

Petros Gemtos

Methodologische Probleme der Kooperation von Rechts- und Wirtschaftswissenschaft

Abstract: Recent developments in economics and the science of law emphasize their cooperation for a better understanding of social structures and interactions, an effective application of social scientific knowledge and a rational evaluation and implementation of social norms. There are, however, difficult methodological problems in this endeavor: Whereas economics is mainly (with the exception of welfare economics) an empirical science which collects information about economic activities and the functioning of the economic system, the science of law is a normative discipline aiming at solving social conflicts and establishing rational principles for judicial decisions. In this paper, we suggest a three-level scheme for the interdisciplinary cooperation of law and economics, addressing the different problems that positive and normative economics face as they apply economic knowledge to legal matters. Economic analysis of law is proposed as a model for a general transformation of the traditionally hermeneutical jurisprudence into an analytic-normative science of law based on theoretical expectation (explanation) and the rational evaluation of the consequences of legal rules and principles.

0. Einführung

Die Wirtschaftswissenschaft und die Rechtswissenschaft sind zwei Disziplinen mit langjähriger Tradition und grossem Ansehen unter den Sozialwissenschaften, d.h. unter denjenigen Wissenschaften, die das Verhalten der Menschen als Mitglieder sozialer Gruppen erforschen. Die Beziehungen zwischen diesen Disziplinen werden im allgemeinen als besonders eng angesehen – eine Tatsache, die durch die Teilnahme juristischer Fächer am ökonomischen curriculum und wirtschaftswissenschaftlicher Fächer an den Lehrprogrammen der juristischen Fakultäten belegt wird. Es gibt sogar eine Reihe von Lehrgebieten, die diese Disziplinen zusammenführen: Das Wirtschaftsrecht, die institutionelle Ökonomik, die Theorie der Eigentumsrechte und die ökonomische Analyse des Rechts. Der gemeinsame empirische Gegenstand darf allerdings nicht die wichtigen methodologischen Unterschiede unter ihnen verschleiern, die besonders dann ans Licht treten, wenn man versucht, die Ergebnisse der einen Wissenschaft im Bereich der anderen theoretisch oder instrumentell auszuwerten. Die Schwierigkeiten ergeben sich aus Unterschieden im methodologischen Aufbau dieser Disziplinen: Während die Wirtschaftswissenschaft allgemein¹ heute als eine empirische Wissenschaft konzipiert wird, welche die Erweiterung unseres Informationspoten-

¹ Über die Wohlfahrtsökonomik als den normativen Teil der Ökonomik vgl. unten.

tiales über die Wirtschaftswirklichkeit anstrebt, gehört die Jurisprudenz nach herrschender Auffassung² zu dem Bereich der normativen Wissenschaften, die sich wertend um Konfliktregulierung und gerechte Gestaltung des sozialen Lebens bemühen. In diesem Vortrag untersuche ich zunächst, wie Wirtschafts- und Rechtswissenschaftler Inhalt und Zweck ihrer Tätigkeit konzipieren (Teile 1 und 2), um eine Basis für die rationale Diskussion der Möglichkeiten und Grenzen ihrer interdisziplinären Kooperation zu legen (Teil 3).

1. Die Methodologie der Wirtschaftswissenschaft

1.1 Methodologische Ansätze in der Geschichte der Nationalökonomie

In der Wirtschaftswissenschaft, schrieb einmal der bekannte dänische Ökonom T.C. Koopmans (1970, 148), sind methodologische Probleme schwer zu behandeln oder gar in Diskussion zu bringen. Vom ersten Erscheinen einer Wissenschaft der ökonomischen Phänomene (für die meisten das Jahr 1776, mit der Veröffentlichung des klassischen Werkes von A. Smith *Über den Wohlstand der Nationen*, für einige das Jahr 1758, mit dem Erscheinen des *Tableau Economique* des französischen Physiokraten Fr. Quesnay) spielten methodologische Fragen eine wichtige Rolle in der Entwicklung ökonomischer Ideen.

Die klassischen Nationalökonomien (Smith, Ricardo, Malthus) leisteten einen beschränkten Beitrag zur reinen Methodologie – was allerdings nicht bedeutet, dass sie methodologische Prinzipien nicht bewusst anwandten. Das klassische Werk von Adam Smith enthält z.B. sowohl komparativ-statische Analysen (Bücher I und II) als auch historisierende Betrachtungen (Bücher IIIIV). Smith hatte zwar einen selbstständigen Beitrag zur Methodologie der Wissenschaften (für Astronomie: *The Principles which Lead and Direct Philosophical Enquiries, Illustrated by the History of Astronomy*, in: *The Works and Correspondence of Adam Smith*, Glasgow 1980) verfasst, das Buch blieb aber relativ unbekannt und übte keinen nennenswerten Einfluss auf die Entwicklung des wissenschaftlichen Denkens aus. Ricardo andererseits abstrahierte von institutionellen, geschichtlichen und sozialen Faktoren und verwendete eine deduktive Methode, die aus einfachen Prämissen zu eindeutigen Ergebnissen führte, ohne allerdings auf die Kluft zwischen Theorie und Empirie besondere Rücksicht zu nehmen (‘Ricardian vice’ nach Schumpeter). Ähnlich – trotz Unterschieden in den Forschungsergebnissen – bewegte sich Malthus, der eigentlich in seinen Analysen differenzierter und weniger aprioristisch sein wollte.

Das erste selbstständige methodologische Werk im Bereich der Nationalökonomie war das Buch von Nassau William Senior *Introductory Lecture on Political Economy* (1827). Zum ersten Mal wird klar zwischen positiver Wissenschaft und normativer Kunst unterschieden und eine These formuliert, die charakteristisch für das Selbstverständnis der Ökonomen des 19. Jahrhunderts war, nämlich dass Grundlage der Nationalökonomie eine kleine Anzahl von Sätzen ist, die das Er-

² Zumindest im deutschen Rechtsraum, wo hermeneutische Ansätze klar überwiegen.

gebnis (innerer oder äusserer) Beobachtung sind, so dass jeder Mensch, der sie hört, sie als sicher und selbstverständlich ansieht. Aus diesen Sätzen sind andere deduzierbar, die auf konkrete Fälle angewandt werden können, wenn keine ‚störenden Ursache‘ vorhanden sind.

Mit dem berühmten Werk von J.S. Mill, *On the Definition of Political Economy, and the Method of Investigation Proper to It* (1836) wird die Untersuchung der methodologischen Grundlagen der Nationalökonomie weiter vertieft. Als ihr Erkenntnisgegenstand wird der *homo economicus*, der ökonomisch handelnde Mensch, konstruiert. Die Methode der Nationalökonomie erscheint abstrakt und apriori – nicht im Kantschen Sinne sondern wegen der Anwendung deduktiver Methoden auf Annahmen, die Ergebnisse von Introspektion und nicht von systematischer Beobachtung darstellen. Mill schreibt wörtlich:

„Wenn die Prinzipien der Nationalökonomie auf einen konkreten Fall angewandt werden sollen, ist es notwendig, auf alle Besonderheiten des Falles Rücksicht zu nehmen; nicht nur durch die Untersuchung der Umstände, die den Prinzipien entsprechen, sondern auch der anderen Umstände, die zum Erkenntnisgegenstand der Wissenschaft nicht gehören. Diese letzteren Umstände heissen ‚störende Ursachen‘ “. (Mill 1967, 330)

Die Existenz solcher ‚störenden Ursachen‘ hat als Ergebnis, „dass der einfache Nationalökonom, der nur Nationalökonomie und keine andere Wissenschaft studiert hat, zu Misserfolg verurteilt wird, wenn er versucht, seine Wissenschaft praktisch anzuwenden“ (1967, 331). Zugleich aber wird hierdurch die Nationalökonomie gegen die Empirie immunisiert: Die Grundprinzipien der Wissenschaft sind wahr, nur ihre Anwendung kann unter bestimmten Bedingungen gesperrt werden.

Mills methodologische Thesen wurden auch vom anderen grossen methodologischen Werk des 19. Jahrhunderts übernommen, John Elliot Cairnes Buch *The Character and Logical Method of Political Economy* (1875, 2. revidierte Auflage 1888). In diesem Buch wird überdies die bemerkenswerte Auffassung vertreten, dass der Nationalökonom sich bereits in einer Lage befindet, die der Naturwissenschaftler erst nach langjähriger Forschung erreichen kann.

Die abstraktdeduktive Methode in der Tradition von Senior, Mill und Cairnes fand einen starken Gegner in den Vertretern der deutschen historischen Schule, die auch Anhänger im englischsprachigen Raum hatte. Berühmt blieb der sog. Ältere Methodenstreit und dessen Niederschlag in den Schriften Carl Mengers und Gustav Schmollers in den siebziger Jahren des 19. Jahrhunderts.³ Einen Kompromiss zwischen Theorie und Empirie strebte John Neville Keynes (*The Scope and the Method of Political Economy*, 1891) an. Obwohl aber seine These lautete: „Die Nationalökonomie muss mit Beobachtung anfangen und enden“,

³ Die Kontroverse wurde im Jahr 1883 durch eine methodologische Schrift Carl Mengers ausgelöst. Auf Schmollers Besprechung in seinem Jahrbuch folgte Mengers heftige Erwiderung, die den Höhenpunkt des Methodenstreites darstellte, vgl. Menger 1883; 1884; Schmoller 1883, 239ff.

steht seine Gesamtkonzeption noch in Einklang mit der klassischen ökonomischen Methodologie: Die Grundannahmen sind unmittelbar wahr und so auch aus logischen Gründen die Folgerungen, während eine eventuelle Diskrepanz zwischen Voraussage und tatsächlicher Entwicklung auf störende Ursachen zurückzuführen ist. Der Vergleich der Voraussagen mit der Wirklichkeit ist kein Mittel der Wahrheitskontrolle, sondern Teil der Anwendungsbedingungen der ökonomischen Theorien.

Die allgemeine Verbreitung neokritizistischer Ideen, die zum Teil das Ergebnis der Erschütterung des Wahrheitsanspruchs der klassischen Physik war, schwächte bald die Bereitschaft ab, Sätze auf Grund ihrer Evidenz als wahr anzunehmen. Die klassische Tradition hatte allerdings zwei berühmte Nachfolger: L. Robbins und L. von Mises bemühten sich, die Grundlagen der Nationalökonomie auf die besondere Art und Weise der ökonomischen Erkenntnisgewinnung zu stützen.

Robbins Werk *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science* (1932) brachte eine intensive Diskussion über Grundlagenprobleme der Nationalökonomie in Gang. Seine zentrale methodologische These war ein modernes restatement der klassischen Tradition. Die Grundaxiome der Nationalökonomie sind Annahmen, deren Korrespondenz zur Wirklichkeit keine detaillierte Diskussion benötigt. „... Wir brauchen keine kontrollierten Experimente für die Begründung ihrer Gültigkeit. Sie sind ein wichtiger Teil unserer täglichen Erfahrung und es genügt, dass man sie ausspricht, damit jedermann weiss, dass sie wahr sind.“ (Robbins 1935, 79) Gründlicher aprioristisch ist die Methodologie Ludwig von Mises. In seinem Werk *Human Action: A Treatise in Economics* führt er die Praxeologie als eine allgemeine Theorie des rationalen Verhaltens ein, deren Grundlagen synthetisch-apriorischen Charakter haben: das letzte Mass der Richtigkeit eines ökonomischen Theorems ist die Vernunft ohne Gebrauch der Empirie. Ähnliche Gedanken äusserte auch der grosse amerikanische Ökonom Frank Knight (1956).

Robbins, von Mises und Knight sind die letzten bedeutenden Vertreter eines echten oder verdeckten Apriorismus.⁴ Herrschend sind nunmehr im Einklang mit allgemeinen philosophischen Ideen empiristische Ansätze, die sich auf einen empirischen Wahrheitsbegriff und ein empirisches Wahrheitskriterium stützen und sich um die Minimierung subjektiver Erkenntnisquellen (wie z.B. der Introspektion) bemühen. Im Jahre 1938 kritisierte T. Hutchison (*The Significance and Basic Postulates of Economic Theory*) scharf unter Verwendung Popperianischen Gedankengutes jede Form von Apriorismus. Die Überbetonung aber des empirischen Elements sollte zum Ausschluss wichtiger Sätze der Nationalökonomie aus dem wissenschaftlichen Raum führen – eine Tatsache, die der Methodologie Hutchisons die Bezeichnung Hyperempirismus⁵ einbrachte. Denn Hutchison unterschied nicht zwischen Grundaxiomen und Theoremen der Nationalökonomie

⁴ Eine modernisierte Version der klassischen Auffassung vertreten allerdings noch heute Stewart 1979 und Hausman 1992.

⁵ Die Bezeichnung stammt von Machlup 1978, 143; vgl. auch Hutchisons spätere (in Latsis 1976, 181, Anm. 2) selbstkritische Ausführungen, dass der naturalistische Optimismus dieser Studie angesichts der Entwicklungen nicht aufrechterhalten werden kann.

und stellte das allgemeine Postulat auf, alle ökonomischen Sätze müssten der unmittelbaren empirischen Kontrolle unterliegen.

In diesem Punkt gehen Fr. Machlup und M. Friedman andere Wege und können als Vertreter eines gemässigten Empirismus angesehen werden. In seinem Essay *The Methodology of Positive Economics* (1952) formulierte Friedman seine berühmte These des Nichtrealismus der Hypothesenannahmen, die eine heftige Diskussion auslöste. In einem Satz könnte der Inhalt der Friedmanschen methodologischen These so wiedergegeben werden: Für die Wahrheit einer Hypothese sind ihre Voraussagen empirisch zu prüfen und nicht ihre Annahmen, die unreal sind. Diese Überbetonung des prognostischen Elements leitete einige Methodologen zu der Auffassung, Friedman sei ein traditioneller Instrumentalist.⁶ Samuelsons Beitrag zu dieser Diskussion brachte mehr Verwirrung als Klarheit, denn er bedeutete eine Rückkehr zum unfruchtbaren Deskriptivismus früherer empiristischer Methodologien und war im Grunde von schwächerer wissenschaftstheoretischer Qualität als der Operationalismus seines klassischen Werkes *The Foundations of Economic Analysis* (1948).

1.2 Die methodologische Diskussion der Gegenwart

Die heute in der Wirtschaftswissenschaft herrschende Methodologie ist dem Programm nach Popperianischen Geistes,⁷ obwohl in der Theorie der Falsifikationismus als wirtschaftswissenschaftliche Methodologie scharf kritisiert⁸ und in der Praxis der kritische Ansatz weitgehend abgeschwächt wurden. Erklärter Zweck der Ökonomik ist vorgänglich die relativ präzise Voraussage der ökonomischen Phänomene (vgl. Hutchison 1977, 8), was wegen der strukturellen Identität von Erklärung und Prognose den explanatorisch-informativen Charakter der Ökonomik dokumentiert. Allerdings sind vielfach instrumentalistische Untertöne festzustellen, wie z.B., dass Ökonomik eine box of tools sei und dass ihre Hauptaufgabe in der Aufstellung von Anwendbarkeitsbedingungen bestehe.

Andererseits werden heterodoxe Lehrmeinungen vertreten: Institutionalisten, Radikalökonomien, Neomarxisten und metamoderne Konstruktivisten bzw. literary theorists wenden sich entschieden gegen die allgemeine Akzeptanz des empirischen Wahrheitskriteriums. B. Ward (*What Is Wrong with Economics?*

⁶ Vgl. z.B. Boland 1979; 1982, 141ff.; Stewart 1979. Ich habe in meinem Buch *Die Neube-gründung der Quantitätstheorie durch Milton Friedman* (1975) zu zeigen versucht, dass Friedman kein Instrumentalist ist. Zustimmung Blaug 1978, 703.

⁷ Was Lakatosche Ideen einschliesst, vgl. Blaug 1992, xiii, 110; Hutchison 1988; 1992; Backhouse 1994, 3; Klappholz/Aggassi 2001, 60ff. Vgl. auch Hands 1993, der das Verdienst Poppers darin sieht, dass er die methodologischen Regeln als fallible Diskussionsgrundlagen auffasst. Ähnliche Gedanken auch bei Boland 1982; 1992. Näher zu Lakatos stehen R. Backhaus und deMarchi, während D. Wade Hands und E. Roy Weintraub in ihrem neuerem Werk stärker soziologisch orientiert sind. Für eine ausführliche Darstellung und Kritik der Versuche, die Methodologie durch eine empirische Wissenschaft, wie kognitive Psychologie, Biologie, Soziologie oder sogar Ökonomie (,naturalised epistemology': Quine) zu ersetzen, vgl. Wade Hands 2001.

⁸ Vgl. Caldwell 1982, der allgemein die Aufstellung methodologischer Regeln ablehnt und für einen methodologisch kritisch durchleuchteten Pluralismus plädiert. Ablehnend gegen den Falsifikationismus wegen Inkonsistenz auch Hausman 1988, 65, und Rosenberg 1962, 26. Vgl. auch die Kritik der von T. S. Kuhn inspirierten Ökonomen Gordon, Coats, Bronfenbrenner, Kunin und Weaver.

London 1972) lehnt eine empirische Wirtschaftswissenschaft ab und schlägt eine normative ökonomische Konfliktregelung nach dem Vorbild der Rechtswissenschaft vor. Hollis und Nell (*Rational Economic Man*, Cambridge 1975) plädieren für die Abschaffung des neoklassischen Paradigmas und dessen Ersetzung durch eine aprioristische und essentialistische Wahrheitsermittlung neoricardianischer Prägung. McCloskey (*The Rhetoric of Economics*, Brighton 1986) kritisiert die herrschende ‚modernistische‘ Methodologie der Wirtschaftswissenschaft⁹ und plädiert für einen rhetorischen persuasiven Ansatz, der merkwürdige Gemeinsamkeiten zu ähnlichen Ansätzen in der Jurisprudenz aufweist. Die amerikanischen Institutionalisten¹⁰ betonen den Machtaspekt ökonomischer Institutionen und verwenden eine Art ‚pattern modelling‘, das versucht, Ereignisse oder Handlungen durch ihre Einordnung in das wirtschaftliche Gesamtgeschehen verständlich zu machen, bzw. eine erzählende Methodologie (storytelling), die auf der historischen Methode der colligatio, d.h. der organischen Verbindung von Ereignissen, empirischen Verallgemeinerungen und Bewertungen, beruht.

Die Gestaltung der Nationalökonomie als spezieller Sozialwissenschaft der ökonomischen Beziehungen und Veränderungen hat schwierige methodologische Probleme zu bewältigen, die im Grunde das Ergebnis zweier sich in Spannung befindender Elemente, des rationalen und des empirischen, sind bzw. der Tatsache dass dieselben Hypothesen und Theoreme mal als Tatsachenbehauptungen und mal als Werturteile wirken (vgl. Blaug 1992, 111). Die Nationalökonomie bezweckt, wahre Informationen über die Struktur der wirtschaftlichen Wirklichkeit zu liefern, während sie gleichzeitig als Wissenschaft des rationalen Verhaltens konstruiert wird, d.h. auf einer Annahme fusst, die einen problematischen empirischen Gehalt und wertende Untertöne besitzt. Noch in den sechziger Jahren war die Meinung verbreitet (vgl. Albert 1963/1998), die Neoklassik sei in eine Sackgasse geraten und sie benötige eine Revision, um Erkenntnisse anderer Wissenschaften, vorwiegend der Soziologie und der Psychologie, ins ökonomische Modell zu integrieren. Die Entwicklung widersprach solchen Prognosen. Die gegenwärtige Situation ist durch eine zunehmende Anwendung ökonomischer Konstruktionen und Hypothesen zur Erklärung von Phänomenen charakterisiert, die weit entfernt vom traditionellen Erfahrungsgegenstand der Ökonomik sind.

So wandte G. S. Becker den ökonomischen Ansatz auf Familie, Heiratsverhalten, Kriminalität, Rassendiskriminierung und Drogenkonsum an. A. Downs erfasste in seiner ökonomischen Theorie der Demokratie Politiker und Wähler als rationale Akteure, die ihren Nutzen maximieren. M. Olson analysierte auf der Basis rational ökonomischer Hypothesen die Logik des kollektiven Handelns. J. M. Buchanan kombinierte Prinzipien eines methodologischen und eines normativen Individualismus, um Institutionen zu erklären und zu bewerten. R. Coase und R. Posner verwenden ökonomische Effizienzkriterien zur ökonomischen Analyse des Rechts. Die Hypothese der Rationalität erscheint nun nicht länger als ein Träger empirischer Wahrheit (sie wurde *stricto sensu* mehrfach, insbesondere in ihrer wahrscheinlichkeitstheoretischen Fassung, widerlegt), sondern als ein theoretisches Konstrukt, das zur Erklärung der aggregierten Konsequenzen

⁹ Für eine ähnliche Kritik vgl. Klamer 1984.

¹⁰ Vgl. vor allem Samuels (ed.) 1994.

menschlichen Sozialverhaltens durch deren Rückführung auf die Beschränkungen (Handlungsbedingungen) der individuellen Entscheidungssituation beiträgt (was das eigentliche Erklärungsproblem der Sozialwissenschaften ist). Aus dieser Sicht stellt die Hypothese des *homo economicus* den wichtigsten zur Zeit verfügbaren Integrationshebel im Bereich der Sozialwissenschaften dar, während Institutionen als das Produkt sozialer Interaktion und Koordinations- und Orientierungsfaktor individuellen Verhaltens (Mantzavinos 2001), die wichtigste Brücke im Rahmen einer allgemeinen interdisziplinären Institutionentheorie zwischen den speziellen empirischen Sozialwissenschaften und zwischen den empirischen und den normativen Sozialwissenschaften schlagen.

Normativer Teil der Ökonomik ist die Wohlfahrtsökonomie, die lange Zeit verstanden wurde als nach denselben methodologischen Prinzipien gestaltet wie die positive Ökonomik. Die Unterscheidung zwischen einer Wissenschaft und einer Kunst der ökonomischen Phänomene ist 150 Jahre alt (sie stammt von Nassau W. Senior; seine zweiteilige Klassifikation erweiterte später John N. Keynes in eine dreiteilige: positive Wissenschaft, normative Wissenschaft, Kunst) und entspricht zum grossen Teil der Tradition (Hume, Kant und Weber) des kategorialen Sein-Sollensdualismus. Die sog. Pareto Optimalität wurde von Pareto selbst (als Teil der reinen, im Gegensatz zur normativen und praktisch angewandten Ökonomik), den Vertretern der *new welfare economics* (Effizienz ist wertfrei, gerechte Verteilung ist ein moralisches Konzept) und dem grossen methodologischen Werk der dreissiger Jahre, L. Robbins *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science* (1932) (weil es keine notwendig¹¹ wertgeladenen interpersonalen Nutzenvergleiche enthält), als wertfreies, positives theoretisches Konstrukt verstanden.

Die wissenschaftstheoretische Klärung der Werturteilsproblematik (Weber, Albert) zeigte jedoch, dass die Grundaxiome der Paretianischen Wohlfahrtsökonomik Werturteile sind, die sich allerdings weitgehender Akzeptanz erfreuen. Im Rahmen der Wohlfahrtsökonomik ist a) *homo oeconomicus* kein deskriptives sondern ein normatives Konzept, b) Nutzen kein deskriptiver Begriff sondern ein wertmässig positiver Zustand autonomer Individuen, c) kollektive Wohlfahrt das Aggregat individueller Wohlfahrten. Die Problematik des wissenschaftlichen Charakters einer normativen ökonomischen Disziplin wurde allerdings selten explizit gestellt, verschleiert von der präzisen mathematischen Sprache und der eleganten Axiomatisierung desselben analytischen Instrumentariums, das die explanatorische Theorie verwendet.

¹¹ Das ist nicht richtig. Interpersonelle Nutzenvergleiche können durchaus deskriptiver Natur sein. Sie sind aber schwer prüfbar.

2. Die Methodologie der Rechtswissenschaft

2.1 Historischer Überblick

Die Auslegung, Anwendung und Fortbildung der Rechtsnormen als Zentralaufgabe einer normativen Rechtswissenschaft (sog. dogmatische Jurisprudenz im Gegensatz zu anderen juristischen Disziplinen, wie der Rechtssoziologie, der Rechtsgeschichte oder der Rechtsvergleichung) ist die bei weitem wichtigste, systematisch wertende, geistige Tätigkeit im sozialen Bereich. Als ihre Existenzvoraussetzung ist eine solche Differenzierung der sozialen Struktur anzusehen, die ein selbständiges Rechtssystem entstehen lässt, d.h. ein zentral organisiertes Subsystem staatlich sanktionierter sozialer Normen, das Konflikte und Streitigkeiten zwischen den Menschen regelt.¹² Die Römer kreierten als erste¹³ eine fallorientierte, problemadäquate Konfliktbehandlung durch eigens dafür ausgebildeten Berufsjuristen, die Prozessunterlagen verfassten, Gesetze interpretierten und Behörden, Richter und Parteien konsultierten. Der Ansatz war praktisch-normativ. Die Rechtsgutachten waren nicht theoretisch untermauert und enthielten in den meisten Fällen keine Entscheidungsgründe. Ihre methodologischen Grundlagen sind bis heute unklar. Eine Art intuitive Gerechtigkeitserfassung (M. Kaser) oder eine banalisierte Platonik (Fikentscher), die durch kritische Diskussion auf die richtige Falllösung zielte, lagen ihnen wohl zugrunde. In allen Fällen nahmen die Juristen vorwiegend eine Teilnehmerperspektive ein: die Rechtssätze wurden nicht nur als gültige Produkte einer sozialen Praxis akzeptiert (,internal point of view‘ im Sinne Harts) sondern auch als gerecht anerkannt und wertmässig akzeptiert. Es ist bemerkenswert, dass gerade dieses alte römische Modell nach langjährigen Transformationsbemühungen mittels anderer methodologischer Vorbilder, in erweiterter, begründeter und verfeinerter Form, wieder ins Zentrum moderner juristischer Forschung gerückt ist.

Systematisches juristisches Denken beginnt erst nach der Entdeckung des *corpus juris civilis* mit den Glossatoren (Irnerius, Accursius) und den Postglossatoren oder Kommentatoren (Bartolus, Baldus) am Ende des Mittelalters und kurz vor Beginn der Neuzeit. Die anfängliche historisch-philologische Kommentierung der Justinianischen Texte wurde alsbald durch das bewusste Bemühen ersetzt, ein effizientes Recht für die entstandenen Märkte und den Güter- und Dienstaustausch zu schaffen. Das gemeine Recht, gestützt auf die Idee der Fortsetzung des Römischen Imperiums, wirkte als wichtiger Integrationshebel einer erwachten europäischen Volksgemeinschaft. Renaissance und Humanismus boten neue Impulse sowie eine Wiederentdeckung des alten topischen Denkens als Interpretationsinstrumentarium einer humanistisch inspirierten Jurisprudenz an. Zugleich entbrannte die erste grosse Diskussion über den wissenschaftlichen Charakter der Jurisprudenz. Angriffsbasis war die Aristotelische Abgrenzung der *scientia* als Lehre von ewigen Wahrheiten über unwandelbare Objekte von der praktisch orientierten *ars* oder *prudentia*. Die Wandelbarkeit des Rechts im

¹² Vgl. Harts Rechtssystem, das erst mit der Einführung sekundärer Regeln entsteht (1961/1994).

¹³ *Juris prudentia* in diesem Sinn war in Griechenland unbekannt.

Raum und Zeit (vgl. spätere ähnliche Gedanken von Pascal und von Kirchmann 1848) schliesst die Bezeichnung des Rechtstudiums als Wissenschaft aus. Die Abhängigkeit von Autoritäten führt ein Zufallselement ein, das durch gesicherte Erkenntnis nicht gedeckt werden kann. Gegen diese Kritik stellten bekannte Juristen wie Petrus Aureus Gammarus, Ulrich Zaesius, Guillaume Bud die These auf, dass die Autoritätsabhängigkeit des Rechts den Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz nicht aufhebt.¹⁴

Die Zeit bis zum 18. Jahrhundert wurde mit kleinen Unterbrechungen von der Idee des Naturrechts, einer ideellen normativen Ordnung altgriechischen Ursprungs, beherrscht. Zuerst fragmentarisch und auf Billigkeit (*aequitas*) stützend, dann umfassend und reformierend brachten die Naturrechtler neue Ideen und konsistente Prinzipien formaler und materialer Gerechtigkeit hervor. Zugleich kamen die ersten Versuche ans Licht, die Jurisprudenz nach Vorbild reifer Formalwissenschaften und der neueren Physik auf erste Prinzipien zurückzuführen und zu systematisieren. Topisches Denken, das sich nicht auf Beobachtung richtete, kam in Verruf.¹⁵ Gleichwohl bewahrte die Eigentümlichkeit der Jurisprudenz als normative Disziplin zwei *loci* auf, die verbreierte Anwendung bei der Rechtsfindung fanden: *argumentum a simile* und *argumentum e contrario*. Metatheoretisch wurde der – wegen der Wandelbarkeit des Rechts – auf den wissenschaftlichen Charakter der Jurisprudenz zielenden Kritik der Aristoteliker entgegengehalten, Erkenntnisobjekt der Jurisprudenz sei nicht das raum- und zeitbedingte positive Recht, sondern das ewige Naturrecht.¹⁶

Das 19. Jahrhundert war die Zeit der grossen juristischen Schulen und der grossen Kodifikationen. Seine erste Hälfte weist eine Reaktion auf den Rationalismus der Aufklärung und eine Wendung zum Konkreten und Unwiederholbaren auf: die Historische Rechtsschule (Savigny, Hugo). Als Ideal juristischer Forschungen gilt nun die präzise Quellenexegese und die Suche nach dem Volksgeist, der den Rechtsnormen zugrunde liegt. Mit den Worten Savignys (1815): „... gibt es kein vollkommen einzelnes und abgesondertes menschliches Dasein. So ist jeder einzelne Mensch notwendig zugleich zu denken als Glied einer Familie, eines Volkes, eines Staates: jedes Zeitalter eines Volkes als die Fortsetzung und Entwicklung aller vergangener Zeiten. ... die Geschichte ist dann nicht bloss Beispielsammlung, sondern der einzige Weg zur wahren Erkenntnis unseres eigenen Zustandes.“

Die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde durch die Hinwendung zur Lösung dringender Probleme der Rechtskodifizierung gekennzeichnet. Auf theoretischer Ebene herrschten zunächst positivistische Strömungen verschiedener Provenienz, deren gemeinsamer Nenner war, dass sie den Rückgriff auf ideelle (auf Gott oder die Vernunft gestützte) metaphysische Prinzipien ablehnten und sich zugleich bemühten, unter Verwerfung des traditionellen deontologischen Modells, einen wahrheits- bzw. erkenntnisorientierten Ansatz im Sinne der Re-

¹⁴ Gegen diesen vorwiegend von Medizinern geäusserten Vorwurf wurde auf den Rechtsfriedenszweck des Rechts (analog zur Gesundheit der Medizin) bzw. auf feste Rechtsprinzipien und juristische Dogmen verwiesen. Vgl. hierzu Raisch 1995, 54, und Schröder 2001, 46.

¹⁵ Als erster Jurist, der topisches Denken ablehnte, gilt Chr. Thomasius.

¹⁶ Vgl. Pufendorf 1660, 5; 1672, 26f. Vgl. dazu Schröder 2001, 169f.

alwissenschaften moderner Prägung einzuführen. Im deutschsprachigen Bereich wurden im Rahmen der Pandektistik, und gegen das ursprüngliche Savignysche Programm, begriffsanalytische Klärungen des geltenden gemeinen (römischen) Rechts vorgenommen, die aber schnell zu blossen Taxonomien degradierten (sog. Begriffsjurisprudenz). Die platonistischen Strömungen der Zeit kommen deutlich in einem Satz Rudolf von Jherings (1852, 29) aus seiner ersten Lebensperiode vor: „Die Begriffe sind produktiv, paaren sich und produzieren neue.“

Jhering selbst überwand die unfruchtbare Begriffsjurisprudenz in der zweiten Periode seines Lebens unter Rückgriff auf Grundideen von J. Bentham mit seinem berühmten Werk *Der Zweck im Recht*. Für den Jhering der zweiten Periode dienen die Rechtsinstitutionen dem Schutz der Rechtsgüter der Rechtssubjekte und dem gerechten Ausgleich der Privatinteressen. Aufgabe des Rechtswissenschaftlers ist es, diese Zwecke zu erfassen und zu spezifizieren und somit die Rechtsnormen als Mittel zur Verwirklichung sozial sanktionierter Ziele (und nicht als Elemente einer abstrakten logischen Ordnung) zu interpretieren.

Seitdem bemühten sich positivistisch orientierte Juristen teilweise um die richtige Erkenntnis des Rechts, teilweise um dessen richtige Auslegung, Fortbildung und Anwendung, wobei unklar war, welchen Anteil jeder Aspekt juristischer Analyse in den verschiedenen theoretischen Ansätzen besass. Typischerweise tendierten die deutschen Rechtspositivisten dazu, Interpretations- und Anwendungsprobleme vorrangig zu behandeln, während die von der analytischen Philosophie und dem Logischen Empirismus beeinflussten englisch-amerikanischen und österreichischen Gelehrten Erkenntnisprobleme präferierten. Austins Souveränitätstheorie schuf die Grundlagen eines engen Rechtspositivismus, der höchsten Erkenntniswert auf Empirie und somit auf Rechtssicherheit legte.

Besonders wichtig war der Beitrag der Tübinger Schule (Interessenjurisprudenz: Ph. Heck), die die anfänglichen Übertreibungen der Freirechtsschule (H. Kantorowicz) überwand und Erkenntnisse der vielfältigen rechtssoziologischen Strömungen (E. Ehrlich, R. Pound; realist movement in den USA: Holmes, Llewellyn, Frank; skandinavische Schule: Hagerström, Olivercrona, Ross) ausnutzte und zwar in Richtung einer genetischen Jurisprudenz, in der Kausalfaktoren (Interessen) als Erklärungsvariablen der Rechtsentstehung und zugleich als Interpretationsmomente im Rahmen einer subjektiven Normauslegung benutzt werden konnten.

Es folgten ein genialer und sehr einflussreicher Ansatz von H. Kelsen, der die Jurisprudenz als wahrheitsorientierte Normwissenschaft auf der Basis einer hypothetischen Grundnorm zu konstruieren versuchte und ein ähnlicher Versuch von H. L. A. Hart (*The Concept of Law*), der die Jurisprudenz nach Erkenntnissen der ordinary-language-Philosophie wertfrei (as „a kind of descriptive sociology“) zu strukturieren suchte. Das Ergebnis war, dass die deutsche Jurisprudenz nach einigem Umherschweifen im wertfreien Raum relativ leicht zum traditionellen normativen Modell zurückkehrte, während in der englischsprachigen Welt der „interpretive turn“ (Dworkin) lange auf sich warten liess und ernstere Widerstände überwinden musste.

2.2 Die moderne Diskussion um die methodologischen Grundlagen der Jurisprudenz

In der heutigen Diskussion um die Grundlagen der Jurisprudenz, wie sie sich in den meisten Lehrbüchern widerspiegelt, scheinen zwei Parteien um die richtige Gestaltung und den effizienten methodologischen Aufbau dieser Disziplin zu streiten. Auf der einen Seite stehen Rechtspositivisten, die das Recht als Produkt staatlich sanktionierter Willensakte definieren und Recht und Moral bzw. Sein und Sollen scharf trennen. Auf der anderen Seite agieren Vertreter naturrechtlicher Ideen, die ein überpositives ‚höheres‘ Recht anerkennen und somit Moral und Recht integrieren (ein unmoralisches Recht ist kein Recht). Anfänglich waren die positivistischen Angriffe gegen das klassische Naturrecht ein Kampf um die Geltung der Humeschen Sein-Sollen Dichotomie (vgl. die Benthamsche Unterscheidung zwischen einer expositorischen (expositorial: law as it is) und einer utilitaristischen kritischen (censorial) Jurisprudenz), obwohl eine Zurückführung von Werten und Normen auf Tatsachen nie ernstlich behauptet worden ist. Der Diskussionsschwerpunkt liegt heute (da die Existenz eines vom Menschen nicht geschaffenen bzw. zum Inventarium der Welt, wie physische Gegenstände, gehörenden Rechts nicht mehr ernstlich behauptet wird) besonders auf der Beziehung des Rechts zur Moral (Normenbeschreibung und wertende Norminterpretation sind Teile eines komplexen Rechtsbestimmungsprozesses) bzw. auf den Konsequenzen, welche eine gerechtigkeitsorientierte und unscharfe Abgrenzung rechtlicher Normen mit sich bringt.

Die Kontroverse gründet aber wesentlich tiefer: Es geht um die (metatheoretische) Entscheidung, ob Jurisprudenz (a) als ‚positivistische‘ wahrheitsorientierte Realwissenschaft ohne bestimmten Inhaltsbezug erfasst wird, oder ob (b) sie mit einem moralischen Mindestinhalt und mit Gestaltungsaufgaben im Rahmen eines erweiterten und modernisierten normativen Modells zu verstehen ist. Wenn der zweite Weg gewählt wird, ist noch zu fragen, ob die traditionelle hermeneutische Methodologie der Bewältigung von Regelungsaufgaben einer modernen komplexen Rechtsordnung genügt, oder ob es notwendig ist, die geisteswissenschaftliche Tradition endgültig zu verlassen und neue Wege auf der Basis von bewährten Prinzipien moderner Sozialwissenschaften als auch der analytischen Wissenschaftstheorie zu suchen.

(a) ‚Positivität‘ als philosophischer Terminus erscheint zum ersten Mal (mit positivem Inhalt) im Werk von A. Comte *Cours de Philosophie Positive* (1830-1842). Nach dem von ihm aufgestellten Dreistadiengesetz ist die positive Wissenschaft charakteristisch für das dritte und letzte Stadium menschlicher geistiger Entwicklung. Die allgemeine Verwendung des Begriffs erhielt aber einen negativ-polemischen Charakter: Als positivistisch werden philosophische Strömungen bezeichnet, die unter Berufung auf das Gegebene jegliche metaphysischen (=nicht-empirischen) Elemente ablehnen. In einer präziseren Definition werden unter Positivismus nur Ansätze verstanden, die Erkenntnis auf Erlebnisse oder auf solche Erlebnisse ausdrückende Protokollsätze und auf von ihnen induzierte allgemeine Aussagen zurückführen, wobei die schöpferische Präsenz der Forscher und der unwiderrufflich hypothetische Charakter jeder menschlichen Erkenntnis un-

terbewertet wird (immanenter Positivismus von Avenarius und Mach, Logischer Empirismus bzw. Positivismus des Wiener Kreises). Unter dieser Definition wird der Hauptgegner dialektisch-hermeneutischer Strömungen, der kritische Rationalismus, nicht als Positivismus qualifiziert (gegen die übliche Bezeichnung der Tübinger Diskussion über die Grundlagen der Sozialwissenschaften als Positivismusstreit).

Im rechtlichen Bereich ist Positivismus i.e.S.¹⁷ mit der Existenz eines durch Staatsorgane gesetzten positiven Rechts verbunden. Dazu führen, ja zwingen sogar methodologische Prinzipien moderner Wissenschaftlichkeit, nämlich die Trennung von Erkenntnistätigkeit und Forschungsobjekt (Beobachterperspektive), die präzise Problemdefinition, die wertfreie, auf Informationen zielende, Wirklichkeitserfassung, die empirische Prüfbarkeit von Aussagen, Wahrheit als eine Art Korrespondenz zur Wirklichkeit. Rechtswissenschaft richtet sich auf die Identifikation von Rechtsregeln und auf die Erklärung ihrer Gültigkeit (Normpositivismus) oder auf die Erklärung und Prognose menschlichen Rechtsverhaltens bzw. der Funktion von Rechtsinstitutionen (empirischer Positivismus). Über Norminhalte kann nur sehr wenig gesagt werden (vgl. ‚minimal natural content of law‘ by H. L. A. Hart). Somit wird der Rechtsanwendung kaum geholfen werden. Der Rechtsanwender (Richter, Verwaltung) braucht operationelle Regelungskriterien, darf sich nicht auf Intuition und Evidenz stützen. Diese Kriterien sind in der Rechtspraxis nicht unabhängig von der Festlegung des Sinnes allgemeiner Prinzipien und Normen durch Interpretation zu entnehmen, wie manche positivistisch orientierte Denker vorschlagen. Interpretation und Rechtsanwendung sind Teile eines einheitlichen und untrennbaren Prozesses, der nur durch die Einnahme einer Teilnehmerperspektive bewältigt werden kann. Sie können nicht als äussere Verbindung einer wertfreien Interpretation und einer bewertenden Rechtsanwendung aufgefasst werden, so dass der erste Teil wissenschaftlich erfasst wird und der zweite einen blossen Wahlakt darstellt.¹⁸

(b) Die Jurisprudenz darf, wenn sie zur gerechten Regelung rechtlich relevanter sozialer Beziehungen beitragen will, nicht den methodologischen Prinzipien der analytischen Realwissenschaften folgen (andernfalls bliebe bestenfalls eine beschränkt nützliche Sozialtechnologie, vgl. Albert). Es ist zwar möglich, sich an Rechtssätze aus der Beobachterperspektive beschreibend anzunähern, wie die Rechtssoziologie oder die Rechtsgeschichte dies tun. Ihren Regelungsaufgaben im Rahmen einer funktionierenden Gruppe kann das Recht damit aber nicht gerecht werden. Während Tatsachen nomologisch erkannt werden und dieses Wissen in einem zweiten Akt als Mittel zur Verwirklichung gegebener Zwecke, d.h. technologisch, benutzt werden kann, können Normen von Normadressaten

¹⁷ Ausnahmen im sog. lebenden Recht bestimmter rechtssoziologischer Strömungen.

¹⁸ Für eine methodologische Kritik rechtspositivistischer Ansätze empirischer (sociological jurisprudence, amerikanischer und skandinavischer Realismus, Imperativtheorie, Interessenjurisprudenz) und normativer Art (Kelsen, Hart) und mit einem Nachweis, dass sie den Aufgaben der Jurisprudenz nicht gerecht werden können, siehe Gemtos 2003 (in griechischer Sprache). Nach wiederholten sinnvollen, aber gescheiterten Versuchen, das empirisch-nomologische Erkenntnismodell auf alle Bereiche menschlicher Erkenntnis (vgl. z.B. die Arbeiten Hempels über die historische Erklärung) anzuwenden, steht nunmehr fest, dass dieses Modell nur für die informativ-erkärende Wissenschaften geeignet ist.

nur mitgestaltend ausgelegt und angewendet werden. Jurisprudenz muss also als eine normative Sozialwissenschaft konstruiert werden, die aus der Teilnehmerperspektive wertend Mitgestaltungsaufgaben in Bezug auf das geltende Recht übernimmt. Moralische Prinzipien und allgemeine Verhaltensstandards sind potentielle Bestandteile des positiven Rechts: es gilt, die richtigen Kanäle (Esser) ihrer Transformation in die präzise und justiziable Rechtssprache zu entdecken und Mittel zu finden, die die Ausnutzung des ganzen verfügbaren normativen Potentials ermöglichen.

Nach heute insbesondere in Deutschland herrschender Auffassung ist aber Jurisprudenz als eine verstehende Geisteswissenschaft konzipiert, die auf Hermeneutik aufbaut, wie sie in bester Tradition der Lebensphilosophie (Schleiermacher, Dilthey) und ihrer Weiterentwicklung in den Werken von Heidegger und Gadamer zu finden ist. Hauptgrund dieser Rezeption ist die vorwiegend auf Interpretation und Auslegung der Rechtsnormen gerichtete Juristentätigkeit, derzudem am besten gedient wird durch Horizontverschmelzung zwischen dem alten Gesetzestext und dem Handeln des Rechtsanwenders, wie sie die moderne Hermeneutik vorschreibt. Mit Hermeneutik überwiegen in der Jurisprudenz holistische Sinnermittlungsprozesse, während die ungleich wichtigeren Regelungsaufgaben der Rechtsnormen vom Ansatz her vernachlässigt werden.¹⁹ Wenn letztere ernst zu nehmen sind, muss Jurisprudenz als eine nach analytischen Vorbildern (Klarheit, Präzision, Überprüfbarkeit) organisierte normative Sozialwissenschaft aufgefasst werden, die zwei Hauptaufgaben zu erfüllen hat: rationale Entscheidungskriterien zur Konfliktregelung zu erarbeiten und Mittel zur richtigen Ausnutzung unseres Wirklichkeitswissens zu finden. Als Modell einer derartigen Rechtswissenschaft kann die Ökonomische Analyse des Rechts dienen, die in bezug auf einen sehr wichtigen sozialen Wert, die soziale Wohlfahrt, Effizienzkriterien ausarbeitet und zugleich sozialwissenschaftliches Wissen ausnutzt, um die Konsequenzen der rechtlichen Normierungen zu ermitteln und festzustellen.

3. Möglichkeiten und Grenzen einer juristischen Auswertung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse

3.1 Das Problem

Wenn Rechtswissenschaft als eine normative (nicht bloss Norm-) Wissenschaft der Auslegung, Fortbildung und Anwendung des Rechts konzipiert wird, kann ihre Zusammenarbeit mit der vorwiegend positiven und zum Teil normativen Ökonomik in zwei Bereichen erfolgen: in einem normativ-normativen und in

¹⁹ Dass Hermeneutiker immer wieder versuchen, die Hermeneutik über ihren legitimen Bereich (in Geschichte und Literaturwissenschaften) hinaus mit weiteren Aufgaben, wie die Ermittlung der Wahrheit oder die analytische Trennung des Interpreteten vom interpretierten Objekt, zu betrauen, vgl. H. Birus 1982, 9ff. Für eine systematische Kritik der hermeneutischen Ansätze in der Jurisprudenz (Coing, Esser, Larenz, Dworkin) sowie einen ersten methodologischen Entwurf der Transformation der Jurisprudenz in eine analytisch-normative Wissenschaft vgl. Gemtos 2001, 31–65 (in griechischer Sprache).

einem normativ-positiven. Bei dem ersten Vorgehen kooperieren zwei Disziplinen mit methodologisch kompatibelem Aufbau, bei dem zweiten schafft das Sein-Sollen Problem besondere Schwierigkeiten.

Zuerst ist einiges über die Richtung der Kooperation zu sagen. Sie muss die Form der juristischen Auswertung ökonomischer Forschungsergebnisse annehmen, denn die logische Bewegung führt von der Erkenntnis des Seins zur Implementierung bzw. Sinnggebung des Sollens. Die inverse Bewegung, d.h. die positivökonomische Auswertung juristischer Forschungsergebnisse, ist nur als Analyse der Konsequenzen alternativer rechtlicher Regelungen (was schon Teil der ökonomischen Analyse des Rechts ist) sinnvoll, was im Grunde keinen Beitrag der Jurisprudenz zur Ökonomik darstellt, sondern eine Erweiterung des Erkenntnisgegenstandes der letzteren durch die Einführung institutioneller Analysen bedeutet. Die rechtlichen Regelungen sind aus dieser Sicht bloße Elemente der Rechtswirklichkeit, ohne dass auf den für die Juristen kritischen Gerechtigkeitsgehalt der Rechtsnormen Rücksicht genommen wird. So ist z.B. die Gestaltung der property rights eine Erklärungsvariable der ökonomischen Phänomene, eine Auswahl aber zwischen verschiedenen Rechtsinstituten wird im Rahmen einer positiven ökonomischen Analyse nicht vorgenommen.

3.2 Die drei Ebenen der ökonomisch-juristischen Kooperation

Die juristische Auswertung der Ergebnisse der Nationalökonomie bewegt sich auf drei Ebenen. Die beiden ersteren gehören zum positiv-normativen Bereich: sie verwenden positive ökonomische Erkenntnisse für die richtige Konstruktion, Gestaltung, Auslegung und Fortbildung von Rechtsnormen. Auf der dritten Ebene des normativ-normativen Typs werden Prinzipien der Wohlfahrtsökonomik für die Beurteilung der ökonomischen Effizienz der Rechtsnormen herangezogen.

Auf der ersten Ebene wird die Jurisprudenz als eine Art Sozialtechnologie verstanden, die die Bestimmung der geeigneten Mittel für die Erfüllung erwünschter (,gerechter‘) Zwecke anstrebt. Methodologisch ist diese Art der Verwendung theoretischer Erkenntnisse ähnlich derjenigen der Wirtschaftspolitik, die auf eine technologische Transformation der ökonomischen Modelle beruht. Die Hypothese z.B., dass zwischen Geldangebot und Preisniveau ein Kausalzusammenhang besteht, kann unter bestimmten Voraussetzungen als Basis einer antiinflationären Politik benutzt werden. Wenn Preisstabilität ein gesetzlich vorgeschriebenes Ziel der Wirtschaftspolitik ist (wie das beim deutschen Stabilitätsgesetz der Fall ist), müssen bei der juristischen Interpretation der betreffenden Normen Deutungsschemata benutzt werden, die zum Abbau der Inflation führen. In ähnlicher Weise kann die Erkenntnis, dass die negativen Konsequenzen der Inflation zum grossen Teil einer bestimmten Staatspolitik zurechenbar sind, zu legislativer oder judizieller Einführung von Regelungen zum Schutz von Privatvermögen (z.B. durch die Zulassung von Indexklauseln) bzw. zur Erweiterung des Enteignungsschutzes auf Geldwerte führen. Allgemeiner lässt sich feststellen, dass eine genügende Spezifizierung von Zwecken technologische Auswertungen von realwissenschaftlichen Erkenntnissen möglich macht. Wenn z.B. anerkannter Zweck

rechtlicher Regelungen bei wichtigen Rechtsgeschäften die Sicherung wohlüberlegter Parteientscheidungen ist und als geeignetes Mittel dazu die notarielle Beurkundung gesetzlich gewählt wird, kann der Wortlaut der Rechtsnorm teleologisch erweitert werden, um Fälle zu decken, in denen der angestrebte Zweck auf andere Weise (z.B. durch die tatsächliche Erfüllung der Leistung) verwirklicht werden kann.

Die zweite Ebene der juristischen Auswertung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse besteht in der Verwendung unserer Hypothesen über die Struktur der wirtschaftlichen Wirklichkeit als Basis für die kritische Analyse der angestrebten Ziele und Werte. Ein Zentralanliegen ist die Konstruktion von Brückenprinzipien (Albert 1968, 76ff.), die Sein und Sollen methodologisch (nicht logisch²⁰) verbinden. Ein bekanntes Brückenprinzip ist das Realisierbarkeitspostulat: Sollen setzt Können voraus. Es ist z.B. nicht vernünftig, im Rahmen eines Marktsystems eine vollständige Gleichheit der Einkommen im Namen einer Idee der sozialen Gerechtigkeit anzustreben, da dies den Marktteilnehmern die Motivation nimmt und zu einer einschneidenden Reduktion der Privateinkommen und der Staatsleistungen, eventuell zum Zusammenbruch des Wirtschaftssystems, führen kann. In diesem Fall schliesst die Struktur der Wirklichkeit die Verwirklichung eines Ideals aus, und der Versuch, ein unerreichbares Ideal zu verwirklichen, ist irrational (obwohl logisch möglich). Einen wichtigen Sonderfall des Grundsatzes ‚*ultra posse nemo obligatur*‘ stellt das Erfordernis der Anreizkompatibilität rechtlicher²¹ Normen und Prinzipien dar, die nur dann wirklich gelten, wenn auf Vorteil gerichtete Menschen dazu bewegt werden, in kooperatives Verhalten zu investieren und sich auf stabile Erwartungen einzustellen. Rechtsnormen z.B., die ausschliesslich altruistisches (nicht gegenseitig vorteilhaftes) Verhalten vorschreiben, werden mangels Anreizkompatibilität, d.h. Nichtvereinbarkeit mit dem Eigeninteresse der Beteiligten, systematisch ignoriert bzw. durchbrochen. Sie aufzustellen, wäre irrational. Die Implementierbarkeit von Normen bedeutet allerdings keineswegs die Begründbarkeit von Sollenssätzen durch Rückführung auf Tatsachen (keine normative Kraft des Faktischen). Sie wirkt nur als ein methodologisches Prinzip zur rationalen Auswahl von Werten und Normen, da sie in einer freien Gesellschaft vorwiegend als Anreizreaktionen wirksam sind.

Die dritte Ebene der Verbindung juristischer und ökonomischer Analyse hat vorwiegend normativen Charakter. Mit der Analyse der Folgen der rechtlichen Regelungen und deren Bewertung hinsichtlich der Ressourcenallokation wird eine neue Basis für die Konstruktion, Auslegung und Anwendung der Rechtsnormen angeboten. Dieser Bereich juristischer Auswertung ökonomischer Erkenntnisse ist bekannt als die ökonomische Analyse des Rechts und wird in den letzten Jahrzehnten intensiv erforscht. Da die Mittel der Bedürfnisbefriedigung knapp sind, ist ein wichtiges Desideratum jeder Gesellschaft, Produktionsfaktoren und

²⁰ Das formallogische Schema wäre eine Deduktion aus einem allgemeinen normativen Satz (z.B. Wenn jemand eine Handlung nicht vornehmen kann, ist er zu dieser Handlung nicht verpflichtet), nicht aus einem Sein (Nichtkönnen) auf ein (Nicht-) Sollen. Contra Searle 1969 können sog. ‚institutional facts‘ keine normativen Sätze implizieren.

²¹ Für eine allgemeine Anwendung dieser Gedanken auf ethische Probleme vgl. Suchanek 2001.

Güter so einzusetzen, dass ein möglichst hoher Grad an Bedürfnisbefriedigung erreicht wird. Zweck der normativen Ökonomik ist es, alternative Situationen bezüglich der Mittelverschwendung bzw. Effizienz zu bewerten und Institutionen, rechtliche Regelungen oder administrative Mittel vorzuschlagen, die die Effizienz der Mittelverwendung fördern. In demselben Geist sieht es die ökonomische Analyse des Rechts als ihre Aufgabe, rechtliche Regelungen darauf hin zu untersuchen, ob und in welchem Masse sie zur Erhöhung der Effizienz der Ressourcenverwendung beitragen. Dadurch wird die Rechtsordnung, die traditionellerweise zum Datenkranz der ökonomischen Modelle gehörte, in die ökonomische Analyse einbezogen, indem die rechtlich sanktionierten Handlungsbefugnisse als Variable aufgefasst werden. Sanktionen werden als Preise (Kosten) der Normenübertretung betrachtet und in ihrer Motivationsstruktur untersucht, so dass Allokationswirkungen positiv prognostiziert werden können. Zugleich werden Wohlfahrtsmassstäbe aufgestellt, die das Anwendungsgebiet der traditionellen (vermeintlich wertneutralen) Pareto und Kaldor-Hicks Kriterien wesentlich erweitern, indem sie interpersonelle Nutzenvergleiche auf Zahlungswilligkeitsbasis vornehmen (Marshall-Posner Vermögensmaximierungskriterium).

Zentralbegriff der ÖAR sind die Vermögens- oder Handlungsrechte (property rights),²² welche menschliche Verhaltensweisen strukturieren, die die Verwendung, Nutzung, Ausgestaltung und Veräusserung von Gütern betreffen. Ein wichtiges Handlungsrecht, das in der Literatur auf diesem Gebiet oft anzutreffen ist, ist z.B. das Schädigungsrecht, dessen korrespondierendes Gegenrecht Abwehrrecht genannt wird. So ist etwa mein Recht, auf meinem Grundstück zu bauen und dadurch die Sicht des Nachbarn zu beeinträchtigen, ein Schädigungsrecht. Wenn mein Nachbar dies zu untersagen berechtigt ist, besitzt er ein Abwehrrecht.

Der Wert eines Gutes wird durch seine Ausgestaltung mit Handlungsrechten wesentlich mitbestimmt. Der Wert z.B. eines nur landwirtschaftlich benutzbaren Grundstückes ist kleiner als der Wert eines bebaubaren Grundstückes derselben Fläche. Aus dieser Sicht sind Güter als Bündel²³ von Handlungsrechten zu konzipieren, deren Änderung wichtige ökonomische Implikationen hat. Insbesondere ist der Wert einer Ware um so höher, je exklusiver die mit ihr verbundenen Handlungsrechte sind bzw. je weniger verdünnt diese Rechte sind. Es ist interessant zu bemerken, dass die anfängliche Zuteilung von Vermögensrechten durch die Rechtsordnung nicht entscheidend für die Effizienz der betreffenden Rechtsgemeinschaft ist. Die Übertragung von Gütern und Rechten durch freiwillige Transaktionen erhöht die soziale Wohlfahrt und kann eine ineffiziente Wirtschaft in eine effiziente transformieren. Grundlegend zu diesem Problemkreis ist die Arbeit von R. Coase *The Problem of Social Cost* mit dem berühmten Coase-Theorem, das die Wichtigkeit der Rechtsordnung für die ökonomische Analyse einer Welt, in der Transaktionskosten vorhanden sind, gezeigt hat.

Interessante Aufschlüsse brachte auch die ökonomische Analyse des Schadensrechts (siehe Schäfer-Ott 2000). Bekanntlich ist nach herrschender juristischer

²² Über den property rights Ansatz vgl. Schüller (Hg.) 1983; Eggertsson 1990, Kap. 2, und Weimer 1997.

²³ Bereits treffend schon Böhm-Bawerk 1881.

Auffassung einziger Zweck der schadensersatzrechtlichen Normen der gerechte Ausgleich des entstandenen Schadens durch dessen Übertragung vom Geschädigten auf den Schädiger. Als Regelungsprinzipien gelten die Verschuldens- und die Gefährdungshaftung, bei denen der Präventionsgedanke keine Rolle spielt (er wird dem Strafrecht vorbehalten). Schadensersatz ohne Präventionswirkungen ist aber aus der Sicht der Wohlfahrtökonomik sinnlos. Die juristische Beurteilung eines Schadensfalles ex post, als ob der Schaden ein gegebenes Ereignis wäre, reduziert ohne Grund die soziale Bedeutung des Schadensrechts. Die Schadensüberwälzung auf den Schädiger ist nur dann wohlfahrtstheoretisch sinnvoll, wenn sie zukünftige Schädiger motiviert, effiziente Massnahmen zur Schadensverhütung zu ergreifen. Das angestrebte soziale Wohlfahrtsoptimum ist eine Situation, in der die Summe der Sozialkosten (Schadensvermeidungsaufwand und gesamte Schadenskosten) minimiert werden. Die Funktion des Schadensersatzrechts besteht darin, Anreize dafür zu schaffen, dass die sozial richtige Ressourcenmenge zur Abwehr von künftigen Schäden aufgewendet wird. Diese sog. Präventionsfunktion des Schadensersatzrechts steht im Gegensatz zum juristischen Ausgleichsprinzip, das an das Interesse der Geschädigten anknüpft und auf Kompensation der Verluste der Geschädigten abstellt.

Jurisprudenz als analytisch orientierte normative Sozialwissenschaft kann die ÖAR als Modell benutzen, um produktiv an die Behandlung von rechtlichen Regelungsproblemen heranzugehen. Rechtswirkungen auf die Normadressaten werden durch die Anwendung positiver ökonomischer Theorien (Modell des *homo economicus*) festgestellt, ihre Bewertung erfolgt durch präzise Wohlfahrtskriterien (Effizienz). Moralische Grundsätze und Prinzipien werden in rechtliche transformiert und zwar durch denselben Prozess, durch welchen effiziente Rechtsnormen eingeführt bzw. inhaltlich spezifiziert werden, nämlich durch Bewertung ihrer Konsequenzen im Rahmen eines juristisch modifizierten Regelutilitarismus.²⁴ Somit ist der Unterschied zwischen Rechten höheren normativen Ranges und erfolgsorientierten cost-benefit Instrumenten bzw. zwischen Rechten per se und sog. utilitaristischen (praktisch aber ausnahmslosen!) Rechten nicht so gross, wie manchmal behauptet (vgl. Dworkin). Da aber Effizienz im Sinne der Wohlfahrtsmaximierung nicht alleiniges Ziel rechtlicher Regelungen ist, ist es sinnvoll, auf einer der ÖAR ähnlichen Basis theoretische Analysen anderer Rechtswerte zu unternehmen, die die Behandlung von Situationen erlaubt, in denen Effizienz in Konflikt mit anderen Werten steht. Dadurch kann das Regelungs- und Dispositionspotential einer durch Nutzung modernen Wissens reformierten aber den alten normativen Gewand forttragenden Rechtswissenschaft wesentlich erhöht werden.

²⁴ Der moderne ‚rule utilitarianism‘ (Brandt, Harsanyi, Hardin) stellt nicht auf isolierte cost-benefit Schätzungen ab, die unakzeptable Konsequenzen implizieren können, sondern auf erwartete Gesamtwirkungen, die eventuelle Abweichungen wertmässig überkompensieren. Somit wird der praktische Unterschied zwischen effizienzorientierten und rights-based Ansätzen verschwindend klein.

Bibliographie

- Albert, H. (1967/1998), *Marktsoziologie und Entscheidungslogik*, Tübingen
 — (1968), *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen
- Assmann, H.-D./Ch. Kirchner/F. Schanze (Hg.) (1993), *Ökonomische Analyse des Rechts*, Tübingen
- Backhouse, R. E. (ed.) (1994), *New Directions in Economic Methodology*, London-New York
- Birus, H. (1982), Einleitung, in: ders. (Hg.), *Hermeneutische Positionen: Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, Gadamer*, Göttingen
- Blaug, M. (1978), *Economic Theory in Retrospect*, Cambridge
 — (1992), *Methodology of Economics: How Economists Explain*, Cambridge
- Böhm-Bawerk, E. (1881), Rechte und Verhältnisse vom Standpunkte der volkswirtschaftlichen Güterlehre, in: F. X. Weiss (Hg.), *Gesammelte Schriften von Eugen v. Böhm-Bawerk*, Wien-Leipzig 1924, 1–126
- Boland, L. A. (1979), A Critique of Friedmans Critics, in: *Journal of Economic Literature* 17, 503–522
 — (1982), *The Foundations of Economic Method*, London-Boston-Sidney
- Calabresi, L. (1970), *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven-London
- Caldwell, X. (1982), *Beyond Positivism*, London
- Coase, R. (1960), The Problem of Social Cost, in: *Journal of Law and Economic* 3, 1–44
- Dworkin, R. (1978), *Taking Rights Seriously*, Cambridge
- Eggertsson, Thr. (1990), *Institutions and Economic Behavior*, Cambridge
- Engisch, K. (1983), *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart
- Esser, J. (1964), *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen
- Fikentscher, W. (1975), *Methoden des Recht*, Bd. 5, Tübingen
- Furubotn, E. G./S. Pejovicz (eds.) (1974), *The Economics of Property Rights*, Cambridge
- Gemtos, P. (1975), *Die Neubegründung der Quantitätstheorie durch Milton Friedman*, Tübingen
 — (2001), Das Problem der wissenschaftlichen Auslegung und Anwendung des Rechts, in: *Isopoliteia* 5, 31–65 (in griechischer Sprache)
 — (2003), Wertneutralität in der Jurisprudenz: das Experiment des Rechtspositivismus, in: *Nomiko Vima*, im Druck (in griechischer Sprache)
- Hands, D. W. (1993), *Rationality, Testing and Progress*, Lanham
- Hart, H. L. A. (1961/1994), *The Concept of Law*, Oxford
- Hausman, D. (1988) An Appraisal of Popperian Methodology, in: N. De Marchi (ed.), *The Popperian Legacy in Economics*, Cambridge, 65–85
 — (1992), *The Inexact and Separate Science of Economics*, Cambridge
- Hollis, M./E. Nell (1975), *Rational Economic Man*, London
- Hutchison, T. W. (1977), *Knowledge and Ignorance in Economics*, Chicago-Oxford
 — (1988), The Case for Falsification, in: N. De Marchi (ed.), *The Popperian Legacy in Economics*, Cambridge, 169–181
 — (1992), *Changing Aims in Economics*, Oxford
- Jhering, R. von (1852), *Geist des römischen Rechts*. Teil I
- Kaser, M. (1971), *Das Römische Privatrecht*, München

- Kirchmann, J. H. von (1848), *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Darmstadt
- Klamer, A. (1984), *The New Classical Macroeconomics: Conversations with New Classical Macroeconomists and their Opponents*, Brighton
- Klappholz K./J. Aggassi (2001), Methodological Prescriptions in Economics, in: *Economica* 26, 60–83
- Knight, F. (1940), What is Truth in Economics?, in: *Journal of Political Economy* 48, 1–32
- Koopmans, T. C. (1957), *Three Essays on the State of Economic Science*, New York
- Latsis, S. J. (ed.) (1976), *Method and Appraisal in Economics*, Cambridge
- Machlup, F. (1978), *Methodology of Economics and Other Social Sciences*, New York
- Mantzavinos, Ch. (2001), *Individuals, Institutions, and Markets*, Cambridge
- McCloskey, D. (1985), *The Rhetoric of Economics*, Madison
- Menger, C. (1883), *Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaften und der Politischen Ökonomie insbesondere*, Leipzig
- (1884), *Die Irrtümer des Historismus in der deutschen Nationalökonomie*, Wien
- Mill, J. St. (1967), *Collected Works, Essays on Economy and Society*, ed. by J. M. Robson, Toronto
- Pufendorf, X. (1660), *Elementa jurisprudentiae universalis libri duo*, in: Gesammelte Werke III, hg. von Th. Behme, Berlin 1999
- (1672), *Jus naturae, lib.1*, in: Gesammelte Werke IV, hg. von Th. Behme, Berlin 1998
- Raisch, P. (1995), *Juristische Methoden*, Heidelberg
- Robbins, L. (1935), *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, London
- Rutherford, M. (1994), *Institutions in Economics. The Old and the New Institutionalism*, Cambridge
- Samuels, W. J. (ed.) (1980), *The Methodology of Economic Thought*, New Brunswick
- Savigny, Fr. von (1815), *Einführender Artikel im ersten Band der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*
- Schäfer, H. B./C. Ott (2000), *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin u.a.
- Schmoller, G. (1883), Zur Methodologie der Staats und Socialwissenschaften, in : *Jb. für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, Bd. 78, drittes Heft
- Schröder, J. (2001), *Recht als Wissenschaft*, München
- Schüller, A. (Hg.) (1983), *Property Rights und ökonomische Theorie*, München
- Searle, J. (1969), *Speech Acts*, Cambridge
- Stewart, T. M. T. (1979), *Reasoning and Method in Economics*, London
- Suchanek, A. (2001), *Ökonomische Ethik*, Tübingen
- Wade Hands, D. (2001), *Reflection Without Rules. Economic Methodology and Contemporary Science Theory*, Cambridge
- Weimer, D. (1997), *The Political Economy of Property Rights*, Cambridge