

LITERATUR

Emanuel v. Towfigh/Niels Petersen, **Ökonomische Methoden im Recht – Eine Einführung für Juristen**, Mohr Siebeck, 2. Auflage 2017; Taschenbuch, € 29,00

Es gibt wunderbare Instrumente, mit deren Hilfe man über Recht und Gerechtigkeit nachdenken kann: die Rechtsphilosophie, die Rechtssoziologie, die Rechtspsychologie und – auch schon nicht mehr ganz jung – die Rechtsökonomik. Leider werden die meisten dieser Werkzeuge in der juristischen Ausbildung noch nicht bzw. kaum noch und schon gar nicht flächendeckend gelehrt. Und noch viel weniger werden sie geprüft, weshalb auch die Studenten oder, wie das in schlechtem Gender-Deutsch heißen muss, die Studierenden keinerlei Ehrgeiz entwickeln, sich mit solchen Gebieten zu beschäftigen. Das ist in höchstem Maße zu bedauern. Nicht nur, weil die Befassung mit den genannten Bereichen wertvolle Gewinne im späteren Leben als Berufsjurist abwerfen, sondern auch weil sie die menschliche Natur erhellen und die Beschäftigung damit ungemein vergnüglich und spannend sein kann.

Neben der Psychologie gehört vor allem auch die Ökonomik zu jenen fruchtbaren Feldern, die in den vergangenen Jahrzehnten – in Deutschland leider noch viel zu wenig beachtet – erstaunliche und auch für den Juristen nützliche Erkenntnisse gewonnen haben. Ökonomik war zunächst die Methodik der Ökonomie oder m.a.W.: Die Ökonomik befasste sich ursprünglich (nur) mit den Methoden der (Volks-)Wirtschaftswissenschaft, die wiederum den rationalen Umgang mit beschränkt verfügbaren Ressourcen untersucht. Seit etwa fünf Jahrzehnten sind die Ökonomen – und das macht sie in den Augen mancher Betroffener unsympathisch – zunehmend im Begriff, auch andere Bereiche, etwa die Rechtswissenschaften, mit ihren Methoden zu „beglücken“. Das nennt sich dann „Law & Economics“ bzw. in der jüngeren, von der Psychologie beeinflussten Ausgestaltung „Behavioral Law & Economics“, eine Teilmenge der Verhaltensökonomik, die nicht mehr darauf beharrt, dass der Mensch uneingeschränkt rational handelt, sondern mit Denkfehlern und Verzerrungen behaftete Entscheidungen trifft, es kurzum den Jahrhunderte hochgehaltenen Homo oeconomicus so gar nicht gibt.

Wenn ein Ökonom der alten Schule etwa das Strafrecht betrachtet, dann fragt er sich, wie hoch eine Strafe sein muss, damit die Tat aufgrund einer Kosten-Nutzen-Rechnung des potenziellen Täters unterbleibt. Der amerikanische Wirtschaftswissenschaftler *Isaac Ehrlich* gelangte beispielsweise in einer Studie aus dem Jahr 1975 zu dem Ergebnis, dass jede Hinrichtung eines Mörders acht Morde in der Zukunft verhindere. Ehrlich ging davon aus, dass ein potenzieller Mörder die Vor- und Nachteile einschließlich des Risikos, entdeckt und bestraft zu werden, abwäge, bevor er zur Tat schreite (sog. Rational-Choice-Ansatz). Damit glaubte er, die präventive Wirkung der Todesstrafe nachdrücklich unter Beweis gestellt zu haben. Seine Studie war ein wichtiger Mosaikstein in der damals heftig geführten Debatte zwischen Gegnern und Befürwortern der Todesstrafe und hatte letztlich „Erfolg“. Das durch die Rechtsprechung ausgelöste, bereits acht Jahre anhaltende Vollstreckungsmoratorium, in denen in den USA keine einzige Hinrichtung mehr vollzogen worden war, wurde 1976 durch neue Gesetze beendet. Seitdem fanden etwa 1 400 wirkliche oder vermeintliche Straftäter den Tod durch Exekution.

Nach dieser, für eine Buchbesprechung zugegeben etwas weiten, aber wegen der Fremdheit der Materie für Juristen

vielleicht nützlichen Einleitung komme ich endlich zum Besprechungsgegenstand. Der ist in acht Kapitel (Paragrafen) gegliedert. Im Ersten stellen die beiden Hauptautoren (*Petersen* und *Towfigh*) den Benefit vor, den die Juristen mithilfe der Ökonomik erzielen können, etwa weil diese die tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen besser ermitteln und aufbereiten kann. Mit geeigneten und verständlichen Beispielen belegt, macht dieses Kapitel – jedenfalls für den schon etwas vorgebildeten Leser – enorme Lust auf die weiteren Kapitel. Die von Sozialwissenschaften unbeleckten Einsteiger aus der Juristenwelt, Studierende zumal, dürften allerdings mitunter durch die etwas schwierig zu verstehende Sprach- und Begriffswelt der Autoren heraus- oder sogar überfordert sein. Zwei Beispiele: Was unter „chilling effect“ (Rn. 34) zu verstehen ist, musste selbst der Rezensent in Wikipedia nachsehen (er steht übrigens ohne Hemmung nicht nur zu seiner diesbezüglichen Unkenntnis, sondern auch zur Recherche in Wikipedia). Und wenn in Randnummer 52 bspw. der Erwartungswert bei 2,8 Einheiten angenommen wird, dürfte ein Anfänger trotz der zuvor sehr knappen Erläuterung des „Erwartungswerts“ nicht oder nur schwer nachvollziehen, wie es zu diesem Wert kommt.

Derartige Verständnis-Stolpersteine sind übrigens auch in anderen Kapiteln des Buches zu finden. Aber darin liegt ein Manko sehr vieler deutscher Lehrbücher (für Juristen). Die Autoren schreiben nicht nur für die Lernenden, sondern wollen auch, manchmal sogar vor allem, vor ihren Kollegen bestehen. Oder sie haben sich durch die Veröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge eine Sprache angewöhnt, von der sie auch in Lehrbüchern nicht mehr lassen können. Oder es ist ihnen einfach nicht möglich, sich in den beschränkten Horizont des Lernenden zu versetzen. Wie auch immer: Wer bspw. zum hier interessierenden Thema das – soweit ersichtlich noch nicht in die deutsche Sprache übersetzte – Werk „*The Legal Analyst*“ vom US-amerikanischen Autor *Ward Farnsworth* dagegenhält, weiß, auf welche Art und Weise didaktisch ausgezeichnete, leicht lesbare und einfach verständliche Lehrbücher bei trotzdem hohem Niveau geschrieben werden können.

Im zweiten Kapitel stellt *Towfigh* vor allem das ökonomische Paradigma vor, geht in diesem Rahmen auf das noch immer geltende Modell des Homo oeconomicus ein, zeigt dessen Schwächen bzw. Einschränkungen auf und gelangt zur einsichtsvollen Feststellung, dass man deshalb nach einer „ausgeklügelteren Theorie“ sucht, aber man mangels besserer Alternative vorläufig wohl weiter vom herkömmlichen und modifizierten Modell des Homo oeconomicus ausgehen muss.

Was dann in Kapitel 3 zu Angebot, Nachfrage und den Märkten folgt, ist harter Tobak. *Alexander Morell* bemüht sich zwar redlich, das – wiederum aus dem Blickwinkel eines Einsteigers – wirtschaftswissenschaftliche Hochreck erreichbar zu machen, aber die Materie ist einfach zu komplex, als dass sie auf 37 Seiten nutzbringend komprimiert werden könnte. Wer hier ohne Vorkenntnisse begreifend durchsteigen will, muss der Lektüre allerhöchste Konzentration widmen und hat auch dann manchmal keinen Verständniserfolg – so etwa bei Rn. 113, wo für mich auch dann nicht mehr nachvollziehbar erklärt wird, warum sich schneidende Transitiv-Indifferenzkurven widersprüchlich wären und was es mit der hier erstmalig erwähnten Annahme der Kontinuität auf sich hat. Ich habe mich auch gefragt, ob und warum ein („normaler“) Jurist die in diesem Kapitel ausgebreiteten Kenntnisse wirklich benötigt, zumal sie für das Verständnis der Kapitel 5

bis 8 nicht wirklich zwingend sind (vielleicht abgesehen vom Wohlfahrtsbegriff). Das immer wieder herangezogene Flughafenbeispiel, bei dem es um Ausgleich zwischen Flughafenbetreiber und Anwohnern im Hinblick auf Nachtflüge geht, wird ausschließlich wirtschaftswissenschaftlich erörtert, aber der Nutzen für den juristischen Entscheider blieb mir verschlossen. Letzteres gilt auch für das folgende Kapitel, in dem *Stefan Magen* einen Überblick über die Spieltheorie gibt. Seine recht interessanten, aber für Juristen eher akademischen Ausführungen können jedoch – bei allerdings ebenfalls höchster Konzentration – recht gut nachvollzogen werden.

Von derartiger Kritik ausdrücklich ausgenommen sei *Klaus U. Schmolke*, der in Kapitel 5 die ökonomische Analyse des Vertragsrechts vorstellt. Sehr verständlich geschrieben und mit zahlreichen gut nachvollziehbaren Beispielen angereichert, erläutert er, welchen Blick Ökonomen auf Verträge, das Verhalten der (potenziellen) Vertragsschließenden und den Einfluss des Gesetzes werfen. Das ist für Juristen lehrreich und gut brauchbar, um vertragsrechtliche Implikationen besser verstehen zu können. Mit dem ebenfalls lesenswerten 6. Kapitel machen *Towfigh* und *Petersen* den Leser mit der Art und Weise vertraut, wie Ökonomen auf die Politik blicken. Dieses Kapitel ist recht ernüchternd für all jene, die an die Vorzüge der parlamentarischen (Parteien-)Demokratie glauben. Womöglich ohne dass die Autoren dies wollten, finden Befürworter, die einer Vermehrung plebiszitärer Elemente in unserer Demokratie das Wort reden, ausgezeichnetes Argumentationsmaterial. Hier zeigen die Autoren übrigens (mit wenigen Ausnahmen), dass sie schwierige Materie auch für den Anfänger verständlich darzustellen vermögen.

Leider kann man das bzgl. des 7. Kapitels – es geht um empirische Methoden, namentlich Statistik – nicht behaupten. Das zum 3. Kapitel Gesagte gilt sinngemäß. Man kann ein solch schwieriges Thema, das mehrere Studien-Semester erfordert, nicht auf 40 Seiten zusammenpressen und hoffen, das könne ein Einsteiger mit noch überschaubarem Denkaufwand verstehen. Auch hier wieder stellt sich die Frage: Wozu? Warum soll ein Richter oder Rechtsanwalt die Tiefen statistischer Betrachtungen ausloten können? Die Zahl der Juristen, die sich damit (regelmäßig) befassen müssen, bzw. der Fälle, in denen ein Jurist damit konfrontiert wird, dürfte im kleinen Promillebereich angesiedelt sein. Auch wenn dieses Kapitel dem Untertitel des Buches („Eine Einführung für Juristen“) wenig Rechnung trägt, sollte man es gleichwohl lesen. Zumindest stellt sich ein Gefühl dafür ein, wie extrem schwierig der Bereich ist.

Kapitel 8 schließlich – man hat es aufgrund der vielen Verweise in den früheren Kapiteln schon mit Spannung erwartet – erläutert das vor allem von Entscheidungspsychologen (*Kahneman*, *Tversky* u.v.a.m.) angezweifelte und daher auch bereits von vielen Ökonomen modifizierte und präzierte Modellbild des Homo oeconomicus, als wichtiger Protagonist des im zweiten Kapitel dargestellten ökonomischen Paradigmas, von dem auch in der ökonomischen Analyse des Rechts noch immer ausgegangen wird. Zunächst zeigen die Autoren *Englert* und *Towfigh* die Entwicklung von der

allgemeinen Ökonomik zur heute immer mehr im Vordringen befindlichen Verhaltensökonomik (Behavioral Economics), ihrer speziellen Ausprägung als Behavioral Law and Economics und der (weitgehend gleichen) Methoden und Grundlagen. Das ist noch nachvollziehbar. Wenn sie dann aber in die „drei Beschränkungen“ des Rationalmodells einsteigen, wird ein unvorbereiteter Leser an einigen Stellen nicht mehr folgen können. Mit dürren Worten wird die Erwartungsnutzen-Formel von *Bernoulli* dargestellt und der unvorbereitete Leser regelrecht vor eine Denksportaufgabe gestellt. Didaktisch wäre es klüger gewesen, die Entwicklung von der noch recht einfach darzustellenden Wert-Erwartungstheorie aufzuzeigen, zumal die Erwartungsnutzen-Formel auch noch eine – im Rahmen der Verhaltensökonomik bedeutsame – Erweiterung erfahren hat, mit der nicht nur die objektive, sondern auch die subjektive Wahrscheinlichkeit des Entscheiders berücksichtigt wird (siehe *Daniel Kahneman*, *Schnelles Denken*, *Langsames Denken*). Noch weniger bemühen sich die Autoren das (zweimal) en passant hingeworfene Bayes-Theorem (bekannter unter dem „Satz von Bayes“ oder der „Bayes'schen Formel“) zu erklären, einem enorm schwierigen Thema zum Problem bedingter Wahrscheinlichkeiten. Das Glossar am Ende des Buches hilft da auch nicht sonderlich weiter, weshalb man insoweit nicht enttäuscht ist, dass man erst nach Beendigung der Buchlektüre zufällig darauf stößt. Das setzt sich fort, wenn sie die Grundaussagen der von *Kahneman* und *Tversky* entwickelten Prospect Theory vorstellen. Anstatt hier den auch bei *Kahneman* (a. a. O.) gezeigten Graphen abzubilden, versuchen sie diesen mit Worten zu erklären. Warum muten sie das – und auch die so nicht verständliche Darstellung des „Referenzpunktes“ – dem Leser zu? Die im letzten Abschnitt ausgebreitete und bestens gelungene Darstellung des paternalistischen Regierungshandelns (Nudging) und vieler damit zusammenhängender Implikationen versöhnt ein wenig mit den vorgenannten Unzulänglichkeiten.

Kann ich das Buch empfehlen? Ja, aber nur jenen, die sich entweder mit der (verhaltens-)ökonomischen Materie bereits ein wenig auskennen oder wenigstens überbordendes Interesse daran mitbringen, oder jenen, die sich später rechtspolitisch oder wirtschaftswissenschaftlich betätigen wollen. Für den gewöhnlichen Juristen ist es in weiten Teilen von eher akademischem Interesse (die vorgestellten Kenntnisse werden in den juristischen Prüfungen – mit Ausnahme eventuell eines speziellen Schwerpunktbereichs – und zu einem nicht unerheblichen Teil im Berufsleben wenig Nutzen bringen). Es scheint mir, dass hier (mindestens) Prädikatsjuristen ein Buch für andere (potenzielle) Prädikatsjuristen geschrieben haben, ohne zu berücksichtigen, dass 85 % der Absolventen eben kein Prädikatsexamen erreichen werden. Das ist sehr schade, denn ein Gutteil der im Buch behandelten Gegenstände sollten alle Juristen zur Kenntnis genommen und verstanden (!) haben. Und wer es inzwischen noch nicht nachgeschlagen hat: Unter chilling effect ist der Abschreckungseffekt zu verstehen.

Dr. h.c. Stefan Kaufmann, Präsident des Thüringer Oberlandesgerichts