago-Ökonomie mit der ÖAR warnt zu Recht Frank 1986, 191ff.
- 12 Dazu ausführlich Behrens 1986, 30ff.; vgl. auch Weber 1982, 421f.; Schäfer/Ott 1986, 45ff.
- 13 Vgl. dazu Schäfer/Ott 1986, 46ff.; zur modernen Diskussion um die Annahme des Rationalverhaltens siehe außerdem Kirchgässner 1988, 109ff.
- 14 Salje 1984, 286ff.; Posner 1986, 21ff.; Schäfer/Ott 1986, 10.
- 15 Vgl. Horn 1976, 310; Köhler 1980, 592; Weber 1982, 429; Hotz 1982, 301.
- 16 Ausführliche Darstellungen und Sichtweisen mit zahlreichen Literaturhinweisen bei Kirchner 1978, 75ff.; H. Koch 1981, 853ff.; Weber 1982, 427ff.; Salje 1984, 283ff.; Fezer 1986, 819; vgl. auch Kirchgässner 1988, 122ff.; monographisch außerdem Behrens 1986 und Schäfer/Ott 1986.
- 17 Zur Weiterentwicklung des Pareto-Kriteriums zum Kaldor/Hicks-Kriterium vgl. Schäfer/Ott 1986, 30ff. und Behrens 1986, 93.
- 18 Transaktionskosten sind Kosten, die im Zusammenhang mit marktmäßiger, hierarchischer oder bürokratischer Übertragung und Verwertung von Ressourcen entstehen, also z.B. Informations-, Verhandlungs- und Entscheidungskosten. Dazu auch Kirchgässner 1988, 122ff.
- 19 Dazu auch Hutter 1980, 644; Köhler 1980 591; Hotz 1982, 298; Behrens 1986, 118ff.
- 20 Zum Property Rights-Ansatz vgl. die Nachweise in FN 8 sowie außerdem Leipold 1978, 518ff.
- 21 So insbesondere Adams 1984; Posner 1986; Schäfer/Ott 1986, differenziert auch Behrens 1986.
- 22 Vgl. z.B. Kirchner 1980, 563ff.; 1983, 137ff.; 1984, 223ff.; 1985, 214ff.; 1986, 191ff.
- 23 Schanze 1978, 5ff.; zur Kritik der ÖAR in den USA vgl. Polinsky 1974, 1655ff., deutsch in Assmann/Kirchner/Schanze 1978, 114ff.
- 24 Z.B. Adams 1984, 337ff.; tendenziell auch Ott/Schäfer 1988, 213ff.
- 25 Horn 1976, 307ff.; H. Koch 1976, 181; 1981, 851; Kirchner 1978, 75ff.; 1988, 191ff.; Schanze 1978, 3ff.; Prisching 1979, 995ff.; Gotthold 1980, 545ff.; Köhler 1980, 589ff.; Hotz 1982, 293ff.; Weber 1982, 419ff.

- 26 Vgl. z.B. Fezer 1986, 817ff.; 1988, 223ff. Über Rezeptionsbarrieren und Berührungsgänge siehe auch Schanze 1982, 299.
- 27 Umfassende Nachweise für den US-amerikanischen Raum bei Schanze 1982, 298.
- 28 Horn 1976, 311ff.; Prisching 1979, 1005ff.; Fezer 1986, 819 jeweils m.w.N.; Frank 1986, 207. Ott/Schäfer 1988, 219, meinen demgegenüber sogar, eine umfassende Sozialtheorie, die jeden Einzelfall erfasse, sei unbrauchbar.
- 29 Z.B. Horn 1976, 311ff.; H. Koch 1976, 184; Gotthold 1980, 556; Hotz 1982, 306f.; Salje 1984, 290; Fezer 1986, 820 jeweils m.w.N.
- 30 Horn 1976, 311ff.; H. Koch 1976, 184; Gotthold 1980, 556; Hotz 1982, 306f.; Salje 1984, 290; sinngemäß auch Prisching 1979, 1005ff.
- 31 Horn 1976, 310; Prisching 1979, 1013f.; Gotthold 1980, 549ff.; Köhler 1980, 604ff.; Hotz 1982, 311ff.
- 32 Köhler 1980, 589; Weber 1982, 419; Posner 1986, 23, 26; Roth 1986, 381; Kirchner 1988, 205.
- 33 Zur Frage, ob die Ökonomie eine imperialistische Wissenschaft sei, vgl. Adams 1984 mit zahlreichen weiteren Literaturhinweisen.

Bibliographie

- Adams, Michael (1984), Ist die Ökonomie eine imperialistische Wissenschaft? in: Juristische Ausbildung 6, 337ff.
- Arrow, Kenneth J. (1963), Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care, in: American Economic Review 53, 941ff.
- Behrens, Peter (1986), Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, Tübingen
- Böttcher, Erik (1983), Der Neue Institutionalismus als Teil der Lehre von der Neuen Politischen Ökonomie, in: Erik Boettcher/Philipp Herder-Dorneich/Karl-Ernst Schenk (Hrsg.), Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 2, 1ff., Tübingen
- Coase, Ronald H. (1937), On the Nature of the Firm, *Economica* 4 n.s., 386ff.
- Elsner, Wolfram (1987), Institutionen und ökonomische Institutionentheorie, in: Wirtschaftswissenschaftliches Studium 16, 5ff.
- Fezer, Karl-Heinz (1986), Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, in: Juristen-Zeitung 41, 817ff.
- (1988), Nochmals: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, in: Juristen-Zeitung 43, 223ff.

- Frank, Jürgen (1986), Die Rationalität einer ökonomischen Analyse des Rechts, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 1, 19ff.
- Furubotn, Eirik G./Richter, Rudolf (1984), The New Institutional Economics, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft/Journal of Institutional and Theoretical Economics 140, 1ff.
- Goldberg, Victor P. (Hrsg.) (1989), Readings in the Economics of Contract Law, Cambridge/Mass.
- Gotthold, Jürgen (1980), Zur ökonomischen Theorie des Eigentums, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 144, 545ff.
- Horn, Norbert (1976), Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts: Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der Economic Analysis of Law, in: Archiv für die civilistische Praxis 176, 307ff.
- Hotz, Beat (1982), Ökonomische Analyse des Rechts - eine skeptische Betrachtung, in: Wirtschaft und Recht 34, 293ff.
- Hutchison, Terence W. (1984), Institutional Economics Old and New, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft/Journal of Institutional and Theoretical Economics 140, 20ff.
- Hutter, Michael (1980), Über eine Alternative zur neoklassischen ökonomischen Analyse des Rechts, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 144, 642ff.
- Kirchgässner, Gebhard (1988), Die neue Welt der Ökonomie, in: Analyse & Kritik 10, 107ff.
- Kirchner, Christian (1978), Ökonomische Analyse des Rechts: Interdisziplinäre Zusammenarbeit von Ökonomie und Rechtswissenschaft, in: Heinz-Dieter Assmann/Christian Kirchner/Erich Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, Kronberg, 75ff.
- (1980), "Ökonomische Analyse des Rechts" und Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (antitrust law and economics), in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 144, 563ff.
 - (1983), Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts: Ein Forschungsansatz, in: Erik Boettcher/Philipp Herder-Dorneich/Karl-Ernst Schenk (Hrsg.), Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 2, Tübingen, 137ff.
 - (1984), Ansätze zur ökonomischen Analyse des Konzernrechts, in: Erik Boettcher/Philipp Herder-Dorneich/Karl-Ernst Schenk (Hrsg.), Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 3, Tübingen, 223ff.
 - (1985), Ökonomische Überlegungen zum Konzernrecht, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 14, 214ff.
 - (1986), Der Arzneimittelhöchstbetrag in der "Konzertierten Aktion im Gesundheitswesen" - Eine ökonomische und institutionelle Analyse -, in: Erik Boettcher/Philipp Herder-Dorneich/Karl-Ernst Schenk (Hrsg.), Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 5, Tübingen, 19ff.

- Kirchner, Christian (1988), Über das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Nationalökonomie, in: Erik Boettcher/Philipp Herder-Dorneich/Karl-Ernst Schenk (Hrsg.), Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 7, Tübingen 191ff.
- Koch, Hans-Joachim/Helmut Rübmann (1982), Juristische Begründungslehre, München
- Koch, Harald (1976), Economic Analysis of Law, in: Rabels Zeitschrift 40, 181ff.
- (1981), Die Ökonomie des Gestaltungsrechts, in: Herbert Bernstein/Ulrich Drobnig/Hein Kötz (Hrsg.), Festschrift für Konrad Zweigert, Tübingen 851ff.
- Köhler, Helmut (1980), Vertragsrecht und Property-Rights-Theorie, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 144, 589ff.
- Krüsselberg, Hans-Günter (1983), Property Rights-Theorie und Wohlfahrtsökonomik, in: Alfred Schüller (Hrsg.), Property Rights und ökonomische Theorie, München 45ff.
- Larenz, Karl (1975), Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg-New York
- Leipold, Helmut (1978), Theorie der Property Rights: Forschungsziele und Anwendungsbereiche, in: Wirtschaftswissenschaftliches Studium 7, 518ff.
- Naucke, Wolfgang (1972), Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften, Frankfurt
- Neumann, Manfred (Hrsg.) (1984), Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, Neue Folge, Band 140, Berlin
- Ott, Claus/Hans-Bernd Schäfer (1988), Die ökonomische Analyse des Rechts - Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis, in: Juristen-Zeitung 43, 213ff.
- Pauly, Mark V. (1968), The Economics of Moral Hazard, in: American Economic Review 58, 531ff.
- Polinsky, A. Mitchell (1974), Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law, in: Harvard Law Review 87, 1655ff.; deutsche Übersetzung in: Heinz-Dieter Assmann/Christian Kirchner/Erich Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, Kronberg 1978, 113ff.
- (1983), An Introduction to Law and Economics, Boston-Toronto
- Posner, Richard A. (1986), Economic Analysis of Law, Third Edition, Boston-Toronto
- Prisching, Manfred (1979), Ökonomische Rechtslehre?, in: Reformen des Rechts. Festschrift zur 200-Jahr-Feier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz, Graz, 995ff.

- Richter, Rudolf (1989), Sichtweise und Fragestellungen der Neuen Institutionsökonomik, Working Paper Series, Center for the Study of the New Institutional Economics, Saarbrücken
- Roth, Günter H. (1986), Zur economic analysis der beschränkten Haftung, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 15, 371ff.
- Rottleuthner, Hubert (1973), Richterliches Handeln - Zur Kritik der juristischen Dogmatik, Frankfurt
- Salje, Peter (1984), Ökonomische Analyse des Rechts aus deutscher Sicht, in: Rechtstheorie 15, 277ff.
- Schäfer, Hans-Bernd/Claus Ott (1986), Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin u.a.
- Schanze, Erich (1978), Ökonomische Analyse des Rechts in den USA. Verbindungslinien zur realistischen Tradition, in: Heinz-Dieter Assmann/Christian Kirchner/Erich Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, Kronberg, 3ff.
- (1982), Rechtsnorm und ökonomisches Kalkül, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft/Journal of Institutional and Theoretical Economics 138, 297ff.
 - (1983), Theorie des Unternehmens und Ökonomische Analyse des Rechts, in: Erik Boettcher/Philipp Herder-Dorneich/Karl-Ernst Schenk (Hrsg.), Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 2, Tübingen, 161ff.
- Schenk, Karl-Ernst (1983), Institutional Choice und Ordnungstheorie, in: Erik Boettcher/Philipp Herder-Dorneich/Karl-Ernst Schenk (Hrsg.), Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 2, Tübingen, 70ff.
- (1978) (Hrsg.), Ökonomische Verfügungsrechte in Wirtschaftssystemen, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Neue Folge Band 97, Berlin
- Schmidtchen, Dieter (1988), Warum lesen Sie nicht eine Braut?, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 03.09.1988, 15
- Schüller, Alfred (1983) (Hrsg.), Property Rights und ökonomische Theorie, München
- Stiglitz, Joseph E. (1983), Risk, Incentives and Insurance: The Pure Theory of Moral Hazard, in: The Geneva Papers on Risk and Insurance 8, 4ff.
- Vanberg, Viktor (1983), Der individualistische Ansatz zu einer Theorie der Entstehung und Entwicklung von Institutionen, in: Erik Boettcher/Philipp Herder-Dorneich/Karl-Ernst Schenk (Hrsg.), Jahrbuch für neue Politische Ökonomie 2, Tübingen, 50ff.
- Varian, Hal (1985), Mikroökonomie, München-Wien

- Weber, Rolf H. (1982), *Ökonomische Rationalität und Vertragsrecht*, in: Peter Forstmoser/Walter R. Schlupe (Hrsg.), *Freiheit und Verantwortung im Recht*, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern, 419ff.
- Weiss, Manfred (1977), *Zur Integration von Rechts- und Sozialwissenschaften im Arbeitsrecht - ein möglicher erster Schritt*, in: Norbert Horn/Reinhart Tietz (Hrsg.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Band 1, Zivil- und Wirtschaftsrecht, München, 201ff.