



## RECHT INTERDISZIPLINÄR

Prof. Dr. Andreas Engert, LL.M. (Univ. Chicago)\*

### Recht und Ökonomik

#### A. Eine autobiographische Einleitung

Wissenschaft strebt nach allgemeingültiger Wahrheit. Individuelle Vorlieben und Erfahrungen sind als solche kein wissenschaftliches Argument. Allerdings können sie der Anstoß sein, ein bestimmtes Thema aufzugreifen oder sich einer Forschungsrichtung zuzuwenden. Welche Fragen man für wichtig hält oder welche Gegenstände „philosophisches Staunen“ hervorrufen, lässt sich nur zum Teil zwingend begründen – es spiegelt die eigene geistige Entwicklung wider. Meinem knappen Einblick in „Recht und Ökonomik“ möchte ich deshalb voranstellen, was mich selbst zu diesem interdisziplinären Zweig der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft geführt hat.

Als Schüler Ende der achtziger Jahre setzte ich mich politisch gegen den Klimawandel ein. Der naturwissenschaftliche Erkenntnisstand entsprach in den Grundzügen dem heutigen.<sup>1</sup> Der Kampf gegen eine drohende Klimakatastrophe erschien mir als die moralisch und politisch dringlichste Menschheitsaufgabe – weit wichtiger als die deutsche Wiedervereinigung 1989/1990, in der ich nur eine gefährliche Ablenkung sah. In der damaligen Diskussion ging es häufig um konkrete Verhaltensänderungen des Einzelnen. So rang Mitte der neunziger Jahre in meiner Studienstadt Tübingen ein gewisser *Boris Palmer*, Umweltreferent des dortigen AStA, im „Schwäbischen Tagblatt“ öffentlich mit sich, ob die Kohlendioxidemissionen eines Auslandsstudiums in Sydney moralisch zu rechtfertigen seien. Letzten Endes behielt sein Bildungsdrang die Oberhand.

Auch heute, fast drei Jahrzehnte danach, werden individuelle Konsumententscheidungen und nicht zuletzt die Mobilität weiter moralischer Bewertung und Kritik unterzogen, wie die immer wieder aufflammenden Diskussionen um den Verzicht auf Inlands- oder Kurzstreckenflüge oder sogar über rechtliche Verbote zeigen.<sup>2</sup> Die Reiseanlässe, Bedürfnisse und Fallgestaltungen sind allerdings so vielfältig, dass auch fein zisierte Verbote, Ausnahmen und Gegenmaßnahmen vorhersehbar zu widersinnigen und unbefriedigenden Ergebnissen führen würden (Bis zu welcher Distanz? Auch für Anschlussflüge? Nur bei „zumutbaren“ Al-

ternativen? Unabhängig von der Eilbedürftigkeit?). Schon als Schüler und Student fand ich es vermessen, sämtliche menschlichen Handlungsweisen auf ihre Klimaverträglichkeit hin durchregulieren zu wollen.<sup>3</sup> Erst recht erschien es mir aussichtslos, die nötigen Abwägungen einer ständigen moralischen Selbstprüfung und individuellen Ökobilanzierung zu überlassen. Mein ökonomisches Erweckungserlebnis verdanke ich einer schlagend einfachen Lösung dieses Problems: der Einführung eines Preises für Kohlendioxidemissionen über Ökosteuern oder Emissionszertifikate.<sup>4</sup> Hinter diesem Ansatz steht das ökonomische Prinzip, dass ein Gut überall in einer Volkswirtschaft den gleichen Preis haben, sein Verbrauch also gleich viel kosten sollte. Wird dieses Postulat verletzt, kommt es unweigerlich zur Verschwendung knapper Ressourcen. Ein Beispiel: Es sei angenommen, dass dieselbe Menge an Kohlendioxidausstoß eingespart werden kann, indem entweder eine fünfköpfige Familie auf eine zweiwöchige Flugreise nach Mallorca oder ein kinderloses Doppelverdienerpaar auf einen Wochenendtrip nach Dubai verzichtet. Der politisch-moralische Impuls wird der Familie den Vorzug geben. Verbietet man deshalb Wochenendreisen nach Dubai, kann es dazu kommen, dass Familie und Doppelverdiener gerne tauschen würden, aber nicht dürfen: Das Paar wäre aufgrund eines hohen Einkommens möglicherweise bereit, der Familie ihre Reise abzukaufen. Wenn die Familie auf den Handel eingehen würde, be-

\* Prof. Dr. Andreas Engert ist Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht, Handels-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht und Grundlagen des Rechts an der Freien Universität Berlin.

1 Dazu etwa Deutscher Bundestag, Schutz der Erdatmosphäre: Eine internationale Herausforderung, Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Vorsorge zum Schutz der Erdatmosphäre“, Bonn 1988.

2 Zum französischen Flugverbot im Gefolge der Gelbwesten-Proteste „Kurzflüge verboten“, FAZ vom 06.05.2021, S. 2.

3 Aktuelles Anschauungsmaterial bieten die Regelungen zur Eindämmung des Coronavirus, die alltägliche Handlungen wie Einkäufe, den Gang zum Friseur, Besprechungen und persönliche Besuche verbieten oder zulassen.

4 Tatsächlich hat die EU zum 01.01.2005 einen Handel mit Emissionszertifikaten für Treibhausgase aus bestimmten Anlagen eingeführt, einschließlich des Flugverkehrs, Art. 4, Anhang I Richtlinie 2003/87/EG.

deutet dies, dass sie den angebotenen Geldbetrag dem geplanten Urlaub vorzöge. Beide Seiten stünden also besser, wenn im Ergebnis die Doppelverdiener, nicht die Familie den Kohlendioxidausstoß für sich nutzen dürfte. Wird ein solches Tauschgeschäft zugelassen, so hat das knappe Umweltgut für Familie und Doppelverdiener denselben Preis, nämlich die von dem Paar gebotene Zahlung. Beide Seiten müssen jeweils auf diesen Geldbetrag verzichten, um ihre Reisepläne zu verwirklichen. Damit werden verbleibende Treibhausgasemissionen dort eingesetzt, wo sie den höchsten Wert haben; eingespart werden Emissionen dort, wo es am wenigsten kostet.<sup>5</sup>

Die Ausgabe handelbarer Emissionsrechte („Zertifikate“) ermöglicht die eben skizzierten Tauschgeschäfte zum beiderseitigen Vorteil. Eine Alternative besteht darin, den Ausstoß von Kohlendioxid anhand des Verbrauchs fossiler Energieträger zu besteuern. Sowohl Zertifikate als auch Ökosteuern erreichen einen einheitlichen Preis für Emissionen in der gesamten Volkswirtschaft. Dieses Preissignal pflanzt sich von selbst in den Preisen aller Produkte und Dienstleistungen fort, die mit Emissionen verbunden sind. Damit entstehen auf allen Stufen Anreize, den Kohlendioxidausstoß zu verringern – und zwar gerade dort, wo dies am leichtesten, mit den geringsten Einbußen möglich ist. Der Markt entscheidet selbsttätig, wie die vorgegebenen Einsparungen zu erzielen sind, einschließlich mittels technischer und organisatorischer Innovationen oder Nachfrageänderungen. Dies bedeutet zugleich, dass mit gegebenem Kostenaufwand mehr Kohlendioxid einzusparen ist, dem Klimawandel also effektiver begegnet werden kann.

Verglichen mit diesem selbststeuernden Anpassungsprozess wirkt jede öffentlich-rechtliche Umweltregulierung plump. Sie kann sich nicht auf das Eigeninteresse und die Kenntnis der Betroffenen stützen, sondern nur auf das Wissen von Beamten und Politikern über ihnen fremde Lebensbereiche.<sup>6</sup> Die Beschränktheit des eigenen Wissens ist schwer zu erkennen und zu akzeptieren, besonders wenn man sich guten Glaubens für das Gemeinwohl einsetzen möchte, wie das nicht nur politischen Idealisten, sondern auch den meisten Berufspolitikern und Beamten zuzubilligen ist. Der große Staatsrechtslehrer und damalige Richter am Bundesverfassungsgericht *Paul Kirchhof* befand 1994, Ökosteuern könnten „allenfalls in Übergangs- und Ausnahmefällen in den Dienst des Umweltverwaltungsrechts gestellt werden“. Da „[d]er Zahlungsfähige [...] dem steuerrechtlich überbrachten Verhaltensbefehl durch Zahlung ausweichen“ könne, bleibe „das steuerrechtlich geregelte und ins Werk gesetzte Schutzprogramm unverbindlich, wird jedenfalls nicht verlässlich vollzogen. Eine steuerrechtliche Lenkung kann deshalb letztlich nur in Betracht kommen, wenn der Lenkende hinnimmt, daß sein Umweltschutzprogramm scheitert.“<sup>7</sup>

Auch nach mehr als 25 Jahren verblüfft mich an diesen Aussagen dreierlei: erstens der unbeirrte Glaube

an die „Verlässlichkeit“ rechtlicher Verhaltensbefehle, zweitens das Vertrauen in deren Richtigkeit und drittens die Annahme, Marktpreise hätten keine vorhersehbaren Auswirkungen auf die Beteiligten. Unter Juristen, vielleicht besonders aus dem öffentlichen Recht, dürften solche Gedanken dennoch verbreitet sein.

## B. Rechtsökonomik als positive Wissenschaft: How not to be wrong<sup>8</sup>

Soweit es um die Auswirkungen rechtlicher Regeln und ihrer Handhabung geht,<sup>9</sup> verlassen sich die meisten Juristen auf ihr Alltagsverständnis. Die Ökonomik bietet dazu eine Alternative. Als „positive“ Wissenschaft will sie gesellschaftliche<sup>10</sup> Wirkungszusammenhänge aufklären, „wie sie sind“ (nicht wie sie sein sollen).<sup>11</sup> Dazu gehören auch Vorhersagen darüber, wie sich die Wirklichkeit in Reaktion auf mögliche neue, abweichende Rechtsregeln verändern würde. Wer sich als Jurist an die Ökonomik wendet, hat deshalb vor allem ein ausgeprägtes Interesse an der Wirkungsweise von Rechtsregeln<sup>12</sup> – letzten Endes natürlich mit dem Ziel, diese Folgen in eine normativ erwünschte Richtung zu lenken.

Bekanntlich sind Vorhersagen schwierig, wenn sie die Zukunft betreffen.<sup>13</sup> Man wird hinzufügen dürfen, dass gerade menschliche Gesellschaften den Prognostiker vor besondere und zum Teil unlösbare Schwie-

- 5 Natürlich kann man fragen, ob dem Doppelverdienerpaar gerechterweise ein so hohes Einkommen und damit die Möglichkeit zustehen sollte, mehr als die Familie für die Reise zu bezahlen. Ist aber eine Wohlstandsverteilung einmal festgelegt, gibt es keinen Grund mehr, Tauschgeschäfte innerhalb der Volkswirtschaft zu unterbinden; näher dazu unter C.
- 6 Die Fähigkeit von Märkten, dezentrales Wissen nutzen, das einem staatlichen Planer fehlt, ist maßgeblich verbunden mit *Hayek*, *American Economic Review* 35 (1945), 519; *Hayek*, *American Economic Review* 79 (1989), 3 (Rede zur Verleihung des Nobel-Gedächtnispreises in Wirtschaftswissenschaften). Mit gleichem Recht kann man auch einen deutschen Juristen nennen, nämlich *Schmidt-Rimpler*, *AcP* 147 (1941), 130, insbesondere 168 ff.
- 7 *P. Kirchhof*, *Mit Steuern gegen Qualm und Gifte*, *FAZ* vom 09.04.1994, S. 11.
- 8 Die anmaßende Überschrift ist entliehen von *Ellenberg*, *How Not to Be Wrong – The Power of Mathematical Thinking*, 2014, einer unterhaltsam-lehrreichen Einführung in praktisch angewandte Mathematik.
- 9 Wer nicht einer konsequentialistischen, sondern deontologischen Rechtsethik anhängt, bräuchte sich allerdings um die Folgen (eigentlich) gar nicht zu kümmern, vgl. *Zalta-Alexander/Moore*, *Deontological Ethics*, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2020, <https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/ethics-deontological/> [Stand: 02.06.2021].
- 10 Schon seit langem beschränkt sich die Ökonomik nicht auf wirtschaftliche Fragen. Beispiel für eine rechtsökonomische Analyse des Scheidungsrechts bei *Franck*, *International Journal of Law, Policy and the Family* 23 (2009), 235, 254 ff.
- 11 „Positiv“ bezeichnet hier also nicht ein „gesetztes“ Recht, sondern die Wirklichkeit, wie sie dem Menschen von außen als etwas Gegebenes vor- oder entgegengesetzt ist.
- 12 Für „Rechtswissenschaft als Realwissenschaft“ *Eidenmüller*, *JZ* 1999, 53.
- 13 Zur Herkunft dieses Kalauers <https://quoteinvestigator.com/2013/10/20/no-predict/> [Stand: 02.06.2021].

rigkeiten stellen. Zugleich ist das Bedürfnis unabweisbar, Rechtsnormen nicht im Blindflug zu formulieren, sondern ihre Auswirkungen vorherzusehen. Die positive Ökonomik bietet dafür ein über Jahrzehnte, ja Jahrhunderte entwickeltes und verfeinertes Instrumentarium. Unterteilen lässt es sich nach zwei großen, einander ergänzenden Aufgaben: einerseits dem Formulieren von Theorien, andererseits deren empirischer Überprüfung.

### I. Theorie: Rationales Handeln im Gleichgewicht

Juristen werden zunächst der theoretischen Herangehensweise zuneigen, also versuchen, eine Vorstellung – ein „Modell“ – der gesellschaftlichen Zusammenhänge zu entwerfen und daraus die Konsequenzen unterschiedlicher Rechtsregeln abzuleiten. Nichts anderes tut die Ökonomik, allerdings methodisch diszipliniert, indem ihre Modelle der Wirklichkeit mit wenigen, immer gleichen Elementen auskommen müssen: Eine ökonomische Erklärung beruht stets auf den Handlungen einzelner Menschen („methodologischer Individualismus“). Dieses Verhalten erklärt man als den Versuch, eigene Ziele („Präferenzen“) unter den gegebenen Bedingungen („Beschränkungen“) so weit wie möglich zu verwirklichen. Lange war es üblich, dem Einzelnen dabei vollkommene „Rationalität“ zu unterstellen, also gemessen an den eigenen Zielen bestmögliche, fehlerfreie Entscheidungen auf Grundlage des verfügbaren Informationsstands. Diese Rationalitätsannahme ist viel kritisiert worden. Mittlerweile stellen viele ökonomische Modelle in Rechnung, dass Menschen in bestimmten Situationen systematische Fehler begehen und damit ihren eigenen Interessen zuwiderhandeln.<sup>14</sup> Dennoch bleibt die Rationalitätsannahme eine Leitlinie der positiven Ökonomik, und dies aus gutem Grund: Die gegenteilige Annahme liefe darauf hinaus, dass die Akteure ihre individuellen Ziele grundsätzlich *nicht* zweckmäßig verfolgen. Eine solche Geringschätzung ihrer Mitmenschen ist gerade Gesetzgebern und Rechtsanwendern nicht anzuraten, wenn die von ihnen formulierten Regeln nicht Umgehungsstrategien zum Opfer fallen sollen, weil Regelungsadressaten eben doch äußerst findig in der Verfolgung ihrer Interessen sind.

Für das ökonomische Denken ebenso prägend wie die Rationalitätsannahme ist die Suche nach „Gleichgewichten“. Auch diese Orientierung wird kritisiert, weil sie unausgesprochen Stabilität unterstelle und damit vermeintlich die Wechselhaftigkeit und Anfälligkeit insbesondere von Märkten übersehe. Richtigerweise zielt der Begriff aber nicht auf solche fragwürdigen Gewissheiten, sondern stellt eine Anforderung an den ökonomischen Theoretiker: Dieser soll sich nicht mit den ersten, unmittelbaren Auswirkungen zufriedengeben, sondern stets nach weiteren Anpassungsreaktionen anderer Beteiligter fragen; es geht also darum, „die Dinge zu Ende zu denken“. Das Gleichgewicht ist erst gefunden, wenn keine Anpassungsreaktionen

mehr zu erwarten sind, weil jeder Beteiligte die für ihn selbst beste Entscheidung in Reaktion auf die (Gleichgewichts-)Entscheidungen der anderen trifft.<sup>15</sup> Das Verhalten aller Beteiligten „im Gleichgewicht“ kann dem gesetzgeberischen Ziel entsprechen, aber auch unerwünschte Überraschungen bieten. Ein Beispiel: Das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen nach § 312g I BGB soll dem Verbraucher ermöglichen, die „Waren, die er gekauft hat, zu prüfen und zu untersuchen“ und von dem Vertrag gegebenenfalls doch Abstand zu nehmen.<sup>16</sup> Dieses unmittelbare Ziel erreicht die Regelung zweifellos.<sup>17</sup> Eine Gleichgewichtsanalyse muss indes weiter fragen, wie Unternehmer auf das Widerrufsrecht reagieren. Dessen Ausübung verursacht Unternehmern Aufwand.<sup>18</sup> Sofern sie ihre Preise an Konkurrenten ausrichten und diese ebenfalls betroffen sind, werden die zusätzlichen Kosten über höhere Preise an die Verbraucher zurückgegeben.<sup>19</sup> Diese zahlen das „verbraucherschützende“ Widerrufsrecht dann selbst. Aber die Anbieter dürften nicht nur ihre Preise erhöhen, sondern auch versuchen, den Anteil widerrufener Verträge zu senken. So können sie versuchen, die Zufriedenheit von Verbrauchern mit abgeschlossenen Geschäften zu erhöhen, indem sie die Qualität ihrer Leistungen verbessern und schon vor der Bestellung möglichen Fehlvorstellungen von Kunden entgegenwirken.<sup>20</sup> Diese im Gleichgewicht zu erwartende Verhaltensänderung ist sicherlich erwünscht. Ihr gegenüber stehen andere, wiederum schädliche Wechselspiele zwischen Unternehmer- und Verbraucherverhalten: Mit Widerrufen ist besonders häufig zu rechnen, wenn Verbraucher den von ihnen

14 Selbstverständlich hatten Ökonomen auch zuvor nicht bestritten, dass Menschen Fehler begehen. Die Annahme vollständiger Rationalität war eine bewusste Abstraktion angesichts der Notwendigkeit jeder sinnvollen Theorie, die betrachtete Wirklichkeit (extrem) zu vereinfachen. Aus soziologischer Sicht dazu *Healy*, *Sociological Theory* 35 (2017), 118 unter dem Titel: „Fuck Nuance“.

15 Dies entspricht dem Nash-Gleichgewicht, benannt nach dem berühmten Spieltheoretiker John Nash und erstmals veröffentlicht in einem Aufsatz mit knapp einer Textseite: *Nash*, *Proceedings of the National Academy of Sciences* 36 (1950), 48. Etwas ausführlicher *Nash*, *Annals of Mathematics* 54 (1951), 286.

16 Erwägungsgrund 37 Verbraucherrechtlicher Richtlinie 2011/83/EU.

17 Ob Verbraucher ihr Widerrufsrecht immer ausüben, wenn ihnen die Ware nicht gefällt, ist eine andere Frage. Dies hängt vom Geld- und Zeitaufwand einer Rücksendung ab. Hier kann man aber auch die Rationalität des Verbraucherverhaltens anzweifeln, dazu *Eidenmüller*, *AcP* 210 (2010), 67, 94 ff.; *Höppner*, *European Journal of Law and Economics* 2014, 247.

18 Eine Umfrage ermittelte 2010 Rückgabequoten von 12-29 % je nach Warenart, DIHK/Trusted Shops, Auswertung der Umfrage zur Praxis des Widerrufs im Fernabsatz bei Warenlieferungsverträgen auf der Basis von 385 Rückantworten, 2010; vgl. auch *Eidenmüller*, *AcP* 210 (2010), 67, 93 f.

19 Eindeutig ist diese Schlussfolgerung, wenn man von vollkommenem Wettbewerb unter den Anbietern ausgeht. Haben die Unternehmen hingegen Preissetzungsspielräume, hängt das Ausmaß der Überwälzung von der sogenannten Preiselastizität ab.

20 Mit dem ökonomischen Fachbegriff wirkt das Widerrufsrecht einer Negativauslese aufgrund asymmetrischer Information entgegen, dazu *Eidenmüller*, *AcP* 210 (2010), 67, 74 f.

erstrebten Vorteil bereits dadurch erhalten, dass ihnen die Leistung nur vorübergehend zur Verfügung steht; zu denken ist an die „Leihe“ eines Hochzeitskleides mittels widerrufenen Kaufs. Wenn ein solches Verhalten massenhaft vorkommt, kann es nicht im Gleichgewicht sein, weil Unternehmer die betroffenen Leistungen dann gar nicht mehr im Fernabsatz anbieten würden. Diese Einsicht hat sich im Gesetz teilweise niedergeschlagen, indem § 312g II BGB bestimmte Leistungen vom Widerrufsrecht ausnimmt.<sup>21</sup>

Das ökonomische Gleichgewichtdenken verfolgt also systematisch die Leitfrage, welcher Zustand sich einstellt, wenn alle Beteiligten rational ihren eigenen Vorteil suchen, bis niemand mehr seine Lage verbessern kann. Die langwährende Beschäftigung mit der (Rechts-)Ökonomik führt dabei zu einem Repertoire an bekannten Standardsituationen, die sich an ganz unterschiedlichen Gegenständen bewähren. Ein solches Erklärungsmuster für viele Lebensbereiche ist zum Beispiel die Negativauslese bei Informationsasymmetrien, auch bekannt als der *market for lemons*.<sup>22</sup> Wenn bei der Vertragsanbahnung eine Partei mehr über die Vor- und Nachteile des Geschäfts weiß als die andere, kann dieser Vorsprung ihr im Gleichgewicht mehr schaden als nutzen. Die weniger informierte Seite wird es nämlich für möglich halten, dass etwa eine angebotene Kaufsache von schlechter Qualität ist, und daher einen geringeren Preis bieten. Verkäufer hochwertiger Sachen finden dann keine ausreichend zahlungswilligen Käufer und bleiben dem Markt fern. Das Ausscheiden gerade der guten Anbieter („Negativauslese“) werden wiederum mögliche Käufer antizipieren, so dass deren Zahlungsbereitschaft weiter sinkt. Der Endzustand – das Gleichgewicht – kann darin bestehen, dass nur noch Ramsch zu niedrigen Preisen gehandelt wird. Da dies nicht nur Käufern, sondern auch fast allen potentiellen Verkäufern schadet, kehrt sich deren Wissensvorsprung gegen sie. Ein Widerrufsrecht im Fernabsatz kann ein (allerdings kostspieliges) Mittel sein, um Kunden eine Überprüfungsmöglichkeit zu geben und so der Negativauslese entgegenzuwirken.

## II. Empirie: Überprüfung der Theorie

Schon die Aufteilung in Theoriebildung und empirische Überprüfung deutet an, dass die positive Ökonomik einem Wissenschaftsverständnis ähnlich den Naturwissenschaften folgt. Danach gilt nur das als haltbare wissenschaftliche Aussage, was mittels Beobachtungen widerlegt („falsifiziert“) werden kann und noch nicht widerlegt ist.<sup>23</sup> Dieser auf eindeutige Wahrheit zielende Erkenntnisbegriff erscheint Nicht-Ökonomen für gesellschaftliche Zusammenhänge unangebracht, ja naiv. Gerade Juristen könnte aber einleuchten, dass er ähnlich wirkt wie die im Rechtsstreit zu ermittelnde prozessuale Wahrheit: Das Gesetz verlangt ein unzweideutiges Urteil, „ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten

sei“ (§ 286 I 1 ZPO). Dieser Eindeutigkeitszwang nötigt Parteien und Gerichten mehr Anstrengungen zur Sachverhaltsaufklärung ab, als wenn einander widersprechende Deutungen und „Narrative“ nebeneinander stehen bleiben dürften. Das Beharren auf eindeutig falsifizierbaren Theorien und deren Überprüfung folgt einem vergleichbaren Ethos.

Die empirische Forschung hat innerhalb der (Rechts-)Ökonomik in den letzten Jahrzehnten stark zugenommen. Dabei stellen sich ganz eigene methodische Herausforderungen. Dies betrifft zunächst die statistische Analyse von Daten. Konzeptionell besonders reizvoll ist aber vor allem die Frage, wie sich Kausalzusammenhänge empirisch feststellen lassen. Beim Widerrufsrecht im Fernabsatz wäre zum Beispiel von Interesse, ob die zwingende gesetzliche Vorgabe zu höheren Preisen oder einer besseren Angebotsqualität geführt hat. Die Schwierigkeit besteht darin, dass Preise und Qualität von vielen Umständen abhängen und im Zeitablauf ohnehin schwanken. Es würde daher nicht genügen zu ermitteln, ob es bei Einführung des zwingenden Widerrufsrechts am 30. Juni 2000 zu Preis- und Qualitätsänderungen gekommen ist:<sup>24</sup> Korrelation ist nicht Kausalität. Wie man dennoch einigermaßen zuverlässig auf Kausalität schließen kann, ist methodisch in den letzten Jahrzehnten sehr viel besser verstanden worden,<sup>25</sup> wobei man sich systematisch an experimentellen Versuchsanordnungen orientiert. Der Aufschwung der empirischen Rechtsökonomik ist wesentlich auf diese großen Fortschritte zurückzuführen.

## C. Rechtsökonomik als normative Wissenschaft: Effizienz als Rechtsprinzip<sup>26</sup>

Die Rechtsökonomik hätte weit weniger Aufsehen erregt, wenn sie sich damit begnügt hätte, Rechtspolitik und Rechtsanwendung mit möglichst zutreffenden Folgenabschätzungen zu versorgen. Stattdessen hat sie die Rechtswissenschaft auf deren ureigenem Feld herausgefordert: der Frage nach dem gerechten, richtigen Recht. Unter Juristen stößt dieser normative Zweig der Rechtsökonomik auf – mitunter scharfe – Ablehnung, aber auch auf begeisterten Zuspruch. Seine

21 Insbesondere § 312g II Nr. 6-9, 11 BGB. Andere Ausnahmen in § 312g II BGB beruhen auf den besonders hohen Kosten einer Rückabwicklung für den Unternehmer.

22 Eidenmüller, AcP 210 (2010), 67, 74 f. sowie grundlegend (und gleichermaßen lesenswert wie verständlich) Akerlof, Quarterly Journal of Economics 84 (1970), 488.

23 Popper, Logik der Forschung, 1935, S. 12 ff., 40 ff.

24 Das (damalige) Fernabsatzgesetz (BGBl. 2000 I, 897) war auf ab diesem Datum geschlossene Verträge anwendbar. Ein weiteres methodisches Problem bestünde zudem darin, wie diese Veränderungen zu messen wären und wie man (rückwirkend) Daten darüber erheben könnte.

25 Lesenswert die allgemeinverständliche Darstellung in Pearl/Mackenzie, The Book of Why, 2018.

26 Diese Überschrift greift den Titel der mittlerweile in vierter Auflage veröffentlichten Dissertation meines akademischen Lehrers auf: Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl., 2015.

Anziehungskraft beruht darauf, das Gedankengebäude der positiven Ökonomik für eine normative Analyse des Rechts nutzbar zu machen. Dafür bedarf es einer Idealvorstellung richtigen Rechts. Die normative Ökonomik hat für ihr Gerechtigkeitsideal einen eigenständigen Begriff entwickelt: die „Effizienz“.<sup>27</sup>

Dieser spezifisch ökonomischen Zielsetzung nähert man sich am einfachsten über ein berühmtes Gedankenexperiment, das *Coase-Theorem*.<sup>28</sup> Betrachtet wird darin eine hypothetische Welt ohne jedwede rechtliche oder tatsächliche Hindernisse für vertraglichen Austausch („ohne Transaktionskosten“). In einer solchen Welt würde über freiwillig geschlossene Verträge jedes Gut zu der Person gelangen, die es am meisten wertschätzt. Die zentrale Aussage des *Coase-Theorems* lautet, dass diese endgültige Güterzuordnung unabhängig davon ist, wie die Güter anfänglich verteilt waren. Bezogen auf das in der Einleitung herangezogene Beispiel begrenzter Kohlendioxidemissionen würde die Flugreise letzten Endes stets zu derselben Partei gelangen: Wenn das Emissionsrecht ursprünglich der fünfköpfigen Familie zustünde, würde das wohlhabende Paar es ihr abkaufen; bei umgekehrter Ausgangsverteilung würde kein Vertrag geschlossen. Im Ergebnis würde die Emission dort eingesetzt, wo sie den höchsten Geldwert erbringt. Das Recht bliebe ohne Einfluss, weil Vertragsschlüsse ohnehin immer dasselbe Ergebnis herbeiführen würden. Legitimiert wäre die endgültige Güterzuordnung durch freiwillige Vertragsschlüsse oder deren ebenso freiwilliges Unterbleiben. Der Endzustand spiegelt wider, worauf sich alle Mitglieder der Gesellschaft bei ungehinderter Vertragsfreiheit einigen würden.

Das rechtsökonomische Effizienzziel besteht darin, diese konsensfähige Güterzuordnung möglichst auch in der realen Welt herzustellen. Aufmerksamen Lesern wird indes nicht entgangen sein, dass die Begründung noch eine Lücke aufweist: Wie viel dem Einzelnen ein Gut in Geld wert ist, hängt vom eigenen Wohlstand ab. So mag die höhere Zahlungsbereitschaft des Doppelverdienerpaars nicht nur auf größerer Reisefreude, sondern einem höheren Einkommen beruhen. Würde man Einkommen und Vermögen zugunsten der Familie und zulasten der Doppelverdiener umverteilen, könnte dies dazu führen, dass in der hypothetischen Welt ohne Transaktionskosten – mit ungehinderter Vertragsfreiheit – die Flugreise im Ergebnis stets von der Familie und nicht dem Paar genutzt würde. Die effiziente Güterzuordnung hängt also von der Wohlstandsverteilung ab. Zugleich illustriert das Beispiel aber, dass man beide Fragen voneinander trennen kann. Mit dem Effizienzziel beansprucht die normative Ökonomik keine Aussagen über die gerechte Verteilung von in Geld gemessenem Wohlstand („Distribution“).<sup>29</sup> Stattdessen bezieht sich ökonomische Effizienz allein auf die Zuordnung („Allokation“) konkreter Güter und Rechte, nachdem eine (hoffentlich) gerechte Wohlstandsverteilung festgelegt worden ist. Entscheidend für die Tragweite des Effizienzziels

ist dabei, dass sich die vorgelagerte Verteilungsfrage allein auf finanziellen Wohlstand bezieht: Sobald Einkommen und Vermögen gerecht verteilt sind, gibt es keine guten Gründe mehr gegen Verträge zum allseitigen Vorteil, wie sie das Effizienzziel verwirklichen will. Die finanzielle Wohlstandsverteilung lässt sich aber zielgerichtet und einfach über staatliche Abgaben und Sozialleistungen erreichen. Außerhalb des Steuer- und Sozialrechts können Verteilungsfragen in der gesamten übrigen Rechtsordnung deshalb unberücksichtigt bleiben. Das Privat- und Strafrecht sowie weite Teile des öffentlichen Rechts betreffen damit aus ökonomischer Sicht nur noch die Allokation und sollten am Effizienzziel ausgerichtet werden.<sup>30</sup>

Auch wenn das Verbraucherrecht als „Schwächerenschutz“ gilt,<sup>31</sup> regelt es ökonomisch betrachtet Allokationsfragen. Die Effizienz einer rechtlichen Regel wie des Widerrufsrechts hängt davon ab, ob sie in einer hypothetischen Welt ohne Transaktionskosten vereinbart worden wäre. Häufig kleidet man dies in die Testfrage, ob die von einer einzuführenden Regel Begünstigten die Benachteiligten finanziell entschädigen könnten und danach immer noch besser stünden;<sup>32</sup> in diesem Fall würden sich beide Seiten auf die Einführung der Regel gegen eine Ausgleichszahlung verständigen. Das Urteil über das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen hängt nach diesem Kriterium von den oben erörterten Auswirkungen ab. Aus Effizienzsicht ist es allerdings gleichgültig, ob die durch Widerrufe verursachten Kosten bei den Unternehmern verbleiben oder über den Preis auf die Verbraucher abgewälzt werden: Ein Euro Wertverlust wiegt bei jedem Betroffenen gleich schwer.<sup>33</sup> Dass die Abwicklung von Widerrufen überhaupt Kosten verursacht, ist hingegen

27 Der Verfasser versteht Effizienz als Gerechtigkeitstheorie, nämlich als Maßstab für richtiges Recht. Manche definieren „Gerechtigkeit“ hingegen enger und setzen sie der Effizienz entgegen, so etwa bei Zalta-Miller, Justice, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/justice> [Stand: 02.06.2021].

28 Bis heute lesenswert: *Coase*, Journal of Law and Economics 3 (1960), 1. Unter anderem für diesen Beitrag erhielt Coase 1991 den Nobel-Gedächtnispreis für Ökonomik.

29 Zur Vollständigkeit sei erwähnt, dass die normative Ökonomik außerhalb des Effizienzziels auch Theorien über die gerechte Wohlstandsverteilung entwickelt hat, Einführung dazu bei Adler, Measuring Social Welfare, 2019, S. 20 ff.

30 Zu dieser Trennung grundlegend *Kaplow/Shavell*, Journal of Legal Studies 23 (1994), 667. Ausführlicher zum Ganzen Grundmann/Thiessen-Engert, Gleichheit zwischen Effizienz und Verteilung, Von formaler zu materialer Gleichheit, Vergleichende Perspektiven aus Geschichte, Kranz der Disziplinen und Theorie, 37. Tagung für Rechtsvergleichung 2019, im Erscheinen, Manuskript abrufbar unter [ssrn.com/abstract=3844973](https://ssrn.com/abstract=3844973) [Stand: 02.06.2021].

31 Vgl. nur BeckOGK-Alexander, § 13 BGB Rn. 80 f., [Stand: 02.06.2021].

32 Diese Formulierung der sogenannten Kaldor-Hicks-Effizienz wurde noch vor dem Coase-Theorem entwickelt, *Kaldor*, Economic Journal 49 (1939), 549, 550 f.; *Hicks*, Economic Journal 49 (1939), 696, 706.

33 Wer die Kosten letztlich trägt, betrifft nur die Wohlstandsverteilung, nicht die Allokation.

ein Effizienzverlust. Dem gegenüber steht die oben begründete Erwartung, dass Unternehmer ihre Kunden vor Geschäftsabschluss besser informieren und auch sonst deren Zufriedenheit zu erhöhen versuchen, um die Zahl kostspieliger Widerrufe zu verringern. Beides erhöht den Nutzen von Fernabsatzverträgen für Verbraucher. Dieser Mehrwert schlägt sich in einer höheren Zahlungsbereitschaft der Verbraucher nieder, auch wenn sich diese nicht genau beziffern lässt. Ob die Unternehmer an dieser höheren Zahlungsbereitschaft über höhere Gewinne partizipieren oder der Zuwachs den Verbrauchern verbleibt, ist für eine Effizienzbetrachtung wiederum unerheblich. Umgekehrt wäre es eine Effizienz einbuße, wenn bestimmte Leistungen im Fernabsatz wegen zu vieler Widerrufe nicht mehr angeboten würden, weil dadurch Unternehmern und Verbrauchern vorteilhafte oder auch nur bequemere Vertragsschlüsse entgingen.

Ob das Widerrufsrecht nach alledem effizient ist, hängt von der Summe der in Geld gemessenen Vor- und Nachteile über alle Betroffenen hinweg ab. Naturgemäß lässt sich dies nicht einfach ausrechnen, schon weil fast alle erforderlichen Daten nicht genau feststellbar sind. Mit dieser Unwissenheit hat aber nicht nur die normative Rechtsökonomik zu ringen, sondern jede folgenorientierte Bewertung. Immerhin ist bei der Effizienzbetrachtung geklärt, auf welche Informationen es ankommt: Was wären die Betroffenen bereit, für die Geltung der Regel oder für ihre Abschaffung zu bezahlen, wenn sie deren Auswirkungen auf sich selbst kennen? Man weiß, worüber zu streiten und was mit den Mitteln der positiven Rechtsökonomik möglichst weiter aufzuklären ist.

#### D. Die fabelhaften Welten der Rechtsökonomik

Eine noch so kurze Vorstellung der Rechtsökonomik bliebe unvollständig, wenn sie nicht einen Eindruck der Vitalität und Vielfalt dieses Forschungsfelds vermitteln würde. Wenige Gebiete der Rechtswissenschaft sind so international wie die Rechtsökonomik. Die jährlichen Konferenzen der deutschen „Gesellschaft für Recht und Ökonomik“ werden von Wissenschaftlern aus aller Welt besucht.<sup>34</sup> Die Konferenzsprache ist Englisch. Dasselbe gilt für die anderen europäischen Vereinigungen und erst recht für die Jahrestagung der *European Association of Law and Economics* (EALE) sowie die größte alljährliche Konferenz der *American Law and Economics Association* (ALEA). Ihren Anfang hat die Rechtsökonomik in den sechziger Jahren in den USA genommen.<sup>35</sup> Dort prägt sie seit Jahrzehnten den rechtswissenschaftlichen Diskurs und ist an den führenden Law Schools fest etabliert. Viele bekannte US-amerikanische Rechtswissenschaftler sind wirtschaftswissenschaftlich ausgebildet und promoviert. Dennoch zeigt sich in den USA, noch mehr aber in Europa ein spürbarer Unterschied zwischen

„juristischer“ und „ökonomischer“ Rechtsökonomik. Rechtswissenschaftler setzen sich zwar intensiv mit ökonomischen Erkenntnissen auseinander und machen sie in ihrer juristischen Forschung fruchtbar, ohne dafür aber deren mathematische Sprache zu übernehmen. Wirtschaftswissenschaftler hingegen betreiben Rechtsökonomik nach den Regeln ihres Fachs, in mathematisch formulierten Modellen und statistischen Analysen. Nicht selten verlieren juristische Zuhörer auf der fünften Folie einer ökonomischen Präsentation den Anschluss, während das wirtschaftswissenschaftliche Publikum sich vom rhetorischen Feuerwerk juristischer Referenten zwar unterhalten, aber mitunter um wissenschaftliche Präzision betrogen fühlt.

Die bereits erwähnte Hinwendung zur Empirie hat die rechtsökonomische Forschungslandschaft in den letzten Jahren noch vielfältiger werden lassen.<sup>36</sup> Viele Juristen misstrauen der ökonomischen Theorie und erst recht der normativen Rechtsökonomik, bringen aber ein lebhaftes Interesse für „Rechtstatsachen“ mit. Rechtsökonomien arbeiten zudem immer häufiger mit Psychologen, Politik- und Sozialwissenschaftlern zusammen, die zwar – wie Ökonomen – statistische Methoden einsetzen, aber auf anderen theoretischen Grundlagen aufbauen. Auch die Digitalisierung des Rechts – Stichwort „Legal Tech“ – und die computergestützte Rechtslinguistik finden freundliche Aufnahme. Die Rechtsökonomik öffnet sich neuen Einflüssen und Entwicklungen, ohne dafür ihren Kern aufzugeben: die Analyse des Rechts und seiner Wirkungen mit sozialwissenschaftlichen, quantitativ orientierten Begriffen und Methoden. Nach über fünf Jahrzehnten hat die Rechtsökonomik nichts von ihrer Neugier und Dynamik eingebüßt. Für Rechtswissenschaftler bleibt sie ein intellektuelles Abenteuer: Man verlässt die vertrauten Pfade der Rechtsdogmatik, begibt sich auf fremdes, unbekanntes Gelände und kehrt verwandelt zurück.

Literaturhinweise: *Petersen/Towfigh*, Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl., 2017; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl., 2020; speziell zur Empirie: *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, 2014; zu den rechtsphilosophischen Grundlagen der normativen Rechtsökonomik: *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl., 2015.

34 German Law and Economics Association (GLEA).

35 Wie bei den meisten geistigen Bewegungen ist der Beginn nicht genau zu datieren. Ein früher Meilenstein ist die Gründung des *Journal of Law and Economics* im Jahre 1958. In dessen drittem Band wurde 1960 das Coase-Theorem veröffentlicht, *Coase*, *Journal of Law and Economics* 3 (1960), 1.

36 Einen Einstieg für deutsche und europäische Leser bietet das Rechtsempirie-Blog unter <https://rechtsempirie.de>. Das deutsche Zentrum der empirischen Wende in der Rechtsökonomik liegt am Bonner Max-Planck-Institut für Gemeinschaftsgüter. Zudem sei – Vorsicht, Eigenwerbung! – auf das neue Freie Universität Empirical Legal Studies Center (FUELS) hingewiesen.