
Recht, Ökonomie und Realität

ANDREAS HEINEMANN

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	21
I. Kulturschock	22
1. Effizienz	22
2. <i>Common Law</i> und <i>Civil Law</i>	24
3. Überlegungen <i>de lege lata</i> und <i>de lege ferenda</i>	25
4. Das Verhältnis von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften....	25
5. Ergebnis.....	26
II. Das Verhältnis der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften zur Realität	26
1. Vorbemerkung	26
2. Rechtswissenschaft und Realität	27
3. Wirtschaftswissenschaften und Realität	28
a) <i>Homo oeconomicus</i> -Hypothese	28
b) Statik und Dynamik	29
4. Fazit.....	30
III. Der verhaltenswissenschaftliche Ansatz und das Recht	31
1. Ausgangspunkt	31
2. Rechtspolitische Konsequenzen	32
3. Paternalismus?.....	33
4. Anwendungsbeispiel: <i>Behavioural Antitrust</i>	34
a) Hintergrund.....	34
b) Marktabgrenzung	35
c) Vertikale Wettbewerbsabreden	36
d) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	37
5. Fazit.....	37
IV. Rechtsökonomik und der Freiheitsbegriff.....	38
1. Ziele im Wettbewerbsrecht.....	38
2. Abmilderung der Gegensätze	39
V. Ausblick.....	40

Einleitung

Peter Nobel nimmt im schweizerischen Wirtschaftsrecht als Vordenker, Akteur und Chronist eine zentrale Rolle ein. Neben einer intensiven praktischen Tätigkeit hat er ein umfangreiches wissenschaftliches Werk vorgelegt, das einerseits zahlreiche wirtschaftsrechtliche Einzelthemen behandelt, anderer-

seits Orientierung durch die Herstellung übergreifender Zusammenhänge stiftet. Eines seiner Lebensthemen ist die ökonomische Analyse des Rechts. Durchweg finden sich rechtsökonomische Ausführungen in seinen Schriften.¹ Seine *Law & Economics*-Tagungen sind eine zentrale Plattform für das Fach in der Schweiz geworden.² Als *Spiritus Rector* der *Law & Economics*-Programme der Universität St. Gallen³ hat der Jubilar die Rechtsökonomik auch zum Gegenstand spezialisierter Studiengänge gemacht.

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, warum nach Jahrzehnten rechtsökonomischer Bemühungen die Distanz zwischen den Rechts- und Wirtschaftswissenschaften immer noch relativ gross ist, vor allem in Bezug auf wirtschaftsferne Lebensbereiche, aber auch teilweise im Wirtschaftsrecht selber (I.). Als einer der Gründe wird die unterschiedliche Einstellung zur Realität in den Rechts- und Wirtschaftswissenschaften identifiziert (II.). Der verhaltenswissenschaftliche Ansatz verspricht hier Abhilfe. Sein Potential soll am Beispiel des Wettbewerbsrechts veranschaulicht werden (III.). Die Analyse wäre nicht vollständig ohne einen Blick auf den Freiheitsbegriff, der von manchen auf grundsätzliche Weise der Rechtsökonomik entgegengehalten wird (IV.).

I. Kulturschock

1. Effizienz

Zunächst ist es nützlich, in Erinnerung zu rufen, warum *Law & Economics* im Recht auf so viel Widerstand gestossen ist und selbst nach mehreren Jahrzehnten immer noch stösst. Ein aufschlussreiches Beispiel ist der Konflikt von Ackerbau und Viehzucht, den RONALD H. COASE in seinem epochalen Aufsatz *The Problem of Social Cost* in den Mittelpunkt stellt.⁴ Wer hat den Schaden zu tragen, wenn streunendes Vieh das Getreide auf dem Feld be-

¹ Herausgegriffen sei nur NOBEL PETER, Zur Koexistenz von Recht und Ökonomie: Ökonomische Analyse des Rechts als Aufforderung zum Dialog, in: Dubs Rolf/Hangartner Yvo/Nydegger Alfred (Hrsg.), Der Kanton St. Gallen und seine Hochschule – Beiträge zur Eröffnung des Bibliotheksbaus, St. Gallen 1989, 454 ff.

² S. NOBEL PETER (Hrsg.), *New Frontiers of Law and Economics*, Series in Law and Economics, Band 1, Zürich 2006; NOBEL PETER/GETS MARINA (Hrsg.), *Law and Economics of Risk in Finance*, Series in Law and Economics, Band 2, Zürich 2007; NOBEL PETER/KREHAN KATRIN/TANNER ANNE-CATHERINE (Hrsg.), *Law and Economics of Global Financial Institutions*, Series in Law and Economics, Band 3, Zürich 2010; NOBEL PETER/BENEVENUTO RACHEL (Hrsg.), *Law and Economics of Money and Currency*, Series in Law and Economics, Band 4, Zürich 2012; NOBEL PETER/KREHAN KATRIN/VON INS PHILLIP (Hrsg.), *Law and Economics of International Arbitration*, Series in Law and Economics, Band 5, Zürich 2014.

³ S. SCHANZE ERICH, Rechtsökonomik im Wirtschaftsrecht – Ein erfolgreicher Brückenschlag zweier Studiengänge, NZZ vom 11./12. März 2006, 31.

⁴ COASE RONALD H., *The Problem of Social Cost*, 3 *The Journal of Law & Economics* 1, 2 ff. (1960).

schädigt? Während das Recht klassischerweise dem Ackerbauern einen Schadenersatzanspruch zusprechen würde, wenn der Viehzüchter den Schaden widerrechtlich und fahrlässig zugefügt hat, führt das Effizienzkriterium der Rechtsökonomik zu dem Ergebnis, dass der *cheapest cost avoider* die Einbusse zu tragen hat. Ist es für den Ackerbauern billiger, das Feld einzuzäunen als für den Viehzüchter, das Vieh zurückzuhalten, hat der Bauer den Schaden zu tragen. «Traditionelle Juristen» werden mit diesem Ergebnis nicht einverstanden sein.⁵

Die Verabsolutierung des Effizienzkriteriums schafft grosse Distanz zur Rechtswissenschaft. Abgesehen von dem durch das Beispiel tangierten Fairnessgedanken ist Juristen das Denken mit einer Vielzahl von Werten und Schutzgütern inhärent. Wertekonflikte und Wertewandel sind an der Tagesordnung. Für Wertantinomien bestehen nur selten klare Vorrangregeln; der Regelfall sind Abwägungsvorgänge. Es ist nicht sonderlich erstaunlich, dass Spannungen entstehen, wenn Wertpluralität durch den Hinweis auf Effizienz beiseitegeschoben wird. Das Recht verteidigt verschiedene Schutzgüter und möchte diesen Schutz auch durchsetzen. Provokativ erscheint vor diesem Hintergrund der typisch rechtsökonomische Satz: «To economists, sanctions look like prices».⁶ Juristen verweisen demgegenüber auf den normativen Anspruch rechtlicher Regeln. Die Ablehnung des Preischarakters von Sanktionen kommt prägnant in folgendem Witz aus Österreich zum Inhalt einer Strafrechtsnorm zum Ausdruck:

«Wer auf einen Bundesminister schießt, wird mit 5 Jahren Gefängnis bestraft; wer auf den Bundeskanzler schießt, wird zu 10 Jahren Gefängnis verurteilt. Auf den Bundespräsidenten darf überhaupt nicht geschossen werden.»⁷

Das Beispiel veranschaulicht auch, wie sehr die Spannungen dadurch gesteigert werden, dass die rechtsökonomische Methode es nicht bei der Analyse vermögensbezogener Sachverhalte belässt, sondern Anwendung auf jegliches Verhalten beansprucht, z.B. die Familie, das Strafrecht und politische Wahlen.⁸ Gegenbewegungen, die dafür plädieren, wirtschaftsferne Lebensbereiche dem ökonomischen Kalkül zu entziehen, kommen eher aus dem philo-

⁵ COOTER ROBERT/ULEN THOMAS, *Law & Economics*, 6. Aufl., Boston 2012, 82.

⁶ COOTER/ULEN (FN. 5), 3.

⁷ Bericht von MORLOK MARTIN, *Vom Reiz und vom Nutzen, von den Schwierigkeiten und den Gefahren der Ökonomischen Theorie für das Öffentliche Recht*, in: Engel Christoph/Morlok Martin (Hrsg.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung*, Tübingen 1998, 15.

⁸ GARY S. BECKER erhielt 1992 den Alfred-Nobel-Gedächtnispreis für Wirtschaftswissenschaften «for having extended the domain of microeconomic analysis to a wide range of human behaviour and interaction, including nonmarket behaviour». S. beispielsweise BECKER GARY S., *Familie, Gesellschaft und Politik – die ökonomische Perspektive*, Tübingen 1996.

sophisch-ethischen Spektrum als aus den Wirtschaftswissenschaften.⁹ Die Verabsolutierung des Effizienzkriteriums in den marktfernen Sphären sorgt für die grössten Reibungen. Aber selbst innerhalb des Wirtschaftsrechts ist das Effizienzziel nicht allgemein anerkannt. Während im US-amerikanischen Antitrustrecht die Effizienz als einziges Ziel von der Praxis und der herrschenden Lehre akzeptiert ist, herrscht in Europa ein Grundsatzstreit darüber, ob das Wettbewerbsrecht auf das Ziel der Wettbewerbsfreiheit, die Effizienz oder auf andere Schutzgüter bzw. Gruppen von Schutzgütern verpflichtet ist.¹⁰ Auf diese Grundsatzfrage wird zurückzukommen sein.¹¹

2. *Common Law und Civil Law*

Die Rechtsökonomik ist aufgrund ihrer Herkunft aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis stark vom *Common Law* geprägt. Hier sind die Vorgaben anders als im *Civil Law* mit seiner weniger starken Fallorientierung und dem Vorrang der Gesetzesinterpretation.¹² So besteht im *Common Law* nicht automatisch ein Anspruch auf «*specific performance*», während im kontinental-europäischen Recht der Anspruch auf Vertragserfüllung fundamental ist. Es liegt auf der Hand, dass das Konzept der effizienten Vertragsverletzung (*efficient breach*)¹³ im *Civil Law* einen niedrigeren Stellenwert hat, da die Verletzung vertraglicher Pflichten nicht nur Sekundäransprüche auf Schadenersatz auslöst, sondern gerade auch Primäransprüche auf Erfüllung des Vertrags zur Verfügung stehen.¹⁴

⁹ S. z.B. SANDEL MICHAEL J., Was man für Geld nicht kaufen kann – Die moralischen Grenzen des Marktes, Berlin 2012.

¹⁰ S. die Beiträge in dem bemerkenswerten Band von ZIMMER DANIEL (Hrsg.), The Goals of Competition Law, Cheltenham 2012.

¹¹ S. hinten IV.

¹² Relativierend im Hinblick auf die Bedeutung des «*common law/civil law divide*» für den Stellenwert von *Law & Economics* aber LANNEAU RÉGIS, To What Extent Is the Opposition Between Civil Law and Common Law Relevant for Law and Economics?, in: Mathis Klaus (Hrsg.), Law and Economics in Europe – Foundations and Applications, Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship, Band 1, Dordrecht 2014, 23 ff.

¹³ S. POSNER RICHARD A., Economic Analysis of Law, 9. Aufl., New York 2014, 128 ff.

¹⁴ Zum Gegensatz von *at law* und *in equity* und zu den Voraussetzungen eines (nur ausnahmsweise bestehenden) Anspruchs auf Vertragserfüllung im Common Law s. ZWEIGERT KONRAD/KÖTZ HEIN, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, 477 ff. Zu den tieferen Gründen für die Ablehnung des *efficient breach* s. MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM, A Legal Theory without Law, Tübingen 2007, 53 Fn. 150: «*Kant's theory is incompatible with Posner's and Holmes' interpretation of contracts as an acquisition of an option to break it. [...] the difference follows from Kant's insistence on an ethical obligation to keep promises that is irrelevant in a pragmatic and economic interpretation of contracts*».

3. Überlegungen *de lege lata* und *de lege ferenda*

Häufig wird in rechtsökonomischen Untersuchungen nicht völlig klar, ob sich die aus der Analyse abgeleiteten Empfehlungen auf die Auslegung oder Fortbildung des geltenden Rechts beziehen (*de lege lata*), oder aber ob ein Vorschlag zur Änderung des geltenden Rechts unterbreitet wird (*de lege ferenda*).¹⁵ In Kontinentaleuropa wird intensiv die Frage diskutiert, ob die Rechtsökonomik bei der Auslegung des geltenden (Zivil-)Rechts Anwendung finden kann. Die Meinungen sind geteilt. In grundlegenden Untersuchungen wurde der Spielraum für die methodologische Berücksichtigung der ökonomischen Analyse jedenfalls für das allgemeine Zivilrecht eng gezogen und der ökonomischen Analyse in erster Linie der Status einer Gesetzgebungstheorie zugewiesen.¹⁶ Etwas anderes gilt aber dann, wenn der Gesetzgeber für einen bestimmten Themenkreis das Effizienzziel verankert hat. Unverzichtbar ist die ökonomische Analyse bei ökonomisch geprägten Tatbestandsmerkmalen, wie sie im Handels- und Wirtschaftsrecht häufig vorkommen.

4. Das Verhältnis von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften

Im Begriff «*Law & Economics*» wird Recht und Ökonomie aufeinander bezogen, und beide Fächer stehen auf derselben Stufe. Die harmonische Bezeichnung suggeriert, dass Rechts- und Wirtschaftswissenschaften zusammenwirken und durch interdisziplinäre Studien ihre Erkenntnisse steigern, die sie dann gegebenenfalls für die Gesetzesauslegung und –fortbildung oder für Reformprojekte fruchtbar machen. Betrachtet man die tatsächlichen Aktivitäten, ist allerdings fraglich, ob die beiden Wissenschaften wirklich auf Augenhöhe stehen. Bei Durchsicht der für *Law & Economics* zentralen Fachzeitschriften fällt ein klares Überwiegen ökonomischer, nämlich mathematischer Methoden auf. Wie in der Bezeichnung «Ökonomische Analyse des Rechts» zum Ausdruck kommt, ist das Recht lediglich das Objekt von «*Law & Economics*», während die Ökonomie die Methode stellt. In dieser Perspektive besteht also ein klarer Vorrang der Wirtschaftswissenschaften. Berücksichtigt man die – bereits erwähnte – Ausdehnung der ökonomischen Betrachtung auf alle Lebensbereiche, und wird der Effizienzgesichtspunkt als normatives Postulat verstanden, verwundert es nicht, dass den Wirtschaftswissenschaften der

¹⁵ S. z.B. COOTER/ULEN (FN. 5), 5, die zwischen «*dispute resolution*» und «*rule creation*» unterscheiden. Die «*rule creation*» kann sich innerhalb des geltenden Rechts bewegen; mit ihr mag aber auch eine Änderung des geltenden Rechts verbunden sein. Auch hier kann der Unterschied zwischen *Common Law* und *Civil Law* eine Rolle spielen: Das Fallrecht hat in Abwesenheit von Gesetzesrecht möglicherweise einen grösseren Bewegungsspielraum als die Gesetzesinterpretation des *Civil Law*. S. hierzu sogleich im Haupttext.

¹⁶ EIDENMÜLLER HORST, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl., Tübingen 2005; MATHIS KLAUS, Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Aufl., Berlin 2009.

«Imperialismus»-Vorwurf gemacht worden ist.¹⁷ Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive ist deshalb daran festzuhalten, dass der ökonomische Ansatz nur eine Betrachtungsweise unter mehreren ist, und dass seine Berücksichtigung im geltenden Recht nur so weit möglich ist, wie vom Gesetzgeber zugelassen und in der Sache sinnvoll, was zu differenzierten Ergebnissen je nach Rechtsgebiet und Fragestellung führt. Eine zwingende oder ausschliessliche Festlegung auf den ökonomischen Ansatz wäre «hoffnungslos unterkomplex».¹⁸

5. Ergebnis

Wirtschafts- und Rechtswissenschaft sind vielfach aufeinander bezogen. Das Verhältnis ist allerdings nicht spannungsfrei. Während das Recht auf einer pluralistischen Axiologie beruht, sind die Wirtschaftswissenschaften dem Ziel der Effizienz verpflichtet. Die Rechtsordnung beansprucht demgegenüber normative Geltung unabhängig davon, wie effizient oder ineffizient das Ergebnis ist. Es wäre allerdings unrichtig, hieraus einen diametralen Gegensatz zwischen Effizienz und Gerechtigkeit zu konstruieren. Wie KLAUS MATHIS gezeigt hat, ist die Frage «Effizienz statt Gerechtigkeit?» zwar mit Nein zu beantworten. Dennoch besteht zwischen den beiden Werten kein Zielkonflikt; sie sind vielmehr kooperativ zu verwirklichen. So vergrössert Effizienz Verteilungsspielräume. Andererseits kann Ungerechtigkeit die Motivation der Beteiligten beeinträchtigen und Ineffizienz verursachen.¹⁹

Für einen «Kulturschock» zwischen Rechts- und Wirtschaftswissenschaften besteht deshalb keine zwingende Notwendigkeit. Im Gegenteil: Beide Fächer sollten sich gegenseitig bereichern und zu diesem Zweck eng zusammenarbeiten. Anspruch und Grenzen der jeweiligen Disziplin sind angemessen zu reflektieren.

II. Das Verhältnis der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften zur Realität

1. Vorbemerkung

Man sollte meinen, dass sowohl die Rechts- als auch die Wirtschaftswissenschaften mit beiden Beinen auf dem Boden stehen. Juristische und ökonomische Tätigkeiten werden schliesslich als «Brotberufe» verstanden. Die zugrundeliegenden Wissenschaften sollten also einen engen Bezug zur Realität haben. Bei näherer Betrachtung erlebt man allerdings Überraschungen.

¹⁷ S. z.B. RADNITZKY GERARD/BERNHOLZ PETER (Hrsg.), *Economic Imperialism – The Economic Approach Applied Outside the Field of Economics*, New York 1987.

¹⁸ MORLOK (Fn.7), 24.

¹⁹ MATHIS (Fn. 16), insbesondere 225 ff., 233 ff.

2. Rechtswissenschaft und Realität

Aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive ist der Realitätsbezug der Rechtswissenschaft bisweilen fraglich:

«With respect to the law, economists sometimes wonder what lawyers really study: Is the law a branch of philosophy? Is it a list of famous cases? Is it a collection of rules?»²⁰

In der Tat, nach traditionellem (kontinentaleuropäischem) Verständnis ist die Rechts- eine Normwissenschaft, die sich mit der Ausformung eines kohärenten Normensystems beschäftigt. Zwar ist die Rechtspraxis mit der Anwendung des Rechts auf konkrete Sachverhalte beschäftigt, und ist die Rechtswissenschaft mit der Aufarbeitung dieses Geschehens gut beschäftigt. Fundamental bleibt aber die Trennung von Sein und Sollen, nach der Sollenssätze nur durch andere Sollenssätze begründbar und beweisbar sind. Aus dem Seienden können hingegen keine Folgerungen für das Gesollte gezogen werden.²¹

Auch wenn man also deutlich zwischen normativer und positiver Analyse zu unterscheiden hat, ist der Stellenwert der Tatsachen im Recht ständig grösser geworden. Methodologisch erreichte der Status der Tatsachen ihren Höhepunkt im US-amerikanischen *Legal Realism*, der «Kritik am Recht aus einer energischen Höherbewertung des Tatsächlichen»²² übte. KARL LLEWELLYN stellte das tatsächliche Verhalten der rechtserheblich handelnden Personen, einschliesslich der Richter, in den Mittelpunkt der Betrachtung und plädierte für ein «*see it fresh*».²³ Die strikte Orientierung an der Fallmethode wurde als lebensfern kritisiert und eine Einbindung der Rechtsanwendung in die sozialen Zusammenhänge gefordert.²⁴ Eine Trennung zwischen Sein und Sollen fand nicht mehr statt, so dass der Vorwurf des naturalistischen Fehlschlusses nahe liegt.

Wenn auch der Rechtsrealismus sich nicht durchgesetzt hat, so hatte er doch grossen Einfluss auf die juristische Methodenlehre, beispielsweise weil er den Weg für die Rechtstatsachenforschung, die ökonomische Analyse des Rechts und die Rechtsfolgenbetrachtung geebnet hat.²⁵ Es besteht heute ein grosses Spektrum an Meinungen im Spannungsfeld von «Faktizität und Gel-

²⁰ COOTER/ULEN (Fn. 5), 55.

²¹ S. beispielsweise RADBRUCH GUSTAV, Rechtsphilosophie – Studienausgabe, Heidelberg 1997, 13 ff.

²² FIKENTSCHER WOLFGANG, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band II – Anglo-amerikanischer Rechtskreis, Tübingen 1975, 275.

²³ S. insbesondere LLEWELLYN KARL N., A Realistic Jurisprudence – The Next Step, 30 Columbia Law Review 431 (1930).

²⁴ LEPSIUS OLIVER, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, Tübingen 1997, 241 ff.

²⁵ Zur Bedeutung des Rechtsrealismus für Law & Economics s. EIDENMÜLLER (Fn. 16), 406 ff.

tung»,²⁶ die zwischen Norm- und Realwissenschaft vermitteln. Die Möglichkeit und Notwendigkeit einer «Realisierung» der Rechtswissenschaft sollte bejaht werden.²⁷ Dies ist nicht in einem ausschliesslichen Sinn zu verstehen. Eine Verbindung zwischen Real- und Normwissenschaft ist zu fordern.²⁸ Schliesslich sei hinzugefügt, dass ausserhalb der sich mit positivem Recht befassenden Disziplinen zahlreiche Grundlagenfächer existieren (wie z.B. Rechtssoziologie, Rechtsanthropologie und Rechtsethologie, um nur einige zu nennen), die sich mit tatsächlichen Aspekten des Rechts beschäftigen.

3. Wirtschaftswissenschaften und Realität

Von den Wirtschaftswissenschaften erwartet die Rechtswissenschaft eine stärkere Orientierung an der ökonomischen Realität. Die grundlegende Frage lautet, ob die Wirtschaftswissenschaften diese Erwartung erfüllen, oder, radikaler gefragt, ob sie überhaupt diesen Anspruch erheben.

a) *Homo oeconomicus*-Hypothese

Von grundlegender Bedeutung in diesem Zusammenhang ist die *homo oeconomicus*-Hypothese, die dem Mainstream der Wirtschaftswissenschaften zugrunde liegt.²⁹ Danach handeln die Marktteilnehmer stets rational und maximieren ihren eigenen Nutzen oder Gewinn. Diese Aussage widerspricht, jedenfalls in ihrem allgemeinverbindlichen Anspruch, der Intuition. Schon ADAM SMITH hatte in seinem ersten Hauptwerk die sozialen und altruistischen Seiten des Menschen als Grundlage jeglichen Zusammenlebens hervorgehoben.³⁰ Diese Aussage war allgemeiner Natur, bezog sich also auch auf die Welt der Wirtschaft. Im durch die Marginalanalyse geprägten neoklassischen Modell hat die rationale Nutzenmaximierung dagegen zentrale Bedeutung erlangt.

Man sollte meinen, dass die Qualität wirtschaftswissenschaftlicher Ansätze von der Realitätsnähe ihrer Prämissen abhängt. Dieser Erwartung hat MILTON FRIEDMAN energisch widersprochen. Nach seiner Auffassung kommt es darauf an, zutreffende Vorhersagen auf möglichst einfacher Grundlage zu machen. Es gehe also nicht darum, menschliches Verhalten korrekt zu beschreiben, sondern wirtschaftliche Geschehnisse möglichst akkurat zu prog-

²⁶ HABERMAS JÜRGEN, Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a. M. 1998.

²⁷ S. beispielsweise EIDENMÜLLER HORST, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, JZ 1999, 53 ff.

²⁸ In diesem Sinn VAN AAKEN ANNE, «Rational Choice» in der Rechtswissenschaft – Zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht, Baden-Baden 2003, 335.

²⁹ S. die grundlegende Untersuchung von KIRCHGÄSSNER GEBHARD, *Homo Oeconomicus*, 4. Aufl., Tübingen 2013.

³⁰ SMITH, ADAM, *The Theory of Moral Sentiments*, Washington, D.C. 1997 (1. Aufl. 1759).

nostizieren. Werde dieses Ziel erreicht, sei die Realitätsnähe einer Hypothese bzw. der ihr zugrunde liegenden Annahmen irrelevant:

«Truly important and significant hypotheses will be found to have “assumptions” that are wildly inaccurate descriptive representations of reality, and, in general, the more significant the theory, the more unrealistic the assumptions».³¹

Die Beschränkung des Realitätsbezugs auf die Vorhersagegenauigkeit schafft grosse Distanz zur institutionellen Genauigkeit der Rechtswissenschaft.³² Dieser Eindruck herrscht auch in der Rechtsökonomie vor. Hier wird besonders hervorgehoben, dass die Beschäftigung mit dem Recht der Ökonomie einen stärkeren Realitätsbezug verschaffen kann.³³

b) Statik und Dynamik

Ein anderer Umstand sorgt für Abstand der Modellwelt zur Realität. Law & Economics gründet wie ein Grossteil der Mikroökonomie auf der Allgemeinen Gleichgewichtstheorie. Sie beschreibt, wie Konsumenten und Produzenten – auf der Grundlage einer bestimmten Anfangsausstattung mit Gütern – durch Nachfrage und Angebot ihren Nutzen maximieren und hieraus in der Regel ein Marktgleichgewicht resultiert. Dieser Ansatz wird auf Situationen mit unterschiedlichen Rahmenbedingungen angewendet. Wenn man das Beispiel des streunenden Viehs aufgreift, lässt sich untersuchen, welches Ergebnis mit oder ohne Haftung des Viehzüchters eintritt. Die jeweiligen Gleichgewichtszustände werden miteinander verglichen. Dieser Vergleich ändert nichts am statischen Charakter der Einzelanalyse. Man spricht deshalb von komparativer Statik. Law & Economics geht überwiegend von einem solchen komparativ-statischen Ansatz aus.³⁴

Ausgeblendet wird hierbei, wie sich der Übergang zwischen Zuständen konkret vollzieht. Von den Märkten der Informationstechnologie mit ihren besonderen Anforderungen an Interoperabilität und Kompatibilität ist beispielsweise bekannt, dass sich häufig nicht die beste, sondern die erste Lösung durchsetzt (*first mover advantage*). Der Weg hat also einen Einfluss auf das Ergebnis (*path dependency*). Es handelt sich hierbei nicht lediglich um kurzfristige Effekte: Da die Kosten des Wechsels zu einem anderen Produkt hoch sein können, sind Abnehmer häufig im einmal gewählten System gefan-

³¹ FRIEDMAN MILTON, The Methodology of Positive Economics, in: Friedman Milton, Essays in Positive Economics, Chicago 1966, 1, 14. Ihm folgend POSNER RICHARD A., Recht und Ökonomie: Eine Einführung, in: Assmann Heinz-Dieter/Kirchner Christian/Schanze Erich (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen 1993, 79, 88 ff.

³² S. ELKIN-KOREN NIVA/SALZBERGER ELI M., The Law and Economics of Intellectual Property in the Digital Age: The Limits of Analysis, Milton Park 2013, 31: «The insistence of most scholars to continue the Chicago path in this realm too, therefore, makes their work of little contribution to the real world of law».

³³ COOTER/ULEN (Fn. 5), 10.

³⁴ COOTER/ULEN (Fn. 5), 13.

gen (*lock in*), auch wenn ein konkurrierendes Erzeugnis für sich betrachtet besser und/oder billiger wäre. Der Vorzug komparativer Statik vor einer dynamischen Modellierung sorgt also für grosse Distanz zu den Abläufen in der Wirklichkeit.³⁵

Der Vorwurf dynamischer Blindheit trifft selbstverständlich nicht auf alle wirtschaftswissenschaftlichen Ansätze zu. Es wird auch dynamisch modelliert. Die beiden grossen Vordenker dynamischer Analyse sind KARL MARX und JOSEPH SCHUMPETER. MARX hatte mit seiner Theorie der auf Ausbeutung basierenden Kapitalakkumulation, dem Gesetz des tendenziellen Falls der Profitrate sowie der Prophezeiung sich immer schneller ablösenden Wirtschaftskrisen, die zum Zusammenbruch des Kapitalismus und zur kommunistischen Revolution führen, zwar maximale welthistorische Bedeutung, dies aber auf brüchiger und durch die Realität widerlegter Grundlage. SCHUMPETER wurde dagegen erst in den letzten Jahrzehnten der ihm gebührende Stellenwert eingeräumt. Er verstand das Wirtschaftsgeschehen als «Prozess schöpferischer Zerstörung» und beschrieb die Entwicklungsstadien in den Kategorien von Invention, Innovation und Imitation.³⁶ Dieser Ansatz hat sich in neueren Wachstumstheorien und der Innovationsforschung als ausserordentlich fruchtbar erwiesen.³⁷ Ebenfalls in diesen Zusammenhang gehört das HAYEK'sche Konzept vom «Wettbewerb als Entdeckungsverfahren»,³⁸ nämlich das «Entstehen einer Ordnung als Ergebnis anpassender Entwicklung».³⁹ Auch hier gilt das Augenmerk dem Prozesshaften der wirtschaftlichen Entwicklung, wobei VON HAYEK vor der «Anmassung von Wissen» warnt und für Zurückhaltung staatlicher Intervention plädiert. Auf das Verhältnis des hier zugrunde gelegten Freiheitsbegriffs zu den Ansätzen der Rechtsökonomik wird zurückzukommen sein.⁴⁰

4. Fazit

Es ergibt sich ein überraschender Befund: Sowohl die Rechts- als auch die Wirtschaftswissenschaften erwarten von der Öffnung gegenüber der anderen Disziplin eine Stärkung ihres Realitätsbezugs. Dahinter steckt Mangelbewusstsein: Der Realitätsbezug von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften ist

³⁵ S. aber COOTER/ULEN (Fn. 5), 116 ff., die im Zusammenhang mit der ökonomischen Analyse des geistigen Eigentums auch auf dynamische Effekte abstellen.

³⁶ SCHUMPETER JOSEPH, *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung*, Berlin 2006 (1. Aufl. 1912); SCHUMPETER JOSEPH, *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*, 7. Aufl., Tübingen 1993 (1. Aufl. 1950).

³⁷ S. beispielsweise CANTNER UWE, *Industrial Dynamics and Evolution – The Role of Innovation, Competences and Learning*, in: Drexl Josef/Kerber Wolfgang/Podszun Rupprecht (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach – Foundations and Limitations*, Cheltenham 2011, 149 ff.

³⁸ VON HAYEK FRIEDRICH AUGUST, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, Kiel 1968.

³⁹ VON HAYEK FRIEDRICH AUGUST, *Die Verfassung der Freiheit*, 3. Aufl., Tübingen 1991, 72.

⁴⁰ S. hinten IV.

weniger stark, als man auf den ersten Blick meinen könnte. In der Rechtswissenschaft liegt dies am klassischen Verständnis des Fachs als Normwissenschaft und der Trennung von Sein und Sollen. Zwar wird heute der Doppelcharakter der Rechtswissenschaft als Norm- und Realwissenschaft von vielen anerkannt. Es existieren auch zahlreiche Schnittstellen zwischen Normanalyse und Faktizität. An der Schnittstelle von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften hat man mit der Rechtsökonomik allerdings ein Fach etabliert, das vom neoklassischen *rational choice*-Modell ausgeht. Die Öffnung der Rechtswissenschaft gegenüber den Wirtschaftswissenschaften, die in der Erwartung grösserer Realitätsnähe vollzogen wurde, gilt also einer Disziplin, die auf die Realitätsnähe ihrer Prämissen gerade keinen gesteigerten Wert legt.

Umgekehrt hängen die Realitätshoffnungen der Wirtschaftswissenschaften, welche diese im Zusammenhang mit einer stärkeren Berücksichtigung der rechtlichen Institutionen hegen, vom Grad der methodologischen Öffnung ab: Das Recht hat es mit realen Akteuren innerhalb einer heterogenen Vielzahl rechtlicher Beziehungen zu tun. Das Verhalten der Akteure hängt massgeblich von den relevanten Regeln ab; der Anspruch des Rechts allgemein besteht darin, menschliches Verhalten zu beeinflussen. Vor diesem Hintergrund ist es unabdingbar, dass sich die Wirtschaftswissenschaften dem realen Verhalten der Akteure zuwenden, wenn denn rechtsökonomische Interdisziplinarität beide Seiten bereichern soll. Die Einbeziehung der Verhaltenswissenschaften in die Wirtschaftswissenschaften entspricht dieser Forderung und hat ganz neue Perspektiven für eine Stärkung des Realitätsbezugs beider Disziplinen gebracht.

III. Der verhaltenswissenschaftliche Ansatz und das Recht

1. Ausgangspunkt

Es gab immer einen engen Bezug zwischen Psychologie und Recht, was schon aus der Existenz von Fächern wie Rechtspsychologie oder Rechtsethologie deutlich wird.⁴¹ Von neuer Qualität ist allerdings die rasante Bedeutungszunahme der Verhaltensökonomik, die auch im Recht rezipiert wurde und zum Fach *Behavioural Law & Economics* geführt hat.⁴² Der Anspruch

⁴¹ S. beispielsweise HOF HAGEN, *Rechtsethologie – Recht im Kontext von Verhalten und ausserrechtlicher Verhaltensregelung*, Heidelberg 1996.

⁴² Aus der stark anschwellenden Literatur s. beispielsweise ENGEL CHRISTOPH/ENGLERTH MARKUS/LÜDEMANN JÖRN/SPIECKER genannt DÖHMANN INDRA (Hrsg.), *Recht und Verhalten: Beiträge zu Behavioral Law and Economics*, Tübingen 2007; FLEISCHER HOLGER/ZIMMER DANIEL (Hrsg.) *Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht*, Frankfurt a. M. 2011; JOLLS CHRISTINE/SUNSTEIN CASS R./THALER RICHARD, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 *Stanford Law Review* 1471 (1998); KOROBKIN RUSSELL B./ULEN THOMAS, *Law and Behavioral*

des neuen Fachs besteht darin, bloße Annahmen über menschliches Verhalten, wie z.B. die These von der rationalen Maximierung des eigenen Nutzens, durch empirisch gesicherte Einsichten zu ersetzen. Hierzu gehört die Erkenntnis, dass Menschen nicht notwendigerweise ein konstantes, kontextunabhängiges und konsistentes Präferenzsystem haben, und dass sie nicht stets ihren eigenen Nutzen maximieren, sondern altruistisch handeln können und auch durchaus bereit sind, zum eigenen Nachteil Aufwand zu betreiben, um andere für unfaires Verhalten zu bestrafen. Selbst wenn rationale Eigennutzmaximierung im Grundsatz besteht, kann es an Rechenkapazität und an Willenskraft fehlen, um dieses Ziel in die Realität umzusetzen. Ausserdem steht die Anfälligkeit für Trugschlüsse der rationalen Entscheidungsfindung im Weg. Die moderne Verhaltensökonomik hat eine beeindruckende Liste solcher *biases* aufgestellt.⁴³

2. Rechtspolitische Konsequenzen

Ganz überwiegend werden die Abweichungen vom Rationalitätspostulat nicht als systemsprengend, sondern als systemergänzend interpretiert.⁴⁴ Die Kategorie des Marktversagens bietet sich an, um die neuen Erkenntnisse in das System einzubauen. Traditionell sind als Formen des Marktversagens die natürlichen Monopole, die öffentlichen Güter, Externalitäten und Informationsasymmetrien anerkannt. Diese Liste sollte um die verhaltenswissenschaftlich belegten kognitiven Verzerrungen ergänzt werden.⁴⁵ In der Regulierungstheorie hat sich der Grundsatz herausgebildet, dass Marktversagen einen Eingriff des Staates in das Marktgeschehen legitimiert, wenn der Nutzen des Eingriffs höher ist als die Kosten des Marktversagens und wenn die Interventionsrendite nicht durch Staatsversagen zunichte gemacht wird.⁴⁶ Diese Voraussetzungen sind vor einer Intervention jeweils sorgsam zu prüfen.

Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, 88 California Law Review 1051 (2000); LOACKER LEANDER D., Verhaltensökonomik als Erkenntnisquelle für die Rechtsetzung, in: Verschraegen Bea (Hrsg.), Interdisciplinary Studies of Comparative and Private International Law, Wien 2012, 45 ff.; SUNSTEIN CASS R. (Hrsg.), Behavioral Law & Economics, Cambridge 2000.

⁴³ S. z.B. KAHNEMAN DANIEL, Thinking, Fast and Slow, London 2011, 107 ff.

⁴⁴ S. z.B. SCHÄFER HANS-BERND/OTT CLAUDIUS, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin 2012, 116: «Die Wirtschaftswissenschaft ist nicht so schlecht, wie manche Verhaltensforscher es glauben machen wollen und die Psychologie ist nicht so gut, dass es ratsam erschiene, die Wirtschaftswissenschaft darin aufgehen zu lassen».

⁴⁵ BAR-GILL OREN, Seduction by Plastic, 98 Northwestern University Law Review 1373, 1428 (2004).

⁴⁶ Die positive Theorie der Regulierung hat die Kosten staatlicher Intervention einschliesslich der Gefahren von *rent-seeking* herausgearbeitet. Grundlegend TULLOCK GORDON, The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft, 5 Western Economic Journal 224 (1967); KRUEGER ANNE, The Political Economy of the Rent-Seeking Society, 64 American Economic Review 291 (1974).

Ein Beispiel für die Berücksichtigung verhaltenswissenschaftlicher Einsichten im Recht sind die Standardeinstellungen (*defaults*). Nach der Prospekttheorie⁴⁷ wird ein Verlust stärker als ein Gewinn derselben Höhe wahrgenommen. Hieraus resultiert Verlustaversion und eine Präferenz für den Status quo. Menschen haben deshalb eine Tendenz dazu, Voreinstellungen (z.B. in Bezug auf Vertragsbestandteile im E-Commerce) nicht zu verändern. Von Bedeutung sind in diesem Zusammenhang auch *Framing*- und *Anchoring*-Effekte: Die Voreinstellung wird als die normale Situation empfunden, so dass kein Grund dafür besteht, hiervon abzuweichen. Der *default bias* kann unerwünschte Wirkungen haben, z.B. den Abschluss von Versicherungen, die für die überwiegende Anzahl der Vertragspartner nicht sinnvoll ist.

Es kann deshalb für den Gesetzgeber indiziert sein, die vertraglichen Voreinstellungen festzulegen, z.B. positives Tun (*opt in*) der Konsumenten vor Einkauf einer Zusatzleistung zu verlangen. Hier entstehen Spannungen zwischen *Behavioural Law & Economics* und der klassischen Rechtsökonomik: In dieser wird ganz überwiegend die These vertreten, dass die Effizienzorientierung verteilungspolitische Massnahmen ausschliesst. Verteilungspolitik sei dem öffentlichen Recht, z.B. dem Steuer- und Sozialrecht vorbehalten. Die Verhaltensökonomik plädiert demgegenüber, wie am Beispiel der Standardeinstellungen deutlich wird, für ein Konsumentenschutzrecht, das unerwünschte Verteilungen verhindert. Die Spannungen können ausgeräumt werden, wenn man – wie oben vorgeschlagen – die kognitiven Verzerrungen als Fall des Marktversagens einstuft. Hier wird die Notwendigkeit staatlicher Intervention – bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen – ganz überwiegend anerkannt.

3. Paternalismus?

Auch wenn die Einsichten der Verhaltensökonomik im Detail umstritten sind, steht die Erkenntnis eingeschränkter Rationalität ausser Zweifel. Intensiv wird die Frage diskutiert, wie hierauf zu reagieren ist. Nach dem bekanntesten Konzept sollte der Staat die Bürger zwar nicht zu «besserem» Verhalten zwingen, ihnen aber einen kleinen Anstoss (*nudge*) geben, um Entscheidungen im Eigeninteresse zu treffen.⁴⁸ Ein Standardbeispiel sind die Ernährungsgewohnheiten: Wird in einem Schulrestaurant das Obst auf Augenhöhe platziert, kalorienreiche Süswaren dagegen nach hinten geschoben, erhöht sich die Nachfrage nach Obst, wobei aber jedermann frei bleibt, sich für die Süswaren zu entscheiden. Ähnlich wirken die bereits erwähnten Standardeinstellungen: Gibt der Staat eine bestimmte Einstellung vor, hat dies er-

⁴⁷ KAHNEMAN DANIEL/TVERSKY AMOS, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, 47 *Econometrica* 263 (1979).

⁴⁸ THALER RICHARD H./SUNSTEIN CASS R., *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, London 2009.

hebliche Auswirkungen auf das Marktergebnis. Wenn beispielsweise bei Buchung einer Flugreise die Reiserücktrittsversicherung nicht automatisch einbezogen werden darf, sondern als Zusatzleistung separat, d.h. auf *opt in*-Basis erworben werden muss,⁴⁹ werden weniger Fluggäste eine solche Versicherung erwerben. Entsprechende Regeln bringen zum Ausdruck, dass der Staat den flächendeckenden Abschluss von Reiserücktrittsversicherungen nicht für bedarfsgerecht erachtet.

Wenn auch der Kunde in diesem und ähnlichen Zusammenhängen frei bleibt, so zu handeln, wie er möchte, nimmt der Staat aufgrund des *default bias* doch Einfluss auf sein Verhalten. Der Paternalismusvorwurf liegt nahe. Die Autoren von *Nudge* haben diesen Vorwurf akzeptiert, aber ins Positive gewendet, indem sie sich selber als «libertäre Paternalisten» bezeichnen, die nicht Ge- oder Verbote aufstellen, sondern die rechtlichen und gesellschaftlichen Regeln an die kognitiven Verzerrungen des Menschen anpassen möchten.⁵⁰ Die Kritiker hat dies nicht überzeugt. Sie sehen im Konzept des *Nudge* eine Bedrohung für die Freiheit und die individuelle Autonomie.⁵¹

Auf das Verhältnis von Rechtsökonomik und Freiheitsbegriff wird zurückzukommen sein.⁵² Zunächst soll die Diskussion um die Legitimität der Verhaltensökonomik von der abstrakten Höhe auf die Anwendungsebene verlagert werden. Besonders aussagekräftig erscheint das Wettbewerbsrecht: Es wird sich zeigen, dass die Verhaltensökonomik in erster Linie die Tatsachengrundlage präzisiert. Die Ausgestaltung der normativen Regeln und damit das Verhältnis von Freiheit und staatlicher Intervention wird hierdurch nicht präjudiziert.

4. Anwendungsbeispiel: *Behavioural Antitrust*

a) Hintergrund

Das Wettbewerbsrecht der Gegenwart wird stark geprägt durch die «*Chicago Antitrust Revolution*», die in den 1960er Jahren vorbereitet wurde und ab den 1970er Jahren ihre volle Wirksamkeit entfaltete. Die Bewegung ging von den USA aus, griff aber auf den Rest der Welt, so auch auf Europa über («*more economic approach*»). Im Zentrum stehen die Verabsolutierung des Effizienzkriteriums und der Angriff auf traditionelle Konzepte, die den Eigenwert der wirtschaftlichen Freiheit und des Wettbewerbsprozesses betonen.⁵³

⁴⁹ EuGH, 19.7.2012, Rs. C-112/11 – *e-bookers.com Deutschland*, ECLI:EU:C:2012:487.

⁵⁰ THALER/SUNSTEIN (Fn. 48), 5–6, 15.

⁵¹ WRIGHT JOSHUA D./GINSBURG DOUGLAS H., *Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty*, 106 *Northwestern University Law Review* 1033 (2012). Eine differenzierte Analyse findet sich bei KIRCHGÄSSNER (Fn. 29), 269 ff.

⁵² S. hinten IV.

⁵³ Selbstdarstellung durch einen Hauptvertreter der *Chicago School* bei POSNER RICHARD A., *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 *University of Pennsylvania Law Review*

Zweifellos hat die *Chicago School* zu einer weiteren Intensivierung der Zusammenarbeit von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften geführt. Allerdings legt sie mit statischer Preistheorie und dem neoklassischen Gleichgewichtsmodell auf der Grundlage des Rationalitätspostulats genau die Konzepte zugrunde, die von der Verhaltensökonomik als realitätsfern kritisiert worden sind. Eine neue Strömung, nämlich «*Behavioural Antitrust*», hat es sich zum Ziel gesetzt, die Erkenntnisse der Verhaltensökonomik auf das Kartellrecht anzuwenden und hierdurch eine robustere, nämlich realitätsnähere Grundlage zu erreichen.⁵⁴ Die drei folgenden Beispiele sollen einen Eindruck von diesem neuen Ansatz verschaffen.⁵⁵

b) Marktabgrenzung

Der Begriff des relevanten Marktes ist für das Wettbewerbsrecht fundamental. Der Markt ist der Bezugsrahmen für die wettbewerbsrechtliche Analyse. Märkte werden in erster Linie nach dem Kriterium der Austauschbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite abgegrenzt. Nicht objektive Produkteigenschaften, sondern subjektive Präferenzen der Marktteilnehmer entscheiden über den sachlichen und räumlichen Ausdehnungsbereich eines Marktes. Für unseren Zusammenhang ist entscheidend, dass bei der Bestimmung des relevanten Marktes nicht auf heuristische Fiktionen auf der Basis des Rationalitätspostulats, sondern auf reales Verhalten abgestellt wird. Entscheidend ist nicht, welche Kaufentscheidung Konsumenten treffen würden, wenn sie bereit und willens wären, sich die nötigen Informationen zu beschaffen und auf

925 (1979). Zur Diskussion s. beispielsweise HELLWIG MARTIN, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik, in: Engel Christoph/Möschel Wernhard (Hrsg.), Recht und spontane Ordnung – Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum achtzigsten Geburtstag, Baden-Baden 2006, 231; ZACH ROGER/KÜNZLER ADRIAN, Freedom to Compete or Consumer Welfare: The Goal of Competition Law according to Constitutional Law, in: Zäch Roger/Heinemann Andreas/Kellerhals Andreas (Hrsg.), The Development of Competition Law – Global Perspectives, Cheltenham 2010, 61.

⁵⁴ Grundlegend TOR AVISHALOM, The Fable of Entry: Bounded Rationality, Market Discipline, and Legal Policy, 101 Michigan Law Review 482, insbesondere 548 ff. (2002); Überblick über die historische Entwicklung von Behavioural Antitrust bei HUFFMAN MAX, Marrying Neo-Chicago with Behavioral Antitrust, 78 Antitrust Law Journal 105, insbesondere 120 ff. (2012).

⁵⁵ Gesamtüberblicke über Behavioural Antitrust finden sich bei BENNETT MATTHEW/FINGLETON JOHN/FLETCHER AMELIA/HURLEY LIZ/RUCK DAVID, What Does Behavioral Economics Mean for Competition Policy?, 6 Competition Policy International 111 (2010); ENGEL CHRISTOPH, Die Bedeutung der Verhaltensökonomie für das Kartellrecht, in: Fleischer Holger/Zimmer Daniel (Hrsg.), Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Frankfurt a. M. 2011, 100; HEINEMANN ANDREAS, Behavioural Antitrust – A «More Realistic Approach» To Competition Law, in: Mathis Klaus (Hrsg.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics, Berlin (erscheint demnächst); STUCKE MAURICE E., Behavioral Economists at the Gate: Antitrust in the Twenty-First Century, 38 Loyola University Chicago Law Journal 513 (2007); TOR AVISHALOM, Understanding Behavioral Antitrust, 92 Texas Law Review 573 (2014).

dieser Grundlage eine Bewertung vorzunehmen. Abgestellt wird vielmehr auf tatsächliche Wahlhandlungen, wie verzerrt auch immer ihre kognitive Basis sein mag. Wenn beispielsweise Markentreue so stark ist, dass auch eine spürbare Veränderung der relativen Preise keine Abwanderung auf «konkurrierende» Produkte zur Folge hat, kann der sachlich relevante Markt ausnahmsweise auf dieses eine Markenprodukt reduziert sein. Keine Rolle spielt hierbei, ob die Markentreue irrational ist.

Das Beispiel zeigt, dass Abweichungen von der «*rational choice*»-Modellannahme aus der Perspektive des Wettbewerbsrechts keinen revolutionären Charakter haben. Bereits jetzt stehen Einfallstore zur Verfügung, über welche die Erkenntnisse der Verhaltensökonomik rezipiert werden können.⁵⁶ Der Realitätsbezug des Wettbewerbsrechts wird hierdurch erheblich gestärkt.

c) Vertikale Wettbewerbsabreden

Nirgends war die Kritik traditioneller Ansätze durch die *Chicago School* so wirksam wie auf dem Gebiet der vertikalen Wettbewerbsabreden. Im US-amerikanischen Recht fielen in der Folge die *per se*-Verbote für vertikale Beschränkungen und wichen einer *rule of reason*-Betrachtung.⁵⁷ Wie ein Mantra durchzieht die einschlägigen Diskussionen der Satz, nach dem Beschränkungen des Intra- und Interbrandwettbewerbs (z.B. vertikale Preisbindung) unbedenklich, ja effizienzsteigernd seien, wenn ausreichender Interbrandwettbewerb bestehe. Bereits die klassische Industrieökonomie hat diesem theoretischen Ausgangspunkt zahlreiche Nuancierungen hinzugefügt: In der Praxis geht es bei diesem Themenkreis häufig um Markenprodukte, so dass der Interbrandwettbewerb durch Markentreue eingeschränkt sein kann. Trittbrettfahrer können auch durch selektive Vertriebssysteme ausgeschaltet werden. Schliesslich kann vertikale Preisbindung als Signal verwendet werden, das für «Ruhe im Markt» sorgt und (horizontale) Kollusion begünstigt.

Die Verhaltensökonomik kann einen Beitrag zu einer realitätsnäheren Erfassung vertikaler Beschränkungen leisten, indem sie das Ausmass von Markentreue bestimmt. Die Befürworter einer weitgehenden Freigabe vertikaler Beschränkungen verweisen darauf, dass bei wirksamem Wettbewerb Abnehmer, denen der gebundene Preis zu hoch ist, zu einem Konkurrenzprodukt wechseln können. Dieses Argument verliert aber seine Tragweite, wenn der

⁵⁶ Vgl. ROSE VIVIEN, *The Role of Behavioral Economics in Competition Law: A Judicial Perspective*, 6 *Competition Policy International* 103, 108 (2010): «But in fact what courts have been doing all along may be closer to behavioral economics than to more conventional economic theories of rational behavior».

⁵⁷ S. zuletzt den Rückruf des rund einhundert Jahre alten *per se*-Verbots für vertikale (Mindest- und Fix-)Preisbindung durch U.S. Supreme Court – *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

Abwanderungsdruck schwach ist.⁵⁸ Das Wettbewerbsrecht sollte nicht theoretische Annahmen verabsolutieren, sondern die Realien zugrunde legen. Das europäische und das schweizerische Wettbewerbsrecht haben nie mit *per se*-Verboten gearbeitet, sondern immer die Möglichkeit einer (Effizienz-)Rechtfertigung geboten. In diesem Rahmen ist eine Bewertung der tatsächlichen Marktverhältnisse unter Einbeziehung der neuesten wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisse ohne weiteres möglich.

d) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Im *Microsoft*-Verfahren stellte die Europäische Kommission fest, dass der Softwarehersteller seine marktbeherrschende Stellung auch dadurch missbraucht habe, dass er den *Windows Media Player* (WMP) an das dominante *Windows*-Betriebssystem gekoppelt und dadurch konkurrierende Hersteller von Wiedergabeprogrammen behindert habe.⁵⁹ *Microsoft* verteidigte sich u.a. mit dem Argument, dass die Nutzer nicht gezwungen seien, die *Microsoft*-Abspielsoftware zu benutzen, sondern jederzeit ein konkurrierendes Programm (gratis) aus dem Internet herunterladen könnten.⁶⁰ Die Europäische Kommission verwies auf die Trägheit der Nutzer, nämlich darauf, dass nur wenige im relevanten Zeitraum von der Möglichkeit eines anderweitigen Download Gebrauch gemacht hatten.⁶¹

Diese Argumentation wird durch verhaltensökonomische Argumente bestärkt. Selbst wenn die Kosten der Beschaffung eines konkurrierenden Produkts für den Konsumenten nahe Null liegen, führt der (bereits erwähnte) *default bias* dazu, dass eine starke Präferenz für die Voreinstellung besteht.⁶² Der Wettbewerb spielt dann nicht mehr so intensiv, wie es eine traditionelle Argumentation erwarten liesse.

5. Fazit

Das Beispiel des Wettbewerbsrechts illustriert, dass verhaltensökonomische Erkenntnisse eine realitätsnähere Lösung einschlägiger Probleme erlauben.

⁵⁸ Weiterführend s. die Auflistung der möglichen Biases im Zusammenhang mit vertikaler Preisbindung bei TOR AVISHALOM/RINNER WILLIAM J., Behavioral Antitrust: A New Approach to the Rule of Reason after *Leegin*, University of Illinois Law Review 2011, 805, 821 f.

⁵⁹ Europäische Kommission, 24.5.2004, COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*, ABl. EU 2007 L 32/23 (Kurzversion).

⁶⁰ Vgl. EuG, 17.9.2007, T-201/04 – *Microsoft/Kommission*, Slg. 2007, II-3601, Tz. 996.

⁶¹ Europäische Kommission, 24.5.2004, COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*, Tz. 870: «while downloading is in itself a technically inexpensive way of distributing media players, vendors must expend resources to overcome end-users' inertia and persuade them to ignore the pre-installation of WMP».

⁶² S. die Analyse von STUCKE MAURICE E., Behavioral Antitrust and Monopolization, 8 Journal of Competition Law & Economics 545, 562 ff. (2012).

Kritiker warnen vor der Gefahr eines übertriebenen Interventionismus.⁶³ Demgegenüber ist klarzustellen, dass man sicherlich über die inhaltliche Ausgestaltung der kartellrechtlichen Vorgaben streiten kann und einzelne kartellrechtliche Regeln als zu interventionistisch ablehnen mag. Dies ist aber kein Argument dagegen, für die Anwendung der Regeln auf reales Verhalten und nicht auf heuristische Fiktionen abzustellen.

IV. Rechtsökonomik und der Freiheitsbegriff

1. Ziele im Wettbewerbsrecht

Der Paternalismusvorwurf, der einigen Strömungen der Verhaltensökonomik gemacht wird, wurde bereits erwähnt. Für das vorliegende Thema, nämlich das Verhältnis von Recht und Ökonomie zur Realität, ist noch eine andere Tiefenschicht relevant: Rechtsökonomischen Ansätzen wird teilweise in grundsätzlicher Hinsicht attestiert, den Freiheitsbegriff zu verkennen. Das Argument knüpft an die Interpretation ADAM SMITH'scher Marktwirtschaft durch FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK an. Die rechtliche und wirtschaftliche Ordnung ist in dieser Sichtweise nicht das Ergebnis planender Vernunft, sondern eines spontanen Anpassungsvorgangs. Die existierenden Institutionen hätten sich als überlegen gezeigt. Der Wissenschaftler könne zwar versuchen, ihre Funktionsweise zu deuten, sie dienen «aber dem Menschen ebenso [...], wenn er sie nicht versteht.»⁶⁴ Der Wettbewerb ist also ein ergebnisoffenes «Entdeckungsverfahren»⁶⁵ und darf nicht auf bestimmte Ziele festgelegt werden. Dies gilt nach ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER auch für das Ziel der Effizienz und überhaupt für den instrumentellen Einsatz von Recht.⁶⁶ Die ökonomische Analyse des Rechts, jedenfalls in der POSNER'schen Variante, sei eine Theorie des Rechts ohne Recht.⁶⁷

Hinzuzufügen ist allerdings, dass auch innerhalb der *Chicago School* keine Übereinstimmung in der Frage besteht, welcher Grad an Unmittelbarkeit oder Mittelbarkeit zwischen Wettbewerb und Effizienz besteht. ROBERT BORK hat sich beispielsweise dagegen ausgesprochen, die Kartellrechtsan-

⁶³ Vgl. HUFFMAN MAX, *Marrying Neo-Chicago with Behavioral Antitrust*, 78 *Antitrust Law Journal* 105, 106 (2012).

⁶⁴ VON HAYEK FRIEDRICH AUGUST, *Die Verfassung der Freiheit*, 3. Aufl., Tübingen 1991, 74. VON HAYEK (Fn. 38).

⁶⁶ MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM, *A Legal Theory without Law*, Tübingen 2007, 23. Auf die hinter dieser Aussage stehenden philosophischen Implikationen kann hier nicht eingegangen werden. Während der instrumentelle Gebrauch des Rechts utilitaristische Wurzeln hat, fusst das Konzept der Wettbewerbsfreiheit in der deontologischen Ethik. S. beispielsweise die Überlegungen von ANDRIYCHUK OLES, *Thinking inside the box: why competition as a process is a sui generis right – a methodological observation*, in: Zimmer Daniel (Hrsg.), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham 2012, 107 ff.

⁶⁷ S. den Titel des in Fn. 66 zitierten Texts von MESTMÄCKER.

wendung an den direkten Wirkungen auf Wohlfahrt und Effizienz auszurichten.⁶⁸ Was andererseits die Denkrichtungen betrifft, die häufig mit dem Konzept der Wettbewerbsfreiheit in Verbindung gebracht werden, nämlich die Österreichische Schule und der Ordoliberalismus der Freiburger Schule, so bestehen auch hier wichtige Unterschiede: Während *HAYEK* die Marktwirtschaft als spontane Ordnung begreift und vor staatlicher Intervention warnt,⁶⁹ erkennt *EUCKEN* zwar an, dass Wirtschaftsordnungen in der Regel gewachsen und nicht gesetzt sind, betont aber die Verantwortung des Staates, die Formen, in denen gewirtschaftet wird, zu ordnen und durchzusetzen.⁷⁰

2. Abmilderung der Gegensätze

Die Gräben zwischen den verschiedenen Grundansätzen können zumindest teilweise zugeschüttet werden, wenn man vom Regel-/Ausnahmeverhältnis im Kartellrecht Gebrauch macht. Das Kartellverbot erfasst zunächst alle spürbaren bzw. erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen, sieht aber in einem zweiten Schritt eine Effizienzrechtfertigung vor.⁷¹ Auch in Bezug auf das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen ist anerkannt, dass eine Rechtfertigung wegen objektiver Notwendigkeit oder aufgrund von Effizienzvorteilen möglich ist.⁷² Das Konzept der Wettbewerbsfreiheit gehört auf die Ebene des Tatbestands. Hier sollten keine Effizienzüberlegungen angestellt werden, sondern die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Beteiligten geschützt werden.⁷³ Der Effizienzgedanke ist hingegen auf der Ebene der Rechtfertigung von Bedeutung. Wettbewerbsbeschränkungen sollten akzep-

⁶⁸ BORK ROBERT H., *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, New York 1993, 117: «antitrust must avoid any standards that require direct measurement and quantification of either restriction of output or efficiency. Such tasks are impossible».

⁶⁹ Was die Wettbewerbspolitik betrifft, so erkennt *Hayek* zwar die Notwendigkeit an, Kartelle und die leistungswidrige Ausübung von Marktmacht zu unterbinden, spricht sich aber gegen Strafsanktionen und für einen Vorrang zivilrechtlicher Rechtsbehelfe aus, s. die Analyse von PETERSEN JENS, *Freiheit unter dem Gesetz – Friedrich August von Hayeks Rechtsdenken*, Tübingen 2014, 169 ff.

⁷⁰ S. beispielsweise *EUCKEN WALTER*, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, 5. Aufl., Godesberg 1947, 84 ff., 373 ff., insbesondere 373: «Inzwischen ist aber erkannt, dass die moderne industrialisierte Welt im Zuge ihrer Entwicklung nicht von selbst brauchbare Wirtschaftsordnungen erzeugt, dass sie also gewisser Ordnungsgrundsätze oder einer Wirtschaftsverfassung bedarf».

⁷¹ Nämlich in Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. Art. 5 Abs. 2 KG.

⁷² S. z.B. Europäische Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009 C 45/7, Tz. 28 ff.

⁷³ Allerdings stellt sich auf Tatbestandsebene die durchaus auch ökonomische Frage, ob ein *form-based* oder ein *effects-based approach* zugrundelegt werden sollte. Auch hier geht es um die Feinjustierung: Das schweizerische Bundesverwaltungsgericht hat in den *Gaba/Gebro*-Entscheiden (RPW 2013, 750 und 808) das Erfordernis der Wirkungsanalyse zurückgefahren; der Europäische Gerichtshof hat im *Groupement des cartes bancaires (CB)* (Rs. C-67/13 P) die Wirkungsanalyse aufgewertet. Dies ist nicht als Gegensatz, sondern als Aufeinanderzubewegen auf unterschiedlicher gesetzlicher Grundlage zu interpretieren.

tiert werden, wenn deren positive Wirkungen die negativen überwiegen, Erforderlichkeit gegeben ist und es nicht zur Ausschaltung wirksamen Wettbewerbs kommt.⁷⁴ Der Gegensatz zwischen Effizienzanalyse und Konzept der Wettbewerbsfreiheit sollte also nicht verabsolutiert werden.⁷⁵

PETER NOBEL hat die inspirierende Frage gestellt, «ob ökonomische Denkansätze denn überhaupt externe Denkansätze sind», und auf den rechts-internen Charakter von Anreizen verwiesen.⁷⁶ Dieser Befund kann gerade auch aus der Perspektive des Wettbewerbsrechts bestätigt werden. Ökonomische Ansätze sind hier eingebaut, indem ökonomisch geprägte Tatbestandsmerkmale den Rückgriff auf wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse nicht nur erlauben, sondern erfordern. In der Literatur wird in diesem Zusammenhang zu Recht eine «Resonanz-Pflicht» angenommen: Der wirtschaftswissenschaftliche «Markt der Ideen» sei aufmerksam zu verfolgen; der Rechtsanwender müsse sodann eine autonome Entscheidung für eines der angebotenen Konzepte treffen.⁷⁷ Eine essentialistische Argumentation auf der Grundlage des Freiheitsbegriffs, die den Zugang zu industrieökonomischen Ansätzen von vornherein blockiert, verkennt die enge Verschränkung von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften. Bei der Auswahl der geeigneten Ansätze sind nach dem hier vertretenen Standpunkt auch die verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnisse zu berücksichtigen. Wie der kurze Überblick über *Behavioural Antitrust* gezeigt hat, führt der neue Ansatz zu Ergebnissen, die von der *Chicago School* wegführen. Eine Verbindung mit dem Konzept der Wettbewerbsfreiheit erscheint vor diesem Hintergrund möglich.

V. Ausblick

Der Vorwurf der Freiheitsfeindlichkeit an die Adresse der ökonomischen Analyse des Rechts im Allgemeinen und an *Behavioural Law & Economics* im Besonderen trifft – jedenfalls in seiner Grundsätzlichkeit – nicht zu. Interdisziplinarität sorgt für eine ganzheitlichere Erfassung der Wirklichkeit.⁷⁸

⁷⁴ Bei hohen Marktzutrittschranken wird die Rechtfertigung an letzterem Kriterium scheitern, s. das Prioritätenpapier der Europäischen Kommission (vorne Fn. 72, Tz. 30, 4. Spiegelstrich): «Gibt es keinen Restwettbewerb und droht in absehbarer Zeit kein Markteintritt, wird dem Schutz der Rivalität und des Wettbewerbsprozesses Vorrang vor möglichen Effizienzvorteilen eingeräumt».

⁷⁵ S. MARTENET VINCENT/HEINEMANN ANDREAS, *Droit de la concurrence*, Genf/Zürich/Basel 2012, 41 ff.; WURMNEST WOLFGANG, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch*, 2. Aufl., Tübingen 2012, passim, z.B. 228 f.

⁷⁶ NOBEL, PETER, *Wirtschaftsrecht?*, in: Kunz Peter V./Herren Dorothea/Cottier Thomas/Matteotti René (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis*, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 986 f.

⁷⁷ AMSTUTZ MARC/CARRON BLAISE, *Basler Kommentar zum Kartellgesetz*, Basel 2010, Art. 7 KG N 5.

⁷⁸ Zur Erforderlichkeit interdisziplinärer Zusammenarbeit zwischen Rechts- und Wirtschaftswissenschaften im Wettbewerbsrecht s. BÜHLER STEFAN, *Common Errors and*

Verhaltenswissenschaftlich inspirierte Ansätze erscheinen in diesem Zusammenhang ertragreicher als Konzepte, die auf fiktiven Annahmen beruhen.⁷⁹ Der Rechtsanwender ist selbstverständlich an die rechtlichen Vorgaben gebunden. Diese eröffnen aber Spielräume, die auch durch ökonomische Überlegungen auszufüllen sind.

PETER NOBEL hat einmal vor den Gefahren zu grosser Selbstreferenzialität im Recht gewarnt:

«Bei den Juristen führte die mangelnde wissenschaftstheoretische Kommunikation zu einer Konzentration auf die *eigene* Methodenlehre, in der zeitweilig jedoch weniger über die Interpretation der konkreten Gesetze als über die ewigen Gesetze der Interpretation nachgedacht wurde.»⁸⁰

Der Titel des vorliegenden Beitrags soll nicht nur die durch die ökonomische Analyse des Rechts aufgeworfenen Fragen nach der richtigen Ausrichtung wirtschaftsrechtlicher Methodik einrahmen, sondern er passt auch auf das (fachliche) Lebenswerk des Jubilars: Idealtypisch verkörpert er das Miteinander von «Recht, Ökonomie und Realität».

Misunderstandings in Competition Law: An Economist's View, (June 7, 2012), 19th St.Gallen International Competition Law Forum ICF, June 7th and 8th 2012 (<<http://ssrn.com/abstract=2206317>>), 1.

⁷⁹ Auch hier sollten allerdings keine künstlichen Gegensätze aufgebaut werden. Führende Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts sprechen sich durchaus für eine pragmatische Rezeption der neuen Erkenntnisse aus; s. z.B. COOTER ROBERT/ULEN THOMAS, *Law & Economics*, 6. Aufl., Boston 2012, 51: «*Economic analysis should use rational choice theory or behavioral theory, depending on which one predicts the law's effects on the behavior more accurately*». S. auch die differenzierten Aussagen in der 5. Auflage des Standardlehrbuchs von SCHÄFER HANS-BERND/OTT CLAUDIUS, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl., Berlin 2012, 95 ff.

⁸⁰ NOBEL PETER, *Wirtschaftsrecht?*, in: Kunz Peter V./Herren Dorothea/Cottier Thomas/Matteotti René (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis*, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 971 ff., 976 (Hervorhebung im Original).