

Hans-Peter Schwintowski

**Verteilungsdefizite durch Recht  
auf globalisierten Märkten**

Grundstrukturen einer Nutzentheorie des Rechts

Antrittsvorlesung

26. Januar 1995

Humboldt-Universität zu Berlin  
Juristische Fakultät  
Institut für Deutsches und Europäisches  
Unternehmens-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht

Copyright: Alle Rechte liegen beim Verfasser

Redaktion:  
Gudrun Kramer  
Forschungsabteilung der Humboldt-Universität  
Unter den Linden 6  
10099 Berlin

Herstellung:  
Linie DREI, Agentur für Satz und Grafik  
Wühlischstr. 33  
10245 Berlin

Heft 47

Redaktionsschluß: 28. 02. 1995

## **I. Globalisierung**

“In Berlin spürt man die Zukunft”. So jedenfalls ging es William Shawcross, einem der bekanntesten britischen Publizisten, nachdem er eine Reise im Nachtzug von Paris nach Berlin als spektakulär und erhehend erlebt hatte.<sup>1</sup> Ganz unabhängig davon, was man von Nachtzügen und ihren euphorisierenden Wirkungen hält, wird man Shawcross zustimmen, wenn er weiter schreibt, daß „sich mit dem Fall der Mauer und des eisernen Vorhangs die politische Landschaft nicht nur in Europa, sondern in der ganzen Welt mit einem Schlag verändert hat.” Hand in Hand damit wandelte auch die Weltwirtschaft ihr Gesicht. Die Europäische Union entstand auf der Grundlage des Vertrages von Maastricht. Österreich, Finnland und Schweden traten der Gemeinschaft bei. Andere, vor allem osteuropäische Staaten, drängen zumindest auf Assoziation. Die riesigen Märkte Osteuropas öffneten sich und China, das sich bisher weigerte den politischen Umstrukturierungsprozeß mitzuvollziehen, erlebt als Folge von Teilprivatisierungen derzeit den stärksten Wirtschaftsaufschwung aller Zeiten. Nach über siebenjähriger Verhandlung wurde am 15.04.1994 in Marrakesch die 8. Welthandelsrunde des GATT, die Uruguay-Runde, abgeschlossen. Die Vertreter der 117 Teilnehmerländer unterzeichneten das Übereinkommen zur Errichtung der neuen Welthandelsorganisation (WTO = World Trade Organisation).<sup>2</sup> Parallel dazu entstand, unter Beteiligung namhafter deutscher Kartellrechtler, die Initiative für ein Weltkartellrecht im Rahmen des GATT, genauer der “Draft International Antitrust Code”.<sup>3</sup> Nordamerika und Mexiko haben sich zur Freihandelszone NAFTA zusammengeschlossen. Ähnliche Bemühungen gibt es für den gesamten (auch süd-)amerikanischen Raum, für die GUS-Staaten und große Teile Asiens unter Einschluß Australiens. Es hat sich eingebürgert, die hier nur angedeuteten Struktur-

veränderungen auf den Weltmärkten mit dem Begriff **Globalisierung**<sup>4</sup> zu charakterisieren. Dahinter verbirgt sich ein fundamentales Problem moderner Rechtsordnungen. Je globaler Märkte miteinander verknüpft sind, desto weniger stimmen sie und die rechtlichen Institutionen, die sie ordnen sollen, überein. Es findet ein Wettbewerb der Rechtsordnungen statt, der immer mehr Lebensbereiche betrifft. Die Regierungen der Nationalstaaten verlieren Stück für Stück die Fähigkeit, die wirtschaftliche Zukunft ihrer Bürger zu gestalten. Jean-Claude Paye, Generalsekretär der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) in Paris drückt das so aus: "Zum erstenmal in der Geschichte sitzt heute die ganze Welt im selben Boot der globalen Marktwirtschaft. An diese Veränderung müssen wir uns anpassen. Wir müssen unsere Industrie restrukturieren, und wir brauchen neue Spielregeln für die Weltwirtschaft". Im Kern wird es bei diesen Spielregeln um nichts Geringeres als die Grundstrukturen eines Weltwirtschaftsrechts mit Schwerpunkten im Bereich des Unternehmens-, Sozial-, Umwelt-, Arbeits- und Kartellrechts gehen. Gefragt sind Standards für Umwelt- und Sozialverträglichkeit, für hinreichende Arbeits- und Lebensbedingungen sowie für Freiheit und Fairneß auf den Märkten. Betroffen sind z. Z. ca. 6 Mrd. Menschen, die sich exponentiell, vor allem in den ärmeren Regionen dieser Welt, vermehren und die als Folge der daraus resultierenden Komplexität Regel- und Informationssysteme nachfragen, die existenzsichernd und einfach handhabbar für alle sind. Die daraus resultierenden Fragen werden schon heute auf der Ebene des Internationalen Wirtschaftsrechts, des Internationalen Privatrechts und des Europa- und Völkerrechts diskutiert. Methodisch wird mit den Mitteln der Rechtsvergleichung, der Theorie der juristischen Argumentation und der Ökonomischen Analyse des Rechts gearbeitet. Ein institutioneller Rahmen zur Erforschung der theoretischen Grundlagen des Rechts für globalisierte Gesellschaften fehlt aber ebenso, wie eine Nutzentheorie des Rechts. Die folgenden Überlegungen wollen versuchen, einen ersten Baustein für eine solche Theorie zu liefern.

## **II. Verteilungsdefizite durch Recht**

Zentrale These der folgenden Überlegungen ist, daß durch die derzeit weltweit praktizierten Rechtssysteme, und zwar ganz gleich welcher Art, Verteilungsdefizite in einem schwer zu berechnenden aber ganz erheblichem Umfang entstehen. Es handelt sich um systemimmanente Verteilungsdefizite, die im Kern darauf beruhen, daß es in den praktizierten Rechtssystemen dieser Welt keine Prinzipien gibt, die dafür sorgen, daß bessere Rechtssysteme schlechtere verdrängen und daß bessere Rechtsregeln automatisch an die Stelle schlechterer treten. Als Folge davon werden weltweit Rechtssysteme und Rechtsregeln praktiziert, die unteroptimal sind. Die daraus resultierende Ressourcenvergeudung ist auch nicht durch ein ethisch-moralisches Umverteilungspostulat legitimiert,<sup>5</sup> so daß es keine Frage sein kann, daß Verteilungsdefizite dieser Art auf Überwindung drängen. Bisher handelt es sich bei der These, daß unseren praktizierten Rechtssystemen Verteilungsdefizite immanent sind, eher um eine Behauptung. Im nächsten Schritt soll deshalb versucht werden, diese Behauptung mit Leben zu erfüllen, d. h. die These zu begründen (III). Daran anschließend soll gezeigt werden, welches theoretische Instrumentarium zur Verfügung steht, um Verteilungsdefizite durch Recht zu überwinden (IV). Schließlich geht es im letzten Schritt um die Überführung dieses theoretischen Konzeptes in praktisch handhabbare Regeln und insbesondere um die Frage, ob uns diese Regeln möglicherweise de lege lata zur Verfügung stehen (V).

## **III. Recht als Produktionsfaktor**

Verteilungsdefizite durch Recht entstehen, weil die derzeit weltweit praktizierten Rechtssysteme über keinen sich selbst steuernden Optimierungsmechanismus verfügen, so daß als schlechter erkannte Rechtssysteme oder -regeln nicht automatisch durch bessere ersetzt werden. Auch der zunehmende Wettbewerb zwischen den Rechtssystemen auf zusammenwachsenden (globalisierten) Märkten ändert an diesem Befund

nichts, eben weil es kein sich selbst optimierendes Rechtssystem gibt, das man im Wettbewerb der Systeme frei wählen könnte.

## 1. Lehre von den Produktionsfaktoren

Der entscheidende Grund dafür, daß Verteilungsdefizite durch Recht entstehen, liegt darin, daß Recht nicht nur ein Ordnungs- und Konfliktlösungsmechanismus, sondern darüber hinaus, und zwar neben Boden, Kapital und Arbeit, **Produktionsfaktor** ist. Das bedeutet, daß das volkswirtschaftliche Gesamteinkommen dadurch wächst, daß bestimmte Rechtsregeln entdeckt und/oder optimiert werden und umgekehrt dadurch sinkt, wenn dieses nicht oder nur schlecht geschieht. Die Erkenntnis, daß Recht als Produktionsfaktor die Gesamtkostenrechnung einer Volkswirtschaft in erheblichem Umfang beeinflußt, ist grundlegend aber nicht neu.

Die Lehre von den Produktionsfaktoren wurde von der Volkswirtschaftslehre entwickelt und strahlte von dort in die Betriebswirtschaftslehre aus.<sup>6</sup> Weite Verbreitung und Zustimmung hat das von Erich Gutenberg vorgeschlagene System der produktiven Faktoren gefunden.<sup>7</sup> Es umfaßt sechs Faktoren, nämlich die menschliche Arbeitsleistung, die Betriebsmittel, die Werkstoffe, die Betriebs- und Geschäftsleitung, die Planung und die Organisation. Die Begriffe Planung und Organisation deuten bereits die Nähe zum Recht an. Walter Busse von Colbe und Gert Laßmann unterscheiden wie Gutenberg zwischen Elementarfaktoren und dispositiven Faktoren. Sie führen aber als dritte Kategorie Zusatzfaktoren ein, worunter sie Leistungen von Staat, Kommunen, Verbänden, Kreditinstituten und Versicherungen zusammenfassen.<sup>8</sup> In dieser Klassifikation werden staatliche Leistungen, wie etwa das Rechtssystem, bereits als Produktionsfaktoren erkannt. Helmut Kurt Weber hat dann 1980 präzisiert und an die insbesondere in der Finanzwissenschaft entwickelte Unterscheidung in öffentliche und private Güter angeknüpft.<sup>9</sup> Unter den öffentlichen Gütern werden alle staatlichen Güter verstanden, für die zwar Steuern, aber nicht immer ein der Nutzung äquivalentes Entgelt

zu entrichten ist. Insbesondere das vom Staat zur Verfügung gestellte Rechtssystem ist ein solches öffentliches Gut. Konsequenterweise führt Weber fort, daß man die öffentlichen Güter, da sie von den Wirtschaftsbetrieben beansprucht werden, in das Faktorsystem, am besten als eigene Kategorie, aufnehmen müsse.<sup>10</sup> Ganz unabhängig davon also, ob man das Rechtssystem, wie früher, als Teil des Produktionsfaktors Kapital oder, wie heute, als eigenständige Kategorie begreift, gibt es jedenfalls in den Wirtschaftswissenschaften keinen Zweifel darüber, daß Recht als Produktionsfaktor wirkt und auf diese Weise sowohl zum einzelwirtschaftlichen als auch zum volkswirtschaftlichen Gesamteinkommen beiträgt.<sup>11</sup>

## **2. Das Binnenmarktprogramm**

Für Juristen ist diese Betrachtungsweise zwar begrifflich fremd, aber von der Sache her durchaus selbstverständlich. Prominentes Beispiel ist das am 31.12.1992 in großen Teilen abgeschlossene Binnenmarktprogramm der Europäischen Union. Das Binnenmarktprogramm beruhte auf der im Juli 1987 in Kraft getretenen Einheitlichen Europäischen Akte, die ihrerseits im Cecchini-Bericht wurzelte. Nach diesem Bericht, dem etwa 11 000 Unternehmensbefragungen zugrunde lagen, wurden die Kosten der Nichtverwirklichung des Binnenmarktes auf etwa 500 Mrd. DM geschätzt.<sup>12</sup> Positiv bewirkt die Schaffung des Binnenmarktes ein zusätzliches Wachstum von 4 bis 7 % des Bruttoinlandsproduktes und die Schaffung von etwa 5 Mill. neuer Arbeitsplätze. Der damalige Staatssekretär im Bundeswirtschaftsministerium, Otto Schlecht, stimmte diesen Einschätzungen weitgehend zu.<sup>13</sup> Konkret ging es dem Binnenmarktprogramm um den Abbau der Grenzformalitäten, die Überwindung des Protektionismus im öffentlichen Auftragswesen, um Beseitigung der Handelshemmnisse durch technische Normen, um rechtliche Barrieren im grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsverkehr sowie um die Kosten der Marktzersplitterung für die Industrie.<sup>14</sup> In allen hier genannten Bereichen ging es also um eine Veränderung der Rechtsregeln für freien und ungehinderten Handel in der Eu-

ropäischen Union, oder um es noch plastischer zu sagen: Die Gesamtkosten der Nichtverwirklichung des Binnenmarktes beruhen ausschließlich auf unteroptimalen Rechtsregeln. Das sollte klarmachen, um welch enormes Potential es geht, wenn über Verteilungsdefizite durch Recht gesprochen wird. Zugleich wird erkennbar, daß das Programm zur Herstellung des Binnenmarktes, es handelte sich um ca. 300 Verordnungen und Richtlinien, nichts anderes als ein Konzept zur Optimierung des Europäischen Rechtssystems war.

### **3. Die dauerhafte Überführung der Binnenmarktidee in die Rechtssysteme**

Wir verfügen also bereits über ein sogar in der Praxis bewährtes Modell zur Optimierung von Recht, es geht nur noch darum, uns dieses in den theoretischen und praktischen Konsequenzen voll bewußt zu machen. Auch insoweit sind die Zeichen der Zeit durchaus erkannt. Kurt Biedenkopf formulierte kürzlich: "Zu den wichtigsten Formen der Entwicklungshilfe Westeuropas für Osteuropa im Zuge des Transformationsprozesses wird es ... gehören, unsere hochentwickelten und vielfach komplizierten rechtlichen, organisatorischen und institutionellen Vorkehrungen für eine marktwirtschaftliche Ordnung auf **einfachere Strukturen zu reduzieren**, ... Entscheidend sei es, sich von der Erkenntnis leiten zu lassen, "daß der Fortschritt vom Primitiven über das Komplizierte zum Einfachen führt. Allerorts haben wir jedoch die Neigung, auf der Entwicklungsstufe des Komplizierten stehenzubleiben und Fortschritt als eine ständige Steigerung der Kompliziertheit zu definieren - was von einem gewissen Punkt ab eben kein Fortschritt mehr ist, weil die Menschen nicht mehr in der Lage sind, sich in der Kompliziertheit ihrer eigenen geistigen Konstrukte zurechtzufinden. Wenn die Notwendigkeit, so Biedenkopf weiter, beim innerdeutschen Transformationsprozeß zu improvisieren und nach einfacheren Lösungen zu suchen, dazu führt, daß wir die Kompliziertheit der westdeutschen Gesellschaft um einiges verringern, so haben wir auch auf diese Weise einen wichtigen

Beitrag zur Erneuerung des geeinten Deutschland geleistet”<sup>15</sup>  
Genau besehen geht es nicht nur um einen wichtigen Beitrag zur Erneuerung des geeinten Deutschlands, sondern um einen noch viel wichtigeren zur Erneuerung der Rechts- und Wirtschaftssysteme dieser Welt. Um es mit den Worten des Atom- und Elementarteilchen-Physikers Hans-Peter Dürr zu sagen: “Ohne eine Änderung der Rahmenbedingungen und der Spielregeln der von uns praktizierten Ökonomie können keine der uns heute bedrängenden Probleme - der Friedenssicherung, des Ressourcenschutzes, der Mitweltverträglichkeit und der Herstellung und Bewahrung wirtschaftlicher, gesellschaftlicher und kultureller Ausgewogenheiten zwischen Menschen und Völkern - gelöst werden.”<sup>16</sup>

#### **4. Extrakt der bisherigen Überlegungen**

Als Extrakt der bisherigen Überlegungen kann festgehalten werden, daß Recht ein Produktionsfaktor ist und damit zum volkswirtschaftlichen Gesamteinkommen beiträgt. Verteilungsdefizite durch Recht entstehen, weil es keine Regel gibt, mit deren Hilfe ein besseres Rechtssystem oder eine bessere Rechtsregel den jeweils schlechteren Zustand (automatisch) verdrängen würde. Dabei ist schon jetzt erkennbar, daß es sich um Regeln handeln könnte, die es noch gar nicht gibt, die also entdeckt werden müßten, um nutzenstiftend zu wirken. Ein Beispiel für eine solche Regelinnovation dürfte die “Entdeckung” der Sozialversicherung gegen Ende des vergangenen Jahrhunderts gewesen sein, ohne die die gesamte medizinische Revolution unseres Jahrhunderts nicht denkbar wäre. Auf der anderen Seite stehen Kostensenkungspotentiale als Folge von Analyse und Verschlinkung bestehender Rechtsregeln. Hier geht es in der Terminologie der Ökonomischen Analyse des Rechts um die Senkung von Transaktionskosten, z. B. um die Senkung von Rechtsberatungs- und Rechtsdurchsetzungskosten. Die alles entscheidende Frage lautet, wie ein Mechanismus beschaffen sein muß, der dafür sorgt, daß Regelinnovation und Senkung von Transaktionskosten quasi automatisch, nämlich immer dann realisiert werden, wenn dies

möglich und nutzensteigernd ist. Es wird sich zeigen, daß es einen theoretischen Mechanismus zur Optimierung von Rechtssystemen und Normen gibt, daß es aber nicht ganz einfach ist, diesen theoretischen Ansatz in eine praktisch handhabbare Form zu überführen.

#### **IV. Funktionsfähiger Wettbewerb um Recht**

##### **1. Das Coase-Theorem**

Die Frage, ob ein Rechtssystem oder eine Rechtsregel optimal ist, kann nur durch einen Kosten-Nutzenvergleich gegenüber alternativen Verhaltensmodellen entschieden werden. Darauf hat Ronald Coase mit seinen bahnbrechenden Aufsätzen über "The Nature of the Firm" aus dem Jahre 1937 und über "The Problem of Social Costs" aus dem Jahre 1960 hingewiesen.<sup>17</sup> Insoweit besteht zwischen den Vertretern der Ökonomischen Analyse des Rechts, die sich als Disziplin auf der Grundlage dieser beiden inzwischen nobelpreisgekrönten Aufsätze entwickelt hat, Einigkeit.<sup>18</sup> Bei der noch immer nicht ganz verwirklichten Aufhebung der Grenzkontrollen innerhalb Europas<sup>19</sup> genügt es beispielsweise nicht, die Kosten für das Grenzpersonal und für die Unterhaltung der Grenzkontrollpunkte zu ermitteln, um sagen zu können, was dieses System kostet. Entscheidend ist vielmehr, welche alternativen Kosten entstehen, und ob diese niedriger sind. Das ist bei dem Plan, die Grenzkontrollen abzuschaffen, natürlich auch bedacht worden, d. h. man hat nicht übersehen, daß man im Bereich der Polizei- und Zollfahndung ein völlig neues europaweit vernetztes Computersystem braucht, und daß z. B. die lebensmittelrechtliche Kontrolle von Gütern auf Lkw's zwar nicht mehr an den Grenzen, sondern im Ursprungsland, aber natürlich nicht kostenlos, erforderlich ist. Es wurde auch nicht vergessen, daß ein Teil des Grenzpersonals möglicherweise arbeitslos wird und damit die Sozialkassen belastet, und schließlich gingen in die Gesamtkostenanalyse auch die Investitionen für Um- und Abbau der Grenzkontrollpunkte ein.

Im Bereich des öffentlichen Auftragswesens<sup>20</sup> mußte, um ein zweites Beispiel zu wählen, zunächst einmal erheblich investiert werden, um die europaweite Vergabe öffentlicher Aufträge überhaupt zu ermöglichen. Inzwischen können die Unternehmen über eine Vielzahl von Euro-Informationsstellen die öffentlichen Aufträge innerhalb der Europäischen Union abfragen und ihre Angebote darauf einstellen. Der dadurch entstehende Wettbewerb um öffentliche Aufträge soll, wenn sich niemand verrechnet hat, zu Einsparungen führen, die die Investitionen bei weitem übersteigen. Auf ähnlichen Argumentationsmustern beruhen die Marktöffnungen im GATT'94 oder in der NAFTA.

Theoretische Basis für diese Art von Kosten-Nutzen-Analysen ist das Kaldor-Hicks-Kriterium, das die englischen Ökonomen Kaldor und Hicks als Entscheidungsregel für die Wahl zwischen zwei sozialen Zuständen im Jahre 1939 vorschlugen. Eine Entscheidung ist danach dann und nur dann sozial gerechtfertigt, wenn es zumindest möglich ist, aus dem Gewinn der Begünstigten die Benachteiligten zu entschädigen, wobei die Begünstigten trotzdem noch einen Vorteil haben.<sup>21</sup> Die entscheidende Frage ist nun, welcher Mechanismus dazu führt, daß sich aus dem Kreis von Verhaltensalternativen jeweils die durchsetzen, die am günstigsten sind, also den größten Gesamtnutzen stiften. Auch insoweit hat Coase den Weg angedeutet. Normalerweise würden die Parteien jedenfalls dann, wenn ihre Rechte wohldefiniert und die Ergebnisse von Rechtsstreitigkeiten leicht vorhersehbar wären, die ihnen adäquate Rechtsordnung durch Verhandlungen, d. h. im freien Wettbewerb, selbst festlegen.<sup>22</sup> Probleme gäbe es, wenn die Kosten der Rechtsfindung und Durchsetzung (Transaktionskosten) so hoch lägen, daß es schwierig würde, die vom Rechtssystem vorgegebene Ordnung der Rechtspositionen zu ändern. Aus diesem Grund plädiert Coase dafür, daß die Kosten für Rechtsfindung und -Durchsetzung möglichst niedrig sein sollten.

Es ist von verschiedenen Seiten darauf hingewiesen worden, daß dieses Coase-Theorem die Realität nicht ganz erfaßt, weil die konkrete Verteilung von Rechtspositionen und die Vermö-

gensverteilung schlechthin eben doch Einfluß auf die Ressourcenallokation haben.<sup>23</sup> Diese - richtigen - Einwände sind im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung, weil es hier genügt festzuhalten, daß sich Märkte für Recht nach genau demselben Prinzip optimieren, das für alle anderen Produktionsfaktoren ebenfalls gilt, dem Prinzip des **funktionsfähigen Wettbewerbs**. Funktionsfähiger Wettbewerb überführt nämlich die eingesetzten Ressourcen in ihre optimale Verwendung und somit auf den jeweils höchsten Standard.

## 2. Das Konzept funktionsfähigen Wettbewerbs für Recht

Dabei ist die Erkenntnis grundlegend, daß Wettbewerb kein sich selbst steuerndes, quasi genetisches Verfahren ist, sondern ein normativ gesetztes Marktkoordinationsverfahren zur Erreichung bestimmter Ziele, nämlich von leistungsgerechter Einkommensverteilung, Konsumentensouveränität, optimaler Faktorallokation, Anpassungsflexibilität sowie technischem Fortschritt.<sup>25</sup> Damit erweist sich funktionsfähiger Wettbewerb im Grundsatz als Optimierungsverfahren auch und gerade für Rechtssysteme und Rechtsregeln.

Ob der Wettbewerb auf Märkten für Faktorleistungen funktioniert, richtet sich normalerweise danach, ob das freie Spiel von Angebot und Nachfrage die Preisbildung bestimmt. Auf den Märkten für Recht läßt sich mit diesem Maßstab nicht arbeiten, weil Recht weder als System noch als Einzelregel Gegenstand eines echten Angebots- und Nachfrageprozesses ist. Recht wird vielmehr als öffentliches Gut entweder vom Staat oder von seinen Richtern zur Verfügung gestellt. Die dabei entstehenden Kosten werden indirekt, über Steuern, kompensiert und gehen damit nicht unmittelbar in den Prozeß der Rechtsfindung und -durchsetzung ein. Um beurteilen zu können, ob ein Rechtssystem oder eine Rechtsregel optimal ist, benötigt man also einen Maßstab, der sich nicht an der durch Angebot und Nachfrage gekennzeichneten Einzelaktion orientiert, sondern auf den Gesamtnutzen abstellt. Genau diesem Konzept folgte der

Cecchini-Bericht, mit dessen Hilfe die Kosten der Nichtverwirklichung des Binnenmarktes in Europa errechnet wurden. Eine solche, auf den Gesamtnutzen abstellende Betrachtungsweise, bietet sich auch zur Analyse von Rechtssystemen und Rechtsregeln an, wobei einzuräumen ist, daß das Kriterium Unschärfe hat, weil Recht immer nur einen Teil des Gesamtproduktionsprozesses widerspiegelt. Die folgenden Thesen sind deshalb bewußt in die Form einer (widerleglichen) Vermutung gekleidet. Sie lauten:

Es spricht eine (widerlegliche) Vermutung dafür, daß der Wettbewerb um Rechtssysteme und Rechtsregeln dann funktionsfähig ist,

- (1) wenn der Gesamtnutzen aller in einer Periode produzierten Waren und Dienstleistungen gegenüber der Vorperiode zunimmt oder gleichbleibt,
- (2) sofern alle Akteure des Systems wettbewerbsfähig sind, also zumindest über ein ihre Existenz sicherndes Minimaleinkommen verfügen. Dabei nimmt
- (3) der Gesamtnutzen dann zu, wenn objektiv
  - a) der Tauschwert aller produzierten Waren und Dienstleistungen in einer Periode zunimmt und/oder
  - b) die Kosten für Tauschprozesse sinken, sofern subjektiv
  - c) die Nutzenzufriedenheit der Akteure gleichbleibt oder steigt.

Es wurde bereits betont, daß die These 1 (Gesamtnutzen) widerleglich ist. Das ist erforderlich, weil aufgrund ökonomischer Faktoren der Gesamtnutzen einer Periode trotz unteroptimalen Rechtssystems zunehmen, aber umgekehrt auch abnehmen kann, obwohl das Rechtssystem optimal ist. Die These 2 führt ein existenzsicherndes Minimum für alle Akteure ein. Diese Forderung nach einem "Mindestrecht auf Einkommen" ist alt. Sie findet sich schon in den klassischen Utopien, etwa in Thomas Morus' "Utopia" (1517), in Campanellas "Sonnenstaat" (1623) und in Bacons "Neu-Atlantis" (1638). Die Idee wurde von den französischen utopischen Sozialisten, vor allem von Charles Fourier verfochten und klingt bei Wilhelm Weitling (1842, 1855) an.<sup>26</sup> Wir diskutieren heute die gleiche Frage unter dem Stichwort Bürgergeld.

Die Forderung nach Sicherung eines verfügbaren Minimaleinkommens ist für eine Nutzentheorie des Rechts nicht nur aus ethischen Gründen unverzichtbar. Ökonomisch geht es vor allem darum, alle Akteure wettbewerbsfähig zu machen und damit zumindest die Chance zu eröffnen, in das Marktgeschehen auch innovativ einzugreifen.<sup>27</sup> Ganz entscheidend aber beruht diese These auf dem **Gesetz vom abnehmenden Grenznutzen des Einkommens**. Dieses Gesetz besagt, daß der Einkommensnutzen einer Person mit steigendem Einkommen zwar zunimmt, aber unterproportional.<sup>28</sup> Die Erhöhung des Sozialhilfeminimums um DM 200,- pro Monat stiftet einen erheblich höheren Nutzenzuwachs als die vergleichbare Erhöhung des Gehalts eines Universitätsprofessors.

In These 3a und b wird klargestellt, daß sich der Gesamtnutzen objektiv im Tauschwert der produzierten Waren und Dienstleistungen widerspiegelt und durch die Kosten für Tauschprozesse beeinflußt wird. Das entspricht auf der einen Seite dem Coase-Theorem (3b) und seiner Forderung nach Minimierung der Transaktionskosten. Gefordert werden aber darüber hinausgehend (3a) auch Innovationen in das Rechtssystem, d. h. Verfahrensweisen, die den Wettbewerb, wie es Friedrich August von Hayek formuliert hat, zum Entdeckungsverfahren machen.<sup>29</sup>

Die schließlich formulierte Forderung nach einer (subjektiven) Nutzenszufriedenheit (3c) ist ein neuartiges und vielleicht auch verwirrendes Element zur Ermittlung des Gesamtnutzens von Rechtssystemen. Der Grund liegt zum einen im Rechtssystem selbst. Recht beruht nicht nur auf Kostenkalkülen, woran auch die Vertreter der Ökonomischen Analyse des Rechts nicht zweifeln.<sup>30</sup> Zur Herstellung von Gerechtigkeit im materialen Sinne werden seit altersher Kriterien verwendet, die über ein bloßes Denken in alternativen Kosten hinausgehen.<sup>31</sup> So ist der freie Handel mit Organtransplantaten ebenso unzulässig, wie derjenige mit Opiaten und ähnlichen harten Drogen, obwohl beide Verbote zu mafiösen und kriminellen Verhaltenweisen führen und die Preise exorbitant hochtreiben. Straftaten werden mit Freiheits- oder Geldstrafe belegt, und zwar auch dann noch, wenn der gesamtwirtschaftliche Nachteil höher als der Nutzen ausfällt. Daran hat sich trotz

des von Gary S. Becker 1976 entwickelten und inzwischen mit dem Nobelpreis belohnten ökonomischen Ansatzes zur Erklärung menschlichen Verhaltens nichts geändert.<sup>32</sup> Die Beispiele ließen sich mühelos vervielfältigen und belegen, daß Recht zum Teil bewußt auf ökonomisches Kalkül verzichtet, um im Zeitablauf zwar wandel-, aber nicht verzichtbare moralisch-ethische Wertkategorien durchzusetzen. Die Gesamtsumme dieser subjektiven Nutzenkalküle läßt sich als **Nutzenzufriedenheit** definieren und gibt zugleich Auskunft über die Funktionsfähigkeit eines Rechtssystems. Das geflügelte Wort von Bärbel Bohley: “Wir wollten Gerechtigkeit und bekamen den Rechtsstaat” hat, wenn nicht alles täuscht, den Grad der Zufriedenheit mit dem deutschen Rechtssystem (auch im Westen!) verschlechtert, obwohl durch diesen Satz keine einzige Rechtsregel verändert wurde. Das bedeutet, daß das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit einer Rechtsordnung durch ein reines Werturteil erschüttert werden kann und dies ist zugleich Legitimation dafür, den Grad der Nutzenzufriedenheit als Strukturbaustein in eine Nutzentheorie des Rechts mit aufzunehmen. Wahrscheinlich wäre es zweckmäßig, keinen Mittelwert aus beiden Nutzenkategorien zu ziehen, sondern prinzipiell zwischen objektivem und subjektivem Gesamtnutzen zu unterscheiden, schon deshalb, um die Differenzen zwischen beiden Bereichen nicht zu vertuschen und gegenseitige Rückwirkungen zu ermöglichen.

### 3. Zwischenergebnis

Es hat sich gezeigt, daß Verteilungsdefizite durch Recht dann vermeidbar sind, wenn der Wettbewerb um Recht funktionsfähig ist. Als Maßstab für funktionsfähigen Wettbewerb auf Märkten für Recht wurde vorgeschlagen, an die Gesamtnutzenentwicklung in einer Periode im Vergleich zur Vorperiode anzuknüpfen. Sinnvollerweise sollte zwischen einem objektiven und einem subjektiven Gesamtnutzen differenziert werden. Der für die Praxis entscheidende Punkt ist, wie sich dieses Konzept in handhabbare Regeln überführen läßt. Wie verwirklicht man bei Rechtssetzung und Rechtsfindung den Gedanken funktionsfähi-

gen Wettbewerbs, ohne das Recht und die ihm innewohnende Sicherheits- und Stabilitätsfunktion aufs Spiel zu setzen. Die Antworten hierauf werden zeigen, daß vieles von dem, was nötig ist, bereits praktiziert wurde und im Grunde nur der Wille für ein sich dauerhaft selbst optimierendes Rechtssystem mobilisiert werden muß.

## **V. Die praktische Optimierung von Recht**

### **1. Die Optimierung des Rechtssetzungsverfahrens**

#### a) Marktversagen durch parlamentarisches System (public choice theory)

Das Recht wird, so die Grundvorstellung Montesquieu's, von der Legislative gesetzt, von der Exekutive ausgeführt und von der Judikative überprüft.<sup>32</sup> Für die Zwecke der weiteren Überlegungen kann auf diese sehr grobe, unscharfe und inzwischen längst nicht mehr hinreichende Dreiteilung der Gewalten zurückgegriffen werden, weil jedenfalls ein Großteil unserer Gesetze auch heute noch auf der Arbeit der Parlamente beruht. Problematisch ist, daß der Wettbewerb um die Rechtssetzung durch Parlamente hochgradig reguliert ist. Der Wähler kann nur durch Abwahl oder Umschichtung in den Parlamenten auf den Wettbewerb um Rechtsregeln Einfluß nehmen. Das heißt, es geht immer um einen "Paketwerb" für einen längeren Zeitraum. Es ist so, als müßte man sich am Wahltag entscheiden, ob man die Einkäufe des täglichen Lebens in den nächsten vier Jahren bei Karstadt, Hertie oder irgendeinem anderen Kaufhaus durchführen will. Hat man das Kaufhaus erst einmal gewählt, so muß man nun vier Jahre lang dort kaufen, auch wenn es nebenan billiger ist. Hier liegt die Crux, d. h. Rechtssetzung über ein parlamentarisches System ist strukturell Ausdruck von Marktversagen.<sup>34</sup> Das wird sicher abgemildert, wenn und solange eine funktionsfähige Opposition im Parlament zu Wort kommt. Aber auch ihr geht es nicht vorrangig um die Durchsetzung optimalen Rechts, sondern primär darum, ein bestimmtes Wählerpotential zufriedenzustellen. Die Märkte für

Recht und Politik sind in ihren Zielen nicht deckungsgleich, eine Tatsache, die für Verteilungsdefizite durch Recht entscheidend mitursächlich ist (public choice theory).<sup>35</sup>

b) Klassische Lösungen

Lösungen sind auf mehreren Ebenen denkbar. Zum einen sollten die klassischen Instrumente des Wettbewerbs zwischen den Rechtssystemen gestärkt werden. Stichworte sind: Erleichterung der freien Wahl fremden Rechts, gegenseitige Anerkennung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften, zumindest in der Europäischen Union, nach Art. 100b EGV<sup>36</sup> und schließlich Stärkung der *lex mercatoria*. Große Wirkung, jedenfalls für den Bereich des Wirtschaftsrechts in Europa, hätte es, wenn der Europäische Gerichtshof bereit wäre, die GATT-Regeln für völkerrechtlich verbindlich und unmittelbar anwendbar zu erklären. Im Hinblick auf die Waren- und Dienstleistungsfreiheit innerhalb der EG ist das Gericht diesen Weg gegangen und hat damit die Entwicklung ausgelöst, die unter dem Stichwort "Europa 1992" Rechtsgeschichte gemacht hat. Für die Regeln des GATT hat sich der Gerichtshof bisher entgegengesetzt entschieden.<sup>37</sup> Auf der Basis des kürzlich in Kraft getretenen GATT'94 und der daneben installierten Welthandelsorganisation (WTO) könnte der Gerichtshof noch einmal darüber nachdenken, ob es nicht doch an der Zeit ist, seine Rechtsprechung zu öffnen, um, in den Worten von Jan Tumlir, "das System des unverfälschten Wettbewerbs nicht nur innerhalb der EG, sondern auch in ihrem Handeln nach außen zu verwirklichen".<sup>38</sup> Ausgangspunkt könnte ein Verfahren beim Europäischen Gerichtshof sein, mit dem Ziel, eine Handelsbeschränkung (z. B. ein Selbstbeschränkungsabkommen) auf seine "GATT-Konformität" zu untersuchen.<sup>39</sup>

c) Verfassungsergänzung: Grundrecht auf optimale Rechtsregeln

Die Stärkung dieser traditionellen Instrumente wird allerdings nicht sehr viel mehr als das bewirken, was wir in der Vergangenheit erlebt haben. Das könnte sich grundlegend ändern, wenn unser Verfassungsgesetzgeber bereit wäre, dem Prinzip der Opti-

mierung von Rechtsregeln Verfassungsrang zu verleihen. Angesichts der immensen Bedeutung von Rechtsregeln für den demokratischen Rechtsstaat könnte man an die Formulierung eines Grundrechts denken: **“Jeder hat Anspruch auf Rechtsregeln, die mehr nützen, als kosten”**.<sup>40</sup> Der Vorteil einer solchen, relativ starken Formulierung läge darin, daß man aus ihr auch subjektive, einklagbare Rechte ableiten könnte.

#### d) Sachverständigenrat

Daneben sollte es einen institutionalisierten Rahmen zur Entdeckung und Durchsetzung von Rechtsregeln der Zukunft geben. Es wird vorgeschlagen, einen **Sachverständigenrat zur Kontrolle der Effektivität und Effizienz von Rechts- und Verwaltungsvorschriften** ins Leben zu rufen. Er müßte ebenso unabhängig besetzt sein, wie der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung. Initiiert und angegliedert werden könnte ein solcher Sachverständigenrat beim neugebildeten Ministerium für Zukunftsforschung. Der Sachverständigenrat würde ein Instrumentarium zur Messung des Gesamtnutzens durch Recht im oben beschriebenen Sinne entwickeln, laufende Gesetzgebungsverfahren auf Effektivität und Effizienz untersuchen und Vorschläge zur Verbesserung des bestehenden Rechtssystems machen. Praktisches Vorbild könnte der Cecchini-Bericht sein oder das amerikanische “Restatement of the Law”, das den gemeinsamen Nenner der Rechtsordnungen der Bundesstaaten der USA herausarbeitet.<sup>41</sup> Die Arbeit des Sachverständigenrates sollte in wiederkehrenden Berichten veröffentlicht werden. Um das Gremium effektiv zu machen, sollte es das Recht haben, den Parlamenten Gesetze oder Gesetzesänderungen vorzuschlagen. (Ein solches Initiativrecht sollte man auch Verbänden für optimierende Gesetze zuweisen.) Einige praktische Beispiele mögen die Bedeutung der Arbeit eines solchen Sachverständigenrates illustrieren:

##### (1) Arbeitsmärkte

Wir haben viel Arbeit, aber keine Arbeitsplätze.<sup>42</sup> Das ist schon erstaunlich. Unsere Arbeitslosen sitzen zuhauf in Häusern, die

dringend renoviert werden müßten und statt dies zu tun, langweilen sie sich. Woran liegt das? Die Antwort hierauf ist nicht ganz einfach, vielleicht gibt es auch nicht nur eine Antwort auf diese Frage. Wir sollten aber alles tun, um diese Frage zu beantworten, weil es jedenfalls nicht sinnvoll sein kann, eine hohe Arbeitslosigkeit zu akzeptieren, obwohl wir viel Arbeit haben. Vielleicht könnte man erste Einsichten gewinnen, wenn man sich in das Sozialmodell der Kleingruppe zurückversetzt. Auch heute noch werden auf den Dörfern viele Häuser in Gemeinschaftsarbeit gebaut. Irgendwie muß man das Material finanzieren, die Arbeitskraft wird "kostenlos" zur Verfügung gestellt. Etwas Vergleichbares erlebt man in den großen Städten bei der Renovierung der Mietskasernen nicht. Hierfür muß es Erklärungen geben, und wir sollten mit Hilfe von Rechtsregeln dafür sorgen, daß das, was in der kleinen Gruppe geschieht, auch im großen Ballungsraum noch möglich ist. Wahrscheinlich werden wir an einigen Stellen umdenken müssen. Die Arbeit in der Kleingruppe beruht offensichtlich nicht nur auf äquivalenten Leistungsaustauschprozessen. Man scheint auch "für nichts", oder jedenfalls für sehr wenig zu arbeiten. Meist schafft man allerdings auf diese Weise für die Familienangehörigen Eigentum und rechnet damit, daß diese umgekehrt mithelfen, wenn es um das eigene Wohl geht. Möglicherweise müßten wir im Mietrecht Anreize schaffen, durch Renovierung Wohnungs-(Teil-)Eigentum zu schaffen.

Problematisch ist auch, daß das starre Arbeits- und Tarifvertragssystem nicht nur mehr Arbeitslosigkeit schafft, sondern auch Produktivitätszuwachs verhindert.<sup>43</sup> Wahrscheinlich muß das Recht Rahmenbedingungen für kurzfristige, flexible Arbeitsverträge zur Verfügung stellen, der Werkvertrag allein genügt jedenfalls nicht. Möglicherweise brauchen wir den "kleinen Arbeitsvertrag".

Wir sollten aber auch klarstellen, daß nicht jeder, der Arbeit nachfragt, wirklich an Arbeit interessiert ist. Nicht selten geht es um die Grundfinanzierung des täglichen Lebens, um auf diese Weise Tätigkeiten anderer Art, wie etwa Versorgung der Kinder, finanziell abzupuffern. Hier wird das Instrumentarium des Arbeitslosen- und Sozialrechts zu legitimen, aber ganz anderen

Zwecken genutzt. Es entsteht der Eindruck von Arbeitslosigkeit, wo keine ist. Wir sollten darüber nachdenken, ob es nicht sehr viel besser wäre, jedem Bürger ein "Grundeinkommen" (Bürgergeld) zuzuweisen, um auf diese Weise ein klares Bild über die wirkliche Nachfrage am Arbeitsmarkt zu bekommen. Wichtig wäre es, daß das Bürgergeld auch Kindern gewährt würde.

Sinnvoll könnte es auch sein, zwischen der Vollzeit- und der Teilzeitarbeitsstunde zu unterscheiden. Wer vier oder fünf Stunden am Tag arbeitet, tut dies regelmäßig effektiver, als jemand, der die doppelte Zeit im Büro verbringt. Darauf deuten jedenfalls Arbeitsmarktstudien hin. Folglich müßte die Teilzeitarbeitsstunde wohl höher bezahlt werden.

#### (2) Generationenverträge

Unsere Gesellschaft ist dabei, zu überaltern. Die Gruppe der Älteren verfügt regelmäßig über lange Lebenserfahrung und Praxis, über ein gesichertes mittleres Einkommen und über viel Zeit. Auf der anderen Seite steht eine zunehmend größer werdende Gruppe von jungen Menschen, die den Anforderungen der Leistungsgesellschaft nicht ganz gewachsen ist. Kennzeichnend ist ein labiles Elternhaus, eine schlechte Schul- und Berufsausbildung, kein Arbeitsplatz, fast kein Einkommen, aber viel Zeit und keine Ahnung, was man mit ihr machen könnte. Hier könnten Generationenverträge geschlossen werden. Denkbar wären Patenschaften zwischen älteren erfahrenen und jüngeren unerfahrenen Menschen. Die Paten hätten die Aufgabe, den jungen Menschen Wege zu ebnen und zu weisen, ihnen bei der Suche nach neuen Aufgaben und Zielen zu helfen und Ideen mit ihnen zusammen zu entwickeln. Sie würden eine Art „gutes Elternhaus für besonders schwierige Grundentscheidungen“ ersetzen. Wahrscheinlich müßte man Anreize geben, um Patenschaften dieser Art zustande zu bringen. Aber zunächst müßte man diese Idee in Rechtsregeln gießen, weil dies Voraussetzung für einen geordneten transparenten Marktprozeß wäre. In Zeiten der Großfamilie hat der Generationenvertrag ohne rechtliche Regelung geklappt, eben weil die Familie zusammenlebte. Heute müssen wir etwas tun, damit dieselben Effekte auch in unserer segmentierten Gesellschaft erzielt werden.

### (3) Informationsmängel

Die Industriegesellschaft befindet sich nach allgemeiner Einschätzung längst in der Übergangsphase zur Informationsgesellschaft.<sup>44</sup> Die zunehmende Automatisierung der Warenproduktion begünstigt das Entstehen neuer Dienstleistungssektoren und erzwingt immer komplexere Informationsprozesse. Das daraus resultierende Informationsproblem wird noch nicht als Rechtsproblem begriffen. Datenschutzgesetze sind erste Hinweise auf die Sensibilisierung in diesem Bereich, ähnlich wie das vom Bundesverfassungsgericht jedem einzelnen Bürger zugewiesene Recht auf "informationelle Selbstbestimmung".<sup>45</sup> Damit sind Schutzbereiche gegen Datenmißbrauch angedeutet. Umgekehrt gibt es auf Unternehmensebene eine starke Tendenz, Informationsbeschaffung strategisch zu betreiben. Man verfügt entweder über eigene Rechtsabteilungen, oder arbeitet permanent mit Unternehmensberatern zusammen. Auf der Konsumentenebene gibt es Verbraucherschutzverbände und ein Gerichtskostenrecht, das auch demjenigen den Rechtsweg eröffnet, der kein Geld hat. Was allerdings entscheidend fehlt, ist ein Konzept zur Herstellung **marktbezogener Informationsgleichheit**. Dem widerspricht nicht, daß eine der wichtigsten Funktionen von Wettbewerb gerade die Beschaffung von Informationen ist. Vielmehr verweist das bestehende Informationsgefälle in marktwirtschaftlich organisierten Gesellschaften auf Marktversagen. Umgekehrt ist vollständige Information noch kein Allheilmittel. Es geht darum zu erkennen, daß Informationsdefizite in weiten Bevölkerungskreisen und mittelständischen Unternehmen geradezu "chronisch" sind. Dem könnte man durchaus mit marktwirtschaftlichen Mitteln, z. B. mit Informationsrechten, abhelfen. Datenschutzrechtliche Probleme würden nicht entstehen, weil es sich nicht um personenbezogene, sondern um marktbezogene Informationen handeln würde. Die Kosten dieses Informationssystems müßten durch den als Folge verbesserter Informationslage intensivierteren Wettbewerb mehr als aufgehoben werden.

Ergänzend könnten Kommunen, im Bereich des Umweltschutzes beispielsweise, das Informationsdefizit der Bürger durch bei-

spielgebende “Musterhäuser” abbauen (Stichwort: nicht nur Global-, sondern auch Sektoralsteuerung). In einem solchen Musterhaus könnte man sich erklären lassen, warum bestimmte Baumaterialien, Einrichtungsgegenstände oder Garten- und Hausmaschinen umweltfreundlicher als andere sind.

#### (4) Sicherung des kulturellen Erbes

Wir sind eine der reichsten Gesellschaften und dennoch veröden unsere Innenstädte. Zu einem kleinen Teil beruht das auf der Gängelung bei den Ladenschlußzeiten. Gravierender wirkt sich bereits aus, daß das Warenangebot über Ketten, meist im Wege des Franchising, standardisiert wird. Wo auch immer man hinkommt, man findet genau dasselbe vor. An die Stelle von Individualität und Charakter treten gesichtslose, auswechselbare Einkaufszentren. In den Regalen türmen sich die Massenprodukte einer markenfixierten Gesellschaft. Unsere Bauern beherrschen die Klaviatur der europäischen Agrarbürokratie und sind mit Pflanzenpestiziden und Tierantibiotika bestens vertraut. Vergessen haben sie aber, wie weiland bei Großmutter die Erdbeeren, Tomaten oder Klaräpfel schmeckten, wie man Sauerteig ansetzt, um daraus Brot zu backen, wie man frischen Käse aus Frischmilch herstellt, wie man buttert, Schinken sachte und behutsam salzt und trocknet und wie man seine Tiere aufzieht, damit das Fleisch besonders wohlschmeckend ist. Dabei bräuchten die deutschen Bauern nur ein einziges Mal auf einen typischen französischen Kleinstadtmarkt zu fahren, um zu wissen, was ihnen, und leider auch uns allen, verlorengegangen ist. Woran liegt das, daß eine der reichsten Gesellschaften dieser Welt auf Masse statt auf Klasse setzt? Woran liegt es, daß in den neuen Bundesländern 55 % der gesamten Kaufkraft (in den alten Bundesländern sind es 35 %) in Einkaufsghettos wandern, die draußen vor der Stadt auf der grünen Wiese zur Massenabfertigung rufen? Wieso akzeptieren wir alle diesen Qualitätsverlust und wehren uns nicht?

Die Antwort ist wahrscheinlich einfacher, als wir glauben. Natürlich fühlen sich die Menschen auch heute in urbanen, organisch gewachsenen, die Phantasie beflügelnden Innenstädten

wohler als in gesichtslosen Malls, wie man sie zuhauf in New York und Hongkong besichtigen kann. Natürlich lieben sie wunderschöne Hausfassaden, Plätze zum Verweilen, Brunnen, Brücken oder baumbestandene Alleen, d.h. ein Ambiente wie es etwa in Venedig, Siena, Sevilla oder Teilen von Paris auch heute noch erhalten ist. Kein Wunder also, daß dies Städte sind, die eine fast magnetische Anziehungskraft ausstrahlen. Es ist mithin nicht so, daß die Menschen das Gefühl für Kultur und Urbanität in ihrer Alltagsumwelt verloren hätten, sie haben offenbar nur nicht den Schlüssel, um ihre eigene Umwelt mit ihren Qualitätsansprüchen in Einklang zu bringen. Dieser **Schlüssel** dürfte **ein rechtlicher** sein.

Kulturverlust in dem beschriebenen Sinne ist Ausdruck von Marktversagen. Der Kulturverlust, der mit einer einfallslosen, lebensfeindlichen Innenstadtbebauung oder dem Verfrachten der Menschen auf die grüne Wiese oder der Verflachung des Gesamtangebots von Waren und Dienstleistungen einhergeht, muß nicht von denen bezahlt werden, die ihn verursachen. Stattdessen bezahlen wir alle, und zwar auf Dauer und häufig fast unumkehrbar. Innerstädtische Lebensqualität ist, wie **Lebensqualität** schlechthin, ein nach wie vor **externer Kostenfaktor** und genau dies ist der Grund dafür, warum die Qualität der uns umgebenden Lebenswelten trotz allen Reichtums ständig sinkt statt steigt. Würden die großen Handelsketten für die von ihnen mitverursachte kulturelle Verarmung unserer Innenstädte zahlen müssen, so gäbe es für sie keinen Anreiz mehr, auf die grüne Wiese zu gehen. Würden die Bauern, die etwa ihre Tiere mit Antibiotika vollstopfen, ihre Subventionen verlieren, so würde das gravierende Auswirkungen auf die Tierhaltung haben. Möglicherweise würden sogar wieder mehr Arbeitsplätze in der Landwirtschaft entstehen. Abstrakt formuliert heißt die Frage, ob wir nicht Rechtsregeln bräuchten, mit deren Hilfe wir unser kulturelles Erbe sichern, ohne dabei den Marktmechanismus als Motor unserer wirtschaftlichen Entwicklung aufs Spiel zu setzen. Die angedeuteten Beispiele zeigen, daß dies möglich sein könnte. Allzuviel Zeit zur Entwicklung von Rechtsregeln zur Sicherung unseres kulturellen Erbes haben wir nicht mehr. Denn

wenn eine Generation ihre Kultur erst einmal verloren hat, dann ist dies meist unwiederbringlich, da die Nachfolgenden gar nicht wissen, was sie verloren haben.

#### (5) Weitere Beispiele

Der Beispielkatalog könnte fast unendlich verlängert werden. Sollte es nicht eine weltweit einheitliche Rechtssprache (z. B. Englisch) geben? Benötigen wir ein Weltkartellrecht? Brauchen wir regionale Tauschbörsen, wie sie etwa in einigen Regionen Englands mit großem Erfolg praktiziert werden und bewirken, daß neben die offizielle Landeswährung noch eine zweite regionale Tauschwährung tritt? Fehlt im Gesellschaftsrecht eine Gesellschaftsrechtsform, mit deren Hilfe ein Unternehmen eigentümergefremdet (Unternehmensstiftung) betrieben werden könnte?<sup>47</sup> Brauchen wir als Folge von Vermögensumschichtung durch Erbschaft ein neues auf Umverteilung zielendes Erbschaftssteuersystem?<sup>48</sup> Welches Einwanderungsrecht benötigen wir, um der Überalterung entgegenzuwirken? Braucht die Welt Wertrechte zur Bevölkerungsreduktion? Wie steht es mit Energiesteuern und Umweltzertifikaten?<sup>49</sup> Muß das Strafrecht durch effizientere Regeln, und wenn ja welchen, ersetzt werden? Sollten wir nach 10 Berufsjahren ein generelles Schuljahr einführen, um lebenslanges Lernen Wirklichkeit werden zu lassen?

#### e) Der "Nobelpreis" für Rechtsregeln

Der Sachverständigenrat wird, um seine Arbeit leisten zu können, in hohem Maße auf den Sachverstand von Rechtswissenschaftlern zurückgreifen müssen. Er wird Gutachtaufträge vergeben, und es wird im Laufe der Zeit ein gewisser Vorrat an Regelsystemen für bestimmte Ordnungs- und Konfliktsituationen gesammelt werden. Auf Vorräte dieser Art könnten vor allem solche Staaten zugreifen, die sich grundlegend neu strukturieren. Der Umwandlungs- und Akkumulationsprozeß, den viele osteuropäische Staaten derzeit durchmachen, könnte durch ein solches Verfahren erheblich verkürzt werden. Ganz unabhängig davon würde es im Laufe der Zeit immer wieder einmal ganz hervorragende Regelvorschläge geben. Sie würden, ähnlich wie ökonomische

mische Grundregeln, in erheblichem Maße dazu beitragen, das derzeit prognostizierte Verteilungsdefizit durch Recht abzubauen. Es gibt deshalb keinen Grund, die Erarbeitung eines solchen Regelsystems geringer einzuschätzen, als die Hervorbringung einer ökonomischen Grundregel oder eines Naturgesetzes. Wir sollten daher für die Hervorbringung ganz hervorragender Rechtsregeln weltweit einen **Preis stiften**, der im Rang dem Nobelpreis gleicht, um auf diese Weise nicht nur einen Forschungsanreiz zu setzen, sondern vor allem auch in der Öffentlichkeit die enorme nutzenstiftende Kraft eines guten Rechtssystems beispielhaft zu dokumentieren.

## **2. Optimierung auf der Ebene von Rechtsfindung und Rechtsdurchsetzung**

### a) Subjektive Klagerechte

Auf der Ebene von Rechtsfindung und -durchsetzung müßte ergänzend eine nutzenoptimierende Feinkorrektur stattfinden. Am einfachsten wäre dies, wenn man der obigen Verfassungslösung folgen würde, wonach jeder Anspruch auf Rechtsregeln hat, die mehr nützen als kosten. Hieraus könnte man subjektive Rechte ableiten mit der Folge, daß sämtliche durch Recht gesteuerten Verhaltensprozesse sich darauf untersuchen lassen müßten, ob sie wirklich mehr nützen als kosten. Juristisch würde man an die Sachgerechtigkeit der Regel anknüpfen, d. h. fragen, ob das jeweilige Ziel die Norm rechtfertigt, oder ob ausnahmsweise zwingende Interessen der Allgemeinheit höherwertig sind. Sehr neu ist dieses Denken nicht. Bereits der römische Prätor war verpflichtet, Recht nach folgendem Schema zu sprechen: *iuris civilis iuvandi supplendi oder corrigendi*, d. h. der Prätor soll tätig werden, um den Wertungsplan des Gesetzes zu verwirklichen (Funktionsregel) bzw. zu ergänzen (Optimierungsregel) oder aber zu korrigieren (Korrekturregel).<sup>50</sup> Allein die Vorfeldwirkungen nutzenoptimierender Klagerechte würde wahrscheinlich dazu führen, daß Verwaltungsvorschriften waschkörbeweise im Reißwolf landeten, ganz zu schweigen von

der freundlichen und zuvorkommenden Behandlung, die den Umgang mit Behörden in Zukunft kennzeichnen würde. Hieran wird übrigens deutlich, wie wichtig es ist, bei der Nutzenmessung nicht nur auf objektive Kriterien, sondern auch auf die subjektive Nutzenszufriedenheit abzustellen.

Wie effektiv und effizient eine am Gesamtnutzen orientierte Optimierungsregel ist, läßt sich am Beispiel der leider nicht preisgekrönten Dasonville-Formel des Europäischen Gerichtshofs zeigen.<sup>51</sup> Mit dieser Entscheidung erklärte das Gericht die vier Grundfreiheiten des EG-Vertrages (Waren-, Dienstleistungs-, Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit) für unmittelbar anwendbar und schaffte damit klagbare, subjektive Rechte für Bürger und Unternehmen in der EG. Seither kann jedermann im grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsverkehr prüfen lassen, ob staatliche Maßnahmen handelshemmend wirken. Wenn und soweit dies der Fall ist, sind die Regeln europarechtlich unwirksam, es sei denn, zwingende Gründe des Allgemeinwohls stehen dem entgegen. Diese Doktrin hat vor allem nach der Entscheidung Cassis de Dijon aus dem Jahre 1979<sup>52</sup> geradezu erdrutschartige Veränderungen auf den Märkten für Recht in der EG bewirkt. Spektakuläre Stichworte sind das Reinheitsgebot für Bier, die Hartweizenspaghetti, die Pfandflasche oder die Bedingungs- und Tariffreigabe auf den europäischen Versicherungsmärkten. Kurz gesagt verwirklicht die Dasonville-Formel den Gedanken der Nutzenoptimierung durch Recht im europäischen Waren- und Dienstleistungsverkehr und belegt damit besser als jede Theorie die Kraft und Vernunft nutzenoptimierender subjektiver Rechte.

#### b) Nutzenoptimierende Instrumentierung der juristischen Methode

De lege lata läßt sich die Dasonville-Formel aber auch ohne gesetzgeberischen Akt in die Methode juristischer Entscheidungsfindung integrieren. Auch jetzt schon werden Normen ihrem Sinn und Zweck nach ausgelegt, d. h. einer Sachgerechtigkeitskontrolle unterzogen. Da es Sinn und Zweck einer jeden Norm ist,

das mit ihr verfolgte Ziel so unkompliziert wie möglich zu erreichen, ist es nicht nur zulässig, sondern geboten, Nutzenerwägungen im Rahmen der Auslegung anzustellen. Dies wird bereits vielfältig getan, sollte aber methodisch transparenter geschehen.<sup>53</sup> Das gilt in gleicher Weise bei Anwendung und Interpretation von Verwaltungsvorschriften und beeinflusst schließlich methodisch die Entwicklung von Richterrecht.

### **3. Juristenausbildung**

Schließlich müßte sich die Ausbildung der Juristen ändern. Soll der praktisch tätige Jurist an der Optimierung des Rechtssystems täglich mitwirken, so gelingt dies nur, wenn die permanente Vereinfachung und Optimierung von Prozessen, die durch Recht gesteuert werden, als Aufgabe begriffen wird. Dies müßte im Rechtsunterricht, etwa in Veranstaltungen zur Nutzentheorie des Rechts, geübt werden.

## **VI. Ausblick**

Ganz am Ende möchte ich der Hoffnung Ausdruck verleihen, daß dieser Beitrag zur Nutzentheorie des Rechts ein wenig mit dazu beitragen wird, Recht und Rechtswissenschaft wieder als internationale Aufgabe zu begreifen. Vielleicht sprechen wir eines Tages, so wie bis vor etwa 200 Jahren, auch wieder eine einheitliche Rechtssprache, z. B. Englisch, und vielleicht wird es sogar möglich sein, das Studium in New York zu beginnen, in Hongkong fortzusetzen und Paris oder Moskau abzuschließen. Oder, falls diese Utopie zu weit greift, wie wäre es, zunächst einen europaweit gültigen Abschluß für Juristen zu schaffen, und ihn als Alternative neben die ebenfalls noch möglichen nationalen Abschlüsse zu setzen. Man würde eine Art "Europäisches Juristenzertifikat" vergeben und jeder könnte den Zugang zu den juristischen Berufen über dieses Europäische Zertifikat oder über ein schmaleres nationales erlangen. Damit blieben die europäischen Rechtskulturen einerseits erhalten und andererseits könnte sich

im freien und fairen Wettbewerb eine neue europäische Juristengeneration etablieren, ganz im Geiste des im Vertrag von Maastricht formulierten Subsidiaritätsprinzips, das seinerseits Ausdruck des hier formulierten Nutzenprinzips ist. Vielleicht spürt man die Zukunft in Berlin ja tatsächlich.

## **VII. Zusammenfassung**

1) Je globaler Märkte miteinander verknüpft sind, desto weniger stimmen sie und die rechtlichen Institutionen, die sie ordnen sollen, überein. Es findet ein Wettbewerb der Rechtsordnungen statt, der immer mehr Lebensbereiche betrifft. Die Regierungen der Nationalstaaten verlieren Stück für Stück die Fähigkeit, die wirtschaftliche Zukunft ihrer Bürger zu gestalten. Aus diesen Gründen müssen wir unsere Industrie restrukturieren, wir brauchen neue Spielregeln für die Weltwirtschaft.

2) Recht ist ein Produktionsfaktor und trägt damit zum volkswirtschaftlichen Gesamteinkommen bei. Verteilungsdefizite durch Recht entstehen, weil es keine Regel gibt, mit deren Hilfe ein besseres Rechtssystem oder eine bessere Rechtsregel den jeweils schlechteren Zustand (automatisch) verdrängen würde.

3) Märkte für Recht optimieren sich nach genau demselben Prinzip, das für alle anderen Produktionsfaktoren gilt, dem Prinzip des funktionsfähigen Wettbewerbs. Funktionsfähiger Wettbewerb überführt nämlich die eingesetzten Ressourcen in ihre optimale Verwendung und somit auf den jeweils höchsten Standard.

4) Ob der Wettbewerb auf Märkten für Faktorleistungen funktioniert, richtet sich normalerweise danach, ob das freie Spiel von Angebot und Nachfrage die Preisbildung bestimmt. Auf den Märkten für Recht läßt sich mit diesem Maßstab nicht arbeiten, weil Recht weder als System noch als Einzelregel Gegenstand eines echten Angebots- und Nachfrageprozesses ist. Um beurteilen zu können, ob ein Rechtssystem oder eine Rechtsregel optimal ist, benötigt man einen Maßstab, der sich nicht an der durch An-

gebot und Nachfrage gekennzeichneten Einzelaktion orientiert, sondern auf den Gesamtnutzen abstellt.

5) Es spricht eine (widerlegliche) Vermutung dafür, daß der Wettbewerb um Rechtssysteme und Rechtsregeln dann funktionsfähig ist, wenn

- (1) der Gesamtnutzen aller in einer Periode produzierten Waren und Dienstleistungen gegenüber der Vorperiode zu nimmt oder gleichbleibt,
- (2) sofern alle Akteure des Systems wettbewerbsfähig sind, also zumindest über ein ihre Existenz sicherndes Minimal einkommen verfügen. Dabei nimmt
- (3) der Gesamtnutzen dann zu, wenn objektiv
  - a) der Tauschwert aller produzierten Waren und Dienstleistungen in einer Periode zunimmt und/oder
  - b) die Kosten für Tauschprozesse sinken, sofern subjektiv
  - c) die Nutzenzufriedenheit der Akteure gleichbleibt oder steigt.

6) Es wird vorgeschlagen, unsere Verfassung um ein Grundrecht auf optimale Rechtsregeln zu ergänzen. Es könnte lauten: Jeder hat Anspruch auf Rechtsregeln, die mehr nützen, als kosten.

7) Es wird ferner vorgeschlagen, einen Sachverständigenrat zur Kontrolle der Effektivität und Effizienz von Rechts- und Verwaltungsvorschriften ins Leben zu rufen.

8) Es wird vorgeschlagen, einen "Nobelpreis" für die Hervorbringung ganz hervorragender Rechtsregeln zu stiften.

9) Auf der Ebene von Rechtsfindung und -durchsetzung sind subjektive Klagerechte zu schaffen mit der Folge, daß sämtliche durch Recht gesteuerten Verhaltensprozesse sich darauf untersuchen lassen müßten, ob sie wirklich mehr nützen als kosten. Juristisch würde man an die Sachgerechtigkeit der Regel anknüp-

fen, d.h. fragen, ob das jeweilige Ziel die Norm rechtfertigt, oder ob ausnahmsweise zwingende Interessen der Allgemeinheit höherwertig sind.

10) De lege lata ist es nicht nur zulässig, sondern geboten, Nutzen-erwägungen im Rahmen der juristischen Methode als zusätzliches nutzenoptimierendes Argument zu verwenden.

11) In die Juristenausbildung sind Veranstaltungen zur Nutzen-theorie des Rechts zu integrieren.

## Anmerkungen

- 1 *Shawcross*, Macht und Chaos, Die Zeit, Nr. 47 vom 18.11.1994 S. 10.
- 2 *Peter Hilpold*, Die Uruguay-Runde - eine Bestandsaufnahme, ZVglR Wiss 93 (1994) 419; *Bernhard Jansen*, Die neue Welthandelsorganisation (World Trade Organisation - WTO), EuZW 1994, 333; *Dietrich Barth*, Das allgemeine Übereinkommen über den internationalen Dienstleistungshandel (GATS), EuZW 1994, 455.
- 3 *Fikentscher/Heinemann*, Der "Draft International Antitrust Code" - Initiative für ein Weltkartellrecht im Rahmen des GATT, WuW 1994, 97 ff., Der Entwurf ist im Anhang desselben Heftes abgedruckt.
- 4 weiterführend die Beiträge in: *M. Neumann* (Hrsg.), Unternehmenstrategie und Wettbewerb auf globalen Märkten, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 233; *Wolfgang Fikentscher*, Recht und wirtschaftliche Freiheit, Bd. 2, Einleitung: Aufgabe einer Industriepolitik im Dienste der umweltsozialen Marktwirtschaft, 1933, ders. Die Rolle von Markt und Wettbewerb in der Sozialistischen Marktwirtschaft der VR China: Kulturspezifisches Wirtschaftsrecht, GRUR-Int. 1993, 902 ff.
- 5 vertiefend: *F. A. v. Hayek*, Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Bd. 2, 1081 (Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit), passim; *John Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Suhrkamp-tb, 1975; *Hermann Bartmann*, Verteilungstheorie, 1981; *John Kenneth Galbraith*, Die Entmythologisierung der Wirtschaft, Knauer-Sachbuch, 1990; *Hans-Peter Schwintowski*, Möglichkeiten und Grenzen des Individualprinzips in der sozialen Marktwirtschaft, Rechtstheorie, 19 (1988) 507 ff.; *Peter Behrens*, Utilitaristische Ethik, in: *Bydlinsky/Mayer-Maly* (Hrsg.), Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, 1994, 35 ff.; *Otfried Höffe* (Hrsg.), Einführung in die utilitaristische Ethik, utb, 2. Aufl, 1992.
- 6 *Werner/Kern*, Handwörterbuch der Produktionswissenschaft, 1979, Bd. 7, Stichwort: Produktionsfaktorsysteme; *Rainer Fischbach*, Volkswirtschaftslehre, 8. Aufl. 1994, S. 25 ff.; *Günter Wöhe*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 18. Aufl, S. 93 ff; *Helmut Kurt Weber*, Das Verhältnis von Kapital zu Arbeit im Unternehmen, Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung (ZfbF) 1976, 607 ff.
- 7 *Erich Gutenberg*, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Bd. 1: Die Produktion, 22. Aufl. 1976, 11 f.
- 8 *Busse von Colbe/Laßmann*, Betriebswirtschaftstheorie, Bd. 1: Grundlagen, Produktions- und Kostentheorie, 1975, 64 f.
- 9 *Helmut Kurt Weber*, Zum System produktiver Faktoren, Zeitschrift für

- betriebswirtschaftliche Forschung (ZfbF) 1980, 1056, 1063 f.
- 10 a.a.O. S. 1064; und zwar sowohl unter produktionsökonomischen als auch unter kostenökonomischen Gesichtspunkten.
  - 11 Das Maß dieses Beitrags hängt vom Grad der Verrechtlichung des jeweiligen Produktionsprozesses und dem Risiko, für Fehler in Anspruch genommen zu werden, ab.
  - 12 Europa'92, Cecchini-Bericht, Nomos-Verlag, 1988, passim.
  - 13 *Otto Schlecht*, Die Bedeutung des Wettbewerbs für die europäische Integration, FS für Werner Benisch, 1989, 49 ff.
  - 14 Cecchini-Bericht S. 21 ff.; vertiefend: *Hans-Peter Schwintowski*, EUROPA 1992: Auf dem Wege zu einer - tragfähigen europäischen Rechtsordnung - zugleich ein Konzept zur Entwicklung optimaler rechtlicher Rahmenbedingungen, in: *Wolfgang Lücke* (Hrsg.), Europäische Wirtschaft der 90er Jahre, 1990, 313 ff.
  - 15 *Kurt Biedenkopf*, Die wirtschaftliche Entwicklung in den neuen Bundesländern, in: *Biedenkopf/Dürr/Trojan*, Marktwirtschaft auf dem Prüfstand, 1994, 15, 28 f.
  - 16 *Hans-Peter Dürr*, Rolle und Verantwortung der Wissenschaftler bei der Gestaltung zukunftsfähigen wirtschaftlichen Handelns, in: *Biedenkopf/Dürr/Trojan*, Marktwirtschaft auf dem Prüfstand, 1994, 45, 63.
  - 17 *Ronald Coase*, The Nature of the Firm, *Economica* 4 (1937) S. 368-405; ders. The Problem of Social Costs, *Journal of Law and Economics* 3 (1960), S. 1-44; deutsche Übersetzung von Ch. Kirchner, in: *Assmann/Kirchner/Schanze*, Ökonomische Analyse des Rechts, 1978, S. 146 ff.
  - 18 Vertiefend: *Christian Kirchner*, Wettbewerbstheoretische Ansätze bei Ronald Coase, *WuW* 1992, 584 ff.; ders. "Ökonomische Analyse des Rechts" und "Recht der Wettbewerbsbeschränkungen" (antitrust law and economics) *ZHR* 144 (1980) 563 ff.; ders. Unternehmensorganisation und Vertragsnetz, in: *Ott/Schäfer*, Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts, 1993; Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 1986, 70 ff.; *Ott/Schäfer* (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, 1989, passim; *Peter Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 1986, passim.
  - 19 Das Schengener-Abkommen ist im Frühjahr 1995 in Kraft getreten.
  - 20 vertiefend: *Kathrin Stolz*, Das öffentliche Auftragswesen in der EG, 1991, passim.
  - 21 Vertiefend: *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 30 ff.; Behrens, Utilitaristische Ethik, a.a.O., S. 42 ff.
  - 22 *Ronald H. Coase*, Das Problem der sozialen Kosten, in: *Assmann/Kirchner/Schanze*, Ökonomische Analyse des Rechts, 1978, 146, 169.
  - 23 Schäfer/Ott, Lehrbuch unter Hinweis auf die Arbeiten *Veljanovski* und

*Layard/Walters* auf S. 74 f. Noch grundsätzlicher könnte man sagen, daß (1) die Trennung von Rechtspositionen und dem sie durchsetzenden Rechtssystem nicht möglich und (2) ein Rechtssystem immer (alternative) Kosten verursacht, denn es muß ja formuliert, bereitgestellt und durchgesetzt werden. Eine Kosten-Nutzenanalyse von Recht muß (ganz im Sinne von *Coase*) an alternative Kosten für (alternative) Verhaltenssysteme anknüpfen. Es geht also nicht um die Senkung der Transaktionskosten auf null, sondern um ihre Optimierung im Sinne einer Gesamtnutzenmaximierung.

- 24 *E. Kantzenbach*, Die Funktionfähigkeit des Wettbewerbs, 1967, passim; *Borchert/Grossekettler*, Preis- und Wettbewerbstheorie, 1985; *Ingo Schmidt*, Wettbewerbstheorie und Politik, 3. Aufl., S. 30 ff.; *Hans-Peter Schwintowski*, Staatlich veranlaßte Wettbewerbsbeschränkungen auf europäischen und internationalen Märkten, *RabelsZ* 58 (1994), 232, 235 ff.
- 25 *Schwintowski* *RabelsZ* 58 (1994), S. 239.
- 26 *Opielka/Vobruba*, Das garantierte Grundeinkommen, 1986, S. 7 ff.
- 27 vertiefend: *Schwintowski*, Individualprinzip, a.a.O., *Rtheo* 19 (1988), 514 ff.
- 28 vertiefend: *Schäfer/Ott*, Lehrbuch, S. 34 ff.
- 29 Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, 1968; ders. Die Anmaßung von Wissen, *ORDO* Bd. 26 (1975) 12 ff.
- 30 dazu vertiefend: *Karl-Heinz Fezer*, Aspekte einer Rechtskritik an der Economic analysis of law und am property rights approach, *JZ* 1986, 817 ff., ders. Nochmals: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, *JZ* 1988, 223 ff.; dagegen: *Ott/Schäfer*, Die ökonomische Analyse des Rechts - Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, *JZ* 1988, 213 ff.; übergreifend *Christian Kirchner*, Über das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Nationalökonomie, *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, 1988, 192 ff.
- 31 grundlegend: *Okko Behrends*, Die rechtsethischen Grundlagen des Privatrechts, in: *Bydlinski/Mayer-Maly* (Hrsg.), Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, 1994, 1 ff.
- 32 *Gary S. Becker*, Der ökonomische Ansatz zur Erklärung menschlichen Verhaltens, 1976; dazu *Uwe Jean Heuser*, Ein Ökonom auf Abwegen, *Die Zeit* Nr. 43 vom 16.10.1992 S. 31.
- 33 *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, Nachdruck, Reclam, 1965 (XI. Buch).
- 34 vertiefend *von Hayek*, Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Bd. 3, 1981, S. 145 ff. ("Ein Verfassungsmodell").
- 35 *von Hayek*, a.a.O.; *Wernhard Möschel*, Erstarrung durch Bürokratisierung und Reglementierung - Wege zu einer Öffnung, in: *Alfred Herrhausen-Gesellschaft für internationalen Dialog* (Hrsg.), Erstarrende Ge-

- sellschaft in bewegten Zeiten, Erstes Jahreskolloquium 11/12.06.1993, 125, 129: *Helmut Helsper*, Die Chaotisierung der Steuerrechtsordnung als Folge eines verfehlten Zusammenspiels von politischer Führung und juristischer Expertenkompetenz, BB1995, 17 ff.
- 36 nach Art. 100b Abs. 3 EGV sollte die Kommission die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten erfassen und dem Rat vor Ende 1992 Vorschläge zur gegenseitigen Anerkennung unterbreiten. Das ist nicht geschehen, und es gibt keine Anzeichen in der Kommission dafür, daß an diesem (Mammut)-Programm derzeit gearbeitet wird.
- 37 EuGH Slg. 1983, 801; zuvor bereits Slg. 1972, 1219 (International Fruit Company).
- 38 *Jan Tumlir*, GATT-Regeln und Gemeinschaftsrecht, in: *Hilf/Petersmann* (Hrsg.), GATT und Europäische Gemeinschaft, 1986, 87, 113 ff.
- 39 weitere Beispiele bei *Ernst-Ulrich Petersmann*, Die EWG als GATT-Mitglied, Rechtskonflikte zwischen GATT-Recht und europäischem Gemeinschaftsrecht, in: *Hilf/Petersmann*, GATT und Europäische Gemeinschaft, 1986, 119, 154 ff.
- 40 vertiefend: *Schwintowski*, a.a.O. (FN 14), S.322 ff.
- 41 vertiefend: *Drobnig*, FS für Steindorff, 1990, 1141, 1151 ff.
- 42 Dritter Teil des Zeit-Symposiums zu Ehren von Helmut Schmidt, Viel Arbeit, wenig Arbeitsplätze, Die Zeit Nr. 2 v. 7.1.1994, 12 ff.
- 43 *Martin Henssler*, Flexibilisierung der Arbeitszeitordnung, ZFA 1994, 487 ff.
- 44 *Andreas Wiebe*, Information als Naturkraft, GRUR 1994, 233 ff.
- 45 BVerfGE 65, 1, 42 "Volkszählung".
- 46 vgl. *Fikentscher/Heinemann*, "Draft International Antitrust Code", WuW 1994, 97 ff.
- 47 vertiefend: *Hans-Peter Schwintowski*, Das Konzept des deutschen Gesellschaftsrechts - Funktionen, Entwicklung, offene Fragen, JA 1993, 97, 103 f.
- 48 dazu *Ernst-Ulrich Huster*, Neuer Reichtum und alte Armut, 1993, passim; ähnlich *John Kenneth Galbraith*, Die Herrschaft der Bankrotteure, 1992, passim.
- 49 vgl. dazu das ZEIT-Gespräch mit Stephan Schmidheiny, Verzicht ist nicht mehrheitsfähig, DIE ZEIT, Nr. 1, 30.12.1994, 17.
- 50 Franz Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB in: *Ausgewählte Schriften* (Hrsg.) *D. Simon*, 1983, Bd. 2, S. 195, 205 ff.
- 51 Slg. 1974, 837 "Dassonville".
- 52 Slg. 1979, 649 = EuR 1979, 417.
- 53 vgl. die von *Ott/Schäfer* herausgegebenen Beiträge zum Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts vom 23. bis 26. März 1988 unter dem Titel: Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, 1989, passim.

## Hans-Peter Schwintowski

1947 in Bad-Harzburg geboren.

1973 bis 1978 Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Göttingen.

1978 Erstes juristisches Staatsexamen.

1980 Zweites juristisches Staatsexamen beim Oberlandesgericht Celle.

1982 Promotion bei Prof. Dr. Ulrich Immenga, Universität Göttingen, über das Thema: Die Abwägungsklausel in der Fusionskontrolle.

1982 bis 1986 Hochschulassistent an der Universität Göttingen.

1986 Habilitation bei Prof. Dr. Ulrich Immenga, Göttingen, über das Thema: Der private Versicherungsvertrag zwischen Recht und Markt.

1988 Ernennung zum Professor (C2) an der Universität Göttingen

1990 Berufung an die Universität Würzburg (C 3).

1991 Berufung an die Universität Passau (C 4).

1993 Berufung an die Humboldt-Universität (C 4). Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Europarecht.

### Ausgewählte Veröffentlichungen

Wettbewerbsrecht (GWB/UWG). 2. Aufl. Beck-Verlag 1992.

Bankrecht. Beck-Verlag 1994.

Alleinvertriebssysteme. Nomos-Verlag 1992.

Deregulierung - Private Krankenversicherung - Kfz-Haftpflichtversicherung (Hrsg.). Nomos-Verlag 1994.

Das Konzept funktionaler Interdependenz zwischen Ökonomie und Recht. In: Zeitschrift f. Rechtstheorie 1992, S. 35 ff.

Theorie der juristischen Argumentation. In: Juristische Ausbildung 1990, S. 189 ff.

Einführung in die Rechtsvergleichung. In: Ebenda 1991, S. 241 ff.  
Verschwiegenheitspflicht für politisch legitimierte Mitglieder des Aufsichtsrates. In: Neue Jurist. Wochenschrift 1990, S. 1009.  
Die Stiftung als Konzernspitze. In: Ebenda 1991, S. 2736.  
Konzept, Funktion und Entwicklung des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts. In: Zeitschrift f. Vergleichende Rechtswiss. 1993, S. 40.  
Staatlich veranlaßte Wettbewerbsbeschränkungen auf europäischen und internationalen Märkten. In: Rabels Zeitschrift f. ausländisches u. internationales Privatrecht 58 (1994), S. 232.  
EUROPA 1992. Auf dem Wege zu einer - tragfähigen - europäischen Rechtsordnung. In: Juristische Ausbildung 1990, S. 108.  
Ein Lernkonzept für ein erfolgreiches Studium. In: Ebenda 1989, S. 129 ff.

In der Reihe **Öffentliche Vorlesungen** sind erschienen:

- 1 *Volker Gerhardt*  
Zur philosophischen Tradition der Humboldt-Universität
- 2 *Hasso Hofmann*  
Die versprochene Menschenwürde
- 3 *Heinrich August Winkler*  
Von Hitler zu Weimar  
Die Arbeiterbewegung und das Scheitern der ersten deutschen Demokratie
- 4 *Michael Borgolte*  
"Totale Geschichte" des Mittelalters?  
Das Beispiel der Stiftungen
- 5 *Wilfried Nippel*  
Max Weber und die Althistorie seiner Zeit
- 6 *Heinz Schilling*  
Am Anfang waren Luther, Loyola und Calvin – ein religionssoziologisch-entwicklungsgeschichtlicher Vergleich
- 7 *Hartmut Harnisch*  
Adel und Großgrundbesitz im ostelbischen Preußen 1800 - 1914
- 8 *Fritz Jost*  
Selbststeuerung des Justizsystems durch richterliche Ordnungen
- 9 *Erwin J. Haeberle*  
Historische Entwicklung und aktueller internationaler Stand der Sexualwissenschaft
- 10 *Herbert Schnädelbach*  
Hegels Lehre von der Wahrheit
- 11 *Felix Herzog*  
Über die Grenzen der Wirksamkeit des Strafrechts
- 12 *Hans-Peter Müller*  
Soziale Differenzierung und Individualität  
Georg Simmels Gesellschafts- und Zeitdiagnose

- 13 *Thomas Raiser*  
Aufgaben der Rechtssoziologie als Zweig  
der Rechtswissenschaft
- 14 *Ludolf Herbst*  
Der Marshallplan als Herrschaftsinstrument?  
Überlegungen zur Struktur amerikanischer Nachkriegspolitik
- 15 *Gert-Joachim Glaeßner*  
Demokratie nach dem Ende  
des Kommunismus
- 16 *Arndt Sorge*  
Arbeit, Organisation und Arbeitsbeziehungen  
in Ostdeutschland
- 17 *Achim Leube*  
Semnonen, Burgunden, Alamannen  
Archäologische Beiträge zur germanischen Frühgeschichte
- 18 *Klaus-Peter Johne*  
Von der Kolonenwirtschaft zum Kolonat  
Ein römisches Abhängigkeitsverhältnis im Spiegel  
der Forschung
- 19 *Volker Gerhardt*  
Die Politik und das Leben
- 20 *Clemens Wurm*  
Großbritannien, Frankreich und die  
westeuropäische Integration
- 21 *Jürgen Kunze*  
Verbfeldstrukturen
- 22 *Winfried Schich*  
Die Havel als Wasserstraße im Mittelalter:  
Brücken, Dämme, Mühlen, Flutrinnen
- 23 *Herfried Münkler*  
Zivilgesellschaft und Bürgertugend  
Bedürfen demokratisch verfaßte Gemeinwesen  
einer sozio-moralischen Fundierung?
- 24 *Hildegard Maria Nickel*  
Geschlechterverhältnis in der Wende  
Individualisierung versus Solidarisierung?

- 25 *Christine Windbichler*  
Arbeitsrechtler und andere Laien in  
der Baugrube des Gesellschaftsrechts  
Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung
- 26 *Ludmila Thomas*  
Rußland im Jahre 1900  
Die Gesellschaft vor der Revolution
- 27 *Wolfgang Reisig*  
Verteiltes Rechnen: Im wesentlichen  
das Herkömmliche oder etwas  
grundlegend Neues?
- 28 *Ernst Osterkamp*  
Die Seele des historischen Subjekts  
Historische Portraitkunst in Friedrich Schillers "Geschichte des  
Abfalls der vereinigten Niederlande von der Spanischen Regierung"
- 29 *Rüdiger Steinlein*  
Märchen als poetische Erziehungsform  
Zum kinderliterarischen Status der Grimmschen  
"Kinder- und Hausmärchen"
- 30 *Hartmut Boockmann*  
Bürgerkirchen im späteren Mittelalter
- 31 *Michael Kloepfer*  
Verfassungsgebung als Zukunftsbewältigung  
aus Vergangenheitserfahrung  
Zur Verfassungsgebung im vereinten Deutschland
- 32 *Dietrich Benner*  
Über die Aufgaben der Pädagogik nach  
dem Ende der DDR
- 33 *Heinz-Elmar Tenorth*  
"Reformpädagogik"  
Erneuter Versuch, ein erstaunliches Phänomen zu verstehen
- 34 *Jürgen K. Schriewer*  
Welt-System und Interrelations-Gefüge  
Die Internationalisierung der Pädagogik als Problem  
Vergleichender Erziehungswissenschaft
- 35 *Friedrich Maier*  
"Das Staatsschiff" auf der Fahrt von  
Griechenland über Rom nach Europa  
Zu einer Metapher als Bildungsgegenstand  
in Text und Bild

- 36 *Michael Daxner*  
Alma Mater Restituta oder  
Eine Universität für die Hauptstadt
- 37 *Konrad Jarausch*  
Die Vertreibung der jüdischen Studenten  
und Professoren von der Berliner Universität  
unter dem NS-Regime
- 38 *Detlef Krauß*  
Schuld im Strafrecht  
Zurechnung der Tat oder Abrechnung mit dem Täter?
- 39 *Herbert Kitschelt*  
Rationale Verfassungswahl?  
Zum Design von Regierungssystemen  
in neuen Konkurrenzdemokratien
- 40 *Werner Röcke*  
Liebe und Melancholie  
Formen sozialer Kommunikation in  
der 'Historie von Florio und Blanscheflur'
- 41 *Hubert Markl*  
Wohin geht die Biologie?
- 42 *Hans Bertram*  
Die Stadt, das Individuum und das  
Verschwinden der Familie
- 43 *Dieter Segert*  
Diktatur und Demokratie in Osteuropa  
im 20. Jahrhundert
- 44 *Klaus R. Scherpe*  
Beschreiben, nicht Erzählen!  
Beispiele zu einer ästhetischen Opposition:  
Von Döblin und Musil bis zu Darstellungen  
des Holocaust
- 45 *Bernd Wegener*  
Soziale Gerechtigkeitsforschung:  
Normativ oder deskriptiv?
- 46 *Horst Wenzel*  
Hören und Sehen - Schrift und Bild  
Zur mittelalterlichen Vorgeschichte  
audiovisueller Medien