

EMANUEL V. TOWFIGH
NIELS PETERSEN

Ökonomische Methoden im Recht



MOHR SIEBECK

MOHR LEHRBUCH

Emanuel V. Towfigh / Niels Petersen
Ökonomische Methoden im Recht



Emanuel V. Towfigh / Niels Petersen

Ökonomische Methoden im Recht

Eine Einführung für Juristen

unter Mitarbeit von

Markus Englerth, Sebastian J. Goerg, Stefan Magen
und Andreas Nicklisch

Mohr Siebeck

Emanuel V. Towfigh, geb. 1978, Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern; Studium der Rechtswissenschaften und der Volkswirtschaftslehre in Münster und Nanjing; 2006 Promotion zum Dr. iur. an der Universität Münster

Niels Petersen, geb. 1978, Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern; Studium der Rechts- und Sozialwissenschaften in Münster, Genf und New York; 2008 Promotion zum Dr. iur. an der Universität Frankfurt a.M.

Markus Englerth, geb. 1980, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern; Studium der Rechtswissenschaft und der Volkswirtschaftslehre in Bonn und London; 2010 Promotion zum Dr. iur. an der Universität Bonn

Sebastian J. Goerg, geb. 1980, Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern; Studium der Volkswirtschaftslehre in Bonn; 2010 Promotion zum Dr. rer. pol. an der Universität Bonn

Stefan Magen, geb. 1966, Privatdozent, Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern; Studium der Philosophie und der Rechtswissenschaften in Frankfurt a.M. und Bochum; 1998 bis 2001 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht; 2003 Promotion zum Dr. iur an der Universität Frankfurt a.M.; 2010 Habilitation an der Universität Bonn

Andreas Nicklisch, geb. 1975, Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern; Studium der Volkswirtschaftslehre und der altsemitischen Philologie in Jena und Brisbane; 2005 Promotion zum Dr. res. pol. an der Universität Jena

e-ISBN PDF 978-3-16-151298-8
ISBN 978-3-16-150646-8

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Sabon gesetzt und auf säurefreies Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Die ökonomische Methode hat in der Rechtswissenschaft in den letzten Jahrzehnten stetig steigende Aufmerksamkeit erfahren. Argumente ökonomischer Provenienz haben zunächst vor allem im Zivilrecht, seit geraumer Zeit aber auch in anderen Rechtsgebieten Eingang gefunden. Es nimmt heute durchaus niemanden mehr Wunder, wenn in einem juristischen Text von „Anreizen“ oder „Akteuren“ die Rede ist. Kaum eine Abhandlung über deliktische Haftung kommt ohne Überlegungen zur günstigsten Versicherbarkeit aus. Im Emissionshandelsrecht rasonieren Europarechtler über die Erstallokation von Zertifikaten. Und Strafrechtler diskutieren darüber, ob es nicht unter Abschreckungsgesichtspunkten sehr viel effektiver und letztlich auch effizienter wäre, daran zu arbeiten, die Entdeckungswahrscheinlichkeit gewisser Straftaten zu erhöhen, statt das Strafmaß weiter anzuheben. Weitere prominente Beispiele lassen sich beliebig für Rechtsgebiete vom Arzthaftungsrecht über das Immaterialgüterrecht, das Steuer- und Umweltrecht bis hin zum Wettbewerbs- und Kartellrecht finden. In der Rechtsvergleichung wird die ökonomische Theorie gern als *tertium comparationis*, als Vergleichsmaßstab, bemüht. Nachdem sich die Rechtsökonomie zunächst vornehmlich mit theoretischen Modellen beschäftigt hat, finden neuerdings auch vermehrt empirische Erkenntnisse Eingang in die Rechtswissenschaft.

Auch von „außen“ – etwa aus der Politik oder aus den Nachbarwissenschaften – wird zunehmend von Rechtswissenschaftlern gefordert, das geltende oder zu setzende Recht vor dem Hintergrund der Erkenntnisse über menschliches Verhalten zu rechtfertigen. Ist eine ins Auge gefasste rechtliche Maßnahme wirklich *geeignet*, ihr Regelungsziel zu erfüllen? Juristen werden so zunehmend gezwungen, sich der Grundlagen ihres eigenen Faches zu vergewissern. Um ihre gesellschaftsprägenden Einflussmöglichkeiten nicht zu verlieren, müssen sie zunehmend zu Experten für Verhaltenssteuerung durch Recht werden. Die Rechtsökonomik bietet, vor allem mit ihren verhaltenswissenschaftlichen Fortentwicklungen, hierfür einen geeigneten Rahmen.

Mit diesen Entwicklungen geht ein wachsender Bedarf an der Vermittlung von Kenntnissen sozialwissenschaftlicher Methodik im Allgemeinen und der Ökonomik im Besonderen einher. Wie findet man einen Zugang zu diesem Satz von Argumenten? Welche Einschränkungen sind zu beachten, wenn man ein ökonomisches Argument in den juristischen Diskurs einführt? Woran erkennt man ein gutes, ökonomisch fundiertes Argument? Wie entlarvt man ein schlechtes? Schließlich: Wie kann man selbst ein gutes Argument führen? Zur Beantwortung dieser Fragen möchte das vorliegende Lehrbuch einen Beitrag leisten. Es richtet sich an den juristischen Leser, der ohne jegliche sozialwissenschaftlichen Vorkenntnisse eine erste Begegnung mit ökonomischen Methoden sucht und dabei auch Reiz und Stärke eines ökonomischen Arguments in ausgewählten rechtswissenschaftlichen Kontexten verstehen möchte. Die verschiedenen großen Bereiche der für das Recht relevanten ökonomischen Theorie – „Law & Economics“ – werden dabei in aller Kürze ebenso dargestellt, wie neuere, stärker verhaltenswissenschaftlich orientierte Theorieansätze oder die Grundlagen der sozialwissenschaftlichen Empirie.

Das vorliegende Lehrbuch unterscheidet sich damit in seinem Zugang von konventionellen rechtsökonomischen Lehrbüchern. Es geht nicht darum, bestimmte Rechtsgebiete im Lichte ökonomischer Erkenntnisse neu zu betrachten. Es geht in erster Linie um die Vermittlung von Methode, nicht bestimmter inhaltlicher Theorien. Es zeigt nicht auf, wie bestimmte ökonomische Erkenntnisse im juristischen Kontext zu verstehen sind. Es soll vielmehr Hilfestellung geben, ökonomische Forschung selbst besser zu verstehen und auf juristische Fragestellungen anzuwenden. Ganz ohne inhaltliche Erkenntnisse kommt das Lehrbuch dabei natürlich nicht aus, so dass kurze Einführungen in einige grundlegende theoretische Konzepte der Ökonomie – von der Mikroökonomie über die öffentlichen Güter bis hin zu Public Choice – gegeben werden. Trotz dieser Schwerpunktsetzung haben sich die Autoren bemüht, die Bedeutung ihrer Ausführungen für das Recht anhand von Beispielen aus den verschiedenen Rechtsgebieten darzulegen. Der Fokus liegt dabei nicht – wie traditionell – allein auf dem Gebiet des Zivilrechts. Vielmehr werden Beispiele aus allen drei großen Rechtsgebieten, dem Zivil-, dem Straf- und dem öffentlichen Recht, angeführt.

Notabene: In diesem Lehrbuch werden die grundlegenden Modelle der Ökonomik präsentiert, weil es darum geht, den Juristen ökonomische Methoden näherzubringen. Wie in der Jurisprudenz herrscht auch in der Ökonomik über viele der hier als nicht weiter in Zweifel gezogen präsentierten Grundannahmen und Schlussfolgerungen bisweilen leidenschaft-

licher Streit. Zu jedem in diesem Band dargestellten Thema gibt es unzählige theoretische und empirische Variationen und Verfeinerungen, so zahlreich, dass es unmöglich ist, auch nur auf alle zu verweisen. Bei näherem Interesse sei dem geneigten Leser empfohlen, sich speziellerer Literatur zuzuwenden, die in aller Regel präzisere Modelle entwickelt hat. Entsprechende weiterführende Literaturhinweise sind am Anfang eines jeden Abschnitts angegeben. Zur Vertiefung von Spezialfragen sind auch Nachweise in den Fußnoten angegeben.

Die Autoren dieses Lehrbuchs verbindet eine Tätigkeit am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern. Hier forschen Juristen, Ökonomen und Psychologen interdisziplinär mit den verschiedensten Ansätzen aus dem verhaltenswissenschaftlichen Methodenkasten. Die jeweiligen Bearbeiter der einzelnen Abschnitte sind in der von ihnen dargestellten Materie wissenschaftlich ausgewiesen. Es war aber der Ehrgeiz der Verfasser, keinen Sammelband zur ökonomischen Methode herauszugeben, sondern ein in sich geschlossenes Lehrbuch. Die Konzeption dazu und die Vereinheitlichungsleistung am Ende haben die beiden Hauptherausgeber erbracht. Sie haben alle Beiträge sprachlich und strukturell überarbeitet, um Überschneidungen zu vermeiden, einen einheitlichen Stil sicherzustellen und Kohärenz zu gewährleisten. Dennoch wäre die Erstellung dieses Lehrbuchs nicht ohne die engagierte Hilfe einiger Institutsmitarbeiter möglich gewesen, die uns inhaltliche Anregungen gegeben und den Text am Ende Korrektur gelesen haben. Dank gebührt insbesondere Konstantin Chatziathanasiou und Kristina Schönfeldt. Wir hoffen nun auf eine wohlwollende Rezeption und sind für Anregungen zur Verbesserung oder Ergänzung des Werks dankbar.

Bonn, im Mai 2010

Emanuel Towfigh und Niels Petersen

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
§ 1 – Ökonomik in der Rechtswissenschaft	1
<i>Niels Petersen / Emanuel V. Towfigh</i>	
I. Entwicklung der Rechtsökonomik	2
II. Normative und positive ökonomische Theorie	3
III. Das Wesen sozialwissenschaftlicher Theorien	6
IV. Sozialwissenschaftliche Theorie und rechtswissenschaftliche Methode	7
V. Die relevanten Methoden der Ökonomie	20
§ 2 – Das ökonomische Paradigma	23
<i>Emanuel V. Towfigh</i>	
I. Theoretische Grundannahmen	23
II. Wohlfahrtsanalyse und Effizienz	31
§ 3 – Mikroökonomie	35
<i>Andreas Nicklisch / Emanuel V. Towfigh</i>	
I. Mikroökonomie und Recht	35
II. Knappheit und Preise	37
III. Angebot und Nachfrage.	43
IV. Effizienz und Gerechtigkeit	51
V. Haushaltstheorie	57
VI. Unternehmenstheorie	63
§ 4 – Spieltheorie	71
<i>Stefan Magen</i>	
I. Spieltheorie und Recht	71
II. Spiele in Normalform	74

III. Typen von Spielen	87
IV. Spiele in Extensivform	103
V. Recht und informale Institutionen	112
§ 5 – Vertragstheorie	117
<i>Andreas Nicklisch / Niels Petersen</i>	
I. Grundlagen	117
II. Tausch unter Sicherheit	118
III. Unsicherheit bei Vertragsschluss	121
IV. Unsicherheit nach Vertragsschluss	128
§ 6 – Public Choice Theorie und Social Choice Theorie	133
<i>Emanuel V. Towfigh / Niels Petersen</i>	
I. Ökonomik und Staatswissenschaft	133
II. Grundlegende Annahmen der <i>Public Choice Theory</i>	135
III. Fehlanreize in repräsentativen Systemen	140
IV. Kollektiventscheidungen durch Wahlen und Abstimmungen: <i>Social Choice</i>	153
§ 7 – Verhaltensökonomie.	165
<i>Markus Englerth</i>	
I. Verhaltenstheorie in der Ökonomie	165
II. Der Aufstieg der Verhaltensökonomik	168
III. Behavioral Law and Economics – Methodische und konzeptionelle Grundlagen	169
IV. Einzelne Einsichten der Verhaltensökonomik und ihre Bedeutung für das Recht	173
V. Offene Fragen	196
§ 8 – Empirische Methoden	201
<i>Niels Petersen (I.) und Sebastian J. Goerg (II. und III.)</i>	
I. Grundlagen und Forschungsdesign	201
II. Deskriptive Statistik	212
III. Statistische Testverfahren	221

Inhaltsübersicht

XI

Glossar	243
Verzeichnis der Abbildungen	249
Verzeichnis der Tabellen	251
Sachwortverzeichnis	253

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
§ 1 – Ökonomik in der Rechtswissenschaft	1
I. Entwicklung der Rechtsökonomik	2
II. Normative und positive ökonomische Theorie	3
III. Das Wesen sozialwissenschaftlicher Theorien	6
IV. Sozialwissenschaftliche Theorie und rechtswissenschaftliche Methode	7
1. Rechtsdogmatik	8
2. Rechtssetzung	15
3. Recht als soziales Phänomen	16
4. Grenzen der ökonomischen Methode in der Rechtswissenschaft.	17
V. Die relevanten Methoden der Ökonomie	20
§ 2 – Das ökonomische Paradigma	23
I. Theoretische Grundannahmen	23
1. Methodologischer Individualismus.	24
2. Ressourcenknappheit.	24
3. Verhaltensmodell des Homo Oeconomicus	27
II. Wohlfahrtsanalyse und Effizienz	31
1. Paretoeffizienz	32
2. Kaldor-Hicks-Kriterium	33
§ 3 – Mikroökonomie.	35
I. Mikroökonomie und Recht	35
II. Knappheit und Preise	37
1. Produktionsmöglichkeiten	37
2. Grenzkosten und Grenznutzen.	39
3. Effiziente Güterallokation	41

III. Angebot und Nachfrage.	43
1. Markt	43
2. Preisbildung am Markt.	44
IV. Effizienz und Gerechtigkeit	51
1. Koordinationsfunktion des Marktes	52
2. Konsumentenrente	52
3. Produzentenrente.	54
4. Transaktionskosten	56
5. Gerechte Märkte?	57
V. Haushaltstheorie	57
1. Budget	57
2. Präferenzen.	59
VI. Unternehmenstheorie	63
1. Produktivität	63
2. Arbeitskosten	65
3. Kapitalkosten	66
4. Behauptung am Markt.	68
§ 4 – Spieltheorie	71
I. Spieltheorie und Recht	71
1. Die juristische und die spieltheoretische Perspektive auf „Interessenkonflikte“	72
2. Individuelles Entscheiden und strategische Interdependenz	73
3. Spieldefinition, Normalform und Extensivform	73
II. Spiele in Normalform	74
1. Das Kartelldilemma	74
2. Lösungskonzepte für individuell rationales Verhalten	77
3. Soziale Wohlfahrt und politische Gemeinwohlziele	84
III. Typen von Spielen.	87
1. Einfache Motive	87
2. Gemischte Motive	90
3. Kooperation	94
4. Wiederholte Spiele	100
IV. Spiele in Extensivform	103
1. Definition eines Spiels in Extensivform	103
2. Teilspielperfektion	105
3. Imperfekte Informationen und Informationsmengen.	107
4. Unvollständige Informationen	109

V. Recht und informale Institutionen	112
1. Recht als Preis oder Brennpunkt	112
2. Recht und soziale Normen	113
§ 5 – Vertragstheorie	117
I. Grundlagen	117
II. Tausch unter Sicherheit	118
III. Unsicherheit bei Vertragsschluss	121
IV. Unsicherheit nach Vertragsschluss	128
§ 6 – <i>Public Choice</i> Theorie und <i>Social Choice</i> Theorie	133
I. Ökonomik und Staatswissenschaft	133
II. Grundlegende Annahmen der <i>Public Choice Theory</i>	135
1. Politiker	136
2. Wähler	137
3. Bürokraten	138
III. Fehlanreize in repräsentativen Systemen	140
1. Das Medianwähler-Theorem	140
2. Sonderinteressen bei Wählern und Politikern – „ <i>rent seeking</i> “	147
3. Budgetmaximierung bei den Bürokraten	149
IV. Kollektiventscheidungen durch Wahlen und Abstimmungen: <i>Social Choice</i>	153
1. Probleme bei Wahlen und Abstimmungen	153
2. Das Arrows-Theorem	159
3. Das Ostrogorski-Paradox	161
4. Bewertung und juristische Implikationen	162
§ 7 – Verhaltensökonomie	165
I. Verhaltenstheorie in der Ökonomie	165
II. Der Aufstieg der Verhaltensökonomik	168
III. <i>Behavioral Law and Economics</i> – Methodische und konzeptionelle Grundlagen	169
1. Die verhaltenswissenschaftliche Komponente	170
2. Die ökonomische Komponente	171
3. Die juristische Komponente	172

IV. Einzelne Einsichten der Verhaltensökonomik und ihre Bedeutung für das Recht	173
1. Begrenztes Eigeninteresse	174
2. Begrenzte Rationalität	177
3. Begrenzte Selbstdisziplin	193
V. Offene Fragen	196
§ 8 – Empirische Methoden	201
I. Grundlagen und Forschungsdesign	201
1. Forschungsdesign und Kausalität	202
2. Die Messung von Daten	207
3. Validität der Ergebnisse	210
II. Deskriptive Statistik	212
1. Statistische Variable	213
2. Histogramme und Verteilungen	214
3. Kennzahlen	217
III. Statistische Testverfahren	221
1. Grundbegriffe Statistischer Tests.	222
2. Auswahl des Testverfahrens	223
Glossar	243
Verzeichnis der Abbildungen	249
Verzeichnis der Tabellen	251
Sachwortverzeichnis	253

§ 1 – Ökonomik in der Rechtswissenschaft

Literatur: *A. v. Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003; *dies.*, Vom Nutzen der ökonomischen Theorie für das öffentliche Recht, in: *Bungenberg et al.* (Hg.), *Recht und Ökonomik*, 2004, 1–31; *M. Adams*, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 2. Aufl. 2004; *H.-D. Assmann/C. Kirchner/E. Schanze*, *Ökonomische Analyse des Rechts*, 1993; *R.H. Coase*, *The Problem of Social Cost*, *J.L. & Econ.* 3 (1960), 1–44; *ders.*, *The Nature of the Firm*, *Economica* 4 (1937), 386–405; *R. Dworkin*, *Why Efficiency?* *Hofstra L. Rev.* 8 (1980), 563–590; *H. Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3. Aufl. 2005; *C. Engel/M. Morlok* (Hg.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung*, 1998; *C. Engel*, *Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen*, *JZ* 2005, 581–590; *K. Grechenig/M. Gelter*, *Divergente Evolution des Rechtsdenkens – Von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik*, *RabelsZ* 72 (2008), 513–561; *S. Grundmann*, *Methodenpluralismus als Aufgabe*, *RabelsZ* 61 (1997), 423–453; *J. C. Harsanyi*, *Cardinal Utility in Welfare Economics and in the Theory of Risk Taking*, *J. Pol. Econ.* 61 (1953), 434–435; *H.E. Jackson/L. Kaplow/S.M. Shavell/W.K. Viscusi, D. Cope*, *Analytical Methods for Lawyers*, 2003; *G. Janson*, *Ökonomische Theorie im Recht*, 2004; *G. Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus. Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften*, 3. Aufl. 2008; *C. Kirchner*, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 1997; *L. Kornhauser*, *A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law*, *Hofstra L. Rev.* 8 (1980), 591–639; *O. Lepsius*, *Sozialwissenschaften im Verfassungsrecht – Amerika als Vorbild?*, *JZ* 2005, 1–13; *J. Lüdemann*, *Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie*, in: *Boysen et al.* (Hg.), *Netzwerke*, 2007, 266–285; *K. Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?* 2. Aufl. 2006; *F. Müller*, *Ökonomische Theorie des Rechts*, in: *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano* (Hg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2006, 323–344; *N. Petersen*, *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?* *Der Staat* 49 (2010), 435–455; *R. Posner*, *Economic Analysis of Law*, 7. Aufl. 2007; *H.-P. Schwintowski*, *Ökonomische Theorie des Rechts*, *JZ* 1998, 581–588; *S. Tontrup*, *Ökonomik in der dogmatischen Jurisprudenz*, in: *C. Engel* (Hg.), *Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter*, 1998, 41–120.

I. Entwicklung der Rechtsökonomik

Die gemeinsamen Bemühungen von Juristen und Ökonomen um Erkenntnisgewinn haben eine wechselhafte Geschichte. In der Moderne gehen sie bis auf Adam Smith zurück, und in den Universitäten waren beide Disziplinen oft in einer „Staatswissenschaftlichen Fakultät“ zusammengefasst. Vor allem in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts gab es indessen kaum gleichgerichtete Forschung. Das hing vor allem damit zusammen, dass die Nationalökonomie in der Neoklassik ihren Blick immer stärker auf güterwirtschaftliche Fragestellungen konzentrierte. Aus der Perspektive der Rechtswissenschaften wurden überdies mit einer zunehmenden methodischen Exaktheit der Ökonomie und mit dem Rückgriff auf mathematische Werkzeuge auch die Annahmen bei der Bildung ökonomischer Modelle immer restriktiver, so dass es schwieriger wurde, die Relevanz der Erkenntnisse für wirtschaftspolitische Gestaltungsfragen zu begründen. Dieses Problem der **externen Validität** besteht bis heute.¹ Neben derlei Sachfragen spielte auch die Sorge vor Autonomieverlusten der Fächer eine nicht zu unterschätzende Rolle. Juristen und Ökonomen warfen sich wechselseitig disziplinären Imperialismus vor.² Durch diese Trennung konnten sich einerseits die Disziplinen unabhängig von einander methodisch entwickeln und profilieren, verloren aber andererseits den jeweils anderen mit seinen Besonderheiten und Eigenheiten und das große Potenzial gemeinschaftlicher, interdisziplinärer Ansätze aus dem Blick.³

Etwa seit den 1960er Jahren befassen sich Ökonomen wieder verstärkt auch mit Fragen des Rechts. Aus verschiedenen theoretischen Ansätzen – etwa der Theorie der Eigentumsrechte, der Prinzipal-Agent-Theorie⁴ und der Neuen Politischen Ökonomie⁵ entwickelte sich die **Neue Institutionenökonomik**. Mit der Fortentwicklung dieser Strömung löste sich die Volkswirtschaftslehre zunehmend von ihrem klassischen Gegenstand. Waren einst allein volkswirtschaftliche Prozesse, in erster Linie das Geschehen am Markt, im Blickfeld ihrer Forschung, werden nun auch Entscheidungen in anderen institutionellen Gefügen – ursprünglich in Unternehmungen⁶ und industriellen Organisationen, später aber etwa auch politische Pro-

¹ Dazu unten § 8 I 3.

² *Kirchner*, Ökonomische Theorie des Rechts, 1997, 12; *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*, 3. Aufl. 2008, 153.

³ *Janson*, Ökonomische Theorie, 20.

⁴ Dazu unten § 5 III.

⁵ Dazu unten § 6 I.

⁶ Epochal: *Coase*, *The Nature of the Firm*, *Economica* 4 (1937), 386 ff.

zesse – mit den eigenen Methoden ins Visier genommen. Die Klammer, das Proprium ökonomischer Forschung, ergibt sich fortan nicht mehr aus ihrem Betrachtungsgegenstand, sondern aus ihrer **Methodik**. Damit hat sich ein Wandel vollzogen, der gemeinhin anhand des Begriffspaares **Ökonomie** (für den klassischen Ansatz der Volkswirtschaftslehre) und **Ökonomik** (für die vielfältigeren neuen Strömungen) beschrieben wird: Dabei meint Ökonomie jene Wissenschaft, die sich mit wirtschaftlichen Zusammenhängen befasst, die Wirtschaft also zum **Gegenstand** hat; die Ökonomik dagegen wendet die **Methodik** der Ökonomie, ihr Instrumentarium, auch auf nicht-volkswirtschaftliche Fragestellungen an.⁷ Wie wir im Einzelnen sehen werden, untersucht die Ökonomik ganz allgemein menschliches Entscheidungs- oder Wahlverhalten unter der Annahme knapper Ressourcen.

Mit der Hinwendung zur Ökonomik bedurfte es nur mehr eines kurzen Stück Weges hin zum Recht. Denn die Neue Institutionenökonomik meint mit „Institution“ ein System miteinander verknüpfter, formaler und informeller Normen zur Verhaltenssteuerung einschließlich der Vorkehrungen zu deren Durchsetzung⁸ – und behandelt damit u. a. wichtige Bereiche des Rechts. Die Nähe zum weiten Feld der auch von Juristen und Politologen betriebenen „Steuerungswissenschaften“ sieht man dieser Definition unmittelbar an. Vor allem in den USA, aber auch in Kontinentaleuropa hat sich mit den Jahren eine als **Law & Economics** bekannte Schnittmengendisziplin etabliert,⁹ in der Juristen und Ökonomen gleichermaßen aktiv sind, und die sich mit der ökonomischen Theorie speziell des Rechts befasst.

II. Normative und positive ökonomische Theorie

Gegen die ökonomische Analyse des Rechts bestanden in der deutschen Rechtswissenschaft lange große Vorbehalte, die auch heute noch nicht vollständig ausgeräumt sind. So schrieb *Karl-Heinz Fezer* einst, dass „[ö]konomische Rechtsanalyse und freiheitliches Rechtsdenken“ schlechthin „unvereinbar“ seien.¹⁰ Diese Bedenken gründen sich vor allem auf dem Selbstverständnis der Ökonomie als Wissenschaft und dem normativen Anspruch vieler Vertreter der Rechtsökonomie. Während die Ökonomie

⁷ *Janson*, Ökonomische Theorie, 21.

⁸ *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 3. Aufl. 2003, 7.

⁹ *Grechenig*, *RabelsZ* 2008, 513 ff.

¹⁰ *Fezer*, *JZ* 1986, 817 (823).

früher vor allem der Analyse wirtschaftlicher Zusammenhänge vorbehalten war, versteht sie sich immer mehr als umfassende Sozialwissenschaft, die menschliches Verhalten in allen Lebensbereichen zu erklären beansprucht – von der Kriminalität über die Demokratie bis hin zur Sexualität.¹¹ Kritiker sehen darin einen Wissenschaftsimperialismus, der versucht, die ökonomische Rationalität des Strebens nach dem Eigennutz auf alle Gesellschaftsbereiche zu übertragen. Nahrung bekommt diese Kritik durch Aussagen von Exponenten der ökonomischen Analyse des Rechts, die „weiterhin glauben, dass die Wohlstandsmaximierung Leitlinie für die staatliche Politik in allen Gesellschaftsbereichen sein soll“¹². Wie so oft bei hitzig geführten Debatten liegt die Wahrheit wohl in der Mitte. Selbstverständlich kann die Wohlfahrtssteigerung nicht alleiniges Ziel der Politik, Effizienzdenken nicht alleiniger normativer Maßstab der Rechtswissenschaft sein. Auf der anderen Seite bieten die Sozialwissenschaften im Allgemeinen und die Ökonomie im Besonderen jedoch nützliche Analyseinstrumente, die durchaus dem Rechtswissenschaftler die Arbeit erleichtern können. Dies wird deutlich, wenn wir zwei unterschiedliche Formen der Rechtsökonomie auseinanderhalten – die positive und die normative ökonomische Theorie des Rechts.

Unter den Begriff der **positiven ökonomischen Theorie des Rechts** werden all jene Herangehensweisen subsumiert, die das Recht analytisch oder empirisch betrachten, die sich mithin **positiv** mit der Beschreibung, Erklärung und Prognose menschlichen Verhaltens im Hinblick auf das Recht befassen. Für die positive ökonomische Analyse ist das Recht soziales Phänomen, es geht ihr darum, das Wissen über die soziale Welt zu verbessern. Auf der Grundlage der positiven ökonomischen Theorie sollen *ex ante* prognostische Aussagen zum Verhalten der Rechtssubjekte formuliert werden, die etwa von veränderten Anreizen bei der Einführung neuer Normen ausgehen können. Recht wird dabei als Mechanismus verstanden, der Handlungsalternativen verbilligt oder verteuert.¹³ Wenn das Recht also Diebstahl unter Strafe stellt, dann hat jeder Mensch grundsätzlich noch die tatsächliche Möglichkeit, Dinge zu stehlen. Das Strafrecht erlegt ihm jedoch für dieses Verhalten Kosten auf. Wenn diese Kosten den aus dem Diebstahl gezogenen Nutzen übersteigen, führt dies nach der ökonomischen Theorie dazu, dass ein potentieller Dieb vom Stehlen absehen wird.

¹¹ S. nur *Becker*, Ökonomische Erklärung menschlichen Verhaltens, 2. Aufl. 1993.

¹² *Posner*, Hofstra L. Rev. 9 (1981), 775 (780).

¹³ *V. Aaken*, in: Bungenberg et al. (Hg.), Recht und Ökonomik, 1 (6).

Kenntnis der positiven Folgen bestimmter Interventionen ist erforderlich, wenn steuernd in das Sozialgefüge eingegriffen werden soll. Nur so können funktionelle Zusammenhänge erkannt und im Rahmen von Normwirkungsanalysen genutzt werden. Gleichzeitig gibt es Bemühungen, *ex post* die Entwicklung oder Erforderlichkeit rechtlicher Institutionen zu erklären, beispielsweise des Strafrechts¹⁴ oder des Eigentums- und Immaterialgüterschutzes.¹⁵ Für Juristen ist die positive ökonomische Theorie in vielerlei Hinsicht ein nützliches Werkzeug – in der Rechtstatsachenforschung, bei der Abschätzung von Gesetzesfolgen (für den Gesetzgeber) und der Folgenorientierung in der Rechtsanwendung (insbesondere für die Rechtsprechung), aber auch in der Rechtsvergleichung.

Der zweite Ansatz, die **normative oder präskriptive ökonomische Theorie des Rechts**, versucht ausgehend von theoretisch definierten Prämissen zu bewerten, welche von verschiedenen denkbaren Normgestaltungen für die Lösung eines Problems vorzugswürdig ist: Wie sollte das Recht gestaltet werden? Welche Ziele sollte es verfolgen? Sie steht damit Rechtspolitik und Rechtsphilosophie nahe. Für derlei normative Aussagen bedarf es eines Maßstabes, anhand dessen die Bewertung vorgenommen wird. Die Ökonomie ist dabei eng mit der **Philosophie des Utilitarismus** verknüpft.¹⁶ Dem Utilitarismus zufolge ist es das Ziel einer jeden Gesellschaftsordnung, das Glück aller Menschen zu maximieren. Ersetzen wir nun Glück durch „Präferenzen“¹⁷, sehen wir, wie aus der sozialwissenschaftlichen ökonomischen Theorie plötzlich normative Schlussfolgerungen gezogen werden können. Schließlich geht es der Ökonomie gerade darum, menschliche Präferenzen so zu befriedigen, dass der Gesamtnutzen maximiert wird. Die effizienteste Gesellschaftsordnung ist nach utilitaristischer Vorstellung die vorzugswürdige. Die normativen Forderungen des Utilitarismus können jedoch mit den Forderungen konkurrierender normativer Systeme, wie etwa der Rechtsordnung, kollidieren. Die normative Verknüpfung der Ökonomie mit dem Utilitarismus ist jedoch nicht zwingend. Vielmehr ist zwischen der positiven und der normativen Variante der ökonomischen Theorie strikt zu trennen. In ihrer beschreibenden Funktion kann die Ökonomie der Rechtswissenschaft zu einem beträchtlichen **Rationalitäts-**

¹⁴ Etwa *Becker*, Ökonomische Erklärung menschlichen Verhaltens, 39 ff. und unten § 7 IV.

¹⁵ Vgl. etwa *Schaefer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, 549 ff.

¹⁶ *Eidenmüller*, Effizienz, 173.

¹⁷ Dazu unten § 2 I. 2. a).

gewinn verhelfen, ohne dabei einen ökonomischen Imperialismus zu betreiben oder die Normativität des Rechts zu überlagern.¹⁸

III. Das Wesen sozialwissenschaftlicher Theorien

Die Ökonomie ist nicht die einzige Wissenschaft, die sich mit menschlichem Verhalten beschäftigt. Vielmehr gibt es andere Sozialwissenschaften, die menschliches Handeln aus anderer Perspektive betrachten, etwa die Soziologie, die Anthropologie oder die Psychologie. Obwohl dieses Buch in erster Linie die ökonomische Methode in den Blick nimmt, nimmt es auf andere Sozialwissenschaften Bezug, soweit dies geboten erscheint. Dies gilt insbesondere für die Psychologie, soweit diese Kritik am Bild des Menschen als rational handelndem Akteur übt.¹⁹ Trotz aller Differenzen im Detail sind sich die Sozialwissenschaften in ihren Methoden sehr ähnlich, weswegen wir im Folgenden zunächst allgemein auf das Wesen sozialwissenschaftlicher Theoriebildung eingehen werden.

Sozialwissenschaftliche Theorien beschäftigen sich mit menschlichem Verhalten und gesellschaftlichen Prozessen. Sie haben dabei vor allem zwei Funktionen. Zum einen sollen sie bestimmte **Phänomene** erklären, zum anderen generelle **Gesetzmäßigkeiten** aufzeigen und es so ermöglichen, Vorhersagen zu treffen. Halten sich Menschen an rechtliche Normen? Warum halten sie sich an rechtliche Normen? Unter welchen Bedingungen halten sie sich an rechtliche Normen? Das Problem dabei ist, dass soziale Prozesse oft wesentlich komplexer sind als viele naturwissenschaftliche Zusammenhänge, so dass es schwieriger ist, Gesetzmäßigkeiten zu identifizieren und diese auch meistens eine geringere Vorhersagekraft haben.

Auch naturwissenschaftliche Gesetzmäßigkeiten hängen immer von bestimmten Voraussetzungen ab. Wenn ich einen Körper aus einer bestimmten Höhe fallen lasse, kann ich grundsätzlich vorhersagen, wann und wo dieser Körper auf dem Boden auftrifft. Allerdings finden solche Vorgänge selten in einem Vakuum statt. Vielmehr hängt der Zeitpunkt des Auftreffens vom Luftwiderstand und von den Windverhältnissen ab und daher gleichzeitig auch von Volumen und Beschaffenheit des Körpers, den ich fallen lasse, so dass eine Vorhersage unter realen Umweltbedingungen nur theoretisch möglich ist. Ähnlich verhält es sich mit sozialwissenschaftlichen Theorien. Man wird in den seltensten Fällen strikte wenn-dann-

¹⁸ V. Aaken, in: Bungenberg et al. (Hg.), *Recht und Ökonomik*, 1 (31).

¹⁹ Zu *behavioral law and economics* s. ausführlich § 7.

Beziehungen feststellen können. Vielmehr können allenfalls Faktoren identifiziert werden, die das Auftreten eines bestimmten Phänomens wahrscheinlicher machen.

Ob ein bestimmter Mensch sich an eine Rechtsnorm hält, hängt davon ab, um was für eine Rechtsnorm es sich handelt, was für eine soziale Vorprägung er hat, in was für einer Stimmung er sich befindet sowie von anderen Umweltfaktoren. Stellen wir uns eine fiktive Person, nennen wir sie Clara, vor. Clara würde nie in ihrem Leben einen Menschen töten. Aber sie geht durchaus ab und zu über eine rote Ampel. Doch auch die Tatsache, ob Clara bei rot über die Ampel geht, hängt von verschiedenen Umweltbedingungen ab. Nachts um zwei mag die Wahrscheinlichkeit größer sein, als morgens um halb neun, wenn auf der anderen Seite der Straße eine Gruppe von Schulkindern wartet. Ökonomen beschäftigen sich zwar nicht mit dem Verhalten einzelner Personen, sondern dem aggregierten Verhalten mehrerer Individuen. Es geht ihnen also um die „Durchschnitts-Clara“. Dennoch spielen hier ähnliche Überlegungen eine Rolle wie beim einzelnen Individuum. Die beeinflussenden Faktoren werden lediglich komplexer.

Trotz der Bedingtheit menschlichen Verhaltens können wir bestimmte allgemeine Gesetzmäßigkeiten formulieren. So können wir etwa sagen, dass in Staaten mit einem hohen wirtschaftlichen Entwicklungsstand eine Demokratie als Staatsform stabiler ist als in Staaten mit geringer wirtschaftlicher Entwicklung.²⁰ Das bedeutet jedoch nicht, dass dieser Zusammenhang **monokausal** und **deterministisch** ist, dass ein Staat zwingend umso demokratischer ist, je höher sein Bruttoinlandsprodukt ist. Vielmehr gibt es auch andere Faktoren, die in diesem Kontext eine Rolle spielen – etwa die soziale Struktur der Gesellschaft, die politische und wirtschaftliche Machtkonzentration innerhalb des Staates oder gar historische Zufälligkeiten. Dennoch sind auch **probabilistische** Aussagen über die soziale Realität wichtige Erkenntnisse, so lange wir uns vor Augen führen, dass wir sie nicht verabsolutieren dürfen.

IV. Sozialwissenschaftliche Theorie und rechtswissenschaftliche Methode

In diesem Abschnitt wollen wir konkreter darauf eingehen, welche Rolle die Sozialwissenschaften für die Rechtswissenschaft spielen können. In

²⁰ Przeworski et al., Democracy and Development, 2000, 92 ff.

der Rechtswissenschaft gibt es – vereinfacht – drei unterschiedliche Perspektiven, aus denen Forschungsfragen gestellt werden können. Erstens wird nach dem **Inhalt bestehender rechtlicher Normen** gefragt – was ist das Recht? Dazu zählt sowohl die Auslegung einzelner Normen als auch die Systematisierung ganzer Rechtsgebiete. Die Funktion ist die wissenschaftliche Vorbereitung von Gerichtsentscheidung sowie deren Kritik und Einordnung in das bestehende dogmatische System. Dies ist die in Deutschland am weitesten verbreitete Art der wissenschaftlichen Beschäftigung mit Recht, aber nicht die einzige. Zweitens kann rechtswissenschaftliche Forschung sich über den **optimalen Inhalt rechtlicher Normen** Gedanken machen – wie sollte das Recht sein? Adressat entsprechender Studien sind nicht die Gerichte, sondern ist der Gesetzgeber. Derartige Arbeiten sind in der deutschen Rechtswissenschaft weniger verbreitet, genießen aber vor allem in den USA große Popularität. Schließlich kann man sich, drittens, mit **Recht als sozialem Phänomen** beschäftigen, und seine **Wirkungsweise** oder sein Verhältnis zur Gerechtigkeit untersuchen. Hier setzt man sich als Forscher nicht an die Stelle eines bestimmten Akteurs, sondern nimmt vielmehr den Blickwinkel eines Beobachters ein und versucht, Recht aus einer Außenperspektive zu betrachten. Je nach dem, welche Perspektive man einnimmt, haben sozialwissenschaftliche Methoden im Allgemeinen und die ökonomische Theorie im Besonderen ein anderes Forschungsfeld und einen anderen Nutzen. Daher sollen die unterschiedlichen Perspektiven im Folgenden getrennt betrachtet werden.

1. Rechtsdogmatik

In der Rechtsdogmatik scheint die Anwendung sozialwissenschaftlicher Methoden auf den ersten Blick fern zu liegen. Folgt man dem klassischen Schema der Gewaltenteilungslehre, dann beschäftigt sich die Rechtswissenschaft mit der **Anwendung und Auslegung** des durch den Gesetzgeber gesetzten Rechts. Die Gesetzesauslegung wird dabei nach einem festen, vorher definierten Methodenkanon vorgenommen. Sie richtet sich nach dem Wortlaut und der Systematik der Norm, sowie deren Entstehungsgeschichte und ihrem Sinn und Zweck. Normauslegung ist dabei ein Verfahren, das eine **normative Schlussfolgerung** zu begründen sucht, während sich die Sozialwissenschaften vornehmlich **positiv** mit der Beschreibung und Erklärung der Wirklichkeit beschäftigen. Die Wirklichkeit kommt nach der traditionellen juristischen Methode allerdings nicht auf der Stufe der Normauslegung, sondern erst bei der Subsumtion unter die entsprechende Norm ins Spiel.

Allerdings ist dieses Schema vereinfacht. Auslegung einer Norm und positive Beschreibung der Wirklichkeit lassen sich nicht so trennscharf auseinander halten, wie es das dargestellte holzschnittartige Schema suggeriert. Vielmehr basieren normative Konzepte oft auf **tatsächlichen Annahmen**. Teilweise setzen einzelne Auslegungsmethoden einen starken Wirklichkeitsbezug voraus. Insbesondere in drei Fällen spielt der sozialwissenschaftliche Bezug bei der Normauslegung eine entscheidende Rolle: bei der teleologischen Auslegung, bei der Abwägung konkurrierender Rechtspositionen in der Grundrechtsprüfung und bei der Konkretisierung von Normen, die dem Richter einen beträchtlichen **Interpretationsspielraum** lassen.

a. Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung, die Orientierung am **Sinn und Zweck** einer Norm, zählt zu den zentralen Auslegungsmethoden im Zivilrecht. An dieser Auslegungsmethode wird jedoch oft Kritik geübt, da sie der Beliebigkeit des Interpreten Tür und Tor zu öffnen scheint.²¹ Eine sozialwissenschaftliche Einhegung der teleologischen Auslegung kann die Argumentation mit dieser Interpretationsfigur jedoch rationalisieren. Die Sozialwissenschaften helfen dabei nicht bei der Identifizierung des Zwecks, handelt es sich bei dieser doch um eine normative, und nicht um eine positive Frage. Ist der Zweck jedoch identifiziert, kann die sozialwissenschaftliche Forschung dabei helfen, die Auslegung der Norm zu identifizieren, die diesem Ziel am ehesten gerecht wird. Ist durch vertragsrechtliche Regelungen also eine möglichst effiziente Güterallokation beabsichtigt, dann sind ökonomische Effizienzgesichtspunkte bei der Auslegung der Norm als Leitlinien heranzuziehen.²²

Ein Beispiel bieten die Zuteilungsregeln im Emissionshandelsrecht.²³ Diese Zuteilungsregeln dienen dazu, den beteiligten Unternehmen am Beginn einer Handelsperiode Emissionsrechte zuzuteilen. Zweck des Emissionshandels ist es, Anreize zu einer möglichst kostengünstigen Modernisierung von Altanlagen zu setzen, um eine Reduktion der Treibhausgasemissionen zu erreichen. Unter mehreren Anlagenbetreibern wird durch den Emissionshandel derjenige Betreiber die größten Modernisierungsanreize haben, der diese Modernisierung am kostengünstigsten vornehmen kann. Nun könnte man versucht sein, die Zuteilungsregelungen, mit denen die

²¹ Vgl. Müller/Christensen, Juristische Methodik I, 2004, Rn. 364.

²² Grundmann, RabelsZ 61 (1997), 423 (434).

²³ Vgl. Magen, in: Towfigh et al. (Hg.), Recht und Markt, 2009, 9 ff.

ursprünglichen Emissionsberechtigungen verteilt werden, als Anreizregelungen zu verstehen. Je weniger Berechtigungen einer bestimmten Anlage zugeteilt werden, desto stärkere Anreize hat deren Betreiber zur Modernisierung.

Eine solche Auslegung widerspräche jedoch der ökonomischen Logik des Emissionshandelsrechts. Anreize zur Modernisierung entstehen nämlich dann, wenn die Emissionsreduktion durch Modernisierung günstiger ist als die Preise für entsprechende Emissionszertifikate. Besitzt der Anlagenbetreiber die Emissionszertifikate bereits, dann kann er diese verkaufen und damit seine Modernisierung finanzieren. Besitzt er sie noch nicht, spart er sich die Kosten für den Zukauf.²⁴ Die Zuteilungsregeln haben also auf die Modernisierungsanreize keinen Einfluss. Sie sind reine Verteilungsregeln, so dass bei ihrer Auslegung eher Gleichheits- und Wettbewerbsaspekte zu berücksichtigen sind als Umwelterwägungen. Insofern wird man bei der Auslegung der Zuteilungsregeln kaum zu adäquaten Ergebnissen kommen, wenn man den ökonomischen Kontext des Emissionshandelssystems nicht berücksichtigt.

b. Verhältnismäßigkeitsprüfung bei den Grundrechten

Ein zweites Feld, in dem sozialwissenschaftliche Methoden eine zentrale Rolle spielen können, ist die **Grundrechtsdogmatik**. Dies liegt an der Struktur der Grundrechtsprüfung, die von der Auslegung und Anwendung anderer Normen in einigen Punkten deutlich abweicht. Der Kern jeder Grundrechtsprüfung ist die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, bei der **konkurrierende normative Ziele** gegeneinander abgewogen werden müssen. Bei dieser Abwägung vermischen sich faktische und normative Elemente der Auslegung miteinander, so dass der sozialwissenschaftlichen Wirklichkeitsbeschreibung in diesem Bereich ein besonderes Gewicht zukommt.

Dies soll im Folgenden am Beispiel des Apothekenurteils des Bundesverfassungsgerichts verdeutlicht werden.²⁵ In diesem wollte sich der Beschwerdeführer, ein approbierter Apotheker, in einer bayerischen Gemeinde mit einer Apotheke niederlassen. In Bayern stand die Errichtung einer Apotheke zu jener Zeit jedoch unter einem Erlaubnisvorbehalt. Die Erlaubnis wurde dem Apotheker durch die Regierung von Oberbayern versagt, weil es in der Gemeinde, in der er sich niederzulassen beabsichtige, bereits eine Apotheke gebe und angesichts der Größe der Gemeinde nicht mehr als eine

²⁴ Dies ist die Logik des Coase-Theorems. Zu diesem s. unten § 5 II.

²⁵ BVerfGE 7, 377.

Apotheke lebensfähig sei. Daraufhin wandte sich der Apotheker an das Bundesverfassungsgericht und argumentierte, dass der Erlaubnisvorbehalt ihn in seiner Berufsfreiheit verletze.

Sicherlich kann allein der Schutz der bestehenden Apotheke vor Konkurrenz kein Argument zur Beschränkung der Berufsfreiheit eines Dritten sein, da Wettbewerb gerade ein essentielles Element einer marktorientierten Wirtschaftsordnung ist. Der Schutz vor Konkurrenz muss vielmehr einem übergeordneten Ziel dienen. Die Regierung von Oberbayern argumentierte, dass dies im konkreten Fall der Schutz der Volksgesundheit sei. Nun kann sich das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung nicht damit begnügen, abstrakt die Volksgesundheit gegen die Berufsfreiheit abzuwägen. Vielmehr muss es sich im Rahmen der Erforderlichkeit und der Angemessenheit die Frage stellen, wie groß die Gefahr für die Volksgesundheit wäre, und was für alternative Schutzmechanismen es gäbe.

Für den Erhalt einer Zulassungsbeschränkung lassen sich im Wesentlichen zwei Argumente anführen: Zum einen könnte Konkurrenz zum Zusammenbruch des gesamten Apothekensystems führen, weil sich die Apotheken gegenseitig ruinieren. Zum anderen könnte sie Anreize setzen, gegen gesetzliche Vorschriften zu verstoßen, indem etwa, um wirtschaftlich zu überleben, verschreibungspflichtige Medikamente auch ohne Rezept an Kunden abgegeben werden. Bei beiden Fragen handelt es sich jedoch um empirische Argumente, die zu ihrer Überprüfung sozialwissenschaftlicher Methoden bedürfen: Wie hoch ist die Gefahr, dass die Apothekenversorgung zusammenbricht, wenn man das System der Konkurrenz freigibt? Wie wahrscheinlich ist es, dass Apotheker gegen bestimmte Ordnungsvorschriften verstoßen?

Zudem kann man sich Gedanken darüber machen, ob es nicht andere Mittel gibt, diesen Gefahren vorzubeugen. Man könnte etwa an einen staatlichen Subventionsschirm denken, um ein Zusammenbrechen des Apothekennetzes zu verhindern – oder an stärkere staatliche Kontrollen, um einem Verstoß gegen Ordnungsvorschriften vorzubeugen. Beide Maßnahmen kosten natürlich Geld. In diesem Zusammenhang kann eine vergleichende ökonomische Analyse der beiden Systeme nicht die normative Entscheidung abnehmen, ob letztlich die individuelle Berufsfreiheit höher zu veranschlagen ist oder doch die Kosten alternativer Maßnahmen stärker ins Gewicht fallen. Die ökonomische Analyse kann jedoch die Entscheidungsgrundlage geben, da die normative Bewertung entscheidend davon abhängen wird, wie hoch die Kosten für die jeweiligen Alternativmaßnahmen sind, und wie hoch die Gefahr eines Systemkollapses überhaupt ist.