

# Law and Economics: Ein Einblick in die Forschungsrichtung

Jasmin Atta/Richard Beckmann, Bonn\*

## I. Einführung

Der Bachelorstudiengang *Law and Economics* (L&E)<sup>1</sup> geht an der Universität Bonn zum Wintersemester 2014/15 bereits in sein drittes Jahr. Dieser Artikel soll zeigen, welchen Beitrag die Rechtsökonomie zu der Entwicklung der rechtswissenschaftlichen Forschung leisten kann. Dazu wird zunächst die Forschungsrichtung L&E anhand eines Beispiels der klassisch ökonomischen Analyse dargestellt, um sodann die vorgebrachten Kritikpunkte und eine alternative Lösung – die verhaltensökonomische Analyse – aufzuzeigen.

## II. Forschungsrichtung L&E

Die ökonomische Analyse des Rechts untersucht rechtliche Probleme und versucht, rechtliche Lösungswege zu entwickeln, die zugleich ökonomisch begründbar sind. Dies kann sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Gesetzesanwendung Niederschlag finden. In der rechtsökonomischen Analyse werden die klassisch-ökonomischen Modelle zugrunde gelegt.<sup>2</sup> Gemäß dieser Ansätze wird angenommen, dass vorhandene Ressourcen knapp, die menschlichen Bedürfnisse jedoch unbegrenzt sind.<sup>3</sup> Der Mensch, der also seine unbegrenzten Bedürfnisse zu erfüllen versucht, muss im Hinblick auf den Einsatz der knappen Ressourcen Entscheidungen treffen. Um eine Entscheidung fällen zu können, bedarf es einer Präferenzordnung.<sup>4</sup> Dafür muss der Mensch jedem Gut einen Wert beimessen. Dieser subjektive Wert ergibt sich aus der Abwägung mit anderen Gütern. Ist ein Gut A subjektiv mehr wert als ein Gut B, so steht das Gut A in der Präferenzordnung über Gut B. Diese Präferenzordnung muss konstant und transitiv sein.<sup>5</sup> Angenommen Gut A steht über Gut B und Gut B über Gut C. Dann ist diese Präferenzordnung transitiv, wenn Gut A auch über Gut C steht. Die Ökonomik geht dabei davon aus, dass der

*homo oeconomicus*<sup>6</sup> in der Lage ist, die für ihn nützlichste Entscheidung zu treffen, wenn ihm sämtliche dafür notwendigen Informationen zur Verfügung gestellt werden.<sup>7</sup> Unter dieser Voraussetzung entscheidet der *homo oeconomicus* stets rational und nutzenmaximierend.<sup>8</sup> Bei der rechtsökonomischen Analyse eines Vertrages wird deshalb der individuelle Nutzen der Vertragsparteien begutachtet. Erhöht sich der Nutzen einer Partei, ohne dass die andere dadurch schlechter gestellt wird, ist diese Transaktion für die „Gesamtwohlfahrt“ wünschenswert. Die Transaktion bzw. das Rechtsgeschäft wird dann als *pareto-superior* bezeichnet.<sup>9</sup> Kann die eine Partei nur besser gestellt werden, indem die andere schlechter gestellt wird, so ist der Gewinn des einen gegen den Verlust des anderen abzuwägen. Ist der Nutzen des einen so hoch, dass er den Verlust des anderen kompensieren könnte, so ist die Transaktion nach *Kaldor-Hicks* weiterhin wünschenswert, da die Gesamtwohlfahrt eine Steigerung erfährt.<sup>10</sup> Problematisch ist hierbei jedoch schon die Frage, ob der Nutzen verschiedener Beteiligten verglichen werden kann. Bei *Kaldor-Hicks* und *Pareto* ist jedoch zu beachten, dass diese rein ökonomische Modelle sind. Das ökonomische Teilgebiet der Wohlfahrtsökonomik fragt nicht nach Kriterien wie Fairness oder sozialer Gerechtigkeit, sondern verfolgt lediglich die Maximierung der Gesamtwohlfahrt.<sup>11</sup> Anhand der Anfechtung nach § 123 I BGB wird nun die ökonomische Analyse des Rechts dargestellt sowie nach dem Umfang einer Adaption ökonomischer Modelle im Rahmen der Gesetzgebung gefragt.

## III. Beispiel zur klassisch-rechtsökonomischen Analyse

Der B benötigt einen Lieferwagen und ist bereit, dafür einen Kaufpreis i.H.v. 5.000 € zu zahlen, wenn der Wagen unfallfrei ist. Aus seiner subjektiven Sicht steht ein unfallfreier Wagen, nicht aber ein Unfallwagen, in seiner Präferenzordnung höher als der Wert der 5.000 €. Er findet ei-

\* Die Autoren sind Studenten des Bachelorstudiengangs *Law and Economics* an der Universität Bonn. Frau Atta ist studentische Hilfskraft am Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht. Anregung für den Artikel erhielten die Verfasser durch die Vorlesung Grundlagen der Rechtsökonomie bei Prof. Dr. Zimmer, LL.M. Ein herzlicher Dank geht an Dr. Harnos, Hr. Dompke und Hr. Schulz für die tatkräftige Unterstützung.

<sup>1</sup> Zum Aufbau des Studiengangs *Law and Economics: Willwacher*, BRJ 2013, 170 ff.

<sup>2</sup> Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Auflage 2005, S. 28.

<sup>3</sup> Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Auflage 2012, S. 45 f.

<sup>4</sup> Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Auflage 2005, S. 31.

<sup>5</sup> Schwalbe, ZHR 74 (2008), 43, 46.

<sup>6</sup> Der *homo oeconomicus* stellt das menschliche Handlungsmodell der Ökonomik dar.

<sup>7</sup> Englerth, in: Towfigh/ Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 166.

<sup>8</sup> Vgl. das Bild des *man as a rational maximizer* bei Posner, Economic Analysis of Law, Seventh Edition 2007.

<sup>9</sup> Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Auflage 2012, S. 14.; Schwalbe, ZHR 74 (2008), 43, 46.

<sup>10</sup> Schwalbe, ZHR 74 (2008), 43, 59.

<sup>11</sup> Vgl. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Auflage 2005, S. 21.; Zur Maximierung der Gesamtwohlfahrt sowie deren Herleitung siehe Schwalbe, ZHR 74 (2008), 43, 58.

nen geeignet erscheinende Wagen beim verkaufsbereiten A. Dieser hat einen größeren Nutzen an den 5.000 €, als an dem Wagen. Der A gibt gegenüber B – wider besseres Wissen – an, der Wagen sei unfallfrei. Schließen A und B einen Kaufvertrag über den Lieferwagen ab, ist B aufgrund der arglistigen Täuschung durch A gem. § 123 I BGB berechtigt, seine Willenserklärung anzufechten. Er kann sich somit einseitig gem. § 142 I BGB vom Vertrag lösen. Juristisch ist der Zweck des § 123 I die Entschließungsfreiheit des Einzelnen zu schützen.<sup>12</sup> Fraglich ist, ob dies auch rechtsökonomisch gerechtfertigt werden kann. Ökonomisch liegt für B ein nachteiliges Geschäft vor: Sein individueller Nutzen verringert sich, denn in seiner Präferenzordnung stand nur ein unfallfreier Wagen über dem Wert des Geldes. Der Kaufvertrag ist durch die Täuschung des A nicht *pareto-superior*, da A nur besser gestellt wird, indem B schlechter gestellt wird. Ist der Gewinn des A nicht höher als der Verlust des B, kommt es zu einem Gesamtwohlfahrtsverlust, der ökonomisch nicht wünschenswert ist. In dieser Konstellation ist das Anfechtungsrecht aus § 123 I BGB sowohl nach *Pareto* als auch *Kaldor-Hicks* gerechtfertigt. Ist der Gewinn, den der A erfährt, höher als die subjektive Nutzeneinbuße des B, so wäre ein Festhalten an dem Vertrag weiterhin ökonomisch nach *Kaldor-Hicks* begründbar, da die Gesamtwohlfahrt steigt. Dass eine solche Güterallokation jedoch gegen gesellschaftliche Werte wie soziale Gerechtigkeit verstößt, ist nachvollziehbar. Der § 123 I BGB verhindert den Eintritt eines Zustandes, der *pareto-ineffizient* ist. Dennoch kommt er durch das Außerachtlassen des *Kaldor-Hicks* Kriteriums möglicherweise seiner Verpflichtung aus dem Sozialstaatsprinzip nach. Folglich kann die Übernahme einiger ökonomischer Modelle in die Gesetzgebung durchaus sinnvoll sein, wobei eine universale Übernahme teilweise bewusst nicht verfolgt wird. Anhand des zweiten Beispiels soll nachfolgend ein Problem der ökonomischen Grundannahmen dargestellt werden und die Entwicklung durch die Verhaltensökonomik insbesondere im Lichte der Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers betrachtet werden.

## IV. Entwicklung der ökonomischen Analyse des Rechts im Rahmen der Verhaltensökonomik

### I. Verhaltensökonomik

Eine der Kritikpunkte an L&E bezieht sich auf die Grundannahmen der ökonomischen Analyse des Rechts. Besonders kritisiert wird die Annahme des *homo oeconomicus*. Dass dieses Modell nicht eine unbedingte Nähe zu einem Menschen aus Fleisch und Blut bietet, ist auch den Ökonomen bewusst. Durch Tests von Psychologen, allen voran *Kahnemann* und *Tversky*,<sup>13</sup> haben sich gewisse wiederkehrende menschliche Verhaltensweisen gezeigt, die nicht denen des *homo oeconomicus* entsprechen.<sup>14</sup> Im Rahmen der noch relativ jungen Forschung wurde der Begriff der *three bounds*

entwickelt: *bounded self-interest*, *bounded rationality* und *bounded willpower*.<sup>15</sup> Ein Effekt der *bounded rationality* ist die Verfügbarkeits- und Repräsentationsheuristik, die bestimmte Informationen aufgrund ihrer Repräsentanz als relevanter als unterrepräsentierte Informationen wirken lässt.<sup>16</sup> Diese durch Tests nachgewiesenen Effekte beeinflussen den Menschen und lassen diesen mitunter ökonomisch-irrationale Entscheidungen treffen. Diese Verhaltensmuster zu untersuchen, zu kategorisieren und daraus Handlungsmöglichkeiten zu entwickeln ist Aufgabe der Verhaltensökonomik.<sup>17</sup> Als Beispiel der Anwendung der Verhaltensökonomik im Rahmen der Gesetzgebung und Rechtsfortbildung wird eine Lösungsmöglichkeit des *information overload* am Finanzmarkt dargestellt.

### 2. Problematik des homo oeconomicus am Beispiel der Finanzanlage

Das klassisch-ökonomische Modell unterstellt, dass die Wahl zwischen verschiedenen Handlungsmöglichkeiten des Individuums von Informationen abhängt.<sup>18</sup> Wenn dem Einzelnen alle für seine Entscheidungen relevanten Informationen mitgeteilt werden, sei dieser in der Lage, sich durch eine rationale Entscheidung selbst zu schützen.<sup>19</sup> Beispielhaft dafür ist das Informationsmodell als Grundlage des Anlegerschutzkonzepts.<sup>20</sup> Anleger lassen sich zumeist bei einer Bank beraten und entscheiden sich. Sie bezahlen aber grundsätzlich die Beratung nicht unmittelbar, sondern der Berater verdient über Provisionen.<sup>21</sup> Der BGH nimmt einen konkludent geschlossenen Vertrag<sup>22</sup> zwischen Anleger und Anlageberater an. Der Anlageberater hat demnach eine vertragliche Pflicht zur anlage- und anlegergerechten Beratung<sup>23</sup>. Der Anleger verfügt grundsätzlich über weniger Informationen als der Anlageberater, sodass der Anleger aufgrund dieser asymmetrischen Verteilung schutzwürdig ist.<sup>24</sup> Nach dem ökonomischen Informationsmodell soll es zu dem Schutz des Anlegers genügen, diesem sämtliche für ihn relevante Informationen zur Verfügung zu stellen.<sup>25</sup> Doch gerade diese umfassenden Informationspflichten bewirken möglicherweise genau das Gegenteil von dem, was mit ihnen eigentlich bezweckt wird: Durch das übermäßige Angebot an Informationen ist der Anleger schlicht überfordert.

<sup>15</sup> Englerth, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 173.

<sup>16</sup> Altman/Falk/Marklein, ZHR 75 (2011), 63, 66.; Englerth, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 173.

<sup>17</sup> Altman/Falk/Marklein, ZHR 75 (2011), 63.

<sup>18</sup> Towfigh, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 30.

<sup>19</sup> Mühlert, ZHR 177 (2013), 161, 184.

<sup>20</sup> Zu der Rolle des Anlegerschutzes im Aufsichtsrecht Stöterau, *Informationspflichten beim Wertpapierhandel nach § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WpHG*, 2002, S. 83.

<sup>21</sup> Klein, WM 2011, 2117.

<sup>22</sup> Ständige Rspr. des BGH, beispielhaft: BGHZ 100, 117, 118 f.

<sup>23</sup> BGHZ 123, 126.

<sup>24</sup> So Buck-Heeb, ZHR 176 (2012), 66, 70.; Dazu m.w.N. in der Rspr. Brandt, *Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute bei der Kapitalanlage*, 2002, S. 30.

<sup>25</sup> Vgl. Koch, BKR 2012, 485.

<sup>12</sup> Palandt/Ellenberger, 73. Auflage 2014, § 123 Rn. 1.

<sup>13</sup> Englerth, in: Towfigh/Petersen, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 168.

<sup>14</sup> Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Auflage 2012, S. 103.

Er entscheidet unbegründet oder er entscheidet sich gar nicht, da die Masse an Informationen für ihn kaum erfassbar sind bzw. die relevanten Informationen in der Masse untergehen.<sup>26</sup> Es kommt zum *information overload*.<sup>27</sup> Dieser kann durch Rationalitätsdefizite seitens des Anlegers und durch Ausnutzen des *information overload* durch den Berater verstärkt werden. In empirischen Studien hat sich gezeigt, dass Menschen tendenziell dazu neigen, sich gerade in schwierigen Situationen selbst zu überschätzen (*overconfidence bias*).<sup>28</sup> Der Anleger neigt somit dazu, auch bei offensichtlicher Überforderung von sich zu behaupten, die umfassenden Informationen verstanden und verarbeitet zu haben. Der Berater kann den *information overload* jedoch auch bewusst zu seinen Vorteilen ausnutzen. Dass bei der Empfehlung eines bestimmten Finanzprodukts die Höhe der Provision einen stärkeren und präsenteren Anreiz für den Berater darstellt als die Pflicht aus dem Beratungsvertrag im Interesse des Anlegers zu handeln, ist nachvollziehbar.<sup>29</sup> Ein Ausnutzen seitens des Beraters kann durch die Hervorhebungen oder Betonungen bei der Informationspräsentation erfolgen (*framing*).<sup>30</sup> Die Annahme des rational handelnden *homo oeconomicus* und des darauf basierenden Informationsmodells scheint hier fehl zu gehen. Die Funktionsfähigkeit der Anlageberatung auf dem Finanzmarkt bedarf somit einer Regelung. Dabei kann die Verhaltensökonomik als Unterstützung in der Gesetzgebung dienen. Eine Lösungsmöglichkeit könnten anreizkompatible Verträge<sup>31</sup> sein, wie ein Honorarberatungsvertrag.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> Vgl. Stahl, Information Overload, 2013, S. 69.

<sup>27</sup> Vgl. beispielhaft Buck-Heeb, ZHR 176 (2012), 66, 70.; Koch, BKR 2012, 485 f.; zur Lösungsmöglichkeit über eine „Finanzampel“ im Ergebnis positiv, aber nur als Ergänzung Zimmer, JZ 2014, 714 f.

<sup>28</sup> Englerth, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 182 f.

<sup>29</sup> Klein, WM 2011, 2117.; Kritik am Beratungsvertrag wegen seiner Unterrepräsentanz auch Koch, ZBB 2014, 211, 213, m.w.N.

<sup>30</sup> Koch, BKR 2012, 485.

<sup>31</sup> Diese Lösungsmöglichkeit im Rahmen des *principal agent* Konflikts, der einen ähnlichen Interessenkonflikt, wie den des Beraters beschreibt, vorschlagend Kamp/Ricke, BKR 2003, 527, 530. *Monitoring* kommt aufgrund seiner hohen Transaktionskosten nicht in Frage, so auch Kamp/Ricke.

<sup>32</sup> Die versuchte Umsetzung dieser Idee durch den Gesetzgeber im Honorarberatungsgesetz vom 18. Juli 2013, siehe BGBl. 2013 I, 2390. Wobei der Gesetzgeber die Wahl zwischen der Provisionsberatung und der Honorarberatung bewusst offen lässt: Reg. Begr. BT-Drucks 17/12295, 1.; Vgl. dazu Koch, ZBB 2014, 211, 213, m.w.N.; Zu der Überlegung des Verbots der Provisionsberatung siehe Klein, WM 2011, 2117.; zu der allgemeinen Problematik des Verhältnisses aufsichts- und zivilrechtlicher Pflichten im Lichte des Honorarberatungsgesetzes siehe Herresthal, WM 2014, 773 f.

## V. Kritik und Fazit

Die Kritik an L&E ist wohl so alt wie ihre wissenschaftlichen Annahmen und Methoden selbst. So schrieb Fezer im Jahr 1986, dass die „ökonomische Rechtsanalyse und freiheitliches Rechtsdenken (...) unvereinbar“ seien.<sup>33</sup> Dieser Vorwurf geht zu weit. Die Rechtsökonomie stellt die Rechtswissenschaft nicht an sich infrage und präsentiert ökonomische Methoden keineswegs als Allheilmittel. Gerade das Beispiel des § 123 I BGB zeigt, dass ökonomische Aspekte in die rechtswissenschaftliche Analyse mit einbezogen werden können, jedoch auch mit Aspekten wie der sozialen Gerechtigkeit in Einklang gebracht werden können.<sup>34</sup> Zudem gilt eine richterliche Entscheidung unabhängig davon, ob sie auch ökonomisch sinnvoll ist oder nicht.<sup>35</sup> Die Forschungsrichtung hat lediglich zum Ziel, die juristische Betrachtungsweise um eine Facette zu erweitern. Das vielfach kritisierte Modell des *homo oeconomicus* dient nicht als alternatives Menschenbild, sondern vielmehr als vereinfachtes Handlungsmodell in wissenschaftlichen Modellen.<sup>36</sup> Auch zeigt das zweite Beispiel, dass die Entwicklung innerhalb der Rechtsökonomie durch die Forschung im Rahmen der Verhaltensökonomik auf eine Anpassung ökonomischer Modelle an den realen Menschen hinausläuft. In einer Gesamtbetrachtung lässt sich das Fazit ziehen, dass ein Schwarz-Weiß-Denken, in dem angenommen wird, dass das Forschungsgebiet *Law and Economics* einen Universalitätsanspruch<sup>37</sup> habe und versuchte, die Rechtswissenschaft in ihrer Gesamtheit durch die Propagierung des rationalen inhumanen *homo oeconomicus* zu ökonomisieren, dem rechtökonomischen Ansatz nicht gerecht wird. Gerade im Rahmen der Gesetzgebung und der Rechtsfortbildung ist jede Forschungsrichtung, die eine neue Betrachtungsweise aufzeigt, ein Gewinn. Schließlich verpflichtet sie weder Gesetzgeber noch Gesetzanwender, sondern erweitert lediglich die Grundlagen der Entscheidungsfindung.

<sup>33</sup> Fezer, JZ 1986, 817, 823.

<sup>34</sup> Auf den Aspekt der Verteilungsgerechtigkeit hinweisend Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Auflage 2012, XL. Der Einklang zwischen einer effizienten Güterallokation nach Pareto und einem Zustand sozialer Gerechtigkeit kann beispielsweise durch eine Umverteilung mit Hilfe von Steuern und Transferzahlungen geschaffen werden, so Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Auflage 2012, S. 19.

<sup>35</sup> Ott/Schäfer, JZ 1988, 213, 214.

<sup>36</sup> Englerth, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 166 (167).

<sup>37</sup> Fezer, JZ 1986, 817 819.