

### § 3 Ökonomische Analyse des Rechts

- 24 Die Ökonomik – d.h. die wirtschaftswissenschaftliche *Methode*, im Gegensatz zur Ökonomie, ihrem traditionellem Gegenstand – beschäftigt sich mit zwei unterschiedlichen Fragestellungen. Die positive Ökonomik erklärt und prognostiziert wirtschaftliche Vorgänge. Die normative Ökonomik hingegen bewertet wirtschaftliche Zustände oder Veränderungen auf der Grundlage eines vorher definierten Kriteriums.<sup>56</sup> Die Ökonomische Analyse des Rechts als Teilgebiet der Ökonomik beschäftigt sich daher sowohl mit positiven wie normativen Fragestellungen, die nicht vermischt werden sollten.<sup>57</sup>
- 25 Zusammenfassend ergeben sich folgende Thesen der ÖAR:<sup>58</sup>
- Positiv: Menschen reagieren auf rechtlichen Zwang wie *hominio oeconomici*, also rational und nutzenmaximierend. Rechtliche Sanktionen wirken wie Preise, die bestimmte Verhaltensweisen gegenüber anderen verteuern. Die Voraussage der sozialen Steuerungswirkung des Rechts erfolgt auf der Grundlage des ökonomischen Verhaltensmodells.
- Normativ: Eine Rechtsnorm ist gut, wenn sie den gesellschaftlichen Wohlstand erhöht, schlecht, wenn sie ihn verringert. Eine Bewertung der durch Rechtsnormen ausgelösten Folgen erfolgt auf Grundlage der Wohlfahrtsökonomik, insbesondere des Kaldor/Hicks-Kriteriums. Das Kaldor/Hicks-Kriterium, auch als potentielle Pareto-Verbesserung bezeichnet, besagt, dass ein Zustand X der Welt besser ist als ein Zustand Y, wenn die Vorteile der Gewinner bei Zustand X so gross sind, dass sie die Verlierer kompensieren *könnten* – ungeachtet dessen, ob die Kompensation tatsächlich stattfindet.<sup>59</sup> Um feststellen zu können, ob das Kaldor/Hicks-Kriterium erfüllt ist, muss eine Kosten-/Nutzenanalyse durchgeführt werden. Trotz theoretischer und praktischer Bedenken gegenüber dem Kaldor/Hicks-Kriterium ist es unverzichtbar für die angewandte Wohlfahrtsökonomik.<sup>60</sup>

#### I. Ursprünge der Ökonomischen Analyse des Rechts

- 26 Obwohl es frühe Vorläufer gegeben hat,<sup>61</sup> kann man den eigentlichen Ursprung der Ökonomischen Analyse des Rechts in den USA auf die sechziger Jahre des letzten Jahrhunderts datieren.<sup>62</sup> Die Arbeiten von RONALD COASE, GUIDO CALABRESI, GARY S. BECKER und RICHARD POSNER gelten als die Grundsteine der ÖAR.

---

<sup>56</sup> HORST EIDENMÜLLER, Effizienz als Rechtsprinzip, Tübingen 1995, 21.

<sup>57</sup> GUNNAR JANSON, Ökonomische Theorie im Recht, Berlin 2004, 22.

<sup>58</sup> Nach EIDENMÜLLER, FN 56, 4.

<sup>59</sup> EIDENMÜLLER, FN 56, 51.

<sup>60</sup> ROBERT COOTER/THOMAS ULEN, Law and Economics, 4. Aufl., Reading 2003, 49.

<sup>61</sup> Zu diesen JANSON, FN 57, 20.

<sup>62</sup> GEBHARD KIRCHGÄSSNER, Homo Oeconomicus, 2. Aufl., Tübingen 2000, 134.

- 27 RONALD COASE führte 1961 mit seinem Aufsatz „*The Problem of Social Cost*“ die Transaktionskostenanalyse in die Rechtswissenschaft ein.<sup>63</sup> Das so genannte Coase-Theorem besagt, dass es keine Rolle spielt, wem das (Eigentums-)recht an einem Gut zugeordnet wird, wenn die Transaktionskosten gering sind. Das Gut wird letztendlich, über eine Reihe von freiwilligen Transaktionen, bei demjenigen landen, der ihm den höchsten Wert beimisst. Die Marktteilnehmer können somit Probleme, die durch externe Effekte (wie der Lärm einer Schneiderei oder der Funkenflug einer Eisenbahn in den Beispielen von COASE) auftreten, selber lösen, wenn sie über die Allokation der Ressourcen verhandeln und diese ohne Kosten transferieren können. Die Gültigkeit des Coase-Theorems wird durch den bereits erwähnten Besitztumseffekt in Frage gestellt: wenn die Präferenz für ein Gut davon abhängt, ob man es besitzt, spielt die ursprüngliche Zuteilung der Güter eben doch eine Rolle, und ein Gut wird auch in Abwesenheit von Transaktionskosten nicht notwendigerweise bei dem enden, der am meisten zu zahlen bereit ist. Der Besitztumseffekt wirft auch wohlfahrtsökonomische Probleme auf. Wer schätzt ein Gut mehr: derjenige, der mehr dafür zu zahlen bereit ist oder derjenige, der mehr für die Aufgabe des Gutes verlangt? M. a. W. ist die *willingness to pay* (WTP) oder *willingness to accept* (WTA) entscheidend für die Analyse?<sup>64</sup>
- 28 GUIDO CALABRESI analysierte 1961 in seinem wichtigen Aufsatz „*Some Thoughts On Risk Distribution And The Law Of Torts*“ das ausservertragliche Haftungsrecht.<sup>65</sup> CALABRESI'S Artikel ist von weniger grosser theoretischer Wichtigkeit als COASE'S „*Problem of Social Cost*“, aber er war der erste Versuch, ein ganzes Rechtsgebiet durch ökonomische Prinzipien zu erklären. CALABRESI wandte Einsichten aus der Ökonomik über Risiko und Versicherung auf das ausservertragliche Haftungsrecht an, wobei er das Haftungsrecht zumindest teilweise als Versicherungssystem rekonzipierte. CALABRESI konnte demonstrieren, dass einige wenige ökonomische Prinzipien die Struktur des Haftungsrechts besser erklären können als zahlreiche überkommene rechtliche und moralische Regeln und Gebote. Diese Analyse des Haftungsrechts setzt unter anderem voraus, dass die Rechtsunterworfenen, der Gesetzgeber und die Rechtsprechenden Wahrscheinlichkeiten richtig wahrnehmen. Empirische Forschung, auf die sich Vertreter der *Behavioral Law and Economics* stützen, hat aber gezeigt, dass dies nicht der Fall ist und geringe Wahrscheinlichkeiten systematisch über-, mittlere bis hohe Wahrscheinlichkeiten aber unterschätzt werden (hinten, S. 60 ff.).
- 29 Es ist das Verdienst von GARY S. BECKER, als erster das ökonomische Modell auf Rechtsgebiete angewandt zu haben, die weit vom klassischen Gegenstand der Ökonomie entfernt sind. In „*Crime and Punishment: An Economic Approach*“ erklärte er 1968 die Wirkung von Strafnormen auf das Verhalten der Rechtsunterworfenen durch das ökonomische Modell.<sup>66</sup> Die Entscheidung, eine Straftat zu begehen, hängt nach diesem Modell von

---

<sup>63</sup> RONALD COASE, *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics* 1960, 1-44.

<sup>64</sup> RUSSELL KOROBKIN, *Policymaking and the Offer/Asking Price Gap: Toward a Theory of Efficient Entitlement Allocation*, *Stanford Law Review* 1994, 663-708.

<sup>65</sup> GUIDO CALABRESI, *Some Thoughts On Risk Distribution And The Law Of Torts*, *Yale Law Journal* 1961, 499-533.

<sup>66</sup> GARY S. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, *Journal of Political Economy* 1968, 169-217.

der Abwägung der damit verbundenen Kosten und Nutzen ab. Die Kosten werden bestimmt durch die zu erwartende Strafe, abdiskontiert (d.h. multipliziert) mit dem Risiko, erwischt zu werden. Die Kosten einer Straftat können daher entweder durch härtere Strafen oder durch die Erhöhung des Risikos, erwischt zu werden, gesteigert werden. Vertreter der ÖAR haben dieses Modell benutzt, um für die Effizienz härterer Strafen einzutreten. Wenn, so POSNER, die Wahl besteht, den Täter mit einer Wahrscheinlichkeit von 0,1 zu erwischen und für zehn Jahre einzusperren oder ihn mit einer Wahrscheinlichkeit von 0,2 zu erwischen und für fünf Jahre einzusperren, dann sind bei der ersten Alternative halb so viele Personen doppelt so lange im Gefängnis wie bei der zweiten Alternative und die Kosten des Strafvollzugs daher dieselben. Da die Kosten für Polizei und Gerichtswesen im zweiten Fall aber höher sind, spricht aus Effizienzgründen alles für die erste Alternative, d.h. höhere Strafe bei geringerer Wahrscheinlichkeit, erwischt zu werden.<sup>67</sup> BECKER selber wandte das ökonomische Modell später auf weitere Rechtsgebiete wie das Familienrecht an, die traditionellerweise der ökonomischen Analyse als nicht zugänglich betrachtet wurden.<sup>68</sup> Bereits früher hatte er Anti-Diskriminierungs-Gesetze ökonomisch analysiert und war zum Schluss gekommen, dass in einer Wettbewerbswirtschaft der diskriminierende Arbeitgeber den Nachteil der Diskriminierung erleidet.<sup>69</sup> 1992 erhielt GARY S. BECKER den Nobelpreis dafür, dass er das Anwendungsgebiet der ökonomischen Theorie auf Gebiete ausgeweitet hatte, die früher anderen Sozialwissenschaften wie der Soziologie oder Kriminologie vorbehalten waren.<sup>70</sup>

- 30 RICHARD POSNER schliesslich veröffentlichte 1973 das einflussreichste Lehrbuch der ÖAR. Obwohl bereits bei Erscheinen heftig kritisiert,<sup>71</sup> ist „*Economic Analysis of Law*“ inzwischen in der sechsten Auflage (2002) erschienen und ist eines der fünf meistzitierten juristischen Bücher.<sup>72</sup> Es zeichnet sich durch eine unerhörte Breite aus: vom Sachenrecht über Wettbewerbsrecht zu Steuerrecht und Verfassungsrecht bis hin zur Rechtsgeschichte lässt es kein Gebiet unberührt von der ökonomischen Analyse. POSNER ist nicht ziemperlich, er ist einer der aggressivsten Vertreter der ÖAR. So tritt er beispielsweise für die Versteigerung von Adoptionsrechten an den Meistbietenden ein;<sup>73</sup> eine Position, die ihm selbst innerhalb der *Law and Economics* Bewegung Kritik eingetragen hat.<sup>74</sup> POSNER scheint ein gewisses Vergnügen zu haben an der Provokation durch Sätze wie „Der Wettbewerb unter schwangeren Frauen, ihre elterlichen Rechte zu verkaufen, würde [in einem freiem Markt]

---

<sup>67</sup> RICHARD A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 6. Aufl., New York 2002, 226.

<sup>68</sup> GARY S. BECKER, *Treatise on the Family*, Cambridge 1981.

<sup>69</sup> GARY S. BECKER, *The Economics of Discrimination*, Chicago 1957.

<sup>70</sup> Pressemitteilung der Schwedischen Akademie für Wissenschaften vom 13. Oktober 1992, erhältlich unter <http://nobelprize.org/economics/laureates/1992/press.html> (besucht am 30. März 2005).

<sup>71</sup> ARTHUR A. LEFF, *Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism*, *Virginia Law Review* 1974, 451-482; A. MITCHELL POLINSKY, *Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's *Economic Analysis of Law**, *Harvard Law Review* 1974, 1655-1681.

<sup>72</sup> FRED R. SHAPIRO, *The Most-Cited Legal Books Published Since 1978*, *Journal of Legal Studies* 2000, 397-406, 404.

<sup>73</sup> ELISABETH M. LANDES/RICHARD A. POSNER, *The Economics of the Baby Shortage*, *Journal of Legal Studies* 1978, 323-348; RICHARD A. POSNER, *The Regulation of the Market in Adoption*, *Boston University Law Review* 1987, 59-72.

<sup>74</sup> GARY S. BECKER/KEVIN M. MURPHY, *The Family and the State*, *Journal of Law and Economics* 1988, 1-18, 14.

den Preis dieser Rechte auf ein Niveau drücken, das nur unwesentlich über den medizinischen und Unterhaltskosten einer Schwangerschaft liegt“.<sup>75</sup> Seinem Einfluss haben sie jedenfalls nicht geschadet. POSNER und BECKER unterhalten übrigens seit Anfang 2005 gemeinsam ein Internet-Journal („Blog“), in dem sie provokative Thesen (z.B. diejenige, den Drogenhandel zu legalisieren) informell darstellen und mit ihren Lesern diskutieren.<sup>76</sup>

## II. Erfolg der Ökonomischen Analyse des Rechts in den USA

- 31 Die Ökonomische Analyse des Rechts ist in den USA zur dominierenden rechtsphilosophischen Strömung geworden.<sup>77</sup> Selbst für Kritiker der ÖAR ist “das Blühen der Ökonomischen Analyse des Rechts unbestreitbar”,<sup>78</sup> hat sie “das amerikanische Rechtsdenken transformiert”<sup>79</sup> und die Effizienzanalyse “unerreichten Erfolg in der Akademie und an den Gerichten” genossen.<sup>80</sup> Für BRUCE ACKERMAN ist die ÖAR die “wichtigste Entwicklung der Rechtswissenschaft im 20. Jahrhundert”.<sup>81</sup> Der Anteil der Artikel in den *Law Journals* von Chicago, Harvard, Stanford und Yale, die sich der Ökonomischen Analyse des Rechts bedienen, stieg bis 1985 auf rund einen Viertel (siehe Tabelle 1).<sup>82</sup>

<i>Erscheinungsjahr des Bandes</i>	<i>Anzahl ÖAR-Artikel</i>	<i>Gesamtzahl der Artikel</i>	<i>Prozentualer Anteil ÖAR</i>
1960-61	3	51	6 %
1965-66	5	70	7 %
1970-71	15	53	28 %
1975-76	8	56	14 %
1980-81	18	54	33 %
1985-86	14	59	24 %

**Tabelle 1: ÖAR Aufsätze in führenden US Law Journals (aus ELLICKSON, 1989)**

- 32 RICHARD POSNER ist inzwischen der meistzitierte Jurist in den USA,<sup>83</sup> und dürfte, da der Output an juristischen Arbeiten in keinem Land grösser ist als in den USA, der meistzitierte Jurist der Welt sein.

<sup>75</sup> RICHARD A. POSNER, *Sex and Reason*, Cambridge 1994, 412 (Paperback-Ausgabe).

<sup>76</sup> [www.becker-posner-blog.com](http://www.becker-posner-blog.com) (besucht am 30. März 2005).

<sup>77</sup> EIDENMÜLLER, FN 56, 19.

<sup>78</sup> MARC GALANTER/MARK ALAN EDWARDS, Introduction: The Path of the Law Ands, *Wisconsin Law Review* 1997, 375-387, 378.

<sup>79</sup> GALANTER/EDWARDS, FN 78, 378.

<sup>80</sup> GALANTER/EDWARDS, FN 78, 381.

<sup>81</sup> COOTER/ULEN, FN 60, 2.

<sup>82</sup> ROBERT C. ELLICKSON, *Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics*, *Chicago-Kent Law Review* 1989, 23- 55, 28.

<sup>83</sup> FRED R. SHAPIRO, *The Most Cited Legal Scholars*, *Journal of Legal Studies* 2000, 409- 426, 424. Die Daten von SHAPIRO beruhen auf dem *Social Sciences Citation Index* von 1956-1999. Der SSCI umfasst rund 1'000, vorwiegend US-amerikanische, sozialwissenschaftliche Zeitschriften. Da auch wirtschaftswissenschaftliche, philosophische und soziologische Zeitschriften erfasst werden, reflektiert die Gesamtzahl der Zitate eines Autors auch seinen Einfluss ausserhalb der Rechtswissenschaft.

<i>Name</i>	<i>Zitate</i>
Richard A. Posner (1939- )	7,981
Ronald Dworkin (1931- )	4,488
Oliver Wendell Holmes, Jr. (1841-1935)	3,665
John Hart Ely (1938-2003)	3,032
Roscoe Pound (1870-1964)	3,018

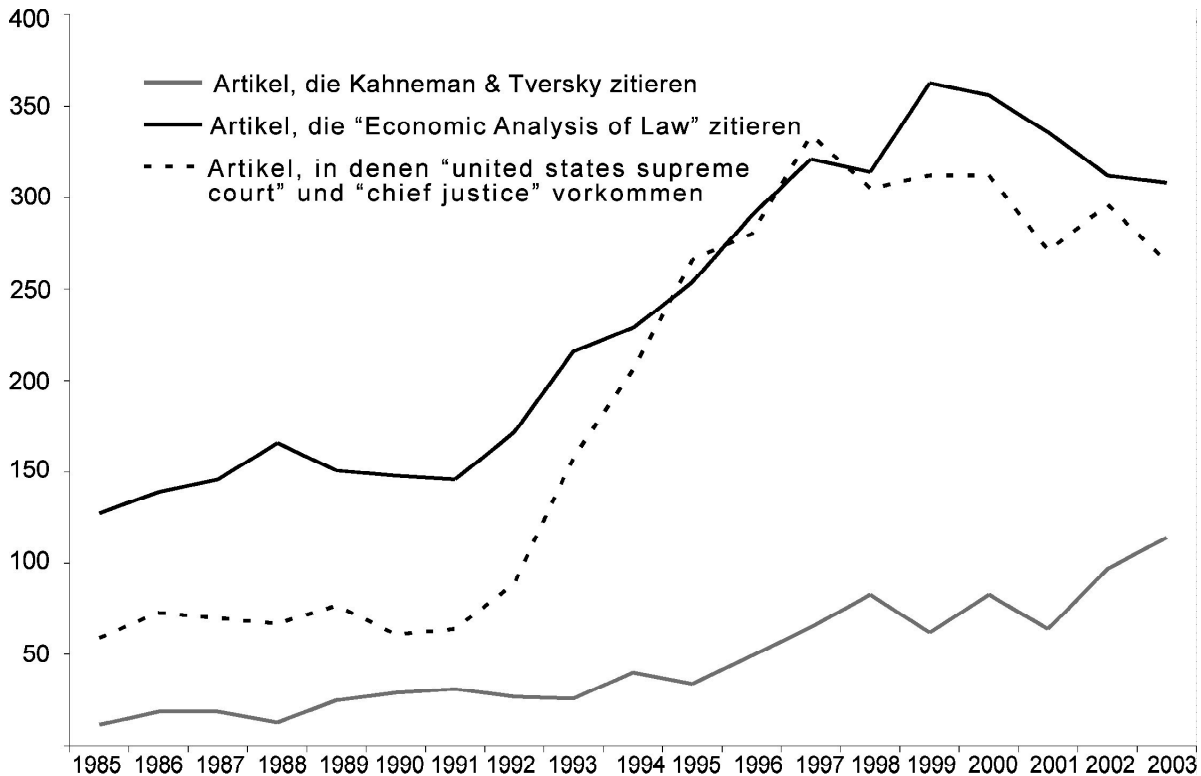
**Tabelle 2: Meistzitierte Juristen (aus SHAPIRO, 2000)**

- 33 Abbildung 1 ist eine grafische Darstellung der Treffer, die eine Suche in der „*Law Journals*“ Datenbank von *LexisNexis* ergeben hat.<sup>84</sup> Für jeden der drei Suchstrings [„*economic analysis of law*“], [„*united states supreme court*“ & „*chief justice*“] und [kahneman & tversky] wurde die Suche, beginnend mit 1985, jeweils auf ein Jahr eingeschränkt. Beispielsweise ist in 127 Artikeln, die 1985 erschienen sind, „*economic analysis of law*“ vorgekommen, während in 59 Artikeln „*united states supreme court*“ und „*chief justice*“ vorgekommen sind. Die Suche nach „*united states supreme court*“ und „*chief justice*“ dient dazu, die Resultate zu normalisieren.<sup>85</sup> Da dieser Suchstring weder mit der ÖAR noch mit der BLE speziell zusammenhängt, zeigt er (i) die Ausweitung der Datenbank (immer mehr Zeitschriften sind elektronisch recherchierbar) und (ii) die steigende Menge akademischer Publikationen. Wie unschwer zu erkennen ist, sind die Zitate für „*economic analysis of law*“ zwischen 1991 und 1998 weniger stark angestiegen als die Menge der elektronisch verfügbaren Artikel. Seit 1999 sinken die Treffer für „*economic analysis of law*“ mehr oder weniger im Gleichschritt mit den Treffern der Kontrollsuche. Die Treffer für [kahneman & tversky]<sup>86</sup> hingegen steigen seit 1998 gegen den Trend. Dies ist ein quantitativer Indikator für das Interesse, das seit etwa 1998 der *Behavioral Law and Economics* entgegengebracht wird.

<sup>84</sup> Eine komplette Liste der in der *LexisNexis Law Review* Datenbank erfassten Zeitschriften ist unter [www.lexisnexis.com/sourcelists/pdfs/lawrev.pdf](http://www.lexisnexis.com/sourcelists/pdfs/lawrev.pdf) erhältlich (besucht am 1. April 2005).

<sup>85</sup> Eine Suche nur nach „*united states supreme court*“ ergab zu viele Treffer.

<sup>86</sup> Beide Namen müssen vorkommen, aber nicht in der genauen Reihenfolge.



**Abbildung 1: Grafische Darstellung der Treffer für verschiedene Suchanfragen in LexisNexis**

- 34 Die Ökonomische Analyse des Rechts ist in den USA nicht auf die akademische Diskussion beschränkt geblieben. In zahlreichen Gerichtsurteilen wird mit explizit ökonomischen Überlegungen argumentiert.<sup>87</sup> Dies ist auch darauf zurückzuführen, dass prominente Vertreter der ÖAR, darunter POSNER, CALABRESI und EASTERBROOK, Richter an Bundesberufungsgerichten sind.<sup>88</sup> Das instrumentelle Rechtsverständnis der *Legal Realists* führte dazu, dass sich amerikanische Gerichte nicht scheuen, Entscheide ausdrücklich mit rechtspolitischen Argumenten zu begründen und auf Zweckmässigkeitsüberlegungen zu stützen.<sup>89</sup>
- 35 In Europa hat die ÖAR hingegen bis heute kaum Spuren in der Rechtsprechung hinterlassen.<sup>90</sup> Dies ist auch auf ein unterschiedliches Verständnis der richterlichen Aufgabe zurückzuführen. Während in Kontinentaleuropa die Aufgabe des Richters primär darin besteht, Gesetze zu interpretieren, schafft der Richter in den USA zumindest in den Kerngebieten des *Common Law* das Recht. Weitere Gründe für den bisher geringen Einfluss der ÖAR auf die Rechtsprechung in Europa sind sicherlich das durch die Ausbildung bedingte mangelnde ökonomische Verständnis der Richter,<sup>91</sup> die Anwendung traditioneller

<sup>87</sup> EIDENMÜLLER, FN 56, 405 ff.

<sup>88</sup> POSNER ist seit 1981, EASTERBROOK seit 1985 Richter am *7th Circuit Court*, CALABRESI seit 1994 am *2nd Circuit Court*.

<sup>89</sup> EIDENMÜLLER, FN 56, 409.

<sup>90</sup> EIDENMÜLLER, FN 56, 19.

<sup>91</sup> GÉRARD HERTIG, Switzerland, *International Review of Law and Economics* 1991, 293-300, 300.

Dogmatik, um die eigene Karriere nicht zu gefährden<sup>92</sup> und die in Europa von Anfang an heftige Kritik an der ÖAR durch etablierte Rechtslehrer anführen.<sup>93</sup>

- 36 In der juristischen Literatur wird in Europa eine intensive theoretische Diskussion über die Vor- und Nachteile der ÖAR geführt.<sup>94</sup> In die Standardwerke der juristischen Methodenlehre ist die ÖAR aber bislang nicht vorgedrungen,<sup>95</sup> was daran liegen mag, dass sich die deutschsprachige Jurisprudenz in erster Linie als „Rechtsprechungswissenschaft“ versteht und die ÖAR in Europa aus den bereits angetönten Gründen eher eine Gesetzgebungstheorie ist.<sup>96</sup>

### III. Gründe für den Erfolg der Ökonomischen Analyse des Rechts

- 37 Die ÖAR kommt mit wenigen Prämissen aus, die eine Vielzahl von verschiedenen Phänomenen erklären können. Die ÖAR ist ein kohärentes System. Kritisieren kann man ihre Prämissen, wenn man aber diese akzeptiert, sind die daraus gezogenen Schlussfolgerungen logisch und widerspruchsfrei. Die ökonomische Analyse ist daher oft elegant, während traditionelle juristische Dogmatik an mittelalterliche Scholastik erinnert. RONALD COASE hat das einmal zugespitzt so formuliert: „[Der Physiker] Ernest Rutherford meinte, dass jede Wissenschaft entweder Physik oder Briefmarkensammeln sei. Damit will er vermutlich sagen, dass sie entweder analysiert oder ein Ablagesystem betreibt. Ein grosser Teil, vielleicht der grösste Teil, der juristische Lehre ist Briefmarkensammeln. *Law and Economics* wird dies wahrscheinlich ändern und hat bereits begonnen, es zu ändern“.<sup>97</sup>
- 38 Soweit die Ökonomische Analyse des Rechts Folgen rechtlicher Regeln auf der Grundlage des ökonomischen Verhaltensmodells prognostiziert, macht sie Aussagen, die grundsätzlich empirisch überprüft werden können. Ökonomische Prognosen sind falsifizierbar. Für die Rechtswissenschaft eröffnet sich dadurch die Möglichkeit, sich zu einer Realwissenschaft im Sinne der modernen Wissenschaftstheorie zu entwickeln.<sup>98</sup> KAHNEMAN, TVERSKY und anderen Psychologen gelang es nachzuweisen, dass die Prognosen des wirtschaftswissenschaftlichen Verhaltensmodells unter Laborbedingungen und im wirklichen Leben unter ganz bestimmten Bedingungen nicht zutreffen. Sie schlagen deshalb Modifikationen des *homo oeconomicus* vor, die das Modell der Wirklichkeit annähern und daher die Prognosequalität verbessern. *Behavioral Law and Economics* macht sich diese Einsichten für die Analyse des Rechts zu Nutze.

---

<sup>92</sup> KIRCHNER, FN 95, 285.

1 <sup>93</sup> KARL-HEINZ FEZER, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, *Juristen-Zeitung* 1986, 817-864.

<sup>94</sup> EIDENMÜLLER, FN 56, und JANSON, FN 57, bieten einen ausgezeichneten Überblick über die Debatte.

<sup>95</sup> CHRISTIAN KIRCHNER, The Difficult Reception of Law and Economics in Germany, *International Review of Law and Economics* 1991, 277-292, 279.

<sup>96</sup> EIDENMÜLLER, FN 56, 414 ff.

<sup>97</sup> RONALD COASE, Law and Economics at Chicago, *Journal of Law and Economics* 1993, 239-254, 254.

<sup>98</sup> EIDENMÜLLER, FN 56, 6.

- 39 Der normative Massstab der ÖAR, die ökonomische Effizienz, hat den Vorteil der (scheinbaren) Wertfreiheit und Klarheit. „Gerechtigkeit“ dagegen ist ein unklares und umstrittenes normatives Konzept. Bekanntlich kann man sich seit 2'500 Jahren nicht auf eine Definition einigen. Das in der ÖAR meist verwendete Kaldor-/Hicks-Kriterium ist dagegen vergleichsweise klar. Für EIDENMÜLLER besitzt ökonomische Effizienz zudem nach dem Zusammenbruch der kommunistischen Planwirtschaften erhebliche Plausibilität. Die allgemeine Tendenz, neue Strukturen auf der Basis marktwirtschaftlicher Prinzipien zu schaffen, lege es nahe, auch das Recht nach Kriterien der ökonomischen Effizienz zu gestalten.<sup>99</sup>
- 40 *Last but not least* muss man auch darauf hinweisen, dass die Ökonomische Analyse des Rechts oft zum Schluss kommt, dass es am besten ist, wenn sich der Staat nicht einmischt und die freien Kräfte des Marktes walten lässt. Solange Austauschprozesse an Märkten möglich sind, ist das Recht irrelevant, weil sich das gewünschte (effiziente) Ergebnis auf den Märkten von selbst einstellen wird. Aufgabe des Rechts ist es, diese Austauschprozesse nicht zu stören und sie zu erleichtern. Erst wenn Märkte versagen, beispielsweise aufgrund prohibitiv hoher Transaktionskosten, soll das Recht eingreifen und die Lösung rekonstruieren, die sich bei funktionierendem Markt von selbst ergeben hätte. Auch wenn die ÖAR nicht ausschliesslich anti-interventionistisch ist,<sup>100</sup> so ist die allgemeine Stossrichtung doch unübersehbar. Es ist klar, dass die Politik des *laissez-faire*, die Vertreter der ÖAR oft propagieren, Interessen dient, die nicht ganz ohne Einfluss sind,<sup>101</sup> das Kaldor/Hicks-Kriterium, wie es in der ÖAR angewendet wird (in der Form von Kosten/Nutzen-Analysen), bevorzugt reiche Individuen, da sie in der Lage sind, mehr für die Güter zu bezahlen, die ihnen wichtig sind.<sup>102</sup>

#### IV. Rationales Verhalten im Sinne der ökonomischen Theorie

- 41 Kern der Ökonomischen Analyse des Rechts bildet die Annahme, dass der Mensch rational seine Ziele zu verwirklichen sucht.<sup>103</sup> In dieser Allgemeinheit kann man dieser Aussage kaum widersprechen; in dieser Allgemeinheit taugt sie aber auch nicht, Voraussagen über das konkrete Verhalten von Menschen zu machen. Sie lässt offen, welches die Ziele sind und ebenso undefiniert, welches Verhalten als „rational“ anzusehen ist. Will man daher Prognosen für das menschliche Verhalten treffen, muss man weitere Prämissen postulieren. Mit weiteren Prämissen wird das Modell „dichter“ und erlaubt genauere Voraussagen. „Dünne“ Modelle mit wenigen Prämissen erlauben keine Voraussagen und können daher

---

<sup>99</sup> EIDENMÜLLER, FN 56, 6 f.

<sup>100</sup> So EIDENMÜLLER, FN 56, 68.

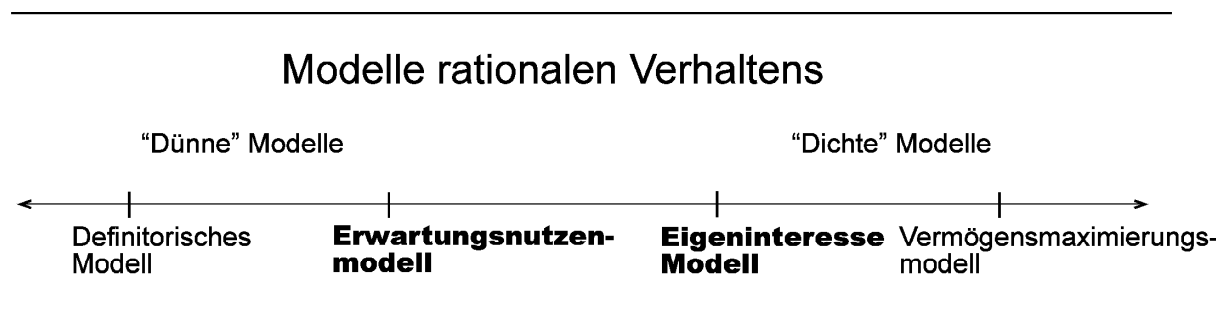
<sup>101</sup> BRIAN LEITER, Holmes, Economics, and Classical Realism, in: STEVEN J. BURTON (Hrsg.), *The Path of the Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Cambridge 2000, 285-325, 308: “[...] the ascendancy of economics as a force in public policy has much more to do with its ability to rationalize policies that tangibly benefit ruling groups in American society than with its empirical and cognitive credentials“.

<sup>102</sup> EIDENMÜLLER, FN 56, 246.

<sup>103</sup> POSNER, FN 67, 3.



auch nicht falsifiziert werden.<sup>104</sup> Zugespitzt gesagt: dichte Modelle prognostizieren *ex ante*, dünne Modelle erklären *ex post*. Die verschiedenen Modelle des rationalen Nutzenmaximierers lassen sich nach der Stringenz ihrer Prämissen auf einem Kontinuum anordnen.<sup>105</sup> Die Modelle, die praktisch die grösste Relevanz haben, d.h. von den meisten Vertretern der ÖAR verwendet werden, sind in der Abbildung 2 fett dargestellt.



**Abbildung 2: Modelle rationalen Verhaltens (nach Korobkin/Ulen, 2000)**

### **A. Definitorisches Modell**

- 42 In seiner dünnsten Version besagt das Modell des rationalen Nutzenmaximierers bloss, dass der Mensch seine Ziele rational zu verwirklichen sucht. Dieser Annahme widerspricht nur, wer gegen seine eigenen Interessen handelt. Praktisch lässt sich das Modell aber nicht falsifizieren, denn sowohl die Mittel wie auch die Ziele des Verhaltens werden durch das beobachtete Verhalten selbst definiert. Weil man annimmt, dass jedes Verhalten rational die Ziele des Handelnden verwirklicht, ist jedes auch noch so seltsame beobachtete Verhalten per definitionem rational. Aus dem beobachteten Verhalten kann man schliessen, welche Ziele (Präferenzen) die Menschen haben und welche Strategien (Mittel) sie verwenden, um diese Ziele zu erreichen. Soll Recht als soziales Steuerungsmittel dienen, muss es aber möglich sein, Voraussagen über das künftige Verhalten der Menschen unter der Geltung verschiedener Normen zu treffen, und dazu ist das dünne Modell rationalen Verhaltens nicht in der Lage. Wie LEFF bemerkt, ersetzt diese Version des *homo oeconomicus* eine normative oder empirische Prämisse durch eine Definition. LEFF spricht daher verächtlich von „*American Legal Nominalism*“.<sup>106</sup>

### **B. Erwartungsnutzenmodell (*expected utility theory*)**

- 43 Das in der modernen Ökonomik am häufigsten verwendete Modell menschlichen Verhaltens ist das Erwartungsnutzenmodell (*expected utility theory*).<sup>107</sup> Das

---

<sup>104</sup> Die Terminologie (“*thick*” und “*thin*”) und der Aufbau der Darstellung folgt RUSSEL B. KOROBKIN/THOMAS S. ULEN, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, *California Law Review* 2000, 1053-1144.

<sup>105</sup> Nach KOROBKIN/ULEN, FN 104, 1061.

<sup>106</sup> LEFF, FN 71, 459.

<sup>107</sup> KOROBKIN/ULEN, FN 104, 1062.

Erwartungsnutzenmodell ist dünn in dem Sinn, als es die Präferenzen oder Ziele der Handelnden nicht konkretisiert. Die Präferenzen der Handelnden sind exogen, das Erwartungsnutzenmodell sagt nicht, welchen „Nutzen“ die Handelnden anstreben werden. Es sagt jedoch, dass es bestimmte Mittel gibt, das Ziel zu erreichen. Verletzt der Handelnde diese Mittel, handelt er irrational im Sinne des Erwartungsnutzenmodells.

- 44 Muss der Entscheidende eine riskante Wahl treffen, sagt das Erwartungsnutzenmodell voraus, dass er jedem möglichen Ausgang  $x$  der Wahl einen Nutzen  $u$  zuschreibt. Wenn der Ausgang sicher ist – die Wahrscheinlichkeit  $p$ , dass er eintritt, daher 1 ist – entspricht der erwartete Nutzen dem Nutzen der Alternative. Für eine riskante Wahl muss der Nutzen einer Alternative mit der Wahrscheinlichkeit jedes ihrer möglichen Ausgänge (*outcomes*) multipliziert werden. Der erwartete Nutzen von  $n$  sich gegenseitig ausschliessenden *outcomes*  $x$  berechnet sich daher nach der Formel

$$\text{Erwarteter Nutzen} = \sum_{i=1}^n p_i \cdot u(x_i) \quad (1)$$

- 45 Der *homo oeconomicus* des Erwartungsnutzenmodells vergleicht den erwarteten Nutzen der sicheren Alternative mit dem erwarteten Nutzen der riskanten Alternative und wählt diejenige Alternative mit dem höheren Nutzen.
- 46 Sieht man von der mathematischen Formulierung des Erwartungsnutzenmodells ab, besagt es nichts anderes, als dass der Handelnde eine Kosten-/Nutzenanalyse durchführt und diejenige Wahl trifft, die den erwarteten Netto-Nutzen (d.h. erwarteter Nutzen abzüglich erwarteter Kosten) maximiert.<sup>108</sup> Ein Handelnder verletzt die Voraussagen des Erwartungsnutzenmodells, wenn er eine Wahl trifft, die seinen Netto-Nutzen nicht maximiert. Da es unmöglich ist, vorauszusagen, welche Wahl optimal ist, ohne die Nutzenfunktion des Handelnden zu kennen und Nutzenfunktionen schwierig (aber nicht unmöglich) zu eruieren sind, können die Voraussagen des Erwartungsnutzenmodells oft nicht direkt falsifiziert werden.<sup>109</sup> Die Präferenzen des Handelnden müssen aber gemäss dem Erwartungsnutzenmodell in seiner Formulierung durch VON NEUMANN und MORGENSTERN, welches wohl das in der Ökonomik am weitesten verbreitete Modell des Erwartungsnutzens ist, gewisse *Axiome* erfüllen, deren wichtigste die Folgenden sind:<sup>110</sup>

*Vergleichbarkeit:* der Handelnde ist in der Lage, den Nutzen aller denkbaren Alternativen zu vergleichen.

*Transitivität:* wenn der Handelnde die Alternative A der Alternative B vorzieht und die Alternative B der Alternative C, dann zieht er die Alternative A der Alternative C vor.

<sup>108</sup> KOROBKIN/ULEN, FN 104, 1063.

<sup>109</sup> Korobkin/Ulen, FN 104, 1064.

<sup>110</sup> VON NEUMANN/MORGENSTERN, FN 10. Die formalisierte Theorie von VON NEUMANN und MORGENSTERN ist für Juristen ohne vertiefte mathematische Kenntnisse kaum verständlich. REID HASTIE/ROBYN M. DAWES, *Rational Choice in an Uncertain World*, Thousand Oaks 2001, 256 ff. bieten eine auch für den Laien verständliche Einführung in die *expected utility theory* gemäss VON NEUMANN und MORGENSTERN.

*Berechnung der Wahr-*

*scheinlichkeiten:* der Handelnde berechnet die Wahrscheinlichkeiten der *outcomes* gemäss den Gesetzen der Wahrscheinlichkeitstheorie.

*Unabhängigkeit:*

wenn der Handelnde eine Alternative A einer Alternative B vorzieht, muss er auch eine Wahl, entweder Alternative A mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit oder Alternative C mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erhalten und diese der Wahl, entweder Alternative B mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit oder Alternative C mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erhalten, vorziehen.<sup>111</sup> D.h. Elemente, die bei beiden Wahlen identisch sind (die Wahrscheinlichkeit, C zu erhalten), spielen bei der Wahl zwischen A und B keine Rolle.

- 47 Eine weitere Annahme, nämlich dass die Präferenzen des Handelnden relativ konstant sind, ist zwar nicht zwingend für das Erwartungsnutzenmodell, muss aber getroffen werden, wenn man vernünftige Prognosen machen will. Zwar wird nicht bestritten, dass sich Präferenzen langfristig ändern können. Soweit aber Präferenzen nicht unabhängig von den Handlungen der Individuen erfasst werden können, ist es wenig sinnvoll, Veränderungen des menschlichen Verhaltens durch Veränderungen der Präferenzen zu erklären. Jede beliebige Verhaltensänderung kann nachträglich durch geänderte Präferenzen erklärt werden; das Modell verliert dadurch seine Prognosefähigkeit und kann nicht widerlegt werden. Die ÖAR nimmt daher an, dass die Präferenzen konstant sind und beobachtete Verhaltensänderungen auf geänderte Restriktionen (Anreize) zurückzuführen sind.<sup>112</sup> Nach BECKER bietet die Annahme konstanter Präferenzen ein stabiles Fundament, um Prognosen zu machen und bewahrt den Analytischen davor, offensichtliche Widersprüche zu seinen Voraussagen einfach mit der Veränderung der Präferenzen zu erklären.<sup>113</sup>
- 48 Eine weitere Annahme, die ebenfalls nicht zwingend ist, aber häufig getroffen wird, ist diejenige, dass der Grenznutzen zählbarer Güter (und damit insbesondere des Einkommens) abnimmt. Die meisten Glückspilze, die ein Spiel angeboten bekommen, entweder mit einer Wahrscheinlichkeit von 0,6 Fr. 2 Mio. zu gewinnen oder eine Million auf Nummer sicher, werden die sichere Million vorziehen und auf die Chance, zwei Millionen zu gewinnen, dankend verzichten. Die zweite Million ist offensichtlich weniger wert als die erste Million: der Grenznutzen des Geldes nimmt ab. DANIEL BERNOULLI hat diese Intuition 1738 als erster formalisiert. So wie die Wirkung einer Kerze in einem dunklen Raum grösser ist als bei Sonnenschein, so ist der Nutzen eines Vermögensanstiegs grösser, wenn das Vermögen klein ist. Nach BERNOULLI ist der Nutzen eines Gewinns umgekehrt proportional zum Vermögen, das man bereits besitzt.<sup>114</sup> Erwartungsnutzenmodelle nehmen

---

<sup>111</sup> Formal:  $A \geq B$  ausschliesslich wenn  $(A \geq C) \geq (B \geq C)$ .

<sup>112</sup> KIRCHGÄSSNER, FN 62, 39 f.

<sup>113</sup> GARY S. BECKER, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago 1976, 5.

<sup>114</sup> ELDAR SHAFIR, *Cognitive Psychology of Decision Biases*, in: NEIL J. SMELSER/PAUL B. BALTES, *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Amsterdam etc. 2001, 3296-3300, 3297.

daher in der Regel an, dass die Nutzenfunktion  $u$  konkav ist, was dazu führt, dass der Handelnde risikoscheu ist.<sup>115</sup>

- 49 Ob sich Handelnde gemäss den Axiomen des Erwartungsnutzenmodells verhalten, lässt sich empirisch prüfen.<sup>116</sup> Die Vertreter der *Behavioral Law and Economics* halten dafür, dass die Axiome des Erwartungsnutzenmodells systematisch verletzt werden, so dass es durch ein empirisch besser belegtes Modell, beispielsweise der *Prospect Theory* von KAHNEMAN und TVERSKY, ersetzt werden muss (hinten, S. 56 ff.).

### C. Eigeninteresse

- 50 Dass sich ein Mensch eigennützig verhält bedeutet erst einmal nichts mehr, als dass er seinen Entscheidungen seine *eigene* Nutzenfunktion zu Grunde legt.<sup>117</sup> Es besagt aber nichts über den Inhalt des Nutzens. Was dem Individuum Nutzen verschafft, ist eine Frage der inhaltlichen Auffüllung der zweiten Komponente vom „Eigennutzen“; d.h. des Nutzens. Neben monetären können auch andere Vorteile, wie Sozialprestige oder Fortpflanzung, Nutzen bringen. Der Nutzenbegriff ist so weit, dass neben immateriellen Gütern selbst *interdependente* Präferenzen (wie Altruismus, Neid, Missgunst) in die Nutzenfunktion Eingang finden können.<sup>118</sup> Wenn ein Individuum sein gesamtes Vermögen für einen guten Zweck stiftet, schliesst der Ökonom, dass der Nutzen des Schenkens für diese Person grösser ist als der Nutzen des Vermögens.
- 51 Ein derart weites Verständnis von Eigennutz führt aber dazu, dass jedes Verhalten erklärt, aber keines mehr prognostiziert werden kann.<sup>119</sup> Die meisten Modelle des *homo oeconomicus* postulieren daher zusätzlich zu den Prämissen der Erwartungsnutzentheorie, die die Mittel beschreiben, die ein Individuum verwendet, dass der Mensch in seinem eigenen *Interesse (self-interest)* handelt.<sup>120</sup> Damit werden neben den Mitteln auch die Ziele einer Beschränkung unterlegt. Im Gegensatz zu dünnen Modellen des rationalen Verhaltens führt die Annahme des Eigeninteresses zu direkt observier- und falsifizierbaren Voraussagen. Dem *homo oeconomicus* wird damit aber auch der Egoismus unterstellt, der für seinen schlechten Ruf verantwortlich ist.

### D. Vermögensmaximierung

- 52 Die dichtesten Modelle rationalen Verhaltens postulieren, dass das Ziel des Handelnden die Maximierung seiner finanziellen Position ist. Nach diesen Modellen reagiert der Handelnde ausschliesslich auf monetäre Anreize. Sie liegen den meisten ökonomischen Analysen des Verhaltens juristischer Personen zugrunde.<sup>121</sup>

---

<sup>115</sup> Ausführlich zum “Gesetz” des abnehmenden Grenznutzens des Vermögens EIDENMÜLLER, FN 56, 43 ff.

<sup>116</sup> KOROBKIN/ULEN, FN 104, 1064.

<sup>117</sup> JANSON, FN 57, 31.

<sup>118</sup> JANSON, FN 57, 32.

<sup>119</sup> JANSON, FN 57, 32.

<sup>120</sup> KOROBKIN/ULEN, FN 104, 1064.

<sup>121</sup> KOROBKIN/ULEN, FN 104, 1066.

## V. Kritik an der Ökonomischen Analyse des Rechts

- 53 Kritiker haben an der ÖAR seit jeher sowohl den normativen Standard (ist Effizienz alleine erstrebenswert?) als auch das Modell rationalen Verhaltens (so verhält sich doch niemand!) kritisiert. Dem Schwerpunkt dieser Arbeit entsprechend wird hier vor allem auf die Kritik am *homo oeconomicus* eingegangen.

### A. Kritik an der Effizienz als Rechtsziel

- 54 Das utilitaristische Ziel der Nutzenmaximierung verlangt nach interpersonellen Nutzenvergleichen. Um abwägen zu können, ob ein Zustand der Welt den Nutzen der Gesellschaft maximiert, muss man die Vor- und Nachteile, die den einzelnen Mitgliedern der Gesellschaft aus der Änderung entstehen, gegeneinander abwägen können. Solche interpersonellen Nutzenvergleiche sind aus theoretischen und praktischen Gründen kaum durchzuführen. Sie beruhen immer auf einem Werturteil, nämlich auf der impliziten Annahme, dass die Fähigkeit aller Menschen, Befriedigung oder Nutzen zu empfinden, gleich ist.<sup>122</sup> Das von der Ökonomischen Analyse des Rechts verwendete Kaldor/Hicks-Kriterium kommt in seiner ursprünglichen Fassung durch KALDOR und HICKS ohne interpersonelle Nutzenvergleiche aus.<sup>123</sup> In der Praxis findet das Kaldor/Hicks-Kriterium jedoch immer in der Form von Kosten/Nutzen-Analysen Anwendung; d.h. die mit einer bestimmten Massnahme verbundenen Vor- und Nachteile werden monetär bewertet.<sup>124</sup> Ist der Saldo der Vor- und Nachteile positiv, dann besteht die Massnahme den Kaldor/Hicks-Test.
- 55 Setzt man den Nutzen, den ein Gut für eine Person hat, mit der Bereitschaft dieser Person, für dieses Gut zu bezahlen, gleich, wie das viele Vertreter der ÖAR implizit oder explizit tun, kann man den (so definierten) Nutzen interpersonell vergleichen. Man wird aber mit dem Problem konfrontiert, dass die Bereitschaft zu zahlen von der Fähigkeit zu zahlen abhängt. Dies anerkennt selbst POSNER, von dem das folgende Beispiel stammt: Ein Wachstumshormon ist sehr selten und weil die Nachfrage gross ist, sehr teuer. Eine arme Familie hat ein Kind, das ohne das Hormon zwergwüchsig bleiben wird. Eine reiche Familie hat ein Kind, das normalwüchsig ist, aber mit dem Hormon einige Zentimeter grösser würde. Die reichen Eltern sind in der Lage, das Hormon zu einem Preis zu kaufen, den die arme Familie nicht bezahlen kann. „In dem Sinn, in dem Wert in diesem Buch [*Economic Analysis of Law*] verstanden wird, ist das Wachstumshormon wertvoller für die reiche Familie, weil der Wert durch die Bereitschaft zu bezahlen gemessen wird; aber das Hormon würde grösseres Glück in den Händen der armen Familie als in den Händen der reichen Familie bewirken“.<sup>125</sup> POSNER gibt selber zu, dass das Kriterium der Effizienz, verstanden als Allokation von Ressourcen, so dass ihr Wert maximiert wird, Grenzen als ethisches Kriterium für sozial- und wirtschaftspolitische Entscheidungen hat (allerdings wendet er es nach diesen warnenden Worten im Rest des Buches ohne Bedenken an).<sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> EIDENMÜLLER, FN 56, 190.

<sup>123</sup> EIDENMÜLLER, FN 56, 51.

<sup>124</sup> EIDENMÜLLER, FN 56, 192.

<sup>125</sup> POSNER, FN 67, 11.

<sup>126</sup> POSNER, FN 67, 11.

Wenn Bereitschaft zu zahlen mit Nutzen gleichgesetzt wird, hängt der normative Status der ÖAR von der ethischen Rechtfertigung der tatsächlich existierenden Vermögensverteilung ab.<sup>127</sup> POSNER unternimmt aber nie den Versuch, diese zu rechtfertigen, sondern setzt stillschweigend voraus, dass sie „gerecht“ ist. Wer diese Auffassung nicht teilt, wird auch die Schlussfolgerungen der ÖAR über die effiziente Allokation von Ressourcen nicht teilen.

- 56 Ein weiteres Problem des Utilitarismus und der Ökonomischen Analyse des Rechts ist, dass sie die spezielle Stellung von Grundrechten nicht begründen können. Grundrechte sind in einem System, das die Nutzenmaximierung als oberstes Gut ansieht, nur so lange geschützt, als der Nutzen, sie zu missachten, nicht grösser ist als der Nutzen, sie zu achten. Wenn, so POSNER, eine Person gelyncht wird, deren Schuld mit absoluter Sicherheit feststeht und die nach einem ordentlichen Strafverfahren hingerichtet worden wäre, dann ist der einzige Effekt des Lynchmordes (auf die Reichtumsmaximierung), dass die Kosten für den Prozess gespart werden.<sup>128</sup> Zwar ist auch der POSNER der Auffassung, dass Lynchmorde in aller Regel nicht gerechtfertigt sind, aber es gibt in einem System, das Nutzen oder Reichtum maximiert, eben keine absolut geschützten „Kernbereiche“ von verfassungsmässigen Rechten, die unantastbar sind.
- 57 EIDENMÜLLER kommt aus diesen und weiteren Gründen nach einer sorgfältigen Analyse zum Schluss, dass „der Versuch, das ökonomische Effizienzziel als alleiniges oder überragendes Ziel der Rechtspolitik zu rechtfertigen, als gescheitert angesehen werden [kann]. Der Gesetzgeber mag sich dazu entschliessen, diesem Ziel sektoral in bestimmten Rechtsgebieten unter Abwägung mit anderen Zielen Rechnung zu tragen. Ein *prima facie*-Vorrang für das ökonomische Effizienzziel lässt sich jedoch nicht begründen“.<sup>129</sup>

## B. Kritik am Homo Oeconomicus

- 58 Kritik am Menschenbild der Ökonomik ist so alt wie die Ökonomik. Viele Kritiker übersehen aber, dass es nicht genügt, der Annahme rationalen nutzenmaximierenden Verhaltens die Behauptung entgegenzusetzen, dass sich Menschen *nicht* rational und nutzenmaximierend verhalten. Gerade weil die ökonomische Analyse mit spärlichen Annahmen grosse prognostische Erfolge erzielt hat, sind Ökonomen verständlicherweise zurückhaltend, ihre Prämissen aufzugeben.<sup>130</sup> Selbst ein Kritiker des traditionellen Modells des rationalen Nutzenmaximierers wie ELLICKSON konzediert, dass die Weigerung von POSNER im Jahr 1975,<sup>131</sup> die Kritik von LEFF am Menschenbild der ÖAR ernst zu nehmen, richtig war.<sup>132</sup> Die ÖAR des Rechts befand sich damals in voller Blüte und erzielte mit den spärlichen Annahmen des traditionellen Modells grosse intellektuelle Erfolge. Zahlreiche

<sup>127</sup> SINGER, FN 34, 528.

<sup>128</sup> RICHARD A. POSNER, Wealth Maximization Revisited, Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy 1985, 85-105, 101.

<sup>129</sup> EIDENMÜLLER, FN 56, 321.

<sup>130</sup> Siehe nur MILTON FRIEDMAN, The Methodology of Positive Economics, in: MILTON FRIEDMAN, Essays in Positive Economics, Chicago 1953, 3-43.

<sup>131</sup> RICHARD A. POSNER, The Economic Approach to Law, Texas Law Review 1975, 757-787, 773 ff.

<sup>132</sup> ELLICKSON, FN 56, 24.

juristische Phänomene konnten auf gemeinsame Ursachen zurückgeführt und einfacher und einleuchtender als mit traditioneller Dogmatik erklärt werden. Die Kritik am Menschenbild der Ökonomie hingegen steckte in den Kinderschuhen und kam häufig über Appelle, man solle doch die psychologischen und gesellschaftlichen Realitäten vermehrt beachten, nicht hinaus.

- 59 Ende der achtziger Jahre des letzten Jahrhunderts hatte sich dieses Bild jedoch gewandelt: die einfachen und offensichtlichen Anwendungen der Ökonomik im Recht waren gemacht, und neue Erkenntnisse stammten von immer komplexeren mathematischen Modellen, die von Juristen ohne entsprechende Ausbildung nicht verstanden werden konnten. Gleichzeitig stehen die Erkenntnisse, die aus den technischen Modellen gewonnen werden, für viele Juristen in keinem Verhältnis mehr zum theoretischen Aufwand.<sup>133</sup> Auf der anderen Seite hat die Kritik am *homo oeconomicus* grosse Fortschritte gemacht. Was in den (frühen) siebziger Jahren Behauptungen waren, konnte sich inzwischen auf 15 bis 20 Jahre empirische Forschung stützen. Der Ertrag, diese Erkenntnisse für die Analyse spezifisch juristischer Fragestellungen einzusetzen, so ELLICKSON, sei erheblich grösser als der Ertrag der weiteren Ausdifferenzierung mathematischer Modelle. Er appellierte daher 1989 an die Vertreter der ÖAR, namentlich an POSNER, der sich bereit erklärt hatte, einen Kommentar zum Artikel von ELLICKSON zu verfassen,<sup>134</sup> sich diesen neuen Erkenntnissen nicht länger zu verschliessen.<sup>135</sup>

### 1. Kritik an der Annahme (ausschliesslich) eigeninteressierten Verhaltens

- 60 Die Voraussagen des Verhaltens, die sich aus dem Modell des eigeninteressierten *homo oeconomicus* ergeben, wurden durch neuere empirische Forschung wiederholt widerlegt. Menschen verhalten sich beim Gefangenendilemma, bei Ultimatum- und Diktatorspielen nicht so, wie sie gemäss dem Modell des eigeninteressierten Verhaltens sollten. Beispielsweise sind sie bereit, zur Bestrafung anderer erhebliche Kosten auf sich zu nehmen, ohne einen direkten Vorteil daraus zu erlangen, oder sie kooperieren und stellen das gemeinsame Interesse über das (grössere) Eigeninteresse. Einer der führenden Forscher auf diesem Gebiet ist der an der Universität Zürich lehrende ERNST FEHR.<sup>136</sup> Die Antwort der Ökonomen scheint bislang zu sein, dass sich die beobachteten Verletzungen des orthodoxen Modells auf Kleinkostensituationen beschränken.<sup>137</sup> Meines Erachtens haben diese Resultate wichtige Konsequenzen für das Normverständnis des *homo oeconomicus*, die hier aber, wie erwähnt, nicht vertieft werden können.

---

<sup>133</sup> ELLICKSON, FN 56, 33.

<sup>134</sup> RICHARD A. POSNER, The Future of Law and Economics: A Comment on Ellickson, Chicago-Kent Law Review 1989, 57-70.

<sup>135</sup> ELLICKSON, FN 56, 35 ff.

<sup>136</sup> ERNST FEHR/URS FISCHBACHER, The Nature of Human Altruism, Nature 2003, 785-791; ERNST FEHR/URS FISCHBACHER/SIMON GÄCHTER, Strong Reciprocity, Human Cooperation and the Enforcement of Social Norms, Human Nature 2002, 1-25; JOSEPH HENRICH/ROBERT BOYD/SAMUEL BOWLES/COLIN CAMERER/ERNST FEHR/HERBERT GINTIS/RICHARD MCELREATH, In Search of Homo Economicus: Behavioral Experiments in 15 Small-Scale Societies, American Economic Review 2001, 73-78. Diese und weitere Artikel sind erhältlich unter <http://www.iew.unizh.ch/home/fehr/> (besucht am 1. April 2005).

<sup>137</sup> KIRCHGÄSSNER, FN 62, 157 ff.

## 2. Kritik an der Annahme (ausschliesslich) rationalen Verhaltens

### a. Eingeschränkte Rationalität (*bounded rationality*)

- 61 Der *homo oeconomicus* des neoklassischen Grundmodells prüft in jedem Einzelfall den Nutzen der ihm zur Verfügung stehenden Handlungsmöglichkeiten in Hinblick auf seine Präferenzen und maximiert entweder bei gegebenem Mitteleinsatz seinen Nutzen oder minimiert den Mitteleinsatz unter Konstanthaltung des Nutzens. Das Individuum besitzt vollständige Informationen, d.h. es kennt sämtliche Handlungsalternativen und ihren Nutzen, so dass die Maximierung „nur“ ein (allerdings rechnerisch aufwändiger) mathematischer Prozess ist. Kosten der Informationsbeschaffung oder Verarbeitung entstehen dabei keine, der *homo oeconomicus* kann blitzschnell beliebige Mengen an Informationen verarbeiten.<sup>138</sup> Bei Entscheidungen unter Risiko weiss der einzelne nicht sicher, welche genauen Folgen sich aus seiner Handlungsalternative ergeben, sondern kennt nur noch die Wahrscheinlichkeiten, mit der bestimmte Handlungen zu bestimmten *outcomes* führen. Der *homo oeconomicus* maximiert dann nicht mehr den tatsächlichen, sondern den erwarteten Nutzen, also den mit der Eintretenswahrscheinlichkeit für ein bestimmtes Ereignis gewichteten Nutzen.<sup>139</sup> Dieses Menschenbild wird selbst von Anhängern der Ökonomik als Zerrbild bezeichnet.<sup>140</sup> Es ist offensichtlich, dass es nur wenig mit der Realität zu tun hat und auch zu falschen Voraussagen führen muss, wenn man es als Grundlage für ökonomische Modelle verwendet, die sich nicht mit perfekten Märkten befassen.
- 62 „Eingeschränkte Rationalität“ (*bounded rationality*) bezeichnet Modelle der rationalen Entscheidung, die die kognitiven Grenzen des Entscheidenden berücksichtigen; Grenzen sowohl bezüglich des Wissens wie der rechnerischen Kapazität.<sup>141</sup> Die Rationalität des einzelnen ist gemäss Modellen der *bounded rationality* eingeschränkt, weil er erstens nicht mehr alle Handlungsalternativen und –folgen kennt und andererseits diese Daten auch nicht kostenlos und unendlich schnell verarbeiten kann. JANSON und andere weisen zu Recht darauf hin, dass genau genommen nicht die Rationalität, sondern die Kenntnis der Entscheidungsalternativen und ihre Verarbeitung eingeschränkt sind.<sup>142</sup>
- 63 Das Augenmerk richtet sich in diesen Modellen daher naturgemäss auf die Suchstrategien, die der einzelne verwendet, um Informationen über Handlungsalternativen und –folgen zu erwerben. Für HERBERT A. SIMON hat das Individuum gewisse Erwartungen (*aspirations*), die die Alternative erfüllen sollte. Sobald der einzelne eine Alternative gefunden hat, die die Erwartungen erfüllt, wird die Suche abgebrochen und diese Alternative, die nicht notwendigerweise die optimale zu sein braucht, gewählt („*satisficing*“ statt „*optimi-*

---

<sup>138</sup> JANSON, FN 57, 39.

<sup>139</sup> JANSON, FN 57, 39.

<sup>140</sup> KIRCHGÄSSNER, FN 62, 17.

<sup>141</sup> HERBERT A. SIMON, Bounded Rationality, in: JOHN EATWELL/MURRAY MILGATE/PETER NEWMAN, The New Palgrave: a dictionary of economics, London 1987, Bd. 1, 266-267, 266.

<sup>142</sup> JANSON, FN 57, 40.



zing“).<sup>143</sup> Wird binnen vernünftiger Zeit keine akzeptable Alternative gefunden, wird das Anspruchsniveau gesenkt, so dass die Suche nicht ewig dauert. SIMON hat sein Modell eingeschränkt rationalen Verhaltens bereits 1955 formalisiert und erhielt 1978 unter anderem dafür den Nobelpreis für Wirtschaft.<sup>144</sup>

- 64 Die Institutionenökonomik hat sich das Modell der eingeschränkten Rationalität zu Eigen gemacht, indem sie der Informationssuche und –verarbeitung positive Kosten zumisst. Die eingeschränkte Rationalität wird zur Voraussetzung der Betrachtung, da viele Institutionen (im ökonomischen Sinn)<sup>145</sup> gerade dazu dienen, besser mit ihr umzugehen.<sup>146</sup> Mit anderen Worten werden die Kosten der Informationssuche und –verarbeitung als *Restriktionen* betrachtet, und die Strategien des einzelnen, mit diesen Restriktionen umzugehen – beispielsweise, indem man sich mit einer befriedigenden statt optimalen Entscheidung begnügt – als rationale Reaktion darauf. Ökonomen können daher ohne grosse Probleme behaupten, dass „eine solche auf unvollständiger Information und Informationsverarbeitungskapazität basierende eingeschränkte Rationalität [...] nach alldem jedenfalls ein Unterfall des modernen ökonomischen Rationalitätsbegriffs [ist und bleibt] und [...] allenfalls im Widerspruch zum Modell des situativ-nutzenmaximierenden *homo oeconomicus* der Neoklassik [steht]“. <sup>147</sup> Im übrigen wird oft angenommen, dass die Strategien der eingeschränkten Rationalität auf Märkten kaum eingesetzt werden, da dort die mit ihnen verbundenen Kosten wegen des Konkurrenzdruckes besonders hoch seien; m. a. W. eine suboptimale Entscheidungsstrategie sofort „bestraft“ wird.<sup>148</sup>
- 65 Im Sinne ihres Erfinders ist diese Interpretation der *bounded rationality* nicht. SIMON weist darauf hin, dass die Annahme der Institutionenökonomik, der *homo oeconomicus* optimiere seine Suchstrategie unter Berücksichtigung der Grenzkosten und –nutzen zusätzlicher Informationssuche, die Komplexität der supponierten Berechnung erhöht und nicht vermindert: nun muss der einzelne nicht nur Angebots- und Nachfragekurven berechnen, sondern auch die Vor- und Nachteile, diese Kurven genauer zu berechnen.<sup>149</sup> Trotzdem muss man konstatieren, dass das Konzept der eingeschränkten Rationalität den Rationalitätsbegriff, wie er in der Ökonomischen Analyse des Rechts verwendet wird, nicht ernsthaft zu erschüttern vermochte. Modelle der eingeschränkten Rationalität enthalten alle Elemente, die für das ökonomische Verhaltensmodell entscheidend sind: die Trennung zwischen Präferenzen und Restriktionen, die Bewertung (eines Teils) der Alternativen, die

---

<sup>143</sup> HERBERT A. SIMON, Rational Decision-Making in Business Organizations, Economic Sciences 1978, 343-371, 356; erhältlich unter <http://nobelprize.org/economics/laureates/1978/simon-lecture.pdf> (besucht am 7. April 2005).

<sup>144</sup> HERBERT A. SIMON, A Behavioral Model of Rational Choice, Quarterly Journal of Economics 1955, 99-118. Den Nobelpreis erhielt SIMON “for his pioneering research into the decision-making process within economic organizations”.

<sup>145</sup> Institutionen im Sinne der Institutionenökonomik sind vereinfacht gesagt Systeme von Regeln oder Normen (einschließlich der Mechanismen ihrer Durchsetzung).

<sup>146</sup> JANSON, FN 57, 42.

<sup>147</sup> JANSON, FN 57, 42.

<sup>148</sup> KIRCHGÄSSNER, FN 62, 32.

<sup>149</sup> SIMON, FN 143, 359.

Auswahl der (bewerteten) Alternative nach dem relativen Vorteil und damit die systematische Beeinflussbarkeit dieses Verhaltens durch veränderte Umweltbedingungen.<sup>150</sup>

**b. Heuristics and biases**

- 66 Drei wichtige empirische, methodologische und theoretische Stränge der Kritik am Menschenbild des rationalen Nutzenmaximierers, die KAHNEMAN und TVERSKY inspiriert haben, sind die Arbeiten von PAUL A. MEEHL, WARD EDWARDS und diejenigen des eben erwähnten HERBERT A. SIMON.<sup>151</sup>
- 67 PAUL A. MEEHL veröffentlichte 1954 eine empirische Arbeit, die die Voraussagen von klinisch tätigen Ärzten mit den Voraussagen verglich, die mit einfachen statistischen Modellen gemacht wurden.<sup>152</sup> Er stellte fest, dass die Voraussagen der Experten oft falsch, sie aber nichtsdestotrotz von ihrer Leistung überzeugt waren.<sup>153</sup> Der Gegensatz von bescheidener Leistung und robustem Selbstbewusstsein legte es nahe, nach kognitiven Mechanismen zu suchen, die zu einleuchtenden, aber falschen Schlüssen führen.
- 68 WARD EDWARDS' wichtiger methodologischer Beitrag war, dass er mit dem Bayes-Theorem einen normativen Standard in die psychologische Forschung einführte, an dem die Rationalität alltäglichen statistischen Denkens gemessen werden konnte.<sup>154</sup> Es war schnell klar, dass intuitives Denken nicht dem „idealen“ normativen Standard entsprach.<sup>155</sup>
- 69 Der wichtigste theoretische Beitrag schliesslich stammte von SIMON. Er wies nach, dass die Berechnungen, die gemäss dem traditionellen Modell vom rationalen Menschen verlangt wurden, ein unrealistischer Standard für menschliches Denken sind. Er schlug stattdessen vor, einen realistischeren Standard anzuwenden, der die Grenzen menschlicher Informationsverarbeitung berücksichtigte. Bereits 1957 diskutierte SIMON vereinfachende Strategien, die Menschen anwenden können, um die Komplexität von Entscheidungen zu reduzieren.<sup>156</sup> Inspiriert durch die Beispiele von fehlerhaften Entscheidungen im richtigen Leben, von denen MEEHL berichtete und ausgestattet mit einem normativen Standard, an dem die Korrektheit einer Entscheidung gemessen werden konnten, entwarfen KAHNEMAN und TVERSKY ihr eigenes Modell eingeschränkter Rationalität.<sup>157</sup>

---

<sup>150</sup> KIRCHGÄSSNER, FN 62, 31.

<sup>151</sup> THOMAS GILOVICH/DALE GRIFFIN, Introduction - Heuristics and Biases: Then and Now, in: GILOVICH/GRIFFIN/KAHNEMAN (Hrsg.), 1-18, 2. Der Überblick über die Geschichte des *heuristic and biases* Ansatzes folgt weitgehend der erwähnten Einführung von GILOVICH/GRIFFIN.

<sup>152</sup> PAUL A. MEEHL, Clinical versus Statistical Prediction, Minneapolis 1954.

<sup>153</sup> Eine Übersicht über den aktuellen Forschungsstand bieten ROBYN M. DAWES/DAVID FAUST/PAUL E. MEEHL, Clinical versus Actuarial Judgment, in: GILOVICH/GRIFFIN/KAHNEMAN (Hrsg.), 716-729.

<sup>154</sup> WARD EDWARDS/HAROLD LINDMAN/LEONHARD J. SAVAGE, Bayesian Statistical Inference for Psychological Research, Psychological Review 1963, 193-242.

<sup>155</sup> GILOVICH/GRIFFIN, FN 151, 2.

<sup>156</sup> HERBERT A. SIMON, Models of Man: Social and Rational, New York 1957.

<sup>157</sup> DANIEL KAHNEMAN/PAUL SLOVIC/AMOS TVERSKY, Preface, in: KAHNEMAN/SLOVIC/TVERSKY (Hrsg.), XI-XIII, XI.

- 70 Die dem Forschungsansatz von KAHNEMAN und TVERSKY zu Grunde liegende Idee ist, dass der Mensch eine begrenzte Anzahl von Faustregeln verwendet, um Entscheidungen unter Unsicherheit zu treffen. „[...] Menschen verlassen sich auf eine begrenzte Anzahl von heuristischen Prinzipien, die die komplexe Aufgabe, Wahrscheinlichkeiten zu schätzen und Werte vorauszusagen, vereinfachen. Im Allgemeinen sind diese Heuristiken recht nützlich, aber manchmal führen sie zu schweren und systematischen Fehlern“.<sup>158</sup> In einem Aufsatz mit dem Titel „*Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*“, der 1974 in *Science* erschien und inzwischen zum meistzitierten Aufsatz der psychologischen Forschung zu Entscheidungen unter Unsicherheit wurde,<sup>159</sup> hatten KAHNEMAN und TVERSKY ihre Forschungen bis zu diesem Zeitpunkt zusammengefasst und drei Urteilsheuristiken identifiziert, die zu einer Vielzahl von Fehlern (*biases*) führen: die Repräsentativität (*representativeness*, S. 128 ff.), Verfügbarkeit (*availability*) und Verankerung (*anchoring*, S. 77 ff.). (In der juristischen Literatur wird oft nicht zwischen den Strategien (*heuristics*) und den daraus resultierenden Fehlern (*biases*) unterschieden und statt dessen einfach von „*heuristics and biases*“ gesprochen.) Wer beispielsweise gebeten wird, die relative Häufigkeit von Richtern, die Alkoholiker sind, zu schätzen, überlegt sich nach diesem Modell, wie einfach es ist, sich an Berichte über Richter mit Alkoholproblemen zu erinnern (Verfügbarkeit). Geht es darum, die Wahrscheinlichkeit einzuschätzen, dass ein spezifischer Richter Alkoholiker ist, verlässt man sich auf die Ähnlichkeit dieses Richters mit dem Bild eines typischen Alkoholikers (Repräsentativität). In beiden Fällen schliesslich lässt man sich oft von einem Ausgangswert (beispielsweise der Rate der Alkoholiker in der Gesamtbevölkerung) beeinflussen und passt diesen Ausgangswert dann nach oben oder unten an (Verankerung und Anpassung).
- 71 Drei wichtige Merkmale dieses Ansatzes sind, dass die Urteilsheuristiken zwar anhand von Fehlern identifiziert und erforscht wurden, aber an und für sich durchaus vernünftige und keineswegs „irrationale“ Verfahren sind. Zweitens, obwohl Urteilsheuristiken schnell sind, basieren sie auf kognitiven Prozessen, die keineswegs banal sind. Drittens sind die Urteilsheuristiken keine Reaktion auf exzessive Komplexität oder ein Überangebot von Informationen, sondern normale intuitive Reaktionen selbst auf einfachste Fragen zu Wahrscheinlichkeit, Häufigkeit und Voraussagen.<sup>160</sup> Ein häufiges Missverständnis, das aus der Beschreibung der Urteilsheuristiken als „Strategien zur Reduktion der Komplexität von Entscheidungen unter Unsicherheit“ resultiert, ist, dass Menschen die Heuristiken *bewusst* einsetzen würden, um eine schwierige Entscheidung zu vereinfachen. Heuristiken wären dann das Produkt von Faulheit, was impliziert, dass sie nicht verwendet (und die mit ihnen verbundenen Fehler vermieden) werden, wenn sich der Entscheidende nur wirklich bemüht. Die von KAHNEMAN und TVERSKY identifizierten Heuristiken wirken aber unbewusst und daher selbst dann, wenn der Entscheidende allen Grund hat, einen korrekten

---

<sup>158</sup> TVERSKY/KAHNEMAN, FN 8, 1024.

<sup>159</sup> RÜDIGER F. POHL, Introduction: Cognitive Illusions, in: RÜDIGER F. POHL (Hrsg.), *Cognitive Illusions*, Hove 2004, 1-20, 8.

<sup>160</sup> GILOVICH/GRIFFIN, FN 151, 3.

Entscheid zu treffen, weil sein Entscheid beispielsweise finanzielle Konsequenzen für ihn hat.<sup>161</sup>

- 72 Der *heuristic and biases* Ansatz war (und ist) ausserordentlich erfolgreich und führte zu einer wahren Flut von Publikationen (wichtige Arbeiten aus den siebziger Jahren sind in der von KAHNEMAN, SLOVIC und TVERSKY herausgegebenen Aufsatzsammlung „*Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*“ enthalten, neuere Arbeiten im 2002 erschienenen Sammelband „*Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*“ von GILOVICH, GRIFFIN und KAHNEMAN). Die Gründe für den Erfolg sind zahlreich. Einerseits hat der *heuristics and biases* Ansatz sicher vom „Siegeszug“ der Ökonomik profitiert. In dem Masse, in dem in immer mehr Gesellschaftswissenschaften – wie Soziologie, Recht und Politologie – das Menschenbild des *homo oeconomicus* zur Analyse gesellschaftlicher Phänomene herangezogen wurde, wurde auch die (fundierte) Kritik an diesem Menschenbild für immer mehr Gesellschaftswissenschaftler relevant. Die Forschungen von KAHNEMAN und TVERSKY boten einen Ansatzpunkt, das Menschenbild der Ökonomik, das viele Sozialwissenschaftler ablehn(t)en, anzugreifen. In der Ökonomie selber führte (unter anderem) der *heuristic and biases* Ansatz zu den neuen Teilgebieten der *behavioral economics* und der *behavioral finance* (letztere in den neunziger Jahren zunehmend „trendy“ – was Wunder, rationales Verhalten konnte den Börsenboom Ende der Neunziger auf jeden Fall nicht erklären).<sup>162</sup> RICHARD THALER begann bereits in den frühen achtziger Jahren, das Programm von KAHNEMAN und TVERSKY fruchtbar auf ökonomische Fragestellungen anzuwenden.<sup>163</sup>
- 73 Zudem bediente sich das Programm von KAHNEMAN und TVERSKY populärer und einleuchtender Metaphern, die mit der „kognitiven Wende“ der sechziger Jahre eingeführt worden waren. Das Bild des Gehirns als Computer mit limitierten Rechen- und Speicherkapazitäten bot sich geradezu an, durch das Bild von Unterrouninen, die Rechenaufwand sparen, ergänzt zu werden.<sup>164</sup> Auch ist das Forschungsprogramm für Laien ohne Psychologiestudium zugänglich und verständlich. Es verzichtet auf komplexe Modelle und beschränkt sich darauf, Urteilsheuristiken verbal und leicht verständlich zu beschreiben (was ihm innerhalb der Psychologie wiederum Kritik eingetragen hat). Die Experimente, die das empirische Fundament lieferten, gleichen „mehr Cocktail Party Anekdoten als traditionellen Studien der kognitiven Psychologie“.<sup>165</sup> Das macht es einfach, sie weiter zu erzählen, in Vorlesungen, Vorträge und Aufsätze einzubauen, sich an sie zu erinnern und sie zu replizieren – beispielsweise durch einen Doktoranden der Rechtswissenschaft.

---

<sup>161</sup> COLIN F. CAMERER/ROBYN M. HOGARTH, The Effects of Financial Incentives in Experiments: A Review and Capital-Labor Production Framework, *Journal of Risk and Uncertainty* 1999, 7-42.

<sup>162</sup> LAIBSON/ZECKHAUSER, FN 13.

<sup>163</sup> RICHARD H. THALER, Toward a Positive Theory of Consumer Choice, *Journal of Economic Behavior and Organization* 1980, 39-60.

<sup>164</sup> GILOVICH/GRIFFIN, FN 151, 6.

<sup>165</sup> GILOVICH/GRIFFIN, FN 151, 7.

**c. Referenzpunkte, *Framing* und Risikoverhalten**

- 74 Ebenfalls auf KAHNEMAN und TVERSKY zurück geht die Forschung zum Risikoverhalten bei der Wahl zwischen Gewinnen und Verlusten. Dabei handelt es sich nicht um ein Phänomen der Informationsverarbeitung, wie die Urteilsheuristiken, sondern eher um die Feststellung, dass Menschen auf die unterschiedliche Darstellung der gleichen Situation unterschiedlich reagieren. *Framing* Effekte sind weniger relevant wegen ihres Beitrages zur Psychologie als wegen ihrer Prognose von Entscheidungen in der Wirklichkeit und der Herausforderung, die sie für das Erwartungsnutzenmodell darstellen.<sup>166</sup>
- 75 Die Erwartungsnutzentheorie nimmt Vermögenszustände als Träger des Nutzens an, nicht Vermögensänderungen. Wenn man ein Spiel (*gamble*) evaluiert, bei dem man mit einer Wahrscheinlichkeit von  $p_1$  eine Summe  $y_1$  gewinnen und mit einer Wahrscheinlichkeit von  $p_2$  eine Summe  $y_2$  verlieren kann, so vergleicht man gemäss Erwartungsnutzenmodell den Nutzen von  $p_1 \cdot u(w + y_1)$  mit dem Nutzen von  $p_2 \cdot u(w - y_2)$  ( $w$  steht für *wealth*). Wenn das Nettovermögen des Spielers Fr. 50'000 ist und er ein Spiel angeboten erhält, bei dem er mit einer Wahrscheinlichkeit von 0,1 Fr. 1'000 gewinnen und mit einer Wahrscheinlichkeit von 0,9 Fr. 10 verlieren kann, so vergleicht er nach dem Erwartungsnutzenmodell den Nutzen von  $0,1 \cdot u(\text{Fr. } 51'000)$  mit dem Nutzen von  $0,9 \cdot u(\text{Fr. } 49'990)$ . KAHNEMAN und TVERSKY wunderten sich, warum in allen Spielen, die Versuchspersonen angeboten wurden, die Ergebnisse als Gewinne oder Verluste beschrieben wurden – theoretisch sollte es darauf ja nicht ankommen, sondern nur auf den Endzustand des Vermögens.<sup>167</sup> KAHNEMAN und TVERSKY stellten empirisch fest, dass sich Menschen im Bereich potentieller Gewinne risikoscheu, im Bereich potentieller Verluste aber risikogeneigt verhielten. Auch wird der negative „Nutzen“ (Disutilität) eines Verlustes doppelt so stark empfunden wie der Nutzen eines identischen Gewinnes („*losses loom larger than gains*“). Die Nutzenfunktion ändert sich daher am Referenzpunkt, der Gewinne und Verluste unterscheidet. Weiter stellten KAHNEMAN und TVERSKY fest, dass bei der Evaluation von Spielen die Wahrscheinlichkeiten nicht linear gewichtet werden; ein Unterschied zwischen Sicherheit (Wahrscheinlichkeit = 0) und einer Wahrscheinlichkeit von 0,01 wird viel stärker gewichtet als der (mathematisch identische) Unterschied zwischen einer Wahrscheinlichkeit von 0,4 und 0,41 („*certainty effect*“). 1979 veröffentlichten KAHNEMAN und TVERSKY in der angesehenen ökonomischen Zeitschrift *Econometrica* einen Aufsatz, der die von ihnen empirisch festgestellten Abweichungen von der Erwartungsnutzentheorie in einem formalisierten Modell beschrieb.<sup>168</sup> Die so genannte *Prospect Theory* folgte weitgehend den Vorgaben der rationalen Entscheidungstheorie und modifizierte diese nur insoweit, als notwendig war, um die experimentellen Resultate zu erklären.<sup>169</sup> Die *Prospect Theory* war anfänglich auf die Analyse von einfachen monetären Spielen mit zwei *outcomes* beschränkt. Da sie aber formalisiert war, konnten Ökonomen sie in ihren Modellen benutzen,

---

<sup>166</sup> DANIEL KAHNEMAN, Preface, in: KAHNEMAN/TVERSKY (Hrsg.), IX-XVII, XV.

<sup>167</sup> KAHNEMAN, FN 166, IX.

<sup>168</sup> KAHNEMAN/TVERSKY, FN 14.

<sup>169</sup> KAHNEMAN, FN 166, X.

was ihren Einfluss stark erhöhte (eine detailliertere Darstellung der Prospect Theory folgt auf S. 53 ff.).<sup>170</sup>

- 76 In einem weiteren Artikel beschrieben KAHNEMAN und TVERSKY 1981 *Framing* Effekte.<sup>171</sup> Die Präferenz für eine Wahl hängt demgemäss von ihrer *Darstellung* ab, die einigermassen willkürlich ist, da das gleiche Problem in unterschiedlicher Art dargestellt werden kann (siehe S. 54 f. für ein Beispiel). *Framing* ist dabei ein doppeldeutiger Begriff: er bezeichnet einerseits die (vorgegebene) Darstellung des Problems, andererseits aber auch die Interpretation des Problems durch den Entscheidenden selbst.<sup>172</sup> Letzteres lässt sich zugegebenermassen kaum mit Darstellung übersetzen, aber andere deutsche Begriffe wie „Rahmung“ scheinen mir noch weniger elegant und lösen das Problem auch nicht.<sup>173</sup> Einen Überblick über Klassiker und aktuelle Forschung zu Bewertung von Alternativen unter Berücksichtigung von nichtlinearer Gewichtung der Wahrscheinlichkeit und *Framing*-Effekten bietet der von KAHNEMAN und TVERSKY herausgegebene Sammelband „*Choices, Values and Frames*“ (Cambridge 2000).

#### d. Kontext und Präferenzen

- 77 Der *homo oeconomicus* des Erwartungsnutzenmodells hat alle Wahlmöglichkeiten (Optionen) nach ihrer Präferenz geordnet hat und wählt – wenn er die Wahl zwischen mehreren Optionen hat – diejenige der erhältlichen Optionen, die in seiner „Präferenz-Rangliste“ zuoberst steht. Optionen, die nicht gewählt werden, sind nach diesem Modell irrelevant,<sup>174</sup> was auch intuitiv einleuchtet: wer lieber eine Kugel Vanille-Eis für Fr. 5 als eine Kugel Erdbeer-Eis für Fr. 6 hat, sollte seine Vorliebe nicht ändern, wenn er erfährt, dass zusätzlich eine Kugel Schokolade-Eis für Fr. 7 erhältlich ist, die er nicht wählt.
- 78 Selbst diese scheinbar unproblematische Annahme des Erwartungsnutzenmodells wird aber regelmässig verletzt. Die Präferenz für eine Option hängt auch vom Kontext ab, in dem die Option präsentiert wird. Die mittlere Option (Kompromiss-Lösung) wird beispielsweise signifikant häufiger gewählt als eine extreme Option.<sup>175</sup> In dem obigen Beispiel würden mehr Leute das Erdbeer-Eis wählen, wenn das teurere Schokolade-Eis ebenfalls auf der Speisekarte ist. Präferenzen sind daher nicht konstant, sondern werden bis zu einem gewissen Grad „*on the spot*“ konstruiert. Ein Beispiel, wie das *Choice-set*, die zur Auswahl stehenden Optionen, auch juristische Entscheidungen beeinflussen kann, wird auf S. 243 ff. besprochen.

---

<sup>170</sup> ROBERT MACCOUN, Why a Psychologist Won the Nobel Prize in Economics, American Psychological Society Observer 2002, 1-8, 4.

<sup>171</sup> AMOS TVERSKY/DANIEL KAHNEMAN, The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, Science 1981, 453-458.

<sup>172</sup> KAHNEMAN, FN 166, XIV.

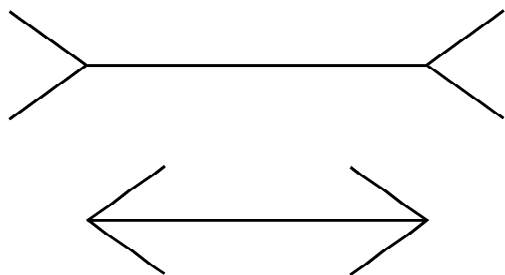
<sup>173</sup> Bei JOHN R. ANDERSON, Kognitive Psychologie, 2. Auflage, Heidelberg 1996, 335, wird *framing* beispielsweise als „Rahmungseffekt“ übersetzt

<sup>174</sup> AMOS TVERSKY/ITAMAR SIMONSON, Context-Dependent Preferences, Management Science 1993, 117-185; gekürzter Nachdruck in: KAHNEMAN/TVERSKY (Hrsg.), 518-527, 518. Die Seitenzahlen werden gemäss Nachdruck zitiert.

<sup>175</sup> ITAMAR SIMONSON, Choice Based on Reason: The Case of Attraction and Compromise Effects, Journal of Consumer Research 1989, 158-174.

e. Weitere „Kognitive Täuschungen“

- 79 Es gibt keine allgemein anerkannte Definition des Begriffs „kognitive Täuschungen“. Obwohl der Begriff „Kognition“ unumstritten auch die Wahrnehmung umfasst, wird unter dem Begriff „kognitive Täuschungen“, wie er üblicherweise gebraucht wird, ein Sammelbegriff von Täuschungen des Denkens, Urteilens und Erinnerns zusammengefasst, explizit aber keine Täuschungen der Wahrnehmung.<sup>176</sup> Der Begriff „Täuschung“ impliziert eine Abweichung von der „Realität“. Bei Täuschungen der Wahrnehmung und der Erinnerung ist meist unbestritten, wann eine Abweichung vorliegt; die tatsächliche Länge der Linien bei der Müller-Lyer Illusion (Abbildung 3) lässt sich messen und über die Vergangenheit liegen (zumindest in psychologischen Experimenten) Aufzeichnungen vor, mit denen sich die Erinnerungen vergleichen lassen. Bei Täuschungen des Denkens hingegen ist oft bereits der normative Standard umstritten, mit denen der Denkvorgang verglichen werden soll; ohne Standard kann man auch nicht von Abweichung oder Täuschung sprechen.<sup>177</sup>



**Abbildung 3: Beispiel für eine Illusion der Wahrnehmung: Müller-Lyer Illusion**

- 80 Eine Täuschung ist aber mehr als eine bloße Abweichung von der Realität. POHL versucht, folgende Elemente des Begriffs „kognitive Täuschung“ herauszuarbeiten:<sup>178</sup> das Phänomen tritt systematisch, und damit vorhersagbar, auf. Die Fehlleistung erfolgt unbewusst, und Personen, die der Täuschung unterliegen, sind überzeugt, richtig entschieden zu haben. Kognitive Täuschungen sind daher schwierig zu vermeiden. Schliesslich sind die Phänomene deutlich verschieden (*distinct*) von der normalen Informationsverarbeitung. Schlichtes Vergessen oder Missverständnisse zählen daher nicht zu den kognitiven Täuschungen, obwohl sie natürlich auch Fehler sind. Als letzte Eigenschaft von kognitiven Täuschungen könnte man anfügen, dass die meisten Menschen ein „Aha“ Erlebnis haben, wenn ihnen die Täuschung und die richtige Lösung erklärt wird; d.h. sie verstehen und akzeptieren, wo der Fehler lag. Dass es Bedingungen gibt, unter denen die Täuschung verschwindet, ist daher nicht nur für optische (Abbildung 4) sondern auch für kognitive Täuschungen typisch.<sup>179</sup>

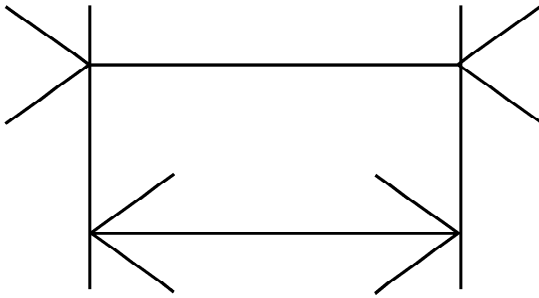
---

<sup>176</sup> HELL, FN 11, 318.

<sup>177</sup> POHL, FN 159, 2.

<sup>178</sup> POHL, FN 159, 2 f. Für eine weitere Umschreibung siehe WARD EDWARDS/DETLOF VON WINTERFELDT, Cognitive Illusions and their Implications for the Law, Southern California Law Review 1986, 225-276, 227.

<sup>179</sup> DANIEL KAHNEMAN/AMOS TVERSKY, On the Reality of Cognitive Illusions, Psychological Review 1996, 582-591, 586



**Abbildung 4: „Aufgelöste“ Müller-Lyer Illusion**

- 81 Üblicherweise werden die erstmals von KAHNEMAN und TVERSKY beschriebenen *heuristics and biases* zu den kognitiven Täuschungen gezählt,<sup>180</sup> der Rückschaufehler (S. 209 ff.), Gedächtnistäuschungen durch nachträglich eingeführte Informationen, Bestätigungsfehler (S. 178 ff), Selbstüberschätzung und Overconfidence (S. 262 ff.) sowie Attributionsfehler.<sup>181</sup> Der Hofeffekt (S. 230 ff.), *Framing*-Effekte sowie Kontrast- und Kompromisseffekte (S. 243 ff.) zählen dagegen traditionellerweise nicht zu den kognitiven Täuschungen. Die beiden Letzteren stellen jedoch wichtige Abweichungen von der Rationalität des *homo oeconomicus* im Sinne der Erwartungsnutzentheorie dar, weshalb es gerechtfertigt scheint, sie hier ebenfalls zu besprechen. Ob der Titel dieser Arbeit deshalb besser „Abweichungen vom rationalen Verhalten im Sinne des Rationalitätsbegriffs der Institutionenökonomik und ihre Auswirkungen auf die Entscheidungen von Richtern und Parteien in Zivil- und Strafverfahren“ heißen müsste, bleibe dahingestellt; „Kognitive Täuschungen vor Gericht“ ist auf jeden Fall kürzer und prägnanter.

#### f. Zusammenfassung

- 82 Zusammengefasst stellt die psychologische Forschung das Modell des *homo oeconomicus* durch die folgenden empirischen Beobachtungen in Frage:
1. Menschen machen systematische Fehler bei der *Berechnung* von Wahrscheinlichkeiten.
  2. Menschen *gewichten* geringe Wahrscheinlichkeiten zu stark und mittlere bis hohe Wahrscheinlichkeiten zu wenig.
  3. Menschen empfinden Nutzen nicht als Funktion ihres Vermögenszustandes, sondern als Funktion der Veränderung ihres Vermögens von einem *Referenzpunkt* aus, wobei sie sich gegenüber potentiellen Gewinnen risikoscheu, gegenüber potentiellen Verlusten risikogeneigt zeigen.
  4. Menschen empfinden die „Disutilität“ eines Verlustes rund doppelt so stark wie den Nutzen eines gleich grossen Gewinnes.

<sup>180</sup> Obwohl KAHNEMAN und TVERSKY selber den Begriff selten verwenden; der in FN 179 zitierte Aufsatz ist eine Ausnahme, weil er auf einen Aufsatz von GERD GIGERENZER mit dem Titel *How to Make Cognitive Illusions Disappear: Beyond “Heuristics and Biases”* (European Review of Social Psychology 1991, 83-115) reagiert.

<sup>181</sup> Siehe die Themen der Aufsätze in HELL/FIEDLER/GIGERENZER (Hrsg.), FN 11, und POHL (Hrsg.), FN 159.



5. Präferenzen sind nicht konstant, sondern hängen vom *Kontext* ab, in dem eine Option präsentiert wird.
- 83 Diese Aufzählung ist nicht abschliessend (zu nennen wäre beispielsweise auch die festgestellte Unfähigkeit, den erfahrenen Nutzen korrekt zu voraussagen),<sup>182</sup> aber diese Arbeit beschränkt sich darauf, die Implikationen der erwähnten Abweichungen darzulegen.

---

<sup>182</sup> DANIEL KAHNEMAN, New Challenges to the Rationality Assumption, *Journal of institutional and theoretical economics* 1994, 18-36, 25 f.