

STEFAN BECHTOLD

# Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts

*Jus Privatum*

149

---

**Mohr Siebeck**

JUS PRIVATUM  
Beiträge zum Privatrecht  
Band 149





Stefan Bechtold

# Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts

Ein rechtsökonomischer Beitrag  
zu einer Rechtsetzungslehre des Privatrechts

Mohr Siebeck

*Stefan Bechtold*: Geboren 1974; Studium der Rechtswissenschaft in Tübingen und Stanford; 2001 Promotion; 2005–2008 Mitarbeiter am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern in Bonn; 2009 Habilitation an der Universität Tübingen; Professor für Immaterialgüterrecht an der ETH Zürich.

e-ISBN PDF 978-3-16-151226-1  
ISBN 978-3-16-150155-5  
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Josef Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Die vorliegende Schrift ist im Schwerpunkt zwischen Herbst 2006 und Sommer 2008 entstanden. Sie wurde im Sommersemester 2009 von der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen als Habilitationsschrift angenommen. Sie befindet sich im Wesentlichen auf dem Literatur- und Gesetzesstand von Juni 2009. Geplante Gesetzgebungsvorhaben konnten allenfalls noch in den Fußnoten erwähnt werden.

Dank gebührt vielen. Herrn Prof. Dr. Wernhard Möschel darf ich nicht nur für die über viele Jahre gewährten Freiheiten und Anregungen, sondern auch für die sehr angenehme Atmosphäre danken, die unser Verhältnis auch nach meinem Wechsel zum Bonner Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern immer geprägt hat. In gleichem Maße darf ich Herrn Prof. Dr. Christoph Engel für die großzügige Aufnahme ins Bonner Institut, die großen Freiheiten, die zahllosen Gespräche und das Feuerwerk intellektueller Anregungen danken, die ich während meiner dortigen Zeit erfahren durfte. Herrn Prof. Dr. h.c. mult. Martin Hellwig, Ph.D., danke ich für zahlreiche Diskussionen am Institut, in denen ich nicht nur viel über die Volkswirtschaftslehre, sondern auch über die Rechtswissenschaft gelernt habe.

Dank gebührt auch dem Bonner Max-Planck-Institut als Institution. Durch den intensiven Kontakt mit den dortigen Juristen, theoretischen und experimentellen Ökonomen sowie Psychologen konnte ich beobachten, wie wissenschaftliche Fragestellungen zu formulieren sind. Mehr kann eine wissenschaftliche Ausbildung nicht leisten. Dafür sei den beiden Direktoren des Instituts ganz herzlich gedankt.

Dank gebührt schließlich den wissenschaftlichen und nicht-wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Instituts für die überaus angenehme und anregende Arbeitsatmosphäre sowie die optimalen Arbeitsbedingungen, die ich während meiner Bonner Zeit genießen durfte. Insbesondere möchte ich Dr. Felix Bierbrauer, Regina Goldschmitt, Dr. Andreas Glöckner, Prof. Dr. Hendrik Hakenes, Prof. Dr. Felix Höffler, Dr. Jörn Lüdemann, Dr. Stefan Magen, Alexander Morell, Heidi Morgenstern, Prof. Dr. Indra Spiecker gen. Döhmann und Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carl-Christian von Weizsäcker nennen.

Den Herren Prof. Dr. Wernhard Möschel, Prof. Dr. Heinz-Dieter Assmann und Prof. Dr. Christoph Engel danke ich für die Erstellung der Habilita-

tionsgutachten. Herzlich danken möchte ich auch Prof. Dr. Gérard Hertig für die traumhafte Arbeitsumgebung, die ich in Zürich vorfinden durfte.

Der größte Dank gilt nicht nur meinen Eltern, die mich seit jeher in jeglicher Hinsicht unterstützt und das Manuskript sorgfältig durchgesehen haben. Er gilt auch Lisa, die mich durch die Habilitationszeit mit der notwendigen Mischung aus Unterstützung und Humor begleitet hat. Ihr ist die Arbeit gewidmet.

Zürich, im Juni 2009

## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Abbildungsverzeichnis .....	XV
Teil 1: Einführung .....	1
A. Erkenntnisinteresse und methodische Orientierung der Untersuchung	2
B. Gang der Untersuchung .....	7
C. Beschränkung der Untersuchung .....	8
Teil 2: Methodische Grundlagen .....	13
A. Einführung .....	13
B. Rechtliche Grundlagen .....	13
C. Rechtsökonomische Grundlagen .....	19
Teil 3: Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts anhand von Beispielen ..	47
A. Einführung .....	47
B. Das Regulierungsziel wird nicht erreicht .....	48
C. Die Regulierung führt zu unbeabsichtigten Nebenfolgen .....	92
D. Konkurrenz mehrerer Regulierungsinstrumente .....	118
E. Detailgrad von Regulierung .....	265
F. Zusammenfassung des Teils 3 .....	307
Teil 4: Schlussfolgerungen .....	311
A. Konsequenzen für eine interdisziplinär fundierte Rechtswissenschaft .....	311
B. Konsequenzen für eine Rechtsetzungslehre des Privatrechts .....	331
C. Ausblick .....	346
Literaturverzeichnis .....	349
Materialienverzeichnis .....	411
Register .....	417



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abbildungsverzeichnis .....	XV
Teil 1: Einführung .....	1
A. Erkenntnisinteresse und methodische Orientierung der Untersuchung .....	2
B. Gang der Untersuchung .....	7
C. Beschränkung der Untersuchung .....	8
Teil 2: Methodische Grundlagen .....	13
A. Einführung .....	13
B. Rechtliche Grundlagen .....	13
I. Zwingendes und dispositives Vertragsrecht .....	13
II. Deskriptives Verhaltensmodell und normatives Ordnungsmodell .....	16
C. Rechtsökonomische Grundlagen .....	19
I. Einführung .....	19
II. Verhaltensmodell .....	20
1. Rationaltheoretisches Verhaltensmodell .....	20
2. Verhaltenswissenschaftliches Verhaltensmodell .....	22
III. Wohlfahrtstheorie .....	26
1. Einführung .....	26
2. Allokationseffizienz .....	27
3. Marktversagen .....	29
IV. Vertragstheorie .....	33
1. Einführung .....	33
2. Verträge mit asymmetrischer Information .....	33

3. Prinzipal-Agenten-Theorie .....	35
4. Theorie unvollständiger Verträge .....	37
5. Schlussbemerkung .....	41
V. Modellierende, empirische und experimentelle Rechtsökonomie .	41
VI. Gründe für zwingendes Vertragsrecht .....	43
Teil 3: Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts anhand von Beispielen .....	47
A. Einführung .....	47
B. Das Regulierungsziel wird nicht erreicht .....	48
I. Einführung .....	48
II. Grenzen des Informationsmodells .....	48
1. Einführung .....	48
2. Spuren des Informationsmodells im Privatrecht .....	53
3. Fehlerhafte Informationsaufnahme: Informationsüberlastung .	56
a) Problem .....	57
b) Lösungsmöglichkeiten .....	61
aa) Allgemeines .....	61
bb) Angabe der effektiven Gesamtbelastung im Verbraucher- darlehensrecht .....	64
4. Fehlerhafte Informationsverarbeitung: Kognitive Beschränkung .....	68
a) Problem .....	68
aa) Einführung .....	68
bb) Überoptimismus und Kontrollillusion .....	71
cc) Zeitlich inkonsistente Präferenzen .....	73
b) Lösungsmöglichkeiten .....	80
aa) Ansätze innerhalb des Informationsmodells .....	81
bb) Ansätze außerhalb des Informationsmodells .....	86
5. Erweiterungen .....	88
III. Zusammenfassung .....	91
C. Die Regulierung führt zu unbeabsichtigten Nebenfolgen .....	92
I. Einführung .....	92
II. Verdrängung sozialer Präferenzen durch Verbraucher- schutzrecht .....	93
1. Einführung .....	93
2. Theoretischer Modellrahmen .....	100

a) Einführung .....	100
b) Soziale Präferenzen .....	101
c) Endogene Präferenzen .....	107
d) Zusammenfassung .....	109
3. Empirischer und experimenteller Befund .....	110
a) Befund .....	110
b) Bewertung .....	114
III. Zusammenfassung .....	117
D. Konkurrenz mehrerer Regulierungsinstrumente .....	118
I. Einführung .....	118
II. Optionales Vertragsrecht .....	121
1. Einführung .....	121
2. Eigenmächtige Abwehrmaßnahmen im Übernahmerecht .....	128
a) Rechtlicher Rahmen für Abwehrmaßnahmen .....	128
aa) Einführung .....	128
bb) Überblick über mögliche Abwehrmaßnahmen .....	129
cc) Rechtslage in der Europäischen Union .....	136
dd) Rechtslage in Deutschland .....	141
ee) Rechtslage in den USA .....	146
ff) Zusammenfassung .....	152
b) Eigenmächtige Abwehrmaßnahmen aus rechts- ökonomischer Sicht .....	155
aa) Einführung .....	155
bb) Grundlagen der ökonomischen Analyse im Gesellschaftsrecht .....	155
(1) Gesellschaftsrecht als Vertragsrecht .....	155
(2) Gesellschaften als Prinzipal-Agenten-Beziehungen .....	160
(3) Maximierungsprobleme in Gesellschaften .....	164
(a) Einführung .....	164
(b) Rechtsökonomische Analyse .....	165
(c) Aktien- und kapitalmarktrechtliche Einbettung .....	172
(4) Zusammenfassung .....	177
cc) Auswirkungen eigenmächtiger Abwehrmaßnahmen .....	179
(1) Einführung .....	179
(2) Erster Schritt: Auswirkungen von Unternehmens- übernahmen .....	180
(a) Positive Auswirkungen .....	180
(b) Negative Auswirkungen .....	183
(3) Zweiter Schritt: Auswirkungen von Abwehrmaßnahmen .....	184
(a) Negative Auswirkungen .....	184
(b) Positive Auswirkungen .....	187
(4) Dritter Schritt: Auswirkungen eigenmächtiger Abwehrmaßnahmen .....	188

(a) Negative Auswirkungen .....	189
(b) Positive Auswirkungen .....	190
dd) Zusammenfassung .....	196
c) Optionale Rechtsregeln für eigenmächtige Abwehrmaßnahmen ..	200
aa) Einführung .....	200
bb) Funktionen zwingender Regelungen im Gesellschaftsrecht ..	202
cc) Funktionen dispositiver Regelungen im Gesellschaftsrecht ..	203
(1) Einführung .....	203
(2) Senkung von Transaktionskosten .....	205
(3) Bereitstellung eines öffentlichen Guts .....	205
(4) Trivialität dispositiven Vertragsrechts .....	206
(5) Netzwerkeffekte durch dispositives Vertragsrecht .....	207
(6) Entlastungsfunktion bei langfristigen Verträgen .....	213
(7) Informationsfunktion .....	215
(a) Informationsinduzierende Wirkung von „penalty defaults“ .....	215
(b) Signalisierung durch optionales Vertragsrecht .....	218
(c) Unmittelbare Information durch dispositives Vertragsrecht .....	223
(8) Verhaltenswissenschaftlich-ökonomische Analyse dispositiven Vertragsrechts .....	223
(a) Einführung .....	223
(b) Auswirkungen von Standard-Regelungen .....	225
(c) Erklärung durch den „endowment“-Effekt .....	226
(d) „Endowment“-Effekt bei dispositivem Vertragsrecht	234
(e) „Endowment“-Effekt bei dispositivem Gesellschaftsrecht .....	237
(9) Ausblick: Rückwirkungen auf das Investitionsverhalten	240
(10) Empirische Validierung .....	245
dd) Ausgestaltung optionaler Regelungen im Übernahmerecht ..	248
(1) Standard-Regelung im Interesse der Mehrheit .....	249
(2) Standard-Regelung im Interesse einer Minderheit .....	251
(3) Bestimmung des Interesses von Mehrheit und Minderheit .....	252
(4) Inhaltliche Ausgestaltung der Standard-Regelung .....	256
(5) Gesamtschau .....	258
III. Allgemeine Lehren .....	263
E. Detailgrad von Regulierung .....	265
I. Einführung .....	265
II. Heterogenität von Regelungsadressaten .....	267
1. Heterogenität aus Sicht der Rechtsökonomie .....	267
a) Einführung .....	267
b) Individuelle Effekte .....	270
c) Aggregierte Effekte .....	272
d) Zusammenfassung .....	277

2. Heterogenität aus Sicht einer Rechtsetzungslehre des Privatrechts .....	278
a) Einführung .....	278
b) Differenzierung durch den Gesetzgeber .....	278
aa) Kategorisierung .....	279
bb) Flexibilisierung .....	287
cc) Zusammenfassung .....	290
c) Differenzierung durch Rechtsprechung und Lehre .....	293
aa) Einführung .....	293
bb) Rechtsfolgen unwirksamer Vertragsbestimmungen .....	294
cc) Anwendungsbeispiele .....	298
(1) Geltungserhaltende Reduktion unwirksamer allgemeiner Geschäftsbedingungen .....	298
(2) Geltungserhaltende Reduktion bei Nichtigkeit gemäß §§ 134, 138 BGB .....	301
(3) Ausschluss des Reurechts bei angefochtenen Willenserklärungen .....	303
(4) Gesetzliche Anordnung eines Regulierungsmodells .....	305
III. Zusammenfassung .....	306
F. Zusammenfassung des Teils 3 .....	307
 Teil 4: Schlussfolgerungen .....	 311
A. Konsequenzen für eine interdisziplinär fundierte Rechtswissenschaft .....	 311
I. Grenzen der herkömmlichen Rechtsökonomie .....	312
1. Modellierung und Wirklichkeit .....	312
2. Positive und normative Theorie .....	316
3. Wirkung und Rezeption von Rechtsregeln .....	319
4. Entscheidungsprozesse in Gruppen .....	320
II. Grenzen der experimentellen Rechtsökonomie .....	321
III. Grenzen der verhaltenswissenschaftlichen Rechtsökonomie .....	322
1. Empirie ohne Theorie .....	322
2. Dekonstruktion von Präferenzen .....	327
IV. Möglichkeiten und Grenzen interdisziplinärer Forschung .....	328
B. Konsequenzen für eine Rechtsetzungslehre des Privatrechts .....	331
I. Regulierungsinstrumente .....	331
II. Rechtsetzungslehre als Steuerungswissenschaft .....	332

1. Einführung .....	332
2. Verhältnismäßigkeit .....	334
3. Typisierung .....	340
III. Rechtsetzungslehre und Komplexität .....	343
C. Ausblick .....	346
Literaturverzeichnis .....	349
Materialienverzeichnis .....	411
Register .....	417

## Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Zeitlicher Verlauf eines Darlehens .....	74
Abbildung 2: Exponentielle und hyperbolische Diskontfunktion .....	78
Abbildung 3: Nutzenfunktion nach der „prospect theory“ .....	231
Abbildung 4: Graphische Veranschaulichung des „endowment“-Effekts .	232



## Teil 1

# Einführung

*Stat pro ratione voluntas*. In diesem programmatischen Satz<sup>1</sup> spiegelt sich die überragende Bedeutung der Privatautonomie in einer Privatrechtsgesellschaft wider. Soweit eine Vertragsbeziehung vom Grundsatz der Privatautonomie gedeckt ist,<sup>2</sup> wird ihr unabhängig vom Inhalt allein aus dem Grund rechtliche Geltungskraft zuerkannt, dass der Einzelne die Vertragsbeziehung wollte.<sup>3</sup> Aus dem Grundsatz der Selbstbestimmung als einem dem Recht vorgegebenen Wert<sup>4</sup> wird das „Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach eigenem Willen“<sup>5</sup> entwickelt, welches das Privatrecht geradezu konstituiert.<sup>6</sup>

Trotz der grundlegenden Bedeutung der Privatautonomie haben Gesetzgebung und Rechtsprechung im Verlauf des 20. Jahrhunderts die Privatautonomie von Vertragsparteien zunehmend eingeengt. Zwingendes Vertragsrecht gewinnt an Bedeutung. Dies lässt sich unter anderem im Miet- und Arbeitsrecht,

---

<sup>1</sup> Verwendet unter anderem von *Flume* in: Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), S. 135, 141; *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 6. Für eine Diskussion s. *Habersack*, S. 45 ff.

<sup>2</sup> Zum Korrelat zwischen Privatautonomie und Rechtsordnung s. *Flume* in: Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), S. 135; *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 1 ff.; *Lorenz*, S. 15 ff.; *Singer* in: Staudinger, vor §§ 116 ff., Rdnr. 9 ff. Zum Verhältnis der Begriffe „Privatautonomie“ und „Vertragsfreiheit“ s. *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 12.

<sup>3</sup> *Flume* in: Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), S. 135, 141; *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 6; *Singer* in: Staudinger, vor §§ 116 ff. Rdnr. 10 f.; *Canaris* in: Badura/Scholz (Hrsg.), S. 873, 881; *Kramer* in: Münchener Kommentar BGB, vor § 145 Rdnr. 2 f. Zur darauf aufbauenden Lehre von der dem Vertrag inhärenten Richtigkeitsgewähr s. *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1947), 130; *Habersack*, S. 42 ff., 47 ff.; *Bydlinski*, S. 62 ff. Zum ergänzenden Aspekt der Verkehrssicherheit s. *Bydlinski*, S. 66 ff., 131 ff. Zur Lage im U.S.-amerikanischen Vertragsrecht s. Restatement (Second) of Contracts § 79 comment c, § 208 comment d (2008).

<sup>4</sup> *Mestmäcker* in: Mestmäcker (Hrsg.), S. 397; *Lorenz*, S. 15; *Flume* in: Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), S. 135, 136; *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 1, 4 f.; *Wolf*, S. 19 f.; *Bydlinski*, S. 126 ff.

<sup>5</sup> *Flume* in: Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), S. 135, 136; s.a. *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 1.

<sup>6</sup> *Larenz/Wolf*, § 1 Rdnr. 2; *Habersack*, S. 41 f.; *Lorenz*, S. 1; *Brunns*, JZ 2007, 385 f.; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 277. Zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung s. nur *Brunns*, JZ 2007, 385, 387 f. m.w.N.; *Knobel*, S. 105 ff.; s.a. *Westermann*, AcP 208 (2008), 141, 147 ff. Aus rechtsökonomischer Sicht *Hermalin/Katz/Craswell* in: Polinsky/Shavell (Hrsg.), S. 3, 7: „The essence of a free-market economy is the ability of private parties to enter into voluntary agreements that govern the economic exchange between them“; grundlegend *Coase*, J. L. & Econ. 3 (1960), 1.

im Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, im Verbraucherschutzrecht sowie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht zeigen, und zwar nicht nur auf nationaler, sondern auch auf europäischer Ebene.<sup>7</sup> Dies wurde schon oft dargelegt.<sup>8</sup>

Diese Entwicklung wird regelmäßig kritisch betrachtet. Manche zwingende Vorschrift des Vertragsrechts wird als aufgedrängte Schutzvorschrift und übermäßige Einschränkung der Privatautonomie interpretiert, für deren Existenz keine wirkliche Notwendigkeit und Berechtigung besteht. Das Wort von der „Lähmung des Privatrechts“ macht die Runde.<sup>9</sup> Es wird gefragt, wie viel von der einstigen Privatautonomie noch übrig bleibt.<sup>10</sup>

### A. Erkenntnisinteresse und methodische Orientierung der Untersuchung

Beobachtet man diese Entwicklung, stellt sich die Frage, ob Gesetzgebung und Rechtsprechung mit der zunehmenden Schaffung zwingenden Vertragsrechts irgendwann an tatsächliche Grenzen stoßen. Existieren Grenzen, jenseits derer die Ziele, die Gesetzgebung und Rechtsprechung mit der Schaffung zwingenden Vertragsrechts verfolgen, nicht erreicht werden können? Welches sind Voraussetzungen und Bedingungen, unter denen zwingendes Vertragsrecht ein geeignetes Regulierungsinstrument zur Bewältigung vertraglicher Konflikte ist? Wie mächtig ist zwingendes Vertragsrecht als Regulierungsinstrument?

<sup>7</sup> Zu der Verlagerung von der nationalen auf die europäische Rechtsordnung s. *Grundmann*, JZ 2000, 1133, 1134; Grundmann/Kerber/Weatherill (Hrsg.).

<sup>8</sup> *Medicus* in: Münchener Juristische Gesellschaft (Hrsg.), S. 9, 10 ff.; *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1; *Zweigert/Kötz*, S. 315; *Kötz* in: Immenga/Möschel/Reuter (Hrsg.), S. 1037; *Wolf*, S. 1 ff.; *Grundmann*, JZ 2000, 1133, 1134; *Lorenz*, S. 22 ff.; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273; *Höfling*, S. 41: „Die Geschichte der Vertragsfreiheit ist die Geschichte ihrer Einschränkung“; *Leisner*, S. 323 f.; *Bruns*, JZ 2007, 385; *Isensee* in: Hübner/Ebke (Hrsg.), S. 485, 504 f.; exemplarisch zu den Auswirkungen der europäischen Finanzmarktrichtlinie *Assmann*, ÖBA 2007, 40, 54 f.; zurückhaltend *Flume* in: Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), S. 135, 145 f.; *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 15 ff.; *Flume*, Juristische Person, S. 16.

<sup>9</sup> *Bruns*, JZ 2007, 385, 394.

<sup>10</sup> In diese Richtung *Leipold*, § 6 Rdnr. 14: „Insgesamt ist ... im Zuge der Entwicklung des Bürgerlichen Rechts die Freiheit zur inhaltlichen Gestaltung der Schuldverhältnisse mehr und mehr eingeschränkt worden – der Grundsatz von der Dispositivität des Schuldrechts verkehrt sich praktisch allmählich in sein Gegenteil“; s. weiterhin *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 292; *Isensee* in: Hübner/Ebke (Hrsg.), S. 485, 505: „Das ‚soziale Öl‘, dem Bürgerlichen Gesetzbuch anfangs als Tropfen beigegeben, ist seither kanisterweise hinzu gegossen worden“; *Bungeroth* in: Horn/Lwowski/Nobbe (Hrsg.), S. 279, 280 f.: „Der ‚Tropfen sozialistischen Öles‘, den *Otto von Gierke* im ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs vermisst hatte, ist inzwischen so überreichlich nachgeliefert worden, dass man von einer Ölverschmutzung des Privatrechts sprechen kann“, jeweils unter Bezugnahme auf *von Gierke*, S. 13: „... unser Privatrecht muss ein Tropfen sozialistischen Öles durchsickern.“

Die vorliegende Untersuchung will Grenzen aufzeigen, jenseits derer zwingendes Vertragsrecht als Regulierungsinstrument versagt. Dies wird an ausgewählten Beispielen aus dem allgemeinen Zivilrecht, dem Verbraucherschutzrecht sowie dem Gesellschafts-, Kapitalmarkt- und Bankrecht untersucht.

Die Untersuchung solcher Fragestellungen lag nicht immer im Zentrum des Interesses der deutschen Privatrechtswissenschaft. Herkömmlicherweise hat sich diese regelungstechnischer Analysen enthalten.<sup>11</sup> Trotz vielfältiger Vorläufer<sup>12</sup> ist in den letzten Jahren ein neues Interesse an einer funktionalen Rechtssetzungslehre<sup>13</sup> des Privatrechts entstanden.<sup>14</sup> Dahinter verbirgt sich ein Wandel im Verständnis von Rechtswissenschaft. Eine als Rechtssetzungslehre verstandene Rechtswissenschaft will nicht Gesetzgebung und richterlicher Spruchpraxis beschreiben und prognostizieren. Sie will neue gesetzliche Regelungsmuster und Problemlösungen durchdenken.<sup>15</sup> Rechtswissenschaft wandelt sich von einer Rechtsanwendungswissenschaft zur Rechtssetzungslehre.<sup>16</sup>

Recht wird als Instrument zur Ordnung und Steuerung gesellschaftlicher Prozesse begriffen.<sup>17</sup> Verhaltenssteuerung wird zu einer wichtigen Funktion des

---

<sup>11</sup> Dazu *Bachmann*, JZ 2008, 11, 19 f.; *Engel*, JZ 1995, 213, 214. In diesem Zusammenhang auch *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 424, wonach „über die Grundprinzipien des allgemeinen Privatrechts in Deutschland kaum diskutiert wird“; s. weiterhin *van Aaken*, S. 25, 146 ff. Anders die Forschungslage in den USA; exemplarisch *Schwartz/Scott*, 113 Yale L.J. 541 (2004) m.w.N.

<sup>12</sup> Zur Untersuchung gesetzlicher Fiktionen unter einem regelungstechnischen Blickwinkel schon *Esser*, S. 36: „Die solcherart gewonnenen Typen [gesetzlicher Fiktionen] erlauben vielleicht einen wertvollen Einblick in die Werkstatt gesetzgeberischer Technik und mögen darüber hinaus Kenntnis von Beweggründen ... geben, die in ihren Zusammenhängen und ihrer symptomatischen Bedeutung den Gesetzesredaktoren selbst verborgen geblieben sind.“ Hinzuweisen ist auch auf die Untersuchung von *Medicus* in: Münchener Juristische Gesellschaft (Hrsg.), S. 9, 23 f., in der mehrere Dimensionen (Rechtssicherheit, Einzelfallgerechtigkeit, Verteilungswirkungen und unbeabsichtigte Nebenwirkungen) entwickelt werden, die bei der Schaffung zwingenden Vertragsrechts beachtet werden müssen. Zur historischen Dimension der Rechtssetzungslehre s. *Emmenegger*; *Mertens*. Einen Literaturüberblick über neuere Werke der Rechtssetzungslehre gibt *Emmenegger*, S. 2 f.; s. weiterhin *Schreckenberger/Merten* (Hrsg.); *Schuppert*, ZG, Sonderheft 2003, S. 1; *Schulze-Fielitz*, JZ 2004, 862; *Müller*, Rechtssetzungslehre; *van Aaken*, S. 150 ff. Einen Überblick zum gegenwärtigen Stand einer Gesetzgebungslehre im herkömmlichen Sinne gibt *Schulze-Fielitz*, ZG 2006, 208.

<sup>13</sup> Der Begriff der Rechtssetzungslehre wird im Folgenden dem Begriff der Gesetzgebungslehre vorgezogen, weil es zwar im Schwerpunkt, aber nicht ausschließlich um Gesetze im formellen Sinne geht; dazu *Müller*, Rechtssetzungslehre, S. 1 Fn. 3.

<sup>14</sup> Exemplarisch *Bachmann*, JZ 2008, 11; *Bachmann*, S. 359 ff.; *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673; *Eidenmüller*, JZ 2007, 487, 490 f.; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 2 ff., 489 f.; *Beier*; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352; *Engel*, JZ 1995, 213; *Fleischer* in: Kley u.a. (Hrsg.), S. 597 f.; *Riesenhuber/Möslein* in: *Riesenhuber* (Hrsg.), S. 1; *Unberath/Czipuka*, AcP 209 (2009), 37; s. a. *Assmann* in: *Assmann/Kirchner/Schanze* (Hrsg.), S. 17, 22.

<sup>15</sup> *Fleischer*, ZGR 2007, 500, 502.

<sup>16</sup> *Eidenmüller*, JZ 1999, 53 ff., 60; *Eidenmüller*, JZ 2005, 670, 671; *van Aaken*, S. 18.

<sup>17</sup> *Eidenmüller*, JZ 1999, 53, 54.

Privatrechts.<sup>18</sup> Aufgabe einer so verstandenen Rechtswissenschaft ist es, Wissen über Wirkungszusammenhänge des Rechts in der Wirklichkeit zu generieren sowie die tatsächlichen Folgen gesetzter Rechtsnormen zu erklären und zu prognostizieren.<sup>19</sup> Fragen der Gesetzesfolgenabschätzung gewinnen an Bedeutung.<sup>20</sup> Eine solche Rechtswissenschaft richtet sich primär an den Gesetzgeber, sekundär auch an die Rechtsprechung. Sie will untersuchen, ob der Gesetzgeber ein bestimmtes Regulierungsziel mit dem geplanten Regulierungsinstrument entweder gar nicht oder nur unter Inkaufnahme unerwünschter Nebenfolgen erreichen kann.<sup>21</sup> Die Entwicklung einer so verstandenen Rechtswissenschaft lässt sich in unterschiedlichen Bereichen des Privatrechts beobachten. Am weitesten fortgeschritten ist die Debatte im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht.<sup>22</sup> Auch im Immaterialgüterrecht finden sich entsprechende Ansätze.<sup>23</sup> Letztlich ist dies eine Entwicklung, die das gesamte Privatrecht erfasst.<sup>24</sup>

Zwar ist die Forderung nach verstärkter Rechtstatsachenforschung und einer funktionalen Ausrichtung der Rechtswissenschaft wahrlich nicht neu.<sup>25</sup> Dennoch erscheint es heute lohnend, Möglichkeiten und Grenzen einer funktionalen Rechtsetzungslehre des Privatrechts auszuloten. Denn die Hinwendung zur Rechtsetzungswissenschaft hat methodische Konsequenzen. Eine Rechtswirkungsanalyse ist heute nur durch eine interdisziplinäre Öffnung gegenüber sozialwissenschaftlichen Methoden denkbar. Öffnet man sich den Nachbarwissenschaften, muss man ihren derzeitigen Kenntnisstand betrachten. Die Nachbarwissenschaften haben in den letzten Jahrzehnten eine stürmische methodische Entwicklung erlebt. Ökonomen erfassen Probleme nicht nur in – mathematisch zunehmend komplexer werdenden – Modellen. Sie untersuchen tatsächliche Lebenssachverhalte mit Hilfe statistischer Methoden

<sup>18</sup> Umfassend *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, insb. S. 422 ff. *Wagner* legt den Schwerpunkt seiner Analyse auf das Haftungs- und Schadensersatzrecht. Beide Rechtsgebiete werden im weiteren Verlauf der vorliegenden Untersuchung nicht näher betrachtet.

<sup>19</sup> *Eidenmüller*, JZ 1999, 53, 54.

<sup>20</sup> Dazu allgemein und mit besonderem Fokus auf das Aktien- und Kapitalmarktrecht *Fleischer* in: *Kley u.a.* (Hrsg.), S. 597.

<sup>21</sup> *Eidenmüller*, JZ 1999, 53, 54, 60.

<sup>22</sup> Plädoyers für eine Unternehmensrechtswissenschaft als Wissenschaft zur Analyse von Regulierungsstrategien halten beispielsweise *Fleischer*, ZGR 2007, 500, 502; *Eidenmüller*, JZ 2007, 487, 490 f.; *Fleischer* in: *Engel/Schön* (Hrsg.), S. 50; *Kraakman u.a.*, S. 224; zurückhaltender die Interpretation von *Holger Fleischer* durch *Reimann* in: *Engel/Schön* (Hrsg.), S. 87 ff.

<sup>23</sup> Dazu im Überblick *Bechtold*, GRUR Int. 2008, 484.

<sup>24</sup> Zum Vertragsrecht als einem Gegenstand der Governance-Forschung s. *Riesenhuber/Möslein* in: *Riesenhuber* (Hrsg.), S. 1. Zu parallelen Entwicklungen im Öffentlichen Recht und den daraus folgenden Konsequenzen s. unten Teil 4, B.II, S. 332.

<sup>25</sup> Die Diskussion um 1900 zeichnet *Emmenegger*, S. 161 ff., nach; s. weiterhin *Fleischer* in: *Engel/Schön* (Hrsg.), S. 50, 70, mit historischen Nachweisen seit 1914; *Fleischer* in: *Kley u.a.* (Hrsg.), S. 597 f.; *Mestmäcker*, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, S. 20.

und überprüfen Hypothesen in Laborexperimenten. Die Psychologie hat sich seit der Mitte des letzten Jahrhunderts zu einer Wissenschaft des Verhaltens und mentaler Prozesse gewandelt, bei der experimentelle und quantitative Analysen die wesentlichen Methoden des Erkenntnisgewinns darstellen.<sup>26</sup>

Dies wirft die Frage auf, welche Hilfestellungen die Nachbarwissenschaften in ihrer heutigen methodischen Vielfalt der rechtswissenschaftlichen Forschung bieten können. Eine Hinwendung der Rechtswissenschaft zur herkömmlichen Rechtsökonomie („law and economics“) kann nur der Anfang sein. Neben den traditionellen Ansatz der Rechtsökonomie, rechtliche Fragestellungen in ökonomischen Modellen zu fassen, die auf dem ökonomischen rationaltheoretischen Verhaltensmodell beruhen,<sup>27</sup> sind vielfältige methodische Alternativen getreten.

Die wichtigste inhaltliche Neuausrichtung der letzten zwei Jahrzehnte im Bereich der Rechtsökonomie entstammt weder der Rechtswissenschaft noch der Ökonomie. Sie kommt aus der Psychologie, die über den Weg von „behavioral economics“ (im Folgenden: verhaltenswissenschaftliche Ökonomie) Eingang in die Rechtsökonomie gefunden hat.<sup>28</sup> „Behavioral law and economics“ (im Folgenden: verhaltenswissenschaftlich-ökonomische Analyse des Rechts) versucht, Erkenntnisse der Kognitions- und Sozialpsychologie mit Erkenntnissen der herkömmlichen Rechtsökonomie zu vereinen.<sup>29</sup>

Daneben wenden empirische Untersuchungen statistische Methoden auf große Sammlungen von Rechtstatsachen – Gerichtsurteile, Registerauszüge, Verträge und Ähnliches – an, um Aussagen über die tatsächlichen Auswirkungen einer Rechtsnorm machen zu können („empirical legal studies“, im Folgenden: empirische Rechtsökonomie).<sup>30</sup> Auch wird versucht, die tatsächlichen Auswirkungen einer Rechtsnorm auf das Verhalten von Marktteilnehmern im Laborexperiment unter kontrollierten Bedingungen zu identifizieren und daraus Aussagen über die Wirkungen der Rechtsnorm in der Lebenswirklichkeit zu generieren („experimental law and economics“, im Folgenden: experimentelle Rechtsökonomie).<sup>31</sup>

Die Rezeption einer solchen methodischen Vielfalt in den Nachbarwissenschaften kann zu einem geschlossenen methodischen Verständnis von Rechtswissenschaft führen. Rechtswissenschaft ist dann eine transnationale Realwissenschaft, die auf einem rationaltheoretisch und/oder psychologisch fundierten Verhaltensmodell aufbaut,<sup>32</sup> die Folgen von Rechtsregeln ermittelt und hin-

---

<sup>26</sup> Zur Geschichte der psychologischen Methode s. *Schönpflug; Myers*, S. 3 ff.

<sup>27</sup> Zum rationaltheoretischen Verhaltensmodell s. unten Teil 2, C.II.1, S. 20.

<sup>28</sup> Ebenso die Einschätzung von *Epstein*, 92 Minn. L. Rev. 803 (2008).

<sup>29</sup> Dazu unten Teil 2, C.II.2, S. 22.

<sup>30</sup> Zu einem solchen Beispiel s. unten Teil 3, D.II.2.c)cc(10), S. 245.

<sup>31</sup> Zu solchen Beispielen s. unten Teil 3, C.II.3.a), S. 110, und Teil 3, D.II.2.c)cc(8), S. 223.

<sup>32</sup> Dazu näher unten Teil 2, B.II, S. 16, und Teil 2, C.I, S. 19.

sichtlich einer bestimmten Zielvorgabe bewertet, empirisch fundiert ist,<sup>33</sup> die Wechselwirkungen zwischen dem Recht und anderen Regelungssystemen (wie sozialen Normen) beachtet und sich dadurch der Grenzen rechtlicher Regelungskraft bewusst ist.<sup>34</sup> In einer solchen Rechtswissenschaft ist die Rechtsvergleichung ein integraler, wenn auch nicht bestimmender Bestandteil der Analyse. Insgesamt ist dies ein Verständnis von Rechtswissenschaft, das auch in anderen Bereichen der wirtschaftsrechtlichen Forschung verankert ist.<sup>35</sup>

Die vorliegende Untersuchung will sich nicht in programmatischen Überlegungen erschöpfen. Sie will auch nicht die angewandten Methoden als umfassendes Instrumentarium zur Bewältigung rechtswissenschaftlicher Problemkonstellationen anpreisen. Es ist nicht das Anliegen der Untersuchung, die einzig richtige Methode und das einzig richtige Ziel privatrechtlicher Forschung zu identifizieren. Methoden und Ziele rechtswissenschaftlicher Forschung sind notwendigerweise vielgestaltig.<sup>36</sup> Die Untersuchung ist sich der Grenzen der angewandten Methoden bewusst und wird darauf in vielerlei Zusammenhängen eingehen.

Die Untersuchung folgt aber der Grundauffassung, dass der beste Weg, eine Methode auf ihre Belastbarkeit zu prüfen, nicht in einer abstrakten Methodendiskussion liegt. Vielmehr will die Untersuchung durch die Anwendung der vorgestellten Methode auf konkrete Problemstellungen exemplarisch die Möglichkeiten und Grenzen der Methode analysieren.<sup>37</sup> Dies mag am Ende dazu führen, dass der Leser von der Methode überzeugt ist oder sie ablehnt. Die vorliegende Untersuchung will sich solcher binärer Methodenstreitigkeiten enthalten. Am Ende wird sie ein differenziertes Bild zeichnen. Damit will die Untersuchung einen exemplarischen Beitrag zu der umstritte-

---

<sup>33</sup> Allgemein dazu *Eidenmüller*, JZ 1999, 53. In Bezug auf empirische Forschung im Gesellschaftsrecht *Eidenmüller*, JZ 2007, 487, 491 f.; *Fleischer*, ZGR 2007, 500, 504 f.; *Fleischer* in: Engel/Schön (Hrsg.), S. 50, 72; *Leyens*, JZ 2007, 1061, 1072; in Bezug auf das Schuldrecht *Eidenmüller*, JZ 2005, 216.

<sup>34</sup> Dadurch geht eine eng verstandene Gesetzgebungslehre in eine allgemeinere Regulierungslehre auf, s. *Emmenegger*, S. 302 f.

<sup>35</sup> Dazu im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht exemplarisch *Fleischer* in: Engel/Schön (Hrsg.), S. 50, 65, mit Verweis auf *Kraakman u. a.*, als Beispiel eines solchen Forschungsansatzes; ebenso *Eidenmüller*, JZ 2007, 487, 490; *Fleischer*, ZGR 2007, 500. Dazu im Immaterialgüterrecht *Bechtold*, GRUR Int. 2008, 484.

<sup>36</sup> Dazu auch unten Teil 4, A.IV, S. 328; für einen Blick über den Atlantik s. *Fleischer* in: Engel/Schön (Hrsg.), S. 50, 51.

<sup>37</sup> Ebenso *Fleischer* in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer (Hrsg.), S. 575, 579: „Wie häufig bei der Beurteilung neuer Forschungsprogramme ist es ... wenig hilfreich, die Diskussion zugleich mit abstrakten Erörterungen über den Stellenwert verhaltenswissenschaftlicher Denkmuster zu überfrachten. Fruchtbarer erscheint es, den vorgestellten Denkansatz zunächst einmal – gleichsam ‚probehalber‘ – als plausibel anzusehen und sich einen Eindruck davon zu verschaffen, was sich mit seiner Hilfe bei der Lösung konkreter Rechtsprobleme ausrichten lässt“; *Korobkin/Ulen*, 88 Cal. L. Rev. 1051, 1057 f. (2000).

nen Frage leisten, welche Ausrichtung rechtswissenschaftliche Forschung heute haben kann und sollte.<sup>38</sup>

Zusammenfassend verfolgt die vorliegende Untersuchung zwei Anliegen. Inhaltlich will die Untersuchung einen Beitrag zu einer Rechtsetzungslehre des Privatrechts leisten und Grenzen abmessen, jenseits derer zwingendes Vertragsrecht als Regulierungsinstrument versagt. Damit liefert die Untersuchung Bausteine zu einer funktionalen Rechtsetzungslehre, welche die Vor- und Nachteile unterschiedlicher Regulierungsinstrumente im Privatrecht untersucht. Methodisch will die Untersuchung an konkreten Beispielen ausloten, in welchem Umfang eine Rechtswissenschaft methodisch belastbar und tragfähig ist, die sich der Ökonomie und der Psychologie in ihrer ganzen Breite und Tiefe öffnet und theoretische Modelle sowie empirische und experimentelle Untersuchungen einbezieht. Damit handelt die vorliegende Untersuchung nicht nur von den Grenzen zwingenden Vertragsrechts, sondern auch von den Grenzen sozialwissenschaftlicher Methoden.

## B. Gang der Untersuchung

Nach der Einführung im ersten Teil widmet sich die Untersuchung im zweiten Teil den methodischen Grundlagen einer Theorie des Vertragsrechts auf der Grundlage einer interdisziplinär orientierten Rechtswissenschaft. Dabei wird neben der rechtlichen und ökonomischen Legitimation für zwingendes Vertragsrecht auf die Notwendigkeit und inhaltliche Ausgestaltung eines Verhaltensmodells eingegangen, das einer funktionalen Rechtsetzungslehre des Privatrechts zugrunde liegt. Darauf aufbauend werden grundlegende Konzepte der ökonomischen Wohlfahrts- und der Vertragstheorie sowie der heutige Methodenkanon der Rechtsökonomie dargestellt.

Im dritten Teil wird anhand von Beispielen untersucht, unter welchen Voraussetzungen zwingendes Vertragsrecht als Regulierungsinstrument an Grenzen stoßen kann. Es zeigt sich, dass zwingendes Vertragsrecht als Regulierungsinstrument erstens versagt, wenn das vom Gesetzgeber verfolgte Regulierungsziel tatsächlich nicht eintritt, weil das Regulierungsinstrument zur Erreichung des Ziels ungeeignet ist. Als Beispiel wird das Problem der Informationsüberlastung im Verbraucherschutzrecht untersucht. Zweitens kann zwingendes Vertragsrecht als Regulierungsinstrument an Grenzen stoßen, weil es zu unbeabsichtigten Nebenfolgen führt. Als Beispiel wird die tatsächliche Wirkung zwingender Widerrufsrechte im Verbraucherschutzrecht untersucht.

---

<sup>38</sup> Umfassend und facettenreich dazu die Beiträge in Engel/Schön (Hrsg.); s. weiterhin Jestaedt/Lepsius (Hrsg.). Zum Unterschied zwischen „eingebetteter“ und „nichteingebetteter“ Rechtswissenschaft s. *Fleischer* in: Engel/Schön (Hrsg.), S. 50, 52 f.

Drittens kann die Schaffung zwingenden Vertragsrechts unnötig sein, wenn das vom Gesetzgeber verfolgte Regulierungsziel durch andere Regulierungsinstrumente mit vergleichbarer Wirksamkeit erzielt werden kann. Als Beispiel wird die aufkeimende Debatte um optionales Vertragsrecht anhand der europäischen Übernahmerichtlinie untersucht. Viertens kann zwingendes Vertragsrecht als Regulierungsinstrument an Grenzen stoßen, wenn angesichts sehr heterogener Regelungsadressaten ein Regulierungsinstrument mit großem Detailgrad notwendig ist. Als Beispiel werden Informationspflichten im Kapitalmarkt- und Bankrecht sowie Nichtigkeitsvorschriften im Bürgerlichen Recht untersucht. Damit analysiert der dritte Teil der vorliegenden Untersuchung die Tragweite der genannten vier Grenzen zwingenden Vertragsrechts anhand konkreter Beispiele aus dem allgemeinen Zivilrecht, dem Verbraucherschutzrecht sowie dem Gesellschafts-, Kapitalmarkt- und Bankrecht.<sup>39</sup> Die Untersuchung versteht das Vertragsrecht in einem weiten wirtschaftsrechtlichen Sinne, in dem auch gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Fragestellungen vertragsrechtlicher Natur sind.<sup>40</sup>

Im vierten Teil der Untersuchung wird zunächst analysiert, welche allgemeinen Konsequenzen aus den bisherigen Erkenntnissen für eine interdisziplinär fundierte Rechtswissenschaft gezogen werden müssen. Es werden Grenzen der unterschiedlichen rechtsökonomischen Methoden untersucht. Dies mündet in allgemeine Überlegungen zu Möglichkeiten und Grenzen interdisziplinärer Forschung. Danach stellt die Untersuchung Konsequenzen dar, die sich daraus für eine Rechtsetzungslehre des Privatrechts ergeben und die über das Problem zwingenden Vertragsrechts hinausreichen. Es zeigt sich, dass eine Rechtsetzungslehre des Privatrechts in einer rechtsgebietsübergreifenden Steuerungswissenschaft aufgeht, die vom Privatrecht bis ins Öffentliche Recht reicht. Ein Ausblick beschließt die Untersuchung.

### C. Beschränkung der Untersuchung

Schließlich sei noch angeführt, mit was sich die folgende Untersuchung nicht beschäftigt. Erstens will die vorliegende Untersuchung nicht die Funktion und Bedeutung zwingenden Vertragsrechts im Allgemeinen nachzeichnen. Dazu existieren schon umfangreiche Abhandlungen.<sup>41</sup> Zweitens will die

---

<sup>39</sup> Die häufige Verwendung von Beispielen aus dem Verbraucher- und Anlegerschutzrecht hat mit der hohen Bedeutung zwingenden Vertragsrechts in diesen Rechtsgebieten zu tun. Zur zunehmenden Konvergenz der beiden Rechtsgebiete s. *Fleischer*, BKR 2006, 389, 391; *Moloney*, EBOR 2005, 341; *Vogel*.

<sup>40</sup> Zum Gesellschaftsrecht als Vertragsrecht s. unten Teil 3, D.II.2.b)bb)(1), S. 155.

<sup>41</sup> Mit Bezug zu den europäischen Grundfreiheiten beispielsweise *Remien*.

Untersuchung keine vollständige Rechtsetzungslehre des Privatrechts entwickeln. Dafür wären einerseits vielfältige Analysen außerhalb des Anwendungsbereichs zwingenden Vertragsrechts notwendig. Andererseits ist die Analyse von Beispielen im dritten Teil der vorliegenden Untersuchung nicht abschließend. Es ließen sich noch viele weitere Fälle identifizieren, in denen der Gesetzgeber mit zwingendem Vertragsrecht als Regulierungsinstrument an Grenzen stößt.

Eine umfassende Taxonomie aller Grenzen zwingenden Vertragsrechts ist nicht das Ziel der vorliegenden Untersuchung. Manche solche Grenzen wurden schon umfassend analysiert und müssen im vorliegenden Zusammenhang nicht erneut ausgebreitet werden. Dazu zählen beispielsweise die umstrittenen Auswirkungen eines zwingenden gesetzlichen Mindestlohnes auf Beschäftigung und Einkommensverteilung<sup>42</sup> oder die Frage, ob Unternehmen die Kosten zwingender Verbraucherschutzregelungen auf Verbraucher überwälzen können.<sup>43</sup> Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich bewusst auf wenige Beispiele aus unterschiedlichen Rechtsgebieten des Privatrechts, die noch selten analysiert wurden und dennoch wichtige Kernelemente einer interdisziplinär fundierten Rechtsetzungslehre zwingenden Vertragsrechts veranschaulichen. Die so gewonnenen Erkenntnisse des dritten Teils der Untersuchung lassen sich auf eine Vielzahl weiterer Beispiele übertragen, die im vorliegenden Zusammenhang nicht näher analysiert werden.<sup>44</sup>

Wie schon angedeutet,<sup>45</sup> will die Untersuchung auch keine umfassende Methodenlehre einer funktional verstandenen Rechtswissenschaft entwickeln. Vieles kann zu Recht gegen die Rechtsökonomie eingewandt werden. Die Fokussierung der normativen Wohlfahrtstheorie auf Fragen der Allokationseffizienz kann dazu führen, dass Fragen der Gerechtigkeit nicht hinreichend berücksichtigt werden.<sup>46</sup> Die Ausblendung von Verteilungsfragen durch die

---

<sup>42</sup> Zu dem Meinungsstreit aus ökonomischer Sicht umfassend *Brown* in: Ashenfelter/Card (Hrsg.), S. 2101; s. a. *Frey/Kirchgässner*, S. 264 ff.; *Franz*, S. 245 f. Zur gegenwärtigen Debatte um die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns in Deutschland s. *Bayreuther*, NJW 2007, 2022; *Jacobs* in: Kohl u. a. (Hrsg.), S. 289.

<sup>43</sup> Dazu unten Teil 2, bei Fn. 225.

<sup>44</sup> So analysiert Teil 3, D.II, S. 121, das Problem optionalen Vertragsrechts am Beispiel der Regulierung eigenmächtiger Abwehrmaßnahmen im Übernahmerecht. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse lassen sich auch auf andere Beispiele optionalen Vertragsrechts übertragen. Im Gesellschaftsrecht ließe sich daraus eine übergreifende Studie zu Optionsmodellen erstellen, was *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 696, als „rechtswissenschaftliches Desiderat“ bezeichnet. Die Entwicklung einer solchen allgemeinen Theorie optionalen Vertragsrechts ist nicht das Ziel der vorliegenden Untersuchung.

<sup>45</sup> S. oben bei Fn. 36.

<sup>46</sup> *Mathis*; *Behrens*, S. 101 ff.; *van Aaken*, S. 210; *Schäfer/Ott*, S. 6 f.; *Ruffner*, S. 10 ff. Zur Frage, ob sich Probleme der Gerechtigkeit in Probleme der Allokationseffizienz und des Verteilungsoptimums übersetzen lassen, s. *Behrens*, S. 82 f.

Wohlfahrtstheorie<sup>47</sup> ist zumindest praktisch nicht durchzuhalten.<sup>48</sup> Das *Pareto*-Kriterium, welches die normative Wohlfahrtstheorie zur Aggregation individueller Präferenzen verwendet, ist angreifbar.<sup>49</sup> Wohlfahrtstheoretische Analysen basieren oftmals auf statischen Modellen, in denen Innovation nicht berücksichtigt wird.<sup>50</sup> Auch das Verhältnis zwischen der neoklassischen Modellwelt und dem Ordoliberalismus,<sup>51</sup> zwischen Effizienz- und Freiheitskonzepten<sup>52</sup> sowie zwischen der neoklassischen Modellwelt und dem Wettbewerb als Entdeckungsverfahren im Sinne *Friedrich von Hayeks* ist voller Spannungen.<sup>53</sup> Weiterhin stellt sich die Frage, welche rechtspolitischen Aussagen aus einer Partialanalyse gezogen werden könne, die wichtige Gesichtspunkte ausblendet.<sup>54</sup> Schließlich sind die methodischen Grundlagen neuerer Zweige der rechtsökonomischen Forschung, insbesondere der verhaltenswissenschaftlichen und der experimentellen Rechtsökonomie, vielfältigen Einwänden ausgesetzt.<sup>55</sup>

Solche Einwände sind berechtigt, und manche von ihnen werden in der vorliegenden Untersuchung an den entsprechenden Stellen auch diskutiert. Allgemeine Diskussionen der rechtsökonomischen Methode wurden gerade in Deutschland schon vielfach geleistet.<sup>56</sup> Dies soll hier nicht wiederholt werden.

<sup>47</sup> Im Ausgangspunkt beschränkt sich die Wohlfahrtsökonomie auf Allokationsfragen. Fragen der Umverteilung sollen über das Steuer- und Transfersystem vorgenommen werden. Das restliche Rechtssystem ist von Verteilungsgesichtspunkten frei zu halten; dazu *Kaplow/Shavell*, 23 J. Legal Stud. 667 (1994); *van Aaken*, S. 210 f.; *Ruffner*, S. 46 ff., jeweils m.w.N. Zum zugrunde liegenden Zweiten Hauptsatz der Wohlfahrtstheorie s. unten Teil 2, Fn. 112. Zu normativen Frage des Verhältnisses zwischen Allokationseffizienz und Ressourcenverteilung in der Wohlfahrtstheorie s. *Hellwig* in: Engel/Möschel (Hrsg.), S. 231, 233 ff.; *Hammond*, Oxford Econ. Papers 42 (1990), 6, 8 f.

<sup>48</sup> *van Aaken*, S. 211; *Behrens*, S. 91 ff.; *Mestmäcker*, A Legal Theory without Law, S. 48 f.; *Schäfer/Ott*, S. 7.

<sup>49</sup> *Mathis*, S. 48 ff.; *van Aaken*, S. 213 ff.

<sup>50</sup> *van Aaken*, S. 234 f.; *Knieps*, S. 8; *Mathis*, S. 40.

<sup>51</sup> *Möschel*, J. Inst. & Theor. Econ. 157 (2001), 3, 6 f.; *Hellwig* in: Engel/Möschel (Hrsg.), S. 231; *Drexler*, S. 162 ff.

<sup>52</sup> *Mestmäcker*, A Legal Theory without Law, S. 47 f. Allgemein zu einer Kritik instrumentalistischer Rechtswissenschaft *Tamanaha*.

<sup>53</sup> *Mestmäcker*, A Legal Theory without Law, mit Besprechung von *Ackermann*, JZ 2008, 139.

<sup>54</sup> *van Aaken*, S. 211. Dazu auch unten Teil 4, bei Fn. 9 ff.

<sup>55</sup> Zur Diskussion der experimentellen Rechtsökonomie s. *Hoffman/Spitzer*, 85 Colum. L. Rev. 991 (1985); *Croson*, 2002 U. Ill. L. Rev. 921; *Camerer/Talley* in: Polinsky/Shavell (Hrsg.), S. 1619; *Wagner-von Papp*, S. 116 ff., 129 ff.; *Posner*, 50 Stan. L. Rev. 1551, 1570 (1998); *Korobkin*, 83 Cornell L. Rev. 608, 661 ff. (1998). Dazu auch unten Teil 3, bei Fn. 393 ff. sowie Teil 4, A.II., S. 321, und Teil 4, A.III., S. 322.

<sup>56</sup> S. nur *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip; *van Aaken*; *Assmann* in: *Assmann/Kirchner/Schanze* (Hrsg.), S. 17; *Mathis*; *Behrens*; *Schäfer/Ott*; *Grundmann*, *RabelsZ* 61 (1997), 423; *Fezer*, *JZ* 1986, 817; *Schäfer/Ott*, *JZ* 1988, 213; *Fezer*, *JZ* 1988, 223. Zu den Unterschieden zwischen dem deutschen und dem U.S.-amerikanischen rechtswissenschaftlichen Diskurs s. *Grechenig/Gelter*, *RabelsZ* 72 (2008), 513.

Daher enthält sich die Untersuchung einer generellen Analyse der rechtsphilosophischen und -theoretischen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts. Vielmehr wagt sich die Untersuchung bewusst anhand eng abgegrenzter Beispiele in einer Breite und Tiefe in die Nachbarwissenschaften hinein, die im deutschen rechtswissenschaftlichen Diskurs vielleicht unüblich sind. Dies beruht auf der Überzeugung, dass die Möglichkeiten und Grenzen einer interdisziplinär ausgerichteten Rechtswissenschaft am besten durch eine proaktive Einbeziehung der Nachbarwissenschaften ausgelotet werden können.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> Dazu auch oben bei Fn. 37.



## Teil 2

# Methodische Grundlagen

## A. Einführung

In diesem Teil der Untersuchung werden die methodischen Grundlagen entwickelt, auf denen die nachfolgenden Teile aufbauen. Zunächst wird aus *rechtlicher* Sicht auf die Unterscheidung zwischen zwingendem und dispositivem Vertragsrecht eingegangen (unten Teil 2, B.I, S. 13). Daraufhin wird gezeigt, dass jede Rechtssetzungslehre auf einem deskriptiven Modell menschlichen Verhaltens aufbauen muss und dass auch dem Privatrecht die Existenz eines normativen Ordnungsmodells menschlichen Verhaltens nicht fremd ist (unten Teil 2, B.II, S. 16). Anschließend werden die *rechtsökonomischen* Bausteine dargestellt, auf denen die nachfolgende Untersuchung basiert (unten Teil 2, C, S. 19).

## B. Rechtliche Grundlagen

### I. Zwingendes und dispositives Vertragsrecht

Die Dogmatik des Vertragsrechts ist von der Dichotomie zwischen zwingendem und dispositivem Vertragsrecht geprägt.<sup>1</sup> Dispositive Regelungen des Vertragsrechts – also gesetzliche Regelungen, die abweichende Vereinbarungen durch die Vertragsparteien zulassen<sup>2</sup> – entspringen dem Grundsatz der Privatautonomie. Der dispositive Charakter einer Regelung ergibt sich teilweise aus einer ausdrücklichen Anordnung durch den Gesetzgeber.<sup>3</sup> Teilweise kann er nur durch eine teleologische Auslegung der Regelung erschlossen werden.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> *Bachmann*, JZ 2008, 11; exemplarisch *Hey*, S. 119 ff. Zur Fragewürdigkeit dieser Dichotomie s. unten Teil 3, D.II, S. 121.

<sup>2</sup> *Larenz/Wolf*, § 3 Rdnr. 95; *Leipold*, § 3 Rdnr. 18; *Brox/Walker*, Rdnr. 36; *Bork*, Rdnr. 96; *Köhler*, § 3 Rdnr. 23.

<sup>3</sup> Beispielsweise durch die Anordnung, dass etwas anderes bestimmt werden kann (etwa in §§ 145, 269, 271 Abs. 1, 276 Abs. 1, 426 Abs. 1, 430, 1021, 1022 BGB), oder durch die Schaffung von Zweifelsregeln (beispielsweise §§ 270, 271 Abs. 2, 315 Abs. 1, 317 Abs. 1, 329 ff., 449 Abs. 1 BGB).

<sup>4</sup> Grundsätzlich kann von dispositivem Recht ausgegangen werden, soweit die Vorschrift, von der abgewichen werden soll, nur die Interessen der Vertragsparteien betrifft, s. *Larenz/Wolf*, § 3 Rdnr. 96.

Dispositive Regelungen haben im Vertragsrecht regelmäßig drei Funktionen. Erstens dienen sie der Lückenfüllung. Dispositives Vertragsrecht kommt bei Vorliegen einer Vertragslücke ergänzend zur Anwendung, wenn und solange die Parteien keine abweichende Vereinbarung getroffen haben.<sup>5</sup> Dispositives Vertragsrecht hat zweitens eine Entlastungsfunktion. Vertragsparteien können die nähere Regelung eines potentiellen Konfliktpunkts unterlassen, weil dies zu umständlich und zeitraubend wäre und weil die Parteien darauf vertrauen können, dass das Gesetz eine angemessene Regelung bereit hält.<sup>6</sup> Schließlich kommt dispositivem Vertragsrecht eine Leitbildfunktion zu: Es beeinflusst über die Vorschrift des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen. Auch kann dispositives Vertragsrecht Parteien Anhaltspunkte bei der Ausgestaltung vertraglicher Vereinbarungen liefern.<sup>7</sup>

Im Gegensatz zu dispositivem Vertragsrecht sind zwingende Vorschriften des Vertragsrechts der Parteidisposition entzogen.<sup>8</sup> Der zwingende Charakter einer Vorschrift kann sich aus dem Wortlaut<sup>9</sup> oder einer Auslegung der Vorschrift<sup>10</sup> ergeben.<sup>11</sup> Die Schaffung zwingenden Vertragsrechts wird mit einer Vielzahl von Aspekten begründet. Zwingendes Vertragsrecht dient dem Schutz von Interessen Dritter, die am Vertragsschluss nicht beteiligt sind.<sup>12</sup> Es dient

<sup>5</sup> *Larenz/Wolf*, § 3 Rdnr. 100; *Pawlowski*, Rdnr. 69.

<sup>6</sup> *Larenz/Wolf*, § 3 Rdnr. 101; *Bork*, Rdnr. 96; *Köhler*, § 3 Rdnr. 24; *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 692; *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 181; *Riesenhuber/Möslein* in: *Riesenhuber* (Hrsg.), S. 1, 24.

<sup>7</sup> *Larenz/Wolf*, § 3 Rdnr. 100; *Hübner*, Rdnr. 88; *Köhler*, § 3 Rdnr. 25; BGHZ 41, 151, 154; BGHZ 89, 206, 211. Dahinter steht das Konzept ermöglichender Rechtsnormen („enabling rules“). Grundbausteine des Zivilrechts wie der Vertrag, die Stellvertretung, die Abtretung, die Gesellschaftsformen und Ähnliches ermöglichen es Marktteilnehmern, ihre Beziehungen auf eine verbindliche Art und Weise zu regeln. Darin liegt eine wesentliche Leistung des Privatrechts; *Bachmann*, JZ 2008, 11, 14 f.; *Bachmann*, S. 379 f.; *Riesenhuber/Möslein* in: *Riesenhuber* (Hrsg.), S. 1, 22 f.; grundlegend *Bülow*, AcP 64 (1881), 1, 71 ff. *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 677 f., spricht von der „Infrastrukturverantwortung“ des Gesetzgebers; s. a. *Bachmann* in: Witt u.a. (Hrsg.), S. 9, S. 20 ff. Zum Konzept der „Anregungsnormen“ s. *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 697; *Beier*, S. 81 ff. Zu Parallelen im Verwaltungsrecht s. *Schuppert* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert* (Hrsg.), S. 65, 96 ff.; *Franzius*, DV 2006, 335, 353 ff.

<sup>8</sup> *Brox/Walker*, Rdnr. 35; *Bork*, Rdnr. 95; *Köhler*, § 3 Rdnr. 23; *Windscheid*, S. 125. Zum Konzept halbzwingender Normen, die nur zu Lasten einer Partei abbedungen werden können, s. *Larenz/Wolf*, § 3 Rdnr. 104 ff.; *Bork*, Rdnr. 97; *Beier*, S. 51 ff.; *Dauner-Lieb*, S. 75 f.; *Martinek* in: *Grundmann* (Hrsg.), S. 511, 530 ff.

<sup>9</sup> Beispielsweise §§ 134, 138, 307 ff. BGB oder – mittelbar ausgedrückt – §§ 137 Abs. 1, 202, 276 Abs. 3, 399, 400, 611a Abs. 1, 612a, 619 BGB.

<sup>10</sup> So zur Unabdingbarkeit des § 123 Abs. 1 BGB BGH NJW 2007, 1058 f.

<sup>11</sup> *Brox/Walker*, Rdnr. 35; *Bork*, Rdnr. 95; *Köhler*, § 3 Rdnr. 23; *Kähler* in: Witt u.a. (Hrsg.), S. 181, 186 ff.

<sup>12</sup> *Larenz/Wolf*, § 3 Rdnr. 97; *Habersack*. Für eine Betrachtung der damit verwandten Frage, welche Rolle Drittinteressen bei der Bewertung privatrechtlicher Rechtsverhältnisse haben, s. *Westermann*, AcP 208 (2008), 141.

auch dem Schutz des schwächeren Vertragspartners,<sup>13</sup> dem Vertrauensschutz, dem Übereilungsschutz, der Beweissicherung, der Vermeidung grober Ungerechtigkeiten, der Ordnung und Sicherheit des Rechtsverkehrs, der öffentlichen Ordnung und dem Institutionenschutz.<sup>14</sup> Eine umfassende, abschließende und allgemein anerkannte dogmatische Begründung, welche Regelungen des Vertragsrechts nach welchen allgemeinen Kriterien als zwingende Rechtsnormen auszugestalten sind und wie diese Kriterien zu legitimieren sind, existiert nicht.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Paradigmatische Vorschriften finden sich im Recht der Wohnungsmiete (§§ 549 ff. BGB), im Verbraucherschutzrecht (§§ 312 f., 475, 487, 506 BGB), im Arbeitsrecht sowie im Antidiskriminierungsrecht. Allgemein zur Umverteilung durch privatrechtliche Normen s. *Fastrich* in: Heldrich/Prölss/Koller (Hrsg.), S. 1071; *Hopt* in: Grundmann/Kerber/Weatherill (Hrsg.), S. 246, 251.

<sup>14</sup> *Larenz/Wolf*, § 3 Rdnr. 97, 102; *Brox/Walker*, Rdnr. 35; *Bork*, Rdnr. 95; *Zweigert/Kötz*, S. 318 ff.; *Unberath/Czipuka*, AcP 209 (2009), 37, 40. Im Gesellschaftsrecht sind Gläubiger-, Anleger-, Minderheiten- und Arbeitnehmerschutz zu nennen, s. *Hopt* in: Lutter/Wiedemann (Hrsg.), S. 123, 128 ff.; *Wiedemann* in: Lutter/Wiedemann (Hrsg.), S. 5, 7.

<sup>15</sup> *Drexel*, S. 307 f.; *Kähler* in: Witt u.a. (Hrsg.), S. 181, 182, jeweils mit hilfreichen weiterführenden Überlegungen. Die Debatte hat auch eine verfassungsrechtliche Dimension. Aus Grundrechten können objektive Schutzpflichten erwachsen, BVerfGE 39, 1, 41; 46, 160, 164; 49, 89, 142; 53, 30, 57; 56, 54, 73; s. a. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 225 ff., mit dem Begriff des „Untermaßverbots“ auf S. 228; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 71 ff.; *Ruffert*, S. 141 ff.; *Dreier* in: *Dreier* (Hrsg.), Vorb. Rdnr. 101 ff.; *Kirchhof* in: Habersack u.a. (Hrsg.), S. 1211, 1212; *Cornils*, S. 176 ff. Diese Schutzpflichten können Gesetzgeber und Rechtsprechung verpflichten, abgeschlossenen Verträgen die rechtliche Wirksamkeit zu versagen. Wichtigstes Beispiel sind die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften, s. BVerfGE 89, 214; BVerfG NJW 1994, 2749; 1996, 2021; dazu auch *Drexel*, S. 264 ff., 505 ff.; *Leistner*, S. 296 ff.; *Schön* in: Heldrich/Prölss/Koller (Hrsg.), S. 1191, 1202; *Stern*, Staatsrecht, Band IV/1, § 104 II 6, S. 904 ff.; *Isensee* in: Hübner/Ebke (Hrsg.), S. 485. Kritisch zum dabei verwendeten Kriterium des „strukturellen Ungleichgewichts“ *Drexel*, S. 273 ff.; *Leistner*, S. 297 ff.; *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1; *Schön* in: Heldrich/Prölss/Koller (Hrsg.), S. 1191, 1204; *Habersack* in: Münchener Kommentar BGB, § 765 Rdnr. 20 f.; *Hillgruber* in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Art. 2 I Rdnr. 115 ff. Zur verwandten Rechtsprechung hinsichtlich des entschädigungslosen Wettbewerbsverbots für Handelsvertreter s. BVerfGE 81, 242. Kritisch zu der Entwicklung *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1, 4 ff. Grundrechte sind als „Richtlinien“ (BVerfGE 89, 214, 229; s. a. BVerfGE 7, 198, 206 f.) zu beachten, wobei die dogmatische Konstruktion zwischen mittelbarer Drittwirkung und objektiven Schutzwirkungen von Grundrechten schwankt. Dazu grundlegend BVerfGE 7, 198, 204 ff.; *Dürig* in: Maunz (Hrsg.), S. 157, 167 ff., 176 ff.; s. a. *Drexel*, S. 236 ff.; *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 20 ff. Zu diesen alternativen Konzeptionen s. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201; *Canaris*, JZ 1987, 993; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 33 ff.; *Medicus*, AcP 192 (1992), 35, 43 ff.; *Leisner*; *Höflich*, S. 48 ff.; *von Münch* in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Vorb. Rdnr. 28 ff.; *Graf Vitzthum* in: Merten/Papier (Hrsg.), § 48 Rdnr. 6 ff.; *Papier* in: Merten/Papier (Hrsg.), § 55; *Schwabe*, AöR 100 (1975), 442; *Schwabe*, AöR 185 (1985), 1; *Hanau*, S. 23 ff.; *Starck* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 1 Rdnr. 303 ff.; *Dreier* in: *Dreier* (Hrsg.), Vorb. Rdnr. 98 ff.; *Stern*, Staatsrecht, Band III/1, § 76, S. 1509 ff.; *Floren*. Einen Überblick über die vertretenen Positionen geben *Ruffert*, S. 8 ff., 61 ff., 144 ff.; *Hanau*, S. 52 ff.

## II. Deskriptives Verhaltensmodell und normatives Ordnungsmodell

Die gesetzgeberische Ausgestaltung eines Privatrechts baut auf einem Ordnungsmodell gesellschaftlicher Wirklichkeit auf, in dem deskriptive und normative Elemente miteinander verzahnt sind.<sup>16</sup> Die deskriptiven Elemente des Ordnungsmodells informieren den Gesetzgeber, welche Auswirkungen eine gesetzgeberische Intervention auf menschliche Verhaltens-, Kommunikations- und Interaktionsformen tatsächlich haben. Die normativen Elemente des Ordnungsmodells leiten den Gesetzgeber an, in welche Richtung er menschliche Verhaltens-, Kommunikations- und Interaktionsformen beeinflussen sollte.

Will eine Rechtsetzungslehre Aussagen über die tatsächlichen Auswirkungen rechtlicher Regelungen treffen, muss sie eine deskriptive Vorstellung davon haben, wie menschliches Verhalten durch rechtliche Regelungen beeinflusst wird. Eine Rechtsetzungslehre des Privatrechts muss auf einer positiven Beschreibung menschlichen Verhaltens aufbauen, mit der die Folgen rechtlicher Regelungen auf menschliches Verhalten abgeschätzt und bewertet werden können.<sup>17</sup> Dem Privatrecht ist ein solches deskriptives Verhaltensmodell nicht fremd, es setzt dieses vielmehr voraus. Die Einräumung von Vertragsfreiheit in § 311 Abs. 1 BGB ist nur unter der Annahme verständlich, dass Marktteilnehmer fähig und willens sind, ihre privaten Rechtsverhältnisse eigenverantwortlich zu gestalten.<sup>18</sup> Wird ein normatives Verbraucherleitbild im Recht des Verbraucherschutzes oder des unlauteren Wettbewerbs postuliert, ohne dieses Leitbild auf empirischen Erkenntnissen über menschliches Verhalten zu fundieren, besteht die Gefahr, an den tatsächlichen Problemen der Verbraucher vorbei zu regulieren.<sup>19</sup>

Auch wenn die Privatrechtswissenschaft ein *deskriptives* Modell menschlichen Verhaltens benötigt, hat sie bis heute kein eigenständiges Modell entwickelt.<sup>20</sup> Dies macht es reizvoll, den Blick auf die Nachbarwissenschaften zu richten.<sup>21</sup> Dagegen hat sich die deutsche Privatrechtswissenschaft in den letzten 50 Jahren ausführlich mit den *normativen* Aspekten des Ordnungsmodells beschäftigt, das dem Privatrecht zugrunde liegt.<sup>22</sup> Dies ist vornehmlich das Ver-

<sup>16</sup> Assmann, S. 28 f.; Wolf, S. 8.

<sup>17</sup> Eidenmüller, JZ 1999, 53, 55; Eidenmüller, JZ 2005, 216, 217; Drexl, S. 13; Wagner, AcP 206 (2006), 352, 422 ff.; van Aaken, S. 18 f.; van Aaken in: Führ/Bizer/Feindt (Hrsg.), S. 70 f. Kritik bei Rittner, JZ 2005, 668, mit überzeugender Entgegnung von Eidenmüller, JZ 2005, 670.

<sup>18</sup> Eidenmüller, JZ 2005, 216, 217; Eidenmüller, JZ 1999, 53, 55; s. a. Hillgruber in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 114.

<sup>19</sup> Roth, JZ 2001, 475, 480; Fleischer, ZEuP 2000, 772, 780 f.

<sup>20</sup> Eidenmüller, JZ 2005, 216, 217; van Aaken, S. 19; Lepsius in: Führ/Bizer/Feindt (Hrsg.), S. 168.

<sup>21</sup> Dazu unten Teil 2, C.I, S. 19.

<sup>22</sup> Im Überblick Schön in: Heldrich/Prölss/Koller (Hrsg.), S. 1191 ff.; Rehberg, S. 73 ff. Monographisch Assmann; Knob. Zur damit verwandten Diskussion um die Wirtschaftsverfassung s. Möschel in: Bork/Hoeren/Pohlmann (Hrsg.), S. 473; Drexl, S. 218 ff.

dienst von *Franz Wieacker*, der in seinem Vortrag vor der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe im Jahr 1952 das Augenmerk auf die Ordnungsmodelle lenkte, die das Bürgerliche Gesetzbuch seit seiner Entstehung geprägt haben.<sup>23</sup>

Dabei lassen sich mehrere Entwicklungsstadien feststellen. Das ursprüngliche Bürgerliche Gesetzbuch vom 1. Januar 1900 war mit seiner Fundierung im Grundsatz der Privatautonomie vom Wirtschaftsliberalismus des Kaiserreichs geprägt.<sup>24</sup> In einem solchen „Freiheitsmodell“ wird der Wille der Vertragsparteien in möglichst großem Umfang respektiert. Zwingendes Vertragsrecht ist die Ausnahme, gesetzgeberische Intervention ist im Schwerpunkt auf die Schaffung dispositiven Vertragsrechts beschränkt.<sup>25</sup> Der Marktteilnehmer wird als vernunftmäßig bestimmte Person angesehen, die „ihrer Natur und Bestimmung nach darauf angelegt ist, ihr Dasein und ihre Umwelt im Rahmen der ihr jeweils gegebenen Möglichkeiten frei und verantwortlich zu gestalten, sich Ziele zu setzen und selbst Schranken des Handelns aufzuerlegen.“<sup>26</sup>

Wie schon eingangs angedeutet,<sup>27</sup> hat der Gesetzgeber das Freiheitsmodell im Lauf der Jahrzehnte zunehmend modifiziert. Seit der Weimarer Republik gewann zwingendes Vertragsrecht als gesetzgeberisches Instrument zum Schutz schwacher Parteien vor wirtschaftlicher Abhängigkeit, Übervorteilung oder wirtschaftlicher Ausbeutung zunehmend an Bedeutung.<sup>28</sup> Soziale Probleme werden durch eine inhaltliche Ausgestaltung des Vertragsrechts adres-

<sup>23</sup> *Wieacker*. Zu früheren Untersuchungen s. *Wielsch*, S. 167 ff.

<sup>24</sup> *Wieacker*, S. 16, spricht vom BGB als einem „spätgeborene[n] Kind des klassischen Liberalismus“, s. weiterhin *Wieacker*, S. 4 ff., 10 ff.; *Zweigert/Kötz*, S. 315; *Schön* in: Heldrich/Prölss/Koller (Hrsg.), S. 1191 f.; *Reuter* in: Bydlinski/Mayer-Maly (Hrsg.), S. 105, 106 ff.; *Fikentscher* in: Möhring/Ulmer/Wilde (Hrsg.), S. 41 ff.; *Larenz/Wolf*, § 2 Rdnr. 37 ff.; *Assmann*, S. 27; *Knobel*, S. 20 ff.; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 292; *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 79 f.; *Habersack*, S. 17. Zu Gegenkonzepten aus dieser Zeit s. *von Gierke*; *Brunns*, JZ 2007, 385, 386 f. Zur Bedeutung spezialgesetzlicher Vorschriften wie dem Abzahlungsgesetz von 1894 oder dem Versicherungsvertragsgesetz von 1908 s. *Roth*, JZ 2001, 475, 476.

<sup>25</sup> *Schön* in: Heldrich/Prölss/Koller (Hrsg.), S. 1191, 1192; *Dauner-Lieb*, S. 51 ff. Zum ideengeschichtlichen Hintergrund s. *Brunns*, JZ 2007, 385, 386; *Rückert* in: Klippel (Hrsg.), S. 135.

<sup>26</sup> *Larenz/Wolf*, § 2 Rdnr. 2.

<sup>27</sup> Dazu oben Teil 1, bei Fn. 7 f.

<sup>28</sup> *Wieacker*, S. 20 ff.; *Schön* in: Heldrich/Prölss/Koller (Hrsg.), S. 1191, 1192; *Roth*, JZ 2001, 475, 476; *Grundmann*, JZ 2000, 1133, 1134; *Drexler*, S. 29 ff.; *Flume*, Juristische Person, S. 16; *Remien*, S. 147 ff.; *Zöllner* in: Riesenhuber (Hrsg.), S. 53, 61; *Wolf*, S. 10 ff.; *Larenz/Wolf*, § 2 Rdnr. 41 ff.; *Knobel*, S. 30 ff.; *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 80 f.; *Brunns*, JZ 2007, 385, 386 f., 389, mit dem Schlagwort „movement from contract to status“ auf S. 386, 394; mit Blick auf das Arbeitsrecht *Reichold*, S. 401 ff. Zur rechtstheoretischen Frage, inwiefern diese Entwicklung mit der Beobachtung zu tun hat, dass das Privatrecht im 20. Jahrhundert zunehmend die soziale Wirklichkeit in die zivilrechtliche Dogmatik mit einbezieht, s. *Mestmäcker* in: Mestmäcker (Hrsg.), S. 397; *Raiser* in: Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), S. 101 ff.; s. a. schon *von Gierke*, S. 10: „Wir besinnen uns wiederum auf die Einheit allen Rechts, wir nehmen in den Zweck des öffentlichen Rechts die Freiheit und in den Zweck des Privatrechts die Gemeinschaft auf.“

siert, die Einschränkungen der Privatautonomie mit sich bringen kann.<sup>29</sup> Ein solches „Sozialmodell“<sup>30</sup> kann auch paternalistische Interventionen des Gesetzgebers umfassen.<sup>31</sup> Das Sozialmodell wirkt bis zum heutigen Tag fort. Wichtige Teile des Miet- und Arbeitsrechts, des Verbraucherschutzrechts und des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen, aber auch des Kapitalgesellschafts- und Kapitalmarktrechts sind von zwingenden Rechtsvorschriften geprägt.

Nachdem die Ausweitung des Sozialmodells zunehmend kritisch hinterfragt wird,<sup>32</sup> werden alternative Ordnungsmodelle auf ihre Belastbarkeit untersucht. Seit den 1970er Jahren wurde in unterschiedlichen Bereichen des Privatrechts auf die zunehmende Bedeutung von Informationspflichten hingewiesen.<sup>33</sup> Daraus hat die deutsche Privatrechtswissenschaft in den letzten zehn Jahren ein allgemeines „Informationsmodell“ entwickelt, das in vielen Bereichen des Privatrechts – vom Verbraucher- über das Arbeits-, Gesellschafts-, Kapitalmarkts-, Bilanz- und Versicherungsrecht bis zum Haftungsrecht – verankert ist.<sup>34</sup>

Ursprünglich aus dem U.S.-amerikanischen Verbraucherschutz-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht stammend,<sup>35</sup> besteht die Idee des Informationsmodells darin, dass die unterlegene Position einer Vertragspartei durch eine entsprechende Aufklärung dieser Partei beseitigt werden kann. Wird eine Vertragspartei über Gegenstand und Inhalt des anvisierten Rechtsgeschäfts und dessen wirtschaftliche Konsequenzen hinreichend informiert, soll sie dadurch

<sup>29</sup> Grundlegend *Wieacker*, S. 18 ff.; s.a. *Drexel*, S. 29 ff.

<sup>30</sup> Die Begrifflichkeiten variieren in der Literatur. Teilweise wird der Begriff „Sozialmodell“ als Oberbegriff für alle Ordnungsmodelle verstanden, die der Gesetzgeber seiner Ausgestaltung des Privatrechts zugrunde legen kann. In diesem Sinne beispielsweise *Assmann*; *Wielsch*, S. 166 ff. Im Folgenden soll mit dem Begriff „Sozialmodell“ dagegen eines von mehreren denkbaren Ordnungsmodellen beschrieben werden, das vom Freiheits- und Informationsmodell abzugrenzen ist. Mitunter wird dieses Modell auch als „sozialrechtliches Modell“ bezeichnet.

<sup>31</sup> *Schön* in: Heldrich/Prölss/Koller (Hrsg.), S. 1191, 1192 f.

<sup>32</sup> Dazu oben Teil 1, bei Fn. 9 f.

<sup>33</sup> Grundlegend für den Diskurs im Kapitalgesellschaftsrecht beispielsweise *Hopt*, S. 88 ff., 304 ff.

<sup>34</sup> *Grundmann*, JZ 2000, 1133; *Grundmann* in: Schneider u.a. (Hrsg.), S. 61; *Grundmann*, Common Market L. Rev. 39 (2002), 269; *Grundmann*, DSStR 2004, 232; *Grundmann*, EBOR 2004, 601, 617 ff.; *Grundmann/Kerber/Weatherill* (Hrsg.); *Merkt*; *Merkt*, ZGR 2007, 532, 537; *Merkt* in: *Grundmann/Kerber/Weatherill* (Hrsg.), S. 231; *Merkt*, ZfBf, Sonderheft 55, 2006, 24; *Fleischer* in: *Schulte-Nölke/Schulze* (Hrsg.), S. 171; *Bydlinski*, AcP 204 (2004), 309, 360 ff.; *Rehberg* in: *Eger/Schäfer* (Hrsg.), S. 284; *Veil*, ZHR 167 (2003), 365, 392 ff.; *Schön*, J. Corp. L. Stud. 6 (2006), 259; *Möslein*; *Drexel*, S. 26 ff.; *Schön* in: Heldrich/Prölss/Koller (Hrsg.), S. 1191, 1193 ff.; *Dauner-Lieb*, S. 62 ff.; *Kind*, S. 38 ff. Monographisch für das Gesellschaftsrecht *Grohmann*; s.a. *Assmann*, AG 1993, 549; *Hopt*, S. 88 ff., 304 ff. Zu den Grenzen des Informationsmodells s. unten Teil 3, B.II, S. 48.

<sup>35</sup> Zur Entwicklung in den USA s. *Paredes*, 81 Wash. U.L.Q. 417, 421 ff. (2003); *Merkt*, ZfBf, Sonderheft 55, 2006, 24, 28 ff.; *Merkt* in: *Grundmann/Kerber/Weatherill* (Hrsg.), S. 231 ff.

in der Lage sein, eine eigenverantwortete Entscheidung zu treffen.<sup>36</sup> In einem Informationsmodell sind zwingende inhaltliche Vorschriften zum Schutz dieser Vertragspartei im Sinne des Sozialmodells nicht mehr notwendig.<sup>37</sup>

Zwar lassen sich bei einer solchen gerafften Darstellung Verallgemeinerungen nicht vermeiden. Die Grenzen zwischen Freiheits-, Sozial- und Informationsmodell waren nie scharf gezogen.<sup>38</sup> Dennoch werden das Freiheits-, Sozial- und Informationsmodell im rechtswissenschaftlichen Diskurs regelmäßig als Alternativkonzepte entworfen.<sup>39</sup>

## C. Rechtsökonomische Grundlagen

### I. Einführung

Bedarf eine Gesetzgebungslehre des Privatrechts demnach sowohl eines deskriptiven Verhaltensmodells als auch eines normativen Ordnungsmodells, lohnt sich der Versuch, beide Modelle mit Hilfe der Nachbarwissenschaften mit Leben zu erfüllen. Daher werden im Folgenden die rechtsökonomischen Bausteine dargestellt, auf denen die weitere Untersuchung basiert. Wie bereits ausgeführt,<sup>40</sup> ist es nicht das Ziel der vorliegenden Untersuchung, die Rechtsökonomie einer umfassenden Methodenkritik zu unterziehen. In diesem Teil werden nur jene Aspekte der Rechtsökonomie in geraffter Weise dargestellt, die zum gemeinhin anerkannten Kernbestand der Rechtsökonomie gehören und die für die weitere Untersuchung von zentraler Bedeutung sind.

Zunächst werden die unterschiedlichen Modelle menschlichen Verhaltens dargestellt, auf denen die traditionelle Rechtsökonomie und die verhaltenswissenschaftlich-ökonomische Analyse des Rechts aufbauen (unten Teil 2, C.II,

---

<sup>36</sup> Schön in: Heldrich/Prölss/Koller (Hrsg.), S. 1191, 1194; Fleischer, ZEuP 2000, 772, 777. Daneben erfüllt das Informationsmodell noch eine weitere Funktion, die als Funktionsschutz bezeichnet werden mag. Ausreichende Informationen können das Vertrauen von Marktteilnehmern in Märkte erhöhen und damit das Funktionieren der Märkte erleichtern; s. dazu Fleischer in: Schulte-Nölke/Schulze (Hrsg.), S. 171, 173 f.; Fleischer, ZEuP 2000, 772, 778 f.; Fleischer, Anlegerschutz, Gutachten Juristentag, S. F24 ff.; Moloney, EBOR 2005, 341, 370 ff.; Sethe, S. 4 ff.; Merkt, S. 296 ff.; Vogel, S. 137 f.

<sup>37</sup> Grundmann, JZ 2000, 1133, 1137; Grundmann in: Schneider u.a. (Hrsg.), S. 61, 63; Schön in: Heldrich/Prölss/Koller (Hrsg.), S. 1191, 1193 f.; Rehberg in: Eger/Schäfer (Hrsg.), S. 284; Schirnbacher, S. 150.

<sup>38</sup> Exemplarisch sei der Hinweis von Reuter in: Bydlinski/Mayer-Maly (Hrsg.), S. 105, 106 f., erwähnt, wonach in der Entstehungszeit des BGB damalige soziale Fragen nicht ignoriert, sondern dem öffentlichen Recht zugewiesen wurden.

<sup>39</sup> Exemplarisch Merkt, ZfBf, Sonderheft 55, 2006, 24, 54: „Das Informationsmodell präsentiert sich heute theoretisch als ein großes Gegenkonzept zum hergebrachten materiell-rechtlichen Regulierungsansatz der Ge- und Verbotsnormen“; s. a. Bruns, JZ 2007, 385, 387. Näher zum Verhältnis dieser Ordnungsmodelle s. unten Teil 3, B.II, S. 48.

<sup>40</sup> S. oben Teil 1, bei Fn. 36, 45 ff.

S. 20). Darauf folgt ein kurzer Abriss der normativen Wohlfahrtstheorie, der auf dem rationaltheoretischen Verhaltensmodell aufbaut (unten Teil 2, C.III, S. 26). Danach werden die Grundlagen der ökonomischen Vertragstheorie aufgezeigt (unten Teil 2, C.IV, S. 33). Nach einer Diskussion des heutigen Methodenkanons der Rechtsökonomie, der von ökonomischen Modellen über empirische Erhebungen bis zur Laborexperimenten reicht (unten Teil 2, C.V, S. 41), schließt der Teil mit einer Analyse der Legitimation zwingenden Vertragsrechts aus rechtsökonomischer Sicht (unten Teil 2, C.VI, S. 43).

## II. Verhaltensmodell

### 1. Rationaltheoretisches Verhaltensmodell

Im Gegensatz zur Rechtswissenschaft verfügt die Ökonomie über ein streng definiertes Verhaltensmodell.<sup>41</sup> Das rationaltheoretische Verhaltensmodell besteht aus vier Elementen: dem Handlungsraum, den Restriktionen, den Präferenzen der Individuen und dem Entscheidungsprozess, in dem Handlungen gewählt werden.<sup>42</sup> Das Modell beschreibt, wie Individuen bei gegebenen Restriktionen entsprechend ihren eigenen Präferenzen aus einer Vielzahl möglicher Handlungsalternativen eine Handlungsalternative auswählen.<sup>43</sup>

Der *Handlungsraum* enthält damit alle möglichen Handlungsalternativen, die ein Individuum auswählen kann. Die *Restriktionen*, die dem Individuum exogen vorgegeben sind, beschränken dessen Handlungsmöglichkeiten. Die wichtigste Restriktion ist die Knappheit von Ressourcen (wie Geld, Zeit, Information, Energie oder Fähigkeiten).<sup>44</sup> Rechtliche Regelungen sind ein wichtiger Unterfall von Restriktionen. Dabei stellt die ökonomische Analyse des Rechts regelmäßig auf die Sanktionswirkung des Rechts ab. Rechtliche Sanktionen haben eine Abschreckungswirkung, da sie die Kosten sanktionierter Verhaltensweisen erhöhen. Dies bewegt betroffene Individuen zu einer Verhaltensanpassung.<sup>45</sup> Rechtliche Regelungen werden als Kosten modelliert, welche die Entscheidungen von Individuen beeinflussen. Sie wirken wie Preise.<sup>46</sup>

<sup>41</sup> Zum Verhaltensmodell des Ordoliberalismus s. *Drexl*, S. 132 f.

<sup>42</sup> *van Aaken*, S. 74 f.; *Kirchgässner*, S. 12. Zum damit zusammenhängenden Begriff der „REMM-Hypothese“ („resourceful, evaluating, maximizing man“) s. *Brunner/Meckling*, J. Mon., Credit & Bank. 9 (1977), 70, 71; *van Aaken*, S. 79; *Schäfer/Ott*, S. 58 ff. Zu verschiedenen Varianten des rationaltheoretischen Verhaltensmodells s. *Korobkin/Ulen*, 88 Cal. L. Rev. 1051, 1060 ff. (2000); s. a. *Camerer* in: *Blundell/Newey/Persson* (Hrsg.), S. 181, 185 ff.

<sup>43</sup> Die Stärke des rationaltheoretischen Verhaltensmodells beruht unter anderem auf der strengen Trennung zwischen Präferenzen und Restriktionen; s. dazu *van Aaken*, S. 76 f., 104 ff.; *Mathis*, S. 24 ff.; *Kirchgässner*, S. 12; s. weiterhin *Engel* in: *Engel* (Hrsg.), S. 11, 35.

<sup>44</sup> *van Aaken*, S. 75 f.; *Schäfer/Ott*, S. 57 f.

<sup>45</sup> *Cooter*, 27 J. Legal Stud. 585 (1998); *McAdams*, 86 Va. L. Rev. 1649, 1650 (2000); *Funk*, Am. L. & Econ. Rev. 9 (2007), 135, 135 f.

<sup>46</sup> *Friedman*, 1984 Wis. L. Rev. 13: „The basic idea of ... economic theory ... is that the

Anhand seiner *Präferenzen*<sup>47</sup> bewertet das Individuum die Handlungsalternativen aus dem Handlungsraum nach ihren Vor- und Nachteilen.<sup>48</sup> Wie diese Präferenzen gebildet werden und welchen Inhalt sie haben, liegt außerhalb des rationaltheoretischen Verhaltensmodells, ja selbst außerhalb der klassischen ökonomischen Theorie. Sie können beispielsweise auch Wertvorstellungen enthalten und von Sozialisationsprozessen geprägt sein.<sup>49</sup> Das rationaltheoretische Verhaltensmodell setzt die Präferenzen als gegeben voraus.

Präferenzen haben im rationaltheoretischen Verhaltensmodell mehrere axiomatische Eigenschaften.<sup>50</sup> Der rationaltheoretische *homo oeconomicus* muss seine Präferenzen vollständig, transitiv, zeitlich konsistent, stetig und unabhängig ordnen können.<sup>51</sup> Nur wenn derartige wohldefinierte, stabile Präferenzen vorliegen, können sie in einer Nutzenfunktion dargestellt werden, die als Grundlage für ökonomische Modellierungen dienen kann.<sup>52</sup>

Präferenzen sind vollständig, wenn ein Individuum fähig ist, alle Alternativen eines Handlungsraums gemäß einer Rangfolge zu ordnen.<sup>53</sup> Präferenzen sind transitiv, wenn ein Individuum, das Handlungsalternative A der Alternative B und Alternative B der Alternative C vorzieht, auch Alternative A der Alternative C vorzieht.<sup>54</sup> Präferenzen dürfen also nicht zirkulär sein.<sup>55</sup> Präferenzen sind zeitlich konsistent, wenn die Bewertung einer Alternative unter gleichen Umweltbedingungen sich durch den bloßen Zeitablauf nicht verändert.<sup>56</sup> Präferenzen sind inhaltlich konsistent und stabil, wenn sie sich nicht durch die unterschiedliche Darstellung von Entscheidungsalternativen verändern.<sup>57</sup> Sie sind stetig, wenn in der Präferenzordnung keine Sprünge auftauchen.<sup>58</sup> Sie sind schließlich unabhängig, wenn die Ordnung von Handlungs-

---

legal system is a giant pricing machine“; *Magen* in: Engel u.a. (Hrsg.), S. 261, 262; *van Aaken*, S. 79.

<sup>47</sup> Eine Präferenz drückt die subjektive Bewertung zweier Güterbündel durch einen Konsumenten im Hinblick auf die jeweils erwartete Bedürfnisbefriedigung ab, s. *Gabler Wirtschaftslexikon*, Eintrag zu „Präferenz“.

<sup>48</sup> *van Aaken*, S. 75; *Kirchgässner*, S. 13.

<sup>49</sup> *van Aaken*, S. 75; *Kirchgässner*, S. 12 f.; *Mathis*, S. 25.

<sup>50</sup> *Schäfer/Ott*, S. 59.

<sup>51</sup> *van Aaken*, S. 76; *Mas-Colell/Whinston/Green*, S. 6 ff.; *Korobkin/Ulen*, 88 Cal. L. Rev. 1051, 1064 (2000).

<sup>52</sup> *van Aaken*, S. 76, 78; *Mas-Colell/Whinston/Green*, S. 8 f. Sind Präferenzen beispielsweise nicht stetig (dazu unten Teil 2, bei Fn. 58), können sie zwar ebenfalls in einer Nutzenfunktion abgebildet werden. Allerdings lässt sich diese Nutzenfunktion an den nicht stetigen Stellen nicht ableiten, was Maximierungsberechnungen ausschließt.

<sup>53</sup> *van Aaken*, S. 76; *Schäfer/Ott*, S. 59.

<sup>54</sup> *Schäfer/Ott*, S. 60; *van Aaken*, S. 77.

<sup>55</sup> *van Aaken*, S. 77.

<sup>56</sup> *van Aaken*, S. 76. Näher zu zeitlich inkonsistenten Präferenzen s. unten Teil 3, B.II.4.a) cc), S. 73.

<sup>57</sup> Dazu unten Teil 3, bei Fn. 135.

<sup>58</sup> Dazu *van Aaken*, S. 77.

ternativen in einem geschlossenen Handlungsraum nicht davon abhängt, wie viele der Handlungsalternativen betrachtet werden.<sup>59</sup>

Der *Entscheidungsprozess* gibt den Individuen vor, aus dem Handlungsraum unter gegebenen Restriktionen entsprechend der eigenen Präferenzen jene Handlungsalternative auszuwählen, die den eigenen erwarteten Nutzen<sup>60</sup> maximiert.<sup>61</sup> Da Individuen zu diesem Zweck regelmäßig Entscheidungen über zukünftige Entwicklungen und zukünftigen Nutzen treffen müssen, deren Eintritt und Umfang unsicher sind, muss dem zukünftigen Ereignis eine Wahrscheinlichkeit zugeordnet werden. Zu diesem Zweck wird angenommen, dass Individuen Präferenzen bezüglich des Eintretens zukünftiger Nutzenströme haben, welche in Diskontraten ausgedrückt werden und welche die Individuen entsprechend ihren Wahrscheinlichkeiten gewichten können. Daraus lässt sich ein Erwartungsnutzen berechnen.<sup>62</sup>

Zusammen betrachtet bietet das rationaltheoretische Verhaltensmodell der Ökonomie ein abgeschlossenes Modell menschlichen Verhaltens, welches erlaubt, unter Heranziehung der Präferenzen von Individuen deren Handeln und damit – auf einer aggregierten Ebene – auch Entwicklungen in einer Gesellschaft beschreiben zu können.<sup>63</sup> Dabei zeigt sich, dass das Verhalten von Individuen systematisch durch das Setzen von Anreizen beeinflusst werden kann. Anreize können durch das Recht gesetzt werden. Sie verändern die Restriktionen, die das Individuum bei der Wahl der Handlungsalternativen beachten muss.<sup>64</sup>

## 2. Verhaltenswissenschaftliches Verhaltensmodell

Das rationaltheoretische Verhaltensmodell hat schon früh Kritik erfahren.<sup>65</sup> Insbesondere der spätere Nobelpreisträger *Herbert Simon* wandte schon in den 1950er Jahren ein, dass Menschen in komplexen Entscheidungssituationen von dem rationaltheoretischen Verhaltensmodell abweichen. In einer Entscheidungs-

<sup>59</sup> Schäfer/Ott, S. 60; van Aaken, S. 77.

<sup>60</sup> Dies muss nicht notwendigerweise ein unmittelbarer finanzieller Nutzen sein, Kirchgässner, S. 14.

<sup>61</sup> van Aaken, S. 73; Mathis, S. 25. Zu den mathematischen Grundlagen einer solchen Maximierung unter Nebenbedingungen, insbesondere dem *Lagrange*-Multiplikator, inklusive einer geometrischen Interpretation, s. Sydsæter/Hammond, S. 503, 512. Näher zur Eigennutzmaximierung s. unten Teil 3, C.II.2.b), S. 101.

<sup>62</sup> van Aaken, S. 78. Der Erwartungsnutzen ist die Summe des Nutzens, die ein Individuum aus allen möglichen Handlungsalternativen ziehen kann, wobei der Nutzen jeder Handlungsalternative mit der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts gewichtet wird; s. Pindyck/Rubinfeld, S. 165 f.

<sup>63</sup> Zu den verschiedenen Anliegen ökonomischer Verhaltensmodelle (Beschreibung, Erklärung, Prognose) auch Kirchgässner, S. 6 f.

<sup>64</sup> Mathis, S. 25 f.; van Aaken, S. 78 f. Allgemein zur Anreizperspektive im Privatrecht s. Wagner, AcP 206 (2006), 352.

<sup>65</sup> Einen allgemeinen Überblick über die Kritik bieten van Aaken, S. 82 ff.; Conlisk, J. Econ. Lit. 34 (1996), 669.

situation, die von Unsicherheit geprägt ist, sind Menschen nicht in der Lage, alle für ihre Entscheidungen wichtigen Informationen zu erlangen und zu verarbeiten. Auf *Herbert Simon* ist das Konzept der beschränkten Rationalität („bounded rationality“) zurück zu führen, in dem unvollständige Informationen und beschränkte kognitive Fähigkeiten von Menschen in das Verhaltensmodell integriert werden.<sup>66</sup>

Insbesondere die interdisziplinären Arbeiten der Psychologen *Daniel Kahneman*, *Amos Tversky* und des Ökonomen *Richard Thaler*, die im Jahr 2002 für *Daniel Kahneman* von einem Nobelpreis gekrönt wurden,<sup>67</sup> verhalfen einem neuen Forschungsgebiet zum Durchbruch, welches die Annahmen des rationaltheoretischen Verhaltensmodells systematisch empirisch untersucht und die Auswirkungen der Ergebnisse auf die ökonomische Theorie analysiert. Dieses Gebiet der verhaltenswissenschaftlichen Ökonomie („behavioral economics“) wurde mit einer gewissen Verzögerung auch in der Rechtsökonomie rezipiert und führte zum Forschungsgebiet der verhaltenswissenschaftlich-ökonomischen Analyse des Rechts („behavioral law and economics“).<sup>68</sup> Auch in Deutschland werden die Erkenntnisse dieses Forschungsgebiets inzwischen rezipiert.<sup>69</sup>

Die verhaltenswissenschaftlich-ökonomische Analyse des Rechts weist auf empirische Untersuchungen hin, die zeigen, dass sich Menschen in der Realität systematisch anders verhalten, als dies im rationaltheoretischen Verhaltensmodell abgebildet ist. Dabei konzentriert sich die Forschungsrichtung auf zwei Gruppen von Verhaltensabweichungen,<sup>70</sup> die jeweils die Präferenzbildung und den Entscheidungsprozess<sup>71</sup> menschlichen Verhaltens betreffen.

<sup>66</sup> *Simon*, Quart. J. Econ. 69 (1955), 99; s. a. *Schäfer/Ott*, S. 65; *Richter/Furubotn*, S. 192 f.; *Conlisk*, J. Econ. Lit. 34 (1996), 669.

<sup>67</sup> Beispielsweise *Kahneman/Tversky*, Cogn. Psych. 3 (1972), 430; *Tversky/Kahneman*, Cogn. Psych. 5 (1973), 207; *Tversky/Kahneman*, Science 185 (1974), 1124; *Kahneman/Tversky*, Econometrica 47 (1979), 263; *Tversky/Kahneman*, Science 211 (1981), 453; *Kahneman/Tversky*, Am. Psych. 39 (1984), 341; *Tversky/Kahneman*, J. Bus. 59 (1986), S251; *Tversky/Thaler*, J. Econ. Persp. 4 (2) (1990), 201; *Kahneman/Knetsch/Thaler*, J. Pol. Econ. 98 (1990), 1325; *Kahneman/Knetsch/Thaler*, J. Econ. Persp. 5 (1) (1991), 193; *Tversky/Kahneman*, Quart. J. Econ. 106 (1991), 1039; *Tversky/Kahneman*, J. Risk & Uncert. 5 (1992), 297; *Kahneman*, Organ. Behv. & Human Dec. Proc. 51 (1992), 296.

<sup>68</sup> Grundlegende Arbeiten sind *Jolls/Sunstein/Thaler*, 50 Stan. L. Rev. 1471 (1998); *Sunstein*, 64 U. Chi. L. Rev. 1175 (1997); *Sunstein* (Hrsg.); *Korobkin/Ulen*, 88 Cal. L. Rev. 1051 (2000).

<sup>69</sup> Exemplarisch seien genannt *van Aaken*, S. 82 ff.; *Fleischer* in: *Fuchs/Schwintowski/Zimmer* (Hrsg.), S. 575; *Wagner-von Papp*, S. 124 ff.; *Eidenmüller*, JZ 2005, 216; *Klöbn*; *Wagner*, ZZP 121 (2008), 5; *Kübler/Kübler*, KritV 2007, 94, sowie die in *Engel* u. a. (Hrsg.), und der Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2007, S. 91–218, versammelten Beiträge.

<sup>70</sup> Im Folgenden wird der Begriff der „Verhaltensabweichung“ ohne normative Konnotation verwendet. Es soll damit nur ausgedrückt werden, dass menschliches Verhalten von den Annahmen des rationaltheoretischen Verhaltensmodells abweicht.

<sup>71</sup> Zu beiden Begriffen s. oben Teil 2, C.II.1, S. 20.

Die erste Gruppe von Verhaltensabweichungen resultiert aus der Tatsache, dass Menschen im Vergleich zum rationaltheoretischen Verhaltensmodell über beschränkte kognitive Fähigkeiten verfügen. Die verhaltenswissenschaftliche Ökonomie hat durch empirische und experimentelle Untersuchungen eine Vielzahl von menschlichen Verhaltensweisen identifiziert, die systematische Abweichungen vom rationaltheoretischen Verhaltensmodell beweisen. Diese Abweichungen werden im Englischen gemeinhin als „biases“ bezeichnet. Wichtige Verhaltensabweichungen sind unter anderem der „framing“-Effekt,<sup>72</sup> der Ankereffekt,<sup>73</sup> der Dispositionseffekt,<sup>74</sup> der „endowment“-Effekt,<sup>75</sup> die Verlustaversion,<sup>76</sup> die Kontrollillusion,<sup>77</sup> der Sicherheitseffekt,<sup>78</sup> der „hindsight bias“<sup>79</sup>, Überoptimismus,<sup>80</sup> die Verfügbarkeitsheuristik<sup>81</sup> und zeitlich inkonsis-

<sup>72</sup> Die Präferenzbildung von Menschen wird dadurch beeinflusst, wie ihnen die verfügbaren Handlungsalternativen präsentiert werden; s. dazu *Tversky/Kahneman*, *Science* 211 (1981), 453; *Tversky/Kahneman*, *J. Bus.* 59 (1986), S. 251; *Klöhn*, S. 95 ff. Näher dazu unten Teil 3, bei Fn. 133 ff.

<sup>73</sup> Menschen, die eine bestimmte Information aufgenommen und verarbeitet haben, werden unaufmerksam für Informationen, die der alten Information widersprechen. Dadurch können neue Informationen falsch interpretiert oder gewichtet werden; s. dazu *Tversky/Kahneman*, *Science* 185 (1974), 1124; *Tversky/Kahneman*, *J. Bus.* 59 (1986), S. 251; *Strack/Mussweiler*, *J. Personality & Soc. Psych.* 73 (1997), 437; *van Aaken*, S. 101. Dazu unten Teil 3, Fn. 141.

<sup>74</sup> Anleger halten tendenziell an verlustreichen Investitionen zu lange fest und veräußern Gewinne zu früh; s. dazu *Shefrin/Statman*, *J. Fin.* 40 (1985), 777; *Kahneman/Tversky*, *Econometrica* 47 (1979), 263; im Überblick *Klöhn*, S. 100 f.; *Fleischer* in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer (Hrsg.), S. 575, 583.

<sup>75</sup> Besitzen Menschen ein Gut, so ist der Preis, den sie für den Verkauf des Guts verlangen, regelmäßig höher als der Preis, den sie bereit wären, für den Erwerb des Guts zu zahlen; s. dazu *Knetsch*, *Am. Econ. Rev.* 79 (1989), 1277; *Kahneman/Knetsch/Thaler*, *J. Pol. Econ.* 98 (1990), 1325; *Kahneman/Knetsch/Thaler*, *J. Econ. Persp.* 5 (1) (1991), 193; *Korobkin*, 97 *Nw. U. L. Rev.* 1227 (2003). Näher dazu unten Teil 3, D.II.2.c)cc(8)(c), S. 226.

<sup>76</sup> Menschen gewichten Verluste stärker als Gewinne; s. dazu *Kahneman/Tversky*, *Am. Psych.* 39 (1984), 341; *Kahneman/Knetsch/Thaler*, *J. Econ. Persp.* 5 (1) (1991), 193; *Tversky/Kahneman*, *Quart. J. Econ.* 106 (1991), 1039. Näher dazu unten Teil 3, bei Fn. 1128 f.

<sup>77</sup> Menschen glauben systematisch, Einflussmöglichkeiten auf zufällige Ereignisse zu besitzen, wenn ihr Verhalten den Anschein einer Kontrollmöglichkeit geben kann; s. dazu *Langer*, *J. Pers. & Soc. Psych.* 32 (1975), 311. Näher dazu unten Teil 3, bei Fn. 158 f.

<sup>78</sup> Menschen gewichten sichere Entscheidungsalternativen im Vergleich zu Entscheidungsalternativen aus dem mittleren Wahrscheinlichkeitsbereich überproportional stark; s. dazu *Allais*, *Econometrica* 21 (1953), 503; *Kahneman/Tversky*, *Econometrica* 47 (1979), 263, 266 f.

<sup>79</sup> Kennen Menschen die Ergebnisse von Handlungen, überschätzen sie *ex post* die Wahrscheinlichkeit, mit denen sie diese Ergebnisse vorhergesagt hätten; s. dazu *Fischhoff*, *J. Exper. Psychol.: Human Perc. & Perf.* 3 (1975), 288; *Rachlinski*, 65 *U. Chi. L. Rev.* 571 (1998).

<sup>80</sup> Menschen überschätzen tendenziell ihre eigene Einichts- und Problemlösungsfähigkeit; s. dazu *Weinstein*, *J. Pers. & Soc. Psych.* 39 (1980), 806. Näher dazu unten Teil 3, bei Fn. 146 ff.

<sup>81</sup> Menschen greifen bei der Entscheidungsfindung insbesondere auf Informationen zurück, die am einfachsten und schnellsten verfügbar sind. Grundlegend *Tversky/Kahneman*, *Cogn. Psych.* 5 (1973), 207; *Tversky/Kahneman*, *Science* 185 (1974), 1124, 1127 f.; s. weiterhin

tente Präferenzen.<sup>82</sup> Die Liste solcher Verhaltensabweichungen ließe sich zwar verlängern.<sup>83</sup> Es geht hier aber nicht darum, Umfang und Tragweite der Erkenntnisse der verhaltenswissenschaftlich-ökonomischen Analyse des Rechts im Allgemeinen auszuloten.<sup>84</sup> Soweit die genannten Verhaltensabweichungen im weiteren Verlauf der Untersuchung Bedeutung erlangen, werden sie im Einzelnen dargestellt werden.

Die zweite Gruppe von Verhaltensabweichungen, mit denen sich die verhaltenswissenschaftlich-ökonomische Analyse des Rechts beschäftigt, resultiert aus der Tatsache, dass Menschen nicht nur auf ihren eigenen Nutzen bedacht sind. Im rationaltheoretischen Verhaltensmodell wird angenommen, dass Menschen ihren eigenen Nutzen maximieren.<sup>85</sup> Sowohl die allgemeine Lebenserfahrung als auch die empirische und experimentelle Forschung zeigen, dass auch Altruismus, Fairness und Böswilligkeit Bestandteile menschlicher Präferenzen und Entscheidungsprozesse sind.<sup>86</sup> Auf die Auswirkungen solcher sozialer Präferenzen für die ökonomische Analyse des Rechts wird noch eingegangen werden.<sup>87</sup>

Die Erkenntnisse der verhaltenswissenschaftlich-ökonomischen Analyse des Rechts sind von besonderer Bedeutung, weil die beobachteten Abweichungen vom rationaltheoretischen Verhaltensmodell regelmäßig systematisch auftreten.<sup>88</sup> All diese Forschungsanstrengungen eint das Bemühen, im Vergleich zum rationaltheoretischen Verhaltensmodell bessere Erklärungen und Prognosen menschlichen Verhaltens liefern zu können und damit die Methode der ökonomischen Analyse des Rechts zu verbessern.<sup>89</sup> Im Folgenden wird grund-

---

*Sunstein*, 97 Nw. U. L. Rev. 1295, 1300 ff. (2003); *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 218; *Fleischer* in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer (Hrsg.), S. 575, 577; *Klöhn*, S. 108 ff.; *Eisenberg* in: Newman (Hrsg.), S. 282, 284. Dazu unten Teil 3, bei Fn. 88 f.

<sup>82</sup> Menschen verändern ihre langfristigen Pläne für zukünftige Perioden, je näher die Perioden kommen; s. dazu *Thaler*, Econ. Letters 8 (1981), 201; *Frederick/Loewenstein/O'Donoghue*, J. Econ. Lit. 40 (2002), 351. Näher dazu unten Teil 3, B.II.4.a)cc), S. 73.

<sup>83</sup> Aufzählungen von Verhaltensabweichungen finden sich beispielsweise in *Klöhn*, S. 94 ff.; *Schäfer/Ott*, S. 66 ff.; *Fleischer* in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer (Hrsg.), S. 575, 577 f.; *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 218 f.; *Korobkin/Ulen*, 88 Cal. L. Rev. 1051, 1085 ff. (2000); *Varian*, S. 548 ff.

<sup>84</sup> S. dazu die in Teil 2, Fn. 68 f. genannte Literatur. Zur allgemeinen Ausrichtung der vorliegenden Untersuchung s. oben Teil 1, C, S. 8.

<sup>85</sup> Dazu oben Teil 2, bei Fn. 61.

<sup>86</sup> *Rabin*, Am. Econ. Rev. 83 (1993), 1281; *Fehr/Schmidt*, Quart. J. Econ. 114 (1999), 817; *Fehr/Fischbacher*, Econ. J. 112 (2002), C1; *Magen* in: Engel u.a. (Hrsg.), S. 261; *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 219; *Wagner-von Papp*, S. 126 ff.; *Korobkin/Ulen*, 88 Cal. L. Rev. 1051, 1126 ff. (2000).

<sup>87</sup> S. unten Teil 3, C.II.2.b), S. 101.

<sup>88</sup> *Jolls/Sunstein/Thaler*, 50 Stan. L. Rev. 1471, 1599 (1998); *Fleischer* in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer (Hrsg.), S. 575, 578. Näher dazu unten Teil 3, bei Fn. 1393 ff.

<sup>89</sup> *van Aaken*, S. 86; *Eidenmüller*, JZ 1999, 53, 56. Genau betrachtet ist es nicht das Anliegen eines verhaltenswissenschaftlichen Verhaltensmodells, das rationaltheoretische Verhal-

sätzlich vom rationaltheoretischen Verhaltensmodell ausgegangen. Wo dies im Einzelfall sinnvoll erscheint, wird das verhaltenswissenschaftliche Verhaltensmodell umfänglich in die Untersuchung mit einbezogen.

### III. Wohlfahrtstheorie

#### 1. Einführung

Die bisher dargestellten ökonomischen Modelle menschlichen Verhaltens haben zunächst ein positives Anliegen. Sie wollen menschliches Verhalten beschreiben. Je mehr das Modell der Realität entspricht, desto besser kann es menschliches Verhalten auch prognostizieren. Aus diesem Anliegen folgt ein breiter Anwendungsbereich für eine positive ökonomische Analyse des Rechts, der weithin unstrittig ist:<sup>90</sup> Modelle menschlichen Verhaltens können zur Abschätzung der Folgen von Rechtsregeln verwendet werden.<sup>91</sup> Diesem positiven Zweig der ökonomischen Analyse des Rechts geht es darum, erklären und prognostizieren zu wollen, welche Bedingungen und Restriktionen menschlichen Verhaltens zu welchen Konsequenzen führen.<sup>92</sup> In der folgenden Untersuchung wird oftmals auf den rein positiven Zweig der ökonomischen Analyse des Rechts zurückgegriffen.<sup>93</sup>

Deutlich umstrittener, gerade im deutschen Sprachraum, ist der normative Zweig der ökonomischen Analyse des Rechts.<sup>94</sup> Dieser Zweig will Aussagen über die optimale Rechtsregel treffen. Zwar ist die Wohlfahrtstheorie nicht die

---

tensmodell abzulösen. Vielmehr soll ein allgemeineres Verhaltensmodell geschaffen werden, in dem das rationaltheoretische Verhaltensmodell als wichtiger Spezialfall enthalten ist, s. *Hirschleifer*, J. Fin. 56 (2001), 1533, 1534; *Kirchgässner*, S. 28 f.

<sup>90</sup> Im Schwerpunkt wird die ökonomische Analyse des Rechts wegen der Anwendung des Effizienzkriteriums kritisiert, also wegen ihrer normativen, nicht ihrer positiven Aussagen, s. *van Aaken*, S. 40; *Magen* in: Engel u.a. (Hrsg.), S. 261, S. 263. Dazu sogleich im Text.

<sup>91</sup> *van Aaken*, S. 17.

<sup>92</sup> Davon wird auch die Analyse erfasst, welche Auswirkungen eine rechtliche Regelung auf Allokationseffizienz hat. Dies ist normativ unproblematisch. Erst wenn eine ökonomische Analyse des Rechts fordert, die rechtliche Regelung solle (ausschließlich) zu Allokationseffizienz führen, wird die normative Zielbestimmung angreifbar; s. *van Aaken*, S. 37.

<sup>93</sup> Dieser positive Zweig der ökonomischen Analyse des Rechts mag am Ende hilfreicher sein als der streng normative Zweig; s. *van Aaken*, S. 336 f. Allgemein zur positiven ökonomischen Analyse im Vertragsrecht s. *Hermalin/Katz/Craswell* in: Polinsky/Shavell (Hrsg.), S. 3, 13 f.

<sup>94</sup> Es ist ein Versäumnis sowohl der Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts als auch ihrer Kritiker, die positiven und normativen Zweige der Methode nicht immer scharf auseinander zu halten; hinsichtlich des *Pareto*-Kriteriums kritisch *Mathis*, S. 51; hinsichtlich der verhaltenswissenschaftlich-ökonomischen Analyse des Rechts kritisch *Englerth* in: Engel u.a. (Hrsg.), S. 231. Die ökonomische Analyse des Rechts nur aufgrund ihrer normativen Aussagen ablehnen zu wollen, greift zu kurz; s. *van Aaken*, S. 18 Fn. 7, S. 19, 38, 45. Zu der Unterscheidung auch unten Teil 4, A.I.2, S. 316, sowie *Parisi*, Eur. J. L. & Econ. 18 (2004), 259; *Caplin/Schotter* (Hrsg.); *Drexel*, S. 166 f.; s. a. *Kirchgässner*, S. 3.

einzigste normative Theorie der Ökonomie.<sup>95</sup> Entsprechend der modernen ökonomischen Forschung stützt sich die normative ökonomische Analyse des Rechts aber regelmäßig auf die Wohlfahrtstheorie.<sup>96</sup> Deren Erkenntnisse werden im Folgenden in einem kurzen Abriss dargestellt, soweit sie für die weitere Untersuchung von Bedeutung sind.<sup>97</sup>

## 2. Allokationseffizienz

Die Wohlfahrtstheorie basiert auf dem philosophischen Programm des Utilitarismus. Das kollektive Ziel einer Gesellschaft wird in der Maximierung ihres Gesamtnutzens gesehen.<sup>98</sup> Die Wohlfahrtstheorie bestimmt diesen Gesamtnutzen der Gesellschaft durch eine Aggregation des individuellen Nutzens jedes Gesellschaftsmitglieds.<sup>99</sup> Sie ist damit eine streng individualistische Theorie.<sup>100</sup>

Die Wohlfahrtstheorie muss ein Mittel zur Messung des individuellen Nutzens eines Gesellschaftsmitglieds haben. Der individuelle Nutzen könnte eigentlich anhand der Präferenzen eines Individuums bestimmt werden. Präferenzen können aber nicht beobachtet werden.<sup>101</sup> Die Wohlfahrtstheorie hilft sich üblicherweise mit dem Konzept der offenbaren Präferenzen („revealed preferences“). Aus den gewählten Handlungsalternativen wird auf die tatsächlichen Präferenzen des Individuums rückgeschlossen.<sup>102</sup> Dabei wird der Nut-

<sup>95</sup> Zur normativen Entscheidungstheorie und zu Konsentstheorien s. *van Aaken*, S. 183 ff.; s. a. *Schäfer/Ott*, S. 38 ff.

<sup>96</sup> S. a. *van Aaken*, S. 184.

<sup>97</sup> Entsprechend der allgemeinen Ausrichtung der Untersuchung wird im Folgenden nicht analysiert, ob die (ausschließliche) Anwendung der Wohlfahrtstheorie auf rechtliche Fragestellungen sinnvoll und wünschenswert ist; s. dazu oben Teil 1, C, S. 8. Auch in der Ökonomie selbst sind die Einschränkungen der normativen Wohlfahrtstheorie bekannt. Sie werden aber oftmals außer Acht gelassen. Dies kann am jeweiligen Forschungsgegenstand, am Forschungsinteresse, an Publikations- und Karriereüberlegungen sowie an der Beschränkungen der gegenwärtigen ökonomischen Methode liegen. Zu den normativen Problemen der Wohlfahrtstheorie aus ökonomischer Sicht s. *Hellwig* in: Engel/Möschel (Hrsg.), S. 231, 235 ff.; s. a. *van Aaken*, S. 185.

<sup>98</sup> *van Aaken*, S. 192 f.; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 173 ff.; s. a. *Mathis*, S. 96 ff.

<sup>99</sup> *Bebrens*, S. 34 ff.; *van Aaken*, S. 193. Zu diesem „normativen Individualismus“ auch *Schäfer/Ott*, S. 3.

<sup>100</sup> Zum zugrunde liegenden methodologischen Individualismus s. *Schäfer/Ott*, S. 3, 58; *Fritsch/Wein/Ewers*, S. 23; *Hens/Pamini*, S. 3 f.; *Kirchgässner*, S. 11, 21; *Drexler*, S. 129, 170 ff.; *Mathis*, S. 21. Zu daraus entstehenden Problemen s. unten Teil 4, A.I.4, S. 320. Zu individualistischen versus holistischen Sozialwissenschaften allgemein s. *van Aaken*, S. 46 ff.

<sup>101</sup> Ansonsten ließe sich eine „kollektive Nutzenfunktion“, die auch als Wohlfahrtsfunktion bezeichnet wird, durch eine Aggregation von individuell beobachteten Präferenzen und Nutzen exakt bestimmen, s. *Hens/Pamini*, S. 297.

<sup>102</sup> *Varian*, S. 118 ff.; *Pindyck/Rubinfeld*, S. 92 ff.; *Richter* in: Durlauf/Blume (Hrsg.), S. 151; *van Aaken*, S. 197 ff.; Gabler Wirtschaftslexikon, Eintrag zu „Präferenz“; *von Weiz-*

zen des Individuums mit Hilfe des Konzepts der Zahlungsbereitschaft in Geldeinheiten bestimmt.<sup>103</sup>

Hat die Wohlfahrtstheorie den Nutzen des einzelnen Individuums mit Hilfe der Konzepte der offenbaren Präferenzen und der Zahlungsbereitschaft bestimmt, aggregiert sie den Nutzen aller Mitglieder einer Gesellschaft.<sup>104</sup> Um ein kollektives Wohlfahrtsoptimum identifizieren zu können, benötigt sie ein Kriterium zur Bestimmung der kollektiven Nutzenmaximierung. In der Wohlfahrtstheorie ist das *Pareto*-Kriterium vorherrschend.<sup>105</sup> Danach ist eine Situation *Pareto*-optimal, wenn kein Gesellschaftsmitglied mehr besser gestellt werden kann, ohne dass ein anderes Gesellschaftsmitglied dadurch schlechter gestellt würde.<sup>106</sup> Die Anwendung des *Pareto*-Kriteriums setzt keinen interpersonellen Nutzenvergleich voraus. Bei der Aggregation der Wohlfahrt der Gesellschaftsmitglieder wird nur auf die individuellen Nutzenfunktionen abgestellt.<sup>107</sup>

Auf dieser Grundlage kann die Wohlfahrtstheorie zeigen, dass unter der Bedingung vollkommener Konkurrenz<sup>108</sup> auf allen Märkten eine *Pareto*-optimale, effiziente Allokation des gesamtwirtschaftlichen Gütervolumens erreicht wird (Erster Hauptsatz der Wohlfahrtstheorie).<sup>109</sup> Die Allokation ist in dem Sinne

---

säcker, Freiheitsrechte, Präferenzen, S. 8 ff. Zu den normativen Problemen dieses Ansatzes s. a. *Besbears u. a.*, J. Pub. Econ. 92 (2008), 1787

<sup>103</sup> Das bedeutet aber nicht, dass sich die Wohlfahrtstheorie ausschließlich mit *finanziellen* Kosten und Nutzen beschäftigt, s. *van Aaken*, S. 195. Zu Vorläufern der modernen Wohlfahrtstheorie s. *van Aaken*, S. 195 ff. Zu modernen Alternativen zur Messung individueller Wohlfahrt, insbesondere der Glücksforschung, s. *Graham* in: Durlauf/Blume (Hrsg.), S. 824; *Frey*, J. Econ. Lit. 40 (2002), 402.

<sup>104</sup> *Varian*, S. 614 ff.

<sup>105</sup> *van Aaken*, S. 212; *Behrens*, S. 84; *Hens/Pamini*, S. 285 ff. Diese Aussage gilt für die ökonomische Wohlfahrtstheorie. Sie gilt nicht notwendigerweise für die ökonomische Analyse des Rechts, bei der auch das *Kaldor-Hicks*-Kriterium eine bedeutende Rolle spielt; s. dazu, mit einer Analyse von Vor- und Nachteilen der unterschiedlichen Kriterien, *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 47 ff.; *van Aaken*, S. 217 ff.; *Schäfer/Ott*, S. 25, 31 ff.; *Posner*, S. 13 f.; *Hermalin/Katz/Craswell* in: Polinsky/Shavell (Hrsg.), S. 3, 23 f.; *Ruffner*, S. 38 ff.; *Mathis*, S. 52 ff. Ein Kriterium, das alle denkbaren Situationen lückenlos und logisch konsistent ordnet und gleichzeitig von allen Gesellschaftsmitgliedern akzeptiert wird, kann nicht existieren, solange kein Diktator akzeptiert wird. Dies ist die Aussage des Unmöglichkeitstheorems von *Kenneth Arrow*; s. *Knieps*, S. 8; *Varian*, S. 616 ff.; *Mas-Colell/Whinston/Green*, S. 792 ff.

<sup>106</sup> *van Aaken*, S. 212; *Behrens*, S. 84; *Schäfer/Ott*, S. 25; *Fritsch/Wein/Ewers*, S. 24 ff.; *Mathis*, S. 44 ff. Während mit dem *Pareto*-Kriterium unerwünschte Allokationen ausgesondert werden können, ist das Kriterium bei der Auswahl unter mehreren gleich wünschenswerten Allokationen nicht hilfreich; s. *Hermalin/Katz/Craswell* in: Polinsky/Shavell (Hrsg.), S. 3, 22.

<sup>107</sup> *van Aaken*, S. 212; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 42 ff., 189 ff.; *Schäfer/Ott*, S. 41, 46; dazu auch *Hens/Pamini*, S. 289 f., 297 f.

<sup>108</sup> Dazu sogleich im Text.

<sup>109</sup> Dazu – mit ansteigender formaler Komplexität – *Hellwig* in: Engel/Möschel (Hrsg.), S. 231, 235; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 49; *Knieps*, S. 9 f.; *Pindyck/Rubinfeld*,