

§ 50a **Recht und Wirtschaft***

I. Der Klassiker: Max Weber

Die Wechselwirkung zwischen Recht und Wirtschaft wurde in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zum Thema, als die rasante wirtschaftliche Entwicklung ihren Niederschlag in Gesetzgebung und Rechtsprechung fand. Vorläufer der rechtssoziologischen Analyse war die Politische Ökonomie, sozusagen eine integrierte Gesellschaftswissenschaft des modernen Territorialstaates. Zunächst bestimmte der Gegensatz von Physiokraten und Merkantilisten das Bild. Mit *Adam Smith*, *David Ricardo* und schließlich *Karl Marx* entstanden modernere, anspruchsvollere Betrachtungsweisen.

Um die Wende zum 20. Jahrhundert wuchsen aus der universellen Politischen Ökonomie Nationalökonomie, Soziologie und politische Wissenschaft als eigenständige Disziplinen. Das Recht, das bis dahin nur als unselbständige Hervorbringung des Staates behandelt wurde, trat nun in der Sicht der Beobachter als selbständiger Komplex, heute würden wir sagen als System, neben Staat und Wirtschaft.

Um die Interaktion zwischen den beiden Systemen »Wirtschaft und »Recht« näher zu beschreiben, mussten erst theoretische Instrumente oder jedenfalls neue Begrifflichkeiten entwickelt werden. Hier setzt *Max Weber* ein. Er hat als erster in voller Klarheit die **Möglichkeit einer soziologischen Betrachtung von Staat und Wirtschaft** ausformuliert und sie auch gleich selbst ausgefüllt.¹ Mit umfassenden historischen Analysen ging er hinter den modernen Staat zurück, u. a. mit der Konsequenz, dass er zwischen Herrschaftsstrukturen einerseits und dem Recht andererseits unterscheiden konnte. So erst wurden Staat, Recht, Religion und Wirtschaft einer separaten und dann doch wieder kombinierten Untersuchung zugänglich. Gegenüber dieser analytischen Leistung treten *Webers* inhaltliche Hypothesen heute etwas in den Hintergrund. Sie sind aber nach wie vor unvergessen und dienen immer wieder als Anknüpfung oder gar als Basis der modernen Diskussion.

Der Titel von *Max Webers* letztem und umfangreichstem Werk »Wirtschaft und Gesellschaft« verspricht einige Aufklärung auch über das Verhältnis von Wirtschaft und Recht. Sie findet sich dort vor allem in dem Kapitel mit der Überschrift »Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen« und hier insbesondere in einem Paragraphen über die »Bedeutung und Grenzen des Rechtszwangs für die Wirtschaft«, der sozusagen einige basics der modernen Rechtsso-

* Dieser Text geht zurück auf einen Aufsatz »Recht und Wirtschaft als Thema der Rechtssoziologie« in *ZfRSoz* 26, 2005, S. 3-34.

¹ *Richard Swedberg*, *Max Weber and the Idea of Economic Sociology*, Princeton University Press, 1998; darin S. 82-107 ein lesenswertes Kapitel über die Beziehung zwischen Recht und Wirtschaft.

ziologie formuliert. Dieses Kapitel darf man allerdings nicht isoliert lesen, sondern muss es in den Zusammenhang von *Webers Großtheorie von der Rationalisierung des Rechts* stellen und auch zusammen mit seiner speziellen Hypothese von der Bedeutung der protestantischen Ethik für die Entstehung des Kapitalismus stellen und zusammen mit seiner berühmten wirtschaftssoziologischen Hypothese von der Bedeutung der protestantischen Ethik für die Entwicklung des modernen Kapitalismus sehen, die sich implizit gegen die marxistische Vorstellung einer vollständigen ökonomischen Determinierung des Rechts wendet.

Die **Protestantismushypothese** besagt, dass die auf den ersten Blick wirtschaftsfeindliche protestantische Ethik zur Basis für das kapitalistische Erwerbstreben geworden sei. Eigentlich hätte man solche Wirtschaftsnähe viel eher vom Katholizismus erwartet, da er sich gegenüber dem Erwerb irdischer Güter tolerant zeigt, als Kirche selbst zur Entfaltung irdischer Pracht neigt und mit seinen hierarchischen Strukturen den Kampf um wirtschaftlichen Aufstieg herausfordert. Doch, so *Weber*, es liegt genau umgekehrt. Es ist zwar richtig, dass der Protestantismus, und hier speziell die calvinistische Version, von den Menschen verlangt, sich in Bescheidenheit ihren irdischen Aufgaben zu widmen, und dass ihnen ohne eine hierarchisch geordnete Kirche kein Beispiel für Aufwärtsmobilität, Erwerbsorientierung und Ausgabenfreudigkeit vor Augen steht. Doch genau diese Ethik des Arbeitens und Sparens wurde zur Basis des Kapitalismus. Hingabe an den Beruf und Stolz auf die eigene Arbeit, so *Weber*, wurden zur Quelle der Produktivität. Dagegen führten die Aufstiegsmöglichkeiten in der katholischen Hierarchie dazu, dass viele Menschen ihre jeweilige Aufgabe nur als Durchgangstation zu höheren Weihen ansahen mit der Folge, dass sie möglichst wenig in ihre Arbeit investierten, die sie als unter ihrer Würde nicht als Lebensziel akzeptieren konnten. Deshalb so *Weber*, seien katholische Gesellschaften wirtschaftlich weniger produktiv gewesen. Verschwendung oder auch nur die Präsentation irdischer Güter widersprach protestantischer Ethik. Zwar wurde Üppigkeit auch von der katholischen Kirche nicht gebilligt. Aber sie war doch bereit, diese und andere Sünden zu vergeben. Den protestantischen Kirchen fehlte die Möglichkeit zum Ablass, so dass die Frommen keine Möglichkeit hatten, ihre Bescheidenheit abzulegen. Die höhere Produktivität der Protestanten ging deshalb einher mit größerer Sparsamkeit. Die Prädestinationslehre zwang einen Calvinisten, sich ständig neu der eigenen Erwähltheit in den Gnadenstand zu versichern. Dazu half ihm keine Werkgerechtigkeit, sondern allein jene disziplinierte Art der Lebensführung, die *Weber* als innerweltliche Askese beschreibt. So wurde der Antrieb zu kapitalistischer Akkumulation aus protestantischer Ethik geboren, nicht weil diese Ethik den Erwerbstrieb gebilligt hätte – das Gegenteil war der Fall –, sondern weil sie die Menschen zur Hingabe an ihren Beruf und zur Sparsamkeit anhielt. Wenn später äußere Anzeichen des Erfolges als Bestätigung gottgefälligen Lebens galten, so war das nur noch eine nachträglich Legitimation einer längst eingetretenen Entwicklung.

Max Webers spezielle Annahme, dass gerade der Geist der calvinistisch-protestantischen Ethik das Wachstum des Kapitalismus begünstigt habe, wird

heute eher sehr kritisch gesehen. Doch bezweifelt eigentlich niemand mehr, dass tatsächlich **kulturelle Einstellungen** einen außerordentlichen Einfluss auch auf die wirtschaftliche Entwicklung haben.² *Samuel P. Huntington*³ gibt dafür ein schönes Beispiel:

»Anfang der 1990er Jahre stieß ich durch Zufall auf Wirtschaftsdaten für Ghana und für Südkorea aus den frühen 1960er Jahren und staunte, wie ähnlich sich die beiden Volkswirtschaften damals waren. Die zwei Länder wiesen eine in etwa vergleichbare Höhe des Bruttozialprodukts (BSP) und eine ähnliche Gliederung der Wirtschaft in Grundstoffe, verarbeitendes Gewerbe und Dienstleistungen auf. Und beide exportierten hauptsächlich Rohstoffe, Südkorea außerdem einige Fertigwaren. ... Dreißig Jahre später war Südkorea zu einem Industriegiganten mit der vierzehntgrößten Volkswirtschaft der Welt, multinationalen Unternehmen, bedeutenden Automobil-, Elektronik- und sonstigen Fertigwarenexporten und einem Pro-Kopf-Einkommen fast von der Höhe des griechischen geworden. Es bemühte sich um Konsolidierung demokratischer Institutionen. In Ghana hatte es keine dieser Veränderungen gegeben; sein Pro-Kopf-BSP betrug jetzt ein Fünftel des südkoreanischen. ... Südkoreaner schätzen Sparsamkeit, Investitionen, harte Arbeit, Bildung, Organisation und Disziplin. Ghanaer orientieren sich an anderen Werten. Mit einem Wort: Kultur zählt.«

Die Protestantismusthese hat mit dem Recht zunächst wenig zu tun. Erst mittelbar kommt das Recht in den Blick. Der moderne Kapitalismus, einmal auf dem Plan, sucht sich eine **passende Organisations- und Herrschaftsform**. Er findet sie, so jedenfalls *Weber*, in der rational durchorganisierten Wirtschaftsbürokratie, die ihrerseits nach einem formal durchrationalisierten Recht verlangt.

Die Annahme, dass Kapitalismus und formale Rationalität des Rechts zusammenhängen, begründet das berühmte **England-Problem**, denn in England hat der Kapitalismus sich auch ohne ein im Sinne *Webers* formal-rationales Recht entwickelt.⁴ *Hayek* und ihm folgend die neuere finanzwissenschaftliche Literatur

² Zuletzt etwa *Sebastian Wienges*, Individualismus, asiatische Werte und Asienkrise. Der Beitrag kultureller Ansätze zur Erklärung des Entwicklungsprozesses, in: *Alexander Brandt/Nikolaus von der Goltz*, (Hrsg.), Herausforderung Entwicklung, Lit Verlag, Münster, 2004, S. 65-87.

³ *Samuel P. Huntington*, Vorwort, in: *ders./Lawrence E. Harrison* (Hrsg.), Streit um Werte. Wie Kulturen den Fortschritt prägen, Europa Verlag, Hamburg, 2002, S. 7.

⁴ Für eine Erörterung des Problems und Lösungsvorschläge vgl. *Sally Ewing*, Formal Justice and the Spirit of Capitalism: Max Weber's Sociology of Law, *Law & Society Review* 21, 1987, S. 487; *Assaf Likhovski*, Protestantism and the Rationalisation of English Law: A Variation on a Theme by Weber, *Law & Society Review* 33, 1999, S. 365-391; ferner *David M. Trubek*, Max Weber and the Rise of Capitalism, *Wisconsin Law Review*, 1972, S. 720-753. *Swedberg* (wie Fn. 1, S. 104 ff.) meint, wenn man *Weber* richtig lese, gebe es wohl gar kein England-Problem, denn *Weber* habe als Voraussetzung des modernen rationalen Kapitalismus nicht unbedingt ein formal-rationales Recht gefordert, sondern nur die folgenden drei Anforderungen an das Recht gestellt: 1. die Möglichkeit zum Abschluss von Austauschverträgen, 2. ein juristisches Konzept für Handelsgesellschaften

nehmen sogar an, dass das Common Law Investitionen grundsätzlich besser schützt und in der Folge höher entwickelte Finanzmärkte hervorbringt als etwa das französische Rechtssystem. Ein entwickelter Finanzmarkt scheint aber wiederum Voraussetzung für ein allgemeines wirtschaftliches Wachstum zu sein.

Vor diesem Hintergrund kommt eine amerikanische Studie von *Paul G. Mahoney* zu dem Ergebnis, dass die **Common-Law-Länder** in der Periode von 1960 bis 1992 ein **größeres wirtschaftliches Wachstum** verzeichnen konnten als die Civil-Law-Länder. Das wird damit erklärt, dass das Common Law größere Rechtssicherheit für das Eigentum und für Verträge biete.⁵ Der springende Punkt ist dabei die Annahme, dass gar nicht die konkreten Rechtsregeln mit ihren Inhalten entscheidend sind, sondern letztlich der Geist, in dem sie gehandhabt werden. Grundsätzlich gibt es heute in fast allen Ländern, jedenfalls auf dem Papier, rechtliche Vorkehrungen zum Schutz von Eigentum, zur Durchsetzung von Verträgen und zur Beschränkung staatlicher Eingriffe. Aber die Trennung zwischen öffentlichem und Privatrecht, die so nur in den Civil-Law-Ländern bekannt ist, setzt das zivilrechtlich anerkannte Eigentum und die Verträge stärkeren staatlichen Eingriffen aus. Wichtiger noch soll die eigentumsfreundliche Tradition der Common-Law-Justiz sein.⁶

Bemerkenswert ist die Arbeit von *Mahoney* deshalb, weil sie ihre These mit Statistiken aus 90 Ländern empirisch erhärtet. Bei der Auswertung hat der Autor auch eine Vielzahl von möglicherweise intervenierenden Variablen kontrolliert und sie für irrelevant befunden. Dennoch bleiben Zweifel, denn eine solche Variable drängt sich unübersehbar auf, nämlich die **englische Sprache**. Englisch ist nicht nur die Sprache des Common Law, sondern auch die Sprache der Wirtschaft, der Computer, ja der Globalisierung schlechthin. Man muss es deshalb für

und 3. ein hohes Maß an Kalkulierbarkeit der Rechtsfolgen. Tatsächlich spricht *Weber* selbst von der Determinierung des Rechts durch die Wirtschaft (und nicht umgekehrt) und meint, die kapitalistische Entwicklung sei im Verhältnis zum Recht eben nicht so stark gewesen, dass sie das englische Recht im Sinne der kontinentalen Verhältnisse hätte umformen können (Wirtschaft und Gesellschaft, Studienausgabe, 5. Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1972, S. 511 = Rechtssoziologie, hrsg. von *Johannes Winckelmann*, 2. Aufl., Luchterhand, Neuwied/Berlin, 1967, S. 343).

⁵ *Paul G. Mahoney*, 'The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right', University of Virginia School of Law Legal Studies Working Paper 00-8, Januar 2000, veröffentlicht in *The Journal of Legal Studies* XXX, 2001, S. 503-525.

⁶ Ein Mitarbeiter der Weltbank warnt deshalb in einer Stellungnahme, daraus nun die Folgerung zu ziehen, dass der Export des Common Law eine geeignete Strategie für die Entwicklungshilfe sei. Das Common Law baue viel stärker auf eine tief verwurzelte Tradition, die sich nicht einfach verpflanzen lasse. Nur das historisch gewachsene Verständnis garantiere eine sichere Anwendung. Deshalb sei für weniger entwickelte Länder viel eher das Gesetzesrecht deutsch-französischer Prägung angemessen. (*Hans-Werner Wabnitz*, Letter to The Editor, www.worldbank.org/transitionnewsletter/janfeb00/pg.17.htm.)

möglich halten, dass die englische Sprache für die Wirtschaft eines Landes wichtiger ist als die Zugehörigkeit zu einem Rechtskreis.

Ein beliebtes Beobachtungsobjekt für die Rechtssoziologie ist seit eh und je **Japan**. Dort gab und gibt es noch immer eine florierende Wirtschaft. Doch alles ist dort angeblich ganz anders, weniger verrechtlicht, sondern mehr auf Gemeinsamkeit, Vertrauen und Verflechtung gegründet. Man spricht geradezu von der besonderen japanischen Form des Kapitalismus. Drei Besonderheiten sollen ihn auszeichnen:

- die im Prinzip lebenslange Beschäftigung der Arbeitnehmer bei einer Firma,
- eine starke Verflechtung der Wirtschaft durch Überkreuzbeteiligungen, die etwa feindliche Übernahmen verhindert, und schließlich
- das Hausbanksystem, in dem die Banken Firmen zu einem Interessenkreis (keiretsu) zusammenfassen, ihre Klienten laufend sorgfältig beobachten, und zwar auch im Auftrage anderer Banken, und ihnen schließlich bei finanziellen Engpässen nicht nur mit Rat und Tat zur Seite stehen, sondern ihnen auch helfen, einen Konkurs zu vermeiden.

Nun hat ein neueres Buch von *Masahiko Aoki*⁷ diese Grundannahmen in Frage gestellt, und es ist eine heftige Diskussion entbrannt, ob wir alle über Jahre insofern einem Mythos aufgesessen sind, während tatsächlich in Japan der Kapitalismus nicht viel anders funktioniert als im Westen.⁸

Heute muss man wohl auch ein **Islam-Problem** in Betracht ziehen, denn anscheinend sind auch streng islamische Staaten in der Lage, ein kapitalistisches Wirtschaftssystem zu entwickeln.⁹

⁷ Information, Corporate Governance, and Institutional Diversity: Competitiveness in Japan, the USA, and the Transitional Economies, Oxford University Press, 2000.

⁸ Dazu einerseits *Yoshiro Miwa/J. Mark Ramseyer*, The Myth of the Main Bank: Japan and Comparative Corporate Governance, *Law & Social Inquiry* 27, 2002, S. 401-424, und andererseits *Curtis J. Milhaupt*, On the (Fleeting) Existence of the Main Bank System and Other Japanese Economic Institutions, *Law & Social Inquiry* 27, 2002, S. 425-437. Skeptisch auch *Wolfgang Klenner*, The East Asian Development Model, noch unv. Manuskript, Ruhr-Universität Bochum 2005.

⁹ Dazu immer noch lesenswert: *Max Weber*, Rechtssoziologie, S. 272 ff. Am Rande interessant: *Timur Kuran*, The Economic Ascent of the Middle East's Religious Minorities: The Role of Islamic Legal Pluralism, *The Journal of Legal Studies*, XXXIII, 2004, S. 475-515. Der Verfasser zeigt, wie der islamische Rechtspluralismus, nämlich der Umstand, dass Christen und Juden unter islamischer Herrschaft für ihre Verträge fremdes Recht wählen und, soweit kein Muslim beteiligt war, auch nichtislamische Gerichte anrufen durften, den wirtschaftlichen Aufstieg dieser Minoritäten begünstigte.

I. Niklas Luhmann: Recht und Wirtschaft als autonome Systeme

Schon bevor *Luhmann* seine Systemtheorie vollständig ausgearbeitet hatte, hatte er sein **Verdikt gegen eine Folgenorientierung der Rechtsanwendung** verkündet.¹⁰ Folgenorientierung wird heute besonders von den Vertretern einer Ökonomischen Analyse des Rechts gefordert. Inzwischen gibt es dazu eine umfangreiche Diskussion.¹¹ Ich folge *Luhmann*, wenn er geltend macht, es könne grundsätzlich nicht die Aufgabe der Gerichte sein, sich auf eine Folgendiskussion einzulassen; für die Rechtsanwendung sei Folgenorientierung dysfunktional. Aber die Gerichte befinden sich in einer Zwickmühle. Wenn die »konditionale Programmierung« versagt, das heißt, wenn sich aus den vorhandenen Rechtsquellen keine Lösung ergibt, dann wäre Folgenberücksichtigung eine, ja vielleicht die einzige rationale Methode, um zu gut begründeten Entscheidungen zu gelangen. Andererseits sind die Gerichte gar nicht in der Lage, eine Folgendiskussion zu führen, die wissenschaftlichen Ansprüchen genügt. Die Lage wird noch prekärer dadurch, dass Entscheidungswirkungen bei einer Außenbetrachtung der Gerichte eine zentrale Rolle spielen. Deshalb hat die Äußerung der neuen Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts, eine Lockerung des Kündigungsschutzes habe keine Bedeutung für die Einstellungspraxis der Wirtschaft, große Beachtung gefunden. Sie zeigt zugleich, dass auch ohne explizite Folgendiskussion Alltagstheorien über Urteilsfolgen in Richterköpfen doch eine erhebliche Rolle spielen dürften.¹²

Aus der Systemtheorie *Luhmanns* ist zunächst seine **Unterscheidung von Funktionssystemen** geläufig geworden. Bekanntlich unterscheidet *Luhmann* zwölf und mehr Funktionssysteme der Gesellschaft, darunter Politik, Recht und Wirtschaft. Die Ausdifferenzierung erfolgt jeweils über die Herausbildung von Leitdifferenzen, die sich zu einem binären Code verfestigen. Für die Politik geht es um die Differenz von Machtüberlegenheit und Machtunterlegenheit, für das Rechtssystem um die Differenz von Recht und Unrecht und für die Wirtschaft um diejenige von Haben und Nichthaben. Über diese Differenz kommuniziert man in der Wirtschaft durch Zahlung oder Nichtzahlung. Damit ist *Luhmanns* Wirtschaftsbegriff weiter als der, den ich bisher implizit zugrundegelegt habe. Er

¹⁰ Funktionale Methode und juristische Entscheidung, *Archiv des öffentlichen Rechts* 94, 1969, S. 1-31.

¹¹ *Christian Kirchmer*, Folgenberücksichtigung bei judikativer Rechtsfortbildung und Ökonomische Theorie des Rechts, in: *Hagen Hof/Martin Schulte* (Hrsg.), *Wirkungsforschung zum Recht III*, Nomos, Baden-Baden 2001, S. 33-43, *Martina R. Deckert*, Praktische Durchführbarkeit folgenorientierter Rechtsanwendung, in: *Hagen Hof/Martin Schulte* (Hrsg.), *Wirkungsforschung zum Recht III*, Nomos, Baden-Baden 2001, S. 177-194.

¹² In seinem Dinner Talk auf der Siegener Tagung der Vereinigung für Rechtssoziologie 2005 hat der Richter des Bundesverfassungsgerichts *Brun-Otto Bryde* berichtet, dass es jedenfalls in seinem Senat in vielen Verfahren eine »Beiakte« gebe, in der erfahrungswissenschaftliches Material, wie man es zur Folgenberücksichtigung benötigt, gesammelt werde. Jedoch fließen einschlägige Überlegungen nicht explizit in die Urteilsbegründungen ein.

umfasst nicht nur Produktion und Kapital, Arbeit, Tausch und Verteilung, sondern bezieht etwa auch die Zahlungsvorgänge im öffentlichen Sektor (Steuern, Abgaben, Strafen) ein. Dagegen gehört der private Konsument nur insofern zum Wirtschaftssystem, als er sein Geld zurückbehält, denn nur insoweit behält er die Möglichkeit der Zahlung und damit der Beteiligung am Wirtschaftssystem.¹³

Die wichtigste Aussage über das Verhältnis von Recht und Wirtschaft ergibt sich beinahe unmittelbar aus der Konzipierung beider Komplexe als selbstreferentiell geschlossener Systeme. Es besteht zwischen beiden Systemen keine unmittelbare Verbindung. Sie sind füreinander nur Umwelt und reagieren auf die wechselseitige Beobachtung nur jeweils mit ihren systemeigenen Kommunikationen.¹⁴

»Keine Politik kann die Wirtschaft, kann Teilbereiche der Wirtschaft, kann auch nur einzelne Betriebe sanieren; denn dazu braucht man Geld, also Wirtschaft.«

Die trotz prinzipieller Undurchlässigkeit dennoch vorhandene Verschränkung der Systeme behandelt *Lubmann* bekanntlich mit den Begriffen strukturelle Kopplung und Interpenetration. Das Ergebnis wird von vielen als **Steuerungsnihilismus** interpretiert.

Zwar redet man heute weitgehend mit den Begriffen *Lubmanns*. Doch vielfach wird die Fokussierung der Theorie auf Funktionssysteme nicht durchgehalten, sondern Systeme werden mit Organisationen vermischt. Erst recht die Vorstellung von autopoietischer Schließung bei struktureller Kopplung bleibt schwierig und wird nur von wenigen nachvollzogen. Die anderen bezweifeln, dass es weiterhilft, wenn die Beziehungen zwischen Recht und Wirtschaft im Sinne des Interpenetrationskonzepts als wechselseitige Beobachtung von Kommunikationen im Fremdsystem zur Ermöglichung der systemischen Autopoiesis dargestellt werden.

Zu den Autoren, die mit *Lubmanns* Systemtheorie ernst machen, gehören insbesondere *Michael Hutter*, *Gunther Teubner* und *Helmut Willke*. Von *Helmut Willke* erfährt man etwa:

»Die Bedingung der Notwendigkeit rechtlicher Steuerung – die Autonomie der Teile – muss zugleich als Bedingung der Möglichkeit der Intervention begriffen werden: Steuerungsimpulse sind möglich in der Form der Konditionalisierung der Rahmenbedingungen, die als beobachtbare Differenzen die Informationsbasis der jeweiligen basalen Zirkularität abgeben.«¹⁵

¹³ Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 53.

¹⁴ Ebd., S. 324 ff.

¹⁵ Kontextsteuerung, 1987, S. 10.

Für das Verhältnis von Rechtssystem und Finanzsystem lässt sich diese Aussage – frei nach *Tobias Schmidt*¹⁶ – wie folgt »konkretisieren«: Die autopoietische Qualität des Rechtssystems – die Gewinnung von Rechtsnormen aus Rechtshandlungen und die Rechtsförmigkeit von Entscheidungen aufgrund der Rechtsförmigkeit ihres Zustandekommens – wird als operationale Basis steuernder Eingriffe genutzt. Die Transmission von Steuerungsimpulsen durch das Rechtssystem kann allein über eine Beeinflussung der Beobachtungs- und Operationsmöglichkeiten des Finanzsystems verlaufen, denn die bezweckten Strukturänderungen sind nur als Selbständerungen möglich, die sich aus der Wahrnehmung veränderter Operationsbedingungen in der Umwelt des Finanzsystems ergeben. Rechtliche Normsetzungen kommen im Finanzsystem nur durch ihren Bezug auf die Ermöglichung oder Inhibierung von Zahlungsoperationen zur Geltung. Und sie werden im Finanzsystem genau auf diese Qualität hin beobachtet. So betrachtet lassen regulatorische Interventionen im Finanzsystem Kosten entstehen oder sie verstopfen Ertragsquellen. Diese Wirkungen auf die Regenerationsmöglichkeiten von Zahlungsfähigkeit veranlassen das Finanzsystem, nach Umgehungsmöglichkeiten zu suchen, so dass ein Prozess der Innovation anläuft. Die davon hervorgerufenen neuerlichen Regulierungen bilden die Grundlage der Kontinuität eines selbstreferentiellen Prozesses. Die Steuerung des Finanzsystems ist allerdings nur ganz zu begreifen, wenn die Herkunft der Normen über die Tatsache der Rückverweisung auf andere Normen hinaus reflektiert wird. Damit eröffnet man sich einen Zugang zur Behandlung der Relevanz des politischen Systems und kann auf diese Weise eine weitere Dimension intersystemischer Beziehungen in die Analyse einbeziehen. Wenn die Wirtschaft die Politik beobachtet, wird sie den Blick auf die Formulierung politischer Entscheidungen in der Form von Rechtsnormen richten, sei es als Ergebnis eines bremsenden oder aktivierenden Impulses für eigene Operationsmöglichkeiten, sei es antizipatorisch im Rahmen von Einflussversuchen auf die politische Willens- und Entscheidungsfindung. Das Rechtssystem erfüllt eine Querschnittsfunktion zur Übermittlung von Steuerungsimpulsen zwischen den unterschiedlichen Subsystemen der Gesellschaft, die aufgrund ihrer autopoietisch begründeten Autonomie keine direkten Einflussmöglichkeiten aufeinander haben. Das Recht spielt mithin die Rolle eines Vermittlers intersystemischer Einflüsse, wobei zwischen Rechts- und Finanzsystem eine zweifache Umcodierung erforderlich erscheint: Der Machtcode der Politik ist in den Normencode des Rechtssystems und von dort in den Zahlenscode des Finanzsystems zu übertragen und, im Fall der Einflussnahme des Finanzsystems auf den politischen Prozess, umgekehrt.

Ich wage zu bezweifeln, dass man mit dem systemtheoretischen Sprachspiel mehr gewinnt als mit der ganz konventionellen Vorstellung einer relativen Autonomie von Wirtschaft und Recht und einer **Wechselwirkung zwischen beiden Systemen**. Dabei sind immer wieder drei Möglichkeiten in Betracht zu ziehen, nämlich:

- Das Recht verursacht – direkt oder auf Umwegen – Veränderungen in der Wirtschaft.
- Die Wirtschaft verursacht – direkt oder auf Umwegen – Änderungen des Rechts.
- Recht und Wirtschaft werden gemeinsam von dritten Ursachen beeinflusst.

In aller Regel sind jedoch alle drei Wechselwirkungen gleichzeitig am Werk.

¹⁶ Zur Erschließung der Theorie sozialer Systeme für Untersuchungen des Finanziellen Sektors. Vorstudien zu einer interdisziplinären Integrationsperspektive, Digitale Dissertation, Göttingen 1996 [<http://webdoc.sub.gwdg.de/diss/1996/schmzuer/inhalt.htm>]. In systemtheoretischer Verkleidung auch *Torsten Strulik*, Risikomanagement globaler Finanzmärkte, Campus Verlag, Frankfurt a. M./New York, 2000.

Bemerkenswert erscheint mir, dass *Lubmanns* Theorie kaum empirische Untersuchungen zum Verhältnis von Recht und Wirtschaft angeregt hat. Eine rühmliche Ausnahme bildet die Arbeit von *Michael Hutter* über Interferenzprozesse zwischen Recht und Wirtschaft auf dem Gebiet des Arzneimittelpatentrechts.¹⁷

Lubmanns (angeblicher?) Steuerungs nihilismus ist eigentlich nur die Folge des Umstandes, dass er handelnde Menschen und kollektive Akteure als Vertreter »alteuropäischer Politik« deklassiert und aus seiner Theorie herausdefiniert. Das verkennt *Lubmann* selbst keineswegs.¹⁸ Eine **empirisch-pragmatische Gegenposition** zu dem Steuerungs nihilismus *Lubmanns* haben *Renate Mayntz* und *Fritz Scharpf* aufgebaut.¹⁹ Letztlich kann die Frage, ob und wie eine Steuerung der Wirtschaft durch Recht möglich ist, nur durch empirische Untersuchungen beantwortet werden. Ich habe den Eindruck, dass neuere Untersuchungen eher ein verhalten optimistisches Bild zeichnen.²⁰

Ein neues Phänomen ist die **Übererfüllung von regulatorischen Anforderungen** durch die Industrie. Bisher konnte man davon ausgehen, dass ein Unternehmen, wenn es den Anforderungen der Gesetze entsprach, in dem Sinne opportunistisch handelte, dass es rechtliche Sanktionen vermeiden wollte. Zugleich war das Recht für die Unternehmen auch Maßstab für die sozialen und moralischen Erwartungen der Gesellschaft. Übererfüllung kam nur in Betracht, wenn man sich daraus unmittelbar ökonomische Vorteile versprach. Inzwischen scheint es jedoch, jedenfalls in den wirtschaftlich hoch entwickelten westlichen Demokratien so zu liegen, dass die Unternehmen nicht länger davon ausgehen, sie hätten mit der Einhaltung der Gesetze schon alles getan, was die Öffentlichkeit von ihnen erwartet. Jahrzehnte immer rigiderer Regulierung und schärferer Sanktionen haben die Vorstellung wachsen lassen, dass alle Risiken oder Schäden, die von einem Unternehmen ausgehen, auch wenn sich aktuell alles im rechtlichen Rahmen hält, früher oder später doch zu öffentlicher Verurteilung und am Ende

¹⁷ *Michael Hutter*, Die Produktion von Recht: Eine selbstreferentielle Theorie der Wirtschaft, angewandt auf den Fall des Arzneimittelpatentrechts, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1989. Dazu die ausführliche Besprechung von *Gunther Teubner*, Die Fremdproduktion von Recht. Oder: Wie die Wirtschaft das Recht zur Ko-Evolution überredet, ZfRSoz 12, 1991, S. 161-169.

¹⁸ Steuerung durch Recht? Einige klarstellende Bemerkungen, ZfRSoz 12, 1991, S. 142-146; *ders.*, Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 335 f.

¹⁹ *Renate Mayntz/Fritz W. Scharpf*, Politische Steuerung – Heute?, Rede anlässlich der Verleihung des in Erinnerung an Niklas Luhmann gestifteten Bielefelder Wissenschaftspreises am 2. 12. 2004, MPIfG Working Paper 05/1, Januar 2005.

²⁰ Z. B. *Cary Coglianese/David Lazer*, Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals, Law & Society Review 37, 2003, S. 691-730; Explaining Corporate Environmental Performance: How Does Regulation Matter?, Law & Society Review 37, 2003, S. 51-90; *Marco Verweij*, Why is the River Rhine Cleaner than the Great Lakes (Despite Looser Regulation)?, Law & Society Review 34, 2000, S. 1007-1054.

auch zu juristischer Haftung führen. In der Folge meinen mehr und mehr Manager, dass sich ihr Unternehmen im Rahmen seiner »social license« halten müsse. Gemeint sind die Vorstellungen der Öffentlichkeit oder ihrer Meinungsführer über sozialverträgliches Wirtschaften. Konsequenz ist teilweise die Übererfüllung, vor allem von Anforderungen des Umweltschutzes, auch wenn sich diese nicht unmittelbar auszahlt.²¹

II. Ökonomische Analyse des Rechts (ÖAR)

Dem Namen nach zu urteilen würde man von der ÖAR Aufschlüsse über das Verhältnis von Recht und Wirtschaft erwarten. Doch **der Name täuscht**. Es geht nicht um die Wirtschaft im engeren Sinne, wie *Max Weber* sie im Blick hatte, sondern darum, an alle Rechtsphänomene den Maßstab einer im Hinblick auf Nutzenmaximierung rationalen Handlungswahl anzulegen. So haben bereits die Pioniere der ÖAR ihre Methode auf Gegenstände gerichtet, die mit dem, was die Wirtschaftswissenschaft sonst behandelt, wenig zu tun haben. Bahnbrechend war insoweit die Arbeit von *Gary S. Becker*, die 1968 erstmals die ÖAR auf die Kriminalität anwandte.²²

Die ÖAR arbeitet mit zwei **Basisannahmen**:

- Menschen wählen ihre Handlungen rational in dem Sinne, dass sie mit möglichst geringen Kosten den höchsten Nutzen erzielen können.
- Rechtsnormen erhöhen oder verringern die Kosten bestimmter Handlungen; sie sind also versteckte Preise oder Subventionen.

Will man weniger Kriminalität, so muss man den Preis, also die Strafe, heraufsetzen. Will man mehr Produktsicherheit, so muss man die Kosten fehlerhafter Produkte erhöhen, also die Produzentenhaftung verschärfen. Will man eine größere Kinderzahl, muss man das Kindergeld aufstocken. Dieses Modell ist einleuchtend und funktioniert auch bis zu einem gewissen Grade sehr gut. Doch es stößt an zwei Grenzen. In der Regel handeln Menschen unter unvollständigen Informationen. Und außerdem zeigt sich, dass das Recht noch eine andere, eher mittelbare Wirkung haben kann, indem es Einstellungen, Präfe-

²¹ *Neil Gunningham/Robert A. Kagan/Dorothy Thornton*, Social License and Environmental Protection: Why Businesses Go Beyond Compliance, *Law & Social Inquiry* 29, 2004, S. 307-341.

²² *Crime and Punishment: An Economic Approach*, *Journal of Political Economy* 76, 1968, S. 169-217. Für aktuellere Beispiele vgl. jetzt das »Review Symposium on Law and Economics«, *Law & Social Inquiry* 29, 2004, 219-298; dort insbesondere *Claire A. Hill*, *Law and Economics in the Personal Sphere* (S. 219-260) über *Richard Posner*, *Sex and Reason*, Harvard University Press, 1992; *Eric Posner*, *Law and Social Norms*, Harvard University Press 2000, *Robert Frank*, *Luxury Fever*, Free Press, New York, 1999, und *Margret Brinig*, *From Contract to Covenant*, Harvard University Press, 2000.

renzen oder vielleicht sogar das Gewissen verändert. Das sind die symbolischen und kulturellen Effekte des Rechts.

Die ÖAR ist **in den USA zur dominierenden Hintergrundtheorie der Juristen** geworden. In der Rechtssoziologie ist sie jedoch wegen ihres für unrealistisch angesehenen Modellcharakters und erst recht wegen der mit ihr normativ verbundenen Effizienzforderung auf Widerstand gestoßen (und auch deutsche Juristen zeigen sich überwiegend abgeneigt). Doch nun bahnt sich aus beiden Richtungen eine Annäherung an. Auf Seiten der ÖAR nimmt die Einsicht zu, dass der Mensch kein rational actor, sondern ein social actor ist. Von der Seite der Rechtssoziologie gab es auf der Tagung der Law and Society Association 2003 in Pittsburgh einen massiven Annäherungsversuch in der Presidential Address von *Lauren B. Edelman*.²³ Die ÖAR und Rechtssoziologie scheinen zu einem **neuen Behaviorismus** zusammenzuwachsen.²⁴

Die für die ÖAR relevanten Theorien firmieren heute als Institutionenökonomik. Sie befassen sich mit der Erklärung sozialer Institutionen, die für die Produktion, Distribution und Konsumtion knapper Güter relevant sind. Die prominenteste Institution dieser Art ist der Markt, der zu seiner Funktion als Institutionen eine Eigentums- und eine Vertragsordnung voraussetzt. Zur Erklärung dienen unterschiedliche Ansätze, insbesondere die Theorie der Verfügungsrechte (property rights), der Transaktionskostenansatz, die Principal-Agent-Theorie oder die Theorie der Firma.

Am deutlichsten wird die Verbindung zwischen Recht und Wirtschaft im **Property-Rights-Ansatz**²⁵ sichtbar. Er befasst sich nicht mit Gütern oder Ressourcen als solchen, sondern mit den Rechten, über Güter und Ressourcen zu verfügen, mit den sog. property rights. Er betrachtet Güter als Bündel von Rechten, und es geht darum, diese Rechte in einer Weise zu verteilen, in der die Güter den größten möglichen Gesamtnutzen für alle Mitglieder der Gesellschaft stiften. Das Eigentum wird danach als ein Bündel von vier »Verfügungsrechten« bestimmt, dem Recht auf den Gebrauch der Sache, dem Recht auf die Erträge der Sache, dem Recht zur Veränderung der Sachsubstanz bis hin zur Zerstörung sowie dem Recht auf Übertragung des Eigentums oder einzelner Nutzungsmöglichkeiten.

Unter der Voraussetzung beschränkten Wissens garantieren der Egoismus der Individuen und die von ihm gespeiste Erfindungsgabe eine effiziente Nutzung der prinzipiell knappen Ressourcen. Um diesen Effekt zu optimieren, sollten alle

²³ Rivers of Law and Contested Terrain: A Law and Society Approach to Economic Rationality, *Law & Society Review* 38, 2004, S. 181-197, mit zustimmenden Kommentaren von *Kenneth G. Dau-Schmidt*, ebd. S. 199-212, *Terence Halliday*, ebd. S. 213-220, und *Richard H. McAdams*, ebd. S. 221-228.

²⁴ *Tanina Rostain*, Educating Homo Economicus: Cautionary Notes on the New Behavioral Law and Economics Movement, *Law & Society Review* 34, 2000, S. 973-1006.

²⁵ Interessante Beiträge in Bd. XXXI Heft 2, 2002 des *Journal of Legal Studies* (S. 331-672).

Dinge im Eigentum von Individuen stehen (**Universalität der Verfügungsrechte**), ausschließlich vom individuell Berechtigten genutzt werden dürfen (**Exklusivität des Eigentums**) und jederzeit ganz oder teilweise übertragbar sein.

Die **Übertragbarkeit der Verfügungsrechte** sorgt dafür, dass alle Güter im Tauschwege an den Ort des größten Bedarfs gelangen, also dorthin, wo aus ihnen der größte Nutzen gezogen wird. Oft lässt sich der Nutzen dadurch vergrößern, dass die Übertragung nur auf Zeit oder nur partiell erfolgt, etwa indem Eigentum vermietet oder verpachtet wird oder für die Nutzung von Patenten beschränkte Lizenzen erteilt werden. Ökonomen zögern auch nicht, davon zu reden, dass Arbeitnehmer in Arbeitsverträgen ihr »Humankapital« ausleihen.

Die Anreizwirkung hängt nicht zuletzt von der Ausschließlichkeit der Verfügungsrechte ab. Viele Verfügungsrechte sind durch staatliche Eingriffe »verdünnt«. Das gilt besonders für das Grundeigentum. Der Eigentümer darf sein Grundstück nicht beliebig bebauen, er darf sein Haus, etwa wenn es unter Denkmalschutz steht, nicht beliebig renovieren, und auch Mietverträge kann er nur begrenzt gestalten und schon gar nicht beliebig kündigen. (»Beliebigkeit« setzt natürlich immer voraus, dass man am Markt überhaupt einen Partner finden würde.)

Bei der Durchführung vieler Verträge besteht die **Gefahr des Opportunismus** eines oder beider Vertragsteile. Zwiespältig wirkt deshalb die zeitweise Übertragung von Nutzungsrechten. Die Vermietung eines Grundstücks kann für beide Teile lohnend sein und damit Wohlfahrtsgewinne bringen. Sie erzeugt aber auch negative Anreize, denn wer nur mietet oder pachtet, könnte versuchen, die Sache unter Verzicht auf Investitionen zur Verbesserung oder jedenfalls zur Substanzerhaltung auszubeuten. Auch wer anderen seine Arbeitskraft überlässt, wird nicht immer mit vollem Einsatz arbeiten, wenn die Früchte der Arbeit dem Unternehmer zugute kommen. In allen so genannten **Principal-Agent-Beziehungen**, das heißt, in Auftrags-, Dienst- und Arbeitsverhältnissen, besteht die Gefahr, dass der »Agent« überlegene Information und fehlende Überwachung für eigene Interessen ausnutzt. Diese Gefahr kann durch geeignete Haftungs- und Beteiligungsregeln reduziert werden.

Verträge kann man allgemein als Instrument zur Übertragung oder Veränderung von Verfügungsrechten verstehen. Verträge sind jedoch ihrerseits nicht ohne Kosten zu haben. Wer einen Vertrag schließen will, muss einen Anbieter suchen, er muss sich einen Eindruck von der Zuverlässigkeit des Anbieters und der Qualität des Angebots verschaffen und sich auch über andere mögliche Anbieter informieren. Rückt die Entscheidung für einen Vertragsschluss näher, so ist Arbeit in den Entwurf und die Aushandlung eines Vertrages zu investieren. Dieser dem Vertragsschluss vorausgehende Aufwand begründet die so genannten Transaktionskosten, die von den Kosten etwa der Produktion oder des Transports von Gütern zu unterscheiden sind. Die **Transaktionskosten** wachsen mit der gesellschaftlichen Differenzierung (Arbeitsteilung und Spezialisierung). Das Recht hat großen Einfluss auf ihre Höhe: Wer einen Fernseher kaufen will, muss sich vergewissern, dass die Qualität des Geräts seinen Ansprüchen genügt. Das

Qualitätsproblem wird jedoch erheblich reduziert, wenn das Kaufrecht Gewährleistungsregeln vorhält. Dann ist der Käufer einigermaßen sicher, dass er bei Qualitätsmängeln jedenfalls entschädigt wird. Auch die weiteren Vertragsmodalitäten sind teils durch dispositives, teils durch zwingendes Recht vorgegeben. Im Regelfall braucht man nicht mehr über die Bedingungen, sondern nur noch über das Ob des Vertragsschlusses zu entscheiden. Selbst bei der Suche nach einem Vertragspartner oder bei der Festlegung des Preises kann das Recht behilflich sein, etwa durch Festlegung eines Kontrahierungszwangs oder durch Tarife oder andere Preisvorschriften. Damit verschiebt sich das Problem auf die Frage, welche rechtlichen Regulierungen ihrerseits effizient sind.

Manche Transaktionskosten, die der Abschluss von Marktverträgen mit sich bringt, lassen sich durch Hierarchien vermeiden. Oft ist es zu aufwendig, häufig wiederkehrenden Bedarf auf dem Markt einzukaufen. Er lässt sich einfacher durch die interne Beschaffung innerhalb eines Unternehmens decken. An die Stelle des Marktes tritt damit die Hierarchie der Unternehmensorganisation. Darin entdeckte *Coase* den Existenzgrund des Unternehmens (der »Firma«).²⁶ Heute liegt es nahe, diese **Theorie der Firma** umgekehrt zur Erklärung des verbreiteten Phänomens des Outsourcing heranzuziehen.

Von demselben Autor stammt das **Coase-Theorem**, das bekanntlich besagt, dass in einer Welt ohne Transaktionskosten gesetzliche Haftungsregeln überflüssig wären, weil die Beteiligten sich auf eine Lösung einigen würden, die zu einer optimalen Verteilung knapper Güter führt. Der Aufsatz »The Problem of the Social Cost«²⁷ beschäftigte sich mit externen Effekten wie zum Beispiel der Luftverschmutzung durch eine Fabrik. Bewohner in der näheren Umgebung müssen darunter leiden. Für solche Fälle hatte *Arthur Cecil Pigou* 1920 eine Umweltsteuer vorgeschlagen, welche den Fabrikanten zwingen würde, einen Filter einzubauen, die Produktion zu beschränken oder zu beenden. Statt den Verursacher zur Verantwortung zu ziehen, will *Coase* den Nutzen der Volkswirtschaft maximieren und dazu eine Verhandlungslösung ohne Staatseingriff vor. Statt durch Steuern oder Haftungsregeln den Unternehmer zu zwingen, weniger Schadstoffe zu emittieren, könnten auch die Nachbarn die Kosten der Filteranlage übernehmen. Denn so wie der Unternehmer ein Interesse daran hat, zu produzieren und Gewinn zu erwirtschaften, so haben die Nachbarn ein Interesse an sauberer Luft und Ruhe. In der Theorie-Diskussion hat der Lösungsansatz von *Coase* eine wichtige Rolle gespielt, für die Praxis ist er jedoch kaum geeignet, denn es gibt keine Welt ohne Transaktionskosten. Im Umweltbeispiel beginnen diese »Kosten« schon bei der Ermittlung der »betroffenen« Nachbarn. Eigentlich ist jedermann beteiligt, denn es geht auch um die Frage, welchen Umweltstandard man mit Rücksicht auf mögliche Fernwirkungen und auf die Nachwelt erreichen will.

²⁶ Die bereits 1937 veröffentlichte Arbeit »The Nature of the Firm« ist abgedruckt in: *Ronald H. Coase, The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, 1988.

²⁷ The Problem of the Social Cost, *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, S. 1-44, wieder abgedruckt in *Coase, The Firm, the Market and the Law*, 1988.

Als Konsequenz aus dem *Coase*-Theorem betont etwa *Posner* immer wieder, dass mehr oder weniger jedes Haftungsproblem als Vertragsproblem dargestellt werden könne und umgekehrt. So kann man nach jedem Unfall die Frage stellen, auf welche Vorsorgemaßnahmen die Beteiligten sich verständigt hätten, wenn nicht Transaktionskosten im Wege gewesen wären.²⁸ Ex post soll sich aus der fiktiven Vertragslösung dann der Fahrlässigkeitsmaßstab ergeben.

Die Entwicklung rechtlich geprägter sozialer Institutionen vollzieht sich entweder evolutiv im Wege der Selbstorganisation. Zur Erklärung wird vielfach die Spieltheorie herangezogen, die Verhandlungssituationen vom Typ des Gefangenendilemmas beschreibt. Oder die Rechtsentwicklung beruht auf einer Intervention staatlicher Stellen. Aus größerer Distanz kann aber auch eine solche Entwicklung als Evolution beschrieben werden, bei der letztlich ökonomische Effizienz als Selektionsmechanismus wirkt.

Mehr oder weniger alle vermutlich wirtschaftlich relevanten Normenkomplexe²⁹ sind auch Gegenstand ökonomischer Analyse. Ein Paradebeispiel ist das Haftungsrecht, ein anderes die **Nutzung von Gerichtsverfahren durch Wirtschaftsunternehmen**.

In der Rechtssoziologie gilt es als ausgemacht, das Wirtschaftsunternehmen (kurz: Firmen) insbesondere im Verhältnis zueinander, Gerichtsverfahren grundsätzlich meiden und Verhandlungslösungen vorziehen. In einem viel zitierten Aufsatz über »Non-contractual Relations in Business«³⁰ schildert *Stewart Macaulay*, dass die meisten großen und viele kleine Firmen wichtigere Geschäfte zwar zunächst in sehr sorgfältig und vollständig ausgearbeitete Verträge bringen. Bei der Abwicklung dieser Verträge und generell bei Routinegeschäften aller Art wird aber die Berufung auf vertragliche und gesetzliche Rechte peinlich vermieden. Etwa aufkommende Probleme werden im Verhandlungsweg gelöst. »You can settle any dispute if you keep the lawyers and accountants out of it. They just do not understand the give-and-take needed in business«, so lautete eine typische Antwort, die *Macaulay* von einem Geschäftsmann erhielt.³¹ Empirische Untersu-

²⁸ *Roland Posner*, *Economic Analysis of Law*, 3. Aufl., Little, Brown and Company, Boston/Toronto, 1986, S. 230.

²⁹ Als neuere deutsche Veröffentlichungen vgl. *Michael Adams*, *Ökonomische Theorie des Rechts: Konzepte und Anwendungen*, Lang Verlag, 2. Aufl., 2004; *Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Sozialschutzprinzips im Zivilrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005.

³⁰ *American Sociological Review* 28, 1963, S. 55-69; ferner *Macaulay*, *Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contract*, *Law & Society Review* 11, 1977, 507-528. Analoge Beobachtungen für England bei *Hugh Beale/Tony Dugdale*, *Contracts between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies*, *British Journal of Law and Society* 2, 1975, S. 45-60.

³¹ Ganz ähnlich beschreiben *Jacek Kurczewski* und *Kasimierz Frieske*, wie auch in der Planwirtschaft Polens von den bei Leistungsstörungen vorgesehenen Vertragsstrafen und von der Möglichkeit rechtlicher Entscheidung kaum Gebrauch gemacht wurde, sondern,

chungen haben jedoch gezeigt, dass Gerichtsverfahren zwischen Wirtschaftsunternehmen gar nicht so selten sind.³² Für einige Fälle jedenfalls bietet die von der ÖAR erarbeitete **Theorie der Relitigation**³³ eine Erklärung an.

Dabei geht es um eine Hypothese zur Erklärung der Rechtsentwicklung, vornehmlich des Common Law. Nach einer bekannten These von *Richard Posner* lässt sich das Common Law am besten als ein Versuch verstehen, ökonomische Effizienz des Rechts zu erzielen.³⁴ *Rubin* beginnt mit einer Feststellung, für die er sich auf *Rudolf von Iherings* Kampf ums Recht hätte berufen können: Damit die Gerichte überhaupt Gelegenheit erhalten, das Recht fortzuentwickeln, müssen sich Parteien finden, die ihren Fall vor Gericht bringen. In dem Muster, nach dem die Parteien zwischen außergerichtlicher Streitbeilegung und dem Gerichtsverfahren wählen, entdeckt *Rubin* einen **evolutionären Mechanismus**. Dieser selektiert aus der Menge der Rechtsnormen jene, die unangefochten bleiben, und andere, die von den Gerichten verändert werden. Vor Gericht kommen danach nur solche Fälle, für deren Lösung sich das geltende Recht aus der Sicht der Parteien als ineffizient erwiesen hat. Der Selektionseffekt soll unabhängig davon eintreten, ob die Gerichte selbst bewusst in Richtung auf Effizienz entscheiden oder nicht. In seinem Kommentar zu dem Vorschlag *Rubins* stimmt *Priest* der Annahme zu, dass ineffiziente Normen mit größerer Wahrscheinlichkeit zu Prozessen führen, in denen effizientere Normen wiederum eine bessere Überlebenschance haben. Die einzige Voraussetzung, die man dafür machen müsse sei, dass in der realen Welt Transaktionskosten entstünden. Ineffiziente Haftungsnormen z. B. verursachen größere Kosten als effiziente Normen. Das ist geradezu die Definition einer ineffizienten Norm. Selbst wenn die Parteien eine andere Lösung aushandeln könnten, so wären doch unter der Voraussetzung, dass der Verhandlungsprozess selbst Kosten verursacht, die Kosten, die durch eine ineffiziente Norm verursacht werden, in jedem Fall höher als die Kosten einer effizienten Norm. Das, so *Priest*, habe zur Folge, dass ineffiziente Normen den Betroffenen größere Kosten auferlegten. Da eine Klage wahrscheinlicher sei als eine außergerichtliche Erledigung, wenn für die Parteien mehr auf dem Spiel stehe, so sei zu erwarten, dass

jedenfalls in Dauerbeziehungen zwischen annähernd gleich starken Partnern, Kooperation und Reziprozität die Beziehungen regierten (Some Problems in the Legal Regulation of the Activities of Economic Institutions, *Law & Society Review* 11, 1977, S. 487-505).

³² *Ross E. Cheit/Jacob E. Gersen*, When Businesses Sue Each Other: An Empirical Study of State Court Litigation, *Law & Social Inquiry*, 25, 2000, S. 789-816, S. 790; *Kathryn Hendley*, Business Litigation in the Transition: A Portrait of Debt Collection in Russia, *Law & Society Review* 38, 2004, S. 305-347.

³³ Die Theorie der Relitigation wurde 1977 von dem Wirtschaftswissenschaftler *Paul Rubin* entworfen und von dem Juristen *George Priest* verfeinert (*Rubin*, Why Is the Common Law Efficient?, *Journal of Legal Studies* 6, 1977, S. 51; *Priest*, The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules, *Journal of Legal Studies* 6, 1977, S. 65).

³⁴ *Roland Posner*, *Economic Analysis of Law*, 3. Aufl., Little, Brown and Company, Boston/Toronto, 1986, S. 229 ff., 238.

Konflikte unter ineffizienten Normen häufiger vor Gericht auf die Probe gestellt würden. Letztlich setzt diese Theorie der Relitigation voraus, dass die Entscheidung der Beteiligten für oder gegen eine Klage gerade von der »Effizienz« der den Fall regierenden Norm bestimmt wird. Diese Voraussetzung ist aber sehr problematisch, da keineswegs sicher ist, dass sich besagte »Effizienz« gerade im Einzelfall auswirkt und andererseits viele andere Gründe in Betracht kommen, die eine Partei zum Widerstand gegen eine außergerichtliche Regelung veranlassen. Und es ist auch keineswegs ausgemacht, dass die Gerichte dem Druck in Richtung auf Beseitigung »ineffizienter« Normen regelmäßig nachgeben. Man kann sich durchaus Normen vorstellen, die zwar für die Beteiligten ineffizient, für die Gerichte selbst dagegen höchst effizient sind.

III. Rechtsgeschichte und Wirtschaftsgeschichte

In Opposition zur neoklassischen Wirtschaftswissenschaft und damit auch in Opposition zur ÖAR ist die **historisch orientierte Institutionenanalyse** entstanden. Auf der Seite der Wirtschaftswissenschaft ist sie durch den Nobelpreisträger *Douglas C. North* prominent geworden.³⁵ Sie ist, anders als die neoklassische Wirtschaftswissenschaft, nicht auf Märkte und Preise fixiert, sondern sie betrachtet den Markt nur als Endpunkt im Kontinuum der Institutionen. Am anderen Ende hat sie den Staat, den die Ökonomen lange vernachlässigt hatten, wiederentdeckt. An die Stelle des modellhaften homo oeconomicus tritt der stets nur unvollkommen informierte Mensch, der lernt und sich von Normen, kulturellen und religiösen Werten oder von Ideologien leiten lässt. Dabei stellt sich immer wieder sich die Frage: Was geht voran? Sind es Normen und Institutionen, die Handel, Produktion und Dienstleistungen ermöglichen? Oder ist es umgekehrt die Wirtschaft, in erster Linie der Handel, aber vielleicht auch die Mobilität von Menschen, die den Aufbau von Institutionen nach sich ziehen, die dann ihrerseits wiederum wirtschaftliches Transaktionen erleichtern?

Einflussreich waren zunächst der klassische Artikel von *Garrett Hardin* über die »Tragedy of the Commons«³⁶ und der Property-Rights-Ansatz von *Armen A. Alchian* und *Harold Demsetz*.³⁷ Die daraus folgende These von der Ineffizienz des Gemeineigentums im Vergleich zu individuellen Eigentumsrechten provozierte

³⁵ *Ron Harris*, The Encounters of Economic History and Legal History, *Law & History Review* 21, 2003, S. 297-346 [www.historycooperative.org/journals/lhr/21.2/harris.html].

³⁶ *Science* 162, 1968, S. 1243-1248; vgl. im Internet www.econlib.org/library/Enc/TragedyoftheCommons.html.

³⁷ *Armen A. Alchian*, Some Economics of Property Rights, in: *Il Politico* 30, 1965, S. 816-829; ders., Property Rights, www.econlib.org/library/Enc/PropertyRights.html; ders./*Harold Demsetz*, The Property Rights Paradigm, *Journal of Economic History* 1973, S. 174-83; *Harold Demsetz*, When Does the Rule of Liability Matter?, *Journal of Legal Studies* 1, 1972, S. 13-28.

natürlich marxistische Kritik. Als Antwort entstanden historische Untersuchungen über das **Problem der Allmende** und über die Entstehung von Eigentumsrechten im Zuge der Landnahme an der amerikanischen Westgrenze.³⁸ Andere Untersuchungen befassen sich mit Wirtschaftsbeziehungen in Situationen, in denen rechtliche Vorkehrungen zur Durchsetzung von Verträgen fehlen.³⁹ *Dougllass C. North* verglich langfristige Veränderungen der Wirtschaftsleistung in verschiedenen Ländern und kam zu dem Ergebnis, dass Länder, die klare Regeln zum Schutz des Eigentums besaßen und wirksame Vorkehrungen zur Durchsetzung von Verträgen getroffen hatten (wie er sie im 17. und 18. Jahrhundert in England vorfand), ein besseres Klima für Wirtschaftswachstum boten als andere.⁴⁰ Interessant sind auch Untersuchungen zur Rolle juristischer Berufe im Wirtschaftsgeschehen. So zeigt sich zum Beispiel, dass im Frankreich des 18. Jahrhunderts die Notare jenseits ihrer Beurkundungsfunktion praktisch als Makler den Markt für langfristige Kredite geschaffen haben.⁴¹ Schließlich könnte man

³⁸ *Donald [Deidre] N. McCloskey*, The Prudent Peasant: New Findings on Open Fields, *Journal of Economic History* 51, 1991, S. 343-355; *ders.*, The Enclosure of Open Fields: Preface to a Study of Its Impact on The Efficiency of English Agriculture in the Eighteenth Century, *Journal of Economic History* 32, 1972, S. 15-35; *Robert C. Allen*, The Efficiency and Distributional Consequences of Eighteenth-Century Enclosures, *The Economic Journal* 92, 1982, S. 937-953; *ders.*, Enclosure and the Yeoman, Clarendon Press, Oxford, 1992; *Gregory Clark*, Commons Sense: Common Property Rights, Efficiency and Institutional Change, *Journal of Economic History* 58, 1998, S. 73-102; *Gary D. Libecap*, Bureaucratic Opposition to the Assignment of Property Rights. Overgrazing on the Western Range, *Journal of Economic History* 41, 1981, S. 151-158; *ders.*, Contracting for Property Rights, Cambridge University Press, 1994. Eine Anwendung des Property-Rights-Ansatzes auf öffentlichen Parkraum: *Richard E. Epstein*, The Allocation of the Commons: Parking on Public Roads, *Journal of Legal Studies* XXXI, 2001, S. 515-544.

³⁹ *Avner Greif/Paul Milgrom/Barry R. Weingast*, Coordination, Commitment, and Enforcement: The Case of the Merchant Guild, *Journal of Political Economy* 1994, 102, S. 745-776; *John Wells/Douglas Wills*, Revolution, Restoration, and Debt Repudiation: The Jacobite Threat to England's Institutions and Economic Growth, *Journal of Economic History* 60, 2000, S. 418-441; *Janet Tai Landa*, A Theory of the Ethnically Homogenous Middelman Group: An Institutional Alternative to Contract Law, *Journal of Legal Studies* 10, 1981, S. 349-367.

⁴⁰ *Dougllass C. North*, Structure and Change in Economic Performance, Norton, New York, 1981, deutsch als: Theorie des institutionellen Wandels, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1988; *ders.*, Institutions, Institutional Change, and Economic Performance, Cambridge University Press, 1990; *Dougllass C. North/Barry R. Weingast*, Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutional Governing Public Choice in Seventeenth-Century England, *Journal of Economic History* 49, 1989, S. 803-832.

⁴¹ *Philip T. Hoffman/Gilles Postel-Vinay/Jean-Laurent Rosenthal*, Information and Economic History: How the Credit Market in Old Regime Paris Forces Us to Rethink the Transition to Capitalism, *American Historical Review* 104, 1999, S. 69-94; *dies.*, What Do Notaries

hier die an anderer Stelle⁴² eingeführten Untersuchungen von *James Heckman* und anderen zu den wirtschaftlichen Folgen der Antidiskriminierungspolitik in den USA nennen.

Rechtshistoriker haben sich nur wenig mit den Beziehungen zwischen Wirtschaft und Recht befasst. Im Vordergrund stand und steht die Ideen- und Dogmengeschichte. Eine Ausnahmeerscheinung war allerdings auch insoweit schon *Max Weber*. In den USA steht für die Umkehr zu einer funktionalistischen Rechtsgeschichte, die auch die Wirtschaft einbezieht, der Name von *James Willard Hurst*, von 1937 bis zu seinem Tode 1997 Rechtsprofessor in Madison/Wisconsin.⁴³ *Hurst* brach mit der traditionellen Sichtweise, die sich vor allem auf die obergerichtliche Rechtsprechung konzentrierte, und zog bis dahin vernachlässigte Quellen heran. Er ging der Tätigkeit der Untergerichte, der Verwaltung und der Anwaltschaft nach, um den Wandel des Rechts aus einem weiteren sozialen und wirtschaftlichen, aber auch politischen und ideologischen Zusammenhang zu erklären. Auf diese Weise bereitete er in Madison den Boden für die amerikanische Law-and-Society-Bewegung. Es gab zwar keine direkte Verbindung zwischen *Hurst* und den zeitgenössischen Vertretern der Wirtschaftsgeschichte.⁴⁴ Aber *Hursts* Hauptwerk, *Law and Economic Growth. The Legal History of the Lumber Industry in Wisconsin, 1836-1915*, das 1964 erschien, war gerade auch wegen seiner Verbindung zwischen Rechts- und Wirtschaftsgeschichte bahnbrechend, auch wenn es aus heutiger Sicht die Wechselwirkung zwischen Recht und Wirtschaft noch nicht in ihrer ganzen Komplexität erfasst⁴⁵.

Do? Overcoming Asymmetric Information in Financial Markets: The Case of Paris 1751, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 154, 1998, S. 499-530; *dies.*, *Priceless Markets: The Political Economy of Credit in Paris, 1660–1870*, Chicago University Press, 2000.

⁴² Fn. 69.

⁴³ Eine Auflistung der Werke von *James Willard Hurst* durch das Institute of Legal Studies, Madison, Wisc. unter www.law.wisc.edu/ils/Works_by_Hurst.htm. Die wichtigsten Bücher waren: *Growth of American Law: The Law Makers*, Little Brown, Boston, 1950; *Law and the Condition of Freedom in the Nineteen Century United States*, University of Wisconsin Press, Madison, 1956; *Law and Economic Growth. The Legal History of the Lumber Industry in Wisconsin, 1836-1915*. Madison: University of Wisconsin Press, 1984 (Original: Belknap Press of Harvard University Press, 1964); *Law and Social Process in the United States History*, University of Michigan Law School, Ann Arbor, 1960; *Law and Markets in United States History: Different Modes of Bargaining among Interests*, Lawbook Exchange, Union, New Jersey, 1982. Eine Skizze über die Wechselwirkungen zwischen Recht, Wirtschaft und Geld findet sich in *Hurst, A Legal History of Money in the United States: 1774–1970*, Beard Books, Washington D.C., 1973 (ausführlicher in *Law and Markets in United States History*, 1982). Arbeiten über das Werk von *Hurst* sind unter www.law.wisc.edu/ils/Works_about_Hurst.htm zu finden.

⁴⁴ *Harris* (Fn. 35) S. 322 ff.

⁴⁵ Insoweit kritisch *Harris* ebd. S. 328.

IV. Law and Development

Man zweifelt heute, ob die Billionen, die die Industrienationen inzwischen für Entwicklungshilfe ausgegeben haben, auch nur annähernd positive Wirkungen gehabt haben. Wichtiger war und ist vermutlich der Transfer westlicher Ausbildung. Hunderttausende von Asiaten wurden an den Universitäten Nordamerikas ausgebildet. 2044 waren etwa 62.000 Chinesen und 80.000 Inder an amerikanischen Universitäten eingeschrieben. Aber es stellt sich auch die Frage: »Does law matter for economic development?«⁴⁶ Ist das Recht wirklich von entscheidender Bedeutung für die wirtschaftliche Entwicklung, und wenn ja, welches Recht?

Für eine nachhaltige Entwicklungshilfe benötigt man eine Theorie, will man nicht mit der Gießkanne arbeiten. Das Law-and-Development-Movement startete Anfang der 60er Jahre mit dem optimistisch-funktionalistischen Plan **einer Entwicklung durch Recht**. Amerikanische Juristen hatten in den 60er Jahren *Karl Durkheim* und *Max Weber* entdeckt und sich daraus eine Theorie zurechtgelegt, die von einer allgemeinen Modernisierung unterentwickelter Gesellschaften nicht zuletzt auch einen wirtschaftlichen Aufschwung erwartete. Von der Ford-Foundation großzügig gefördert, schwärmten sie nach Asien, Afrika, vor allem aber nach Südamerika aus, um durch den Export ihres eigenen oder eines optimierten »modernen« Rechtssystems einen Beitrag zur Modernisierung unterentwickelter Länder zu leisten. Das wichtigste Rezept sah man in der Ausbildung einer neuen Juristengeneration, die mit der amerikanischen Fallrechtsmethode eine kritisch-rationale Denkweise und die pragmatische Einstellung amerikanischer Wirtschaftsanwälte lernen sollte. Das Erstaunliche an dieser Bewegung ist weder ihr naiv ethnozentrischer Beginn noch ihr Scheitern in der Praxis, sondern die zu Beginn der 70er Jahre einsetzende Selbstkritik.⁴⁷ Sie mündete unter Umkehrung der Vorzeichen in einer teilweise marxistisch inspirierten Dependenz-Theorie – und wuchs (in Madison/Wisconsin) auf dem von *James Willard Hurst* bereiteten Boden zur modernen amerikanischen Rechtssoziologie.⁴⁸

⁴⁶ *Tom Ginsburg*, Does Law Matter for Economic Development?, Evidence From East Asia, Buchbesprechung, *Law & Society Review* 34, 2000, S. 829-856. Besprochen werden folgende Bücher: *Katharina Pistor/Philip A. Wellons*, The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development, 1960-1995. New York: Oxford University Press, 1999; *Kanishka Jayasuriya* (Hrsg.), Law, Capitalism, and Power in Asia: The Rule of Law and Legal Institutions, New York: Routledge, 1999; *Robert S. Brown/Alan Gutterman*, Asian Economic and Legal Development. Uncertainty, Risk, and Legal Efficiency. Boston: Kluwer Law International, 1998.

⁴⁷ *David M. Trubek/Marc Galanter*, Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States, *Wisconsin Law Review*, 1974, S. 1062.

⁴⁸ Für einen Überblick vgl. *Brun-Otto Bryde*, The Politics and Sociology of African Legal Development, Frankfurt a. M., Alfred Metzner Verlag, 1976; *ders.*, Die Rolle des Rechts im Entwicklungsprozeß, in: *Bryde, Brun-Otto/Kübler, Friedrich* (Hrsg.) Die Rolle des Rechts im Entwicklungsprozeß, Frankfurt a. M.: Alfred Metzner Verlag, 1986, S. 9-36; *John*

Damit war jedoch der Theoriebedarf der Entwicklungshilfe wieder offen. In der Folgezeit traten andere Akteure, insbesondere die mit Entwicklungshilfe befassten Regierungsbehörden und internationale Organisationen wie die Weltbank⁴⁹ und der Internationale Währungsfonds auf den Plan, und sie betonen seither unablässig die Notwendigkeit einer modernen Rechtsordnung für die wirtschaftliche Entwicklung, so dass geradezu von einer zweiten Law-and-Development-Bewegung⁵⁰ die Rede ist. Sie verbindet die Modernisierung des Rechtssystems mit der Einführung von Demokratie, einer unabhängigen Justiz und einer Liberalisierung des Marktes. Erneut sind es vor allem amerikanische Juristen, die ihr »**Rule-of-Law**«-Modell forcieren und sich dabei erneut dem Vorwurf eines Rechtsimperialismus aussetzen. Zur Modernisierung des Rechts gehört nicht nur die förmliche Festlegung, sondern auch die Durchsetzung. Diese wiederum setzt voraus, dass das Rechtsstaatsmodell auch kulturell akzeptiert wird. Daran scheint es in vielen Entwicklungsländern zu fehlen mit der Folge, dass insbesondere Korruption sich breit machen kann.⁵¹

Es ist plausibel, dass der für die wirtschaftliche Entwicklung förderliche Rechtsrahmen mit **Demokratie** einhergehen sollte. Nur Demokratie scheint jene Eigentumsfreiheit zu verbürgen, ohne die es keine Kapitalinvestitionen gibt, und nur Demokratie garantiert jene Liberalität, die als Voraussetzung technischer und wirtschaftlicher Innovationen gilt.⁵² Der Niedergang der Wirtschaft in Zimbabwe

Henry Merryman, Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline and Revival of the Law and Development Movement, American Journal of Comparative Law 25, 1977, S. 457-491.

⁴⁹ Unerschöpflich die Webseite »Legal and Judicial Reform« www4.worldbank.org/legal/leglr/.

⁵⁰ Carol V. Rose, The ‚New‘ Law and Development Movement in the Post-Cold-War Era: a Vietnam Case Study, Law & Society Review 32, 1998, S. 93-140.

⁵¹ Vgl. dazu etwa das »Symposium on The Rule of Law in the Era of Globalization«, Indiana Journal of Global Legal Studies, 6, 1999, S. 421 ff.

⁵² Vielleicht ist nicht die Demokratie selbst, sondern die mit ihr regelmäßig verbundene individualistische Grundeinstellung der Wirtschaft förderlich. Bis zum Aufstieg der Tigerstaaten war die Vorstellung verbreitet, dass Individualismus als kulturelle Form und entsprechende individuelle Rechtssysteme eine Bedingung für wirtschaftliche Entwicklung bildeten. Mit den wirtschaftlichen Erfolgen der ost- und südostasiatischen Staaten schien diese Erklärung in sich zusammenzufallen, denn diese sog. Tigerstaaten galten als besonders kollektivistisch. Doch dann bewirkte die Asienkrise eine Rehabilitation des individualistischen Modells. Anscheinend konnten die eher kollektivistischen Organisationsformen keine nachhaltige Entwicklung sichern (*Wienges*, wie Fn. 2, S. 66). Die Unterscheidung von Kollektivismus und Individualismus für diesen Zusammenhang geht zurück auf *Geert Hofstede*, *Culture's Consequence. International Differences in Work-Related Values*, Sage Publications, Newbury Park. 1980. *Hofstede* konnte auf eine Befragung von 117.000 IBM-Angestellten in 66 Ländern zurückgreifen. Vermutlich lohnt es sich, ein neueres Buch von *Hofstede* auszuwerten: *Culture's Consequences, Comparing*

unter der Diktatur *Robert Mugabes* scheint das zu belegen. Ein Blick nach **China** lässt jedoch Zweifel aufkommen. China ist nun seit mehr als zehn Jahren konstant das Land mit dem höchsten Wirtschaftswachstum, ohne dass man ihm eine ausgeprägte Demokratie bescheinigen möchte. In China gibt es seit 1978 fortdauernde, umfangreiche Rechtsreformen, die weitgehend Vorbildern in den USA und Europa folgen. Die Zahl der Gesetze und der Juristen ist stark gewachsen, die juristische Literatur angeschwollen. Doch die Wirkung wird auf der einen Seite durch die staatstragende kommunistische Partei und auf der anderen Seite durch traditionelle Normen und Gewohnheiten begrenzt.⁵³ Allgemein scheint für Asien zu gelten, dass der Staat bei der Entwicklung der Wirtschaft mindestens vorübergehend eine größere Rolle spielt, als im liberal-rechtsstaatlichen Modell vorgesehen.⁵⁴ Ein ausreichendes Wohlstandsniveau erleichtert Demokratie, weil es Verteilungsmasse bietet, um Konflikte zwischen sozialen Gruppen zu mildern und soziale Schichten entstehen lässt, die an liberalen politischen Institutionen interessiert sind.

Eine Stellungnahme zum Verhältnis von Demokratie und Wirtschaft findet sich bei *Arthur M. Okun*.⁵⁵ Deutet die Entwicklung darauf hin, dass, wie *Okun* annahm, »**das Reich des Dollars und das Reich der Rechte** durch scharfe Grenzen von einander getrennt sind (die sich gegenwärtig immer mehr zu Gunsten des Dollars verschieben), dass also rechtliche Regeln vor der ungeheuren Mobilität von Kapital, Ideen und Menschen hilflos sind?«

Okun ist vor allem durch das nach ihm benannte Gesetz (*Okun's Law*) bekannt geworden. Es beschreibt eine lineare Beziehung zwischen Veränderungen der Arbeitslosigkeit und dem Wirtschaftswachstum eines Landes. Danach steigt für jedes Prozent, um das die Arbeitslosigkeit zurückgeht, das Bruttosozialprodukt um etwa 3 %. Diese Regelmäßigkeit hat *Okun* an Hand von Daten aus der Zeit zwischen dem Ende des 2. Weltkrieges und 1960 ermittelt. Er weist darauf hin, dass es nur bei Arbeitslosigkeitsraten zwischen 3 und 7,5 % Geltung habe.

Kapitalismus und Demokratie, so meinte *Okun*, müssten als eine ziemlich unwahrscheinliche Kombination angesehen werden. Die politischen und sozialen Institutionen verliehen jedermann gleiche Rechte und verkündeten die Gleichheit

Values, Behaviors, Institutions, and Organizations Across Nations, Sage Publications, Newbury Park, 2. Aufl. 2003.

⁵³ *Pitman B. Potter*, Legal Reform in China: Institutions, Culture, and Selective Adaptation, *Law and Social Inquiry*, 29, 2004, S. 465-495. (Besprechungsaufsatz zu *Stanley B. Lubman*, *Bird in a Cage – Legal Reform in China after Mao*, Stanford University Press, 1999, und *Randall P. Peerenboom*, *China's Long March toward Rule of Law*, Cambridge University Press, 2002).

⁵⁴ *Ginsburg*, a. a. O. S. 836. In diesem Sinne ferner *Atal Kohli*, *State-Directed Development. Political Power and Industrialization in the Global Periphery*, Cambridge University Press, New York 2004.

⁵⁵ *Equality and Efficiency: The Big Tradeoff*, Brookings Institution Press, Washington DC, 1975.

aller Bürger. Aber die Wirtschaft, die unter dem Prinzip der Effizienz handle, schaffe Ungleichheit in Lebensstandard und Vermögen. Diese Mischung aus politischer Gleichheit und wirtschaftlicher Ungleichheit führe zu Spannungen zwischen den Prinzipien der Demokratie und den Maximen der Wirtschaft. Wenn die Reichen nach Rechten greifen, die doch angeblich gleich verteilt sind, ohne dass der Markt jedermann einen hinreichenden Lebensstandard garantiert, dann, so *Okun*, dringt der Dollar in das Reich der Rechte ein. Alle Versuche, Ungleichheit zu reduzieren, mindern jedoch die Effizienz der Wirtschaft und konfrontieren so die Politiker mit dem »Big Tradeoff«. Auch die relativ besten sozialistischen Systeme haben größere Gleichheit mit erheblichen Einbußen an wirtschaftlicher Effizienz bezahlen müssen, während umgekehrt autoritäre Systeme hohe Effizienz nur durch Unterdrückung der Bürgerrechte erreichen. So bleibt dann doch die Mischung von Demokratie und Kapitalismus die relativ beste. Innerhalb dieses Systems ließen sich aber Gleichheit und Effizienz weiter optimieren, obwohl gewisse Effizienzverluste nicht zu vermeiden seien. Dafür benutzt *Okun* die Metapher vom leckenden Eimer. Jeder Transfer von Reich zu Arm bringe notwendig einen Schwund:

»The money must be carried from the rich to the poor in a leaky bucket. Some of it will simply disappear in transit, so the poor will not receive all the money that is taken from the rich.« (1975, S. 91)

Aber die »Tyrannei des Dollars« bremste die Begeisterung *Okuns* für den Markt. Wenn man den Markt gewähren lasse, werde er alle Werte beiseite fegen und eine »**vending-machine society**« entstehen lassen, in der man alles und jedes gegen Geld erhalten könne. Deshalb müssten Regulierungen und Sanktionen einen Bereich aussparen, der nicht käuflich sei, und damit müssten Hilfen für die Einkommensschwachen verbunden werden. Unter dieser Voraussetzung sei die Gesellschaft auch eher bereit, den Markt zu akzeptieren.

»A democratic capitalist society will keep searching for better ways of drawing the boundary lines between the domain of rights and the domain of dollars. And it can make progress. To be sure, it will never solve the problem, for the conflict between equality and economic efficiency is inescapable. In that sense, capitalism and democracy are really a most improbable mixture.« (1975, S. 120)

V. Recht als Infrastruktur und Standortfaktor

Die nächstliegende Art des Umgangs mit dem Thema »Recht und Wirtschaft« besteht darin, bestimmte abgrenzbare Normkomplexe auf ihre Bedeutung als **Rahmenbedingungen für die Wirtschaft** zu untersuchen.⁵⁶ Diese Bedeutung erschließt sich am besten in vergleichender Betrachtung. Der Vergleich kann entweder historisch oder international angelegt sein. Diese Art der Fragestellung

⁵⁶ So verfährt etwa die Einführung in die Rechtssoziologie von *Hans Albrecht Hesse* (VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2004, S. 165 ff.).

ist relativ untheoretisch, vielleicht aber immer noch die ertragreichste. So kann man insbesondere folgende Komplexe durchgehen:

- Eigentum und andere Vermögensrechte
- Immaterialgüterrechte⁵⁷
- Vertragsfreiheit
- Arbeitsrecht
- Haftungsrecht
- Öffentlich rechtliche Verbote und Erlaubnisvorbehalte
- Umweltauflagen
- Funktionsfähigkeit der Verwaltung
- Wirtschaftsstrafrecht
- Gesamtdichte der Regulierung/Bürokratie
- Verfahren der Konfliktregelung

Eine rechtsgebietsbezogene Untersuchung von Rechtsnormen auf ihre Wirtschaftsrelevanz kann als Grundlage für die Einschätzung von Recht als Standortfaktor dienen.

Steuern und Abgaben gehören nicht hierher. Zwar stehen sie im modernen Staat alle unter Gesetzesvorbehalt. Aber letztlich ist hier doch die unmittelbare finanzielle Belastung die entscheidende Variable. Anders sieht es mit der Kehrseite aus. Steuer- und Abgabenhinterziehung und damit auch der große Komplex der Schattenwirtschaft sind abhängig nicht nur von der Abgabenbelastung als solcher, sondern auch und vor allem von den rechtlichen Vorkehrungen zu ihrer Durchsetzung. Sie gehören in den größeren Komplex der illegalen Wirtschaft, die es ohne das Recht als opportunity structure nicht geben würde. Auch Korruption wird erst durch Recht ermöglicht.

Zur Schattenwirtschaft gehört zunächst die Subsistenzwirtschaft. Sie umfasst alle wirtschaftlichen Tätigkeiten für den Eigenkonsum, also insbesondere die Betätigung in Haus und Garten. Dieser Bereich ist weitgehend rechtsfrei. Es scheint so, dass dieser Bereich eine Tendenz zur Schrumpfung aufweist. Zur Schattenwirtschaft gehört ferner der so genannte informelle Sektor. Er umfasst die marktorientierten wirtschaftlichen Tätigkeiten, die sich staatlichen Regelungs- und Abgabenansprüchen entziehen. Eine spezielle Form der Schattenwirtschaft ist die marktorientierte organisierte Kriminalität. Hierher zählen vor allem strafbare Formen der Prostitution und die Produktion von und der Handel mit kriminalisierten Drogen. Der Umsatz der Schattenwirtschaft betrug nach Angaben des

⁵⁷ Viele Entwicklungsländer, nicht zuletzt China und Indonesien, haben sich lange geweigert, westliche Regeln über den Schutz geistigen Eigentums zu übernehmen. Erst nachdem sie soweit in den Welthandel eingebunden waren, dass der Zugang zu fremden Märkten wichtig wurde, haben sie dem Druck vor allem aus den USA nachgegeben. Im Verhältnis von mehr und weniger entwickelten Ländern zueinander stellt die Anerkennung von Immaterialgüterrechten nicht bloß eine rechtstechnische Vorkehrung dar, sondern sie hat einen deutlichen Verteilungseffekt.

Bundesfinanzministeriums im Jahre 2004 356 Milliarden EUR und lag damit bei 16,4 % des Bruttosozialprodukts. Es besteht ein gewisser Verdacht, dass auch der Umfang der Schattenwirtschaft von Wirtschaft und Politik systematisch überschätzt wird.

Verlässliche Beschreibungen von Erscheinungsformen und Umfang der Korruption gibt es praktisch nicht. Einen groben Ersatz bieten der Global Corruption Perceptions Index und weitere Indices von Transparency International⁵⁸. Da die Daten sich auf Befragungen über wahrgenommene oder vermutete Korruption stützen, ist wahrscheinlich eine Self-Fulfilling Prophecy am Werk: Jeder Bericht über Korruption – und es gibt ein großes Medienecho – löst wahrscheinlich neuen Korruptionsverdacht aus.

Die rechtliche Infrastruktur eines Wirtschaftsstandorts ist auf den globalisierten Märkten zu einem wichtigen Produktionsfaktor geworden. Das zeigt schmerzlich die aktuelle Diskussion um den **Wirtschaftsstandort Deutschland**. Es steht inzwischen beinahe außer Streit, dass neben der Abgabenbelastung vor allem die Überregulierung Kosten verursacht, die sich als Standortnachteil auswirken. Solche Kosten schlagen sich nicht bloß in Gewinn und Verlust individueller Unternehmen nieder. Sie wirken vielmehr investitionslenkend oder werden über die Preise auf das Publikum abgewälzt.

Eine vergleichende und bilanzierende Untersuchung verschiedener Rechtsordnungen auf ihre Standortqualität kenne ich bisher nicht.⁵⁹ Es gibt überall nur mehr oder weniger pauschale und plausible Hinweise auf **einzelne Standortfaktoren**.

In den USA galt es zeitweise als ausgemacht, dass eine Überzahl von Rechtsanwälten und von Prozessen die Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft behinderte. Diese Annahme war der Hintergrund für die Einsetzung eines President's Council on Competitiveness, der eine Justizreform vorbereiten sollte.⁶⁰ Judicial Watch, eine Organisation, die sich die kritische Beobachtung des Rechtssystems zur Aufgabe gemacht hat, meint unter Hinweis auf die Rechtsprechung zur Produkthaftung, das amerikanische System sei »dangerously corrupt«; der Verbraucher müsse, über alle Waren gerechnet, mit dem Kaufpreis eine litigation tax von 2,5 % zahlen, die sich auf 1.200 \$ pro Person und Jahr summiere.⁶¹ Als eine Ursache wird immer wieder die Überzahl der hungrigen Rechtsanwälte ausgemacht. Ich habe noch einen Zeitungsausschnitt von 1983 aufbewahrt, in dem der Kolumnist meinte, man solle doch im Gegenzug zu den vielen Autos, die die Japaner importierten, amerikanische Rechtsanwälte nach Japan verkaufen. Dann werde der Im-

⁵⁸ www.transparency.org.

⁵⁹ »Standortvorteil Recht« war 2005 das Jahresthema des Deutschen Industrie- und Handelskammertages (DIHK).

⁶⁰ President's Council on Competitiveness, Agenda for Civil Justice Reform, Government Printing Office, Washington 1991.

⁶¹ <http://www.judicialwatch.org/>.

port japanischer Autos bald ein Ende haben. Mit Zeitungsberichten muss man jedoch sehr vorsichtig umgehen. Eine Untersuchung aus den USA zeigt, dass nach Presseberichten zu urteilen, die durchschnittliche Entschädigung, die die Jury in Diskriminierungsfällen zuerkennt, 1,1 Mill. \$ beträgt. Tatsächlich lag die Entschädigung zwischen 1990 und 2000 jedoch nur bei 150.000 \$.⁶²

Als 1992 das Wallstreet Journal einen Leserbrief von *Stephen P. Magee* mit der Überschrift »**How Many Lawyers Ruin an Economy?**« abdruckte, wurde daraus eine öffentliche Debatte. *Magee* berief sich auf statische Untersuchungen und behauptete, es gebe ein Optimum von 23 Anwälten auf je 1000 Büroangestellte. Unterhalb dieses Optimums trage jeder Anwalt 640 Milliarden \$ zum Sozialprodukt der USA bei. Jeder Anwalt oberhalb des Optimums verringere das Sozialprodukt um 310 Milliarden \$. Die anschließende Diskussion⁶³ brachte zwar das Zahlenwerk von *Magee* zum Einsturz, gibt aber noch keine definitive Antwort. Immerhin führte sie zu einer bemerkenswerten Klärung der dafür zu beantwortenden Fragen.

In Deutschland ist die Diskussion um den **Beschäftigungseffekt einer Deregulierung im Arbeitsrecht** von besonderem Interesse. Die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts, *Ingrid Schmidt*, ist davon überzeugt, dass das deutsche Kündigungsschutzrecht kein negativer Standortfaktor sei.⁶⁴ Das Gegenteil behauptet der frühere Wirtschaftsweisen *Horst Siebert*.⁶⁵ Zu dieser Frage gibt es immerhin einige empirische Untersuchungen, die aber noch keine vollständige Klarheit gebracht haben. Die meisten stellen einen internationalen Vergleich auf gesamtwirtschaftlicher Ebene an. Als Daten dienen ein Index für die Regulierungsdichte des Arbeitsrechts eines Landes auf der einen und das Niveau von Beschäftigung oder Arbeitslosigkeit auf der anderen Seite. Teilweise werden die Gesamtbelastung mit Sozialversicherungsbeiträgen und das Wirtschaftswachstum einbezogen. Während ältere Studien eher widersprüchliche Ergebnisse zeigen, kommt eine jüngere Arbeit, die zwölf EU-Länder vergleicht, zu dem Ergebnis, dass es einen zwar schwachen, aber doch robusten (negativen) Zusammenhang

⁶² *Aaron Beim/Laura Beth Nielsen*, Distorted Depictions: the Discrepancy Between Media Portrayals of Employment Discrimination Lawsuits and Actual Outcomes, American Bar Foundation, Researching Law 16, 2005, Nr. 1, S. 2-7.

⁶³ Sie füllt mit Beiträgen von Charles R. Epp, Mancur Olson, Ronald J. Gilson, Philip Keefer, Frank B. Cross, Richard H. Sander und Stephen P. Magee fast das ganze Heft 4 von *Law & Social Inquiry*, 17, 1992.

⁶⁴ Nach Pressemeldungen, z. B. in *Die Welt* vom 27. 2. 2005.

⁶⁵ Den stotternden Motor wieder in Gang bringen, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* Nr. 66 vom 19. März 2005, S. 13. Ebenso unter Hinweis auf einschlägige Umfragen des DIHK *Hildegard Reppel*, *Arbeitsrecht hemmt Unternehmen*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* Nr. 69 vom 23. März 2005, S. 25.

zwischen der Regulierungsdichte im Arbeitsrecht und dem Wirtschaftswachstum gibt.⁶⁶

1996 hatte die Regierung *Kohl* die **Beschäftigungsgrenze für den Kündigungsschutz** in Kleinbetrieben von fünf auf zehn Vollzeitstellen erhöht. 1998 machte die neue Regierung diese Änderung wieder rückgängig. 2004 gab es eine erneute Kehrtwendung. Eine Studie, die das Einstellungsverhalten von Kleinbetrieben mit bis zu 30 Beschäftigten untersucht, kommt zu dem Ergebnis, dass die Lockerung des Kündigungsschutzes 1996 keinen messbaren Effekt auf das Einstellungsverhalten der Firmen gehabt habe, meint aber dennoch, man könne Struktureffekte des Kündigungsschutzes nicht ausschließen.⁶⁷ Hingewiesen sei hier schließlich noch auf eine neue Arbeit, die für eine Gruppe von 91 Ländern mit ökonometrischen Methoden Arbeitsmarkteffekte verschiedener Elemente untersucht, die für wirtschaftliche Freiheit als relevant angesehen werden.⁶⁸

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14. 8. 2006, mit dem Deutschland die drei Europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien umgesetzt hat lenkt die Aufmerksamkeit auf Arbeiten des amerikanischen Nobelpreisträgers *James Heckman*. Den Nobelpreis hat *Heckman* für Fortschritte bei methodischen und statistischen Verfahren der mikroökonomischen Analyse erhalten. Sein Sachthema ist die Frage, ob das Recht ein geeignetes Instrument der Sozialreform ist, insbesondere ob es bei der wirtschaftlichen Gleichstellung der Schwarzen in den USA wirksam war. Dabei ging es ihm besonders um die Frage, ob die Leitentcheidung *Brown v. Board of Education* aus dem Jahr 1954 und der *Civil Rights Act* von 1964 und spätere Veränderungen der wirtschaftlichen Situation der Schwarzen die bloße Folge eines allgemeinen politischen oder Meinungswandels waren oder ob sie solchem Wandel vorausgingen. Neoklassisch orientierte Ökonomen und Anhänger der ÖAR würden rechtlichen Maßnahmen wohl weitgehend eine Wirkung absprechen und auf die Kräfte des Marktes verweisen, die eine Annäherung der Löhne von Schwarzen und Weißen bewirkt hätten. Eine etwas elaboriertere Antwort würde eine bessere Schulbildung der Schwarzen, eine Wanderungsbewegung von Süd nach Nord und das allgemeine Wirtschaftswachstum verantwortlich machen. *Heckman* (und *Donabue*) haben eine Vielzahl möglicherweise relevanter Daten über Wanderungen vom Süden in den Norden, Verbesserung der Ausbildung, Änderung der allgemeinen Wirtschaftslage, die Tätigkeit von Wohltätigkeitseinrichtungen, einschlägige Rechtsprechung, Antidiskri-

⁶⁶ *Lars P. Feld/ Antoine Santoni*, Arbeitsmarktregulierung und Wirtschaftswachstum: Empirische Ergebnisse für 12 EU-Länder von 1971-1993, Ms., 23 S. (Vortrag auf der Jahrestagung des Vereins für Socialpolitik, in Berlin vom 19. -22. 9. 2000).

⁶⁷ *Thomas K. Bauer/ Stefan Bender/ Holger Bonin*, Dismissal Protection and Worker Flows in Small Establishments, IZA Diskussion Paper 1105; Zusammenfassung in IZA Compact, Januar 2005, S. 1-3, sowie in IAB Kurzbericht Ausgabe 15 vom 18. 10. 2004 – beide im Internet.

⁶⁸ *Horst Feldmann*, Arbeitsmarkteffekte wirtschaftlicher Freiheit, Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung, 37, 2004, S. 187-209.

minierungsgesetze und Vorkehrungen zu ihrer Durchsetzung herangezogen, um das relative Gewicht der einzelnen Faktoren zu bestimmen. Sie verweisen darauf, dass die bessere Ausbildung der Schwarzen ihrerseits erst die Folge des Brown-Urteils und der anschließenden Maßnahmen zu seiner Durchsetzung war, und sie kommen zu dem Ergebnis, dass mindestens in den Südstaaten die Antidiskriminierungsgesetzgebung erheblich zur Verbesserung der Lohnsituation der Schwarzen beigetragen hat.⁶⁹

Die genannten Untersuchungen sind in dem Sinne retrospektiv, dass sie sich mit Auswirkungen der *lex lata* auf die Wirtschaft befassen. Viele Gesetze werden jedoch mit der Intention beschlossen, auf die Wirtschaft Einfluss zu nehmen. Mehr oder weniger alle Gesetze können wirtschaftsrelevante Nebenfolgen haben.

Die Wirtschaft ihrerseits interessiert sich besonders für die Kosten von Bürokratie und Regulierung, die ihre internationale Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigen. Schon immer war es üblich, die Normenflut zu beklagen und den Abbau der Bürokratie zu fordern und – von Politikerseite – zu versprechen. Heute richten sich die Klagen und Versprechungen zum Abbau der Bürokratie auf staatlicher Ebene ebenso wie auf der Ebene der Europäischen Union nicht mehr so sehr gegen die alten Übel, sondern gegen die Inanspruchnahme von Bürgern, Organisationen und Unternehmen durch staatliche Verwaltung. Die Verwaltung benötigt, um ihre Regulierungsziele durchsetzen zu können, Informationen, die sie sich von den Betroffenen aufbereiten und übermitteln lässt. Die Masse der als Bürokratie beklagten Normen betreffen gar nicht den operativen Bereich. Es geht vielmehr um eine Indienstrafe von Privaten durch Meldepflichten, Anzeigen oder Statistiken zur Sammlung und Aufbereitung von Informationen. Deren Zahl wird von der Bundesregierung mit über 10.000 angegeben.

VI. Globalisierung der Wirtschaft und Nachhinken des Rechts

Treibende Kraft der Globalisierung sind Wirtschaft und Technik. Sollte das Recht von der Globalisierung unberührt bleiben? Das ist höchst unwahrscheinlich. Die Rechtssoziologie steht daher vor der Frage nach der (aktiven und passiven) Rolle des Rechts im Prozess der Globalisierung.⁷⁰

⁶⁹ James J. Heckman/Brook Payner, Determining the Impact of Federal Antidiscrimination Policy on the Economic Status of Blacks, *American Economic Review* 79, 1989, S. 138-177; John J. Donohue/James Heckman, Continuous versus Episodic Change: The Impact of Civil Rights Policy on the Economic Status of Blacks, *Journal of Economic Literature* 29, 1991, S. 1603-1643; vgl. auch James J. Heckman, The Value of Quantitative Evidence on the Effect of the Past on the Present, *American Economic Review* 87, 1997, S. 404-408. Zur Würdigung von Heckman fünf kurze Beiträge von Austan Goolsbee, Bryant G. Garth, Peter Siegelman, John J. Donohue und Steven D. Levitt in *Law & Social Inquiry* 27, 2002, S. 1-40.

⁷⁰ Klaus F. Röhl/Stefan Magen, Die Rolle des Rechts im Prozeß der Globalisierung, *ZfRSoz* 17 (1996), S. 1-15; Rüdiger Voigt (Hrsg.), *Globalisierung des Rechts*, Nomos, Baden-Baden, 1999; Richard P. Appelbaum/William L. F. Felstiner/Volkmar Gessner (Hrsg.), *Rules*

Es liegt nahe, für eine Theorie der Globalisierung bei *Karl Marx* anzuknüpfen. Jedenfalls in seinen frühen Schriften sah *Marx* im **Kapital die alles bewegende Kraft**, die auf der ganzen Welt zunächst die materielle Basis und dann auch den sozialen Überbau mit Einschluss des Rechts revolutioniert. Die Aktualität seiner Ideen wird deutlich, wenn man einige Sätze aus dem Kommunistischen Manifest herausgreift:

»Die große Industrie hat den Weltmarkt hergestellt, den die Entdeckung Amerikas vorbereitete. Der Weltmarkt hat dem Handel, der Schiffahrt, den Landkommunikationen eine unermessliche Entwicklung gegeben. ... Die Bourgeoisie kann nicht existieren, ohne die Produktionsinstrumente, also die Produktionsverhältnisse, also sämtliche gesellschaftlichen Verhältnisse fortwährend zu revolutionieren. ... Das Bedürfnis nach einem stets ausgedehnteren Absatz für ihre Produkte jagt die Bourgeoisie über die ganze Erdkugel. ... Die wohlfeilen Preise ihrer Waren sind die schwere Artillerie, mit der sie alle chinesischen Mauern in den Grund schießt. ... Die Bourgeoisie hat durch ihre Exploitation des Weltmarkts die Produktion und Konsumtion aller Länder kosmopolitisch gestaltet. Sie hat zum großen Bedauern der Reaktionäre den nationalen Boden der Industrie unter den Füßen weggezogen. Die uralten Industrien sind vernichtet und werden noch täglich vernichtet. ... Sie zwingt alle Nationen, die Produktionsweise der Bourgeoisie sich anzueignen, wenn sie nicht zugrunde gehen wollen; Mit einem Wort, sie schafft sich eine Welt nach ihrem eigenen Bilde.«

Dahinter steckt eine Art Konvergenztheorie, die besagt, dass die kapitalistisch wirtschaftende Gesellschaft sich ihre eigene Sozialstruktur und damit auch ihr eigenes Recht schafft, und zwar vermutlich nach dem Vorbild der Entwicklung in Europa und in den USA. Der Kapitalismus hat sich gewandelt. An die Stelle der Bourgeoisie ist das **Finanzkapital** getreten.⁷¹ Doch die Wirtschaft ist nach wie vor die treibende Kraft der Globalisierung. Die moderne industrielle Produkti-

and Networks: The Legal Culture of Global Business Transactions, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2001.

⁷¹ Als Kommentar zu der aktuellen, von dem SPD-Politiker *Müntefering* ausgelösten Kapitalismuskritik soll hier ein Hinweis auf eine Umfrage des Meinungsforschungsinstituts Ipsos für die *Financial Times Deutschland* genügen: Fast drei Viertel der von Ipsos befragten 1000 Deutschen äußerten die Meinung, die meisten Unternehmen nähmen mehr von der Gesellschaft, als sie ihr zurückgäben. Ebenso viele vertraten die Ansicht, die Wirtschaft habe mehr Einfluss auf die Verhältnisse in Deutschland als die Politik. Davon meinten 69 %, dies sei eher schlecht. Befragte mit höherer Bildung und mehr Einkommen schätzten den Einfluss der Wirtschaft größer ein als der Rest der Bevölkerung. Sogar 78 % unterstützten die Aussage, für die Unternehmen seien Menschen nur noch ein Kostenfaktor – wie Maschinen. Allerdings stimmen 71 % auch der Aussage zu, Unternehmen könnten sich den Zwängen der Märkte nicht entziehen – selbst wenn sie wollten. 89 % der Befragten lehnten die Aussage ab, allen gehe es besser, wenn jeder zuerst an seine eigenen Interessen denke. Uneins sind die Deutschen nur darin, ob die Politik auch in Wirtschaftsfragen das letzte Wort haben sollte. 46 % der Befragten meinten Ja, während 52 Prozent dies ablehnten. (*Financial Times Deutschland* vom 29. 4. 2005).

onsweise ist als Postfordismus bekannt. Ihr Kennzeichen ist Flexibilisierung, eine besondere Form von Kurzfristigkeit und hoher Elastizität, die nur möglich ist mit flexiblen Menschen, die sich ständig neuen Aufgaben stellen können und immer bereit sind, Arbeitsstelle, Arbeitsformen und Wohnort zu wechseln.⁷² Eine Folge ist vielleicht, dass eine Solidarisierung der Betroffenen ausbleibt.

Max Weber meinte, die staatliche Garantie der Rechte sei rein theoretisch betrachtet für keine grundlegende ökonomische Erscheinung unentbehrlich.⁷³ In der Tat, die Wirtschaft war und ist für die ersten Schritte zur Globalisierung nicht auf ein besonderes Recht angewiesen. Der internationale Handel funktioniert seit eh und je auch ohne staatlich garantierte Verträge. Wie das möglich ist, erklärt die ÖAR unter der Überschrift »**Institutionenökonomik internationaler Transaktionen**«. Es sind spezialisierte Im- und Exportunternehmen, Makler oder Banken, die bei der Auflösung des Tauschdilemmas helfen, indem sie punktuelle Tauschakte in Dauerbeziehungen umwandeln, in denen Vertrauen aufgebaut werden kann.⁷⁴ Auch historische Untersuchungen zeigen verschiedene Möglichkeiten, ohne einen Staat, der zur Durchsetzung geschlossener Verträge bereit steht, Tauschhandel zu treiben.⁷⁵

Avner Greif hat die Organisation der Handelsbeziehungen Genueser Kaufleute, die sich auf ein formelles Rechtssystem stützen konnten, und Handelsbeziehungen jüdischer Kaufleute im Maghreb, wo ein solches System fehlte, verglichen. Er zeigt, wie religiöse und kulturelle Einstellungen im jüdisch-moslemischen Maghreb im 11. Jahrhundert zu einer ganz anderen Organisation des Handels geführt haben als im christlichen Genua. Auch in dieser Studie erweist sich also wieder der Einfluss von kulturellen Einstellungen und Werthal-

⁷² *Richard Sennet*, *Der flexible Mensch. Die Kultur des neuen Kapitalismus*, Berlin Verlag, 1998. Für die Rechtssoziologie ist wiederholt die Erosion des Normalarbeitsverhältnisses beschrieben worden, vgl. z. B. *Rainer Dombois*, *Abschied vom Normalarbeitsverhältnis*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Beilage zur Wochenzeitung »Das Parlament«, B 37/99 (1999), S. 13-20; *Wolf Rosenbaum*, *Krise des Normalarbeitsverhältnisses? Trends und Perspektiven normaler und unnormaler Arbeitsverhältnisse*, *ZfRSoz* 1991, S. 1-14; *Martin Hensche*, *Keine Krise des Normalarbeitsverhältnisses in den 80er Jahren? – Bemerkungen zu W. Rosenbaum*, *ZfRSoz* 1992, S. 150-153. Vgl. auch *Peter Böhringer*, *Die neue Arbeitswelt. Flexibilisierung der Erwerbsarbeit und atypische Arbeitsverhältnisse*, Kaufmännischer Verband, Zürich 2001 - Caritas (Hrsg.), *Sozialalmanach 2002: Der flexibilisierte Mensch*, Caritas, Luzern 2002.

⁷³ *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2. Teil, Kap. I, § 3 Nr. 6.

⁷⁴ *Hans-Jörg Schmidt-Trenz*, *Außenhandel und Territorialität des Rechts. Grundlegung einer neuen Institutionenökonomik des Außenhandels*, Nomos, Baden-Baden, 1990; *ders./Dieter Schmidtchen*, *New Institutional Economics of International Transactions. Constitutional Uncertainty and the Creation of Institutions as Exemplified by the Multinational Firm*, *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie* 9, 1990, S. 3-34.

⁷⁵ *Avner Greif* (Fn. 39). Nachzulesen auch in *ders.*, *Institutions: Theory and History Comparative and Historical Institutional Analysis* [www-econ.stanford.edu/faculty/Greif_Institutions/GreifBook.html].

tungen auf das Wirtschaftsgeschehen. Die Genueser Kaufleute hatten Schwierigkeiten, wenn sie auswärts Vertreter für sich tätig werden lassen wollten. Sie setzten dazu ausführliche Verträge auf, entwickelten ein spezifisches Recht der Handelsvertretung und schalteten die Gerichte ein, wenn sie von ihren Vertretern übervorteilt wurden. Die Kaufleute aus dem Maghreb dagegen setzten sich wechselseitig als Vertreter ein, sie tauschten ihre Informationen untereinander aus. Wenn einer ausscherte und zu betrügen versuchte, wurde er von weiteren Geschäftsbeziehungen ausgeschlossen. Förmliche Verträge und ein spezifischer Vollzug der Strafe waren nicht erforderlich. Der Gewinn aus dem Handel war relativ gleichmäßig verteilt. In Genua dagegen hatten die Agenten wenig zu verlieren. Andererseits machten ihre kulturellen Einstellungen es den Kaufleuten unmöglich, sich wechselseitig als Vertreter einzusetzen. Auf lange Sicht hat sich aber doch die Entwicklung eines formellen Handelsrechts, wie sie von Norditalien ihren Ausgang nahm, als überlegen erwiesen. Anscheinend funktionieren die **vertrauensbasierten Austauschbeziehungen** nur solange, wie sie von homogenen religiösen und kulturellen Einstellungen getragen werden. Auch die Größenordnung und Ausdehnung des Handelsverkehrs könnte von Bedeutung sein, vielleicht auch nur indirekt, weil Größe die Homogenität der Einstellungen zerstört.

Es ist durchaus streitig, ob im Zuge der Globalisierung eher die traditionellen staatsnahen Rechtsproduzenten aktiv sind oder ob sich die Wirtschaft, etwa in Gestalt der **lex mercatoria**, ihr eigenes Recht schafft. Den letzteren Standpunkt hat vor allem *Teubner* vertreten.⁷⁶ Er sieht ein staatsfernes, pluralistisches Weltrecht heraufziehen, dass vor allem von den Subsystemen der Wirtschaft produziert wird. Es liegt auf der Hand, dass der militärische Komplex oder, wenn es um Immigration oder Strafrecht geht, transnationales Recht praktisch immer staatlich gestützt ist. Dazu gibt es inzwischen eine Vielzahl von übernationalen Gerichten oder Spruchkörpern. Ihre relative Bedeutung spiegelt sich in dem verbreiteten politischen Widerstand der USA.⁷⁷ In der Wirtschaft spielt das von den Akteuren selbstgeschaffene Recht in Gestalt der *lex mercatoria* eine größere Rolle. Besonders bei Schiedsgerichten lässt sich beobachten, dass sie sich selbst, nicht zuletzt durch Präjudizien, die materielle Basis ihrer Entscheidungen schaffen.⁷⁸ Daneben ist aber auch eine Vielzahl staatlich initiiertes transnationaler

⁷⁶ *Gunther Teubner*, »Global Bukowina«: Legal Pluralism in the World Society, in: *ders.* (Hrsg.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997, S. 3-28.

⁷⁷ Damit befasst sich das Project on International Courts and Tribunals = PICT (www.pict-pcti.org).

⁷⁸ Vgl. dazu *Yves Dezalay/Bryant Garth*, *Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, University of Chicago Press, 1996. Von denselben Autoren als Herausgebern ferner: *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2002, sowie *The Internationalization of Palace Wars: Law-*

Rechtsregime sichtbar. Das prominenteste ist wohl die WTO (World Trade Organization), die 1994 das Gatt (General Agreement on Tariffs and Trade) ersetzt hat. Daran ist bemerkenswert, dass die beteiligten Staaten solche Regeln nicht mehr frei und alleine untereinander aushandeln, sondern dass eine Vielzahl transnationaler Akteure mitredet. Dazu zählen die global tätigen Wirtschaftsunternehmen ebenso wie transnationale NGO und Juristennetzwerke.⁷⁹

Ebenso schwierig wie dringlich sind international durchsetzbare Regeln zum Schutz von Urheberrechten, denn mit Hilfe des Internets lassen sich geschützte Werke aller Art mit minimalen Kosten weltweit verbreiten. Auch hier gibt es Beispiele nichtstaatlicher transnationaler Regulierung. Sie beziehen ihre Wirkung nicht zuletzt daher, dass die relativ wenigen Internet Service Provider getroffene Absprachen mit technischen Mitteln recht wirksam umsetzen können.⁸⁰

Starke Unternehmen sind in der Lage, sich jeweils vor Ort auf das dort geltende lokale Recht einzustellen, und sei es mit Hilfe von Korruption. Erst in einem späteren Stadium entsteht Bedarf nach globalisierungsspezifischem Recht. Dann verlangt die sich globalisierende Wirtschaft etwa nach Sicherheit für ihre Investitionen. Dem kommen die Staaten nach, indem sie innerstaatlich Eigentums Garantien festschreiben.⁸¹ In Europa und tendenziell weltweit kann man eine Harmonisierung des gesetzlichen Verbots von Insidergeschäften beobachten⁸², und es wird sogar behauptet, dass die Globalisierung des Kapitalmarkts neue Chancen für die staatliche Regulierung eröffne.⁸³ Eine **Konvergenz der nationalen Rechtsordnungen** kann bis zu einem gewissen Grade transnationales Recht ersetzen.

Von allen Märkten sind die Finanzmärkte am weitesten globalisiert und zugleich in besonderer Weise von rechtlichen Rahmenbedingungen abhängig. Zu einem Musterbeispiel globaler Rechtsentwicklung ist deshalb die Aufsicht über das internationalisierte Bankgeschäft geworden. Akteure sind auf nationaler Ebene die Gesetzgeber und die Gerichte, Aufsichtsbehörden und Zentralbanken. Durch Deregulierung, Internationali-

yers, *Economists and the Contest to Transform Latin American States*, University of Chicago Press, 2002.

⁷⁹ *Shalini Randeria*, Transnationalisierung des Rechts. Zur Rolle zivilgesellschaftlicher Akteure, WZB-Mitteilungen Heft 101, September 2003) S. 18-22; näher *Klaus Günther/dies.*, *Recht im Prozess der Globalisierung*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2003.

⁸⁰ *Graeme B. Dinwoodie*, Private Ordering and the Creation of International Copyright Norms: The Role of Public Structuring, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (JITE) 160, 2004, S. 161-180. Vgl. Ferner das Schwerpunktheft »Internet Regulation« der *ZfRSoz* 23, 2002, Heft 1.

⁸¹ *David Schneiderman*, Investment Rules and the New Constitutionalism, *Law & Social Inquiry* 25, 2000, S. 357-787.

⁸² *Schmidt* (wie Fn. 16) S. 242.

⁸³ *Konstanze Piel*, Steuerungspotential. Globalisierung als Chance zur Stärkung des Staatlichen? Das Beispiel des Kapitalmarktrechts, in: *Voigt* (Hrsg.), *Globalisierung des Rechts*, 1999, S. 203-220.

sierung und Exterritorialisierung baute sich spätestens in den 70er Jahren ein erheblicher Problemdruck auf, der vor dem Hintergrund der Devisenturbulenzen des Jahres 1974 zur Bildung des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht führte. Gegründet von den Zentralbankpräsidenten der G-10 Länder, entwickelte er sich schnell zur wichtigsten supranationalen Organisation der Bankenaufsicht. Wiewohl ohne Kompetenzen gegenüber den Ursprungsländern seiner Mitglieder, schafft er doch De-Facto-Standards für die nationale Bankaufsicht, die weitgehend umgesetzt wurden und werden (»Basel I« und »Basel II«). Der Basler Ausschuss unterhielt von vornherein Kontakte zu international tätigen privaten Akteuren, u. a. zu internationalen Fachvereinigungen von Wirtschaftsprüfern. Die wachsende Bedeutung des Derivatengeschäfts führte zur Zusammenarbeit mit dem Technical Committee der International Organization of Security Commissions (IOSCO), dem Institut of International Finance (IIF), einem Zusammenschluss von etwa 300 global agierenden Geschäftsbanken, sowie der in Washington gegründeten Group of Thirty (G30), einem privaten Sachverständigenrat aus Bankpraxis und Wissenschaft. Lütz spricht von »Netzwerken des globalen Regierens«. Sie produzieren »hegemoniale Leitmodelle« der Regulierung, die den Nationalstaaten inhaltlich kaum eine Wahl lassen, ihnen damit aber eine brauchbare Basis bei der Regelüberwachung und Sanktionierung von Regelverstößen liefern.⁸⁴

Mehr oder weniger überall auf der Welt ist das offizielle Recht heute durch europäische Vorbilder bestimmt. Die erste Globalisierungswelle war die Folge weltweiter Kolonialherrschaft.⁸⁵ Seit dem zweiten Weltkrieg ist die »Rechtsmodernisierung« ein zentrales Instrument der Entwicklungshilfe. Nach dem Zusammenbruch des Ostblocks füllten europäische Rechtsmodelle das Vakuum. Gleichzeitig verlangt die sich globalisierende Wirtschaft nach ihrem Recht. Die Frage ist daher wohl kaum noch, ob die nationalen Rechtsordnungen konvergieren, sondern allein die, wie viel und welche rechtlichen Besonderheiten bestehen bleiben⁸⁶ oder sich gar neu entwickeln und welche Funktionen solches Partikularrecht haben könnte.

⁸⁴ Näher *Susanne Lütz*, *Der Staat und die Globalisierung von Finanzmärkten. Regulative Politik in Deutschland, Großbritannien und den USA*, Campus, Frankfurt a. M., 2002; *dies.*, *Convergence within national diversity – a comparative perspective on the regulatory state in finance*. Discussion Paper 03/7, Max-Planck Institut für Gesellschaftsforschung Köln; *Torsten Strulik*, *Risikomanagement globaler Finanzmärkte*, Campus Verlag, Frankfurt a. M./New York, 2000.

⁸⁵ *Brun-Otto Bryde*, *Die Rolle des Rechts im Entwicklungsprozeß*, S. 11 f.

⁸⁶ *Mauro F. Guillén*, *The Limits of Convergence: Globalization and Organizational Change in Argentina, South Korea, and Spain*, Princeton University Press, 2003.