

Robert Alexy (Hrsg.)

Juristische Grundlagenforschung

Tagung der Deutschen Sektion der
Internationalen Vereinigung für Rechts- und
Sozialphilosophie (IVR)
vom 23. bis 25. September 2004 in Kiel



ARSP Beiheft Nr. 104

Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie

Franz Steiner Verlag

Juristische Grundlagenforschung

ARSP BEIHEFT 104

Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie

Archives de Philosophie du Droit
et de Philosophie Sociale

Archives for Philosophy of Law
and Social Philosophy

Archivo de Filosofía Jurídica y Social

Juristische Grundlagenforschung

Tagung der Deutschen Sektion der
Internationalen Vereinigung für Rechts- und
Sozialphilosophie (IVR)
vom 23. bis 25. September 2004 in Kiel

Herausgegeben von
ROBERT ALEXY



Franz Steiner Verlag Stuttgart 2005

Bibliographische Information der Deutschen
Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese
Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie;
detaillierte bibliographische Daten sind im Internet
über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

ISBN 3-515-08640-4



ISO 9706

Jede Verwertung des Werkes außerhalb der
Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist unzulässig und
strafbar. Dies gilt insbesondere für Übersetzung, Nachdruck,
Mikroverfilmung oder vergleichbare Verfahren sowie
für die Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen.
© 2005 by Franz Steiner Verlag GmbH, Stuttgart.
Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.
Druck: Printservice Decker & Bokor, München.
Printed in Germany

Inhalt

Vorwort	7
---------------	---

I. Zivilrecht

1. <i>Horst Eidenmüller</i> Der homo oeconomicus und das Schuldrecht. Herausforderungen durch <i>Behavioural Law and Economics</i>	13
2. <i>Nils Jansen</i> Theoriebildung in der europäischen Privatrechtsdogmatik	29
3. <i>Katja Langenbucher</i> Recht und Zeit. Eine Untersuchung zur Wirkung von Rechtsprechungs- änderungen im Privatrecht	55
4. <i>Christiane Wendehorst</i> Rechtsobjekte	71

II. Strafrecht

1. <i>Armin Engländer</i> Der Begriff der freien Überzeugung in § 261 StPO im Lichte der Erkenntnis- theorie	85
2. <i>Andreas Hoyer</i> Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Strukturelement der Rechtfertigungs- gründe	99
3. <i>Joachim Renzikowski</i> Normentheorie und Strafrechtsdogmatik	115
4. <i>Frank Saliger</i> Rechtsphilosophische Probleme der Rechtsbeugung	138

III. Öffentliches Recht

1. <i>Karl-Eberhard Hain</i> Freiheit unter Friedlichkeitsvorbehalt? Eine rechtsphilosophische und methodologische Kritik	157
2. <i>Dirk Heckmann</i> Das Paradoxon von individueller Freiheit und öffentlicher Sicherheit. Elemente einer Theorie komplementärer Risikoverteilung in Raum und Zeit	183
3. <i>Stefan Huster</i> Sozialstaat oder soziale Gerechtigkeit? Zum Spannungsverhältnis von politischer Philosophie und Verfassungsrecht am Beispiel der Altersratio- nierung im Gesundheitswesen	202

4. <i>Mattias Kumm</i> Liberales Gerechtigkeitskonzepte und die Struktur der Grundrechte	218
5. <i>Jan-Reinard Sieckmann</i> Der Begriff der Enteignung	235
Autoren	251

Vorwort

In allen Disziplinen gibt es, wie im Denken überhaupt, Begriffe und Sätze, deren Verwerfung das Gesamtsystem mehr ändern würde, als die Verabschiedung anderer Begriffe oder Sätze dies täte. Das ist ein Kriterium dafür, daß erstere grundlegender oder fundamentaler sind als letztere. Wiederholt angewandt, führt dies Kriterium zu den grundlegendsten oder fundamentalsten Begriffen und Sätzen. Diese sind die wahren Grundbegriffe und Grundsätze einer Disziplin oder, wenn wir alle disziplinären und sonstigen Grenzen überschreiten, die Grundbegriffe und Grundsätze des Denkens überhaupt.

Grundlagenforschung zielt auf solche Grundbegriffe und Grundsätze. Damit steht sie vor zwei Problemen. Das erste läßt sich in die Frage fassen, ob es überhaupt wahre oder wirkliche Grundbegriffe und Grundsätze der verschiedenen Disziplinen gibt oder ob nicht vielmehr alles sich mehr oder weniger mischt und je nach Perspektive oder Frage in jeweils anderem Lichte erscheint. Träfe letzteres zu, verböte sich schon der bloße Gedanke an so etwas wie eine an Grundbegriffen und Grundsätzen orientierte Grundlagenforschung. Möglich wäre allein der direkte und von vornherein nach immer neuen Differenzierungen fragende Zugriff auf die Vielfalt des Konkreten. Wenn es unter dieser Voraussetzung Grundlagenforschung geben könnte, dann nur als Erkenntnis ihrer Unmöglichkeit. Das zweite Problem entsteht, wenn man die erste Frage positiv beantwortet, also die Möglichkeit einer echten Grundlagenforschung einräumt. Es resultiert daraus, daß aus der Möglichkeit der Grundlagenforschung noch nicht ihre Nützlichkeit folgt. Es könnte sein, daß juristische Grundlagenforschung als reine Wissenschaft möglich ist, daß aber gerade ihre reine Wissenschaftlichkeit sie zur praktischen Nutzlosigkeit verdammt.

Die Probleme der Möglichkeit und der Nützlichkeit der Grundlagenforschung können nun durchaus abstrakt erörtert werden. Das wäre, wenn man die Dinge zuspitzen will, gleichsam eine Metagrundlagenforschung. Der im September 2004 veranstaltete Kieler Kongreß der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie zum Thema „Juristische Grundlagenforschung“ ist einen anderen Weg gegangen. Man könnte ihn den Weg der „praktischen“ oder „angewandten Grundlagenforschung“ nennen. Diesen Weg schlägt ein, wer über Grundlagenforschung nicht nur spricht, sondern sie betreibt und dadurch zeigt, daß sie nicht nur möglich, sondern auch nützlich ist. Die der angewandten Grundlagenforschung eigene Nähe zur Praxis zeigt sich darin, daß die dreizehn Vorträge den drei klassischen Säulen der Rechtswissenschaft zugeordnet sind, und zwar dem Zivilrecht und dem Strafrecht jeweils vier und dem Öffentlichen Recht fünf. Der Band beginnt gemäß dem Herkommen mit dem Zivilrecht, geht dann zum Strafrecht über und schließt mit dem Öffentlichen Recht. In den Blöcken waltet das Alphabet.

Im Zivilrecht wendet sich *Horst Eidenmüller* den Problemen des ökonomischen Verhaltensmodells zu. So wie Recht ohne Adressaten nicht möglich ist, so kann Recht ohne ein Bild seiner Adressaten nicht adäquat erfaßt werden. Die Reichweite der Idee der *rational choice* ist eine der Grundfragen der Theorie der Adressaten des Rechts. Eidenmüller zeigt dies an den Konsequenzen, die ihre Beantwortung im Schuldrecht hat. *Nils Jansen* befaßt sich mit der Theoriebildung in der europäischen Privatrechtsdogmatik. Es geht um die Frage, ob und wie sich in Uneinheitlichem Gemeinsames finden und ob und in welchem Maße sich aus alledem Einheit bilden läßt. Ein solches Streben nach System gerade im Bereich grundlegender Wertungen ist eine der Hauptabsichten der juristischen Grundlagenforschung. Die Orientierung am Haftungsrecht illustriert die praktische Relevanz. *Katja Langenbacher* erörtert das Verhältnis von

Recht und Zeit, ein Thema, dem die Fundamentalität auf der Stirn steht. Es wird das Problem des Vertrauensschutzes bei Rechtsprechungsänderungen aufgegriffen. Hierbei geht es um die fundamentale Kollision zwischen dem Gebot der materiell richtigen Entscheidung und dem Prinzip des Vertrauensschutzes. Die systematische Analyse solcher fundamentaler Spannungslagen ist eine der Hauptaufgaben der juristischen Grundlagenforschung. *Christiane Wendehorst* widmet sich dem Begriff des Rechtsobjekts. Dieser Begriff ist neben dem des Rechtssubjekts einer der fundamentalsten Begriffe der Rechtswissenschaft, was sich darin zeigt, daß von seiner Bestimmung der Charakter ganzer Rechtsgebiete, ja des Rechtssystems insgesamt, wesentlich abhängt. Denkt man an die Rolle, die die Begriffe des Objekts und des Subjekts ganz allgemein im Denken spielen, so kann das kaum überraschen.

In der strafrechtlichen Abteilung analysiert *Armin Engländer* den Begriff der freien Überzeugung in § 261 StPO. Der Begriff der Überzeugung ist eng mit den Begriffen der Wahrheit und der Begründung verbunden. Vor allem aber läßt er sowohl eine subjektive oder persönliche als auch eine objektive oder intersubjektive Deutung zu. Die Interpretation eines Gesetzesbegriffs führt so unmittelbar zu Grundfragen der Philosophie. *Andreas Hoyer* behandelt den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Strukturelement der Rechtfertigungsgründe. Dabei wird die klassische Frage des Verhältnisses der Rechtfertigungsgründe zur Tatbestandsmäßigkeit mit der vor allem in der Grundrechtsdogmatik normtheoretisch entfalteten Figur des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verbunden. Die Herstellung derartiger systematischer Verknüpfungen, die wie von selbst in die Tiefe des Gegenstandes führen, ist eines der Hauptziele juristischer Grundlagenforschung. Der Beitrag *Joachim Renzikowskis* ist auf das Verhältnis von Normentheorie und Strafrechtsdogmatik konzentriert. Eine besondere Rolle spielt dabei die Idee, statt mit dem Begriff des Rechtsguts mit dem des subjektiven Rechts zu arbeiten. Das ist eine klassische Problematik des grundbegrifflichen Rahmens, die zu zahlreichen praktischen Konsequenzen führt. Die juristische Grundlagenforschung hat hier noch ein weites Feld vor sich. *Frank Saligers* Thema sind die rechtsphilosophischen Probleme der Rechtsbeugung. Sie sind vielfältig und tief. So setzt eine wohlbegründete Konzeption der Rechtsbeugung eine akzeptable Theorie der Rechtsanwendung voraus. Wer nicht sagen kann, was es bedeutet, das Recht anzuwenden, kann kaum erklären, was es heißt, das Recht zu brechen. Dieser methodologischen Dimension ist eine genuin rechtsphilosophische hinzuzufügen. Um sagen zu können, was Rechtsbeugung ist, muß man wissen, was Recht ist. Der Begriff des Rechts aber ist der juristische Grundbegriff schlechthin. Gäbe man ihn auf, verlöre die Jurisprudenz die Kraft, ihren Gegenstand als solchen und damit auch sich selbst zu erfassen.

In der öffentlichrechtlichen Abteilung diskutiert *Karl-Eberhard Hain* die Frage, ob man die grundrechtliche Freiheit von vornherein unter einen Friedlichkeitsvorbehalt stellen sollte, so daß Unfriedliches gar nicht erst in die Schutzbereiche der Grundrechte fällt, oder ob die Unfriedlichkeit nicht besser der Seite der Schranken der Grundrechte zuzuordnen ist, so daß das Spiel von Grund und Gegengrund sich entfalten kann. Es handelt sich hier um ein grundrechtsdogmatisches Fundamentalproblem, das ohne methodologische und rechtsphilosophische Reflexion kaum eine Hoffnung auf Lösung hat. *Dirk Heckmann* geht unter dem Titel „Das Paradoxon von individueller Freiheit und öffentlicher Sicherheit“ Grundfragen der Polizeirechtstheorie nach. Das ewige Problem des richtigen Ausgleichs von Freiheit und Sicherheit wird auf zahlreiche aktuelle und zum Teil höchst umstrittene Fragen bezogen. Es zeigt sich, daß juristische Grundlagenforschung keinesfalls nur eine Sache stiller Reflexion und subtiler Dispute ist. Gerade wo politische Emotionen kochen, sind Klarheit der Grundbegriffe und Erkennbarkeit der Grundprinzipien von besonderem Wert. *Stefan Huster* untersucht das Verhältnis von

Sozialstaat und sozialer Gerechtigkeit am Beispiel der Altersrationierung im Gesundheitssystem. Während bei zahlreichen Grundlagenfragen das analytisch orientierte Grundbegriffliche im Vordergrund steht, dominiert hier das normativ ausgerichtete Grundsätzliche, welches ohne Moralphilosophie und politische Philosophie nur unzureichend behandelt werden kann. Das zeigt, wie weit die juristische Grundlagenforschung reicht. *Mattias Kumm* verfolgt die Frage, ob die Prinzipientheorie als allgemeine juristische Strukturtheorie der Grundrechte in liberal-demokratischen Verfassungsstaaten taugt. Strukturtheoretische Fragen sind als solche analytische Fragen. Ihre Einbettung in den Kontext des liberalen Verfassungsstaats macht aber deutlich, daß das Analytische mit dem Normativen und dem Faktischen zu verknüpfen ist, wenn es zu einer adäquaten umfassenden Theorie kommen soll. Grundlagenforschung muß daher, worauf Ralf Dreier unübertrefflich hingewiesen hat, integrativ sein. Das schließt Spezialisierungen auch methodologischer Art nicht aus, solange nur das Ganze nicht aus dem Blick fällt. *Jan-Reinard Sieckmanns* Untersuchung des Begriffs der Enteignung entfaltet das Instrumentarium der analytischen Rechtstheorie am Beispiel eines praktisch höchst bedeutsamen Gegenstandes. Der Beitrag läßt erkennen, was die juristische Grundlagenforschung gewinnen kann, wenn sie sich der reichen Mittel der formalen Analyse bedient. Analyse ist sicher nicht alles. Ohne sie aber bliebe der Zugriff auf die Realität plump und die Synthese hilflos.

Faßt man zusammen, so kann man sagen, daß die dreizehn Beiträge in ihrer Gesamtheit bestätigen, daß juristische Grundlagenforschung möglich und nützlich ist. Vielleicht aber läßt sich noch mehr als bloß Möglichkeit und Nützlichkeit – was an sich schon viel ist – aus ihnen ziehen, nämlich Notwendigkeit. Juristische Grundlagenforschung wäre notwendig, wenn ohne sie das, was die Jurisprudenz zur Wissenschaft macht, nicht erreichbar wäre. Jurisprudenz als Wissenschaft ist an den Prinzipien der Klarheit, der Tiefe und der Einheit orientiert, die durch das Ideal der Richtigkeit überwölbt werden. Ohne Grundlagenforschung droht Unübersichtlichkeit an die Stelle der Klarheit, Zerfaserung an die der Tiefe und Inkohärenz an die der Einheit zu treten. Die Richtigkeit hätte es in einem solchen Durcheinander schwer. Wer an Richtigkeit interessiert ist, kann deshalb nur wünschen, daß die Grundlagenforschung gedeiht.

Der Hoffnung, daß dieser Band dazu beiträgt, daß es mit der juristischen Grundlagenforschung in Deutschland vorangeht, füge ich meinen Dank an alle hinzu, die zur Organisation der Tagung beigetragen haben. An erster Stelle ist meine Sekretärin, Frau Andrea Neisius zu nennen. Ohne ihr unermüdliches und ideenreiches Engagement hätte die Tagung kaum stattfinden können. Sie war die eigentliche Organisatorin. Hervorheben möchte ich des weiteren den höchst aktiven Einsatz meiner Mitarbeiter Privatdozent Dr. Martin Borowski, Johannes Badenhop, Carsten Bäcker und Tobias Umland.

Kiel, im Juni 2005

Robert Alexy

I. Zivilrecht

Horst Eidenmüller*

Der homo oeconomicus und das Schuldrecht Herausforderungen durch *Behavioral Law and Economics***

I. Grundlagenforschung im Schuldrecht

Das deutsche und das europäische Schuldrecht sind in Bewegung. Nach Jahrzehnten eher punktueller Gesetzesänderungen hat das zweite Buch des BGB mit Wirkung zum 1.1.2002 eine in weiten Teilen neue Gestalt erhalten. Auslöser der Reform war bekanntermaßen die Richtlinie der EU über den Verbrauchsgüterkauf,¹ und aus Brüssel kommt auch die Initiative für ein noch größeres Reformwerk: Das Projekt eines „European Civil Code“ steht auf der rechtspolitischen Tagesordnung.² In dessen Zentrum liegt ein europäisches Schuldrechtsgesetzbuch.

Was bedeutet in diesem Zusammenhang „juristische Grundlagenforschung im Schuldrecht“? Welches sind die Aufgaben der Rechtswissenschaft? Offensichtlich kann sie sich in diesen Umbruchszeiten nicht auf die Arbeit am geltenden Recht beschränken. Gefordert ist vielmehr eine wissenschaftliche Beratung von Gesetzgebungsgremien bzw. die Entwicklung von potentiell umsetzbaren Regelwerken. Die (europäische) Rechtswissenschaft hat diese Herausforderung angenommen: In diversen Kommissionen bzw. Gruppen werden die Grundlagen eines europäischen Schuldrechts erarbeitet.³

In dem folgenden Beitrag werde ich drei Thesen vertreten und begründen. Erstens: Juristische Grundlagenforschung im soeben beschriebenen Sinne ist auf ein positives Modell menschlichen Verhaltens angewiesen, um die Folgen rechtlicher Regeln abschätzen und im Lichte (vorgegebener) gesetzgeberischer Zielvorstellungen bewerten zu können. Zweitens: Das ökonomische Konstrukt eines *homo oeconomicus* ist im Ausgangspunkt nach wie vor das leistungsfähigste derartige Modell. Drittens: Dieses Modell bedarf allerdings der Modifikation, um neueren Erkenntnissen der kognitionspsychologischen Forschung Rechnung zu tragen. Veranschaulichen werde ich diese dritte These anhand ausgewählter schuldrechtlicher Problemstellungen.⁴

* Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Unternehmensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

** Überarbeitete und um Nachweise ergänzte Fassung des Vortrages, den ich am 24.9.2004 auf einer von *Robert Alexy* ausgerichteten Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie in Kiel gehalten habe. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten. Die Tagung trug den Titel „Juristische Grundlagenforschung“. Der Vortrag wurde bereits in der Juristenzeitung veröffentlicht.

1 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 171 v. 7.7.1999, 12 ff.

2 Vgl. vor allem die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat „Ein kohärentes europäisches Vertragsrecht – ein Aktionsplan“ v. 12.2.2003, KOM (2003) 68 endg.

3 Für einen Überblick über die Kommissionen bzw. Gruppen vgl. <http://www.uni-koeln.de/jur-fak/instipr/eurprivr/arbeitsgruppen.htm>. Zu den besonders einflussreichen *Principles of European Contract Law* der Lando-Kommission vgl. etwa *Reinhard Zimmermann*, Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand Europäischer Rechtswissenschaft, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Bonn, Vorträge und Berichte Nr. 138, 2003.

4 Für den Bereich des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts vgl. *Holger Fleischer*, *Behavioral Law and Economics* im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht – ein Werkstattbericht, in: Wirtschafts- und

Hier liegt ein Schwerpunkt meiner Überlegungen. Der Beitrag schließt mit einem Ausblick auf die normativen Implikationen einer stark verhaltenstheoretisch fundierten, ökonomischen Rechtstheorie (*Behavioral Law and Economics*).

II. Notwendigkeit eines positiven Verhaltensmodells

Rechtliche Regeln haben unterschiedliche Funktionen: Sie eröffnen Handlungsmöglichkeiten, sie wollen durch veränderte Handlungsbedingungen bestimmte Ziele erreichen, sie transportieren aber auch Werte. Jedenfalls die beiden zuerst genannten Funktionen setzen implizit Annahmen über menschliches Verhalten voraus. So basiert etwa die Einräumung von Vertragsfreiheit im Schuldrecht (vgl. § 311 Abs. 1 BGB) auf der Annahme, dass wir willens und in der Lage sind, unsere Privatrechtsverhältnisse eigenverantwortlich zu gestalten. Und wenn der Gesetzgeber beispielsweise den Verkäufer einer Sache für deren Mangelhaftigkeit haften lässt (§§ 434 ff. BGB), dann geht es ihm nicht nur um Kompensation bei Vorliegen eines Mangels. Angestrebt wird vielmehr zumindest auch, dass diese Haftung das Verkäuferverhalten allgemein in die gewünschte Richtung – die Lieferung einer mangelfreien Kaufsache – lenken wird. Unabhängig davon, welches konkrete Ziel mit einer bestimmten Regelung angestrebt wird, lassen sich die Realfolgen dieser Regelung⁵ nur auf der Grundlage eines positiven Verhaltensmodells ermitteln.

Das bedeutet zunächst, dass eine wissenschaftliche Beratung von Gesetzgebungsgremien bzw. die Entwicklung von potentiell umsetzbaren Regelwerken im Hinblick auf deren Steuerungswirkung ohne Annahmen über menschliches Verhalten unmöglich ist.⁶ Das bedeutet aber auch, dass eine teleologisch ausgerichtete Rechtsanwendung und -fortbildung, welche den gesetzgeberischen Plan im Einzelfall „zu Ende denkt“, auf entsprechende Annahmen ebenfalls zurückgreifen muss, sofern dieser Plan auf bestimmte Realfolgen in der Rechtswirklichkeit zielt.

III. Der homo oeconomicus als positives Verhaltensmodell der Ökonomik

Ein eigenständiges positives Verhaltensmodell hat die Rechtswissenschaft bisher nicht entwickelt. Wenn innerhalb der Jurisprudenz vom „Menschenbild“ die Rede ist, etwa in Entscheidungen des *BVerfG* zum „Menschenbild des Grundgesetzes“,⁷ dann ist damit eine normative Vorstellung verbunden: der Mensch, wie ihn das Recht zeichnet, und nicht der, den wir in der Realität vorfinden. Versteht man Rechtswissenschaft als Normwissenschaft, dann ist dies nicht weiter überraschend; sieht man in ihr

Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung, Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag, A. Fuchs/H.-P. Schwintowski/D. Zimmer (Hg.), 2004, 575 ff.

- 5 Genauer gesagt geht es um die so genannten Adaptionfolgen, also die Folgen aufgrund der verhaltensbeeinflussenden Wirkung rechtlicher Regeln. Zur Begriffsbildung vgl. Gertrude Lübke-Wolff, *Rechtsfolgen und Realfolgen*, 1981, 137 ff.
- 6 Vgl. auch Christoph Engel, *RabelsZ* 67 (2003), 406, 408: „Je stärker wir eine rechtspolitische Rolle annehmen, desto mehr können uns die Modelle der Sozialwissenschaften helfen.“ Die Nützlichkeit dieser Modelle zeigt sich indes auch dann, wenn sich die Jurisprudenz auf eine wissenschaftliche Beratung von Gesetzgebungsgremien beschränkt – Rechtspolitik im Sinne von normativen Zielvorgaben ist nicht ihre Aufgabe.
- 7 Vgl. stellv. *BVerfGE* 4, 7, 15 f.; *BVerfGE* 41, 29, 50; *BVerfG NJW* 2003, 3111, 3113. Dazu Dietmar von der Pfordten *58 Zeitschrift für philosophische Forschung* 321, 339 ff. (2004).

(auch) eine Realwissenschaft,⁸ dann liegt in dem Fehlen eines eigenständigen positiven Verhaltensmodells ein bemerkenswerter Verzicht.

In diese Lücke ist vor einigen Jahrzehnten zuerst in den USA und mit Verzögerung dann auch in Deutschland die ökonomische Theorie gestoßen.⁹ Ihr bewährtes Analyseinstrument, das rational und eigennützig handelnde Individuum, wurde einer Ermittlung der Realfolgen von Rechtsnormen zugrunde gelegt. Eine neue Forschungsdisziplin, die ökonomische Analyse des Rechts, entstand. Jedenfalls für die USA kann man inzwischen bilanzieren, dass die Übertragung des *rational choice*-Ansatzes auf rechtliche Fragestellungen die juristische Forschungslandschaft klar dominiert.

Was genau aber bedeutet *rational choice* mit Blick auf entsprechende Fragestellungen? Die Modellspezifikationen innerhalb der Ökonomik variieren.¹⁰ Zumeist werden drei Aspekte genannt: Ein rational handelnder Akteur verfügt erstens über ein vollständiges, nicht-widersprüchliches, transitives und stabiles Präferenzsystem. Rationales Verhalten spiegelt sich zunächst einmal also in bestimmten formalen Anforderungen an die eigenen Präferenzen. Zweitens werden an diese Präferenzen aber auch gewisse inhaltliche Anforderungen gestellt. Insbesondere wird zumeist angenommen, dass ein entsprechender Akteur nicht altruistisch handelt (keine interdependenten Nutzenfunktionen).¹¹ Drittens schließlich impliziert rationales Verhalten ein instrumentell bzw. technologisch vernünftiges Vorgehen: die Aufnahme und korrekte Verarbeitung aller relevanter Informationen und die Wahl derjenigen Handlungsalternative, die bei einer Zweck/Mittel-Relation – gegeben die eigenen Präferenzen – am vorteilhaftesten ist.

Der so beschriebene *homo oeconomicus* ist nicht ein real existierendes Individuum. Es handelt sich vielmehr um ein abstrahierendes Konstrukt, das Prognosezwecken dient. Freilich nimmt es für sich in Anspruch, die Konturen realen Individualverhaltens im Wesentlichen zutreffend abzubilden. Diesen Anspruch muss es auch erheben – sonst wären die auf seiner Basis abgeleiteten Prognosen nämlich regelmäßig falsch. Davon kann indes zumindest im Grundsatz keine Rede sein: Der *homo oeconomicus* hat der ökonomischen Theorie einen gesicherten Bestand an nicht-falsifizierten Hypothesen über Marktentwicklungen beschert. Ferner ist zu konstatieren, dass sich das ökonomische Verhaltensmodell auch und gerade im Hinblick auf die Analyse rechtlicher – also nicht im klassischen Sinne „marktlicher“ – Fragestellungen als besonders fruchtbar erwiesen hat. Nicht zuletzt das Recht selbst scheint zumindest im Grundsatz von diesem Modell auszugehen. Verhaltenssteuerung durch rechtliche Anreize bzw. Sanktionen lässt sich anders gar nicht sinnvoll denken: Die abschreckende Wirkung etwa von zivil- oder strafrechtlichen Sanktionen setzt voraus, dass wir rational handeln und dass erwartete Kosten unseren Entscheidungskalkül beeinflussen.

8 Ausführlich Horst Eidenmüller, JZ 1999, 53.

9 Der Pionier in den USA ist sicherlich Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 6. Aufl. 2002. Dieselbe Rolle in Deutschland spielen Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4. Aufl. 2004.

10 Ausführlich und anschaulich dazu Russell B. Korobin/Thomas S. Ulen 88 Cal. L. Rev. 1051, 1061 ff. (2000).

11 Russell B. Korobin/Thomas S. Ulen 88 Cal. L. Rev. 1051, 1064 ff. (2000) sprechen insoweit von der *self-interest version* der *rational choice*-Modelle. Diese Version dominiert die ökonomische Analyse des Rechts. Sie hat eine größere prognostische Kraft als andere Versionen, ist aber auch leichter falsifizierbar.

IV. Die Kritik am *homo oeconomicus*

Gleichwohl ist die Kritik am *rational choice*-Ansatz alt. Formuliert wurde sie zunächst vor allem von *Herbert Simon*, der dem vollkommen rational handelnden Akteur der ökonomischen Modellwelt sein Konzept eines nur eingeschränkt rationalen Verhaltens (*bounded rationality*) entgegensetzte.¹² Innerhalb der Institutionenökonomik – wenn auch nicht in der klassischen mikroökonomischen Theorie – hat sich dieses Konzept mittlerweile durchgesetzt.¹³ Allerdings war und ist *Simons* Kritik wenig spezifisch, thematisiert also keine konkreten Einzelabweichungen von dem Modell vollständiger Rationalität, und ihr fehlt auch die empirische Fundierung.¹⁴

1. Rationalitätsdefizite und uneigennütziges Verhalten

Genau diese Schwächen haben die Kognitionspsychologie und die experimentelle Ökonomik in den letzten drei Jahrzehnten zu beseitigen versucht. Bahnbrechende Erkenntnisse auf diesen Gebieten verdanken wir vor allem *Daniel Kahneman*, *Amos Tversky*, *Richard Thaler* und *Vernon Smith*.¹⁵ Ihre Arbeiten und diejenigen anderer Forscher stellen den *homo oeconomicus* als Analyseinstrument auf der Basis einer Vielzahl empirisch nachgewiesener Einzeleffekte in Frage.

a) Rationalitätsdefizite bei Informationsaufnahme und -verarbeitung

Die meisten dieser Effekte betreffen die bereits erwähnte Annahme technologisch bzw. instrumentell vernünftigen Vorgehens. Entgegen dieser Annahme verhält es sich offenbar nicht so, dass reale Akteure in einer konkreten Entscheidungssituation alle relevanten Informationen korrekt aufnehmen und verarbeiten und diejenige Handlungsalternative wählen, die bei einer Zweck/Mittel-Relation im Lichte ihrer eigenen Präferenzen am vorteilhaftesten ist.

Eingeschränkt ist zunächst – wie *Simon* dies schon beschrieb – unsere Fähigkeit zur korrekten *Informationsaufnahme*. Wir nehmen die Realität nur selektiv wahr und tendieren dazu, Informationen, die unseren Interessen, Wünschen oder Glaubenssätzen zuwiderlaufen und damit kognitive Dissonanzen auslösen würden, zu ignorieren.¹⁶ Wer gerade ein Kfz einer bestimmten Marke gekauft hat, wird vor allem positive Testberichte über sein Auto aufmerksam studieren, negative dagegen tendenziell nicht oder nur flüchtig zur Kenntnis nehmen. Darüber hinaus orientieren wir uns vor allem an Informationen, die gerade „zur Hand“ sind (*availability bias*)¹⁷ und wenden Daumenregeln an, die uns im Einzelfall möglicherweise eher in die Irre führen. Geschieht ein Unfall, so erscheint uns seine *ex ante*-Wahrscheinlichkeit im Rückblick höher, als sie es auf der Grundlage der objektiv vorhandenen Daten tatsächlich war

12 Vgl. *Herbert A. Simon* 69 Q. J. Econ. 99 (1955).

13 Vgl. stellv. *Oliver E. Williamson* 19 J. of Econ. Lit. 1537, 1545 (1981).

14 Ein „Mehr“ an empirischer Forschung mahnt zu Recht auch *Reinhard Selten* JITE 146 (1990), 649, 651 an.

15 *Daniel Kahneman* und *Vernon L. Smith* erhielten im Jahre 2002 den Nobelpreis für Wirtschaftswissenschaften. *Amos Tversky* war 1996 verstorben.

16 Grdlg. *Leon Festinger*, A Theory of Cognitive Dissonance, 1957.

17 Vgl. *Amos Tversky/Daniel Kahneman* 5 Cogn. Psychol. 207 (1973).

(*hindsight bias*).¹⁸ Das kann beispielsweise dazu führen, dass Richter eine Haftung vorschnell bejahen, weil sie von einem zu rigiden Fahrlässigkeitsmaßstab (§ 276 BGB) ausgehen. Wir filtern Informationen ferner aufgrund einer eigennütigen Disposition (*self-serving bias*)¹⁹ oder deswegen, weil wir unsere eigene Leistungsfähigkeit zu optimistisch einschätzen (*over-confidence bias*).²⁰ Fragt man zwei Lebenspartner, welchen prozentualen Anteil der Haushaltsarbeit sie erbringen, so wird die Summe regelmäßig weit über 100% liegen.²¹ 96% der Professoren glauben, überdurchschnittlich gute Professoren zu sein.²² Entsprechender „Überoptimismus“ kann uns etwa dazu verleiten, Gefahren zu unterschätzen oder voreilig Verpflichtungen einzugehen, die wir später dann nicht einhalten können.

Beschränkt ist aber nicht nur unsere Fähigkeit zur korrekten Informationsaufnahme. Defizite bestehen auch im Bereich der *Informationsverarbeitung*. Der Grenznutzen zusätzlicher Informationen sinkt aus diesem Grund nicht nur, er wird ab einer bestimmten Informationsmenge sogar negativ.²³ Mit anderen Worten: Ein Mehr an Informationen überlastet uns und führt irgendwann nicht zu besseren, sondern zu schlechteren Entscheidungen, weil wir nicht mehr in der Lage sind, der Informationsflut Herr zu werden.

b) Rationalitätsdefizite im Entscheidungsverhalten

Auch unser Entscheidungsverhalten selbst entspricht nicht den Anforderungen strikter Rationalität. Hätten wir ein konsistentes, nicht-widersprüchliches Präferenzsystem, so würde beispielsweise die Bewertung eines bestimmten Gutes nicht davon abhängen, ob wir es besitzen.²⁴ Indes ist genau dies offenbar der Fall. Es gibt so genannte Besitzeffekte (*endowment effects*).²⁵ Ein Theaterbesucher ist einerseits nicht bereit, seine für 40 Euro erworbene Karte auf dem Schwarzmarkt für 100 Euro zu verkaufen. Er würde andererseits aber niemals auch nur annähernd diese Summe für eine entsprechende Karte ausgeben wollen. Entgegen der ökonomischen Logik sind Indifferenzkurven also nicht reversibel, tatsächliche Kosten und Opportunitätskosten werden von uns nicht gleichgesetzt.

Erklären lässt sich dieses Verhalten mittels des Zusammenwirkens dreier Faktoren.²⁶ Erstens sind Veränderungen eines bestimmten *status quo* (Gewinne oder

18 Vgl. Baruch Fischhoff 1 J. Exp. Psychol.: Hum. Percep. Perf. 288 (1975).

19 Vgl. Dale T. Miller/Michael Ross 82 Psychol. Bull. 213 (1975).

20 Vgl. Baruch Fischhoff/Paul Slovic/Sarah Lichtenstein 3 J. Exp. Psychol.: Hum. Percep. Perf. 552 (1977).

21 Vgl. Cass R. Sunstein 64 U. Chi. L. Rev. 1175, 1182 (1997).

22 Vgl. Heinrich Wottawa in einem Interview mit Spiegel Online (<http://www.spiegel.de/unispiegel/jobundberuf/0,1518,311471,00.html>): „Nach einer mir nur mündlich mitgeteilten Untersuchung glauben 96 Prozent der Professoren, überdurchschnittlich gute Professoren zu sein.“

23 Vgl. Jacob Jacoby/Donald E. Speller/Carol A. Kohn 11 J. of Market. Res. 63 (1974). *Information overload* führt aber natürlich nicht nur zu Defiziten bei der Informationsverarbeitung, sondern auch zu solchen bei der Informationsaufnahme.

24 Das gilt vorbehaltlich der Existenz von Einkommenseffekten, die jedoch regelmäßig allenfalls bei sehr hochwertigen Gütern praktisch relevant werden, vgl. Horst Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl. 1998, 118 ff. m.w.N.

25 Vgl. Richard H. Thaler 1 J. of Econ. Behav. & Org. 39, 44 (1980); Daniel Kahneman/Jack L. Knetsch/Richard H. Thaler 5 J. of Econ. Persp. 193, 194 ff. (1991).

26 Vgl. Daniel Kahneman/Jack L. Knetsch/Richard H. Thaler 98 J. of Pol. Econ. 1325, 1342 ff. (1990); Daniel Kahneman/Jack L. Knetsch/Richard H. Thaler 5 J. of Econ. Persp. 193, 197 ff., 199 ff. (1991).

Verluste) für uns offenbar wichtigere Nutzenträger als Endzustände. Zweitens scheuen wir Verluste (Verlustaversion). Was als Verlust und was als Gewinn wahrgenommen wird, hängt drittens schließlich davon ab, wie ein bestimmtes Entscheidungsproblem formuliert wird (*framing*-Effekte). Für den Besitzer einer Theaterkarte erscheint deren Aufgabe als Verlust, ihr Erwerb für den Nicht-Besitzer demgegenüber als Gewinn.

Die Existenz von Besitzeffekten stellt das Coase-Theorem und damit die Grundlage der ökonomischen Analyse des Rechts in Frage. Wenn die Bewertung einer bestimmten Rechtsposition von deren Allokation abhängt, dann bedeutet dies, dass Verhandlungen auf Märkten auch bei Nicht-Existenz von Transaktionskosten keineswegs zwingend zu einem invarianten Ergebnis führen werden. Die Anfangsallokation einer Rechtsposition determiniert vielmehr möglicherweise die Endallokation. Darauf wird zurückzukommen sein.

Irrationales Entscheidungsverhalten äußert sich nicht nur in Besitzeffekten. Auch die so genannte *sunk cost-fallacy*²⁷ gehört hierher: Entgegen der jedem Kreditsachbearbeiter geläufigen Regel, dass man gutes Geld dem schlechten nicht hinterherwerfen soll, beeinflussen versunkene Kosten unsere Handlungen. Die Arbeit an dem vor Jahren begonnenen Buch wird mühsam fortgesetzt, damit sich die akkumulierten großen Anstrengungen doch noch lohnen – auch wenn keine Aussichten auf einen guten Abschluss bestehen und Alternativprojekte jetzt schneller und mit größerem Erfolg realisiert werden könnten.

Schließlich drücken sich in unserem Entscheidungsverhalten auch zeitlich inkonsistente Präferenzen aus – entgegen der ökonomischen Annahme der Präferenzstabilität. Wir diskontieren die Zukunft umso stärker, je näher sie rückt. Technisch gesprochen: Unsere Diskontierungsfunktionen haben eine hyperbolische Struktur.²⁸ Aus heutiger Sicht fassen wir beispielsweise den Entschluss, im nächsten Jahr etwas für unsere Altersvorsorge zu tun. Ist das nächste Jahr jedoch da, verschieben wir unser Projekt um ein weiteres Jahr usw.²⁹

c) Uneigennütziges Verhalten

Neben Rationalitätsdefiziten bei Informationsaufnahme und -verarbeitung sowie im Entscheidungsverhalten sind es vor allem empirisch dokumentierte Abweichungen von der Eigennutzannahme, die den *homo oeconomicus* als Analyseinstrument in Frage stellen. Statt ausschließlich unseren Nutzen zu mehren, lassen wir uns mehr oder weniger stark auch von Altruismus, Fairnessgesichtspunkten oder anderen sozialen Normen leiten, und bisweilen sind wir zudem gehässig.

Besonders schön zeigt dies eine Vielzahl von Experimenten mit dem berühmten Ultimatum-Spiel.³⁰ Stellen Sie sich vor, Sie müssten einer beliebig ausgewählten anderen Person einen Vorschlag machen, wie ein Geschenk von 100 Euro zwischen Ihnen beiden aufgeteilt werden soll. Akzeptiert diese Person den Vorschlag, gilt der von Ihnen angebotene Aufteilungsmodus. Lehnt sie ab, geht das Geschenk an eine gemeinnützige Einrichtung. Was schlagen Sie vor? Ökonomische Logik diktiert Ihnen

27 Vgl. hierzu etwa *Christine Jolls/Cass R. Sunstein/Richard H. Thaler* 50 *Stan. L. Rev.* 1471, 1482 f., 1492 f. (1998).

28 Vgl. *David Laibson* 112 *Q. J. Econ.* 443 (1997).

29 Vgl. *Andreas Engert* *ZfA* 35 (2004), 311, 312 ff.

30 Vgl. dazu etwa *Werner Güth/Rolf Schmittberger/Bernd Schwarze* 3 *J. of Econ. Behav. & Org.* 367 (1982).

ein Angebot von einem Euro für Ihren Mitspieler und 99 Euro für sich selbst. Ihr Mitspieler sollte dieses Angebot annehmen – 1 Euro ist schließlich besser als kein Euro. Tatsächlich liegen die Angebote bei diesem Spiel indes zumeist im Bereich von 30 bis 50 Euro. Geringere Beträge werden mehrheitlich abgelehnt³¹ – sie erscheinen unfair, und Ihr Mitspieler verzichtet möglicherweise auf viel Geld, um Sie für Ihr Verhalten zu bestrafen (*spite*).

Die Relevanz von Fairnessgesichtspunkten in individuellen Bewertungskalkülen verdeutlicht ferner die reichhaltige Forschung zu dem vielleicht berühmtesten Spiel der Spieltheorie, dem Gefangenendilemma.³² Nicht-kooperatives Verhalten ist hier bekanntlich eine dominante Strategie. Gleichwohl kooperieren die Beteiligten in einer ähnlich gelagerten Spielsituation, und zwar nicht nur in den Anfangsrunden einer iterativ durchgeführten Spielserie, sondern auch am Ende einer entsprechenden Serie, ja sie kooperieren teilweise sogar dann, wenn nur eine einzige Runde gespielt wird.³³ Auf der Basis der Eigennutzannahme lässt sich dies nicht plausibel erklären. Kooperatives Verhalten erscheint vielmehr als eine Norm, die wir aus intrinsischen – nicht instrumentellen – Gründen befolgen.

Das Ultimatum-Spiel und das Gefangenendilemma machen dabei allerdings deutlich, dass die Relevanz von Fairnessgesichtspunkten keineswegs immer zu „mehr Kooperation“ (in Konflikt- bzw. Verhandlungssituationen) führt. Ob es zu diesem Ergebnis kommt, hängt vielmehr von den individuellen Dispositionen der Beteiligten und dem Inhalt der maßgeblichen Gesichtspunkte im Einzelfall ab, ist also in hohem Maße kontextgebunden.

2. Konsequenzen für die ökonomische Theorie

Welche Konsequenzen ergeben sich nun aus den hier nur ausschnittsweise dargestellten, empirisch fundierten Effekten für das ökonomische Verhaltensmodell und – allgemeiner – die ökonomische Theorie? Die Antwort auf diese Frage ist lebhaft umstritten.

a) Stabilität und Relevanz der Effekte

Viele Ökonomen bzw. Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts begegneten den neuen Erkenntnissen zunächst mit großer Skepsis. Aus Laborexperimenten mit Studenten, so hieß es, könne nicht auf das Verhalten von realen Marktteilnehmern geschlossen werden. Etwaige Rationalitätsdefizite bei diesen würden jedenfalls durch Lerneffekte oder dadurch eliminiert, dass die betroffenen Akteure – weil nicht „erfolgreich“ – von den einschlägigen Märkten verschwänden.³⁴ Selbst bei dauerhafter Prä-

31 Genau gesagt liegt die Wahrscheinlichkeit, dass Vorschläge abgelehnt werden, die der Gegenseite weniger als 1/5 gewähren, zwischen 0,4 und 0,6. Vgl. *Ernst Fehr/Klaus Schmidt, Theories of Fairness and Reciprocity – Evidence and Economic Applications*, Institute for Empirical Research in Economics – University of Zurich, Working Paper No. 75, abrufbar unter <http://www.iew.unizh.ch/wp/iewwp075.pdf> m.w.N.

32 Vgl. zu diesem etwa *Shaun P. Hargreaves Heap/Yanis Varoufakis, Game Theory*, 1995, 146 ff.

33 Vgl. *Robyn M. Dawes/Richard Thaler* 2 J. of Econ. Persp. 187, 188 ff. (1988). Die Experimente betrafen die Nachfrage nach öffentlichen Gütern. Auch hier ist es für jeden Spieler eine dominante Strategie, nicht zu kooperieren, also nichts zur Finanzierung des öffentlichen Gutes beizutragen, obwohl auch sie/er es gerne haben möchte (*free rider*-Effekt).

34 Vgl. etwa *Richard A. Posner* 50 Stan. L. Rev. 1551, 1570 f. (1998).

senz bestimmter irrationaler Phänomene beeinflussten diese ökonomische Prognosen jedenfalls dann nicht, wenn sie nicht bei der Mehrheit der betroffenen Marktteilnehmer aufträten oder sich jedenfalls gegenseitig neutralisierten.³⁵

Keines dieser Argumente kann vollständig überzeugen. Die empirische Basis für die hier diskutierten Phänomene ist gesichert, auch im Marktumfeld und unter Berücksichtigung von Lerneffekten: Unsere Möglichkeiten der „Selbsterziehung“ zur Rationalität sind offenbar begrenzt.³⁶ Auch ist es nicht richtig, dass rationalitätsschwache Akteure zwingend vom Markt verdrängt werden: Das mag für Unternehmen gelten, die sich nachhaltig vom Ziel der Gewinnmaximierung verabschieden, nicht aber für natürliche Personen, die als Verbraucher bestimmte Geschäfte praktisch tätigen müssen – vom Brötchenkauf bis zum Erwerb von Versicherungspolice. Gerade hier liegt aber ein wesentliches Anwendungsfeld der ökonomischen Analyse des Rechts. Schließlich kann es im Einzelfall zwar zutreffen, dass Rationalitätsdefizite ökonomische Prognosen nicht tangieren, wenn sie nur wenige Personen betreffen, sich gegenseitig neutralisieren oder aber durch professionelle Akteure ausgenutzt werden können. Man denke etwa an die Preisbildung auf den Kapitalmärkten, sofern die Einschätzungen der Marktteilnehmer symmetrisch um einen effizienten Mittelwert verteilt sind oder aber Intermediäre mit überlegener Rationalität und überlegenem Wissen den Kurs in Richtung des effizienten Wertes treiben. Selbst auf Kapitalmärkten aber gibt es irrationales Herdenverhalten.³⁷ Die Hoffnung auf die prognostische Irrelevanz von Rationalitätsdefiziten ist also immer dann unbegründet, wenn diese Defizite systematisch auftreten und bei allen relevanten Akteuren in dieselbe Richtung weisen. Das aber ist bei den hier diskutierten Phänomenen häufig der Fall. Gerade im Hinblick auf die Steuerungswirkung von Rechtsnormen kommt es nämlich darauf an, wie sich die von den jeweiligen Normen Betroffenen verhalten.³⁸ Betroffen aber ist oft nur ein kleiner Ausschnitt der Gesamtbevölkerung, und dieser wird möglicherweise auch nur situativ erfasst – so etwa bei Haustürgeschäften und ihren Folgen.

b) Ökonomische Erklärungen

Lassen sich Stabilität und Relevanz der diskutierten Effekte für den Regelfall demnach kaum bestreiten, so stellt sich doch die Frage, ob diese nicht vielleicht jedenfalls teilweise mit den Mitteln der ökonomischen Theorie erklärt werden können. Mit anderen Worten: Nicht alles, was irrational erscheint, ist es auch zwingend. So entspricht es etwa der Rationalitätsannahme, den eigenen Informationsstand nur so lange zu verbessern, wie der Grenznutzen der Informationssuche die Grenzkosten übersteigt. Auch der Rückgriff auf bestimmte Daumenregeln kann sich als ökonomischer Umgang mit Unsicherheit erweisen.³⁹

Insbesondere *Richard Posner* hat versucht, vermeintliche Irrationalitäten auf diese Weise zu „rationalisieren“. Wer gerne Hummer esse, damit aber sofort aufhöre, nachdem er gesehen habe, wie seine Speise aus dem Bassin ins kochendheiße

35 Vgl. etwa *Richard A. Posner* 50 *Stan. L. Rev.* 1551, 1556 f. (1998).

36 Vgl. *Daniel A. Farber* 68 *U. Chi. L. Rev.* 279, 292 f. (2001).

37 Vgl. allgemein *Andrei Shleifer*, *Inefficient Markets*, 2000.

38 Ebenso *Russell B. Korobin/Thomas S. Ulen* 88 *Cal. L. Rev.* 1051, 1072 (2000): „To be useful for legal policy, behavioral theories need to predict (with reasonable success) the likely responses to legal rules of the particular classes of actors to whom the rules are geared, whether or not the responses of other classes of actors would likely be identical.“

39 Vgl. *Mark Kelman* 50 *Stan. L. Rev.* 1577, 1584 (1998).

Dampfbad befördert werde, unterliege nicht zwingend einer irrationalen *availability heuristic* in dem Sinne, dass er die neu erlangte Information unverhältnismäßig stark gewichte. Der Betreffende habe vielmehr möglicherweise einfach Präferenzen für zwei verschiedene Arten von Gütern – Hummer sei eben nicht gleich Hummer.⁴⁰ Besitzeffekte erklärt *Posner* vor allem mittels einer Kombination aus evolutionsbiologischer Entwicklung (in prähistorischer Zeit habe es nur „Besitzrechte“ gegeben, wer seinen Besitz verlor, sei im Nachteil gewesen), rationalen Präferenzenanpassungen (man lernt zu schätzen, was man hat) und dem Fehlen naher Substitute.⁴¹ Auch für die Ergebnisse beim Ultimatum-Spiel greift *Posner* auf die Evolutionsbiologie zurück: „The offer of the penny would signal to the respondent the proposer’s belief that the respondent holds a low supposal of his own worth, that he is grateful for scraps, that he accepts being ill-used, that he has no pride, no sense of honor. This weak-spirited creature is just the type who in a prepolitical, vengeance-based society would have been stamped on by his aggressive neighbors and, thus deprived of his resources, have left few offspring.“⁴²

Das mag vielleicht so sein, möchte man *Posner* zurufen, aber der Rückgriff auf die Evolutionsbiologie hilft uns allenfalls zu verstehen, *warum* wir heute bisweilen ein Verhalten an den Tag legen, das früher einmal rational gewesen sein mag, es inzwischen aber nicht mehr ist. Unberührt bleibt die Tatsache, *dass* wir uns – aus heutiger Sicht – bisweilen offenbar irrational verhalten. Will man das ökonomische Verhaltensmodell „retten“, dann muss man ökonomisch argumentieren. Insoweit ist *Posner* zunächst darin zuzustimmen, dass es im Einzelfall plausible ökonomische Erklärungen für vermeintliche Irrationalitäten geben *kann*. Beurteilen lässt sich das zum einen immer nur auf der Basis eines empirisch präzisen Bildes aller messbaren und potentiell relevanten Faktoren und zum anderen im Lichte der theoretischen Überzeugungskraft des jeweiligen Erklärungsansatzes. Deshalb ist etwa *Posners* Deutung von Besitzeffekten wenig stichhaltig. Denn rationale Präferenzenanpassungen und das Fehlen naher Substitute lassen sich durch ein geeignetes Versuchsdesign empirisch ausschließen: Es gibt *instant endowment effects*,⁴³ also Besitzeffekte ohne „Gewöhnungsphase“, und es gibt sie auch auf Märkten mit leicht ersetzbaren Gütern.⁴⁴ Aus theoretischer Sicht problematisch sind vor allem empirisch nicht überprüfbare „*ad hoc*-Reparaturen“ am ökonomischen Verhaltensmodell. Dazu gehört etwa die Annahme, Präferenzen hätten sich plötzlich geändert oder es bestünden – wie in dem Hummer-Beispiel – Präferenzen für unterschiedliche Güter.⁴⁵ Auf diese Weise wird die prognostische Kraft des ökonomischen Modells massiv geschwächt. Eine überzeugende Deutung aller hier diskutierten Effekte im Rahmen eines konventionellen ökonomischen Ansatzes ist jedenfalls, das kann festgehalten werden, nicht möglich.

40 Vgl. *Richard A. Posner* 50 *Stan. L. Rev.* 1551, 1553 f. (1998).

41 Vgl. *Richard A. Posner* 50 *Stan. L. Rev.* 1551, 1565 ff. (1998). Daneben mag eine Rolle spielen, dass man sich in die Nutzung bestimmter Güter „einarbeitet“ (Lesen der Bedienungsanleitung etc.) und so Transaktionskosten spart. Damit lassen sich allerdings *instant endowment effects* nicht erklären, vgl. dazu sogleich im Text.

42 Vgl. *Richard A. Posner* 50 *Stan. L. Rev.* 1551, 1564 (1998).

43 Vgl. *Daniel Kahneman/Jack L. Knetsch/Richard H. Thaler* 98 *J. of Pol. Econ.* 1325, 1342 (1990).

44 Die *instant endowment effects* bei *Daniel Kahneman/Jack L. Knetsch/Richard H. Thaler* 98 *J. of Pol. Econ.* 1325 (1990) betrafen etwa preiswerte (einige US-\$) *coffee mugs*.

45 Krit. insoweit auch *Daniel A. Farber* 68 *U. Chi. L. Rev.* 279, 293 ff. (2001).

c) Anpassung des ökonomischen Verhaltensmodells

Die ökonomische Theorie steht damit vor der Herausforderung, den *homo oeconomicus* im Lichte stabiler und relevanter Rationalitätsdefizite, die systemimmanent bisher nicht erklärbar sind, zu rekonstruieren. Zweifellos geht diese Anpassungsaufgabe mit einem Verlust an Simplität und Generalität des ökonomischen Verhaltensmodells einher: Die notwendige Metamorphose des *homo oeconomicus* macht ihn menschlicher. Sie macht ihn damit aber auch komplizierter. Indes sollte diese Entwicklung nicht mit einer „Enttheoretisierung“ des ökonomischen Ansatzes gleichgesetzt werden.⁴⁶ Keineswegs geht es darum, die verwirrende Vielfalt menschlichen Verhaltens gewissermaßen einfach staunend zur Kenntnis zu nehmen. Aus ökonomischer Sicht muss das Ziel vielmehr nach wie vor darin liegen, die entsprechenden Effekte zum einen empirisch *und* theoretisch zu erfassen (Unter welchen Umständen und mit welcher Intensität werden sie ausgelöst?) und zum anderen auf der Basis eines reformulierten Verhaltensmodells aussagekräftige und potentiell falsifizierbare ökonomische Hypothesen zu entwickeln. Das ist durchaus möglich. So haben *Kahneman* und *Tversky* beispielsweise die Theorie des Erwartungsnutzens nicht einfach aufgegeben. Sie haben sie vielmehr durch einen neuen entscheidungstheoretischen Ansatz, die *prospect theory*, ersetzt.⁴⁷

Richtig ist allerdings, dass die erforderliche Anpassung des ökonomischen Verhaltensmodells zu weniger weit reichenden, also spezielleren Theorien (Mikrotheorien) führen wird, als sie auf der Grundlage des „klassischen“ *homo oeconomicus* möglich waren.

V. Einzelne schuldrechtliche Fragestellungen im Lichte eines reformulierten ökonomischen Verhaltensmodells

Genau daran arbeitet die neue Forschungsrichtung der bereits zu Beginn dieses Beitrages erwähnten *Behavioral Law and Economics*. Im Folgenden werde ich deren Forschungsprogramm an einzelnen schuldrechtlichen Fragestellungen illustrieren. Ob *Behavioral Law and Economics* eine Zukunft hat, muss sich an den Antworten auf entsprechende Fragestellungen erweisen. Eine auch nur annähernde Vollständigkeit der Analyse strebe ich hier naturgemäß nicht an.

1. Informationspflichten

Zu einem wesentlichen Gegenstand der schuldrechtlichen Forschung hat sich in den letzten Jahren vor allem die Phase vor einem etwaigen Vertragsschluss entwickelt. Auf nationaler wie europäischer Ebene ist das so genannte „Informationsmodell“ in aller Munde: Verbraucherschutz soll vorrangig durch den Ausgleich von Informationsdefiziten verwirklicht werden, um so insbesondere auf das tendenziell interventionistische Instrument einer Inhaltskontrolle (weitgehend) verzichten zu können.⁴⁸ Im Zuge

46 So aber *Richard A. Posner* 50 *Stan. L. Rev.* 1551, 1558 ff. (1998).

47 *Daniel Kahneman/Amos Tversky* 47 *Econometrica* 263 (1979).

48 Vgl. etwa *Franz Bydliński* AcP 204 (2004), 309, 360 ff., sowie die Würdigung von *Stefan Grundmann*, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, 1999, 197 f.: „Die Durchsicht der Maßnahmen zeigt, dass fast immer neben eher punktuell eingesetzten Verbots- und Gebotsregeln auch weitgehend flächendeckende Transparenzregeln stehen, die eine informierte Entscheidung und damit letztlich Privatautonomie fördern sollen.“

der Verwirklichung dieses Regulierungsansatzes ist es inzwischen jedoch zu einer solchen Fülle von Informationspflichten gekommen, dass man sich zusehends fragen muss, ob diese die Entscheidungsqualität des Informierten, und sei er auch ein mündiger Verbraucher im Sinne der Rechtsprechung des EuGH,⁴⁹ wirklich noch verbessern. Allein der Umfang der BGB-Informationspflichten-Verordnung macht deutlich, dass die immer „konsequenter“ Umsetzung des Informationsmodells letztlich zu dessen Scheitern führen wird. Möglicherweise ist hier und in vielen anderen Bereichen der Punkt eines *information overload* mit der Folge verschlechterter Verbraucherentscheidungen bereits erreicht.

Dabei gibt es durchaus Alternativen jenseits der Inhaltskontrolle von Verträgen. So kann der Gesetzgeber beispielsweise durch behutsame Maßnahmen die Entstehung von Informationsmärkten unterstützen, auf denen Informationsintermediäre die notwendige Ausgleichsfunktion übernehmen (Förderung von Verbraucherzentralen etc.). Vor allem aber sollte in Zukunft ein besonderes Augenmerk auf die Präsentation der zu gewährenden Informationen gerichtet werden. Wenn es beispielsweise richtig ist, dass wir verlustavers sind und dass lebhaftere und personalisierte Informationen besser wahrgenommen werden als statistische Erkenntnisse (*availability heuristic*), dann ist etwa die Botschaft „Rauchen kann Sie töten“ ungleich wirksamer als der Hinweis auf Studien, nach denen Nichtraucher im Vergleich zu Rauchern eine um X % erhöhte Lebenserwartung besitzen. Kognitionspsychologie und Marketing-Forschung können insofern viel zur effektiven Erreichung gesetzgeberischer Ziele beitragen.

2. Widerrufsrechte

Die hinsichtlich der Funktion und Effektivität von Informationspflichten relevanten Erkenntnisse der Kognitionspsychologie lassen sich auch für eine Analyse von Widerrufsrechten fruchtbar machen. Unser Zivilrecht kennt eine große Zahl entsprechender Rechte, die typischerweise dem „schwächeren“ Vertragspartner die Befugnis geben, seine auf den Abschluss eines bestimmten Vertrages gerichtete Willenserklärung binnen eines bestimmten Zeitraums zu widerrufen (vgl. etwa §§ 312, 312 d, 355, 495 BGB, 8 Abs. 4 VVG). Dem Widerrufsberechtigten soll damit die Möglichkeit gegeben werden, seine Vertragsentscheidung nochmals in Ruhe zu überdenken und gegebenenfalls zu korrigieren (*cooling off-period*). Jedenfalls dort, wo Umstands- oder Zeitmomente eine privatautonome Entscheidungsfindung regelmäßig erschweren, erscheint durch eine entsprechende Befugnis viel gewonnen. Wurde jemand beispielsweise an der Haustür „überrumpelt“ und zu einer unbedachten Unterschrift verleitet, reichen 14 Tage sicherlich aus, um sich sorgfältig Gedanken darüber zu machen, ob man am so geschlossenen Vertrag tatsächlich festhalten möchte.

Im Lichte der bereits diskutierten Erkenntnisse zur Reduktion kognitiver Dissonanzen, zu Besitzeffekten und zu versunkenen Kosten (*sunk costs*) fällt die Bewertung demgegenüber deutlich weniger optimistisch aus: Wir tendieren dazu, ein gerade für Geld erworbenes Gut auch dann zu behalten, wenn dies nicht nutzenmaximierend ist. Die praktischen Erfahrungen mit Widerrufsrechten bestätigen diese Skepsis: Nur ganz wenige Verträge werden tatsächlich widerrufen. So wurden etwa für Haustürgeschäfte einmal Widerrufsquoten von 0,8–1,8 % festgestellt.⁵⁰ Vor diesem Hintergrund

49 Vgl. stellv. *EuGH*, Ur. v. 16.7.1998 – Rs. C-210/96 (*Gut Springenheide*), Slg. 1998, I-04657 Rn. 31, 37. Weitere Nachweise bei R. Streinz/*Brigitta Lurger*, *EUV/EGV*, 2003, Art. 153 EGV Rn. 12.

50 Vgl. BT-Drucks. 10/2876 v. 15.2.1985, 7 f. (1,8 % aller Bestellungen werden bei vertraglich eingeräumtem Lösungsrecht rückgängig gemacht). *Michael Lehmann* GRUR 1974, 133, 140 (nach Angaben des Arbeitskreises „Gut beraten – zu Hause gekauft e.V.“ betrage die Rücktrittsquote 0,8 %).

liegt die Schlussfolgerung nahe, dass eine effektive Unterstützung privatautonomer Entscheidungsfindung andere (oder jedenfalls zusätzliche) Wege gehen muss. Zumindest zu erwägen ist eine rechtskonstruktive Ausgestaltung des Vertragsschlusses bei entsprechenden Geschäften derart, dass diese nur wirksam werden, wenn der „Widerrufsberechtigte“ sie innerhalb von 14 Tagen *bestätigt*. Dem subjektiven Eindruck, das Geschäft sei bereits perfekt, und den durch diesen Eindruck ausgelösten psychologischen Mechanismen ließe sich so entgegenwirken.

3. Verhandlungsunterstützung

Einen zentralen Stellenwert innerhalb des schuldrechtlichen Forschungsprogramms der *Behavioral Law and Economics* besitzen ferner Verhandlungshindernisse und deren Beseitigung. Wir hatten bereits gesehen, dass beispielsweise Besitzeffekte einen effizienzfördernden Austausch auf Märkten verhindern und damit das Coase-Theorem infragestellen können. Auch zu großer Optimismus, die *sunk cost fallacy* oder aber Verlustaversion führen möglicherweise dazu, dass Verhandlungen scheitern, obwohl es allseits vorteilhafte Lösungsmöglichkeiten gibt. Wie sollte das Recht auf entsprechende Kooperationsdefizite reagieren?

a) *Simulation von Verhandlungsergebnissen*

Eine Möglichkeit besteht darin, (hypothetische) erwünschte Verhandlungsergebnisse durch dispositive Rechtsnormen zu simulieren. Der neue § 275 Abs. 2 BGB gewährt dem Schuldner einer Leistung beispielsweise das Recht, diese zu verweigern, soweit sie „... einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht.“ Aus ökonomischer Sicht würde man sagen: Der Leistungsaustausch ist krass ineffizient (geworden), da die Kosten den Nutzen weit übersteigen.⁵¹

Handelten die Beteiligten in dieser Situation bei Abwesenheit von Transaktionskosten wie *homines oeconomici*, dann würden sie das Verpflichtungsverhältnis ohne weiteres freiwillig auflösen: Es gibt einen Kooperationsgewinn in Höhe der Differenz von Leistungskosten und Leistungsnutzen zu verteilen. Schuldner und Gläubiger würden eine Abstandszahlung irgendwo im Bereich zwischen beiden Werten vereinbaren – wo genau, hinge von ihrem jeweiligen Verhandlungsgeschick ab. Im Ergebnis stünden beide damit jedenfalls besser als bei einer Erbringung der Leistung. Indes steht zu befürchten, dass kognitive oder strategische Verhandlungshindernisse dazu führen, dass das erwünschte Resultat in der Realität möglicherweise verfehlt wird. Die dispositive Norm des § 275 Abs. 2 BGB stellt sicher, dass dies nicht geschieht. Insofern ist die Norm allerdings sehr schuldnerfreundlich, ermöglicht sie diesem doch zumindest bei nicht zu vertretenden Leistungshindernissen einen Ausstieg aus dem Vertrag gegen eine Abstandszahlung von „Null“.

51 Vgl. Horst Eidenmüller JURA 2001, 824, 832. Ebenso jetzt MünchKommBGB/Wolfgang Ernst, Bd. 2 a, 4. Aufl. 2003, § 275 Rn. 74. Zur Geschichte der Vorschrift vgl. vor allem Claus-Wilhelm Canaris JZ 2001, 499, 501 ff.

b) Abbau von Verhandlungsbarrieren

Eine andere Möglichkeit, Kooperationsdefiziten zu begegnen, liegt im Abbau von Verhandlungsbarrieren – je geringer diese sind, desto wahrscheinlicher wird es, dass sich kooperative, effizienzfördernde Lösungen durch Verhandlungen einstellen. Betrachten wir beispielsweise einmal Vergleichsverhandlungen im Vorfeld einer möglichen gerichtlichen Auseinandersetzung. Hätten die Beteiligten eine übereinstimmende Einschätzung hinsichtlich der Prozessaussichten, würden sie sich sofort einigen können. Sämtliche Prozesskosten ließen sich sparen, also ein erheblicher Kooperationsgewinn realisieren. Ungerechtfertigter Optimismus, die Wahrnehmung eines Vergleichs als Verlust (relativ zu dem angestrebten Ziel) und/oder das Gefühl, dass sich die in den Konflikt bereits investierten Ressourcen doch irgendwie gelohnt haben müssen, führen gleichwohl häufig zum Scheitern von Vergleichsverhandlungen.⁵²

Zwar können die Konfliktbeteiligten Instrumente einsetzen, die ihnen helfen, etwaige Rationalitätsdefizite zu kompensieren (*debiasing strategies*). Dazu gehören etwa so genannte Prozessrisikoanalysen.⁵³ Indes sind die Möglichkeiten der Selbsterziehung zur Rationalität, wie wir bereits gesehen hatten, offenbar begrenzt – sonst würde beispielsweise von entsprechenden Analysen häufiger Gebrauch gemacht. Das Recht kann hier helfen, die Verschleuderung von Kooperationsgewinnen zu verhindern, indem es etwa die Mediation oder andere Formen der außergerichtlichen Konfliktbeilegung fördert – von der Aufklärung über entsprechende Streitbeilegungsformen bis hin möglicherweise zu einer Pflicht, sich ihrer vor einer Klageerhebung zu bedienen.⁵⁴

4. Inhaltskontrolle

Weitaus heikler als eine juristische Verhandlungsunterstützung durch dispositive Vorschriften oder aber durch den Abbau von Verhandlungshindernissen sind Eingriffe in die Vertragsfreiheit mittels zwingenden Rechts. Aus ökonomischer Sicht sind zwingende Rechtsnormen grundsätzlich suspekt, beschränken sie doch den Raum für privatautonome Gestaltungen und damit *prima facie* auch die Möglichkeiten effizienzfördernden Austauschs. Natürlich kann es Fälle geben, in denen diese Vermutung widerlegt ist. Man denke etwa an die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB), die auch aus ökonomischer Sicht aufgrund der rationalen (nicht irrationalen!) Ignoranz der Klauselgegner und des dadurch ausgelösten Mechanismus der *adversen Selektion* gerechtfertigt ist.⁵⁵ Ähnliches gilt dann, wenn Verträge mit negativen externen Effekten für Dritte verbunden sind. Davon abgesehen scheinen zwingende Rechtsnormen jedoch regelmäßig auf eine illegitime paternalistische Intervention hinauszulaufen.

52 Ausführlich *Horst Eidenmüller*, in: *Mediation in der Anwaltspraxis*, M. Henssler/L. Koch (Hg.), 2. Aufl. 2004, § 2 Rn. 3 ff. m.w.N.

53 Vgl. *Horst Eidenmüller*, ZZP 113 (2000), 5 ff.

54 § 15a EGZPO gibt den Ländern die Möglichkeit, bei bestimmten Streitigkeiten – zu diesen gehören vermögensrechtliche Konflikte mit einem Streitwert nicht über Euro 750 – vor Klageerhebung einen obligatorischen Güteversuch vorzuschreiben. Die Vorschrift ist aus vielen Gründen zu kritisieren, unter anderem deshalb, weil der Güteversuch bei einem im Mahnverfahren geltend gemachten Anspruch nicht vorgeschrieben ist (§ 15a Abs. 2 Ziff. 5 EGZPO).

55 Grundlegend zur *adversen Selektion* *George A. Akerlof* 84 Q. J. Econ. 488 (1970). Zur Relevanz dieses Mechanismus für die juristische AGB-Kontrolle vgl. etwa *MünchKommBGB/Jürgen Basedow* (Anm. 51), Vor § 305 Rn. 4 ff.; *Michael Adams* BB 1989, 781; *Hein Kötz* JuS 2003, 209.