

„Recht“ und „Wirtschaft“: Systematisierung der Interdependenzen und ihrer wissenschaftlichen Aufarbeitung

Prof. Dr. Bernhard Bergmans, LL.M. (LSU)

A. Einleitung	
1. Problemstellung	3
2. Vorgehensweise	3
B. Recht und Wirtschaft	
I. Einleitung	5
1. Aufgabenstellung	5
2. Begriffe	5
II. Interdependenzmodell	6
1. Basismodell	6
2. Einfluss des Rechts auf die Wirtschaft	6
3. Einfluss der Wirtschaft auf das Recht	7
4. Untrennbarkeit	8
5. Primat?	9
III. Wirkungsmechanismen	10
C. Rechtswissenschaft und Wirtschaft	
I. Einleitung und Interdependenzmodell	11
II. Methodenlehre	12
1. Rechtsquellenlehre	12
2. Normauslegungslehre	12
3. Rechtsanwendungs-, -fortbildungs- und Argumentationslehre	12
4. Rechtsetzungs- und -gestaltungslehre	14
5. Rechtswissenschaft als Realwissenschaft?	14
III. Dogmatik	15
1. Einleitung	15
2. Wirtschaftsrecht	15
a) Überblick	15
b) Wirtschaftsrecht als dogmatisches Projekt	16
c) Wirtschaftsrecht als politisch-ideologisch dominierter Normenkomplex	17

3. Unternehmensrecht	18
a) Überblick	18
b) Unternehmensrecht als weiterentwickeltes Handelsrecht	19
c) Unternehmensrecht als weiterentwickeltes (Kapital)Gesellschaftsrecht	19
IV. Rechtsgeschichte	19
V. Rechtssoziologie	20
VI. Faktische Beeinflussung	21
1. Einfluss der Rechtswissenschaft auf die Wirtschaft	21
2. Einfluss der Wirtschaft auf die Rechtswissenschaft	22
D. Recht und Wirtschaftswissenschaft	
I. Einleitung	22
1. Wirtschaftswissenschaft	23
a) Wesensmerkmale und Unterteilungen	23
b) Volkswirtschaftslehre	23
c) Betriebswirtschaftslehre	24
d) Methoden	24
e) Theorien und Theorieschulen	25
2. Interdependenzmodell	26
3. Recht als Gegenstand der Wirtschaftswissenschaft	27
II. Makroökonomie	28
1. Überblick	28
2. Ordnungsökonomik	29
3. Historische Schulen, alter Institutionalismus und komparative Ökonomik	30
4. Staats- und Finanzwissenschaften	31
5. Theorie der Wirtschaftspolitik und der Regulierung	31
III. Mikroökonomie	33
1. Überblick	33
2. Neue Institutionenökonomik	33
a) Gegenstand	33
b) Methode und Erkenntnisziel	34
c) Kritik und Weiterentwicklungen	35
3. Rechtsökonomik und Privatrecht	37
4. Rechtsökonomik und öffentliches Recht	38
a) Überblick	38
b) Staats- und Verfassungsökonomie	38
c) Public choice- und social choice-Theorie	39
d) Regulierungsökonomie	39
5. Andere grundlegende Anwendungsbereiche	39
IV. Managementlehre	40
1. Überblick	40
2. New Public Management	41
3. ‚Libertärer Paternalismus‘	41
4. Strategisches Verhalten	42
V. Betriebswirtschaftslehre	43
1. Überblick	43
2. Rechnungslegung und Steuern	43
3. Unternehmensorganisation und Corporate Governance	44
VI. Faktische Interdependenz	44
1. Einfluss des Rechts auf die Wirtschaftswissenschaft	44
2. Einfluss der Wirtschaftswissenschaft auf das Recht	45

E. Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft	
I. Einleitung	47
II. Einfluss der Wirtschafts- auf die Rechtswissenschaft	47
1. Potenziell	47
2. Tatsächlich	48
III. Einfluss der Rechts- auf die Wirtschaftswissenschaft	49
F. Fazit	50

A. Einleitung

1. Problemstellung

Unsere Gesellschaft wird entscheidend durch die beiden Kräfte ‚Recht‘ und ‚Wirtschaft‘ geprägt, die viele als Antagonismen betrachten und mit den Gegensatzpaaren ‚Zwang-Freiheit‘, ‚Staat-Markt‘ oder ‚Gemeinwohl-Profit‘ gleichsetzen. Bereits eine oberflächliche Betrachtung zeigt jedoch, dass die Realität nicht so einfach ist, sondern dass es eine Vielzahl von Verflechtungen und Überschneidungen zwischen beiden Sphären gibt. Dass in den letzten Jahrzehnten sowohl die ‚Verrechtlichung der Wirtschaft‘ und als auch die ‚Ökonomisierung des Rechts‘ deutlich zugenommen hat, weist auf die hohe Komplexität dieser Ausgangslage hin, welche für die Gesellschaft insgesamt und die politischen, aber auch privaten Gestalter und Entscheider eine große Herausforderung darstellt.

Obschon dies historisch betrachtet eine neuere Entwicklung darstellt, gehören die Fragen, wie die Interdependenzen von ‚Recht‘ und ‚Wirtschaft‘ zu erklären und bewerten sind, welche Schlussfolgerungen sich hieraus hinsichtlich der Gestaltung sowohl des einen als auch der anderen ergeben können oder sollen, seit langem zu den Untersuchungsgegenständen der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft, sowohl disziplinär als auch interdisziplinär.

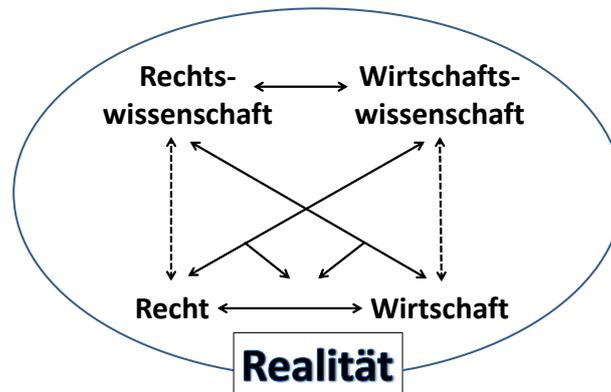
Die wissenschaftliche Beschäftigung mit diesem vielfältigen und vielschichtigen Themenkomplex hat allerdings zu einer kaum überschaubare Ausdifferenzierung der gedanklichen Ansätze geführt, die sowohl in wissenschaftlicher Hinsicht als auch beim Versuch der praktischen Verwertung der Erkenntnisse (auch in der Lehre) die Gefahr birgt, den Blick auf das Ganze bzw. das Verständnis der grundlegenden Zusammenhänge zu verlieren.

Es soll daher im Folgenden versucht werden, diese Wechselwirkungen, ihre Wirkungsweisen und die hiermit ggf. verbundenen wissenschaftlichen Auseinandersetzungen aufzuzeigen, um einen besseren Überblick und eine größere Transparenz zu schaffen. Nicht bezweckt ist eine vertiefte Darstellung der zahlreichen Fragestellungen oder gar Auseinandersetzung hiermit, da dies den Rahmen der Arbeit sprengen würde.

2. Vorgehensweise

Die folgende Analyse geht davon aus, dass die gesellschaftliche Realität abstrahierend aus unterschiedlichen Blickwinkeln in mehr oder weniger gut unterscheidbare Ausschnitte unterteilt werden kann. Hierzu zählen die Teilsegmente ‚Recht‘ und ‚Wirtschaft‘, aber auch die sich mit diesen beschäftigende ‚Rechtswissenschaft‘ und ‚Wirtschaftswissenschaft‘, die auf vielfältige Weise jeweils ‚Recht‘ und ‚Wirtschaft‘ und den Umgang der Teilsysteme miteinander prägen.

Jeder dieser Teilausschnitte steht in Wechselwirkung zu allen anderen in jeweils unterschiedlicher Art und Weise. Hieraus resultiert folgendes Gesamtmodell:



Im Mittelpunkt des Interesses stehen grundsätzlich die Interaktionen zwischen ‚Recht‘ und ‚Wirtschaft‘ auf der Realebene. Aber deren Komplexität kann wesentlich besser dargestellt und verstanden werden, wenn zusätzlich die Wissen(schaft)sebene, getrennt von der Realebene, einbezogen wird. Dabei interessiert allerdings im vorliegenden Zusammenhang die Frage, wie jede Wissenschaft mit ihrem ‚eigenen‘ Gegenstand interagiert, allenfalls zwecks Identifizierung der wissenschaftlichen Ansätze. Von Interesse ist vielmehr, wie jede Wissenschaft mit dem jeweils ‚fremden‘ Realitätsausschnitt interagiert und wie sie diesen sowie dessen Interaktionen mit dem ‚eigenen‘ wissenschaftlich bewältigt. Wird dies noch um die Fragestellung ergänzt, wie beide Wissenschaften ‚inter-disziplinär‘ miteinander verkehren, ergibt sich die Basisstruktur der folgenden Analyse anhand der folgenden ‚Begriffspaare‘¹:

- Recht und Wirtschaft
- Rechtswissenschaft und Wirtschaft
- Recht und Wirtschaftswissenschaft
- Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft.

Diese Aufteilung erlaubt eine differenzierte und übersichtliche Herangehensweise. Sie vermeidet zudem den auch in wissenschaftlichen Arbeiten häufig anzutreffenden Fehler der Gleichsetzung von Real- und Metaebene, der insbesondere zur Folge hat, dass die Wissenschaftler sich nicht mehr mit der Realität, sondern mit gedanklichen Konstrukten beschäftigen, ohne dies zu bemerken.

Es soll aber nicht der Eindruck erweckt werden, es solle und könne hierdurch eine perfekte Systematik geschaffen werden. Ziel der Methode ist es, nicht nur die Vielfalt der Aspekte deutlich zu machen, sondern auch dazu beizutragen, den Kern der wesentlichen Fragen herauszuarbeiten und so eine gewisse ‚Ordnung‘ in die gedankliche Auseinandersetzung mit diesem Problemfeld zu bringen.

Dieses Modell darf – insbesondere auch mit Blick auf die ‚Binnensystematik‘ der einzelnen Themenbereiche – demnach keinesfalls als ‚Kategorisierung‘ verstanden werden. Dies ist weder bezweckt noch sinnvoll möglich. Schon die Unterteilung in ‚Recht‘ und ‚Wirtschaft‘ stellt keine echte Dichotomie dar. Auch die Wissenschaftsdisziplinen sind weder intern eindeutig kategorisierbar noch in ihrer gegenseitigen Abgrenzung immer trennscharf.

¹ Dass jeweils das ‚Juristische‘ vorangestellt ist, reflektiert nur die aktuelle berufliche Prägung des Autors, hat im Übrigen aber keinerlei Bedeutung im Sinne einer Präferenz oder gar Dominanz.

Es kann im Folgenden auch nicht darum gehen, jede (Gedanken)Verästelung zu erfassen und einzuordnen und die gesamte Literatur auszuwerten. Ziel ist es vielmehr, eine nachvollziehbare und für weitere Arbeiten brauchbare Systematik zu schaffen und dies anhand der wichtigsten Aspekte bzw. wissenschaftlichen Ansätze zu untermauern.

Dementsprechend wird der Fokus auch auf die Situation in Deutschland gerichtet sein. Ausländische und internationale Aspekte bzw. Quellen werden berücksichtigt, soweit dies zur Vollständigkeit unerlässlich ist oder ausländische Einflüsse prägend für die Sachlage in Deutschland sind.

B. Recht und Wirtschaft

I. Einleitung

1. Aufgabenstellung

Die Realebene ist jene, auf der sich unser Leben abspielt. Sie ist es, die wir ‚in den Griff‘ bekommen müssen, aber dazu müssen wir sie zunächst gedanklich in Teilsegmente unterteilen und diese ‚in Begriffe‘ fassen, in casu die Dimensionen ‚Recht‘ und ‚Wirtschaft‘ (s. Abschnitt 2).

Die Zusammenhänge und wechselseitigen Einflüsse der beiden werden anhand eines Interdependenzmodells dargestellt (s. Abschnitt II), das jedoch der weiteren Konkretisierung hinsichtlich der tatsächlichen Wirkungsweisen bedarf (s. Abschnitt III).

2. Begriffe

Es gibt nur eine Realität, aber diese besteht aus vielen Dimensionen. In unserer Gesellschaft erkennt und bezeichnet die Sprache (als Ausdruck eines allgemein akzeptierten Realitätsverständnisses) ‚Recht‘ und ‚Wirtschaft‘ als zwei trennbare Einheiten der gesellschaftlichen Realität. Bei näherer Betrachtung entpuppen beide sich jedoch als praktische Sammelbegriffe sehr unterschiedlicher Bestandteile, deren jeweilige Gemeinsamkeiten zu definieren nur auf einer abstrakten und allgemeinen Ebene gelingt.

Unter den Begriff der ‚Wirtschaft‘² werden unstrittig z. B. gewerbliche oder industrielle Aktivitäten gefasst, aber auch das gemeinnützige ‚Wirtschaften‘ und von vielen auch ‚das Wirtschaftliche‘ als Dimension unseres Daseins. Diese ‚Wirtschaft‘ vom ‚Gesellschaftlich-Sozialen‘ und/oder ‚Politischen‘ zu trennen z. B., ist durch gedankliche Abstraktion und ‚Verbegrifflichung‘ möglich. In der Realität aber vermischt sich alles, sind selbst Familie und Bildung, Medizin und sogar Religion unter gewissen Blickwinkeln immer ‚wirtschaftlich‘, wenn diese mit dem Versuch einer quantifizierten Bewertung oder Geld verbunden sind.

Aber auch das ‚Recht‘ ist nicht ohne weiteres eindeutig zu greifen, nicht nur hinsichtlich der darunter zu fassenden Normen, sondern auch weil hierunter oft das gesamte

² Als Synonym für ‚Ökonomie‘ im heutigen Sinne gebräuchlich erst ab dem 19. Jhd: *Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften*, Digitales Wörterbuch der Deutschen Sprache, Stichwort ‚Wirtschaft‘ (www.dwds.de) [Alle internetquellen wurden zuletzt am 1.6.2015 überprüft]. Der Begriff ‚Ökonomie‘ wird im Übrigen mal als ‚Wirtschaft‘ (‚economy‘), mal als ‚Wirtschaftswissenschaft‘ (‚economics‘) verwendet: s. Kapitel D.

(faktische oder als Idealzustand gedachte) Rechtssystem (ggf. auch nur die Judikative) oder auch der Staat als primär ‚Verantwortlicher‘ der Rechtsordnung verstanden werden.

Im Folgenden soll davon ausgegangen werden, dass es in der Realität Teilbereiche gibt, bei denen zumindest ein Kernbereich als ‚Recht‘ bzw. ‚Wirtschaft‘ eindeutig definiert werden kann. Entsprechend werden beide im Folgenden als Arbeitsbegriffe verwendet (allerdings der Einfachheit halber ohne Anführungszeichen).

II. Interdependenzmodell

1. Basismodell

Als theoretisches Modell können die Wechselwirkungen zwischen Recht und Wirtschaft wie folgt beschrieben werden, wobei beide als mit einer gewissen Autonomie ausgestattete Realitätsausschnitte betrachtet werden:³

- Das Recht wirkt auf die Wirtschaft als ‚Regulator‘ gesellschaftlichen bzw. wirtschaftlichen Handelns (s. Abschnitt 2).
- Das Recht entsteht als Folge wirtschaftlicher Aktivitäten bzw. unter dem Einfluss und im Interesse des Teils des Soziallebens, der als Wirtschaft bezeichnet wird (s. Abschnitt 3).

Analog kann gesagt werden, dass die Wirtschaft das Recht prägt und sich seinerseits in seiner Entfaltung der rechtlichen Möglichkeiten bedient bzw. durch diese geleitet wird.

Recht und Wirtschaft werden dabei ihrerseits von dritten Ursachen beeinflusst bzw. beeinflussen diese, so dass es neben direkten auch indirekte Wechselwirkungen gibt.⁴ Aus diesem sonstigen Umfeld werden in den folgenden Kapiteln nur die Rechts- und Wirtschaftswissenschaft berücksichtigt.

Hieraus entsteht eine komplexe Realität, in der Recht und Wirtschaft untrennbar verwoben sind (s. Abschnitt 4), was eine nuancierte Beantwortung der Frage erfordert, ob und ggf. in welchem Maße ggf. einer der beiden Teilbereiche einen dominierenden Einfluss ausübt (s. Abschnitt 5).

2. Einfluss des Rechts auf die Wirtschaft

Das Recht gibt zunächst die Rahmenbedingungen und Restriktionen vor, innerhalb derer sich das Wirtschaften vollziehen darf oder soll. Es liefert gleichzeitig die Instrumente (subjektive Rechte, Organisationsformen, Verfahren, staatliche Strukturen) zur rechtssicheren Abwicklung der Aktivitäten der Wirtschaftsakteure. Und es legt schließlich fest, welche Konsequenzen mit dem Nichteinhalten dieser Spielregeln verbunden sind, wie ihre Einhaltung sichergestellt und Übertretungen effektiv sanktioniert werden.

In der jeweiligen konkreten Umsetzung reicht die Bandbreite der hieraus resultierenden Rechts-/Wirtschaftsordnungen auf Makro- und Mikroebene von der vollregulierten Panwirtschaft bis hin zur maximalliberalen Marktwirtschaft über eine Vielzahl von Zwi-

³ Vgl. analog zur wechselseitigen Interdependenz von Recht und Gesellschaft *M. Rehbinder*, Rechtssoziologie, 7. Aufl., München 2009, S. 1-2.

⁴ *S. K. F. Röhl*, Rechtssoziologie, Köln 1987, online-Aktualisierung 2013, § 50a, S. 8 (<http://www.ruhr-uni-bochum.de/rszoinfo/>).

schenstufen, zu denen auch die deutsche soziale Marktwirtschaft oder sonstige Modelle des ‚dritten Weges‘ zählen.

Entsprechend unterschiedlich ist auch die jeweilige Bedeutung der Normen, die nach modernem (deutschem) Verständnis dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht zugerechnet werden können. Dabei ist im Übrigen zu beobachten, dass liberale Volkswirtschaften keineswegs immer unregulierte Ökonomien sind. Die Erkenntnis, dass die ‚freie‘ Marktwirtschaft dazu neigt, sich selbst zu zerstören, hat dazu geführt, dass in vielen Fällen die ‚Marktfreiheiten‘ rechtlich abgesichert werden (müssen), gegen sowohl nicht-marktkonforme Eingriffe des Staates als auch insbesondere auf Marktmacht und auf Profitgier beruhenden Manipulationen der Marktteilnehmer. Auch der Bereich des Strafrechts spielt in allen Rechtsordnungen eine inhaltlich unterschiedliche, aber wesentliche Rolle.

Die Menge der Normen, insbesondere auch solche mit Bezug zur Wirtschaft, hat im Laufe des 20. Jahrhunderts deutlich zugenommen. Insbesondere seit den siebziger Jahren wird über eine Gesetzes- und Verordnungsflut geklagt, und diese Entwicklung ist unter dem Stichwort der ‚Verrechtlichung‘⁵ bzw. den – insbesondere im Interesse der Wirtschaft – geforderten bzw. umgesetzten Gegenmaßnahmen (Deregulierung, Bürokratieabbau u. ä.) weiterhin ein aktuelles Thema, wobei immer noch umstritten ist, was ein akzeptabler bzw. optimaler Regulierungslevel wäre.

3. Einfluss der Wirtschaft auf das Recht

Der Einfluss der Wirtschaft auf das Recht äußert sich in erster Linie in der staatlichen oder privaten Rechtsetzung. Die Inhalte wirtschaftsrelevanter Normen sind Folge von objektiven Bedürfnissen bzw. Entwicklungen in Gesellschaft und Technik, aber auch von politischen Präferenzen hinsichtlich des staatlichen Wirtschafts- und Sozialmodells bzw. privater Geschäftsmodelle. Das Wirtschaftliche spiegelt sich demnach in Inhalten, Normzweck und Regelungstechnik.

Je stärker das Wirtschaftsleben durch den Staat gelenkt wird bzw. staatlicher ‚Regulierung‘ unterliegt, desto stärker manifestiert sich die wirtschaftliche Dimension zudem in der staatlichen Verwaltung und ihrem Handeln. Und je größer die Bedeutung der Wirtschaft in einer Gesellschaft, desto größer ist ihr Anteil am ‚Gesamtkonfliktpotenzial‘ und die Bedeutung spezifisch wirtschaftsorientierter Streitregelung. Schließlich sind auch Quantität und Qualität des Rechtsstabs geprägt durch die relative Bedeutung der Wirtschaft, und nicht zuletzt deren Finanzkraft.

Neben diesen wirtschaftlich geprägten inhaltlich-strukturellen Besonderheiten der Rechtsordnung wird in neuerer Zeit ein verstärkter Einfluss des wirtschaftlichen Modells bzw. des ökonomischen Denkens auf Staat und Recht wahrgenommen. Diese (neutral) als ‚Ökonomisierung‘ bezeichnete Tendenz wird inhaltlich jedoch weitgehend mit ‚Entstaatlichung‘, ‚Deregulierung‘ oder ‚Liberalisierung‘ gleichgesetzt, die in verschiedenen Aspekten zum Ausdruck kommt:⁶

⁵ S. z. B. G. Teubner, Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: F. Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Baden-Baden 1984, S. 289 ff.; O. Gericke, Möglichkeiten und Grenzen eines Abbaus der Verrechtlichung, Aachen 2003.

⁶ So z. B. J. P. Schneider, Zur Ökonomisierung von Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft. Begriffsbildung und einführende Analyse ausgewählter Beispielfälle, Die Verwaltung 34 (2001), S. 317 ff (320-322). S. auch C. Gröpl, Ökonomisierung von Verwaltung und Verwaltungsrecht, VerwArch. 93 (2002), S. 459 ff.

- Verfahrensmäßige Dimension: Eröffnung formeller Märkte in Gesellschaftsbereichen, die bis dahin durch andere Koordinationsmechanismen geprägt waren; Einflussnahme privater auf staatliche Verfahren oder vollständige Privatisierung von Verfahren,
- Institutionelle Dimension: Integration nichtstaatlicher (aber von/mit wirtschaftlichen Interessenträgern erstellte) Regelwerke in normative Rahmenvorgaben (Selbstregulierung der Wirtschaft),
- Organisatorische Dimension: Privatisierung öffentlicher Aufgaben z. B. durch PPP, Besetzung öffentlicher Gremien durch Einbeziehung von Wirtschaftsvertretern,
- Personelle Dimension: Stärkerer Einbezug von Personen mit wirtschaftlicher Qualifikation in Staat, Verwaltung, Unternehmen usw..

Nicht minder bedeutsam für diese ‚Ökonomisierung‘ ist die Prägung des politischen, aber z. T. auch des privaten, Denkens und Handelns, durch ökonomische – insbesondere neoklassische – Ziele und Wertmaßstäbe, die sich letztlich auch im Recht bemerkbar machen, und das mit der Besonderheit, dass diese ‚Infiltrierung‘ sich nicht auf ‚wirtschaftstypische‘ Materien beschränkt, sondern die gesamte Rechtsordnung erfasst:

- Materielle Dimension: Priorisierung der Effizienz oder anderer ökonomischer Ziele und Kriterien als Maßstab zur rechtlichen Bewertung für Legislative, Exekutive und Judikative,
- Methodische Dimension: Akzeptanz ökonomischer Rationalität in der rechtlichen Methodik,
- Strukturelle Dimension: Wettbewerb der Rechtsordnungen im wirtschaftsrechtlichen Bereich, nicht nur hinsichtlich der Normsetzung, sondern auch hinsichtlich des Verwaltungshandelns und der Gerichtstätigkeit.

4. Untrennbarkeit

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass in der modernen Gesellschaft Recht und Wirtschaft untrennbar miteinander verwoben sind. Diese enge Verzahnung ist aber nicht erst ein Produkt der Moderne, sondern schon seit den ersten Stufen der Zivilisation gegeben:

- Die Entstehung des Wirtschaftens und des ökonomischen Denkens sind ethnologisch eng verbunden mit Schulden, dem ‚In-der-Schuld-Stehen‘, sowie den damit verbundenen einklagbaren und durchsetzbaren Ansprüchen. Aus diesem ‚Kreditsystem‘ ist das Geld als Mittel zur Quantifizierung und Begleichung der Schulden entstanden.⁷
- Gemeinschafts- bzw. Individualeigentumsrechte sowie Verträge bilden von Beginn an die Basis für die Entwicklung der Gesellschaften und ihrer ‚Wirtschaften‘.
- Tributzahlungen, Steuererhebungen und Zölle haben seit frühester Zeit nicht nur mit faktischen Machtverhältnissen zu tun, sondern mit geordneten Verfahren und Regeln.

⁷ S. D. Graeber, *Schulden. Die ersten 5.000 Jahre*, Stuttgart 2012, S. 24 ff, 274 und passim.

- Auch das kaufmännische Rechnungswesen als ein wesentlicher Ursprung der Wirtschaftswissenschaft ist undenkbar ohne Normierung.⁸

Eine Wirtschaft ohne begleitende Rechtsordnung wäre letztlich nur in einem sehr elementaren Zustand denkbar, aber ebenso ist eine Rechtsordnung ohne wirtschaftliche Aktivitäten nur in entwicklungsgeschichtlich ‚primitiven‘ Gesellschaften vorstellbar. Die wirtschaftliche Tätigkeit des Menschen ist einer der Motoren für die Weiterentwicklung der Rechtsordnungen, die wiederum die (sicheren) Rahmenbedingungen hierfür bereitstellen, und ähnlich dem Henne-Ei-Problem wäre es müßig zu diskutieren, was zuerst da war. Gleichzeitig sind auch Staat (bzw. dessen Frühformen) und Markt demnach keine entgegengesetzten Prinzipien, sondern gemeinsam entstanden und seit jeher miteinander verwoben.⁹

Allerdings ist diese grundsätzliche Untrennbarkeit in unterschiedlichen Ausprägungen gegeben. Während in Planwirtschaften eine Trennung der beiden Sphären gar nicht möglich erscheint, da es keine freien, spontanen Wirtschaftsaktivitäten gibt (es sei denn außerhalb der Legalität), ist die Verschränkung in Marktwirtschaften zwar weniger ausgeprägt, aber äußerst real, denn manche wirtschaftlichen Aktivitäten werden durch das Recht überhaupt erst ermöglicht (z. B. Gesellschaften, Wertpapierhandel, Franchising). Außerdem scheint es im Laufe der Zeit eine Steigerung der Intensität (Breite, Tiefe, Reichweite) und des Tempos der Wechselwirkungen zu geben.

5. Primat?

Untrennbarkeit bedeutet nicht Gleichwertigkeit in den Beziehungen zwischen Recht und Wirtschaft. Entsprechend taucht in den Diskussionen über deren Verhältnis gelegentlich (in expliziter oder impliziter Form) die Frage auf, welche der beiden Kräfte die dominierende sei und damit das entscheidende Ordnungsprinzip – oder zumindest das historisch oder entwicklungsgeschichtlich erste – um daraus in der einen oder anderen Form ein Primat im Sinne eines dauerhaft faktisch dominierenden oder politisch herzustellenden Einflusses¹⁰ abzuleiten.

Aus einer historischen Analyse des Verhältnisses Recht-Wirtschaft kann zumindest für Deutschland ein Primat nicht abgeleitet werden,¹¹ und dies dürfte analog für andere marktwirtschaftlich ausgerichtete Staaten gelten.

Dies gilt zumindest in einer Mittel-/Langfristsperspektive und bei pauschaler Betrachtung der beiden Sphären. Wird die Betrachtung auf bestimmte Perioden und einzelne Teilbereiche fokussiert, können hingegen Muster unterschiedlicher Dominanz festgestellt werden.

Dies kann z. B. das ‚technische‘ Resultat einer unterschiedlichen Geschwindigkeit in den Eigenentwicklungen von Recht und Wirtschaft oder vorübergehender faktischer Umstände sein.¹² Darüber hinaus darf nicht vergessen werden, dass das positive

⁸ K. Brockhoff, Betriebswirtschaftslehre in Wissenschaft und Geschichte, 4. Aufl., Wiesbaden 2014, S. 91 ff.

⁹ Graeber (Fn. 7), S. 24, 274.

¹⁰ Z. T. wird unter ‚Primat‘ auch verstanden, dass Recht sich nur aus den ökonomischen Verhältnissen ableite oder vollkommen unabhängig von den sozialen Gegebenheiten erkläre. Dabei handelt es sich um Verabsolutierungen, die einer Realitätsprüfung nicht standhalten.

¹¹ M. Schmoekkel, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, Tübingen 2008, S. 15-17, 473-474, m. w. N.

¹² Schmoekkel (Fn. 11), S. 17. S. z. B. den Rückzug der Juristen aus der wirtschaftsrechtlichen Diskussion im 19. Jhd, was dazu führte, dass die Nationalökonomien die Deutungshoheit in den rechtspolitischen Diskussionen übernahmen und die Juristen nur an der Umsetzung arbeiteten. Fast zeitgleich wurden jedoch staatswissenschaftliche Fakultäten oder Rechts- und Staatswissenschaftliche Institute

Recht immer Resultat eines Kräftemessens unterschiedlicher Interessen und Überzeugungen ist, und dass im konkreten Einzelfall eines Gesetzes oder Streitfalls die Frage, ob ‚dem Recht‘ oder ‚der Wirtschaft‘ der Vorrang einzuräumen ist, immer wieder aufs Neue gestellt wird und zu beantworten ist.

Dabei wird ‚Recht‘ oft als Sammelbegriff für alle ‚nicht-wirtschaftlichen Werte‘ verstanden und das Kräfteverhältnis von Recht und Wirtschaft als Maßstab für bestimmte Werteordnungen. Letzteres erklärt dann auch, dass in den diesbezüglichen Diskussionen immer wieder das Primat des einen oder anderen gefordert oder aus den Fakten herausgelesen wird. So ist ein Primat der Wirtschaft naheliegend (und weitgehend unbeanstandet) in unmittelbar wirtschaftsnahen oder -relevanten Bereichen, nicht jedoch, wenn andere gesellschaftliche Bereiche betroffen sind.

Unverkennbar war bzw. ist die Primatdiskussion (sehr) ideologiebehaftet, nicht zuletzt als Folge der marxistischen Überbautheorie, die in den kommunistischen Staaten zu einer eindeutigen Dominanz der Ideologie, des Parteiprogramms und auf diesem Wege der Wirtschaft geführt hat.¹³

III. Wirkungsmechanismen

Das vorstehende Modell der Wechselwirkungen von Recht und Wirtschaft liefert weniger erklärende Antworten als es Fragen aufwirft und auf Probleme hinweist. Es ist zu grob, um zum einen die involvierten Ebenen und Akteure, zum anderen die konkreten Wirkungsweisen identifizieren und beschreiben zu können.

Bei der Beantwortung der Frage, wie die gegenseitige Einflussnahme tatsächlich erfolgt bzw. wie sie idealerweise erfolgen könnte oder sollte, bzw. wie die Balance zwischen Recht und Wirtschaft erreicht und bewahrt werden kann, spielen die Wissenschaften eine wichtige Rolle.

Sie arbeiten den Akteuren auf der Realebene zu, indem sie die Realitätsausschnitte erfassen, analysieren und entsprechend ihrer jeweiligen Aufgabe ‚bearbeiten‘. Zwar haben die Rechtswissenschaft als Normwissenschaft und die Wirtschaftswissenschaft als Realwissenschaft unterschiedliche Aufgaben, Ziele und Methoden, aber auch die Rechtswissenschaft ist realitäts- bzw. anwendungsbezogen und die Wirtschaftswissenschaft in Teilen normativ ausgerichtet. Beide beschäftigen sich zudem damit, eine unter ihrem jeweiligen Blickwinkel optimale Ordnung (Teilordnung des Realitätsausschnitts) herzustellen. Dementsprechend sind sie sowohl Partner als auch Konkurrenten in der Erklärung bzw. Deutung und Gestaltung der Interaktionen zwischen Recht und Wirtschaft.

Um dies deutlich herauszuarbeiten wird in den folgenden Kapiteln untersucht, wie beide Wissenschaften mit dem jeweils anderen Realitätsausschnitt sowie mit der Interaktion zwischen beiden sowie der jeweils anderen Wissenschaft ‚umgehen‘.

gegründet, da die in der öffentlichen Verwaltung und den staatlich geführten Unternehmen tätigen Juristen (universitär ausgebildete Ökonomen gab es nicht bzw. diese wurden mangels Staatsexamen nicht zum öffentlichen Dienst zugelassen) ökonomisch ausgebildet werden sollten. S. hierzu *auch H. Winkel*, *Wirtschaftswissenschaften I: Geschichte*, in: *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaften* Bd. 9, Stuttgart 1982, Sp. 413 ff (416).

¹³ Zur marxistischen Rechtstheorie s. z. B. *B. Rütters, C. Fischer, A. Birk*, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 6. Aufl., München 2011, Rn. 495 ff. Als Beispiel, wie weit sich dies auf das Recht auswirken kann s. z. B. *U. J. Heuer*, *Recht und Wirtschaftsleitung im Sozialismus*, Berlin (Ost) 1982.

Diese Vorgehensweise wird es erlauben, nicht nur die Wirkungsmechanismen auf der Realebene besser zu verstehen, sondern auch, welchen Einfluss auf die Realebene die Wissenschaften selbst (direkt oder indirekt) ausüben.

C. Rechtswissenschaft und Wirtschaft

I. Einleitung und Interdependenzmodell

In diesem Kapitel geht es um die gegenseitige Bedingtheit von Rechtswissenschaft und Wirtschaft, d. h.

- die Art und Weise, wie die Rechtswissenschaft den Regelungsgegenstand Wirtschaft und seine Besonderheiten sowie die Interdependenz von Recht und Wirtschaft erfasst und verarbeitet,
- faktische Einflüsse der Wirtschaft auf die Rechtswissenschaft (und insbesondere die Rechtswissenschaftler), sowie der Rechtswissenschaft auf die Wirtschaft.

Die Bedeutung dieser Interaktionsebene ergibt sich daraus, dass die Rechtswissenschaft als ‚Vordenkerin‘ des Rechtsstabs Einfluss auf das Recht ausübt. Daneben spielt die Rechtswissenschaft als Teil der Gesamtheit eine eigenständige Rolle im System der Interdependenzen.

Grundsätzlich kann die Beschäftigung der Rechtswissenschaft mit dem Realitätsausschnitt Wirtschaft folgende Formen annehmen:

- Die wirtschaftliche Realität muss in die Rechtssprache übersetzt werden, sowohl was einzelne Begriffe betrifft als auch was umfangreichere wirtschaftliche Normtatbestände betrifft.
- Die juristischen Methoden (von Auslegung bis Gestaltung) könnten Eigenheiten aufweisen, die sich aus ihrer Anwendung auf die Wirtschaft ergeben.
- Die (zumindest in der deutschen Rechtsordnung) angestrebte interne Widerspruchsfreiheit des Rechtssystems erfordert insbesondere eine Systematisierung der Normen. Auch hier könnte es besondere Systematisierungsformen geben, die aus den Besonderheiten der Wirtschaft resultieren.
- Die Rechtswissenschaft kann sich schließlich mit der Frage beschäftigen, welche Interdependenzen es empirisch zwischen Recht und Wirtschaft bzw. zwischen Rechtswissenschaft und Wirtschaft gibt.

Ausgehend von der üblichen Unterteilung der der Rechtswissenschaft sollen demnach vier Teilbereiche auf die vorerwähnte Aspekte hin befragt werden:

- Methodenlehre (s. II) und Dogmatik (s. III) als theoretische (normativ ausgerichtete) Wissenschaften,
- Rechtsgeschichte (s. IV) und Rechtssoziologie (s. V) als empirische (positive) Wissenschaften.

Dies wird ergänzt durch den Aspekt der direkten faktischen gegenseitigen Beeinflussung (s. VI).

II. Methodenlehre

In der juristischen Methodenlehre gibt es grundsätzlich verschiedene Ansatzpunkte für eine Berücksichtigung der Wirtschaft bzw. eine inhaltliche Prägung durch diese. In der Realität werden diese aber sehr unterschiedlich genutzt:

1. Rechtsquellenlehre

Es gilt zwar grundsätzlich, dass aus dem Sein kein Sollen abgeleitet werden kann. Dennoch kann die Wirtschaftspraxis als Gewohnheitsrecht (insbesondere Handelsbräuche, Verkehrssitte) Geltung erlangen. Außerdem können die Wirtschaftenden im Rahmen der Privatautonomie vertraglich im gesetzlichen Rahmen ihr eigenes Recht schaffen und dabei auch ‚soft law‘ zur Verbindlichkeit verhelfen (z. B. lex mercatoria, INCOTERMS, technische Standards). Hieraus ergibt sich der Themenkomplex der ‚Selbstregulierung der Wirtschaft‘, der die Rechtswissenschaft immer wieder beschäftigt.¹⁴

2. Normauslegungslehre

Auch die klassische Normauslegungsmethodik bietet die Möglichkeit, die Besonderheiten der Wirtschaft in ihr System und ihr Denken einzubauen bzw. zu berücksichtigen: Denn alle vier kanonischen Methoden können dazu verwendet werden, juristische Begriffe mit ökonomischen Bedeutungen zu konkretisieren.

In den Beispielen der Lehrbücher zur Methodenlehre taucht dieser Anwendungsbereich allerdings allenfalls am Rande auf. Eine besondere Auslegungsmethodik zur speziellen Würdigung dieses Realitätsausschnitts (z. B. im öffentlichen Wirtschaftsrecht) gibt es nicht, allenfalls Ansätze hierzu in der sog. ‚wirtschaftlichen Betrachtungsweise‘ (s. Abschnitt 3 hiernach). Auch in der sich entwickelnden europarechtlichen Methodenlehre finden sich trotz dessen wirtschaftsrechtlichen Fokus keine klaren Ansatzpunkte, sondern noch „*Forschungsbedarf bzgl. der Transformation außerrechtlicher Argumente*“¹⁵.

Wenn überhaupt wird eine Berücksichtigung wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse gefordert oder ins Auge gefasst (s. z. B. den ‚more economic approach‘ im europäischen Kartellrecht¹⁶) (s. hierzu Kapitel D und E).

3. Rechtsanwendungs-, -fortbildungs- und Argumentationslehre

Wird die methodische Perspektive auf die einzelfallbezogene juristische Entscheidungstätigkeit ausgerichtet, wird die Textorientierung der Methodenlehre bestätigt: Bzgl. des klassischen Subsumtionsmodells gibt es zum einen keine klaren Regeln zum Umgang mit dem (wirtschaftlichen) Sachverhalt und zur Fakteninterpretation (außer

¹⁴ S. z. B. A. Bach, Gescheiterte Selbstregulierung im Pressegrasso, NJW 2012, S. 728 ff.; S. Fischerauer, Zwischen Regulierung und Selbstregulierung - Zur Ausarbeitung europäischer Netzkodizes im Energiesektor, Zeitschrift für Neues Energierecht 2012, S. 453 ff., W. Weiss, Selbstregulierung der Wirtschaft – Noch sinnvoll nach der Finanzkrise?, Der Staat 2014, 555 ff., sowie z. B. die Literatur zu Verhaltenskodices im Zusammenhang mit Compliance und Corporate Governance.

¹⁵ H. Fleischer, Europäische Methodenlehre: Stand und Perspektiven, RabZS Bd. 75 (2011), S. 700 ff (724 ff).

¹⁶ S. z. B. A. Christiansen, Der "More Economic Approach" in der EU-Fusionskontrolle: Entwicklung, konzeptionelle Grundlagen und kritische Analyse, Frankfurt 2010.

bzgl. der formellen Beweiserhebung und -würdigung im Prozess). Ebenso wenig ist in der traditionellen Lehre anerkannt – von Ausnahmen abgesehen –, dass nicht nur ein ‚Hin- und Her-Wandern des Blicks‘ zwischen Norm und Sachverhalt erfolgt, sondern de facto auch ein ‚Schielen‘ auf die Rechtsfolgen, die insbesondere bei Urteilen mit erheblichen wirtschaftlichen Auswirkungen eine wichtige Rolle spielen.¹⁷ Schließlich wird auch in der Rechtsfortbildung das Paradigma aufrechterhalten, sie dürfe nur ausgehend vom Normbestand erfolgen, ohne Berücksichtigung der faktischen (wirtschaftlichen) Umstände.

In der Wirklichkeit halten diese Theorielücken Rechtsprechung und Rechtspraxis jedoch nicht davon ab, Normen und vor allem Rechtsgebilde und -institutionen ‚wirtschaftlich‘ zu betrachten. Diese ‚wirtschaftliche Betrachtungsweise‘ ist ausdrücklich nur im Steuerrecht verankert (§§ 39-42 AO)¹⁸, wird allerdings auch in anderen Bereichen angewendet, auch wenn dies nur selten systematisch erfasst und dann ggf. mit anderen Bezeichnungen versehen wird.

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise kann zum einen eine am wirtschaftlichen Zweck orientierte gesetzeskonforme Typologie oder Argumentation bedeuten und damit einen Anwendungsfall der klassischen Auslegungslehre darstellen.

Der BGH z. B. hat eine ‚wirtschaftliche Betrachtungsweise‘ in folgenden Konstellationen angewendet:¹⁹

- Fälle, in denen es eigentlich um die Auslegung eines Rechtssatzes geht, namentlich um eine extensive, auch Umgehungen betreffende Auslegung. Hier kommt die Gegenüberstellung formalrechtlich – wirtschaftlich oft vor.
- Fälle, in denen sich eine mehr oder weniger rechtssatzfreie richterliche Fortbildung abspielt, wobei die wirtschaftliche Betrachtungsweise als Scheinargument dient.
- Fälle, in denen es in verschiedenster Weise um die Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte geht. Verschieden sind hier sowohl Funktionen innerhalb der Argumentationsprozesse wie auch der inhaltliche Bezug (z. B. wertmäßig, vermögenswert, finanziell, im Wirtschaftsverkehr bedeutsam).

Auch wenn dies nicht immer transparent ist, geht es auch um eine Beurteilung von (oft wirtschaftlichen) Sachverhalten, zu deren als adäquat erachteter rechtlicher Bewertung neben der Gesetzesanalogie auch die Institute von Treu und Glauben, Rechtsmissbrauch sowie Gesetzesumgehung/-erschleichung verwendet werden. Ökonomische Argumente werden dabei meist in juristische Begriffe gefasst (z. B. Gläubigerschutz, Schutz des Rechtsverkehrs), um Rechtsfortbildung (z. B. Durchgriffshaftung) zu betreiben oder Rechts- und Sachverhaltsgestaltungen auszuhebeln.²⁰

¹⁷ S. M. Deckert, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, München 1995. Zur Folgenorientierung im Verwaltungsrecht s. C. Franzius, § 4 Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, A. Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, München 2006, Rz. 67 ff.

¹⁸ S. z. B. A. Klein, *Abgabenordnung*, 12. Aufl., München 2014; zur älteren Rechtslage z. B. C. Möller, *Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Privatrecht*. Dargestellt an den Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften im Recht der GmbH, Berlin 1997, S. 63 ff.

¹⁹ F. Rittner, *Die sog. Wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Rechtsprechung des BGH*, Heidelberg 1975, S. 32.

²⁰ Möller (F. 18), S. 27 ff, 79 ff mit Fällen aus dem Privat-, insbesondere Gesellschaftsrecht. S. auch P. Raisch, K. Schmidt, *Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaften*, in: D. Grimm (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, Band 1, Frankfurt/Main 1973, S. 143 ff. (165); M. Lehmann, *Primat der Wirtschaft oder Primat des Rechts?*, in: *Recht und Wirtschaft. Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2007, Stuttgart 2008, S. 25 ff.

Schließlich verpflichtet der Gesetzgeber die Gerichte in vielen Fällen (meist general-klauselartig) zu einer ‚wirtschaftlichen Betrachtungsweise‘ und Abwägung im Einzelfall, ohne dass dies zu einem ausdrücklichen Bestandteil der Methodenlehre geworden wäre. Alleine aus dem BGB seien hier beispielhaft erwähnt: Umdeutung eines Rechtsgeschäfts (§ 140), Berücksichtigung der Verkehrssitte (§§ 157, 242), Verbot von Umgehungsgestaltungen (§ 306a), Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313) Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen (§§ 314 Abs. 1, 543 Abs. 1, 626 Abs. 1), angemessener Unterhalt (§§ 519, 528, 829 Abs. 2), wirtschaftliche Zumutbarkeit (§ 906 Abs. 2). Auch die Verwendung von Begriffen wie ‚(un)verhältnismäßig‘ (§ 309 Nr. 8 dd, 320 Abs. 2), ‚(un)wesentlich‘ (§§ 309 Nr. 5 b, 490 Abs. 1) oder ‚(un)erheblich‘ (§§ 281 Abs. 1, 439) gibt dem Richter den Auftrag einer wirtschaftlichen Quantifizierung und Abwägung.

4. Rechtsetzungs- und -gestaltungslehre

In der Rechtsetzungs- und -gestaltungslehre, die nur für die Teilbereiche der Gesetzgebungslehre und der Vertragsgestaltung ausgearbeitet ist, zeigt sich erneut das Erfordernis nicht nur der juristischen (technischen) Kompetenz, sondern auch der (wirtschaftlichen) Qualifikation i. S. des fachlichen Verständnisses des Regelungsgegenstands.

In der Gesetzgebungslehre ist die Gesetzesfolgenabschätzung (insbesondere hinsichtlich der Auswirkungen auf die Wirtschaft, z. B. Bürokratiekosten) als Teil des Gesetzgebungsverfahrens zwar formell verankert²¹, aber eine spezielle wirtschaftsrechtliche Regelungstheorie hat sich hieraus nicht entwickelt.

5. Rechtswissenschaft als Realwissenschaft?

Die Schwierigkeiten und fehlende Systematik im Umgang mit dem Realitätsausschnitt Wirtschaft sind entscheidend darauf zurückzuführen, dass die Rechtswissenschaft zwar anerkannterweise eine Norm- und keine Realwissenschaft ist²², dass aber die Methodenlehre keinen systematischen Ansatz zum unvermeidlichen rechtlichen Umgang mit der Realität, in casu der Wirtschaft, entwickelt hat.²³

Dieses Problem wird der Praxis überlassen. Da Juristen üblicherweise nur eine rechtswissenschaftliche Ausbildung erhalten (eine Ausnahme bilden die wirtschaftsjuristischen Studiengänge), wenden diese dann bei Bedarf ihr Alltags- bzw. Allgemeinwissen an, es sei denn, die Hinzuziehung von Fachexperten ist vorgegeben oder opportun.

²¹ S. hierzu Abschnitt D. VI. 2.

²² S. z. B. *H. Albert*, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz, Baden-Baden 1993; *H. Eidenmüller*, Rechtswissenschaft und Realwissenschaft, JZ 1999, 53 ff; *S. Huster*, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft? Anmerkungen zu Hans Alberts Konzeption der Jurisprudenz, in: *E. Hilgendorf* (Hrsg.), Wissenschaft, Religion und Recht. Hans Albert zum 85. Geburtstag am 08.02.2006, Berlin 2006, S. 385 ff; *N. Petersen*, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Der Staat 2010, S. 435 ff.

²³ S. zumindest ansatzweise z. B. *K. Larenz*, *C. W. Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1995, S. 99 ff; *H. M. Pawlowski*, Einführung in die juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Heidelberg 2000, S. 207 ff. *Rüthers*, *Fischer*, *Birk* (Fn. 13) vertreten zwar eine sehr integrative Rechtstheorie, die das Recht als Spiegel der gesellschaftlichen Gesamtsituation versteht (s. insbesondere Rn. 303-307a, 624-636), aber in die Methodenlehre fließt dies nicht ein (Sachverhaltsfeststellung z. B. wird nur als verfahrensrechtliches Problem betrachtet: Rn. 669-671).

Es liegt in der Logik dieser Auffassungen, dass es auch keine Lehre der rechtswissenschaftlichen Interdisziplinarität gibt.

III. Dogmatik

1. Einleitung

Die Dogmatik als Wissenschaft der Begriffs-, System- und Prinzipienbildung des geltenden Rechts kommt nicht nur durch die Anwendung der vorbeschriebenen Methoden Aspekte mit der Wirtschaft in Berührung, sondern mehr noch durch den Gegenstand der wirtschaftsrelevanten Normen, die z. T. ein hohes wirtschaftliches Verständnis erfordern.

So wie sich die entsprechenden Rechtsquellen insbesondere in den letzten 150 Jahren schrittweise entwickelt haben, so hat sich auch die Dogmatik mit ihnen beschäftigt, wobei anzumerken ist, dass Normen europäischen und internationalen Ursprungs in den letzten drei Jahrzehnten erheblich an Bedeutung gewonnen haben.

Dies erklärt verschiedene Phänomene:

- Die unterschiedlichen Bereiche des Rechts der Wirtschaft haben sich schrittweise entwickelt, und zwar weitgehend unabhängig voneinander. Einige Teilbereiche haben sich relativ problemlos verselbständigt (z. B. Steuerrecht, Kartellrecht, gewerbliche Schutzrechte, Insolvenzrecht), bei anderen wurde es versucht, aber ohne bzw. mit mäßigem Erfolg (z. B. Unternehmensrecht, Verbraucherrecht). Wiederum andere haben sich als sektorspezifische Teilbereiche etabliert, die sich vor allem als praxisnahe Querschnittsmaterien darstellen (z. B. Bankrecht, Versicherungsrecht).
- Eine einseitige Zuordnung zum Privatrecht oder öffentlichen Recht ist oft nicht möglich (z. B. Kapitalmarktrecht, Energiewirtschaftsrecht).
- Das Recht der Wirtschaft i. w. S. ist in hohem Maße Ergebnis unterschiedlicher und noch dazu immer wieder wechselnder wirtschaftspolitischer Überzeugungen und Kompromisse. Dies spiegelt sich in der z. T. widersprüchlichen Zielen folgenden Gesetzgebung wieder, welche die dogmatische Arbeit erheblich erschweren.
- Das Recht der Wirtschaft ist insgesamt ein äußerst komplexes Konglomerat, in dem Spezialisierung unabdingbar ist.

Die genaueren Probleme der Dogmatik mit der Materie Wirtschaft sollen im Folgenden anhand von zwei Beispielen dokumentiert werden:

2. Wirtschaftsrecht

a) Überblick

Trotz der langen Tradition wirtschaftsrelevanter Normen (s. Kapitel B), hat die Rechtswissenschaft sich erst ab dem 19. Jahrhundert zusammenhängend hiermit beschäftigt, als sich ein Verständnis der Wirtschaft entwickelte, das über die Hauswirtschaft hinausging und den gesamten Staat erfasste (Nationalökonomie). In den Anfängen wurde dabei der ‚Gedanke‘ eines Wirtschaftsrechts unter unterschiedlichen Begriffen verwendet, immer dann, wenn Normen irgendwie mit Wirtschaft zu tun hatten.²⁴ Begriffsgeschichtlich beginnt die Auseinandersetzung mit dem ‚Wirtschaftsrecht‘ in

²⁴ H. P. Jugel, Zum Begriff des Wirtschaftsrechts in Westeuropa, Diss. Tübingen 1995, S. 4-5.

Deutschland erst mit bzw. nach dem 1. Weltkrieg, bei inhaltlicher Anknüpfung an staatlichen Interventionismus auch schon etwas früher unter dem Begriff ‚Industrierecht‘.²⁵

Im Laufe der Zeit entwickelten sich unterschiedliche Herangehensweisen an dieses Phänomen.²⁶ Insbesondere in den ersten Jahren gab es philosophische oder weltanschauliche Annäherungen, wie z. B. die Ideen, die Rechtsordnung stehe zum Wirtschaftsleben im selben Verhältnis wie Form zum Stoff, oder das Wirtschaftsrecht stelle eine neue Betrachtungsweise des Rechts dar.

Überwiegend ging es jedoch um eine mögliche Systematisierung der vielfältigen (neuen) Erscheinungen, insbesondere den Versuch, Wirtschaftsrecht als eigenständige Rechtsdisziplin neben dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht zu etablieren (s. Abschnitt b). Immer wieder diente das Thema ‚Wirtschaftsrecht‘ auch als Anknüpfungspunkt für politisch-ideologische Auseinandersetzungen über die Rolle der Wirtschaft bzw. das wirtschafts-/sozialpolitisch dominierende Modell in Deutschland (und auf europäischer und internationaler Ebene) (s. Abschnitt c).

b) Wirtschaftsrecht als dogmatisches Projekt²⁷

Wirtschaftsrecht als dogmatisches Projekt *„verfolgt das Ziel, für diesen Regelungsbe- reich übergeordnete Sachzusammenhänge und -strukturen aufzuzeigen. Unter Einbeziehung der Wirklichkeit des Wirtschaftslebens will sie ein in sich stimmiges Gefüge juristischer Begriffe, Institute und Grundsätze anbieten, welche die Handhabung des Rechts steuern und leiten, ihr Orientierung und Sicherheit geben.“*²⁸

Dementsprechend wurden im Laufe der Zeit unterschiedliche Definitions- bzw. Abgrenzungsvorschläge erarbeitet.²⁹ Letztlich hat jedoch keine der Theorien oder Lösungsvorschläge überzeugen können, und die Versuche, aus dem ‚Recht, das für das Wirtschaften bedeutend ist‘, ein engeres Rechtsgebiet ‚Wirtschaftsrecht‘ herauszufiltern, müssen als gescheitert angesehen werden.³⁰

Als Grund hierfür kann die überwältigende Menge der bei einer weiten Definition einzubeziehenden Normen, oder bei enger Definition ein fehlendes überzeugendes Abgrenzungskriterium angesehen werden. Auch darüber hinaus ist es selbst in Teilbereichen wie dem Wirtschaftsverwaltungsrecht nicht gelungen, dessen Eigenheiten herauszuarbeiten, und die Materie ist terminologisch, definitorisch, konzeptionell und inhaltlich gleichermaßen umstritten.³¹

²⁵ R. Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht. Allgemeiner Teil, Berlin usw. 1990, S. 5-6. Zur ersten intensiven Debatte nach dem 1. Weltkrieg s. auch M. Stolleis, Wie entsteht ein Wissenschaftszweig?, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht nach dem 1. Weltkrieg, in: H. Bauer u.a. (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, Tübingen 2002, S. 1 ff.

²⁶ Jugel (Fn. 24), S. 6 ff.

²⁷ Jugel (Fn. 24), S. 14 ff. S. z. B. auch W. Fikentscher, Wirtschaftsrecht, Band 1:Weltwirtschaftsrecht, Europäisches Wirtschaftsrecht, München 1983, S. 16-34; F. Rittner, M. Dreher, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht. Eine systematische Darstellung, 3. Aufl., Heidelberg 2008, Rn. 36 ff.

²⁸ Schmidt (Fn. 25), S. v (vgl. S. 37-38) zum öffentlichen Wirtschaftsrecht.

²⁹ S. z. B. Jugel (Fn. 24), S. 14 ff, Schmidt (Fn. 25), S. 40 ff.

³⁰ Schmidt (Fn. 25), S. 54. Als letzte versuchen Rittner, Dreher (Fn. 27), ein eigenes Rechtsgebiet zu etablieren. Ihr Definitions- bzw. Abgrenzungsversuch (Rn. 44-54) ist jedoch eher ein mehrschichtiges Programm als ein operationalisierbares Kriterium.

³¹ R. Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 18. Aufl., Stuttgart 2015, S. 5-6. Für ihn ist das öffentliche Wirtschaftsrecht sogar ein ‚chaotischer Zweig des Rechtssystems auf der Suche nach klaren Strukturen‘ (S. 7).

Im Ergebnis wird demnach pragmatisch vorgegangen: Wirtschaftsrecht wird zunächst üblicherweise weit als ‚die Summe aller Rechtsregeln, die für das Wirtschaften bedeutend sind‘³², verstanden. Gebiete, die sich als eigenes Lehr- und Forschungsgebiet verselbständigt haben, bleiben ausgenommen,³³ ansonsten wird klassisch nach privatem und öffentlichem Recht unterschieden.³⁴ In der Fachliteratur wird unter Wirtschaftsrecht heute überwiegend ‚öffentliches Wirtschaftsrecht‘ (z. T. auch ‚Wirtschaftsverwaltungsrecht‘ bezeichnet) verstanden.³⁵ Die Bezeichnung ‚Privates Wirtschaftsrecht‘ wird überwiegend im Ausbildungskontext (Recht für Wirtschaftswissenschaftler) verwendet.

c) Wirtschaftsrecht als politisch-ideologisch dominierter Normenkomplex

Erschwert wurde und wird die dogmatische Arbeit dadurch, dass es bei den Diskussionen über das Wirtschaftsrecht immer um mehr ging als um ein kohärentes neues Rechtsgebiet oder einen neuen Zweig der Rechtswissenschaft. Bereits in der Weimarer Zeit war der Begriff ‚Wirtschaftsrecht‘ *„die Überschrift für alles Neue und für Zukunftsprojektionen, zugleich aber auch ein Instrument für die Verwirklichung solcher Vorstellungen. Ebenso stand der Begriff für neue Entwicklungen des Rechts, die sich nicht in das traditionelle Rechtssystem einfügen ließen. Der Begriff des Wirtschaftsrechts diente mithin als Zusammenfassung zahlreicher Versuche, ein Erklärungsmodell für den Wandel des Rechts zu entwickeln. Es wurden die ‚Grundfragen der Rechts- und Wirtschaftsordnung aufgerührt‘, mehr noch: ‚es ging um die Rollenverteilung zwischen Individuum und Staat, um das Menschenbild, von dem sich die Rechtsordnung im Bereich der Wirtschaft lenken lassen sollte.“*³⁶

Seither hat sich der Schwerpunkt in Richtung (wirtschafts- bzw. sozial)politischer Aspekte verschoben. Das Wiederaufleben eines intensiveren Interesses am Wirtschaftsrecht in den 70er und 80er Jahren³⁷ hatte nicht zuletzt auch politische Dimensionen, die sich als (nicht zuletzt als wirtschaftswissenschaftlich-paradigmatisch geprägtes) Vorverständnis der Wissenschaftler auch heute noch wiederfindet. Besonders deutlich zeigt sich diese Problematik am Begriff der „Regulierung“.³⁸

Auch dieser Aspekt lässt es als letztlich unergiebig erscheinen, sich dogmatisch mit Wirtschaftsrecht zu beschäftigen.

³² Schmidt (Fn. 25), S. 44.

³³ S. z. B. K. M. Meessen, Wirtschaftsrecht im Wettbewerb der Systeme, Tübingen 2005, S. 13: Wirtschaftsrecht ist das für die Wirtschaft relevante Recht, abzüglich Arbeitsrecht, Steuerrecht und Prozessrecht.

³⁴ Schmidt (Fn. 25), S. 53-57.

³⁵ S. z. B. P. Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, Ein exemplarischer Leitfaden, 4. Aufl., Tübingen 2011; J. Ruthig, S. Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2011.

³⁶ Jugel (Fn. 24), S. 2. Ähnlich Fikentscher (Fn. 27), S. 17: *„Schließlich verbirgt sich hinter der Forschung nach dem Gegenstand ‚Wirtschaftsrecht‘ eine Menge von Gesellschafts-, Wirtschafts- und Wissenschaftspolitik.“*

³⁷ S. z. B. H. J. Mertens, Ch. Kirchner, E. Schanze, Wirtschaftsrecht, Reinbek bei Hamburg 1978; H. D. Assmann, Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy, Königstein/Ts 1980; R. Weimar, P. Schimikowski, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, München 1983. K. Nörr, Zum Wirtschaftsrecht als „kritischem“ Begriff: Ein Blick auf die Polemik der 1970er Jahre, in: Bürgerliche Freiheit und christliche Verantwortung, Festschrift für C. Link zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, 911 ff.

³⁸ Ruthig, Storr (Fn. 35), Rn. 20-22. Zur Regulierung s. z. B. M. Ruffert, Begriff, in: M. Fehling, M. Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, § 7 (S. 332 ff); M. Möstl, Perspektiven des Regulierungsrechts, GewArch 2011, S. 265 ff.; J. Kühling, Das Regulierungsrecht im Binnenmarkt, in: P. C. Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 4. Wirtschaftsordnungsrecht, Baden-Baden 2015, § 20, Rn. 1 ff; S. Baer, Rechtssoziologie, 2. Aufl., Baden-Baden 2015, § 2 Rn. 89, § 4 Rn 3 ff.

3. Unternehmensrecht

a) Überblick

Der Begriff ‚Unternehmen‘ (bzw. ‚Unternehmer‘) taucht in unterschiedlichsten Rechtsgebieten (Zivil-, Handels-, Gesellschaft-, Steuer-, Umweltrecht usw.) auf, was insofern nicht verwundert, als es sich hierbei um einen zentralen Akteur der Wirtschaft handelt. Es liegt also nahe, hieraus dogmatisch ein ‚Unternehmensrecht‘ zu entwickeln.

Dies ist auch verschiedentlich versucht worden, zumindest in Teilbereichen des Wirtschaftsrechts (s. Abschnitte b und c), allerdings ohne Erfolg. Das liegt zum einen daran, dass der Begriff nicht einheitlich verwendet wird, z. T. nicht einmal innerhalb einzelner Rechtsbereiche,³⁹ zum anderen daran, dass der Begriff per se mehrere Bedeutungen (die sich im Einzelfall auch überschneiden können) besitzt:⁴⁰

- ‚Unternehmen‘ als Bereich unternehmerischer (betrieblicher, beruflich-gewerblicher) Tätigkeit,
- ‚Unternehmen‘ als komplexes Rechtsobjekt, das Gegenstand von Transaktionen sein kann und einem Rechtsträger zugeordnet ist,
- ‚Unternehmen‘ als Rechtssubjekt und unmittelbarer Adressat gesetzlicher Vorschriften.

Entsprechend wird der Begriff je nach dem Willen und Zweck des Gesetzes und der Norm bestimmt, die ihn verwenden. Das kann zu unterschiedlichen, aber jeweils funktional richtigen Abgrenzungen führen.⁴¹

Mit einem über einzelne Rechtsgebiete hinausgehenden Anspruch wird Unternehmensrecht gelegentlich thematisiert als geeigneter Begriff zur ‚Gruppierung‘ aller Rechtsnormen, die ein Unternehmen aus einer Praxisperspektive betreffen. Meist haben diese Publikationen jedoch keinen theoretischen Anspruch, sondern es geht um eine konsistente Darstellung einer wirtschaftlichen Querschnittsmaterie, der je nach gewähltem Schwerpunkt diverse relevante Rechtsmaterien zugeordnet werden, die das ‚Recht des Unternehmens‘ darstellen.⁴²

Für die Dogmatik bedeutsam ist über die Systematisierung hinaus schließlich das Konzept des ‚Unternehmensinteresses‘, das als Leitlinie für die Unternehmensleiter und als Bewertungs- bzw. Haftungsmaßstab möglicher Pflichtverletzungen durch diese dient.⁴³

³⁹ S. z. B. K. Petersen, C. Zwirner, Unternehmensbegriff, Unternehmenseigenschaft und Unternehmensformen – Anmerkungen zu nicht kodifizierten Sachverhalten in der Rechnungslegung und Implikationen für die Prüfungspraxis, DB 2008, S. 481 ff.

⁴⁰ L. Raiser, C. Veill, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl., München 2010, § 6, Rz. 4-7.

⁴¹ Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 35. Aufl., München 2012, Einl. V. § 1, Tn. 31.

⁴² S. z. B. B. Großfeld, Internationales und europäisches Unternehmensrecht: Das Organisationsrecht transnationaler Unternehmen, 2. Aufl., Heidelberg 1995; H. Wagner, Unternehmensrecht, Weinheim 1997 (Schwerpunkt Gesellschaftsrecht für Ökonomen).

⁴³ S. z. B. T. Brinkmann, Unternehmensinteresse und Unternehmensrechtsstruktur. Aufgaben und Grenzen eines normativen Regulatives unternehmenspolitischer Prozesse, Frankfurt/M. 1983; G. Teubner, Unternehmensinteresse - das gesellschaftliche Interesse des Unternehmens "an sich"?, ZHR 1985, S. 470 ff; M. Kort, Vorstandshandeln im Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteresse und Aktionärsinteressen, AG 2012, S. 605 ff; G. Krieger, U.H. Schneider, Handbuch Managerhaftung, 2. Aufl., Köln 2010 (passim) sowie die Kommentare zu § 93 Abs. 2 S. 1 AktG („business judgement rule“).

b) Unternehmensrecht als weiterentwickeltes Handelsrecht⁴⁴

Am intensivsten diskutiert wurde bzw. wird der Begriff des Unternehmens im Handelsrecht als Alternative zum Begriff des Kaufmanns oder Handelsgeschäfts, und zwar mit unterschiedlichen Schwerpunkten seit Mitte des 19. Jhdts.⁴⁵ Im Mittelpunkt steht dabei eine Veränderung der Perspektive: Statt vom Kaufmann und dem ihn betreffenden Sonderprivatrecht soll die Blickrichtung vom Unternehmen als Organisationsform ausgehen und das Handelsrecht damit zu einem Außenprivatrecht der Unternehmen werden. Damit könnten zwar einige systematische Probleme des Handelsrechts behoben werden, ein allgemein akzeptiertes Gesamtkonzept ist daraus aber bislang nicht entwickelt worden.

c) Unternehmensrecht als weiterentwickeltes (Kapital)Gesellschaftsrecht⁴⁶

Seit den fünfziger Jahren gab es Bestrebungen, die mehr politischen als juristischen Ursprungs waren, das Gesellschaftsrecht als Unternehmensrecht weiterzuentwickeln. Zum einen floss dort die Überzeugung ein, dass Unternehmen mehr sind als privatwirtschaftliche Veranstaltungen im Interesse der Anteilseigner, sondern dass sie auch Gemeinwohlaufgaben wahrnehmen sollen und als sozialer Verband zu betrachten sind, an dem Arbeitnehmer, Gesellschafter/Inhaber, Gläubiger, Lieferanten usw. beteiligt sind (heute auch als Stakeholder-Ansatz bezeichnet).

Im internen Bereich führte daneben insbesondere in Großunternehmen die Machtverschiebung von den Anteilseignern zum Management, die ‚Bürokratisierung‘ und in Deutschland die Unternehmensmitbestimmung zu Diskussionen über die Unternehmensverfassung und die geeignetsten Führungsstrukturen, die sich (zusammen mit anderen Einflüssen) in der Thematik der ‚Corporate Governance‘ bündelten.

Auch Konzernrecht, europäisches und internationales Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Rechnungslegung, Managementhaftung (inkl. Compliance) und nicht zuletzt Kapitalmarktrecht flossen und fließen in diesen Fragenkomplex ein.

Die Vielfalt dieser Aspekte hat dazu geführt, dass der ursprüngliche Ansatz der Entwicklung eines (gesellschafts- bzw. organisationsrechtlich orientierten) Unternehmensrechts zum Erliegen gekommen ist.

IV. Rechtsgeschichte

Die Wirtschaft ist zwar nicht eigentlicher Gegenstand der Rechtsgeschichte, aber diese könnte die im vorigen Kapitel identifizierten Interdependenzen in ihre Darstellung und Analyse einbeziehen und so nicht nur zu deren besserem Verständnis durch die Rechtswissenschaft beitragen, sondern ggf. auch zu einer Verbesserung des positiven Rechts.⁴⁷

In der Regel stellen die allgemeinen rechtsgeschichtlichen Arbeiten keinen nennenswerten Bezug zum wirtschaftlichen Kontext oder her. Hinweise zum Stand der Wirt-

⁴⁴ K. Schmidt, Handelsrecht. Unternehmensrecht I, 6. Aufl., Köln 2014, § 2 Rn. 10 ff. S. auch z. B. K. Schmidt, Vom Handelsrecht zum Unternehmens-Privatrecht?, JuS 1985, S. 249 ff.; O. Vossius, Noch einmal: Vom Handelsrecht zum Unternehmensprivatrecht?, JuS 1985, S. 936 ff., K. Schmidt, Spekulation oder skeptischer Empirismus im Umgang mit kodifiziertem Recht, Jus 1985, S. 939 ff.

⁴⁵ Schmoeckel (Fn. 11), S. 116-118.

⁴⁶ S. z. B. O. Kunze, Unternehmen und Gesellschaft, ZHR 147 (1983), S. 16; Rittner, Dreher (Fn. 27), § 8, Rn. 23; Raiser, Veill (Fn. 40), § 6 (ausführlicher in den Voraufgaben).

⁴⁷ Schmoeckel (Fn. 11), S. 474-475.

schaftsentwicklung⁴⁸ werden zwar gelegentlich eingeflochten, aber nicht mit der Entwicklung des Rechts oder seiner Wissenschaft korreliert.⁴⁹

Am häufigsten finden sich geschichtliche (i. W. wissenschaftsgeschichtliche) Rückblicke auf die Entstehung und Entwicklung des ‚Wirtschaftsrechts‘, die nur grobe Bezüge zum Realitätsausschnitt ‚Wirtschaft‘ herstellen, dessen Entstehung als eigenständiges Phänomen mit dem Merkantilismus verbunden wird.⁵⁰

Es gibt allerdings auch vereinzelte Arbeiten, die versuchen, die Rechtsgeschichte speziell unter dem Blickwinkel der beschriebenen Interdependenzen darzustellen.⁵¹ Dabei spielen insbesondere die Fragen, ab wann von ‚Wirtschaft‘ und ‚wirtschaftsrelevantem Recht‘ überhaupt sinnvoll gesprochen werden kann, welche Rolle die Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht spielen kann und soll, und wie folglich das ‚Recht der Wirtschaft‘ überhaupt abgegrenzt werden kann, eine wichtige Rolle.⁵² Auch hier erfolgt eine Beschränkung auf die Zeit ab ca. 1800, auch wenn anerkannt wird, dass für das Verständnis der Interdependenzen eine Berücksichtigung der älteren Zeit hilfreich wäre, in denen disziplinäre Eigenheiten und die Suche nach begrifflichen und systematischen Klärungen aus einer komplexen Gemengelage sich überhaupt erst entwickelt haben.⁵³

V. Rechtssoziologie⁵⁴

Rechtssoziologie als die „Wirklichkeitswissenschaft vom Recht“⁵⁵ untersucht die wechselseitige Abhängigkeit (Interdependenz) von Recht und Sozialleben.⁵⁶ Zu letzterem zählt zwar auch die ‚Wirtschaft‘, aber die Rechtssoziologie beschränkt sich üblicherweise auf Analysen des ‚Rechtslebens‘ und des klassischen ‚Rechtsstabs‘ und überlässt Wirtschaft und Wirtschaftende der Wirtschaftssoziologie oder gleich ganz der Wirtschaftswissenschaft.⁵⁷

Zwar ist die Soziologie als Wissenschaft zu Beginn des 20. Jahrhunderts u. a. aus der Staatswissenschaft bzw. Nationalökonomie entstanden, und auch ihre ‚Urväter‘ (insbe-

⁴⁸ Z. B. U. Wesel, *Geschichte des Rechts in Europa*, München 2000, der fast jedes Kapitel mit dem Abschnitt ‚Geschichte und Wirtschaft‘ beginnt.

⁴⁹ Ähnlich verhält es sich im Übrigen lt. Schmoeckel (Fn. 11), S. V mit wirtschaftshistorischen Werken, die meist ohne Berücksichtigung der normativen und kaum einer durchgehenden Betrachtung der institutionellen Entwicklung verfasst sind.

⁵⁰ S. Schmoeckel (Fn. 11), Fn 8 S. 3; Röhl (Fn. 4), § 50a, S. 18. So die übliche Darstellung in den Lehrbüchern zum Wirtschaftsrecht (s. Fn. 25 ff). Auch H. Hattenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte*, 4. Aufl., Heidelberg 2004, berücksichtigt zwar die ökonomische Dimension (z. B. S. 730 ff., 751 ff, 807 ff), aber erst ab dem 19 Jhdt.

⁵¹ S. insbesondere Schmoeckel (Fn. 11), sowie die in seiner Fn. 42 S. 15 aufgeführte Literatur.

⁵² S. z. B. Schmoeckel (Fn. 11), S. 4-14.

⁵³ Zur Komplexität einer solchen Aufgabe s. z. B. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Erster Band: Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600-1800, 2. Aufl., München 2012, S. 394-395.

⁵⁴ Die Frage, ob die Rechtssoziologie überhaupt Teil der Rechtswissenschaft ist oder ‚nur‘ eine Hilfswissenschaft (Rehbinder (Fn. 3), S. 7 ff) soll hier außer Betracht bleiben. Entscheidend für den Einbezug ist, dass sie in ihrer empirischen Ausprägung wichtige Informationen zum faktischen Zusammenspiel von Recht und Wirtschaft liefern könnte.

⁵⁵ Rehbinder (Fn. 3), S. 1.

⁵⁶ Rehbinder (Fn. 3), S. 1-2. Breiteres Konzept im Sinne einer kritischen Regulierungswissenschaft bei Baer (Fn. 38), insbes. S. 34 ff.

⁵⁷ Zum Verhältnis von Soziologie und Wirtschaftswissenschaft s. auch Abschnitt D. I. 3.

sondere M. Weber⁵⁸) waren oft juristisch qualifiziert. Aber die seinerzeitigen Ansätze zur Analyse der Wechselwirkungen von Wirtschaft, Staat und Recht wurden weitgehend von der Wirtschaftswissenschaft (inkl. Wirtschaftssoziologie) absorbiert (s. Kapitel D).

Vor allem in der empirischen Rechtstatsachen- bzw. Rechtswirkungsforschung finden sich Beispiele mit Wirtschaftsbezug, z. B. zur juristischen Berufspraxis⁵⁹. Die theoretisch orientierte Rechtssoziologie (soweit sie sich mit dem Thema auseinandersetzt⁶⁰) beschäftigt sich mit den Wechselwirkungen von Recht und Wirtschaft zum einen deskriptiv (insbesondere unter Berücksichtigung der empirischen Erkenntnisse), daneben z. T. auch stark politisch - ideologisch gefärbt. Schwerpunktmäßig thematisiert wird aus dieser Perspektive Recht als Mittel zur politischen Einflussnahme (inkl. der Umsetzungsebene) auf die Wirtschaft, wobei die Vorstellungen, die hier zum Tragen kommen, sozial-, wohlfahrts- und schutzpolitischer (inkl. ökologischer) Programmatik entstammen und nicht zuletzt fiskalischen Interessen bzw. Zwängen folgen. Zwar gibt es auch eine Prägung des Rechts durch die Wirtschaft, aber angesichts unterschiedlicher Interessen und Auffassungen von ‚Gerechtigkeit‘ und ‚Richtigkeit‘ wird das Recht aus dieser Perspektive zu einem (intern z. T. widersprüchlichen) Instrument der Kompromissgestaltung und Verrechtlichung, und das nicht nur in der Gesetzgebung, sondern auch in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft.

VI. Faktische Beeinflussung

Neben der ‚intellektuellen Interdependenz‘ von Rechtswissenschaft und Wirtschaft gibt es in gewissem Umfang auch eine gegenseitige faktische Einflussnahme:

1. Einfluss der Rechtswissenschaft auf die Wirtschaft

Eine faktische Einwirkung der Rechtswissenschaft auf die Wirtschaft bzw. Wirtschaftspraxis wird zunächst nur dann anzunehmen sein, wenn rechtswissenschaftliche Ideen sich auf dem Umweg über Gesetzgebung oder Rechtsprechung in der Wirtschaftspraxis niederschlagen. Allerdings erfolgt die rechtswissenschaftliche Arbeit i. W. ex post. Zwar werden (zumindest in neuerer Zeit) immer wieder rechtswissenschaftliche Gutachten in das Gesetzgebungsverfahren ‚eingebracht‘, einen nennenswerten Einfluss auf das Endresultat hat dies jedoch üblicherweise nicht. Am ehesten übt die Wissenschaft ihren Einfluss über die Rechtsprechung aus.

Daneben kommt es zu einem indirekten Einfluss, indem rechtswissenschaftlich ausgebildete Juristen in der Wirtschaft tätig sind. Z. T. sind diese Praktiker auch rechtswissenschaftlich tätig und tragen dadurch dazu bei, wissenschaftliche Ideen in der Wirtschaftspraxis umzusetzen.

⁵⁸ S. z. B. Röhl (Fn. 4), Kap. 6 und 10a (neu), S. 1 ff.

⁵⁹ S. z. B. O. Hartweg, Rechtstatsachenforschung im Übergang, Göttingen 1975, S. 43 ff; H. G. Burgbacher u.a., Juristische Berufspraxis, Kronberg 1976; M. Hartmann, Juristen in der Wirtschaft. Eine Elite im Wandel, München 1992; S. Lullies, J. Schüller, G. Zigiadis, Zum Bedarf der Wirtschaft an Absolventen eines Diplomstudiengangs Rechtswissenschaft mit wirtschaftswissenschaftlicher Ausrichtung, München 1995; P. Hommelhoff (Hrsg.), Die Praxis der rechtsberatenden Berufe, München 1999. Einzelanalysen zum Bereich des wirtschaftsrelevanten Rechtslebens finden sich auch in der Zeitschrift für Rechtssoziologie.

⁶⁰ S. insbesondere H. A. Hesse, Einführung in die Rechtssoziologie, Wiesbaden 2004, S. 32, 165-190; Röhl (Fn. 4), Kap. 10a.

2. Einfluss der Wirtschaft auf die Rechtswissenschaft

Die Wirtschaft liefert zunächst der Rechtswissenschaft auf dem Umweg über das Recht bzw. die Gerichte das Ausgangsmaterial für ihre Überlegungen und prägt damit auch die Auswahl der zu bearbeitenden Themen.

In manchen Rechtsbereichen (z. B. Rechnungslegung, Steuern, gewerbliche Schutzrechte, Banken, Versicherungen) werden gelegentlich auch wissenschaftliche Aufsätze verfasst, deren Inhalt den Autoren durch aktuelle ökonomische Interessen in die Feder gelegt wird. Auch in anderen Bereichen, in denen die wissenschaftliche Arbeit von betroffenen Praktikern bewältigt wird, entsteht eine ‚ungute‘ Gemengelage, bei der die gebotene Objektivität und Unabhängigkeit Gefahr läuft, in ein schlechtes Licht gerückt zu werden. Desungeachtet ist der Austausch zwischen Wissenschaft bzw. Theorie und Praxis unerlässlich, zumal Berufswissenschaftler i. d. R. nicht über Praxiserfahrung außerhalb der Hochschule verfügen.⁶¹

Daneben übt die Wirtschaft einen indirekt Einfluss in Form von Drittmittelforschung, Auftragsgutachten, gesponsorte Fachzeitschriften oder Fachkongresse aus. Wie stark dieser ist, ist schwer zu beurteilen und variiert vermutlich je nach Rechtsbereich. Da gerade in der Wirtschaft potente Partner bzw. Auftraggeber zu finden sind, können die Verlockungen hier sehr real sein.

Während die Wirtschaftswissenschaft sich im ‚Verein für Socialpolitik‘ einen klaren Ethikkodex gegeben hat, der insbesondere auf eine Offenlegung der wirtschaftlichen Abhängigkeiten setzt,⁶² fehlt Vergleichbares bislang für die Rechtswissenschaft.⁶³

D. Recht und Wirtschaftswissenschaft

I. Einleitung

Das Begriffspaar Recht und Wirtschaftswissenschaft wird in erster Linie mit der klassischen „Ökonomischen Analyse des Rechts“ der Chicago School assoziiert. Obschon diese einen wichtigen Aspekt darstellt, ist das Verhältnis zwischen beiden wesentlich reichhaltiger, wie die nachfolgende Darstellung zeigen wird.

Eine besondere Herausforderung hierbei stellt die Tatsache dar, dass es „die“ Wirtschaftswissenschaft eigentlich nicht gibt. Vielmehr handelt es sich um einen Sammelbegriff für verschiedene wissenschaftliche Teilbereiche bzw. Ansätze, für die es keine allgemein akzeptierten Definitionen oder standardisierte Ordnung gibt. Da für eine korrekte Erfassung des Zusammenspiels von Recht und Wirtschaftswissenschaft aber ein Mindestverständnis des komplexen Realitätsteilbereichs ‚Wirtschaftswissenschaft‘ erforderlich ist, soll zunächst ein kurzer Überblick über diese gegeben werden, ehe nach einer Skizzierung des Interdependenzmodells (s. II) die Wechselwirkungen näher untersucht (s. III-VI) werden.

⁶¹ Eine Ausnahme stellen die Fachhochschulen dar, in denen eine mehrjährige Berufspraxis außerhalb der Hochschule eine Berufungsvoraussetzung darstellt. In der wissenschaftlichen Forschung stellen die dort in den Studiengängen Wirtschaftsrecht und Wirtschaft Lehrenden allerdings nur einen geringen Anteil.

⁶² www.socialpolitik.de/De/ethikkodex.

⁶³ Vgl. C. Wolf, Perspektiven der Rechtswissenschaft und der Juristenausbildung, ZRP 2013, S. 20 ff (22), der für einen solchen Kodex plädiert.

1. Wirtschaftswissenschaft

a) Wesensmerkmale und Unterteilungen

Die Wirtschaftswissenschaft ist eine relativ junge Wissenschaft, die sich erst im Laufe des 19. Jhdts in der Ausprägung ‚Nationalökonomie‘ als selbständige Wissenschaft herausgebildet und vor allem im 20. Jahrhundert stark weiterentwickelt und ausdifferenziert hat.

Eine allgemein akzeptierte Definition gibt es nicht, nicht einmal ein gemeinsames Verständnis, ob dieser Begriff überhaupt (noch) zutreffend ist. Dieses definitorische Problem korreliert mit dem der internen Unterteilung der Wirtschaftswissenschaft, für die es i. W. drei Kriterien gibt:

- Nach ihrem Gegenstand wird die Wirtschaftswissenschaft in Volkswirtschafts- und Betriebswirtschaftslehre unterteilt, die ihrerseits jeweils wieder in zwei Teilbereiche untergliedert sind (zumindest nach in Deutschland weit verbreitetem Verständnis) (s. Abschnitte b-c).
- Auf Basis der verwendeten Methode(n) ergibt sich eine andere Methodik, die sich mit der vorigen nur z. T. deckt (s. Abschnitt d).
- Eine Orientierung an Theorien bzw. Theorieschulen führt trotz Überschneidungen mit den beiden vorgenannten Gruppierungen zu wiederum anderen Einteilungen (s. Abschnitt e).

In der Tendenz entspricht die vorstehende Reihenfolge auch der historischen Entwicklung, allerdings existieren alle drei Systematisierungen heute parallel, werden aber je nach persönlicher Positionierung des Wissenschaftlers unterschiedlich und uneinheitlich verwendet.

b) Volkswirtschaftslehre⁶⁴

Die als ‚Nationalökonomie‘ entstandene Teilwissenschaft – die von ihren Vertretern oft auch nur als ‚Ökonomie‘ bezeichnet wird – gliedert sich in zwei Bereiche (die allerdings nicht in jeder Hinsicht sauber getrennt werden können):

- (1) Die Makroökonomie beschäftigt sich mit der Wirtschaft auf einer aggregierten Ebene mit Bezug zu einem bestimmten (räumlichen, sektoralen u. ä.) Wirtschaftsraum (klassischerweise auf staatlicher Ebene) und den Themen Geld/Währung, Preise, Beschäftigung, Wachstum, Wohlstand, Im-/Export, Staatsfinanzen und Wirtschaftspolitik usw.
- (2) Die Mikroökonomie analysiert das wirtschaftliche Geschehen in den Haushalten und Unternehmen sowie in begrenzten Märkten (Angebot und Nachfrage, Preisbildung und Güterverteilung (Haushalts- und Unternehmenstheorie, Preis- und Verteilungstheorie)).⁶⁵

Die Unterteilung ist aber insofern problematisch, als sich auch die Mikroökonomie z. T. mit der Gesamtwirtschaft beschäftigt, allerdings mit anderen theoretischen Ansätzen.

⁶⁴ S. z. B. A. Woll, *Volkswirtschaftslehre*, 15. Aufl., München 2007; *Vahlens Kompendium der Wirtschaftslehre und Wirtschaftspolitik* Band 1+2, 9. Aufl., München 2005; G. Schmölders, *Wirtschaftswissenschaft II: Theoriebildung in der Volkswirtschaftslehre*, in: *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaften*, Bd. 9, Sp. 425 ff; G. Kolb, *Geschichte der Volkswirtschaftslehre*, München 1997; O. Issing (Hrsg.), *Geschichte der Nationalökonomie*, 4. Aufl., München 2002; J. O. Hesse, *Wirtschaft als Wissenschaft. Die Volkswirtschaftslehre in der frühen Bundesrepublik*, Frankfurt/Main 2010.

⁶⁵ H. Jung, *Allgemeine Betriebswirtschaftslehre*, 11. Aufl., München 2009, S. 28.

c) Betriebswirtschaftslehre⁶⁶

Die Betriebswirtschaftslehre ist die Lehre von den wirtschaftlichen, organisatorischen, technischen sowie finanziellen Abläufen in Unternehmen und den unterschiedlichen wirtschaftlichen Institutionen. Sie gliedert sich in zwei Teilbereiche:⁶⁷

- (1) Die Managementlehre (auch angewandte Betriebswirtschaftslehre, Wissenschaft der Unternehmensführung) entwickelt konkrete Handlungsanweisungen für Wirtschaftsakteure in den Funktionsbereichen Organisation, Personal, Beschaffung, Leistungserstellung, Absatz (Marketing), Unternehmensführung, Controlling und strategisches Management. Dabei arbeitet sie integrativ mit verhaltens- und sozialwissenschaftlichen Ansätzen.
- (2) Gegenstand der theoretischen Betriebswirtschaftslehre (z. T. auch als ‚allgemeine‘ Betriebswirtschaftslehre bezeichnet) ist die Beschreibung und Erklärung von Betrieben sowie die Analyse von Entscheidungsprozessen unter Berücksichtigung des betrieblichen Umfelds. Sie überschneidet sich in weiten Teilen mit Teilen der Mikroökonomie bzw. deren Methodik.⁶⁸ Funktional werden hier Investitions- und Finanzierungstheorie sowie Rechnungslegung eingeordnet, aber je nach theoretischem Ansatz können auch die der Managementlehre zugeordneten Funktionsbereiche theoretisch analysiert und erklärt werden.

d) Methoden

Die Wirtschaftswissenschaft ist durch Methodenpluralismus gekennzeichnet. In allen Teilbereichen kann sie rein gedanklich-spekulativ operieren oder auf Basis empirischer Untersuchungen, sie kann qualitativ oder quantitativ argumentieren und die Ideen und Erkenntnisse allgemeinsprachlich oder stark mathematisiert darstellen. Selbst in den einzelnen Theorien (s. hiernach) kommen je nach Erkenntnisziel unterschiedliche Methoden zum Einsatz.

Von grundlegender Bedeutung ist dabei die Unterscheidung zwischen Individualismus und Holismus als methodischen Ansätzen zur Erklärung gesellschaftlicher Institutionen, die auch in der Wirtschaftswissenschaft relevant ist:⁶⁹

- Der methodologische Individualismus will Handlungsfolgen in Gesellschaften und sie lenkende Normen aus Regeln erklären, die das Verhalten der einzelnen teilnehmenden Personen prägen inkl. der Beschreibungen ihrer Situation, des Handlungsumfeldes. Dabei geht es nicht darum, wie Personen konkret handeln, sondern es wird ein Typus definiert (in der Wirtschaftswissenschaft auch als *homo oeconomicus* bezeichnet), dessen Verhalten, Entscheidungen usw. dann auch für Erklärungen größerer Ein- bzw. Gesamtheiten herangezogen werden

⁶⁶ S. z. B. K. *Chmielewicz*, Wirtschaftswissenschaft II: Theoriebildung in der Betriebswirtschaftslehre, in: Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaften, Bd. 9, Sp. 446 ff.; B. *Schauenberg*, Gegenstand und Methoden der Betriebswirtschaftslehre, in: *Vahlens Kompendium der Betriebswirtschaftslehre* Bd. 1, 5. Aufl., München 2005, S. 1 ff.; M. *Schweitzer*, A. *Baumeister* (Hrsg.), Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 11. Aufl., Berlin 2015; W. *Kirsch*, D. *Seidl*, D. *van Aaken*, Betriebswirtschaftliche Forschung, Stuttgart 2007, S. 147 ff, 233 ff; J.-P. *Thommen*, Stichwort ‚Betriebswirtschaftslehre‘, in: Gablers Wirtschaftslexikon, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/betriebswirtschaftslehre-bwl.html>.

⁶⁷ D. *Schneider*, Betriebswirtschaftslehre, Band 4: Geschichte und Methoden der Wirtschaftswissenschaft, München 2001, S. 270-271; Brockhoff (Fn. 8), S. 202-203.

⁶⁸ Deshalb wird dieser Bereich in der angelsächsisch geprägten Wirtschaftswissenschaft auch nicht als eigener Teilbereich anerkannt. Zu einer mikroökonomischen Sichtweise auf die Betriebswirtschaftslehre s. z. B. E. *Göbel*, Neue Institutionenökonomik. Konzepte und betriebswirtschaftliche Anwendungen, Stuttgart 2002, S. 157 ff.

⁶⁹ *Schneider* (Fn. 67), S. 31-32, ausführlich S. 447 ff.

kann. Die Mikroökonomie sowie die mikroökonomisch fundierte Makroökonomie sowie die theoretische Betriebswirtschaftslehre beruhen auf diesem Ansatz.

- Der methodologische Holismus will demgegenüber das Verhalten der Gesellschaft und der Einzelnen in einer Gesellschaft aus Gesetzen erklären, die das soziale System als Ganzes betrachten, und aus Beschreibungen der Stellung und Funktionen der Einzelnen innerhalb des Ganzen. Auf Holismus bauen ein Teil der Makroökonomie sowie die Managementlehre auf.

e) Theorien und Theorieschulen

Theorien als gedankliche Konstrukte zur Erklärung wirtschaftlicher (oder gesellschaftlicher) Phänomene resultieren aus einer Kombination von Untersuchungsgegenstand, Erkenntnisinteresse und Methode, wobei mehr oder weniger umfangreiche vereinfachende Annahmen getroffen werden (müssen), um zu eindeutigen Aussagen zu gelangen.

Ihr Ziel kann dabei zweifach sein:

- Positive Theorien zielen alleine auf die Erklärung und Modellierung der Realität ab.
- Normative Theorien leiten darüber hinaus aus den Erkenntnissen unter Anwendung bestimmter Bewertungskriterien Handlungsempfehlungen ab.⁷⁰

Da Theorien sich nicht an das oben erwähnte wirtschaftswissenschaftliche Ordnungssystem halten, finden sich z. T. vergleichbare theoretische Ansätze in den verschiedenen Teilbereichen. Zwecks Systematisierung werden die Theorien zu Strömungen oder Schulen zusammengefasst, wobei angesichts der vielschichtigen möglichen Ordnungskriterien die so entstehenden ‚Ökonomien‘ oder Lehren keineswegs einheitlich definiert oder abgegrenzt werden. Die hieraus resultierende Vielfalt wird z. T. noch dadurch gesteigert, dass die Wissenschaftler ihre Theorien oft weiterentwickeln und eher als Gedankenexperiment oder ‚work in progress‘ verstehen denn als gesicherte ‚wissenschaftliche Erkenntnis‘.⁷¹

Hinzu kommt, dass die Wirtschaftswissenschaft eine offene Wissenschaft ist, die auch Erkenntnisse anderer Wissenschaften integriert, sofern dies ins Konzept passt. Entsprechend werden je nach Konstellation Erkenntnisse aus Politik-, Sozial-, Verwaltungs- und Verhaltenswissenschaften oder aus Mathematik, Informatik, Entscheidungs- und Spieltheorie usw. verwendet.

Letzteres verbunden mit der Tendenz, die Wirtschaftswissenschaft nicht mehr über ihren Gegenstand zu definieren, sondern als eine Analysemethode, die weit über den engeren Bereich der Wirtschaft hinaus angewendet werden kann, führt dazu, dass sie sich zunehmend zu einer allgemeinen Sozialwissenschaft bzw. Wissenschaft vom Management gesellschaftlicher Institutionen entwickelt.

So betrachtet die moderne Ökonomie sich z. T. allgemein als die Wissenschaft von den Wahlentscheidungen rational handelnder Menschen in allen möglichen gesellschaftlichen Konstellationen, meist unter der Annahme knapper Ressourcen. Der Forschungszweig, der ausschließlich den Markt untersucht, wird dann überwiegend

⁷⁰ Schneider (Fn. 67), S. 273.

⁷¹ Zur permanenten disziplinären Evolution s. z. B. Hesse (Fn. 64), S. 391 ff; R. Richter, E. Furubotn, Neue Institutionenökonomik, 4. Aufl., Tübingen 2010, S. 7, 551 ff.

‚Ökonomie‘ genannt, derjenige, der alle Handlungs- und Lebensbereiche behandelt ‚Ökonomik‘.⁷²

2. Interdependenzmodell

Modellhaft betrachtet kann Recht mit Wirtschaftswissenschaft grundsätzlich in mehrfacher Beziehung stehen:

- (1) Das Recht legt die Rahmenbedingungen fest, unter denen Wirtschaft agiert. Entsprechend stellt es auch für die Wirtschaftswissenschaft ein *Datum* dar, das als handlungsermöglichender oder -verhindernder Faktor in ihren Theorien oder Lehren zu berücksichtigen ist. Das Recht wird dabei als gegebener, unabänderlicher Faktor betrachtet, der ggf. als Restriktion in den Erklärungs- oder Handlungsmodellen zu berücksichtigen ist, liegt aber ansonsten nicht im Interessensbereich der Wirtschaftswissenschaft.
- (2) Das Recht kann als Variable betrachtet werden, deren Analyse es erlaubt, den Einfluss des Rechts auf die Wirtschaft zu ermitteln (Recht als *explanans*). Typische Fragestellungen aus dieser Perspektive sind z. B.: Wie verhalten sich Menschen in einem bestimmten rechtlichen Rahmen bzw. unter ihrem Einfluss? Wie reagieren sie auf veränderte rechtliche Vorgaben (Anreize)? Wie verhalten sie sich gegenüber bestimmten rechtlichen Institutionen? Wirken sich bestimmte Normierungsarten günstiger auf die Wirtschaftsentwicklung aus? Welche Art Rechtsordnung fördert am ehesten Investitionen, stützt am ehesten den wirtschaftlichen Wohlstand, usw.?
- (3) Das Recht als Normgefüge, aber auch als ‚law in action‘ in den unterschiedlichsten Konstellationen, ist Teil der gesellschaftlichen Realität. Insofern stellt Recht einen potenziellen Gegenstand positiv-wirtschaftswissenschaftlicher Analyse und Erklärung dar (Recht als *explanandum*). Typische Fragestellungen wären z. B.: Wie entsteht Recht aus den ökonomischen Rahmenbedingungen? Warum ist Recht wie es ist? Inwiefern ist Recht Ausdruck ökonomischer Rationalität? Welche Auswirkungen haben ökonomische Bedingungen auf konkrete Ausprägungen des geltenden Rechts? Warum haben wir die Gesetze, die wir haben?
- (4) Das Recht kann darüber hinaus Gegenstand der normativen Wirtschaftswissenschaft sein, wenn diese unter Anwendung bestimmter ‚ökonomischer‘ Kriterien Bewertungen dahingehend abgibt, warum Recht suboptimal ist und in welcher Form es verbessert werden sollte. In dieser Ausprägung wird Recht zum Gestaltungsobjekt (Recht als *configurandum*). Typische Fragestellungen sind: Wie muss Recht gestaltet sein, um ökonomisch betrachtet optimal zu wirken, um bestimmte Ziele zu erreichen, um befolgt zu werden? Welche von mehreren möglichen rechtlichen Gestaltungsvarianten ist den anderen ‚überlegen‘ und sollte daher umgesetzt werden? Welche Ziele sollten in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung verfolgt werden? Welche Regulierung sollte abgeschafft werden, weil sie ihr Ziel verfehlt oder negative Auswirkungen hat?
- (5) Soweit nicht das freie Wirken der Privatautonomie und der Marktkräfte als optimal betrachtet wird, sondern regulierende Eingriffe als erforderlich erachtet

⁷² S. z. B. S. Tontrup, Ökonomik in der dogmatischen Jurisprudenz, in: C. Engel (Hrsg.), Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter, Baden-Baden 1998, S. 41 ff (58).

werden, wird Recht als Gestaltungsinstrument benötigt (Recht als *instrumentum*). Das gilt analog für die Organisation des Gemeinwesens bzw. der Wirtschaftsordnung, für wirtschaftspolitische Maßnahmen und bei der Verwendung von Rechtsinstituten im privatwirtschaftlichen Kontext. Obschon es sich hierbei in erster Linie um ‚juristisches Terrain‘ handelt, kann die Wirtschaftswissenschaft auch hier Ordnungs-, Wirkungsmodelle, Regulierungstechniken, Rechtnutzungsstrategien usw. entwickeln.

Typische Fragestellungen wären: Welche Ordnungsprinzipien sind am geeigneten, um angesichts ökonomischer Gegebenheiten bestimmte Ziele zu erreichen? Welche Sanktionen bzw. Anreize sind am ehesten geeignet? Auf welcher Ebene bzw. bei welchen Akteuren sollte eine Normierung ansetzen? Wie sollten Kompetenzen und Verantwortlichkeiten verteilt sein?

- (6) Schließlich kann es eine Wechselwirkung zwischen Recht und Wirtschaftswissenschaft auf faktischer Ebene geben.

Die Unterscheidung der verschiedenen Interdependenzen ist natürlich idealtypisch und dient in erster Linie dem Verständnis. Obschon sich in den Fragestellungen z. T. die typischen Ansätze der wissenschaftlichen Theorien wiederfinden und gruppieren, ist eine eindeutige Korrelation nicht möglich (s. hiernach).

3. Recht als Gegenstand der Wirtschaftswissenschaft

Die Wirtschaftswissenschaft beschäftigt sich mit Recht in all seinen konkreten Ausprägungen, d. h. primär mit dem Rechtssystem, den Rechtsinstituten und -normen, aber auch mit dem Staat, den Staatsgewalten und deren Aktivitäten, den juristischen Berufen und Tätigkeiten, letztlich mit allem, was mit Recht zu tun hat.

Während ursprünglich vor allem das Privatrecht (insbesondere das Zivilrecht) im Mittelpunkt des Interesses stand, sind inzwischen auch das öffentliche Recht und das Strafrecht, ebenso Europäisches und Internationales Recht Gegenstand solcher Untersuchungen. Dabei stehen nicht nur materiellrechtliche Normen im Fokus, sondern auch Verfahrensregeln (Gerichts-, Verwaltungs-, Gesetzgebungsverfahren) und Organisationsformen (sowohl privat- als auch öffentlichrechtlicher Natur).

Dabei verwendet die Wirtschaftswissenschaft *„eine beachtliche Breite an wirtschaftstheoretischen Ansätzen, insbesondere die Allgemeinen Gleichgewichtstheorie des Marktes, der Wohlfahrtsökonomik, der ökonomischen Theorie der Regulierung, der Neuen Institutionenökonomik, der ökonomischen Theorie der Verfügungsrechte, der Neuen Politischen Ökonomie, der Konstitutionenökonomik, der Spieltheorie, der Informationsökonomik und der Verhaltensökonomik, und ist grundsätzlich allen wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen empirischen Methoden zugänglich.“*⁷³

Weder begrifflich noch inhaltlich erfolgt diese Beschäftigung mit Recht jedoch in systematischer Weise. Keine dieser Theorien ist speziell auf das Recht zugeschnitten bzw. hierfür entwickelt worden. Sie werden aber unter dem Label ‚Law and Economics‘ für eine wirtschaftswissenschaftliche Sicht auf das Recht nutzbar gemacht, wobei die meisten Wissenschaftler einem ‚pragmatisch-eklektischen Approach‘ folgen, so dass letztlich dieser Themenbereich ein sehr disparates Gesamtbild abgibt.⁷⁴

⁷³ E. Schöbel, Stichwort ‚Rechtsökonomik‘, Gablers Wirtschaftslexikon (<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/rechtsoekonomik.html>).

⁷⁴ H. Kerkmeester, Methodology: General, in: B. Bouckaert, G. De Geest (eds.), Encyclopedia of Law and Economics, Vol. I. The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham 2000, 383 ff (383-384) 82 (Online-Ausgabe: <http://encyclo.findlaw.com>). Die Autoren geben auch nicht immer zu

Die in Deutschland meist gebrauchte Bezeichnung ‚Ökonomische Analyse des Rechts‘ stammt genau genommen aus den ersten (amerikanischen) Ansätzen der 60er und 70er Jahre, die zwar durch die Dominanz der Chicago-School eine einigermaßen einheitliche Methodik aufweisen, aber wissenschaftliche Vorläufer ignorieren und die spätere massiven Erweiterungen der wirtschaftswissenschaftlichen Beschäftigung mit Recht nicht widerspiegeln. Entsprechend wird heute z. T. auch breiter von ‚Ökonomischer Theorie des Rechts‘ oder von ‚Rechtsökonomik‘ gesprochen.

Dominant in diesen Theorien ist der Ansatz von Recht als explanans oder als explanandum. Soweit es sich um empirische bzw. angewandte Theorien handelt, firmieren die Aktivitäten auch unter den Begriffen Rechtswirkungsforschung und/oder Gesetzesfolgenanalyse, deren theoretische Basis jeweils unterschiedlich (und häufig auch stärker interdisziplinär ausgerichtet) ist.

Gemeinsam ist diesen Ansätzen, dass sie alle der Volkswirtschaftslehre (Ökonomie) zuzuordnen sind. Eine ‚Law and Management‘-Bewegung gibt es trotz eigentlich vorhandener Ansatzpunkte bislang nur in sehr begrenztem Maße (s. V).

Entsprechend schwierig ist es, einen einigermaßen systematischen Überblick über diesen Bereich zu geben. Die folgende Darstellung orientiert sich zu diesem Zweck an der klassischen gegenstandsbezogenen Unterteilung. Dabei ist zu beachten, dass mikroökonomische Methoden inzwischen auch auf klassische makroökonomische und betriebswirtschaftliche Fragestellungen angewendet werden.

Trotz der vorerwähnten Entwicklung und eines in vielen Bereichen identischen Untersuchungsgegenstands grenzt vor allem die Ökonomie sich konsequent von der Soziologie ab, die mit anderen (holistischen) Erklärungsmodellen operiert. Z. T. berufen sich beide auf dieselben Theorien, ordnen sie aber ihrer jeweiligen Wissenschaft zu.⁷⁵ Die Soziologie hat sich entsprechend auch lange kaum mit der Wirtschaft beschäftigt. In neuerer Zeit tritt sie wieder selbstbewusster auf.⁷⁶ Da sie aber kein klares Konzept hat, wie sie mit dem Realitätsausschnitt Recht umgehen soll, das über die aus der Wirtschaftswissenschaft bekannten hinausgeht, wird sie nicht separat berücksichtigt.⁷⁷

II. Makroökonomie

1. Überblick

Recht als Rahmenbedingung wirtschaftlichen Handelns auch auf einer Makroebene (z. B. Wirtschaftsverfassungsrecht, Exportrecht, Steuerrecht, Kartellrecht, Marktregulierungsrecht usw.) spielt zwar faktisch eine wichtige Rolle, wird aber in der Makroökonomie weitestgehend ignoriert. Der rechtliche Ordnungsrahmen wird üblicherweise weder

erkennen, wo/wie sie sich einordnen, oder sie treffen komplexe Annahmen, die systematisch schwer greifbar sind.

⁷⁵ Röhl (Fn. 4), Kap. 10a.

⁷⁶ R. Hedtke, *Wirtschaftssoziologie*, Konstanz 2014, S. 11, 28: Die Wirtschaftssoziologie liefert eigenständige und bessere Beschreibungen und Erklärungen der Wirtschaft.

⁷⁷ S. R. Swedberg, *Grundlagen der Wirtschaftssoziologie*, Wiesbaden 2009, insbes. S. 211-213, 232-236; Hedtke (Fn. 76). Die Tatsache, dass ‚Law&Economics‘ sich inzwischen auch mit sozialen Normen beschäftigt (Überblick in N. Mercurio, S. G. Medema, *Economics and the law. From Posner to Post-modernism and beyond*, 2nd ed., Princeton 2006, Chap. 7), könnte zu einer Annäherung führen.

erläutert noch analysiert, sondern als konstante externe Variable betrachtet, die keine Auswirkung auf die ökonomischen Modelle hat.⁷⁸

Diese Verbannung des Rechts in den nicht interessierenden ‚Datenkranz‘ gilt zumindest für die dominierenden neoklassischen Theorien, in denen Institutionen bzw. Recht keine Rolle spielen. Hiergegen richten sich verschiedene (miteinander verwobene) ‚Denkschulen‘, die schon sehr früh und z. T. bis heute die Bedeutung von Institutionen und Recht herausgestellt und diese in ihren Erklärungsmodellen genutzt haben. Außerdem gibt es Teilbereiche der Makroökonomie, die per Definition die Existenz eines Staates bzw. einer Rechtsordnung voraussetzen.

2. Ordnungsökonomik⁷⁹

Die Grundfrage der Ordnungsökonomik, zu der z. B. auch die Freiburger Schule und die Konstitutionenökonomik (constitutional economics) gezählt werden können, lautet, wie die Regeln beschaffen sein müssen, welche die Herausbildung und Aufrechterhaltung einer wohlfahrtssteigernden wirtschaftlichen Ordnung ermöglichen.

Für Ordnungsökonomien ist Wirtschaft kein zu organisierendes Ganzes, mit einer durch optimale Allokation zu maximierenden Zielgröße. Stattdessen steht die Frage im Vordergrund, wie eine Vielzahl von Individuen mit einer Vielzahl von Zielen ihr Handeln so koordinieren können, dass Ordnung zum Wohl aller Betroffenen resultiert. Diese Koordination individueller Handlungen wird hier über Regeln herbeigeführt. Ordnungsökonomien interessieren sich dabei nicht primär für Handlungen, die innerhalb gegebener Regeln stattfinden, sondern dafür, wie diese Regeln selbst gewählt werden (‚choice of rules, not within rules‘). Da hier nur Regeln von Interesse sind, die für eine Vielzahl von Individuen für eine Vielzahl von Interaktionssituationen Gültigkeit haben, kann die Wahl dieser Regeln kaum als individuelle Wahlhandlung modelliert werden, sondern muss als kollektive Wahlhandlung analysiert werden. Sie ist den individuellen Wahlhandlungen auf der Marktebene vorgelagert.

Diese Fragen haben die Wirtschaftswissenschaft seit ihren Anfängen beschäftigt, aber je nach Grundüberzeugung mit unterschiedlichen Antworten versehen: Von A. Smiths Liberalismus über den Marxismus⁸⁰ und Ordoliberalismus der Freiburger Schule⁸¹ bis hin zu modernen Ansätzen der Konstitutionenökonomik⁸² oder Wettbewerbsökono-

⁷⁸ Der einzige Übersichtsartikel, *R. L. Gordon*, Law and macroeconomics, in Bouckaert, De Geest (Fn. 74), S. 77 ff, erwähnt trotz des Titels Recht gar nicht.

⁷⁹ *D. Sauerland*, Stichwort ‚Ordnungsökonomik‘, in: Gablers Wirtschaftslexikon (<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/ordnungsoekonomik.html>); *A. Heinemann*, Die Freiburger Schule und ihre geistigen Wurzeln, München 1989; *Tontrup* (Fn. 72), S. 80 ff; *H. H. Nau*, Recht – Ökonomie – Politik: Max Weber und die ökonomische Theorie der Verfügungsrechte, in: *J. F. Kervégan, H. Mohnhaupt*, Wirtschaft und Wirtschaftstheorien in Rechtsgeschichte und Philosophie, Frankfurt/Main 2004, S. 243 ff; *A. van Aaken*, ‚Rational Choice‘ in der Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht, Baden-Baden 2003, S. 238 ff.

⁸⁰ S. z. B. *P. Dobias*, Sozialismus – Marxismus, in: *Issing* (Fn. 64), S. 111 ff.

⁸¹ *F. Böhm*, Die Forschungs- und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten an der Universität Freiburg in den dreißiger und vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts, in: *Ders.*, Reden und Schriften, Karlsruhe 1960, S. 158 ff (162-165).

⁸² S. z. B. *H. Grosseckler, A. Hadamitzky, C. Lorenz*, Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl., Konstanz 2008, S. 205 ff.; *I. Pies, M. Leschke* (Hrsg.): James Buchanans konstitutionelle Ökonomik, Tübingen 1996; *D. Sauerland*, Konstitutionenökonomik, Gablers Wirtschaftslexikon (<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/konstitutionoekonomik.html>)

mie⁸³ sind die Fragen der Verteilung und Ordnung von privater und staatlicher Macht im Gesamtwirtschaftsgefüge stets aktuell gewesen.⁸⁴

Damit umfasst diese Thematik die Ebenen (2)-(4) des Interdependenzmodells, wenn auch jeweils mit unterschiedlichen Ausprägungen. Entsprechend vielfältig sind auch die hierbei angewendeten Methoden.

3. Historische Schulen, alter Institutionalismus und komparative Ökonomik⁸⁵

Die deutschen historischen Schulen stellten Längs- und Querschnittsuntersuchungen mittels Fallstudien und dem Sammeln statistischer Daten an, um die Wirkungen und die Veränderungen aller Institutionen zu analysieren, welche die Menschen im Laufe der Zeit hervorgebracht haben, darunter auch das Recht. Daraus sollten historische Entwicklungsgesetze abgeleitet werden, aber auch wirtschaftliche Idealmodelle. Fortschritt der Gesellschaft kann man an den Institutionen ablesen, die sie hervorbringt, so eine verbreitete Auffassung. Ähnliche Ansätze in den USA werden als alter Institutionalismus bezeichnet.

Im Unterschied zur Neuen Institutionenökonomik standen diese Ansätze Marktwirtschaft und Kapitalismus kritisch gegenüber. Methodisch wird ein empirisch-induktiver, holistischer, nicht formalistischer, die Normorientierung der Menschen im Gegensatz zum reinen Eigeninteresse betonender Ansatz verfolgt und gegen den Neoliberalismus die Notwendigkeit politischer Lenkung von Marktprozessen hervorgehoben. Die Ansätze sind oft ethisch-normativ, wobei Fragen der Verteilungsgerechtigkeit und die soziale Frage im Mittelpunkt stehen (z. B. Kathedersozialisten).⁸⁶

Zu den historischen Nebenströmungen, die konsequent holistisch ausgerichtet sind und die Volkswirtschaft als Ganzes (inkl. sozialer und kultureller Dimensionen verstehen), zählt z. B. auch die sogen. sozialrechtliche Richtung der Nationalökonomie (Stammler/Diehl), die der Wechselbeziehung zwischen Wirtschaftsgestaltung und Rechtsgestaltung besondere Bedeutung beimisst (beide aber mit deduktiver Methodik).⁸⁷

Ihre heutigen Nachfolger nutzen vor allem komparative bzw. rechtsvergleichende Studien⁸⁸ mit dem Ziel, Einflüsse des Rechts auf die Wirtschaft und umgekehrt zu identifizieren, um hieraus z. B. Schlussfolgerungen bzgl. des gezielten Einsatzes von Institutionen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung oder bzgl. wünschenswer-

⁸³ I. Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht. Eine interdisziplinäre Einführung, 8. Aufl., Stuttgart 2005; G. Knieps, Wettbewerbsökonomie. Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 3. Aufl., Berlin 2008; U. Schwalbe, D. Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, 2. Aufl., Frankfurt/M. 2011; P. Engelkamp, F. L. Sell, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, 6. Aufl., Berlin 2013, S. 99, 195 ff.

⁸⁴ S. auch z. B. E. J. Mestmäcker, Recht und ökonomisches Gesetz. Über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie, 2. Aufl., Baden-Baden 1984.

⁸⁵ H. Rieter, Historische Schulen, in: Issing (Fn. 64), S. 131 ff. (Grafik der Zusammenhänge S. 133); M. Erlei, M. Leschke, D. Sauerland, Neue Institutionenökonomik, 2. Aufl., Stuttgart 2007, S. 26 ff; H. Peukert, Alte Institutionenökonomik. Gablers Wirtschaftslexikon (<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/alte-institutionenoekonomik.html>); Mercurio, Medema (Fn. 77), Chap. 4.

⁸⁶ Rieter (Fn. 85), S. 148-149.

⁸⁷ Rieter (Fn. 85), S. 153-154; Kolb (Fn. 64), S. 115-116.

⁸⁸ S. z. B. M. M. Siems, Statistische Rechtsvergleichung, RabZS Bd. 72 (2008), S: 354 ff; J. de Coninck, The functional method of comparative law: Quo vadis?, RabZS Bd. 74 (2010), S. 318 ff; dazu R. Michaels, Explanation and interpretation in functionalist comparative law, RabZS Bd. 74 (2010), S. 351 ff; A. Nicita, S. Benedettini, Towards the economics of comparative law: The 'Doing Business' debate, in: P. G. Monateri (ed.), Methods of comparative law, Cheltenham 2012, S. 291 ff; F. Parisi, B. Luppi, Quantative methods in comparative law, ibidem., S. 306 ff.

ter Rechtsharmonisierung oder -vereinheitlichung zu ziehen.⁸⁹ Auch die Thematiken der Bildung von staatlichen oder überstaatlichen Strukturen durch Wettbewerb, Koordination und Integration können hier eingeordnet werden (je nach Herangehensweise auch in den vorigen Abschnitt).⁹⁰

4. Staats- und Finanzwissenschaften⁹¹

In der Makroökonomie wird der Staat z. T. vorausgesetzt, z. T. ist er aber auch Gegenstand wirtschaftswissenschaftlicher Betrachtung. Bzgl. der hier zu behandelnden Interdependenzen sind vor allem Fragen der (staatlichen und überstaatlichen) Wirtschaftsverfassung, der Staatsfinanzen und des wirtschaftlichen Staatshandelns von Bedeutung, für die sich insbesondere auch die Politik- und die Verwaltungswissenschaften interessieren, und für die im ökonomischen Bereich wiederum unterschiedliche Theorien ‚zuständig‘ sind.

Aus der staatswissenschaftlichen Tradition heraus beschäftigt sich die Finanzwissenschaft stark mit dem Staat in seiner Rolle als Fiskus.⁹² Die neuere Finanzwissenschaft beschäftigt sich normativ auch mit staatlicher Allokations- und Distributionspolitik (s. 5).⁹³

Dem Recht kommt in diesem Zusammenhang vor allem eine instrumentelle Aufgabe zu. Die Finanzverfassung (Fragen der Finanz-, Ertrags- und Verwaltungshoheit) muss rechtlich geregelt werden und ist eng verbunden mit der Staats- und Verwaltungsstruktur.⁹⁴

Als Untersuchungsgegenstand wird das Recht allerdings dahingehend befragt, in welchem Maße diese Strukturen tatsächlich optimal sind oder wie sie kostengünstiger umgesetzt werden könnten. Bzgl. des finanzpolitischen Einsatzes von Steuern, Subventionen usw. wird man außerdem prüfen, ob und in welchem Maße die angestrebten Ziele erreicht werden bzw. wie dies effizienter, kostengünstiger usw. erreicht werden könnte.

5. Theorie der Wirtschaftspolitik und der Regulierung⁹⁵

Spätestens seit der ‚keynesianischen Revolution‘ spielt der Staat eine entscheidende Rolle im Wirtschaftsgeschehen. Die Theorie der Wirtschaftspolitik sucht nach den Gestaltungsmöglichkeiten wirtschaftlichen Geschehens mit Hilfe staatlicher Eingriffe

⁸⁹ S. z. B. U. A. Mattei, L. Antonioli, A. Rossato, Comparative law and economics, in: Bouckaert, De Geest (Fn. 74), Bd. 1, S. 505 ff; E. Buscaglia, Law and economics of development, ibidem, S. 562 ff.

⁹⁰ S. z. B. K. Heine, Regulierungswettbewerb im Gesellschaftsrecht, Berlin 2003; K. M. Meessen, Wirtschaftsrecht im Wettbewerb der Systeme, Tübingen 2005, S. 1; A. Heertje, H. D. Wenzel, Grundlagen der Volkswirtschaftslehre, 7. Aufl., Berlin 2008, S. 494 ff.

⁹¹ S. z. B. M. Gantner, E. Thöni, Finanzwissenschaft und Finanzrecht, in Grimm (Fn. 20), S. 223 ff; H. G. Hennecke, Öffentliches Finanzwesen. Finanzverfassung, 2. Aufl., Heidelberg 2000; G.F. Schuppert, Staatswissenschaft, Baden-Baden 2003; M. Rodi, Ökonomische Analyse des öffentlichen Rechts, Berlin 2014, S. 155 ff.

⁹² Bouckaert, De Geest (Fn. 74), Vol. IV. The Economics of Public and Tax Law.

⁹³ H. Grosseckler, Öffentliche Finanzen, in: Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik (Fn. 64), S. 561 ff (599 ff); D. Brümmerhoff, T. Büttner, Finanzwissenschaft, 11. Aufl., Berlin 2015.

⁹⁴ Heertje, Wenzel (Fn. 90), S. 380 ff.

⁹⁵ H. Berg, D. Cassel, K. H. Hartwig, Theorie der Wirtschaftspolitik, in: Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik (Fn. 64), Band 2, sowie die allgemeine Literatur zur Volkswirtschaftslehre.

auf Basis der von der Wirtschaftstheorie formulierten Gesetzmäßigkeiten. Die Ziele der staatlichen Eingriffe in den Wirtschaftsprozess liegen dabei im Bereich der Allokation (Beseitigung von Marktunvollkommenheiten), Distribution (Umverteilung) und Stabilisierung (Preise, Beschäftigung, Wachstum, außenwirtschaftliches Gleichgewicht).⁹⁶

Wirtschaftspolitik und ihr theoretische Fundament beruhen auf der Überzeugung der Steuerbarkeit durch Recht, genauer auf ‚idealisierenden‘ Annahmen hinsichtlich der Funktionsweise des Staates und des Rechts, die in der Makroökonomie nicht hinterfragt werden,⁹⁷ so dass in diesem Bereich das Recht lehrbuchmäßig allenfalls als Instrument der Ordnungspolitik thematisiert, aber nicht vertieft analysiert wird.⁹⁸ Zumindest in einer international-komparativen Herangehensweise ist untersucht worden, welche Arten von Recht zur Umsetzung wirtschaftspolitischer Maßnahmen gewählt werden, warum Recht überhaupt zur Lösung von ‚policy-Problemen‘ eingesetzt wird, und welche nationalen Besonderheiten hinsichtlich Qualität und Intensität rechtlicher Maßnahmen ermittelt werden können.⁹⁹

Daneben greift der Staat in den unterschiedlichsten Bereichen in den Marktprozess ein, und jedes Mal stellen sich dabei im Grunde dieselben Fragen wie bzgl. der Wirtschaftspolitik:¹⁰⁰

- welche Regelungsprogramme angemessen sind – von der hoheitlich-staatlichen Regulierung bis zur Stärkung der selbstregulativen Kräfte des Marktes (regulatory choice),
- welche Instrumente angemessen sind – vom klassischen Ordnungsrecht bis zu Instrumenten ökonomischer Verhaltenssteuerung (Abgaben, Subventionen, Haftungs- und Versicherungsregimes usw.) (instrumental choice),
- welcher Organisationstyp angemessen ist – von der klassischen Ministerialverwaltung bis zum verselbständigten Profit Center (institutional choice).

Diese Fragen sind Gegenstand der Regulierungstheorie, die je nach Verständnis von ‚Regulierung‘ auch die wirtschaftspolitische (Prozess-)Steuerung durch Recht umfasst.¹⁰¹

Auch hier spielt das Recht in erster Linie eine instrumentelle Rolle, aber es ist auch ökonomischer Untersuchungsgegenstand, wenn es darum geht, sinnvolle, effiziente und kostengünstige Regulierungsmaßnahmen zu treffen.

⁹⁶ Heertje, Wenzel (Fn. 90), S. 352 ff.

⁹⁷ Erlei, Leschke, Sauerland (Fn. 85), S. 40.

⁹⁸ S. z. B. Engelkamp, Sell (Fn. 83); Grosseckler, Hadamitzky, Lorenz (Fn. 82), S. 211. Zumindest versuchsweise M. Kelman, Could lawyers stop recessions? Speculations about law and macroeconomics, 45 Stanford Law Review 1215 (1993).

⁹⁹ S. T. Daintith, Law as a Policy Instrument: Comparative Perspective, in: Ders. (ed.), Law as an instrument of Economic Policy: Comparative and critical approaches, Berlin 1988, S. 3 ff (5-6) sowie die weiteren Beiträge in diesem Sammelband.

¹⁰⁰ G. F. Schuppert, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann, Voßkuhle (Fn. 17), § 16 Rz 174 ff, sowie die vorige Fn.

¹⁰¹ S. z. B. P. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, Tübingen 1986; A. Ogus, Regulation. Legal form and economic theory, Oxford 1994; A. Picot, M. Schenck (Hrsg.), Ökonomie der Regulierung, Stuttgart 2000; M. Eifert, Regulierungsstrategien, in: Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann, Voßkuhle (Fn. 17), § 19; M. Leschke, Regulierungstheorie aus ökonomischer Sicht, in: M. Fehling, M. Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2009, § 6; M. Fehling, Instrumente und Verfahren, ibidem, § 20. Z. T. werden hierunter auch staatliche Maßnahmen gefasst, die Marktversagen korrigieren sollen (s. z. B. Ogus, Leschke).

III. Mikroökonomie

1. Überblick

Die mikroökonomisch fundierte Betrachtungsweise des Rechts ist vielfältig in ihren Gegenständen, Fragestellungen und Methoden, die in ihrer Gesamtheit abzudecken unmöglich ist. Ein gemeinsames Fundament für einen Großteil ihrer Anwendungen findet sie in der Neuen Institutionenökonomik, auf die daher zunächst kurz einzugehen ist. Die moderne Rechtsökonomik (Ökonomische Analyse/Theorie des Rechts)¹⁰² kann in der Tat als ein Teilbereich bzw. eine Fortentwicklung der Neuen Institutionenökonomik betrachtet werden,¹⁰³ da sie grundsätzlich von denselben Prämissen ausgeht.

Allerdings ist die Neue Institutionenökonomik selbst ein Sammelbecken unterschiedlicher und ständig weiterentwickelter Theorien, die sich zudem nicht nur auf das Recht beziehen. Da die Mikroökonomie, und mit ihr die Neue Institutionenökonomik, ihre Methoden inzwischen auch auf Gegenstände der Makroökonomie und der Betriebswirtschaftslehre ausdehnt, spiegelt die (mikroökonomische) Rechtsökonomik diese Vielfalt wieder, so dass es heute unterschiedliche Schulen und Paradigmata gibt.¹⁰⁴

Es kann im Folgenden also nur darum gehen aufzuzeigen, wie eine mikroökonomisch orientierte Herangehensweise an das Recht ausgerichtet ist und in welche ‚Spezialbereiche‘ sie sich im Wesentlichen gliedert.

2. Neue Institutionenökonomik¹⁰⁵

a) Gegenstand

Die Neue Institutionenökonomik geht davon aus, dass wirtschaftliche Aktivitäten durch Institutionen so nachhaltig beeinflusst werden, dass sie nicht bloß als Rahmenbedingungen für die ökonomische Theorien betrachtet werden dürfen (wie das die neoklassisch inspirierte Ökonomik¹⁰⁶ getan hat), sondern dass die Entstehung, Funktionsfähig-

¹⁰² In der deutschsprachigen Literatur s. z. B. *H. D. Assmann, Ch. Kirchner, E. Schanze* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, Frankfurt 1978; *C. Koboldt, M. Leder, D. Schmidtchen*, *Ökonomische Analyse des Rechts*, in: *N. Berthold* (Hg.), *Allgemeine Wirtschaftstheorie*, München 1995, S. 355 ff; *van Aaken* (Fn. 79); *W. Weigel*, *Rechtsökonomik*, München/Wien 2003; *K. Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit*, 3. Aufl., Berlin 2009, S. 21-107; *G. Rühl*, *Ökonomische Analyse des Rechts*, in: *J. Krüper* (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, Baden-Baden 2011, S. 210 ff (m. w. N.).

¹⁰³ *G. Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus: das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften*, 4. Aufl., Tübingen 2013, S. 70-72. *Nach E. Mackaay*, *History of law and economics*, in: *Bouckaert, De Geest* (Fn. 74), Vol. I, S. 65 ff (77-82), waren die ursprüngliche Ökonomische Analyse des Rechts sowie die Kritik hieran wesentlicher Impulsgeber für die Neue Institutionenökonomik. Realistisch erscheint, dass sich beide parallel bzw. mit wechselseitiger Beeinflussung entwickelt haben.

¹⁰⁴ S. insbesondere *E. Mackaay*, *Schools: general*, in: *Bouckaert, De Geest* (Fn. 74), Vol. I, S. 402 ff; *Mercuro, Medema* (Fn. 77).

¹⁰⁵ S. z. B. *R. Richter*, *Institutionen ökonomisch analysiert*, Tübingen 1994; *R. Richter, U. Bindseil*, *Institutionenökonomik*, in: *Berthold* (Fn. 102), S. 317 ff.; *P. G. Klein*, *New Institutional Economics*, in: *Bouckaert, De Geest* (Fn. 74), Vol. I, S. 456 ff; *A. Picot, S. Schuller*, *Institutionenökonomie*, in: *Handwörterbuch der Unternehmensführung und Organisation*, 4. Aufl., Stuttgart 2004, Sp. 514 ff; *Erlei, Leschke, Sauerland* (Fn. 85); *S. Voigt*, *Institutionenökonomik*, 2. Aufl., Paderborn 2009; *Richter, Furubotn* (Fn. 71).

¹⁰⁶ Zum Verhältnis von Neoklassik und Neuer Institutionenökonomik: *Erlei, Leschke, Sauerland* (Fn. 85), S. 43-50.

keit, Effizienz, Veränderung und Wirkung von Institutionen mittels ökonomischer Methoden untersucht werden soll.¹⁰⁷

Der Begriff der ‚Institutionen‘ wird dabei unterschiedlich, aber immer sehr weit definiert, z. B. als „*Systeme von verhaltenssteuernden Regeln bzw. durch diese gesteuerte Handlungssysteme, die Problembereiche menschlicher Interaktion gemäß einer Leitidee ordnen, die für längere Zeit und einen größeren Kreis von Menschen gelten und deren Beachtung auf unterschiedliche Art und Weise durchgesetzt wird.*“¹⁰⁸

Hierzu zählen namentlich als formelle Institutionen Rechtsnormen gesetzlichen oder vertraglichen Ursprungs, aber auch Rechtsakte wie Verwaltungsakte oder Gerichtsurteile, Rechtsinstitute, Behörden und Einrichtungen (inkl. dem Staat und den Staatsgewalten), subjektiv-öffentliche Berechtigungen sowie private Rechte (wie Eigentumsrechte), daneben auch informelle Koordinierungsmechanismen wie Markt (Wettbewerb), Bürokratie (Weisungsmechanismus), Kollektivverhandlungen (Verbandsmechanismus, Korporatismus) oder Politik (Abstimmungsmechanismus).¹⁰⁹

Die Definition der Institution ist demnach so weit, dass letztlich alles, was ‚juristisch‘ ist bzw. Bestandteil einer Rechtsordnung, Gegenstand der Neuen Institutionenökonomik sein kann. In diesem Punkt unterscheidet sie sich auch nicht von der alten (s. o.).

b) Methode und Erkenntnisziel

Die Institutionenökonomik versteht sich als ‚Wissenschaft von den individuell-rationalen Wahlhandlungen der Menschen in einer Welt unbegrenzter Bedürfnisse und knapper Ressourcen‘¹¹⁰. Diese Wahlhandlungen werden entsprechend dem methodischen Individualismus typisiert anhand des Modells des homo oeconomicus, das von bestimmten Grundannahmen ausgeht, mit deren Hilfe menschliches Verhalten erklärt und vorhergesagt werden soll.¹¹¹ Hierzu zählen insbesondere stabile (und klare) Präferenzen der Akteure, die typischerweise auf die Maximierung des eigenen Vorteils bedacht sind und dabei rational Nutzen und Kosten abwägen und ggf. auch zu opportunistischen Handlungsweisen (z.B. Betrug) bereit sind, wo sich dies lohnt.¹¹²

Auf dieser Grundlage liefert die Neue Institutionenökonomik Modelle¹¹³

- des Entscheidungsverhaltens in Institutionen: Wie verhalten Menschen sich gegenüber diesen Institutionen bzw. unter dem Einfluss dieser Institutionen? Nach dem Modell des homo oeconomicus entscheiden die Menschen sich bei Änderung der Handlungsbedingungen (Restriktionen) jeweils neu, ohne dabei ihre Präferenzen zu ändern. Auf diese Weise kann man davon ausgehen, dass gezielte Änderungen der institutionellen Rahmenbedingungen zuverlässig gewünschte Verhaltensänderungen induzieren.

¹⁰⁷ Weigel (Fn. 102), S. 11; H. Peukert, Neue Institutionenökonomik. <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/neue-institutionenoekonomik.html>.

¹⁰⁸ E. Göbel, Neue Institutionenökonomik. Konzepte und betriebswirtschaftliche Anwendungen, Stuttgart 2002, S. 3.

¹⁰⁹ M. Wallerath, Zielverfehlungen im Recht der sozialen Sicherung – unterschiedliche Sozialhilfedichte in alten und neuen Bundesländern, in: M. Rodt (Hrsg.), Recht und Wirkung. Greifswälder Beiträge zur Rechtswirkungsforschung, Köln 2002, S. 9 ff (11); Behrens (Fn. 101), S. 110 ff.

¹¹⁰ Göbel (Fn. 108), S. 23.

¹¹¹ Erlei, Leschke, Sauerland (Fn. 85), S. 2-6; Göbel (Fn. 108), S. 23-25.

¹¹² S. z. B. O. Lieth, Die ökonomische Analyse des Rechts im Spiegelbild klassischer Argumentationsstrukturen des Rechts und seiner Methodenlehre, Baden-Baden 2007, S. 60-61.

¹¹³ Göbel (Fn. 108), S. 33-37.

- des Entscheidens über Institutionen: Wie können/sollen Institutionen gestaltet sein, damit auf der Basis des typischen Verhaltens eines homo oeconomicus bestimmte Ziele erreicht werden? Auf Basis dieser normativen Analyse werden insbesondere Empfehlungen zur (Ab-)Schaffung oder Änderung/Optimierung von Institutionen gegeben.

Durch die Verwendung des homo oeconomicus als Verhaltens- und der Wohlfahrtsökonomik als Bewertungsmodell (s. hiernach) weist die Neue Institutionenökonomik eine Nähe zur Neoklassik auf, unterscheidet sich von ihr aber, weil sie Probleme der Interaktion von Menschen (insbesondere die hieraus resultierenden Transaktionskosten) sowie der institutionellen Rahmenbedingungen der Tauschprozesse konsequent berücksichtigt.

Von der Alten Institutionenökonomik unterscheidet sie sich dadurch, dass diese die Neoklassik (inkl. ihrer Effizienzorientierung) kategorisch ablehnt, und vor allem deskriptiv und nicht analytisch-modellhaft arbeitet und eine holistische Herangehensweise vertritt. Statt einer Vielfalt unterschiedlicher Ansätze wendet die Neue Institutionenökonomik einigermaßen konsequent eine durchgängige Methode an.¹¹⁴ Verständlich wird die Unterscheidung auch durch die Feststellung, dass in der Grundausrichtung das Recht als explanans in der Alten Institutionenökonomik ersetzt wird durch das Recht als explanandum in der Neuen¹¹⁵. Angesichts der internen Vielfalt beider Schulen darf das nicht verabsolutiert werden, aber in der Tat liegt der Kernimpetus der Neuen Institutionenökonomik darin, die Funktionsweise der Institutionen nicht nur in ihrer (externen) Bedingtheit und Wirkung zu verstehen, sondern (intern) ökonomisch zu deuten und zu erklären.¹¹⁶

c) Kritik und Weiterentwicklungen

(1) Kritik

Die Neue Institutionenökonomik ist ein komplexes und dynamisches Theoriekonglomerat, das zwar in der Lage ist, hochinteressante Einsichten in die Funktionsweisen des Rechts zu generieren,¹¹⁷ das sich allerdings auch unterschiedlichen Kritiken ausgesetzt sieht.

So ist sie zum einen in ihren Prämissen z. T. realitätsfern (s. u.)¹¹⁸, zum anderen mit dem logischen Problem konfrontiert, dass bei der Wahl bzw. Gestaltung von Institutionen (in der normativen Variante) übergeordnete Ziele berücksichtigt werden sollten bzw. ein Entscheidungskriterium gegeben sein muss, das über die individuellen Nutzenkalküle hinausgeht. Als Standardkriterium wird dabei meist ein Wohlfahrtsoptimum verwendet, für das es unterschiedliche Definitionen gibt (insbesondere Pareto, Kaldor-Hicks¹¹⁹). Daneben spielen in den Theorien drei Kriterien eine wichtige Rolle:

¹¹⁴ Erlei, Leschke, Sauerland (Fn. 85), S. 26-39.

¹¹⁵ J. Starbatty, Ordoliberalismus, in: Issing (Fn. 64), S. 251 ff (264-267), der hieraus eine Erweiterung der Neuen Institutionenökonomik aus dem Ordoliberalismus ableitet. Lt. H. Pearson, Origins of law and economics. The economists' new science of law, 1830-1930, Cambridge 1997, S. 3 und passim, gab es auch in der alten Institutionenökonomik schon zahlreiche erklärende Ansätze, die jedoch nicht systematisch waren und in Vergessenheit gerieten.

¹¹⁶ Z. B. G. Gäfgen, Institutioneller Wandel und ökonomische Erklärung, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 2 (1983), S. 19 ff; V. Vanberg, Der individualistische Ansatz zu einer Theorie der Entstehung und Entwicklung von Institutionen, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 2 (1983), S. 50 ff.

¹¹⁷ S. nur die sich ergänzenden Beispiele bei Richter, Furubotn (Fn. 71), Kap. III-V und Erlei, Leschke, Sauerland (Fn. 85), Kap. 5-9.

¹¹⁸ S. z. B. Göbel (Fn. 108), S. 343 ff.

¹¹⁹ S. z. B. Erlei, Leschke, Sauerland (Fn. 85), S. 16-18.

Die Verteilung der Verfügungsrechte (Property-rights-Ansatz), die Höhe der Transaktionskosten (Transaktionskostenansatz) und die Höhe der Agency-Kosten (Principal-Agent-Ansatz)¹²⁰. In der Praxis finden sich daneben noch andere (z. T. vereinfachte) ‚Kosten-Nutzen-Tools‘.

Die Neue Institutionenökonomik versucht, diesen (und weiteren, auf die hier nicht eingegangen werden kann) Kritiken durch Weiterentwicklungen ihres Modells zu begegnen, von denen hier bzgl. des ersten Aspektes die Verhaltensökonomik und bzgl. des zweiten die Entscheidungs- und Spieltheorie kurz angesprochen werden sollen, weil diese auch im Rechtsbereich Anwendung finden.

(2) Weiterentwicklung durch Verhaltensökonomik

Das bestechend einfache Modell des homo oeconomicus ist unter verschiedenen Gesichtspunkten kritisiert worden, insbesondere hinsichtlich der Eigennutzannahme und der Annahme vollständiger Rationalität.¹²¹ Die Verhaltensökonomik¹²² hat dies aufgegriffen und ein verändertes Modell des rationalen Verhaltens entwickelt (oft als ‚bounded rationality‘ bezeichnet, einer Art ‚berechenbarer Irrationalität‘), in das Erkenntnisse der (kognitiven) Psychologie und Neurologie einfließen, wodurch der „verhaltensökonomische Wiedergänger“¹²³ des homo oeconomicus menschlicher wirkt. Immer noch ausgeblendet bleiben aber Erkenntnisse der Soziologie.

(3) Weiterentwicklung durch Entscheidungs- und Spieltheorie

Die Kritik an den einseitig nutzenorientierten neoklassischen Maßstäben im normativen Bereich hat zu neuen Ansätzen geführt, die eine Verbesserung durch eine Orientierung an der (ziel-offenen) normativen Entscheidungstheorie erzielen will, die insbesondere eine Orientierung an rechtsimmanenten Zielen, Zwecken und Prinzipien erlauben, die nicht a priori festgelegt sein müssen.¹²⁴

Die Entscheidungstheorie beschreibt, analysiert und modelliert Entscheidungsprozesse und Faktoren, die darauf einwirken. Sie will Hilfestellungen geben, wie Menschen „vernünftige Entscheidungen“ treffen können, und erklären, wie reale Entscheidungen zustande kommen.¹²⁵

Die Entscheidungstheorie im weiteren Sinne kann in drei Grundformen unterschieden werden: 1. Entscheidungstheorie im engeren Sinne, 2. Die Spieltheorie und 3. Die Theorie der sozialen Wahl. Die Spieltheorie unterscheidet sich von der Entscheidungstheorie im engeren Sinne dadurch, dass es nicht um individuelle Entscheidungen geht, von der Sozialwahltheorie dadurch, dass keine gemeinsame Entscheidung angestrebt

¹²⁰ S. Göbel (Fn. 108), Teil II, Kapitel 2-5. Diese drei ‚Ansätze‘ werden z. T. auch als eigenständige Theorien betrachtet.

¹²¹ J. Lüdemann, Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaft, in: Engel u. a. (Fn. 121), S. 20.

¹²² M. Englerth, Behavioral law and economics – eine kritische Einführung, in: C. Engel u. a. (Hrsg.), Recht und Verhalten, Tübingen 2007, S. 60 ff; C. Engel, Verhaltenswissenschaftliche Analyse: eine Gebrauchsanweisung für Juristen, ibidem S. 363 ff; M. Englerth, Verhaltensökonomie, in: E. von Towfigh, N. Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, Tübingen 2010, § 7; H. Fleischer, H. U. Schmolke, D. Zimmer, Verhaltensökonomik als Forschungsinstrument für das Wirtschaftsrecht, in: H. Fleischer, D. Zimmer (Hrsg.), Beitrag der Verhaltensökonomik (behavioral economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Frankfurt/Main 2014, S. 9 ff.

¹²³ Englerth, in: Towfigh, Petersen (Fn. 122), S. 196.

¹²⁴ Van Aaken (Fn. 79), S. 20, 288 ff.

¹²⁵ R. Gillenkirch, Entscheidungstheorie‘ in Gablers Wirtschaftslexikon, (<http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/entscheidungstheorie.html>).

wird, sondern dass die Existenz anderer Akteure und die strategischen Interaktionen zwischen diesen in Interdependenzsituationen thematisiert wird.¹²⁶

3. Rechtsökonomik und Privatrecht¹²⁷

Im Mittelpunkt des Interesses der neueren – Chicago-School-geprägten¹²⁸ – mikroökonomischen Rechtsökonomik steht zunächst das Zivilrecht (insbesondere Delikts- und Vertragsrecht). Die Methodik entspricht i. W. der hiervor bzgl. der Neuen Institutionenökonomik beschriebenen¹²⁹ mit einem starken Fokus auf Allokationseffizienz, und die Fragestellungen betreffen vor allem das Recht als explanandum und configurandum.

Als positiver Ansatz¹³⁰ entwickelt die Ökonomische Analyse des Rechts Erklärungs- und Prognosemodelle, wie Rechtsnormen tatsächlich wirken¹³¹ und vergleicht dabei ggf. mehrere Alternativen. Diese Modelle finden empirische Anwendung in der Rechtstatsachen- bzw. Rechtswirkungs- bzw. Gesetzesfolgenanalyse.

Zur normativen Bewertung¹³², ob Handlungs- bzw. Normänderungsbedarf besteht, bzw. als Kriterium zur Auswahl zwischen mehreren Alternativen, sind wie ausgeführt unterschiedliche Maßstäbe möglich. Die klassische Rechtsökonomik orientiert sich dabei an Effizienzkriterien, die sowohl Effizienz im Sinne eines Pareto- oder Kaldor-Hicks-Optimums definieren als auch im Gegensatz zu wohlfahrtsökonomischen Ansätzen nicht das ganze System der Volkswirtschaft in den Blick nehmen, sondern einzelne Märkte bzw. soziale Transaktionen betrachtet und dabei insbesondere Transaktionskosten große Aufmerksamkeit schenkt.¹³³

Daneben wird dieselbe Methodik verwendet, um ex post zu erklären, wie einzelne Normen, Institutionen oder Rechtsgebiete als Folge einer Effizienzorientierung entstanden sind bzw. sich entwickelt haben. Auch hier wird der Schritt zur normativen Sichtweise und Empfehlung leicht vollzogen.

¹²⁶ S. Magen, Spieltheorie, in: *Towfigh, Petersen* (Fn. 121), § 4. Ausführlich *D. G. Baird, R. H. Gertner, R. C. Picker*, *Game theory and the law*, Cambridge 2002; *E. Rasmussen* (ed.), *Game theory and the law*, Cheltenham 2007.

¹²⁷ S. z. B. *H. B. Schäfer, C. Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl., Berlin 2012; *C. Ott, H. B. Schäfer* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts*, Heidelberg 1993, *Dies.*, *Ökonomische Analyse des Arbeitsrechts*, Tübingen 2001, *Bouckaert, De Geest* (Fn. 74), Vol. II. *Civil Law and Economics*, Vol. III. *The Regulation of Contracts*.

¹²⁸ S. überblicksartig *Mercuro, Medema* (Fn. 77), Chap. 2.

¹²⁹ Bei anderer Qualifizierung gibt es natürlich Unterschiede: s. *Kerkmeester* (Fn. 74), S. 384.

¹³⁰ S. z. B. *van Aaken* (Fn. 79), S. 17-19, *Towfigh, Petersen* (Fn. 121), S. 4-5.

¹³¹ *Z. B. H. Kötz*, *Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – eine rechtsökonomische Skizze*, *JuS* 2003, S. 209 ff.

¹³² S. z. B. *van Aaken* (Fn. 79), S. 181 ff.

¹³³ *J. U. Franck*, *Vom Wert ökonomischer Argumente bei Gesetzgebung und Rechtsfindung für den Binnenmarkt*, in: *K. Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 3. Aufl., Berlin 2015, § 5 Rz. 9-10.

4. Rechtsökonomik und öffentliches Recht¹³⁴

a) Überblick

Das öffentliche Recht ist erst in einem zweiten Schritt Gegenstand der Rechtsökonomik geworden, obschon es gerade hier in den älteren Theorien (s. Makroökonomik) Vorläufer gibt. Thematisch finden sich hier in der Tat viele Fragestellungen wieder, die bereits bzgl. der Makroökonomie angesprochen wurden.

Im Unterschied zu den oben beschriebenen Ansätzen entsprechen die neueren allerdings der Neuen Institutionenökonomik, jedoch mit zahlreichen Anpassungen, die sich insbesondere daraus ergeben, dass die Gegenstände und Fragestellungen zwangsläufig andere sind als im Privatrecht.¹³⁵ In vielen Aspekten widersprechen die neuen Ansätze den alten auch nicht, sondern sie ergänzen und verfeinern sie.

Auch die Vielgestaltigkeit des öffentlichen Rechts und seine Affinität zu Gesellschafts-, Politik- und Verwaltungswissenschaft ist mit verantwortlich dafür, dass die Rechtsökonomik in diesem Bereich wesentlich disparater ist als bzgl. des Privatrechts.

b) Staats- und Verfassungsökonomie¹³⁶

Seit jeher stellen die Wirtschaftswissenschaften die Frage nach der Begründung des Staates und der Definition seiner Aufgaben. Die klassische politische Ökonomie begründet dies insbes. mit Konstellationen des Marktversagens und nimmt dabei an, dass der Staat willens und in der Lage ist, dem abzuhelpen und Kooperationsgewinne zu ermöglichen.¹³⁷

Während die klassische Ökonomie die Existenz von Staat und Verfassung voraussetzt, geht die Neue Institutionenökonomik einen Schritt zurück und macht beide zum Gegenstand von Erklärungen. Entworfen und geprüft werden institutionelle Arrangements, welche die größtmögliche Bedürfnisbefriedigung der Individuen erreichen, wobei die Bewertung über den Konsens (bzw. Vertrag) der Beteiligten oder über Maßstäbe wie Wohlfahrt, Stabilität usw. erfolgt.

Dasselbe gilt sinngemäß für die Verfassung: Gesucht werden jene Regeln für soziale Austauschbeziehungen (d. h. Verfassungsgrundsätze), deren Einführung die Funktionsfähigkeit der gesellschaftlichen Koordination verbessert. Diese werden aus einer Analyse abgeleitet werden, die beim Verhalten des homo oeconomicus ansetzt.¹³⁸

Je nach Breite des Ansatzes oder Ziels wird dies auch als Neue Konstitutionenökonomik (oder ökonomische Theorie der Verfassung) bezeichnet, die in ihrer normativen Ausrichtung Vorschläge für institutionelle bzw. konstitutionelle Reformen auf Basis der Werte der Individuen erarbeitet und sich von der ‚Alten‘ Konstitutionenökonomik (s. o.) durch ihren methodischen Ansatz unterscheidet.

¹³⁴ S. z. B. C. Engel, M. Morlok (Hrsg.), Öffentliches Recht als Gegenstand ökonomischer Forschung, Tübingen 1998; M. Bungenberg u.a. (Hrsg.), Ökonomie und Recht, München 2004; Rodi (Fn. 91).

¹³⁵ Je nach Sichtweise werden die ökonomischen Ansätze auch der Neuen Politischen Ökonomie zugerechnet, die jedoch in ihren wesentlichen Prämissen mit der Neuen Institutionenökonomik übereinstimmt.

¹³⁶ S. z. B. L. Van den Hauwe, Public choice, constitutional political economy und law and economics, in: Bouckaert, De Geest (Fn. 74), Vol. I, S. 603 ff; Rodi (Fn. 91), S. 32 ff, 46-47, 59 ff.; Erlei, Leschke, Sauerland (Fn. 85), S. 339 ff, 453 ff.; K. Homann, A. Suchanek, Ökonomik. Eine Einführung, 2. Aufl., Tübingen 2005, S. 187 ff.

¹³⁷ Rodi (Fn. 91), S. 32 ff, 47 ff.

¹³⁸ Rodi (Fn. 91), S. 60-61; Kirchgässner (Fn. 103), S. 259 ff.

c) Public choice- und social choice-Theorie¹³⁹

Die Neue Politische Ökonomie geht davon aus, dass es nicht nur Markt-, sondern auch Staatsversagen gibt. Um dies zu erklären und zu verbessern wendet sie das rational choice Modell (allerdings mit Modifikationen¹⁴⁰) auch auf Entscheidungsträger an, die nach klassischem Verständnis (nur) im öffentlichen Interesse handeln.¹⁴¹

Im Kern geht es dabei immer um die Fragen, wie sich Entscheidungen einzelner rationaler Akteure (mit Eigennutzinteresse) in Gemeinwohlfragen auf das Gemeinwohl auswirken, wie sich negative Auswirkungen erklären und möglichst positive Wirkungen sicherstellen lassen (public choice theory), und wie die zahlreichen Einzelinteressen am sinnvollsten zu einer Kollektiventscheidung aggregiert werden (Sozialwahltheorie/social choice theory).¹⁴²

Rechtliche Relevanz erlangen diese Theorien z. B., wenn es um die Gestaltung von demokratischen Strukturen und Prozessen, um Optimierung der Verwaltungstätigkeit oder Regulierungstechniken (s. hiernach) geht.

d) Regulierungsökonomie¹⁴³

Auch wirtschaftliche und gesellschaftliche Regulierung im Sinne staatlicher Eingriffe in das Marktgeschehen sind mittels derselben Methodik der Institutionenökonomik und/oder der Neuen Politischen Ökonomie analysiert worden¹⁴⁴. Entsprechend findet sich diese Thematik zumindest implizit auch in den vorerwähnten Bereichen wieder.

Der ökonomische Ansatz zielt darauf ab, Erklärungen dafür zu liefern, wann Regulierung sinnvoll ist (und wann nicht), in welchen Umständen, Sektoren bzw. Wirtschaftsaktivitäten Regulierung zu erwarten ist und in welcher Form sie ggf. optimalerweise erfolgt. Auf dieser Basis werden auch die klassischen Begründungen für einen notwendigen Eingriff des Staates hinterfragt und Argumente für Deregulierung, Privatisierung, PPP usw. erarbeitet.

Die Bandbreite ist enorm und umfasst alle möglichen Formen regulierender Eingriffe auf Strukturen und Verhalten nicht nur aus wirtschaftlichen, sondern auch aus sozialen, ökologischen, gesundheitspolitischen oder kulturellen Gründen.

5. Andere grundlegende Anwendungsbereiche

Bereits die älteren (makroökonomischen) Ansätze hatten Erkenntnisse bzgl. der Grundlagen, Strukturen und Funktionsweisen des Rechts allgemein bzw. der Rechts-

¹³⁹ Van den Hauwe (Fn. 136); Towfigh, Petersen (Fn. 122), § 6; Homann, Suchanek (Fn. 136), S. 187 ff.

¹⁴⁰ Wie z. B. der Annahme, dass Politiker danach streben, Wählerstimmen zu maximieren und ‚Bürokraten‘ ihr Budget.

¹⁴¹ S. Magen, Konjunkturen der Rechtsökonomie als öffentlich-rechtlicher Grundlagenforschung, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn 2014/20 (www.coll.mpg.de), S. 7-8; Mackaay (Fn. 103), S. 88-89.

¹⁴² Towfigh, Petersen (Fn. 121), S. 135. Die Sozialwahltheorie ist eine allgemeinere Theorie, die verwandt ist mit Entscheidungs- und Spieltheorie und interdisziplinär u.a. mit Beiträgen von Juristen und Mathematikern entwickelt wurde (s. den diesbezüglichen Wikipedia-Eintrag (englisch)).

¹⁴³ S. z. B. Ogus (Fn. 101); J. den Hertog, General theories of regulation, in: Bouckaert, De Geest (Fn. 74), Vol. III. The Regulation of Contracts, S. 223 ff (sowie die folgenden Beiträge); K. Bizer, M. Führ, C. Hüttig (Hrsg.), Responsive Regulierung. Beiträge zur interdisziplinären Institutionenanalyse und Gesetzesfolgenabschätzung, Tübingen 2002; H. P. Schwintowski, ...denn sie wissen nicht, was sie tun! – Warum Politik und Gesetzgebung so oft irren. Ein Plädoyer für die Neue Analytische Regelungswissenschaft (NEWI), Baden-Baden 2014.

¹⁴⁴ Zur Wirtschaftspolitik s. z. B. Berg, Cassel, Hartwig (Fn. 95), insbes. S. 173; Voigt (Fn. 105), S. 224 ff.

ordnungen erbracht. Die entsprechende Methodik wird auch heute noch angewendet, aber z. T. auch ergänzt oder ersetzt durch mikroökonomische Ansätze.

So nehmen Fragestellungen zur Entstehung, Entwicklung, Anwendung und Befolgung des Rechts¹⁴⁵, zu den Auswirkungen auf die ökonomische Entwicklung¹⁴⁶, zur Sinnhaftigkeit der Differenzierung oder Harmonisierung des Rechts, der Schaffung optimaler Rechtsräume¹⁴⁷ usw. einen breiten Raum in der Rechtsökonomik ein.

Im Zusammenhang mit ihrer normativen Ausrichtung hat die mikroökonomische Rechtsökonomik sich auch konkret mit Rechtsgestaltung beschäftigt, z. B. mit der Gestaltung und Nutzung von einzelnen Verträgen, Vertragsformen usw.¹⁴⁸ Analog gibt es nicht nur ökonomische Analysen, wann Gesetzgebung sinnvoll ist, sondern als Beitrag zur Gesetzgebungslehre auch, wie Gesetze (im materiellen Sinne) bei gegebenen Zielen am besten gestaltet werden.¹⁴⁹ Auch die Gesetzesfolgenanalyse (s. u.) trägt auf empirischer Ebene zu einer optimierten Gesetzgebung bei.

IV. Managementlehre

1. Überblick

Obschon die rechtlichen Rahmenbedingungen (Recht als Datum und als explanans) in vielen Managementbereichen von erheblicher (praktischer) Bedeutung sind, werden diese in aller Regel nicht weiter berücksichtigt, oder allenfalls am Rande¹⁵⁰. Rechtseinflüsse auf betriebliche Entscheidungen stellen sich in verschiedenen Dimensionen dar:

- Rechtsnormen können die Voraussetzung von Entscheidungen sein,
- sie können auch als Rechtsfolgen von getroffenen Entscheidungen greifen, und
- sie können den betrieblichen Entscheidungsspielraum vergrößern oder verkleinern.¹⁵¹

Im Gegensatz zur Ökonomie hat die Betriebswirtschaftslehre kein klares theoretisches Instrumentarium entwickelt, um Recht zu analysieren (Recht als explanandum). Ihr Interesse ist es in der Tat nicht, Recht zu ‚erklären‘, sondern es aus einer rechtspolitischen Sicht zu bewerten bzw. beeinflussen (Recht als configurandum). Dabei orientiert diese sich je nach Thematik an unterschiedlichen Kriterien, die gemäß ihrer betriebswirtschaftlichen Orientierung jeweils aus Unternehmenszielen abgeleitet werden.¹⁵²

Wissenschaftliches Interesse am Recht findet sich vor allem in der allgemeinen Betriebswirtschaftslehre (s. V). Der Fokus der Managementlehre richtet sich primär auf

¹⁴⁵ D. Wittman, General structure of the law, in: Bouckaert, *De Geest* (Fn. 74), Vol I, S. 1072 ff.

¹⁴⁶ Erlei, Leschke, *Sauerland* (Fn. 85), S. 547 ff.

¹⁴⁷ Erlei, Leschke, *Sauerland* (Fn. 85), S. 405 ff, 517 ff; Rodi (Fn. 91), S. 93 ff, 179-182, 206.

¹⁴⁸ S. z. B. F. Thießen, Covenants: Durchsetzungsprobleme und ihre Folgen, in: D. Sadowski, H. Czap, H. Wächter, *Regulierung und Unternehmenspolitik. Methoden und Ergebnisse der betriebswirtschaftlichen Rechtsanalyse*, Wiesbaden 1996, S: 143 ff.; H. Kötz, *Haftungsausschlussklauseln – Eine juristisch-ökonomische Analyse*, Versicherungsrecht 1983, Beiheft, S.145 ff.

¹⁴⁹ Rodi (Fn. 91), S. 16, 147-148; J. Noll, *Recht, Ökonomie und Management. Beispiele interdisziplinären Arbeitens*, Wien 2002, S. 91.

¹⁵⁰ Exemplarisch Jung (Fn. 65). Als Ausnahme z. B. Noll (Fn. 149), S. 173 ff.; Schweitzer, *Baumeister* (Fn. 66), S. 93 ff.

¹⁵¹ K. Backhaus, W. Plinke, *Rechtseinflüsse auf betriebliche Entscheidungen. Ein Lehrbuch zur Allgemeinen Betriebswirtschaftslehre*, Stuttgart 1986, S. 5 (diese beschreiben sehr umfassend auf Basis der seinerzeitigen Rechtslage die vielfältigen Einflüsse).

¹⁵² Zur unternehmerischen Zielsystematik s. z. B. Jung (Fn. 65), S. 29 ff.

die Frage, wie die unterschiedlichen Lehren und Techniken herangezogen werden, um Optimierungen im Management des Staates und seiner Glieder zu realisieren, was sich dann ggf. in einer entsprechenden Normierung widerspiegelt (s. Abschnitte 2 und 3). In diese Bereiche des Rechts als *configurandum* und als *instrumentum* fällt auch das Potenzial, das die Managementlehren im Bereich der Rechtsgestaltung bieten (s. 4).

2. New Public Management¹⁵³

Neuere Managementlehren übertragen ihre für Unternehmen entwickelten Konzepte auch auf den Staat, die Verwaltung und öffentlich-rechtliche Einrichtungen bzw. den Non-profit-Sektor.

Das hieraus resultierende ‚New Public Management‘ befasst sich mit der zielorientierten Steuerung und Gestaltung von Staat und öffentlicher Verwaltung und ist ein interdisziplinäres Projekt der Verwaltungs-, Wirtschafts-, Politik- und Rechtswissenschaften. Es stellt keine kohärente Managementtheorie dar, sondern ein Modell, welches verschiedene Vorbilder und Wurzeln hat. Eine davon ist im amerikanischen ‚Managerialismus‘ zu finden. Dies hat zur Folge, dass das Vertrauen in gute Regeln dem Vertrauen in ‚die gute Kraft des Managements‘ gewichen ist, was zur Übernahme von privatwirtschaftlichen Führungs- und Durchführungsmethoden wie Dezentralisierung, Output statt Inputsteuerung, Einführung neuer Überwachungsmechanismen, Aufspaltung großer Strukturen, Einführung von Markt- und Wettbewerbselementen, Schaffung finanzieller Anreize und Betonung der Effizienz geführt hat. Dabei ist den Managern des öffentlichen Dienstes möglichst viel Freiraum bei ihren Entscheidungen zu lassen. Der Gefahr der rechtlichen Untersteuerung soll mit geeigneten Kontrollmechanismen begegnet werden. Verwaltungsinstitutionen sollen sich selbst erneuern, Bürokratie durch Dienstleistungsmentalität ersetzen und als lernfähige Organisation in der Lage sein, die aktuellen Herausforderungen der Gesellschaft und Umwelt anzugehen.

Zu den theoretischen Grundlagen zählen im Übrigen auch die zum öffentlichen Recht beschriebenen mikroökonomischen Ansätze, allerdings spielen diese nur eine untergeordnete Rolle.¹⁵⁴

3. ‚Libertärer Paternalismus‘¹⁵⁵

Die Managementlehre ist eine offene Wissenschaft und integriert Ideen und Erkenntnisse anderer Geistes- und Sozialwissenschaften. Während die Ökonomik davon ausgeht, dass Verhaltensänderungen durch ‚harte Anreize‘ (im Sinne von verbindlichen und sanktionierten Regeln) oder finanzielle Anreize (Steuern, Subventionen) erzielt werden, gibt es in der Managementlehre unterschiedliche Ansätze, die Wirtschaftsakteure (vor allem Verbraucher) durch ‚subtilere Mittel‘ zu ‚freiwilligen‘ Verhaltensänderungen bzw. zu Änderungen ihrer Präferenzen zu animieren, überreden, verleiten usw.,

¹⁵³ D. Budäus, *Public Management. Konzepte und Verfahren zur Modernisierung öffentlicher Verwaltungen*, Berlin 1994, G. Grüning, *Grundlagen des New-public-Management*, Münster 2000; D. Budäus, *New Public Management*, in: *Handwörterbuch der Unternehmensführung und Organisation*, 4. Aufl., Stuttgart 2004, Sp. 941 ff; Reh binder (Fn. 3), S. 157-171; A. Voßkuhle, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Hoffmann-Riem, Schmidt-Aßmann, Voßkuhle (Fn. 17.), § 1 Rz. 50 ff.

¹⁵⁴ S. Magen (Fn. 141), S. 4.

¹⁵⁵ M. Englerth, *Vom Wert des Rauchens und der Rückkehr der Idioten – Paternalismus als Antwort auf beschränkte Rationalität?*, in: Engel u.a. (Fn. 122), S. 231 ff.; H. Eidenmüller, *Liberaler Paternalismus*, JZ 2011, S. 814 ff.

die nicht aus theoretischen Konzepten abgeleitet werden, sondern aus interdisziplinären Erfahrungen.

Diese Grundidee wird auch übertragen auf den öffentlichen Bereich: Anstatt autoritär mit Verbot, Befehl und Sanktion zu arbeiten, soll staatliche Regulierung Verhaltensänderungen lieber auf andere Weise zu erreichen suchen – indem sie die Entscheidungsoptionen der Bürger so verändert, dass sie von allein das „Richtige“ tun.

Auch in diesem Bereich gibt es für diese Vorgehensweise mikroökonomische Erklärungen.¹⁵⁶ Aktuellstes Beispiel ist das ‚nudging‘.¹⁵⁷ Dieses gehört zwar ‚offiziell‘ zum Bereich der Verhaltensökonomik, aber bei seiner Anwendung auf Führungsfragen geht es stark in Richtung einer Managementlehre bzw. ist von einer solchen nicht zu unterscheiden.

4. Strategisches Verhalten

Das mikroökonomische Modell des eigennutzmaximierenden homo oeconomicus wendet die Managementlehre wie selbstverständlich an, auch soweit es den Umgang mit Recht betrifft. Hierzu zählt insbesondere die taktische oder strategische Nutzung von Rechten im Unternehmenswettbewerb, im Verhältnis zu Verbrauchern, oder in den Bereichen Corporate Governance oder Compliance.

Durch diese Sichtweise des Rechts als instrumentum entwickelt sich in den letzten Jahren ein Konzept, das Recht als eigenen betriebswirtschaftlichen Funktionsbereich bzw. als integrale Managementfunktion im Unternehmen betrachtet, der nicht nur für die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften sorgen, sondern zur Wahrnehmung der Chancen beitragen soll, die sich durch Ausnutzung rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten bei der Realisierung von Geschäftsvorhaben ergeben.¹⁵⁸

Ansatzweise scheint sich hieraus ein ‚Law and Management‘-Approach¹⁵⁹ zu entwickeln, der Recht und vor allem den Umgang hiermit als Schlüsselfaktor für den Unternehmenserfolg fokussiert. Auf Basis von Erkenntnissen der Verhaltensökonomik, Soziologie und Psychologie wird untersucht, in welchem Maße der Unternehmenserfolg dadurch beeinflusst wird, wie ‚gut‘ das Unternehmen in der Lage ist, die gegebene Rechtslage zu nutzen.

Dass zum strategischen Umgang mit Recht auch ggf. Umgehungs- und Konfrontationsstrategien zählen, wird zumindest in Teilen der Theorie anerkannt (z. B. in den Bereichen Steuern und Rechnungslegung). Die als ‚responsiv‘ bezeichneten Steuerungsformen verstehen sich auch als Antwort auf diese Probleme.¹⁶⁰

¹⁵⁶ S. z. B. *Kirchgässner* (Fn. 103), S. 269 ff (‚sanfter Paternalismus‘).

¹⁵⁷ *C. Sunstein, R. Thaler*, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, London 2008.

¹⁵⁸ S. z. B. *F. Brandstetter*, *Rechtsabteilung & Unternehmenserfolg*, 2. Aufl., Wien 2011. S. auch *J.P. Thommen, A. K. Achleitner*, *Allgemeine Betriebswirtschaftslehre*, 5. Aufl., Wiesbaden 2006, S. 60 (die diesem Funktionsbereich aber kein eigenes Kapitel widmen, sondern nur an relevanten Stellen erwähnen). Ansatzweise auch schon *E. Ruehli*, *Rechtsnormen als Determinanten der Leitungsorganisation und des Führungshandelns in der Unternehmung*, in: *A. Heigl, P. Uecker* (Hrsg.), *Betriebswirtschaftslehre und Recht*, Wiesbaden 1979, S. 153 ff (155-156).

¹⁵⁹ Wikipedia (Englisch), Stichwort ‚Law and Management‘, m. w. N.

¹⁶⁰ *K. Bizer, M. Führ*, *Responsive Regulierung – Anforderungen an die interdisziplinäre Gesetzesfolgenforschung*, in: *Bizer, Führ, Hüttig* (Fn. 143), S. 1 ff (2-3). *Mackaay* (Fn. 103), S. 86 weist zurecht darauf hin (mit Verweis auf *Williamson*), dass zahlreiche rechtliche Institutionen verstanden werden können als Reaktion der Rechtsordnung auf dieses strategische Verhalten, das seinerseits als Marktversagen interpretiert werden kann.

V. Betriebswirtschaftslehre

1. Überblick

Die theoretische (allgemeine) Betriebswirtschaftslehre behandelt das Recht als Datum ähnlich wie die Managementlehre, d. h. nur dann, wenn es unumgänglich ist, insbesondere wenn das Recht überhaupt erst die Grundlage für Managementfragen aufwirft (z. B. Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht im Bereich Corporate Finance, Rechnungslegungsvorschriften soweit diese z. B. Bewertungsformen ausschließen). Ansonsten positioniert sie sich zwar im Kontext der anderen Sozialwissenschaften, erwähnt dabei aber nicht die rechtliche Dimension.¹⁶¹

Im Übrigen äußert sich die methodische Reorientierung der Betriebswirtschaftslehre hin zu Organisations- und Institutionenökonomik mit Schwerpunkt Theorie des Unternehmens¹⁶² im vorliegenden Kontext dahingehend, dass sich die mikroökonomischen Themen und Ansätze wiederfinden¹⁶³, wobei meist ein Perspektivwechsel dahingehend vorgenommen wird, dass die Perspektive des einzelnen Unternehmens eingenommen wird. Die verschiedenen Ansätze sind dabei sehr ähnlich und machen mehr einen Denk- und Analysestil aus, als dass sie als säuberlich trennbare theoretische Ansätze verstanden werden wollen.¹⁶⁴

2. Rechnungslegung und Steuern¹⁶⁵

Das kaufmännische Rechnungswesen ist seit jeher ein Anknüpfungspunkt für die betriebswirtschaftliche Beschäftigung mit Rechtsnormen. Hierbei wird das Recht sowohl als Datum anerkannt, aber auch als gestaltbares configurandum und instrumentum. Es gibt zahlreiche sachbezogene Theorieansätze, die das Recht jedoch nur insofern zum Gegenstand haben, als es ausnahmsweise zur Regulierung bzw. Interessendurchsetzung benötigt wird. Allerdings spielt die Selbstregulierung in diesem Bereich eine wichtige Rolle.

Im Gegensatz dazu ist der Bereich Steuern stark reglementiert und Gegenstand der betriebswirtschaftlichen Steuerlehre. Auch hier interessiert nicht das Recht an sich, sondern nur die Frage, welche Folgen das Steuerrecht für Unternehmen hat und wie diese ggf. abgemildert oder vermieden werden können. Die in die rechtspolitische Diskussion eingebrachten Argumente entstammen aber typischerweise nicht der betriebswirtschaftlichen Steuerlehre (außer z. B. bei internationalen Belastungsvergleichen), sondern entsprechen denen, die auch Juristen unter Anwendung der klassischen

¹⁶¹ Jung (Fn. 65), S. 28, Schweitzer, Baumeister (Fn. 66), S. v, 93 ff.

¹⁶² D. Sadowski, Programm und Stand der betriebswirtschaftlichen Rechtsanalyse, in: Sadowski, Czap, Wächter (Fn. 148), S. 1 ff. (4).

¹⁶³ S. z. B. die Tagungsbände betriebswirtschaftlicher Symposien: Sadowski, Czap, Wächter (Fn. 148), Picot, Schenck (Fn. 101).

¹⁶⁴ Sadowski (Fn. 162), S. 6.

¹⁶⁵ S. z. B. H. Weber, H. J. von Beckerath, Steuerrecht und Steuerlehre, in: Grimm (Fn. 20), Band 2, München 1976, S. 205 ff; K. Vodrazka, Betriebswirtschaftslehre und Recht (mit besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts), in: Festschrift für O. Reimer, hrsg. von der Stiftungs- und Förderungsgesellschaft der Paris-Lodron-Universität Salzburg, Salzburg/München 1976, S. 159 ff; H. Kussmaul, Die betriebswirtschaftliche Steuerlehre als steuerliche Betriebswirtschaftslehre, StuW 1995, S. 3 ff; A. Wagenhofer, Rechnungslegung, in: Vahlens Kompendium der Betriebswirtschaftslehre Bd. 1 (Fn. 66), S. 449 ff; F. W. Wagner, Besteuerung, in: Vahlens Kompendium der Betriebswirtschaftslehre Bd. 2 (Fn. 66), S. 407 ff ff.

Auslegungsregeln inkl. der wirtschaftlichen Betrachtungsweise (s. Abschnitt C) vorbringen würden.

3. Unternehmensorganisation und Corporate Governance¹⁶⁶

Zu den Grundfragen der Betriebswirtschaftslehre gehören die der Unternehmensverfassung und der Organisation des Führungshandelns. Hierauf übt das Recht auf verschiedenen Wegen (z. B. Gesellschaftsrecht, Mitbestimmungsrecht, ziviles Haftungsrecht, Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Kartellrecht) einen entscheidenden Einfluss aus.

Hierzu kommt es seit langem zu einem intensiven und in den letzten Jahren noch verstärkten (Stichworte Corporate Governance und Compliance) Austausch zwischen Betriebswirten und Juristen, aber die schwierige Geburt einheitlicher europäischer Gesellschaftsformen und die Problematik der Anerkennung ausländischer Gesellschaftsformen zeigen, dass trotz aller ökonomischer Analysen in jeglicher Hinsicht überzeugende Konzepte (die von der klassischen Betriebswirtschaftslehre bis zur Institutionenökonomik reichen) bislang nicht gefunden wurden. Angesichts der Komplexität der rechtlichen Einflüsse auf diesen Fragenkreis ist dies wohl auch nicht zu erwarten.

VI. Faktische Interdependenz

Während die vorigen Abschnitte die intellektuelle Beschäftigung der Wirtschaftswissenschaft mit dem Recht thematisierten, bleibt noch zu klären, welche faktischen Interdependenzen beide verbinden.

1. Einfluss des Rechts auf die Wirtschaftswissenschaft

Da die Entwicklung wirtschaftswissenschaftlicher Ideen, Modelle und Theorien rechtlich weder vorgegeben noch verboten ist – Letzteres selbst dann nicht, wenn Rechtsverletzungen als normales ökonomisches Kalkül als vertretbar erachtet werden – beschränkt sich der faktische Einfluss des Rechts darauf, dass es

- ökonomische Theorien als realitätsfern oder unrealisierbar ‚entlarvt‘, weil sie positivem Recht widersprechen,
- die empirische Wirtschaftswissenschaft zwingt, die ‚echte‘ Rechtslage zu ermitteln, um Wirkungsanalysen durchzuführen, und
- allgemein den ‚Rohstoff‘ für die Erkenntnisgewinnung und die ‚Instrumente‘ für die Implementierung der Ideen und Modelle liefert.

Empirische Erkenntnisse hierzu gibt es (im Gegensatz zum Einfluss des Rechts auf die Wirtschaft) offenbar nicht. Es könnte jedoch sein, dass eine starke Fokussierung auf und Bindung an das positive Recht die wissenschaftliche Kreativität hemmt.

So wurde für die Betriebswirtschaftslehre festgestellt, dass in Deutschland aufgrund der Tradition seines Rechtswesens eine starke Fokussierung der Forschung auf

¹⁶⁶ S. z. B. *Ruehli* (Fn. 158); verschiedene Beiträge in *K. Bohr u. a. (Hrsg.), Unternehmensverfassung als Problem der Betriebswirtschaftslehre*, Berlin 1981; *A. von Werder, Organisationsstruktur und Rechtsform*, Wiesbaden 1986; *C. Ott, H. B. Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts*, Heidelberg 1993; *P. Hommelhoff, K. J. Hopt, A. von Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance*, 2. Aufl., Stuttgart/Köln 2009; *C. E. Hauschka (Hrsg.), Corporate Compliance*, München 2007.

gesetzliche Regelungen bestand, was durch national wirksame Rechtsprechung und insbesondere ab 1933 durch Verordnungen weiter verfestigt wurde, während in den USA die betriebswirtschaftlichen Bedürfnisse auch beispielsweise in der Kostenrechnung unmittelbare Impulse auf das Fach ausübten,¹⁶⁷ Dies könnte analog für die Volkswirtschaftslehre gelten und ein Grund dafür sein, dass die deutsche Wirtschaftswissenschaft im Laufe des letzten Jahrhunderts bis in die 70er Jahre den Anschluss an die internationale Entwicklung verloren hatte.

2. Einfluss der Wirtschaftswissenschaft auf das Recht

Der faktische Einfluss der Wirtschaftswissenschaft auf das Recht ist nur in seltenen Fällen individuell zu ermitteln. Eine Wirkungsanalyse ist auch insofern schwierig, als sich das ökonomische Effizienzdenken in den letzten Jahrzehnten gesamtgesellschaftlich durchgesetzt und daher auch ohne theoretische Modelle gewirkt hat, wobei Ideologie und ökonomische Scheinrationalität nicht immer zu trennen sind, vor allem wenn konkrete Zahlen zu ermitteln sind. Zudem werden die theoretischen Erkenntnisse von den einen im Sinne einer Deregulierung eingesetzt (bzw. instrumentalisiert) (Chicago School), von anderen aber auch um Regulierungsbedarf zu rechtfertigen (z. B. Umwelt, Soziales).

Betrachtet man den Einfluss nach Wirkungsebenen (hier beschränkt auf Deutschland und Europa), kann man zumindest Folgendes feststellen:

Am deutlichsten spürbar wird der Einfluss im Bereich der Gesetzgebung: So werden manche wirtschaftswissenschaftlichen Konzepte (wenn auch oft sehr vereinfacht) von der Politik rezipiert, fließen in Gesetzesvorhaben ein und finden sich so in den Zielsetzungen, Konzepten, Regulierungsmodalitäten usw. wieder. Eine wichtige verfahrenstechnische Grundlage hierfür bildet die Tatsache, dass auf Europa- und Bundesebene (außerdem in manchen Bundesländern) eine Gesetzesfolgenanalyse zum Standardrepertoire des Gesetzgebungsverfahrens gehört, die nicht nur prospektiv, sondern auch begleitend oder retrospektiv eine Abschätzung der Auswirkung von (Regulierungs-)Gesetzen vornimmt.¹⁶⁸ Diese Analysen sind zwar nicht rein ökonomisch ausgerichtet, sondern berücksichtigen auch soziale, politisch oder ggf. kulturelle Aspekte, aber insbesondere die Folgekosten (hier wiederum Bürokratiekosten) spielen bei der Bewertung eine zentrale Rolle.¹⁶⁹

Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang daran, dass die Rechtstatsachen- und Rechtswirkungsforschung (die allerdings primär soziologisch und nicht wirtschaftswissenschaftlich orientiert ist) allgemein Prozesse der Rechtsetzung, Rechtsanwendung, Rechtsdurchsetzung, Rechtsakzeptanz und Rechtsentwicklung dokumentiert und analysiert^{170 171}.

Im Bereich der Rechtsprechung gibt es zwar Ansatzpunkte für eine (richterliche) Auslegung unter Berücksichtigung ökonomischer Argumente, aber die deutsche Rechtspre-

¹⁶⁷ Brockhoff (Fn. 8), S. 227.

¹⁶⁸ Grundlegend zu Methoden und Vorgehensweisen C. Böhrer, G. Konzendorf, Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung, Baden-Baden 2001; Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung, Berlin 2000.

¹⁶⁹ S. K. Bizer, M. Führ, Praktisches Vorgehen in der interdisziplinären Institutionenanalyse. Ein Kompaktleitfaden, sofia-Diskussionsbeiträge 14-7, Darmstadt 2014 (<http://www.sofia-darmstadt.de/diskussion.0.html>); Baer (Fn. 38), § 9, Rn. 38 ff.

¹⁷⁰ Baer (Fn. 38), § 2 Rn. 69 nennt dies ‚dienende Wissensproduktion‘.

¹⁷¹ S. z. B. Wirkungsforschung zum Recht, Bd. I hrsg. v. H. Hof, G. Lübke-Wolff, Bd. II hrsg. v. H. Hill, H. Hof, Bd. III hrsg. v. H. Hof, M. Schulte, Bd. IV hrsg. v. U. Karpen, H. Hof, Baden-Baden 1999-2003; Rodi (Fn. 109); Rodi (Fn. 91), S. 144 ff.

chung vermeidet es, explizit hierauf Bezug zu nehmen, auch wenn faktisch ökonomische Überlegungen (von denen man aber nicht weiß, ob man sie wirklich wirtschaftswissenschaftlich (bzw. effizienzorientiert) nennen soll) immer wieder in Urteile einfließen.¹⁷² Auch der EuGH ist bislang zurückhaltend, ausdrücklich ökonomisch zu argumentieren.¹⁷³ Allerdings sind immer dann, wenn z. B. Effizienzmaßstäbe gesetzlich fixiert sind, auch die Gerichte hieran gebunden.

Bei der Umsetzung gesetzgeberischer Ziele und Konkretisierung von Generalklauseln ist zumindest im Verwaltungsrecht der Einfluss ökonomischen Denkens sehr real. So wurde in Deutschland das New Public Management insbesondere unter den Begriffen ‚Neues Steuerungsmodell (NSM)‘, ‚Kommunales Steuerungsmodell (KSM)‘ (manchmal auch als ‚Neues kommunales Finanzmanagement‘ bezeichnet) konkretisiert (im Übrigen auch in der Justiz).¹⁷⁴

Dabei überrascht es nicht, dass rechtsbereichsbezogen der faktische Einfluss vor allem in den wirtschaftsrechtlichen Materien relevant ist.

Die Verschränkung des Kartellrechts mit wirtschaftswissenschaftlichen Einsichten über das Wettbewerbsgeschehen führt dazu, dass wechselnde ökonomische Strömungen um die wettbewerbspolitische Orientierung nicht nur in der Kartellrechtsgesetzgebung, sondern auch der Kartellrechtsanwendung konkurrieren. (z. B. der ‚more economic approach‘ der EU-Kommission mit einem wohlfahrtsökonomischen Ansatz statt Verböten freiheitsbeschränkender Verhaltensweisen).¹⁷⁵

Auch im Kapitalmarktrecht ist der Effizienzbegriff längst zur gängigen Münze geworden, aus dem Gesellschaftsrecht sind rechtsökonomische Erkenntnisse nicht mehr wegzudenken, auch wenn das Effizienzziel weniger häufig angesprochen wird; im Wettbewerbsrecht spielt die Effizienzgedanke dagegen bisher nur eine untergeordnete Rolle.¹⁷⁶ Auch im Bereich der Netzwirtschaft (Telekommunikation, Energie) z. B. haben ökonomische Argumente, die ihrerseits wissenschaftlich argumentiert werden, einen wichtigen (liberalisierenden) Einfluss ausgeübt.¹⁷⁷

Im Internationalen Handels- und Wirtschaftsrecht sind die ökonomischen Theorien des Freihandels absolut dominierend, und auch die Idee des Wettbewerbs der Rechtsordnungen spielt in der Praxis (z. B. im Steuer-, Sozial- und Arbeitsrecht) eine herausragende Rolle.

¹⁷² G. Janson, *Ökonomische Theorie im Recht. Anwendbarkeit und Erkenntniswert im allgemeinen und am Beispiel des Arbeitsrechts*, Berlin 2004, S. 201-203.

¹⁷³ Franck (Fn. 133), § 5, Rz. 47-61.

¹⁷⁴ S. Voßkuhle (Fn. 153), Rz 53 ff m.w.N., sowie die Informationen auf den Webseiten der Kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement, <http://www.kgst.de/themenfelder/organisationsmanagement/organisatorische-grundlagen/neues-steuerungsmodell.dot>.

¹⁷⁵ T. Ackermann, *Europäisches Kartellrecht*, in: Riesenhuber (Fn. 133), § 21 Rz 21.

¹⁷⁶ H. Fleischer, D. Zimmer, *Effizienzorientierung im Handels- und Wirtschaftsrecht*, in: H. Fleischer, D. Zimmer (Hrsg.), *Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht*, Frankfurt/Main 2008, S. 9 ff (15); S. Kalss, *Kapitalmarktrecht*, in: Riesenhuber (Fn. 133), § 20, Rz. 37.

¹⁷⁷ S. z. B. Ruthig, Storr (Fn. 35), Rn 17, Rodi (Fn. 91), S. 228-31.

E. Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft

I. Einleitung

Abschließend ist zu prüfen, wie die beiden Wissenschaften sich (in Deutschland) gegenseitig beeinflussen bzw. rezipieren.

Historisch betrachtet¹⁷⁸ haben beide gemeinsame Wurzeln in der Moralphilosophie und Staatswissenschaft. Obschon die Rechtswissenschaft sich früher verselbständigte (ab Ende des 11. Jhdts) als die Wirtschaftswissenschaft (ab Mitte des 17. Jhdts)¹⁷⁹, war es lange Zeit selbstverständlich, dass beide Dimensionen gemeinsam betrachtet und behandelt wurden. Dabei ist der Einfluss der Naturrechtsphilosophie die wesentliche wissenschafts- und geistesgeschichtliche Gemeinsamkeit, aufgrund ihrer Vielschichtigkeit aber auch die Ursache für je nach Fachrichtung und Land unterschiedlich verlaufende spätere Entwicklungen.¹⁸⁰

In gewissem Umfang (s. insbesondere auch die Bedeutung der ‚Historischen Schulen‘ in beiden Wissenschaften, aber auch die konsequente Ablehnung der Pandektisten, sich mit der neuen wirtschaftlichen Realität zu befassen¹⁸¹) zieht sich dies hin bis zum Beginn des 20. Jhdts, als die letzten (sozialwissenschaftlichen) ‚Universalgelehrten‘ wie insbesondere M. Weber in ‚Personalunion‘ die disziplinären Grenzen überbrückten.

Mit Ausnahme der Freiburger Schule¹⁸² haben sich die beiden Disziplinen danach weitgehend entfremdet. Erst mit dem Erstarren der Sozialwissenschaften und in einem Klima einer größeren interdisziplinären Offenheit in den Geistes- und Sozialwissenschaften hat es ab den sechziger Jahren wieder Annäherungen gegeben¹⁸³, die sich dann Ende der siebziger Jahre unter dem Einfluss der (aus den USA ‚importierten‘) ökonomischen Analyse des Rechts intensiviert haben.

Die nachfolgende Darstellung wird sich trotz interessanter historischer Ansätze auf die derzeitige Lage beschränken.

II. Einfluss der Wirtschafts- auf die Rechtswissenschaft

1. Potenziell

Der Einfluss der Wirtschafts- auf die Rechtswissenschaft wäre grundsätzlich in folgenden Punkten möglich:

- Zunächst kann die positive Wirtschaftswissenschaft als Lieferant von Fakten und Informationen der Rechtswissenschaft ‚zuarbeiten‘, indem sie als Realwissenschaft deren Lücken und Defizite kompensiert, d. h. Informationen liefert, die zum

¹⁷⁸ Zur Geschichte von ‚Law and Economics‘ s. z. B. *Pearson* (Fn. 115); *Mackaay* (Fn. 103) m. w. N.; *C. K. Rowley*, An intellectual history of law and economics: 1739-2003, in: *F. Parisi, C. K. Rowley*, The origins of law and economics. Essays by the founding fathers, Cheltenham 2005, S. 3 ff.

¹⁷⁹ *Ch. Zöpel*, Ökonomie und Recht, Stuttgart 1974, S. 52.

¹⁸⁰ *Zöpel* (Fn. 179), S. 95 ff.

¹⁸¹ *H. Mohnhaupt*, Zum Verhältnis und Dialog zwischen Volkswirtschaftslehre und Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert, in: *Kervégan, Mohnhaupt* (Fn. 79), S. 127 ff.

¹⁸² *Böhm* (Fn. 81).

¹⁸³ S. den Tagungsband von *L. Raiser, H. Sauer mann, E. Schneider* (Hrsg.), Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Schriften des Vereins für Socialpolitik NF 33, Berlin 1964.

Verständnis der Rechtsnormen (und der geregelten Sachverhalte) und zum wissenschaftlichen Umgang hiermit benötigt werden.

- Als theoretische positive Wissenschaft kann sie der Rechtswissenschaft auch standardisierte Einsichten liefern über das Verhalten der Normadressaten, über die Funktionsweise der Wirtschaft, über Steuerungstechniken usw., oder auch Konzepte und Systeme, welche eine sinnvolle wissenschaftliche Beschäftigung insbesondere mit genuin wirtschaftsrechtlichen Materien ermöglichen oder erleichtern.
- Die empirische positive Wirtschaftswissenschaft kann Fakten über die Wirtschaft und die Gesellschaft, aber auch über das Recht, aufdecken, welche die Rechtswissenschaft (hier die Dogmatik) inspirieren oder zur Weiterentwicklung der Dogmatik (und des Rechts) veranlassen.
- In ihrer normativen Variante kann die Wirtschaftswissenschaft nicht nur positive Normen, sondern auch ihre rechtswissenschaftliche Fundierung in Frage stellen bzw. zu einer Vertiefung und Präzisierung zwingen (z. B. Gerechtigkeit vs. Effizienz).
- Sie kann als normative Wissenschaft auch auf die Methodenlehre Einfluss ausüben, indem sie z. B. aufzeigt, dass die Berücksichtigung von Rechtsfolgen bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden sollten, und wie dies erfolgen könnte.

2. Tatsächlich

Solange die Wirtschaftswissenschaft in ihrer positiven Ausprägung auftritt, werden die hiervoor beschriebenen Funktionen auch von der Rechtswissenschaft grundsätzlich akzeptiert, da hier Erstere die Funktion einer Hilfswissenschaft übernimmt.¹⁸⁴ In der Praxis ist jedoch nicht zu erkennen, dass die Rechtswissenschaft davon für ihre eigene theoretische bzw. methodische Weiterentwicklung oder für ihre konkrete Arbeit mit dem Recht in der Breite aktiv Gebrauch machen würde. Eine Ausnahme bilden hier nur jene Wissenschaftler, die sich aktiv mit der Rechtsökonomik beschäftigen. Herrschende Meinung (sofern hier überhaupt eine Meinungsbildung vorliegt) ist wohl, dass die Erkenntnisse allenfalls in die Gesetzgebungsarbeit einfließen sollen.¹⁸⁵

Gegenüber der normativen Wirtschaftswissenschaft verhält sich die Rechtswissenschaft hingegen weitestgehend ablehnend, wobei eine einigermaßen intensive Beschäftigung bislang auch nur im Verhältnis zur ökonomischen Analyse des Rechts stattgefunden hat. Abgesehen von einigen Befürwortern, die in dem Bereich i. d. R. dann auch forschend aktiv sind¹⁸⁶, sind die Rechtswissenschaftler skeptisch bis ablehnend¹⁸⁷, in den meisten Fällen allerdings auch, ohne sich näher mit der Thematik

¹⁸⁴ *Raisch, Schmidt* (Fn. 20), S. 143 ff. (158, 161).

¹⁸⁵ S. z. B. *Eidenmüller* (Fn. 22); *van Aaken* (Fn. 79), S. 25, wohl auch *Rüthers, Fischer, Birk* (Fn. 13), Rn. 303-307a. Das bedeutet aber keineswegs, dass in der Praxis der Gerichte, Verwaltungen und Unternehmen die Folgenbetrachtung keine Rolle spielen würde: s. z. B. *Rodi* (Fn. 91), S. 17. *Lieth* (Fn. 112) untersucht, wie die Ökonomische Analyse des Rechts für die Methodenlehre nutzbar gemacht werden kann, stellt aber auch fest, dass diese in Deutschland keinen großen Einfluss hat (S. 32).

¹⁸⁶ Wobei anzumerken ist, dass die Forscher zur Rechtsökonomik in Deutschland überwiegend Ökonomen sind oder zumindest auch eine ökonomische Ausbildung besitzen. S. *K. Grechenig, M. Gelter*, Divergente Evolution des Rechtsdenkens – Von amerikanischer Rechtsökonomik und deutscher Dogmatik, *RabZS* Bd. 72 (2008), S. 513 ff (516 ff)

¹⁸⁷ S. paradigmatisch bereits *Raisch, Schmidt* (Fn. 20), S. 164: „*Es ist zwischen Nützlichkeit und Verbindlichkeit ökonomischer Aussagen zu trennen.*“ Zur ökonomischen Analyse des Rechts s. z. B. *B. Hotz*, Ökonomische Analyse des Rechts – eine skeptische Betrachtung, *WuR* 1982, S. 293 ff; *P. Salje*,

auseinander gesetzt zu haben. Falls doch, beschränkt sich die Analyse i. W. auf das Effizienzkonzept¹⁸⁸. Auch hier ist die h. M., dass nur der Gesetzgeber, nicht aber die Gerichte legitimiert sind, den Effizienzmaßstab anzuwenden.¹⁸⁹

Die Gründe hierfür reichen von einer grundsätzlichen Abwehrhaltung gegenüber einer als ‚imperialistisch und kolonisierend‘ empfundenen Wissenschaft¹⁹⁰ über das als welt- und rechtsfremd erachtete Rationalitäts- und Verhaltensmodell des homo oeconomicus und des damit verbundenen Menschenbilds¹⁹¹ bis zur fehlenden fachlichen Kompetenz im Umgang mit anspruchsvollen Theoriegebäuden.¹⁹²

Soweit überhaupt vorhanden ist das rechtswissenschaftliche Interesse an der Ökonomie¹⁹³ ein reaktives, exogen durch gesetzliche Vorgaben motiviertes, soweit es für die Interpretation des Norm- oder Gesetzeszwecks benötigt wird. Ökonomische Befunde werden selektiv und instrumentell rezipiert.¹⁹⁴

Letztlich fehlt der Rechtswissenschaft vor allem – und hier erhält sie auch keine Unterstützung durch die Wirtschaftswissenschaft – eine tragfähige Rezeptionstheorie zur Integration nichtjuristischer Erkenntnisse und Methoden.¹⁹⁵

III. Einfluss der Rechts- auf die Wirtschaftswissenschaft

Einen wie auch immer gearteten Einfluss der Rechts- auf die Wirtschaftswissenschaft scheint es in neuerer Zeit nicht zu geben, nicht einmal ein Konzept, worin dies bestehen könnte. Zwar verweisen die Juristen in ihrer Abwehrgeneration gegenüber der Wirtschaftswissenschaft gerne auf das ‚spezifisch Juristische‘, belassen es dann aber bei dieser Aussage, ohne diesen wichtigen Punkt zu vertiefen.

Auch die Wirtschaftswissenschaft sieht offenbar keinen Grund darin, sich von der Rechtswissenschaft inspirieren zu lassen oder sich mit den Problemen der Interdisziplinarität theoretisch zu beschäftigen¹⁹⁶. Insbesondere die Volkswirtschaftslehre

Ökonomische Analyse des Rechts aus deutscher Sicht, *Rechtstheorie* 15 (1984), S. 277 ff.; *K. H. Fezer*, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, *JZ* 1986, S. 817 ff.; *C. Ott, B. Schäfer*, Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, *JZ* 1988, S. 213 ff.; *H. Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl., Tübingen 2005; *K. Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit, 3. Aufl., Berlin 2009.

¹⁸⁸ S. vorige Fn. Zu den geistesgeschichtlichen Grundlagen der Forderung nach Effizienz s. *Martini* (Fn. 190), S. 144 ff.

¹⁸⁹ S. *Eidenmüller* (Fn. 187), S. 12-13, 393 ff.

¹⁹⁰ Dieselbe Haltung gab es zuvor schon gegenüber der Soziologie.

¹⁹¹ *Lüdemann* (Fn. 122), S. 7 ff (12-23); ausführlich aus der Sicht der (allgemeinen) Ökonomik *Homann, Suchanek* (Fn. 136), S. 363-411. S. auch *M. Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung. Möglichkeiten und Grenzen einer marktgesteuerten staatlichen Verwaltung des Mangels, Tübingen 2008, 169 ff zum Menschenbild der Ökonomik und dem des Rechts.

¹⁹² S. bereits *D. Grimm*, Vorwort, in: *Ders.* (Fn. 20), S. 1 ff (8). Soweit erkennbar besitzen die meisten Juristen, die sich näher mit der Ökonomie beschäftigen, auch einen akademischen wirtschaftswissenschaftlichen (i. d. R. volkswirtschaftlichen) Abschluss.

¹⁹³ *H. Schlosser*, Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte, 10. Aufl., Heidelberg 2005, S. 294 f erwähnt immerhin die Ökonomische Analyse des Rechts.

¹⁹⁴ *Magen* (Fn. 141), S. 12-13. Ähnlich *V. Winkler*, Some Realism about Rationalism: Economic, Analysis of Law in Germany, 6 *German Law Journal* 1033 (1035) (2005) (<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=611>).

¹⁹⁵ *Lüdemann* (Fn. 122), S. 49.

¹⁹⁶ Dies könnte auch in der Geringschätzung der amerikanischen ‚Law&Economics‘-Wissenschaftler für die dortige ‚doctrine‘ zusammenhängen, die nicht mit der deutschen Rechtswissenschaft vergleichbar ist.

beschränkt sich darauf, Recht als Untersuchungsgegenstand zu sehen und ihre Methoden darauf anzuwenden. Einen weitergehenden Dialog mit der Rechtswissenschaft scheint sie nicht zu suchen, eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem spezifisch ‚Juristischen‘ ist nicht zu erkennen. Die Betriebswirtschaftslehre scheint Letzterem gegenüber aufgeschlossener, in der Praxis aber auch nicht engagierter.

Aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive ist die Rechtswissenschaft grundsätzlich eine Hilfswissenschaft, die dann nützlich wird, wenn es gilt, zu klären, was Recht ist oder welchen Zweck eine Rechtsregel im Einzelfall hat¹⁹⁷, oder um ökonomische Theorien in Gesetze und Urteile einfließen zu lassen bzw. die ‚richtige‘ wirtschaftspolitische Lösung oder passende Managementgestaltung mit minimalen Nebenfolgen zu realisieren.¹⁹⁸

Eine wesentliche Ausnahme bildet hier die Ordnungsökonomik, in der (vielleicht als Spätfolge der staatswissenschaftlichen Tradition) nicht nur in der Freiburger Schule eine Zusammenarbeit mit der Rechtswissenschaft als ‚normal‘ betrachtet wurde,¹⁹⁹ was allerdings nie bedeutete, dass die Ökonomen eine Beeinflussung durch die Rechtswissenschaft in Betracht gezogen hätten.²⁰⁰

Auch die Bereiche Steuern und Finanzwissenschaft (daneben noch Rechnungslegung) haben eine herausragende interdisziplinäre Stellung²⁰¹, aber Juristen haben den Ökonomen hier weitgehend das Feld überlassen, nicht nur in der Praxis, sondern auch auf wissenschaftlicher Ebene.

F. Fazit

Die hier verwendete Methode konnte dem Ziel, einen systematischen Überblick über diese komplexe Materie der Beziehungen und Wechselwirkungen zwischen Recht und Wirtschaft zu verschaffen, weitestgehend gerecht werden. Die getrennte Betrachtung der verschiedenen Interdependenzen zeigt eine Vielschichtigkeit des Themas, die selbst den in diesem Bereich Tätigen bzw. Forschenden nur ansatzweise bewusst zu sein scheint. Dies könnte auch der Grund dafür sein, dass es bislang keinen vergleichbaren Versuch der Systematisierung gibt.

Der Überblick zeigt auch, dass die wissenschaftliche Aufarbeitung dieser Interdependenzen zwar einen erheblichen Umfang gewonnen hat, letztlich aber wenig systematisch und koordiniert erfolgt, und dies sowohl intra- als auch interdisziplinär.

Beide Wissenschaften neigen zudem dazu, auf der Metaebene zu verharren und nicht nur die Frage der Nutzbarkeit und Umsetzung ihrer Erkenntnisse in der Praxis zu vernachlässigen, sondern ganze Realitätsbereiche auszublenden. Dies gilt insbesondere für den gesellschaftlichen Teilbereich, in dem Recht und Wirtschaft in der täglichen Praxis aufeinander treffen und sowohl Juristen als auch Nichtjuristen außerhalb von Legislative, Judikative und Exekutive Wert schöpfen wollen, ohne Unrecht zu tun.

¹⁹⁷ Engel (Fn. 121), S. 391 ff.

¹⁹⁸ Mertens, Kirchner, Schanze (Fn. 37), S. 53; Grimm (Fn. 20); P. Hommelhoff, D. Matteus, Management und Recht, in: Handwörterbuch der Unternehmensführung und Organisation, 4. Aufl., Stuttgart 2004, Sp. 780 ff.

¹⁹⁹ Raisch, Schmidt (Fn. 20), S. 151; H. G. Krüsselberg, Wirtschaftswissenschaft und Rechtswissenschaft, in: Grimm (Fn. 20), S. 168 ff (168, 190 ff). Als didaktisches Beispiel für eine interdisziplinäre Darstellung, die alte und neue Institutionenökonomik und Recht verbindet, s. H. Kaminski, M. Koch, Die Wirtschaftsordnung als Institutionen- und Regelsystem, Braunschweig 2005.

²⁰⁰ Pearson (Fn. 115), S. 150-151.

²⁰¹ Weber, von Beckerath (Fn. 165); Gantner, Thöni (Fn. 91).

In allen Bereichen, in denen die gesellschaftlichen Akteure Recht und Wirtschaft praktisch ‚unter einen Hut bringen‘ müssen, wird dies nicht ohne ein Verständnis der jeweiligen Zusammenhänge und bestmöglichen Entscheidungen möglich sein. Dazu ist ein Überblick wie der vorliegende hilfreich, vor allem aber eine solide bidisziplinäre Ausbildung erforderlich. Auch dieses Kompetenz- bzw. Qualifikationsproblem wird in der umfangreichen gesichteten Literatur zwar immer wieder am Rande erwähnt, aber nicht vertieft.

Insbesondere die seit zwei Jahrzehnten bestehenden wirtschaftsjuristischen Studiengänge leisten hier in gewissem Sinne Pionierarbeit. Allerdings gibt es auch hierzu bislang nur Praxiseinsichten, aber keine Konzepte und empirischen Überprüfungen.

Der vorliegende Überblick birgt also zahlreiche Ansatzpunkte, in denen ein Bedarf nach weiterer Vertiefung zum Ausdruck kommt. Dabei ist Verwertbarkeit in Praxis und Ausbildung zwar kein zwingendes Ziel, aber der Mehrwert einer solchen Ausrichtung käme einer besseren Koordination von Recht und Wirtschaft und einer erfolgreicherer Zusammenarbeit von Rechts- und Wirtschaftswissenschaft sehr zugute.

Abgeschlossen Mai 2015

www.logos-verlag.de unter ‚Zeitschriften‘

www.w-hs.de/ReWir

URN: [urn:nbn:de:hbz:1010-opus4-2604](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:1010-opus4-2604) (www.nbn-resolving.de)

URL: <https://whge.opus.hbz-nrw.de/frontdoor/index/index/docId/260>

Impressum: Westfälische Hochschule, Fachbereich Wirtschaftsrecht, August-Schmidt-Ring 10
D - 45665 Recklinghausen, www.w-hs.de/wirtschaftsrecht



Dieser Text steht unter der Lizenz ‚Namensnennung- Keine kommerzielle Nutzung - Keine Bearbeitung 3.0 Deutschland‘ (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de/>)

Vertrieb: Logos Verlag Berlin GmbH
Comeniushof, Gubener Straße 47
10243 Berlin
<http://www.logos-verlag.de>

logos

