

Prof. Dr. Tobias Tröger / Dr. Philipp Scheibenpflug*

Zum Nutzen der Rechtsökonomik für die Rechtswissenschaft

A. Einleitung

Als Rechtsökonomik wird ein interdisziplinärer Analyseansatz bezeichnet, der ökonomische Theorie und ökonomische Methodik auf rechtliche Fragestellungen anwendet.¹

Die tradierte juristische Methodik der deutschen Rechtswissenschaft zielt auf die Beantwortung von Rechtsfragen durch Auslegung des Wortlauts, der Systematik und der Genese des Gesetzes. Hinzu kommt noch die teleologische Auslegungsmethode, die für diejenige Auslegungsalternative streitet, die den – dem gesetzgeberischen Willen entnommenen (subjektiv teleologische Interpretation) oder normativ ermittelten (objektiv teleologische Interpretation) – Sinn und Zweck der Norm möglichst effektiv umsetzt.² Die Methodik ist also rechtsanwendungsorientiert und soll die Gesetzesbindung der rechtsprechenden Gewalt sichern.³

Die methodische Herangehensweise der Rechtsökonomik steht zunächst außerhalb des systeminternen Rechtsdiskurses. Sie will das Recht nicht nur auslegen und nach den in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommenden Wertmaßstäben fortbilden,⁴ vielmehr geht es ihr um die Analyse und Bewertung des Rechts mit Mitteln und zumeist auch Wertmaßstäben einer fremden Disziplin: der Ökonomie und dem wohlfahrtsökonomischen Effizienzkriterium.⁵ Die Einnahme eines solch rechtsexternen Blickwinkels bedeutet aber nicht automatisch, dass der Rechtsökonom lediglich rechtspolitisch arbeitet, d.h. nur auf den Gesetzgeber Einfluss zu nehmen sucht. Vielfach will der Rechtsökonom auch die Rechtsanwendung durch Gerichte und die Auslegung des geltenden Rechts mit seinen Einsichten beeinflussen,⁶ weil und soweit sich die rechtsökonomische Analyse als Rekonstruktion der Gesetzesteleologie verstehen lässt.⁷

Der Rechtswissenschaftler, der sich dieser Aufgabe annehmen möchte, muss sich mehreren Herausforderungen stellen. Erstens muss er ein mehr als grundlegendes Verständnis für die Herangehensweise der Wirtschaftswissenschaften sowie für das Potential und die Grenzen der wirtschaftswissenschaftlichen Methodik als Instrument der Rechtsfindung entwickeln. Zweitens muss er sich der Frage stellen, ob und inwieweit die mittels wirtschaftswissenschaftlicher Methodik gewonnenen Erkenntnisse tatsächlich in den (gerichtlichen) Normauslegungsprozess de lege lata eingebracht werden können und sollen.⁸

Ein Einführungsaufsatz kann und muss 2017 keinen umfassenden Überblick mehr leisten,⁹ daher soll im Folgenden zunächst nur ein Abriss über die Entwicklung der Rechtsökonomik gegeben werden, soweit dies mit Blick auf die soeben aufgeworfenen Fragen

von Bedeutung ist (II.). Anschließend werden mit derselben Maßgabe die zentralen Charakteristika der auf rechtliche Fragestellungen angewendeten wirtschaftswissenschaftlichen Methodik dargestellt (III.), bevor die Rolle eines Rechtswissenschaftlers im Rahmen der Rechtsökonomik näher beleuchtet wird (IV.). Schließlich werden die abstrakten Ausführungen anhand eines Beispiels aus dem Zivilprozessrecht illustriert (V.).

B. Entwicklungsstränge der Rechtsökonomik

Der Ursprung der zeitgenössischen Rechtsökonomik liegt in den USA.¹⁰ Als ihre Geburtsstunde wird vielfach die Publikation des bahnbrechenden Aufsatzes "The Problem of Social Cost" des Ökonomen *Ronald Coase*¹¹ angesehen.¹² *Coase* wies nach, dass es in ei-

* Prof. Dr. Tobias Tröger, LL.M. (Harvard) ist Inhaber der SAFE-Professur für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtstheorie an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. Dr. Philipp Scheibenpflug, LL.M. (UPenn) ist Rechtsanwalt in Frankfurt und ehemaliger wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand an der Goethe-Universität Frankfurt a.M.

1 Prägnant *Kirchner*, Ökonomische Theorie des Rechts, 1996, S. 6 f.; weiter hingegen: *Mackaay*, in: Encyclopedia of Law & Economics, 1999, S. 65: "the application of economic theory and econometric methods to examine the formation, structure, processes and impact of law and legal institutions." Siehe jüngst auch *Calabresi*, The future of law and economics, 2016, Kap. 1, S. 1 ff., der zwischen "Economic Analysis of Law" und "Law & Economics" unterscheidet.

2 Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 2016, S. 422 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 133 ff.

3 Vgl. nur *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., 1999, Rn. 4d; *Schur*, Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft, 2014, S. 1 ff.

4 So die treffende Charakterisierung der klassischen Rechtsdogmatik durch *Fleischer*, ZGR 2007, 500, 501 unter Bezugnahme auf Karl Larenz; vgl. auch *Grechenig/Gelter*, RabelsZ 2008, 513, 514: "systemimmanente[...] Weiterentwicklung des Rechts".

5 *Ott/Schäfer*, JZ 1988, 213, 216; kritisch dazu *Fezer*, JZ 1986, 813, 819.

6 Vgl. nur *Ott/Schäfer*, JZ 1988, 213, 216 f.

7 Hierzu z.B. *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 61 ff.; zu einem Beispiel aus dem Kapitalgesellschaftsrecht siehe *Tröger*, FS Baums, 2017, 1249 ff.

8 Zu einem Vorschlag, rechtsökonomische Erkenntnisse im Rahmen der teleologischen Auslegung einzuführen, siehe *Scheibenpflug*, Verhaltensrisiken und aktienrechtliche Vermögensbindung, 2016, S. 170 ff.

9 Hierzu z.B. *Riesenhuber-Kirchner*, Europäische Methodenlehre 2. Aufl. 2010, S. 132 ff.; *Towfig/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl., 2017, S. ff.

10 Vgl. aber *Grechenig/Gelter*, RabelsZ 2008, 513, 540 ff. und *Mackaay*, Encyclopedia of Law & Economics, 1999, S. 69 ff. zu Vorläufern der Law and Economics Bewegung im Europa des 19. und 20. Jahrhunderts.

11 *Coase*, 1 Journal of Law and Economics, 1960, 1 ff.

12 *Grechenig/Gelter*, RabelsZ 2008, 513, 534 f.; *Kirchner*, 11 Int'l Rev. L. & Econ, 1991, 277, 280; *Parisi*, 18 European Journal of Law and Economics, 2004, 259, 260.

ner Welt des kostenfreien Güteraustauschs am Markt (keine Transaktionskosten) und mit eindeutig spezifizierten Verfügungsrechten (property rights) unabhängig von den geltenden Rechtsregeln (Normen aller Art, Fallrecht) zu einer effizienten Güterallokation kommt, d.h. die Verfügungsrechte letztlich demjenigen zustehen, der ihren Wert am höchsten schätzt.¹³ Die für die Rechtsökonomik zentrale Erkenntnis liegt darin, dass bei einer realitätsnäheren Lockerung der zentralen Annahme, dass keine Transaktionskosten anfallen, Rechtsregeln als Teil des institutionellen Rahmens¹⁴ durchaus von Bedeutung sind. Wenn der Güteraustausch nicht kostenfrei möglich ist, beeinflusst die ursprüngliche Zuweisung der Verfügungsrechte ebenso wie die Ausgestaltung der Regeln für Austauschtransaktionen, ob eine effiziente Güterallokation erreicht werden kann oder nicht.¹⁵ Die Abhandlung von *Coase* kann als Startschuss für die Ökonomik verstanden werden, die Auswirkungen von Rechtsregeln zu analysieren und sie anhand des ökonomischen Effizienzkriteriums zu bewerten. Eine entsprechende Stoßrichtung hatten auch die wenig später veröffentlichten, einflussreichen rechtsökonomischen Studien des Juristen *Guido Calabresi* zum Haftungsrecht (*accident law*).¹⁶ Weitere Meilensteine stellten die Gründung des *Journal of Legal Studies* und die Publikation der ersten Auflage des umfassenden, bis heute fortgeführten Standardwerks "*Economic Analysis of Law*" des auch als Bundesrichter tätigen Juristen *Richard Posner* dar,¹⁷ beides im Jahr 1972.¹⁸ *Posner* ist der am stärksten rezipierte Vertreter der ersten Generation von Rechtsökonomien,¹⁹ und darüber hinaus der zwischen 1956 bis 1999 "most-cited legal scholar" in den USA.²⁰ Dieser Befund weist bereits darauf hin, dass in den USA der rechtsökonomische Zugang zum Recht zumindest in wirtschaftsnahen Rechtsgebieten wie dem Gesellschaftsrecht heute die dominante Methodik wissenschaftlicher Untersuchungen ist. Dabei ist entsprechend der Entwicklungen in der Wirtschaftswissenschaft eine Spezialisierung und Verfeinerung der rechtsökonomischen Methodik selbst zu beobachten, die nicht nur zu einer vermehrten Ausbildung von Subdisziplinen, sondern auch zu einer Dominanz von Ökonomen (mit oder ohne juristischem Abschluss) geführt hat.²¹ Beispielsweise erleben die so genannten "*Empirical Legal Studies*" einen Aufschwung, die ökonometrische Methoden einsetzen, um die Auswirkungen von Rechtsregeln auf der Grundlage von Daten quantitativ zu untersuchen.²² Weitere aufstrebende Teilgebiete der Rechtsökonomik sind etwa die verhaltenspsychologische Erkenntnisse berücksichtigenden "*Behavioral Law & Economics*"²³, die den Zusammenhang von rechtlichem Rahmen und Finanzmarktentwicklung berücksichtigende "*Law & Finance*"²⁴ und die rechtliche Entscheidungssituationen simulierenden "*Experimental Law & Economics*"²⁵. Die großen, umfassenden Studien mit eindeutigen rechtspolitischen Aussagen zur Ausgestaltung der Rechtsordnung sind weitgehend methodisch anspruchsvollen Untersu-

chungen von Teilaspekten gewichen, die oft in kontextabhängigen normativen Empfehlungen münden. In der Folge wird auch in Deutschland die Rechtsökonomik gegenwärtig primär von Wirtschaftswissenschaftlern betrieben²⁶ bzw. findet in interdisziplinären Kollaborationen statt.²⁷ Rechtsökonomische Erkenntnisse haben zwar auch in deutschsprachigen rechtswissenschaftlichen Forschungsarbeiten Einzug gehalten²⁸ und vereinzelt hat die Rechtsökonomik auch eine von Einzelpersonen unabhängige Verankerung an juristischen Fakultäten erfahren,²⁹ gleichwohl wird rechtsökonomische Forschung auf internationalem Niveau in Deutschland nur in einer national kaum rezipierten Nische betrieben. Die klassische rechtsdogmatische Betrachtungsweise des Rechts dominiert hingegen unangefochten.³⁰ Rechtswissenschaft findet in Deutschland also weiterhin primär mittels Gesetzeskommentierungen, der Einordnung von Rechtsprechung in das bestehende dogmatische System, der Kritik der Rechtsprechung anhand dieses Systems und der systemati-

- 13 Zur Bedeutung des Coase-Theorems, siehe nur *Ott/Schäfer*, JZ 1988, 213, 219.
- 14 Zum Institutionenbegriff als „Systeme von Regeln oder Normen inklusive ihrer Durchsetzungsmechanismen“ nur *Erlei/Leschke/Sauerland*, Institutionenökonomik, 3. Aufl., 2016, S. 65; *Richter/Furobotn*, Neue Institutionenökonomik, 4. Aufl., 2010, S. 7.
- 15 Vgl. *Ott/Schäfer*, JZ 1988, 213, 216.
- 16 *Calabresi*, 70 Yale Law Journal 1960/1961, 499, 499 ff.; *Calabresi*, The Cost of Accidents, 1970; *Calabresi/Melamad*, 85 Harvard Law Review 1971/1972, 1089, 1089 ff.
- 17 *Posner*, Economic Analysis of Law, 1. Aufl., 1973; zur Bedeutung vgl. nur *Grechenig/Gelter*, RabelsZ 2008, 513, 536; vgl. auch die Rezension der ersten Auflage durch *Polinsky* (Harvard Law Review 87, 1973/1974, 1655, 1656 f.: "Richard A. Posner's Economic Analysis of Law is an ambitious and generally successful attempt to bring this literature and mode of thought to a wider audience."
- 18 *Grechenig/Gelter*, RabelsZ 2008, 513, 536.
- 19 Vgl. *Mackaay*, Encyclopedia of Law & Economics, 1999, S. 76 f.
- 20 *Shapiro*, 29 J. Legal Stud., 2000, 409, 424.
- 21 Plastisch *Grechenig/Gelter*, RabelsZ 2008, 513, 515, die von der Bemerkung berichten, dass "amerikanische Gesellschaftsrechtler [...] eigentlich Ökonomen [sind], die sich mit dem Recht befassen."
- 22 Dazu *Wulf*, 29 J. Juris, 2016, 29, 29 ff.; *Eisenberg*, 41 San Diego L. Rev., 2004, 1741, 1741 ff.; *Eisenberg*, 31 U. Ill. L. Rev., 2011, 1713, 1713 ff.
- 23 Weiterführend hierzu *Sunstein*, 1 American Law and Economics Review, 1999, 115 ff.
- 24 Dazu etwa *Vollmer*, WiSt 2005, 201, 201 ff.
- 25 Dazu *McAdams*, Encyclopedia of Law & Economics, 1999, S. 539 ff.
- 26 *Grechenig/Gelter*, RabelsZ 2008, 513, 517; ähnlich bereits 1986: *Fezer*, JZ 1986, 817 f.
- 27 Beispiel *Engert/Goldlücke*, 13 Rev. L. Econ. 1, 2017; *Friehe/Tröger*, 33 Eur. J.L. & Econ. 159, 2012; *Tröger/Walz*, SAFE Working Paper No. 125, <https://ssrn.com/abstract=2723792>. [Stand: 29.08.17]
- 28 Vgl. z.B. die Nachweise zu rechtsökonomisch informierten Qualifikationsschriften bei *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 33 Fn. 14; *Grechenig/Gelter*, RabelsZ 2008, 513, 517 f.
- 29 Ein knapper Überblick mit Stand 2008 findet sich bei *Grechenig/Gelter*, RabelsZ 2008, 513, 516-519; vgl. auch *Kirchner*, 11 Int'l Rev. L. & Econ, 1991, 277, 277 ff.
- 30 *Grechenig/Gelter*, RabelsZ 2008, 513, 518.

sierenden Vermessung von Rechtsgebieten statt.³¹ Die wenigen Ausnahmen bestätigen die Regel.³² Als Gründe für den im Vergleich zum US-amerikanischen Wissenschaftsdiskurs ausbleibenden Siegeszug der Rechtsökonomik werden die – vermeintlich – passivere Rolle des Richters in Zivilrechtssystemen mit umfassenden Kodifikationen statt der gestaltenden Rolle von rechtsetzenden Richtern in Common Law Systemen,³³ die Unterschiede in der Juristenausbildung,³⁴ die Abneigung kontinentaleuropäischer Juristen gegenüber der Mathematik³⁵ und die Besitzstandswahrung etablierter Rechtswissenschaftler³⁶ genannt. Mit dem zuletzt genannten Punkt hängt zusammen, dass sich die Rechtsprechung in Deutschland der Rezeption autonom rechtswissenschaftlicher Abhandlungen gegenüber offen gezeigt hat und es sich für gerichtliche Anerkennung suchende deutsche Rechtswissenschaftler mithin lohnt, sich in das dogmatische Dickicht der systematischen Rechtsauslegung zu begeben.³⁷ Hingegen ist vom derzeitigen Chief Justice des US-Supreme Court die Abkanzlung von rechtswissenschaftlichen Abhandlungen als nicht „*particularly helpful for practitioners and judges*“ überliefert,³⁸ sodass die bis zum Anschlag betriebene Interdisziplinarität nur „Wissenschaft für Wissenschaftler“ darstellt.³⁹ Einen entsprechenden Rückzug in den Elfenbeinturm kann man der Hauptströmung der deutschen Rechtswissenschaft angesichts ihrer umfangreichen praxisleitenden Literaturproduktion nicht vorwerfen, was auch dadurch motiviert ist, dass der Gutachtenmarkt lukrative Verdienstmöglichkeiten für praxis- und rechtsprechungsnah arbeitende Rechtswissenschaftler bietet.⁴⁰ Wichtig für den deutschen Status quo erscheint aber v.a. der nachhaltige Glaube an einen weitgehende Werturteilsfreiheit postulierenden Rechtspositivismus, dessen Strahlkraft v.a. vor dem Hintergrund einer normativ aufgeladenen Jurisprudenz als Instrument zur Verwirklichung nationalsozialistischer Ziele verständlich ist und im starken Gegensatz zur breit geteilten Kritik an einer autonomen Rechtswissenschaft in den U.S.A. seit dem Rechtsrealismus (*legal realism*) der 1930er und -40er Jahre⁴¹ steht.⁴²

C. Charakteristika der Rechtsökonomik

Um die spezifisch deutsche Frage nach einem möglichen Beitrag rechtsökonomischer Forschung für die Fortbildung des geltenden Rechts zu beantworten, müssen die zentralen Charakteristika der Disziplin skizziert werden.

Die Ökonomik interessiert sich für das Verhalten von Menschen (Akteuren) und für die Möglichkeiten, dieses Verhalten zu beeinflussen.⁴³ Um vergangenes Verhalten erklären und zukünftiges Verhalten prognostizieren zu können, benötigt die Ökonomik ein Verhaltensmodell, das zwar notwendig gegenüber der komplexen Realität menschlicher Willensbildung vereinfachen und generalisieren muss, dabei aber prinzipiell für die Berücksichtigung verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse offen ist. Traditionell wird

zu diesem Zweck auf den *homo oeconomicus* rekurriert.⁴⁴ Dieses ökonomische Verhaltensmodell ist gekennzeichnet durch das Eigennutztheorem und eine mehr oder weniger rigide Rationalitätsannahme.⁴⁵ Das Eigennutztheorem unterstellt, dass ein Akteur bei mehreren Entscheidungsalternativen diejenige wählen wird, die für ihn die größte Nutzensteigerung mit sich bringt.⁴⁶ Die stark umstrittene Rationalitätsannahme besagt, dass ein handelnder Akteur erkennen kann, welche Handlungsalternative für ihn am nutzenbringendsten ist und systematisch seinen Nutzen zu steigern versuchen wird.⁴⁷ Die Rationalitätsannahme ist Basis der Hypothese, dass Akteure auf Anreize und

31 *Fleischer*, ZGR 2007, 500, 502 spricht von der unverzichtbaren „Kärnerarbeit der Kommentierung, [die] weiterhin einen Kernbestandteil gesellschaftsrechtlicher Forschung bilden wird“.

32 So finden sich neuerdings auch in dem klassisch rechtsdogmatischen Bereich der Großkommentierungen oftmals funktionale und rechtsökonomische Argumentationen. Hier ist primär die Kommentierung der §§ 823 ff. BGB im Münchener Kommentar von *Gerhard Wagner* zu nennen; durchgehend ökonomisch geprägt sind aber z.B. auch die aktuellen Kommentierungen der §§ 13 ff. WpHG von *Lars Klöhn* und der §§ 133 - 134, 136 - 137 AktG durch einen der Autoren im Kölner Kommentar.

33 Vgl. nur *Kirchner*, 11 Int'l Rev. L. & Econ., 1991, 277, 284 f.

34 *Weigel*, 11 Int'l Rev. L. & Econ., 1991, 325, 326. Wichtig ist v.a., dass in den USA ein Studium der Rechtswissenschaft erst nach einem Universitätsabschluss in einem anderen Fach möglich ist, sodass die Grundlagen für interdisziplinäre Forschung eher gelegt erscheinen.

35 Vgl. *Cooter/Gordley*, 11 Int'l Rev. L. & Econ., 1991, 261, 262.

36 *Grechenig/Gelter*, *RabelsZ* 2008, 513, 521; *Ott/Schäfer*, *JZ* 1988, 213, 223.

37 *Fleischer*, ZGR 2007, 500, 502 f.

38 <http://www.scotusblog.com/2012/04/scholar%E2%80%99s-highlight-law-review-articles-in-the-eyes-of-the-justices/>, [Stand: 29.08.17], wobei sich der Vorwurf nicht unmittelbar gegen die konsequentialistische Rechtsökonomik, sondern v.a. gegen geisteswissenschaftliche Grundlagenorientierung richtet, vgl. *ibid.*: "Pick up a copy of any law review that you see, and the first article is likely to be the influence of Immanuel Kant on evidentiary approaches in 18th-century Bulgaria, or something, which I'm sure was of great interest to the academic that wrote it, but isn't of much help to the bar".

39 Vgl. *Posner*, 115 *Harv. L. Rev.*, 2002, 1314, 1324.

40 *Fleischer*, ZGR 2007, 500, 502 f.

41 Exemplarisch *Frank*, *Law and the Modern Mind*, 1930, S. 108 ff.; für die critical legal studies prägend *Kennedy*, 89 *Harv. L. Rev.*, 1976, 1685, 1775.

42 Umfassend *Grechenig/Gelter*, *RabelsZ* 2008, 513, 522 ff. Eine breit rezipierte Generalkritik an der Rechtsökonomik entlang der skizzierten Linie übte der Rechtswissenschaftler *Karl-Heinz Fezer* Ende der achtziger Jahre (*Fezer*, *JZ* 1986, 817, 817 ff. und *JZ* 1988, 223, 223 ff.).

43 *Kirchner*, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 1996, S. 7.

44 *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*, 4. Aufl., Mohr Siebeck 2013, S. 7; *Janson*, *Ökonomische Theorie im Recht*, 2004, S. 26 f.; an dem Verhaltensmodell der Ökonomik entzündet sich massive Kritik von Juristen (vgl. statt vieler *Fezer*, *JZ* 1988, 223, 227 f.).

45 Ausführlich *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*, 4. Aufl., Mohr Siebeck 2013, S. 12-66.

46 *Schwintowski*, *JZ* 1998, 581, 584; *Kirchner*, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 1996, S. 13; *Fezer*, *JZ* 1986, 817, 822 spricht von der Offenbarung eines Menschenbilds "eines schieren Nutzenmaximierers".

47 *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*, 4. Aufl., Mohr Siebeck 2013, S. 17.

Restriktionen in prognostizierbarer Weise reagieren.⁴⁸ Dadurch wird eine Vorhersage möglich, wie die Einführung oder Änderung von Rechtsregeln gegenüber der Situation vor Einführung/Änderung zu Verhaltensanpassungen führt. Für irrational – also unsystematisch – agierende Akteure scheidet eine Prognose ihres Verhaltens aus.⁴⁹

Der *homo oeconomicus* versucht mithin eigeninteressiert und rational seinen individuellen Nutzen zu maximieren (daher auch die Bezeichnung als Resourceful, Evaluative, Maximizing Model, REMM).⁵⁰ Dabei kann er durch Rechtsregeln systematisch gesteuert werden. Die Rechtsökonomik konzentriert sich auf die Analyse der regelbasierten Verhaltenssteuerung. Dabei können Rechtssätze den Handlungsspielraum der Akteure in Gestalt von Restriktionen einengen oder umgekehrt positive Anreize zu einem erwünschten Verhalten setzen.⁵¹ Beispielsweise schränkt das Strafrecht mit seinem Sanktionssystem den Handlungsspielraum eines Akteurs ein. Dieser muss bei der Entscheidung, ob er einem anderen Akteur das Fahrrad entwendet, die damit verbundenen Sanktionen berücksichtigen (§ 242 StGB ordnet als Rechtsfolge Geld- oder Freiheitsstrafe an). Das Patentrecht hingegen gibt einem Akteur einen Anreiz eine Erfindung vorzunehmen, indem es ihm Patentschutz gewährt und ihm damit exklusive Nutzungsrechte auf Zeit gewährt.⁵²

Die Erklärung bestehender und die Prognose zukünftiger Verhaltensweisen sind ein positiver, d.h. deskriptiv-analytischer Forschungsansatz. Es geht dabei um eine wertneutrale Beschreibung realweltlicher Gegebenheiten und um die Ermöglichung steuernder Eingriffe eines Sozialplaners.⁵³

Viele Rechtsökonomien beschränken sich aber nicht auf die wertungsfreie Erklärung gegenwärtigen und die Prognose zukünftigen Verhaltens.⁵⁴ Sie bewerten zudem Rechtsregeln anhand der aus diesen fließenden Konsequenzen und betreiben damit normative Sozialwissenschaft.⁵⁵ Diese normative Ökonomik ist daher als konsequentialistische Sozialtheorie einzustufen.⁵⁶ Um verschiedene Handlungsmöglichkeiten bewerten zu können, benötigt der (Rechts-)Ökonom ein normatives Entscheidungskriterium. Dazu bedient er sich meistens des Kriteriums allokativer Effizienz. Unter dem Begriff des Effizienzziels wird in der Regel die Steigerung der Gesamtwohlfahrt als Aggregat individueller Nutzenfunktionen verstanden. Eine solche Steigerung der Gesamtwohlfahrt ist nach dem überwiegend verwendeten Kaldor-Hicks-Effizienzkriterium⁵⁷ gegeben, wenn die von einer (regelbasierten) Änderung eines Zustands begünstigten Akteure die davon Benachteiligten entschädigen könnten und ihnen dennoch ein Vorteil verbliebe (hypothetische Kompensation).⁵⁸

Auf den juristischen Kontext übertragen bedeutet das, dass ein Rechtsökonom eine Entscheidung über eine Rechtsfrage, beispielsweise eine Auslegungsfrage, allein von den realweltlichen Konsequenzen der jeweiligen Auslegungsentscheidung abhängig macht. An-

ders als nach der klassischen juristischen Methodik ist also leitendes Entscheidungskriterium nicht, welche der möglichen Auslegungsvarianten mit dem Wortlaut, der Gesetzessystematik oder einem subjektiv (Gesetzgeberwille) oder normativ aus dem positiven Recht abgeleiteten Gesetzeszweck im Einklang steht.

D. Die Rolle von Rechtswissenschaftlern in der Rechtsökonomik

Der Leser wird sich an dieser Stelle (zu Recht) die Frage stellen, welche Rolle (wenn überhaupt) Rechtswissenschaftlern im Rahmen rechtsökonomischer Forschung zukommen kann. Es geht dabei schließlich um die Analyse und Prognose menschlichen Verhaltens mittels ökonomischer Methodik und die anschließende Bewertung solchen Verhaltens nach dem ökonomischen Kriterium der Effizienz. Das im Studium gelernte juristische Handwerkszeug hilft bei diesen Aufgaben scheinbar nicht; dem Juristen scheint allenfalls eine dienende Rolle für die im Kern ökonomische Forschung zuzukommen. Entgegen des ersten Anscheins bestehen für Juristen aber doch zahlreiche Möglichkeiten an rechtsökonomischer Forschung zentral mitzuwirken und deren Qualität und Relevanz zu erhöhen.

48 Vgl. *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*, 4. Aufl., Mohr Siebeck 2013, S. 17; *Janson*, *Ökonomische Theorie*, S. 38.

49 Plastisch *Posner*, 50 *Stan. L. Rev.*, 1997-97, 1151, 1559: "He might do anything." Auch die auf dokumentierte Abweichungen vom Rationalitätsparadigma reagierende Verhaltensökonomik strebt eine Systematisierung der Anomalien an, um diese modellierbar zu machen.

50 Exemplarisch der programmatisch betitelte Aufsatz „The Nature of Man“ von *Jensen/Meckling*, 7 *J. Applied Corp. Fin.*, 1994, 4.

51 *Kirchner*, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 1996, S. 7, 19.

52 Hierzu weiterführend *Landes/Posner*, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, 2003.

53 *Kirchner*, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 1996, S. 8.

54 Weder die Vornahme einer Bewertung noch die Wahl des normativen Kriteriums der Effizienzsteigerung im Rahmen einer solchen Bewertung sind zwingend (*Kirchner*, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 1996, S. 6, 9; siehe aber auch *Ott/Schäfer*, *JZ* 1988, 213, 215, welche die ökonomische Analyse des Rechts mit der normativen Theorie der Wohlfahrtsökonomie verschränken; sowie v.a. den groß angelegten Versuch von *Kaplow/Shavell*, *Fairness versus Welfare*, 2002 das Effizienzkriterium als das allein maßgebliche zu etablieren).

55 *Ott/Schäfer*, *JZ* 1988, 213, 214; *Kirchner*, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 1996, S. 9.

56 Siehe *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl., 2012, S. XXXIV. Die klassische juristische Methodik zielt dagegen weniger auf gesamtgesellschaftliche Rechtsfolgenanalyse als vielmehr auf die möglichst getreue Umsetzung einer wie auch immer ermittelten Gesetzesvorgabe im Einzelfall.

57 Grundlegend *Kaldor*, 49 *Econ. J.* 1939, 549; in der jüngeren Literatur eingehend *Neumann-von Weizsäcker*, *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte*, 1984, S. 123, 129 ff.

58 Weiterführend *Ott/Schäfer*, *JZ* 1988, 213, 218 und *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl., 2012, S. 19 ff. Zur Kritik an der nur hypothetischen Kompensationspflicht, siehe *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 2005, S. 155 ff.

I. Notwendigkeit einer Rechtsfolgenanalyse in der Rechtswissenschaft

Vielfach bezwecken Gesetze und sonstige rechtliche Regelungen Verhaltenssteuerung. Beispielsweise dient das strafbewehrte Verbot der Tötung eines anderen Menschen zumindest auch dem Zweck, solchem Verhalten entgegenzuwirken und es – soweit möglich – zu verhindern.⁵⁹ Im Zivilrecht hat etwa der Konklusionsausschluss in § 817 Satz 2 BGB den Zweck, Leistungen, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, zu verteuern und damit potentiell Leistende von der Vornahme entsprechender Transaktionen abzuhalten.⁶⁰ Der Rechtsökonom wird zunächst die verhaltenssteuernde Wirkung einer Rechtsregel ermitteln. Anschließend kann er eine Empfehlung aussprechen, ob und wie die Rechtsregel geändert werden sollte, um ihre Effizienz zu steigern. Die ökonomische Methodik kann also dabei helfen, *de lege ferenda* im Rahmen rechtspolitischer Diskussionen die Wirkung von rechtlichen Regeln auf das Verhalten von Menschen abzuschätzen, um im Rahmen der Gesetzgebung die Gestaltung der rechtlichen Regeln zu beeinflussen. Im Rahmen der Rechtsauslegung kann dieser „Werkzeugkasten“ verwendet werden, um *de lege lata* zwischen verschiedenen potentiellen Auslegungsvarianten zu entscheiden und dabei die effizienteste zu wählen.

II. Der Jurist als Helfer der Rechtsökonomien

Für eine rechtsökonomische Analyse ist eine systematisierende Aufbereitung des juristischen Quellen- und Fallmaterials unverzichtbar. Es dürfte oftmals Juristen benötigen, um die Rechtslage akkurat darzustellen.⁶¹ Ansonsten droht zum einen die Gefahr, dass das "law on the books" mit dem "law in action" als gesamtgesellschaftliche Auswirkungen bestimmenden, sozialen Phänomen verwechselt wird, wobei der Unterschied beträchtlich sein kann. Dabei sind Rechtsökonomien nur am tatsächlich geltenden, d.h. Steuerungswirkung entfaltenden, Recht interessiert.⁶² Zum anderen können Fehlvorstellungen in Bezug auf rechtliche Zusammenhänge zu irrigen Fragestellungen in der Rechtsökonomik führen.⁶³ Weiterhin ist umfassendes Verständnis der Wirkungsweise von Recht nötig, um mit bestimmten Auslegungsentscheidungen einhergehende, nicht intendierte Folgekomplikationen in der Rechtspraxis zutreffend einzuschätzen.

III. Der Jurist als Vorbereiter rechtsökonomischer Arbeiten

Juristen können Forschungsfragen für Rechtsökonomien formulieren. Von Rechtswissenschaftlern aufgestellte Hypothesen zu den gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen von (reformierten) Rechtsnormen könnten – im Rahmen einer anerkannten, interpersonal nachvollziehbaren und kritikfähigen Methodik –

auf ihre theoretische Schlüssigkeit überprüft werden oder empirisch falsifiziert bzw. vorläufig validiert werden. Dabei sollte sich die Rechtswissenschaft bei der Aufarbeitung eines juristischen Problems um eine präzise, interdisziplinär anschlussfähige Sprache bemühen, d.h. um eine Sprache, die Ökonomen auch verstehen können.

IV. Der Jurist als Übersetzer rechtsökonomischer Erkenntnisse

Über diese rechtszentrierten Aufgaben hinaus sieht etwa *Holger Fleischer* die Rolle des Rechtswissenschaftlers im Rahmen interdisziplinärer Forschung primär in der Rezeption der von anderen Disziplinen errungenen Erkenntnisse.⁶⁴ Der Rechtswissenschaftler hat diese Erkenntnisse nach kritischer Prüfung wo möglich in den dogmatischen Diskurs einzupflegen. Aus dieser Warte ist der Rechtswissenschaftler allerdings nicht berufen, selbst Verhaltensanalysen und Verhaltensprognosen abzugeben. Der Rechtswissenschaftler würde vielmehr einen Transmissionskanal zur Einspeisung fremdwissenschaftlicher Forschung in den rechtswissenschaftlichen Diskurs eröffnen.⁶⁵

V. Der Jurist als Rechtsökonom

Die von *Fleischer* angesprochene Scharnierfunktion stellt zweifelsohne eine sehr wichtige und anspruchsvolle Aufgabe rechtswissenschaftlicher Forschung dar, ist aber keinesfalls bahnbrechend neu, da Juristen seit jeher Vorstellungen über soziale Ziele in operationale Normen übersetzt haben. Allerdings geht aus Sicht der Verfasser die mögliche Rolle von Rechtswissenschaftlern über diese Funktion hinaus. Auch wenn die Zeiten, in denen Juristen wie *Richard Posner*, *Guido Calabresi*, *Anthony Kronman* und *Henry Manne* mit nicht formal-logisch, sondern intuitiv argumentierenden, als bahnbrechend rezipierten Beiträgen zu den bedeutendsten Vertretern der Rechtsökonomik aufsteigen konnten,⁶⁶ passé sein dürften, ist nach wie vor Raum für größere Linien zeichnende, mit einfachen

59 Zu den Strafzwecken, zu denen auch die Generalprävention zählt, nur *Roxin*, Strafr AT I, 4. Aufl., 2006, § 3 Rn. 21 ff.; *Heinrich*, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2016, Rn. 17.

60 Siehe dazu *Scheibenpflug/Sigmund*, Rechtswissenschaft 2015, 253, 253 ff.

61 Vgl. *Calabresi*, The future of law and economics, 2016, S. 3 ff. Siehe auch *Eisenberg*, 41 San Diego L. Rev., 2004, 1741: "non-lawyers have the distinct disadvantage of often not understanding legal doctrine or the state of the law".

62 *Kirchner*, Ökonomische Theorie des Rechts, 1996, S. 8.

63 Pointiert *Klausner*, 65 Stan. L. Rev., 2013, 1325.

64 *Fleischer*, ZGR 2007, 500, 501 f.

65 Siehe auch *Grechenig/Gelter*, RabelsZ 2008, 517, 519, die darauf hinweisen, dass in Deutschland die Lehre sich oftmals darauf beschränkt, vorhandene ökonomische Ansätze für die Rechtsdogmatik nutzbar zu machen, anstatt eigene ökonomische Argumente zu entwickeln.

66 Vgl. die Einschätzung von *Mackaay*, Encyclopedia of Law & Economics, 1999, S. 75f.

Modellen oder numerischen Beispielen argumentierende Beiträge, wie sie auch von nicht methodisch an der Wissensgrenze der Wirtschaftswissenschaften geschulten Juristen verfasst werden können.⁶⁷

E. Ein Fallbeispiel

Im Folgenden soll aufgezeigt werden, wie viel rechtsökonomisches Forschungspotential auch in einfach gelagerten juristischen Fällen steckt. Der Veranschaulichung dient ein bemerkenswertes Urteil des Amtsgerichts Stuttgart aus dem Jahr 1989;⁶⁸ dabei geht es primär um die Veranschaulichung möglicher Analyseansätze, nicht um deren vollständige Durchführung.

I. Das Urteil des Amtsgerichts Stuttgart

Der Beklagte schuldete dem Kläger einen Gesamtforderungsbetrag von DM 294,41. Hierauf überwies der Beklagte dem Kläger DM 294. Der Kläger forderte mit seiner Klage vom Beklagten den Restbetrag von 41 Pfennigen. Der Beklagte trug weder gerichtlich noch außergerichtlich vor, warum er die 41 Pfennige nicht zahlte. Er erschien nicht in der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht Stuttgart. Das Amtsgericht Stuttgart wies die Klage als unzulässig ab: Es fehle ihr an einem Rechtsschutzbedürfnis. Das Gericht stufte den Betrag von 41 Pfennigen aufgrund der Kosten des Rechtsstreits als zu gering ein, um die Gerichte anzurufen. So koste ein streitiger Prozess beim Amtsgericht den Steuerzahler 1.050 DM. Deshalb sei es gerechtfertigt, dass der Kläger auf die 41 Pfennige verzichte und nicht die Gerichte in Anspruch nehme. Anschließend verteidigte das Gericht sein Urteil gegen den Vorwurf, dass durch eine solche Entscheidung „die Bewahrung des Rechts“ verloren ginge. Dem Kläger gehe es lediglich um „das Prinzip des Rechthabens“, das nicht schutzwürdig sei. Der Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit sei zudem in der ZPO (etwa in § 91a ZPO und § 287 ZPO) verankert. Schließlich wies das Gericht noch darauf hin, dass die Sache möglicherweise anders zu beurteilen sei, wenn ein Schuldner systematisch 41 Pfennige von Rechnungen abziehen würde.

II. Analyse der Entscheidungssituation des Amtsrichters

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt war unstrittig, dass der beklagte Schuldner dem klagenden Gläubiger noch 41 Pfennige schuldete. Das Amtsgericht hatte somit genau zwei Entscheidungsalternativen. Entweder konnte es die Klage als unzulässig abweisen oder ihr stattgeben. Dabei konnte sich der Amtsrichter sicher sein, dass sein Urteil Rechtskraft erlangen wird. Die im Jahr 1989 für eine Berufung bei Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche erforderliche Beschwerdesumme von 700 DM wurde nicht erreicht.⁶⁹ Eine Sprungrevision war nur gegen Endurteile des Landgerichts möglich.⁷⁰ Es wird zu-

dem unterstellt, dass der Amtsrichter mit der Entscheidung über den konkreten Fall hinaus Einfluss auf die weitere Rechtsprechung nehmen wollte.⁷¹ Dies zeigt sich darin, dass er das Urteil der Neuen Juristischen Wochenschrift mitteilte.⁷² Er war mithin daran interessiert, dass die Rechtsöffentlichkeit von seiner Entscheidung erfuhre.

III. Das Vorgehen eines Rechtsökonomen

Nunmehr sei unterstellt, dass sich ein Rechtsökonom in derselben Entscheidungssituation wie der Amtsrichter am AG Stuttgart befindet. Ihm stehen zwei Entscheidungsalternativen zur Verfügung. Der Rechtsökonom wird nun erstens versuchen die jeweiligen Entscheidungsfolgen zu ermitteln. Anschließend wird er diese Entscheidungsfolgen bewerten und sich für eine Auslegung entscheiden. Als Vertreter der Hauptströmung der Disziplin wird er sich als Entscheidungskriterium der Effizienz bedienen, verstanden als Steigerung der Gesamtwohlfahrt.

1. Prognose der Konsequenzen einer Klageabweisung auf die Gesamtwohlfahrt

Von der Entscheidung sind zahlreiche Akteure betroffen. Unmittelbar sind dies der klagende Gläubiger und der beklagte Schuldner. Das Urteil wirkt unmittelbar für und gegen sie (§ 325 ZPO). Darüber hinaus nimmt das Urteil aber potenziell Einfluss auf die Rechtsprechung anderer Instanzgerichte und wirkt so mittelbar auf zahlreiche weitere Individuen ein. Schließlich betrifft es die vom Amtsgericht erwähnten Steuerzahler, die letztendlich die Last tragen, die Kosten der durch vermeintliche Bagatellverfahren in Anspruch genommene Justiz zu finanzieren, aber auch all jene Akteure, die sich in Zukunft in einer dem klagenden Gläubiger und dem verklagten Schuldner ähnlichen Situation befinden können.

67 Ein willkürlich gewähltes Beispiel eines entsprechenden Diskurses findet sich in *Adler/Kahan*, 161 U. Pa. L. Rev., 2013, 1773 und *Triantis*, 161 U. Pa. L. Rev., 2013, 2041. Im nationalen Kontext können als Beispiele für diesen Ansatz hier exemplarisch die Monografien von *Halmer*, Gesellschafterdarlehen und Haftungsdurchgriff, 2013 und *Scheibenpflug*, Verhaltensrisiken und aktienrechtliche Vermögensbindung, 2016 oder die Aufsätze von *Engert*, ZGR 2004, 813 ff.; *Engert*, ZHR 2006, 170, 296 ff.; *Tröger*, FS Westermann, 2008, 1533, 1533 ff., aber vor allem auch die – freilich primär international orientierten – Publikationen von *Christoph Engel* und *Anne van Aaken* genannt werden.

68 Die Entscheidung schlug auch literarisch hohe Wellen. Vgl. nur die Besprechungen bei *Schmieder*, ZJP 2007, 199, 207-210; *Buß*, NJW 1998, 337, 338-340; *Olzen/Kerfack*, JR 1991, 133 ff.

69 § 511a ZPO in der Fassung vom 08. 12 1982. Die Norm trat am 31.03.1991 außer Kraft.

70 § 566a ZPO in der Fassung vom 08. 08. 1975. Die Norm trat am 31.12.2001 außer Kraft.

71 *Kirchner*, Ökonomische Theorie des Rechts, 1996, S. 19 spricht treffend von der "Präzisierung der interpretierten Norm für künftige Normadressaten".

72 AG Stuttgart, NJW 1990, 1054.

a) Die unmittelbaren Folgen des Urteils

Die unmittelbaren Auswirkungen des Urteils des Amtsgerichts Stuttgart sind gering und rein distributiv. Bei einer Entscheidung des Gerichts handelt es sich um ein Nullsummenspiel. Der Gewinn der einen Partei entspricht dem Verlust der anderen Partei. Eine Klageabweisung führt zu einem Verlust des Gläubigers in Höhe von 41 Pfennigen und einem entsprechenden Gewinn des Schuldners. Eine Klagestattgabe hingegen würde dem Gläubiger einen Gewinn von 41 Pfennigen bescherten, während der Schuldner diese Summe zahlen müsste. Interessanter sind die mittelbaren Folgen des Urteils.

b) Der (mittelbare) Schutz der Steuerzahler

Das Amtsgericht Stuttgart begründete sein Urteil mit dem Schutz des Rechtswesens, das es als "kostbares und zugleich sehr kostspieliges Gut" bezeichnete. Es zitierte eine betriebswirtschaftliche Untersuchung, die darlegt, dass ein Prozess beim Amtsgericht den Steuerzahler 1.050 DM kostet. Allerdings war der vorliegende Prozess bereits eröffnet. Eine Klageabweisung konnte mithin zu keiner Kostensenkung mehr führen. Ein Schutz der Steuerzahler könnte dadurch erreicht werden, dass eine Klageabweisung dazu führen würde, dass in Zukunft keine oder zumindest weniger Klagen mit einem Streitwert in Höhe von 41 Pfennigen und weniger erhoben werden. Jede nicht erhobene Klage würde dem Steuerzahler nach dieser Logik 1.050 DM sparen.

Allerdings ist fraglich, ob eine Klageabweisung wirklich eine solche Rechtswirkung hätte. Denn es ist unklar, ob die Bagatellgrenze, ab der kein Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage mehr besteht, wirklich bei 41 Pfennigen liegt. Zwar würde die Entscheidung des Amtsgerichts Stuttgart in Rechtskraft erwachsen. Ein Amtsgericht kann aber eine solche Grenze nicht in generell gültiger Weise (*erga omnes*) festlegen. Selbst wenn andere Amtsgerichte und höhere Gerichte die Begründung des Amtsgerichts Stuttgart übernehmen würden, bliebe für den Rechtsanwender unklar, ob einer Klage auf Zahlung von 42 Pfennigen, 1 DM oder auch 5 DM ebenfalls das Rechtsschutzbedürfnis fehlen würde. Diese Unsicherheit könnte sogar zu einer Zunahme von Prozessen führen, wenn durch die Unsicherheit Schuldner einen Anreiz erhielten, die Bagatellgrenze weiter auszutesten.⁷³ Sie könnten höhere Beträge als 41 Pfennige einbehalten und darauf setzen, vor Gericht gegen klagende Gläubiger zu gewinnen. Weiter müssten Fragen gerichtlich geklärt werden, die für die Annahme der vom Amtsgericht Stuttgart erwähnten Ausnahmesituation relevant sind. Beispielsweise wäre klärungsbedürftig, ob es erforderlich ist, dass der Schuldner gegenüber demselben Gläubiger bereits Kleinstbeträge nicht bezahlte oder ob es schon ausreicht, dass er dies in der Vergangenheit bei anderen Gläubigern nicht tat.⁷⁴

c) Auswirkungen einer Klageabweisung auf Vertragstreue

Besondere Beachtung verdient ferner die Ausstrahlungswirkung des Urteils auf die Vertragstreue von Gläubigern und Schuldern allgemein. Mit dem Urteil wird für Ansprüche bis zu 41 Pfennigen ein rechtsfreier Raum geschaffen.⁷⁵

Grundsätzlich können sich Vertragsparteien in Deutschland auf das staatliche Rechtsschutzsystem verlassen. Dieses ermöglicht ihnen im Rahmen eines zweistufigen Verfahrens (Erkenntnis- und anschließendes Zwangsvollstreckungsverfahren) ihre Ansprüche gegen säumige Schuldner durchzusetzen. Wenn Klagen bis zu 41 Pfennigen das Rechtsschutzbedürfnis abgesprochen wird, wird den betroffenen Gläubigern das staatliche Rechtsschutzsystem vorenthalten und Schuldern insoweit ein (zivilrechtlicher) Freibrief ausgestellt.

Das staatliche Rechtsschutzsystem bezieht seinen Wert nicht zuletzt daraus, dass es Anreize zur volkswirtschaftlich wünschenswerten Vorleistung in Vertragsbeziehungen setzt, weil es eine Institution schafft, die den gestreckten Leistungsaustausch gegen vertragsbrüchiges Verhalten absichert und damit die gesamtgesellschaftlich kostspielige, weil ressourcenbindende Bestellung anderweitiger Sicherheiten entbehrlich macht.⁷⁶ Nach einer Vorleistung besteht ein besonders hohes Risiko, dass die andere Partei nicht oder schlecht leistet. Im Regelfall wird eine Vertragspartei dies zwar bereits deshalb nicht tun, weil sie damit ihre Reputation aufs Spiel setzt.⁷⁷ Allerdings gibt es zahlreiche Situationen, in denen es einer Partei auf die Aufrechterhaltung ihrer Reputation nicht (mehr) ankommt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die andere Partei bereits vor ihrer Nicht- oder Schlechtleistung über keine gute Reputation verfügte oder wenn sie an der Aufrechterhaltung ihrer guten Reputation kein Interesse mehr hat. Dies dürfte besonders im unpersönlichen, online-basierten Massenvertrieb von Waren oder in einer Endspielsituation⁷⁸ eine Rolle spielen. Die Gefahr einer Nicht- oder Schlechtleistung durch Schuldner ist nicht durch die seitens des Amtsgerichts formulierte Ausnahme eines systematischen Abzugs von 41 Pfennigen gebannt. Der Gläubiger muss näm-

73 Vgl. auch *Olzen/Kerfack*, JR 1991, 133, 134, die ebenfalls "eine Zunahme von Rechtsstreitigkeiten" befürchten.

74 *Olzen/Kerfack*, JR 1991, 133, 134.

75 *Buß*, NJW 1998, 337, 338. Zu den Folgen der Schaffung rechtsfreier Räume und der damit einhergehenden Versetzung von Kooperationspartnern in artifizielle "Naturzustände" bereits im Kontext der Schwarzarbeitsabreden *Scheibenflug/Sigmund*, Rechtswissenschaft 2015, 253, 258 ff.

76 Treffend zu dieser kooperationsssichernden Bedeutung des Erfüllungszwangs im Vertragsrecht *Williamson*, *The Economic Institutions of Capitalism*, 1985, S. 33.

77 Siehe zur großen Bedeutung von Vertrauen und Reputation im Geschäftsverkehr grundlegend *Macaulay*, 28 *American Sociological Review* 1963, S. 55, 58, 63 f.

78 Dazu grundlegend *Axelrod*, *Die Evolution der Kooperation*, 2005, S. 116, 164.

lich davon ausgehen, dass er Opfer eines nicht systematischen Abzugs von 41 Pfennigen wird bzw. dass er vor Gericht nicht beweisen kann, dass dieser Ausnahmetatbestand einschlägig ist.

Rationale Gläubiger könnten sich daher gezwungen sehen, sich auf Absicherungsmethoden zu verlassen, die Alternativen zum staatlichen Rechtsschutzsystem bieten. Als eine solche kommt etwa in Betracht, dass der Gläubiger gegenüber Risikoschuldnern die Preise erhöht, um das Risiko einer Defektion (bewusste Nicht- oder Schlechtleistung) einzupreisen. Problematisch ist es, wenn der Gläubiger Risikoschuldner (d.h. solche mit geringen Defektionskosten) nicht sicher erkennen kann. Dann wird er generell die Preise erhöhen. Dies würde zu einer rein auf der Informationsasymmetrie basierenden und damit unnötigen Verteuerung von Waren führen, die ehrliche und zugleich arme Schuldner vom Warenkonsum ausschliesse. Dies wäre der Fall, wenn der den Vertragsbruch berücksichtigende, erhöhte Preis über, der ursprüngliche Preis aber unter dem durch Konsum erzielbaren, individuellen Nutzengewinn des Schuldners läge.

2. Prognose der Konsequenzen einer Klagestattgabe auf die Gesamtwohlfahrt

Die unmittelbaren Effekte einer Klagestattgabe sind wiederum rein distributiv. Der Gläubiger würde 41 Pfennige gewinnen und der Schuldner 41 Pfennige verlieren.

Für den Steuerzahler käme es zu keiner Entlastung. Gläubiger, deren Ansprüche sich auf Kleinstbeträge belaufen könnten, würden diese weiterhin einklagen und damit jeweils Kosten in Höhe von 1.050 DM für den Steuerzahler erzeugen. Es käme auch zu keiner Unsicherheit über die Schwelle für Kleinstbeträge, unter der einer Klage das Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Es bestünde daher kein Anreiz für Schuldner, diese Grenze gerichtlich auszutesten. Dies dürfte gegenüber der Situation der Klageabweisung zu weniger Klagen führen. Es ist gleichwohl wiederum zu konstatieren, dass die theoretischen Effekte einer Klagestattgabe auf den

Steuerzahler nicht eindeutig bestimmbar sind.

Eine Klagestattgabe würde gegenüber der Situation einer Klageabweisung aber nicht zur Schaffung eines rechtsfreien Raumes führen. Auch Schuldner, die lediglich Kleinstbeträge säumig sind, müssten mit einer gerichtlichen Inanspruchnahme und einem sich daran anschließenden Vollstreckungsverfahren rechnen. Dies würde für sie aufgrund der Pflicht einer unterliegenden Partei, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen (§ 91 I 1 ZPO), zu sehr viel höheren Kosten führen als die Kostenersparnis durch eine Säumnis von Kleinstbeträgen.⁷⁹ Die Vertragstreue wäre mithin durch eine Klagestattgabe gestärkt. Es bedürfte auch keiner verstärkten Nutzung alternativer Absicherungsmethoden von Gläubigern, was einer Steigerung des allgemeinen Preisniveaus entgegenwirken würde.

3. Bewertung und Entscheidung selbst

Schlussendlich würde sich ein Rechtsökonom im Lichte der gerade vorgenommenen Ausführungen zwischen der Klageabweisung oder Klagestattgabe mit Blick auf die prognostizierten Konsequenzen der jeweiligen Alternativen für die Gesamtwohlfahrt entscheiden. Vorliegend scheint es jedoch, als würde eine Klageabweisung angesichts der vorgenommenen (intuitiven) Überlegungen wohl sogar wohlstandsvernichtende Effekte zeitigen. Hingegen scheinen die potentiellen Wohlfahrtseffekte einer Klagestattgabe positiv. Die Klagestattgabe wäre mithin aus konsequentialistischer Sicht die bessere Entscheidung. Allerdings würde sich ein Rechtsökonom mit den gerade durchgeführten intuitiven Überlegungen nicht zufriedengeben. Er würde versuchen die Frage präziser und methodisch sauberer unter Nutzung eines theoretischen Modells oder empirischer Forschung zu beantworten.⁸⁰ Dies kann an dieser Stelle im Rahmen eines Einführungsaufsatzes nicht geleistet werden.

⁷⁹ Dies erkennt auch das AG Stuttgart NJW 1990, 1054.

⁸⁰ Die Fehleranfälligkeit rein intuitiven Arbeitens zeigt das Urteil des Amtsgerichts Stuttgart gut auf.