
Die Ökonomische Analyse des Rechts auf dem Prüfstand*)

Wolfgang Weigel

1. Gegenstand dieses Beitrags

1.1 Problemstellung

Dieser Beitrag befaßt sich mit dem Stand und den Möglichkeiten der Anwendung der „Ökonomischen Analyse des Rechts“ in Österreich. Eine kurze, wenngleich kritische Analyse der – nicht nur in Österreich – recht bescheidenen Rezeption dieses Forschungsansatzes bildet den ersten Teil der Arbeit. Der zweite Teil ist der Demonstration seiner Anwendungsmöglichkeiten anhand aktueller rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Fragestellungen gewidmet. Die gewählten Beispiele aus dem Umweltrecht und dem Wettbewerbsrecht werden dabei mit den drei charakteristischen Analyseinstrumenten der Ökonomischen Analyse des Rechts (ab hier kurz: ÖAR) verknüpft, nämlich dem Konzept der „Eigentumsrechte“, der „Transaktionskosten-Analyse“ und der Theorie der „kollektiven Willensbildung“, um so die anwendungsbezogenen Vor- und Nachteile der ÖAR herausarbeiten zu können.

1.2 Kennzeichen des Forschungsprogramms

Es ist vielleicht angebracht, schon an dieser Stelle die eben angesprochenen hauptsächlichen Ingredienzien des Ansatzes kurz zusammenzufassen. Die ÖAR ist aus der Denkschule des Neo-Institutionalismus hervorgegangen.

Dieser wiederum ist dadurch gekennzeichnet, daß er die in Form von Regeln aller Art gegebenen Rahmenbedingungen für das wirtschaftliche Handeln von Menschen in den Mittelpunkt der Betrachtung rückt, wobei der maßgebliche Unterschied zur traditionellen Richtung des Institutionalismus (1) darin besteht, daß die Analysemethoden der neoklassischen Volkswirtschaftstheorie zur Anwendung gelangen. Als Axiom eines solchen Forschungsprogramms kann die Auffassung angesehen werden, daß Regeln aller Art ebenso wie Güter Gegenstand menschlicher Wahlhandlungen sind. Getreu dem neoklassischen Paradigma sind die Entscheidungen einzelner „Wirtschaftssubjekte“ die gewählte Betrachtungsebene. Den Wirtschaftssubjekten wird unterstellt, daß sie rationale Wahlhandlungen unter bestimmten Randbedingungen setzen. Diese Wahlhandlungen beziehen sich aber nicht auf Güter, wie in der herkömmlichen Betrachtungsweise, sondern auf die an diesen Gütern bestehenden Dispositionsmöglichkeiten, die als „Eigentumsrechte“ bezeichnet werden. (Diese Übersetzung des englischen Begriffes „property rights“ ist allerdings nicht sehr glücklich zu nennen, weil sie gerade dem Juristen eine nicht ganz zutreffende Assoziation mit dem rechtlichen Begriff des Eigentums suggeriert; es wäre tatsächlich besser, von „Verfügungsrechten“ oder noch allgemeiner von „Handlungsrechten“ zu sprechen. In weiterer Folge wird allerdings der gebräuchliche Begriff der „Eigentumsrechte“ beibehalten.)

Solche Eigentumsrechte sind ein Teil jener Handlungsmöglichkeiten, die einem Menschen aufgrund seiner Fähigkeiten, Kenntnisse und Begabungen jeweils offenstehen. Die Einschränkung dieser Möglichkeiten ergibt sich aus dem Erfordernis, daß eine Gruppe oder die Gesellschaft insgesamt nur solche Handlungsmöglichkeiten respektiert, die für Dritte jeweils nicht mit unabgegoltenen Folgen (das heißt „externen Effekten“) verbunden sind. Es ist kennzeichnend für die so normierten Eigentumsrechte, daß sie auch ein Element der Verpflichtung enthalten und bei Nichtbefolgung unter Sanktion stehen.

Die Festlegung, Veränderung und allfällige Übertragung von Eigentumsrechten erfolgen aber annahmegemäß nicht immer reibungslos. Und damit kommt ein weiteres konstitutives Element des Forschungsprogramms ins Spiel: die „Transaktionskosten“ (wobei hier wiederum zutrifft, was schon für den Terminus der Eigentumsrechte angemerkt worden ist, daß dieser Begriff nämlich nicht sehr treffend gewählt ist: Transaktionskosten bezeichnen ja alle Arten von Friktionen, die bei der Gestaltung, Veränderung und Durchsetzung von Eigentumsrechten auftreten können, sodaß der Begriff „Handlungskosten“ vielleicht günstiger wäre). Es sind annahmegemäß regelmäßig die Transaktionskosten, die einer vorteilhaften Veränderung von Verfügungsrechten im Wege stehen. Sie verhindern somit einerseits Maßnahmen zur „Internalisierung externer Effekte“ und sind andererseits der eigentliche Ansatzpunkt für die „Investition“ in die Gestaltung von Regeln aller Art.

So werden beispielsweise vielfach Normverträge erstellt, um langwierigen Verhandlungen im Einzelfall aus dem Wege gehen zu können und

Schutzbedingungen erlassen, um Erfinder vor unabgegoltener Verwertung ihrer geistigen Leistungen zu schützen und dergleichen mehr.

Sowohl die Festlegung von Eigentumsrechten als auch die Ausgestaltung der Transaktionskosten erfordern ein gewisses Maß an Willensübereinstimmung zwischen den präsumtiven Normadressaten. Diese Willensübereinstimmung kann sich zwar stillschweigend einstellen, wenn bestimmte Gepflogenheiten von den Beteiligten als vorteilhaft erkannt und entsprechend geübt werden (2), aber sie wird in weiten Bereichen durch ausdrückliche kollektive Entscheidungen herbeigeführt. Folglich verbindet sich der Ansatz der ÖAR häufig mit jenem von „public choice“, der nebenbei bemerkt ebenfalls ein Teilgebiet des Neo-Institutionalismus ist, dient er doch der Ergründung der Regeln, nach denen sich die kollektive Willensbildung vollzieht (3).

1.3 Unterschiedliche Schulen

Die eben umrissenen konstitutiven Elemente – methodologischer Individualismus als Betrachtungsebene, Rationalverhalten, Disposition über Eigentumsrechte anstelle von Gütern, Transaktionskosten sowie das Erfordernis der kollektiven Willensbildung – sind allerdings entgegen einer in Europa noch weitverbreiteten Ansicht nicht in ein homogenes Forschungsprogramm eingeflossen. Es haben sich vielmehr unterschiedliche „Schulen“ herausgebildet. Grob gesprochen lassen sich vier solche Schulen unterscheiden:

Zunächst jene, die mit Richard Posner und William Landes und der Universität von Chicago assoziiert wird, und sich durch eine besondere Effizienzorientiertheit der Betrachtung auszeichnet. Es gibt darüber hinaus eine „Ostküsten-Schule“ mit den Zentren Yale und Harvard und Guido Calabresi als ihrem bekanntesten Vertreter, die den Anwendungsbereich der Analyse vom Recht auf Institutionen in Politik und Verwaltung erweitert und gelegentlich bereits Verteilungsprobleme einbezogen hat, die in der effizienzorientierten Sicht zwangsläufig zu kurz kommen (4). Die Los-Angeles-Schule schließlich, die von Armen Alchian und Harold Demsetz initiiert worden ist, war nicht nur bei der Entwicklung der Theorie der Eigentumsrechte federführend, sondern sie hat sich vor allem um die Entwicklung der komparativen institutionellen Sicht verdient gemacht, die durchaus als Kritik an den herkömmlichen Optimierungsansätzen der Wohlfahrtsökonomik angesprochen werden kann.

Diese zugegebenermaßen grobe Klassifizierung muß noch um wenigstens eine Variante ergänzt werden, nämlich jenen Ansatz, der sich zwar der angeführten Analyseinstrumente bedient, sich aber nichtsdestoweniger stärker an der traditionellen Sicht des Institutionalismus orientiert und als „evolutorische“ Denkrichtung bezeichnet werden könnte (5).

2. Zur Rezeption der Ökonomischen Analyse des Rechts in Österreich

Derzeit wenden nur wenige österreichische Gelehrte die ÖAR an. Das gilt gleichermaßen für Juristen und Ökonomen. Unter letzteren hat aber immerhin der Ansatz der Theorie der Eigentumsrechte schon eine gewisse Verbreitung erlangt; ÖAR hingegen harrt auch von ihrer Seite noch der Entdeckung. Arbeiten neueren Erscheinungsdatums lassen jedoch eine eindeutige Annäherung an die Methodik der ÖAR erkennen (6). Was die Rechtswissenschaft betrifft, so ist die weitgehende Abstinenz deshalb verwunderlich, weil es eine große Anzahl von Publikationen aus der Feder von Rechtsgelehrten unter anderem zum Umweltrecht und zum Wettbewerbsrecht gibt, für die sich die ÖAR angesichts der dort allgegenwärtigen ökonomischen Bezüge geradezu aufdrängt. So, wie sich die Situation bei einer stichprobenartigen Durchsicht neuerer Literatur darstellt, verweisen Juristen nur in Nebenbemerkungen oder in Fußnoten auf die Existenz dieses Ansatzes. Der Kontrast zu den USA kann kaum schärfer sein, denn dort gibt es eine ganze Reihe von Law Schools, an denen ÖAR im Forschungs- und Lehrbetrieb sogar die dominierende Stellung erobert hat (7).

Was nun das Ausmaß der Rezeption der ÖAR betrifft, so ist es angebracht, zwischen zwei Fällen zu unterscheiden, nämlich dem, wo die Befassung mit dem Ansatz zu einer kritischen Einschätzung führt, und dem, wo Fachleute mit der ÖAR zwar bislang kaum in Berührung gekommen sind, aber aufgrund entsprechender Hinweise ihr Interesse bekunden. Eine Zuordnung dieser beiden Fälle zu Tätigkeitsbereichen deutet darauf hin, daß die kritische Einstellung im akademischen Bereich häufiger anzutreffen ist als unter „Praktikern“. Beispielsweise scheinen jüngere Rechtsanwälte durch ihre beruflichen Erfahrungen geprägt. Beamte der öffentlichen Verwaltung wiederum haben aus ihrer Berufspraxis heraus Denkweisen entwickelt, die der ÖAR recht nahe kommen (8).

An den Anfang der kritischen Aufarbeitung des Standes von ÖAR in Österreich kann eine Aussage von Friedrich Kübler geradezu als Motto gestellt werden: Es werde zunehmend schwierig, Rechtspolitik von Wirtschaftspolitik zu unterscheiden (9). Die Aussage trifft die Situation (nicht nur) in Österreich sehr gut, sind doch z. B. Fragen der (De-)Regulierung und Privatisierung allenthalben ebenso an der Tagesordnung wie Reformansätze im Bereich der institutionellen Ausgestaltung der sozialen Sicherheit, wobei der Verfassungsgerichtshof mit seinen jüngsten Entscheidungen sicher einen Anstoß gegeben hat (und die durch finanzielle Nöte motiviert Reformdiskussionen damit verstärkt). Aber die Attitüden der Rechtswissenschaftler der Ökonomie gegenüber im allgemeinen und damit zwangsläufig der ÖAR gegenüber im besonderen bleiben trotz alledem gespalten. Wie sonst wäre die von Mayer-Maly – allerdings im Zusammenhang mit der Behandlung von Fragen der Korruptionsbekämpfung – geäußerte Meinung zu interpretieren, wonach die Rolle der Ökonomie und der Grenznutzenschule besondere Beachtung verdie-

nen (10)? Aber es fügt sich in das allgemeine Bild, daß derselbe Autor nur wenige Jahre später bemerkt, daß für den österreichischen Beobachter das alles (gemeint ist wieder die ÖAR) nicht besonders neu sei, sodaß sich die Kritik in Grenzen halten könne; es sei ja offenkundig, daß die traditionelle Verbindung zwischen rechtlichen und ökonomischen Studien in Österreich zu allen Zeiten den Blick für die ökonomische Bedeutung des Rechts und die potentiellen Vorzüge des ökonomischen Denkens bezüglich rechtlicher Fragen geschärft habe (11). Aber warum dann die Abstinenz und die gelegentlich unüberhörbare Meinung, es handle sich bei ÖAR um einen weiteren Fall des ökonomischen Imperialismus?

Es gibt m. E. drei Gründe:

(i) Die Denkschule des „positiven Rechts“ nimmt an den führenden rechtswissenschaftlichen Fakultäten des Landes eine dominierende Stellung ein.

(ii) Es besteht ein Vorbehalt oder zumindest Skepsis gegenüber den Wurzeln der ÖAR.

(iii) Es gibt aber auch Mißverständnisse oder schlicht Unkenntnis bezüglich des Ansatzes.

Der Rechtspositivismus hat seit jeher Kritiker gefunden. Hier sei nur an die kürzlich wiederentdeckten Arbeiten K. G. Wurzels oder die Schriften von Karl Renner erinnert (12). Da aber die Absolventen der juristischen Studien ungeachtet der früher vorgenommenen Differenzierung in der Rezeption wichtige und einflußreiche Positionen in Wirtschaft und Verwaltung innehaben, bleibt der Rechtspositivismus weitgehend unangetastet (was nicht heißen soll, daß er nicht auch seine Vorteile hat, über die sich der Autor als Nicht-Jurist natürlich kein Urteil anmaßt). So kommt es aber, daß so einflußreiche Juristen wie Franz Bydlinky zu dem Schluß gelangen, ÖAR erlaube die Erklärung beabsichtigter oder vollzogener Veränderungen des Rechts und weiter nichts (13). Und er wird noch deutlicher, wenn er meint, es könne nicht gesagt werden, daß diese Art der Analyse die höchste Form der rationalen Durchdringung normativer Fragestellungen sei (14). Diese ablehnende Haltung wird durch quasi ideologische Vorbehalte noch verstärkt. So schreibt Mayer-Maly: „Da ökonomisches Theoretisieren objektive und nicht-zurückweisbare Erklärungen rechtlicher Phänomene für sich beansprucht, weist es einen starken Hang zum Totalitarismus auf“ (15).

Es hat sich aber offenbar noch nicht herumgesprochen, daß die ÖAR die bereits genannten unterschiedlichen Denkschulen hervorgebracht hat, die keineswegs allesamt so ausschließlich effizienzorientiert sind, wie dies die Arbeiten des in Österreich fast ausschließlich zitierten Richard Posner glauben machen könnten. Da die Schule von Los Angeles, wie erinnerlich, einen komparativ-institutionellen Ansatz propagiert, sah sich Demsetz bekanntlich sogar dazu veranlaßt, den herkömmlichen effizienzorientierten Ansatz als „Nirwana-Ansatz“ zu etikettieren! Aber auch der behauptete Umstand, daß die ÖAR nur tangible Kosten kenne und juristische Fragen eben sehr oft intangible Kosten betreffen, ist

längst nicht mehr zutreffend, wie einige Arbeiten in der Literaturauswahl zu diesem Beitrag belegen. Und so erscheint Mayer-Malys Urteil, die ÖAR beziehe einen erzlberalen und geradezu reaktionären Standpunkt, nicht mehr länger haltbar (16).

Vielleicht sind diese Positionen auch unter dem Aspekt des in der österreichischen Wirtschaftspolitik doch tief verwurzelten Keynesianismus und der Form der Konfliktaustragung durch „Sozialpartnerschaft“ zu sehen. Es scheint, als ob die eben illustrierte Sicht der Dinge weit weniger ausgeprägt wäre, hätte nur beispielsweise das Werk von Ronald Coase in diesem Zusammenhang einen breiteren Bekanntheitsgrad erlangt; denn er propagiert ja in seinem berühmten Aufsatz „The Problem of Social Costs“ in den Schlußsätzen – wie Demsetz – eine komparativ institutionelle Sicht gesellschaftlicher Verhaltensregeln. Irgendwie wird man den Verdacht nicht los (der auch auf viele, durchaus brillante, Ökonomen zutrifft), daß hierzulande die ökonomische Denkweise, die Amartya Sen treffend in einem seiner jüngsten Werke den „engineering approach“ genannt und dem Ethik-bezogenen Denkansatz gegenübergestellt hat, noch ziemlich weit verbreitet ist (17).

Aber man kann die Prognose wagen, daß Veränderungen bevorstehen: Denn die erwähnte Deregulierungsdebatte und die Umweltproblematik schreien geradezu nach interdisziplinären Denkmustern, und die Anfänge einer Unterweisung der Studierenden in ÖAR an mehreren österreichischen Universitäten werden mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung Früchte tragen. Der Problemdruck, dem sich die Praktiker, seien sie Rechtsanwälte oder Verwaltungsbeamte, in ihrer täglichen Arbeit ausgesetzt sehen, kann zu dieser Entwicklung einen positiven Beitrag leisten.

Diese Einschätzung der Lage läßt sich in zwei Feststellungen zusammenfassen:

- Juristen billigen der ÖAR nur eine bescheidene Problemlösungskapazität typischer rechtswissenschaftlicher und rechtspolitischer Fragestellungen zu und erachten demzufolge „Missionierungsversuche“ seitens der Vertreter der ÖAR als einem eher überflüssigen Ausdruck eines methodologischen Imperialismus.
- Ökonomen wiederum reagieren abwehrend oder vereinnahmend, je nachdem, ob sie in einer traditionalistischen Auffassung verhaftet sind und daher keinen Grund sehen, die Rahmenbedingungen des Wirtschaftens mit Mitteln der Ökonomie zu problematisieren oder aber, ob sie in dieser Problematisierung im Gefolge einer anwendungsorientierten Wirtschaftstheorie keine Besonderheit gegenüber ihrer eigenen Denkschule sehen.

Beide Lager können wohl nur für eine verstärkte Rezeption von ÖAR gewonnen werden, wenn sie von deren Vorteilhaftigkeit bei der Anwendung auf bestimmte Problemfelder überzeugt werden. Vorteilhaftigkeit heißt in diesem Zusammenhang, daß es Fragestellungen, Einsichten und Problemlösungen gibt, die mit konventionellen Analysemethoden nicht ohne weiteres erschlossen werden können. Manches deutet bereits darauf hin, daß die Zeit für eine breitere Rezeption der ÖAR gekommen ist.

3. Ein kurzer Streifzug durch Anwendungsgebiete der Ökonomischen Analyse des Rechts

Wie schon im ersten Abschnitt dieses Beitrags festgehalten worden ist, ist die ÖAR durch das Bestehen mehrerer Denkrichtungen gekennzeichnet, die sich im wesentlichen durch den Grad ihrer Effizienzbezogenheit unterscheiden. Eine Demonstration der Anwendungsmöglichkeiten der ÖAR erfordert demgemäß die Vorentscheidung darüber, welcher der Denkrichtungen gefolgt werden soll, sofern keine eklektizistische Vorgangsweise bevorzugt wird, weil diese regelmäßig das Risiko einer mangelnden logischen Konsistenz in sich trägt. Gerade deshalb, weil der effizienzbezogenen Sicht der ÖAR vielfach mit Vorbehalten begegnet wird, darüber hinaus aber auch deshalb, weil sie am ehesten ohne weit-schweifige Vorarbeiten eingesetzt werden kann, soll sie den Rahmen für die folgenden Darlegungen bilden. Die Heranziehung des Effizienzkriteriums ist aber vor allem bei der Erarbeitung von Empfehlungen zur Ausgestaltung und Umsetzung von Rechtsnormen nicht unproblematisch. Die normativen Aussagen (nicht nur) der ÖAR zielen vielfach darauf ab, Empfehlungen darüber auszusprechen, wie dem Willen des Gesetzgebers in ökonomisch sinnvoller Weise entsprochen werden kann. Aber mit dieser Aufgabenstellung wird nicht automatisch der Frage nachgegangen, ob der Wille des Gesetzgebers den Kriterien ökonomischer „Machbarkeit“ zu entsprechen vermag. Im Grunde gerät normative Analyse bei Einbeziehung der Frage der Erreichbarkeit politischer Vorgaben in einen Prozeß des Regresses insofern, als sie dann angehalten ist, auch die traditionell exogen vorgegebenen Zielsetzungen zu hinterfragen. Diese Problematik wird weiter unten im Zusammenhang mit der Behandlung von Preisregelungen noch an einem Beispiel verdeutlicht werden.

Die Demonstration von Anwendungsmöglichkeiten der ÖAR birgt noch eine weitere Tücke, die auf einen grundsätzlichen Unterschied in den Arbeitsweisen von Juristen und Ökonomen zurückzuführen ist. Es handelt sich um die Operationalisierung jener allgemeinen Kriterien, die für die Beurteilung rechtlicher Regelungen aus ökonomischer Sicht aufgestellt werden. Denn während der Jurist den „Fall“ in den Mittelpunkt der Betrachtung stellt, stellt der Ökonom Kriterien auf, die einem statistischen Durchschnitt entsprechen, was wiederum dem am Fall orientierten Juristen nicht operational erscheint. Ob diese abweisende Haltung in jedem Fall begründet ist, soll anhand des ersten Beispiels erörtert werden, womit zugleich der einleitend angekündigte Reigen von Anwendungsfällen der ÖAR eröffnet wird.

Das Beispiel hat die Frage zum Gegenstand, wie im Fall des Auftretens „Externer Effekte“ die kostengünstigste Variante der Internalisierung beschaffen ist. Es geht mit anderen Worten darum, daß im Fall des Auftretens externer Effekte jene Seite für Vorkehrungen zur Beseitigung oder Hintanhaltung herangezogen werden soll, die dies mit dem geringsten Aufwand an Ressourcen vermag. Zum Zweck der Illustration dieses

Problems sei der Fall angenommen, daß die Lärmemissionen eines Gewerbebetriebes bei einem Anrainer Gesundheitsschäden verursacht haben. Mit der Übernahme der Kosten der Heilbehandlung durch den Gewerbebetrieb ist es aber in diesem Fall nicht getan, weil ja der Anrainer, selbst wenn er zunächst geheilt an seinen Wohnort zurückkehrt, den Belastungen neuerlich ausgesetzt ist, und es stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten der dauerhaften Abhilfe bestehen:

Da sei zunächst einmal die Möglichkeit des Einbaues einer Lärmschutzvorrichtung durch den Betrieb, der das Produkt um – angenommen – 30 je Stück verteuern würde; der Einbau von lärmdämpfenden Fenstern am Wohnsitz des Anrainers hingegen würde diesen 10.000 kosten, was umgelegt auf den Output des Betriebes eine Verteuierung um 10 je Stück zur Folge hätte. Schließlich kommt auch noch die Absiedelung des Anrainers zu Kosten von 50.000 in Frage, was umgelegt auf den Output des Betriebes also zu Mehrkosten von 50 je Stück führen würde.

Die minimalen Kosten entstehen hier offenbar durch den Einbau lärm-dichter Fenster. Aber die Emission wird dadurch nicht automatisch aus der Welt geschafft. Um das zu erreichen, muß die Kostentragung möglicherweise neu ausgehandelt werden. Anders gesagt, geht es um die Zuweisung der Eigentumsrechte. Die Vorgabe des Effizienzkriteriums allein löst das Problem bekanntlich deshalb nicht, weil ja im Fall der Kostentragung durch den Anrainer das Produkt zu einem Preis auf den Markt käme, bei dem Überproduktion infolge volkswirtschaftlich unrichtiger Preisbildung die Folge wäre.

Aber, und das ist der eigentliche Zweck dieser einfachen Demonstration, eine Festlegung der Verfügungsrechte ohne Beiziehung des ökonomischen Effizienzkriteriums ist ebenfalls nur „eine halbe Sache“. Das wiederum läßt sich an Hand einer Reihe von Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes (18) zeigen, die einem gemeinsamen Grundmuster folgen.

Die betreffenden Entscheidungen beziehen sich auf den wiederholt auftretenden Fall, daß Gemeinden Flächenwidmungspläne derart abändern, daß Wohnbauflächen in die unmittelbare Nachbarschaft alteingesessener Gewerbebetriebe rücken. Diese Gewerbebetriebe arbeiten aufgrund rechtsgültiger Genehmigungsbescheide. Ihre Emissionen sind im vorgefundenen Ausmaß durch Verfügungsrechte gedeckt. Tatsächlich erscheint es auf den ersten Blick plausibel, wenn nun der Verfassungsgerichtshof Flächenwidmungspläne aufhebt, die Beeinträchtigungen präsumtiver Anrainer geradezu provozieren. Aber in keinem der betreffenden Fälle wird die Frage erörtert, ob mit der Aufhebung des Flächenwidmungsplanes Opportunitätskosten für den Erbauer oder die präsumtiven Mieter der Wohnungen verbunden wären. Das könnte dann der Fall sein, wenn (bei entsprechendem Bedarf) alternative Grundstücke nur zu höheren Kosten verfügbar wären, was wiederum darauf hinausläuft, daß die zusätzlichen Kosten über die Wohnanlage und nicht über die Produkte des Gewerbebetriebs abgerechnet werden. Es ist jedenfalls so, daß die Frage offen bleibt, ob die mit dem Gerichtshofurteil zemen-

tierte Verteilung der Verfügungsrechte jeweils dem ökonomischen Prinzip genügt.

Aber damit nicht genug: Entscheidungen der eben behandelten Art sind offenkundig auch daraufhin angelegt, Umverteilungseffekten aus dem Weg zu gehen. Wenn das einmal zugestandene Emissionsniveau beibehalten werden kann, dann verändern sich die angebotsseitigen Marktbedingungen nicht, und die Quasi-Renten der betreffenden Gewerbebetriebe bleiben unverändert. Umschichtungen finden kurzfristig nur in den Portefeuilles der Errichter und Mieter der Wohnungen statt (wenigstens sofern längerfristig wirkende Inzidenzprobleme vernachlässigt werden, die einer weitverbreiteten Auffassung zufolge pekuniäre Reaktionen zum Gegenstand hätten und daher in die allokativen Analyse der Wohlfahrtsgewinne und -verluste nicht Eingang finden).

Ganz anders ist die Situation dann, wenn das Effizienzprinzip vom „Least-cost-avoider“ zur Anwendung gelangt. Das hätte im Beispielsfall den Einbau von Lärmschutzfenstern zur Folge. Wenn aber nun zusätzlich die Verfügungsrechte so abgeändert werden, daß der Gewerbebetrieb verpflichtet wäre, die Kosten für die Maßnahme zu tragen und diese Kosten bei gegebener Nachfrage für das Produkt auf die Herstellungskosten umgelegt werden, so wird die Quasi-Rente des Betriebs geschmälert und gleichzeitig die Budgetrestriktion des nunmehr kompensierten Anrainers gelockert. Es kommt also zu einer Einkommensumverteilung.

Dieser Geltung zu verschaffen, liegt natürlich nicht unmittelbar in der Kompetenz des Verfassungsgerichtshofes und diesbezügliche Enthaltensamkeit in den Erwägungen, die zu den zitierten Entscheidungen führen, ist daher zweifelsfrei kein rechtlicher Mangel der Arbeit des Gerichtshofes, und doch ist der Punkt wichtig, weil er die Wechselwirkungen der Anwendung des ökonomischen Prinzips und der Festlegung von Verfügungsrechten deutlich macht.

Nun soll aber noch die Bedeutung der jeweiligen Struktur der Transaktionskosten für die Implementierbarkeit der gewünschten Zuweisung der Verfügungsrechte ins Licht gerückt werden.

In Parenthese sei gesagt, daß Transaktionskosten hier nicht auf die Anbahnung, Abwicklung und Durchsetzung von (entgeltlichen) Rechtsgeschäften beschränkt sind. Der Begriff läßt sich vielmehr ohne weiteres auf Verwaltungsakte ausdehnen.

Die vorliegenden Entscheidungen lassen freilich keine Problematisierung der Transaktionskosten erkennen. Und obgleich das rechtlich auch ganz unerheblich erscheinen mag, kommt hier das weiter oben erwähnte Problem des Rekurses auf die Ziele einer Rechtsnorm ins Spiel. Offenbar ist es im Zusammenhang mit den Flächenwidmungsplänen das Ziel, allfällige Immissionen (oder: externe Effekte) dadurch zu vermeiden, daß die Flächenwidmung mit erheblichen Restriktionen der Verfügungsrechte belegt wird. Nun ist es aber so, daß nach dem Coase-Theorem externe Effekte dann und nur dann allokativ wirksam werden, wenn prohibitiv hohe Transaktionskosten die (teilweise) Internalisierung verhindern (19).

Die räumliche Trennung von Widmungszwecken soll ja, rein ökonomisch gesehen, a priori das Auftreten externer Effekte und konsequenterweise das Auftreten von Transaktionskosten verhindern. Die institutionelle Ausgestaltung der Normen ist mithin auf Konfliktvermeidung hin angelegt, wenigstens im Fall jener typischen nachbarschaftlichen Effekte, die im gegenständlichen Fall eine Rolle spielen und beispielsweise in § 74, Abs. 2, 3 der Gewerbeordnung im Zuge des Betriebsanlagengenehmigungsverfahrens taxativ aufgezählt sind. Wie dem auch sei, die kritische Überprüfung dieser „Philosophie“ aus ökonomischer Sicht steht noch aus! Wenn die bisherigen Erwägungen aber zutreffen, dann bringen sie für den institutionell orientierten Allokationstheoretiker noch einen interessanten Aspekt ins Spiel. Angenommen, ein Anrainer erwirbt (wie auch immer) das Nutzungsrecht eines Grundstückes im unmittelbarer Nachbarschaft zu einer genehmigten Betriebsanlage für Wohnzwecke. Das Recht zur Hervorbringung lokal beschränkter Emissionen liegt dann beim Betreiber der Anlage, und es ist am hinzugekommenen Anrainer, dem Betreiber ein Offert zu unterbreiten, wie die nunmehr effektiv gewordenen, vorher nur potentiell vorhandenen, externen Effekte internalisiert werden könnten.

Mit anderen Worten: die „laissez faire“-Variante des Szenarios, in dem das Coase-Theorem abgehandelt wird, ist durchaus auch hierzulande bei Allokationsentscheidungen anzutreffen und nicht einfach auf den historischen Fall der umfassenden Betriebsrechte von US-amerikanischen Eisenbahnen der Frühzeit beschränkt.

Nun, die bisherigen Ausführungen sollten gezeigt haben, daß die typischen Fragestellungen der ÖAR geeignet sind, wenigstens bestimmte Bereiche von ökonomisch sehr wichtigen institutionellen Rahmenbedingungen zu problematisieren und möglicherweise auch einer Verbesserung in allokativer und distributiver Sicht zuzuführen. Gerade im Bereich der Umweltpolitik findet sich ein besonders reiches Betätigungsfeld, wie hier ja nur andeutungsweise ausgeführt werden konnte. Politische Prioritäten unter dem Problemdruck der objektiven Gegebenheiten haben gerade in jüngster Zeit zu einer großen Anzahl von Gesetzen und Verordnungen geführt, deren kritische ökonomische Prüfung eine wichtige Aufgabe wäre (20).

Da eben der Höhe der auftretenden Transaktionskosten besondere Bedeutung für das Wirksamwerden externer Effekte beigemessen worden ist, erscheint gerade an dieser Stelle ein kurzer Hinweis auf die Gestaltungsziele von Transaktionskosten angebracht. Unter Ökonomen ist nämlich die irrtümliche Auffassung verbreitet, daß das Auftreten von Transaktionskosten jedenfalls zum Anlaß genommen werden muß, um über Maßnahmen zu deren Senkung bzw. in bester ökonomischer Manner, deren Minimierung zu rasonieren. Daß dies nicht in jedem Fall sinnvoll ist, läßt sich unter Rückgriff auf eine bereits zitierte Rechtsquelle kurz erörtern, nämlich der Gewerbeordnung. Dort heißt es im § 356, Absatz 2 lapidar: Ist die Gefahr der Verletzung eines Kunst-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses im Sinne des § 40 AVG 1980 gege-

ben, so ist (im Zuge des Genehmigungsverfahrens, W. W.) den Nachbarn die Teilnahme an der Besichtigung der Anlage nur mit Zustimmung des Genehmigungswerbers gestattet, doch ist ihr allfälliges Recht auf Par-teiengehör zu wahren.

Diese Norm ist ganz offenkundig darauf zugeschnitten, Wissensgut des Betreibers einer Anlage zu schützen. Die Möglichkeit zum Ausschluß der Nachbarn von einer Begehung der zu genehmigenden Anlage billigt dem Betreiber in der Terminologie der ÖAR zu, für Nachbarn die Transaktionskosten der Begehung prohibitiv hoch zu machen. Da können Ökonomen einmal vom Gesetzgeber lernen, denn im gegenständlichen Fall ist die Norm nicht dazu angetan, Transaktionskosten zu senken, sondern es wird dem Verfügungsberechtigten ganz im Gegenteil anheim-gestellt, sie hochzuhalten. Das verleitet geradezu zur Hypothese, daß in-stitutionelle Vorkehrungen darauf abzielen, die Struktur der Transakti-onskosten zu optimieren, nicht aber notwendigerweise zu minimieren. Zweifellos birgt die gegenständliche Rechtsnorm aber auch ihre Proble-me: Die Nachricht, der Betreiber wünsche, gestützt auf § 356, Absatz 2 Gewerbeordnung, keine Nachbarn auf seinem Areal, enthält nämlich u. U. wertvolle Information gerade für jene, die den Willen des Betrei-bers zu deuten vermögen. Das aber heißt in der vertrauten Terminologie: Geltendmachen der betreffenden Bestimmung hat auch einen transakti-onskostenenkenden Effekt. Es muß betont werden, daß das nicht als ei-ne Kurzsichtigkeit des Gesetzgebers angesprochen werden kann, weil er es ja dem Betreiber anheimstellt, die Entscheidung zu treffen. Aber es liegt doch ein Hinweis dafür vor, daß wirtschaftlich relevante Interak-tionen in einem Gefüge von Friktionen im weitesten Sinn ablaufen, des-sen Folgewirkungen und Beeinflussungsmöglichkeiten sehr differenziert gesehen werden müssen. Das Konzept der Transaktionskosten bietet dafür eine geeignete Handhabe. Es findet allerdings auch noch nicht sehr breite Anerkennung. Das liegt sicher daran, daß es sich dabei um ein heuristisches Konzept handelt, sieht man von jenen wenigen Versu-chen ab, Transaktionskosten in theoretische Gleichgewichtsmodelle des Marktes zu integrieren (21). Auch die kargen Beispiele der empirischen Schätzung tragen gewiß nicht zum Abbau von Vorbehalten bei. Es ist einfach eine Tatsache, daß sich „time and trouble costs“ (wie sie Dales einmal genannt hat) nicht ohne weiteres von den Ressourcenkosten, die in den Gütern gebunden sind, deren Verfügungsrechte getauscht werden, trennen lassen.

Transaktionskosten verdienen nichtsdestoweniger größtmögliche Be-achtung. Ihre strukturelle Beeinflussung kann mitentscheidend für die erfolgreiche Implementierung von Rechtsnormen und die damit jeweils angepeilten Wirkungen sein. Diese Behauptung soll am Beispiel des lan-ge umstrittenen Paragraphen 3a Nahversorgungsgesetz, d. h. des Verbots des Verkaufs unter dem Einstandspreis, illustriert werden: Der erklärte Zweck der mittlerweile vom Verfassungsgerichtshof aufgehobenen Be-stimmung war es, kleine und mittlere Nahversorgungsbetriebe gegenü-ber der Konkurrenz großer Handelsketten zu schützen. Daß man dabei

die Verhandlungsmacht der Betreiber von Handelsketten mit einem hohen Warenumsatz und damit die gestalterischen Möglichkeiten bezüglich des Niedrighaltens der Einstandspreise übersehen hat, ist nur einer der Makel dieser Bestimmung, denn auch Skaleneffekte der betrieblichen Kostengestaltung finden in der Diskussion um die betreffende Bestimmung keine Beachtung. Aber davon abgesehen ist es bemerkenswert, daß die Transaktionskosten der Letztverbraucher überhaupt nicht in die Erwägungen einbezogen werden. Dieser Mangel der betreffenden Bestimmungen muß umsomehr verwundern, als in § 4 Absatz 2 des betreffenden Gesetzes ausdrücklich vom „zumutbaren Zeit- und Kostenaufwand“ für die Nahversorgung gesprochen wird: das heißt aber, daß der Gesetzgeber sich einer der Wurzeln des Übels bewußt ist, aber offenbar in Ermangelung einer genaueren ökonomischen Ergründung derselben Konsequenzen zieht, deren Effektivität gering zu veranschlagen ist. Er hat auch in diesem Fall vermutlich nicht geprüft, ob nicht auch in bezug auf Transaktionskosten das Prinzip des „least cost avoider“ in einer angemessenen Form zur Anwendung gelangen kann. Ohne hier ins Detail gehen zu können, legt aber eine Inspektion der betreffenden Rechtsnorm nahe, daß der Gesetzgeber der Auffassung ist, man könne durch gewisse Wettbewerbsbeschränkungen ein Existenzsicherungsprogramm für Nahversorgungsbetriebe mit betriebsgrößen- und lagebedingten Wettbewerbsnachteilen realisieren und mit demselben Instrumentarium auch die Nahversorgung der Bevölkerung indirekt sicherstellen. Eine Analyse der Wurzeln der Transaktionskostenstruktur bei den Nachfragern hätte da vielleicht ein ganz anderes Instrumentarium nahegelegt: beispielsweise gewisse Liberalisierungen in den Verkaufsmethoden, wie sie vom Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten im Zuge einer gründlichen Novellierung der Gewerbeordnung in die Diskussion eingebracht worden sind. Mit den nunmehr aufgegriffenen Fragen der Regulierung im Bereich des Wettbewerbsrechts wird ein Gelände betreten, auf dem sich die ÖAR ebenfalls bewähren kann – oder besser – könnte, denn obwohl gerade auf diesem Gebiet eine große Anzahl von ökonomisch höchst relevanten Veröffentlichungen von Juristen vorliegt, ist die ökonomische Sicht darin nur rudimentär vertreten. Umgekehrt ist festzustellen, daß eine ganze Reihe einschlägiger Arbeiten von Ökonomen nicht bis zu konstruktiven Gestaltungsvorschlägen von Rechtsvorschriften gelangt, wie dies juristische Arbeiten tun (22).

Was nun den angemerkten Mangel rechtswissenschaftlicher Arbeiten an ökonomischem Gehalt betrifft, so ist dieser nicht nur auf die Dominanz des positiv rechtlichen Denkens unter österreichischen Juristen zurückzuführen, sondern auch darauf, daß vielfach weit eher auf betriebswirtschaftliche, vor allem absatzwirtschaftliche Gegebenheiten Bezug genommen wird. Viele Argumentationsketten, beispielsweise im Urteil des Verfassungsgerichtshofes, betreffend den Verkauf unter Einstandspreis, und der Aufsatz von Fitz und Roth (vgl. Anmerkung 22) zu derselben Thematik lassen dies erkennen. Tatsächlich sind die Übergänge zwischen der ökonomischen Theorie des Marktes und der betriebli-

chen Absatzlehre durchaus fließend, und so wird die hier diagnostizierte Position der Juristen aus methodologischer Sicht durchaus verständlich. Wie nämlich schon früher ausgeführt, steht der Fall im Mittelpunkt juristischer Arbeit. Und im Zuge der Überprüfung der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Tuns wird nicht auf gesamtwirtschaftlich relevante Kriterien Bezug genommen, sondern darauf, ob und inwieweit etwa Preisbildungsmaßnahmen betriebswirtschaftlich gerechtfertigt erscheinen oder nicht. Besonders deutlich wird das – abgesehen von der Diskussion rund um das schon mehrfach zitierte Nahversorgungsgesetz – auch in einem unter dem Titel „Rabattgesetz contra Wettbewerb“ 1989 veröffentlichten Gutachten von Aicher und Lessiak (23), etwa in dem Abschnitt über „Regelungsinhalt des Rabattgesetzes“ (S. 7 ff.). Natürlich werden auch Fragen des Verbraucherschutzes und damit implizit Kriterien der Wohlfahrt angesprochen, aber man wird vergeblich nach dem Maßstab des für die ökonomische Denkweise so typischen Ideals des funktionierenden Wettbewerbsmarktes suchen; von einer komparativen Betrachtung ganz zu schweigen. Das aber heißt beispielsweise, daß die ganze Frage der Preisbildung praktisch nie aus der Perspektive der volkswirtschaftlich korrekten, weil Effizienz gewährleistenden, Zurechnung von Kosten und Nutzen erfolgt. Eine kürzlich erschienene Arbeit zur Frage des „volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preises“ aus rechtlicher Sicht von Gutknecht (24) macht allerdings deutlich, daß Juristen sich nicht an die analytischen Orientierungshilfen halten, die von Ökonomen für die Beurteilung von preis- und wettbewerbspolitischen Fragen angeboten werden, sondern den in den Gesetzen erfaßten politischen Leitvorstellungen nachgehen. So verweist Gutknecht ausdrücklich auf die Intentionen der Versorgungssicherheit durch das Preisgesetz. Im einzelnen werden dabei die folgenden inhaltlichen Kriterien für eine Preisregelung genannt:

- die Kosten der Erzeugung bzw. der Erbringung der Leistung;
- die Interessenlage der Konsumenten; sowie
- die mit der Preisregelung verfolgten wirtschaftspolitischen Zielsetzungen.

Diese Aufzählung ließe den Schluß zu, daß zumindest impliziert auf die typische Sichtweise des Ökonomen Rücksicht genommen wird, der mit einem „volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preis“ wohl ganz bestimmte Kriterien verbindet. Er wird vor allem festhalten, daß der betreffende Preis ein „richtiger“ volkswirtschaftlicher Knappheitsindikator sein, das heißt, die volkswirtschaftlichen Kosten für jene (Bündel von) Nutzungsrechte(n) wiedergeben soll, die zum Tausch anstehen.

Die komplexe Aufgabe einer preisregulierenden Behörde werde aber, so die Autorin, nur in ganz speziellen Fällen darin münden können, einen dem Marktpreis entsprechenden Preis bestimmen zu können. In weiterer Folge werden Erkenntnisse von Höchstgerichten herangezogen, in denen u. a. Preisregelungen, die auf Dauer Verluste zur Folge haben, als „möglicherweise“ volkswirtschaftlich untragbar qualifiziert werden, und danach festgestellt, daß die Preisbildung unter Einbeziehung eines

„kalkulatorischen Gewinns“ möglich sein sollte. Das deutet neben anderen Ausführungen des Aufsatzes darauf hin, daß hier in erster Linie Verteilungsprobleme und nicht alloкатive Fragen angesprochen sind. Aus den zitierten Quellen läßt sich nicht erkennen, daß ein Höchstgericht beispielsweise auch einmal zur Einsicht gelangen könnte, daß der Druck zur strukturellen Anpassung regulierte Betriebe zum Konkurs zwingen kann. Vielleicht ist das in Anbetracht des Kriteriums der gesamtwirtschaftlichen Zielsetzungen, wie insbesondere der Hintanhaltung eines unerwünschten Preisauftriebs, ein zu pointierter Standpunkt. Aber die Restriktionen, wie sie der Gesetzgeber durch die Feder der Autorin sieht, scheinen nicht gerade geeignet, um „contestable markets“ (25) zu gewährleisten. Ganz im Gegenteil, die Betriebe müssen zwar Regulierung erdulden, dürfen aber zugleich damit rechnen, daß der Schutz ihrer Interessensphäre eine wichtige Randbedingung des behördlichen Vorgehens bildet. Für die ÖAR mit ihrer individualistischen, aber nichtsdestoweniger volkswirtschaftlichen Sicht der Dinge ergibt sich aber aus dieser Hypothese sofort die Frage, welche strategischen Möglichkeiten eine solche Auslegung des Preisbegriffes den Betrieben an die Hand gibt, welche Konsequenzen dies für die Ressourcenallokation haben könnte und wie Anreize beschaffen sein müßten, die eine Ausnutzung der betreffenden strategischen Spielräume verhindern können.

Allerdings wird sowohl in der Arbeit von Aicher und Lessiak als auch in der von Gutknecht ein Aspekt angesprochen, der gerade wegen der neoklassischen Ausrichtung der ÖAR in methodischer Hinsicht nicht geringgeschätzt werden darf. Es handelt sich dabei um jenen wichtigen, schon früher genannten Gesichtspunkt einer Anwendung der ÖAR, wonach ein Rekurs auf die jeder Rechtsnorm zugrundeliegenden politischen Ziele notwendig ist, um das Instrumentarium der Analyse sinnvoll einsetzen zu können. Nun, der Verweis auf die inhaltlichen Unterschiede im Begriff des „volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preises“ in den zitierten Arbeiten und in der Zunft der Ökonomen enthielten einen solchen Rekurs noch nicht. Wird er jedoch ausgeführt, dann muß die Entstehung des betreffenden Gesetzes in seinen historischen Kontext gestellt werden. Das trifft in besonderem Maß auch auf das Rabattgesetz zu. Und dabei stellt sich nun, wie schon vorhin erwähnt, heraus, daß speziell das Preisgesetz vor allem mit Zielrichtung auf die Sicherung der Versorgung der Bevölkerung zu angemessenen Preisen erlassen worden ist. Das ist, für sich besehen, keine tiefe Einsicht. Die ergibt sich vielmehr erst im methodischen Zusammenhang: Ein Kennzeichen der ÖAR, das sich aus der Einbettung in die neoklassische Theorie ergibt, ist es, daß viele Phänomene, die eigentlich einen historischen Bezug haben, mit sogenannten „als ob“-Hypothesen quasi ohne zeitlichen Bezug erklärt werden. (Dies wird besonders anschaulich in der ökonomischen „Theorie des Verfassungsvertrages“: auch einmütig anerkannte Regeln werden kaum je von einer Vollversammlung aller „Normadressaten“ verabschiedet.) Im gegenständlichen Fall erwies sich die Anwendung dieses zeitlosen Prinzips aber als trügerisch. Es drängt sich vielmehr auf, den Spu-

ren der „alten“ institutionalistischen Schule zu folgen und nach den Wurzeln oder Quellen zu forschen, ehe es an die Analyse geht. Eine eklektische Vorgangsweise hat eben manchmal auch ihr Gutes!

Die bisherigen Ausführungen haben vorrangig und beispielhaft den Effizienzaspekt und die Transaktionskostenbezogenheit der ÖAR in den Vordergrund gestellt. Im letzten Teil dieser Arbeit soll noch die enge Verknüpfung der ÖAR mit der ökonomischen Theorie der kollektiven Willensbildung herausgearbeitet werden (die beiden anderen Aspekte spielen dabei durchaus noch eine Rolle). Als Exerzierfeld für die nachfolgenden Überlegungen soll das Rabattgesetz dienen, und zwar deshalb, weil hier mit der Arbeit von Aicher und Lessiak eine sorgfältige Studie zweier Juristen vorliegt, in die – wenngleich nicht im strengen analytischen Sinn – wirtschaftliche Aspekte eingeflossen sind.

In dieser Analyse gelangen die Autoren zu dem Schluß, daß das Rabattgesetz selbst seine Zwecksetzung nicht zu erfüllen vermag und durch geeignetere Normen wie vor allem das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb weitgehend ersetzt werden könnte (die Bestimmungen wurden mittlerweile tatsächlich aufgehoben). Es ist doch eine interessante Frage, warum der Gesetzgeber einen solchen Appell so lange nicht aufgegriffen hat. Die Beantwortung dieser Frage ist gleichbedeutend mit der Identifikation einer Klasse von Hürden, der sich wissenschaftliche Politikberatung regelmäßig gegenübersteht.

Die ökonomische Theorie der kollektiven Willensbildung erlaubt bezüglich der Fragestellung mehrere Hypothesen. Zunächst könnte es so sein, daß eine Abänderung oder Aufhebung des betreffenden Gesetzes seitens der Regierung(spartei) keinerlei zusätzlichen Ertrag in Form von Stimmengewinnen erwarten läßt. Es könnte aber auch so sein, daß bislang die Aufhebung von einer Minderheitsfraktion betrieben worden ist, die aber noch kein geeignetes Objekt für einen Stimmentausch (Zustimmung zu einem Vorhaben einer anderen Fraktion um den Preis der Zustimmung dieser Fraktion zu einem eigenen Antrag, „logrolling“) gefunden hat. In gewissem Sinn kehrt hier die erste Hypothese aus einem anderen Blickwinkel wieder.

Es könnte aber schließlich auch so sein, daß der erwartete Stimmverlust einen allfälligen Stimmengewinn nach Ansicht der Regierung(spartei) aufwiegen würde. Dann aber verkörpert das Rabattgesetz doch „vested interests“ (warum sollte es nämlich sonst Gegenstimmen geben?), denen im Wege der ÖAR nachzuspüren ebenfalls lohnend erscheint.

Zugegeben, es gibt noch eine vierte Möglichkeit, die nicht zu unterschätzen ist, nämlich die, daß die Maßnahme bei gegebenen Restriktionen der Zeit und personeller Ausstattung des Parlaments schlicht und einfach in einer Warteschlange steht.

Es ist sinnvoll, diesen Hypothesen jene Zwecke des Gesetzes gegenüberzustellen, die von Aicher und Lessiak überprüft worden sind. Es sind dies vorrangig die folgenden drei:

- Verhinderung sozusagen „unlauterer“ Wettbewerbsvorteile durch Preisdifferenzierung;

- gesetzliche Maßnahmen gegen die Ausnutzung einer unterschiedlichen Verhandlungsmacht seitens der Konsumenten, die zur Verschärfung der Ungleichheit der Konsumenten bei der Bedürfnisbefriedigung führt, sowie
- der Zusammenhang zwischen vertikalen Preisbindungen durch die De-facto-Anerkennung der von Zulieferern angegebenen „empfohlenen“ Listenpreise und der Gestaltungsfreiheit der Einzelhändler.

Das „unlautere“ Element des Wettbewerbs wird aber nachhaltig dadurch bestimmt, welche Transaktionskosten die Nachfrager beim Erwerb von „Gütern des täglichen Bedarfs“ auf sich zu nehmen bereit sind. Sind sie dies nicht oder nur in bescheidenen Maß, weil nämlich die erwarteten marginalen Vorteile aus einer erhöhten Suchanstrengung die erwarteten Kosten der erhöhten Suchanstrengung nicht aufzuwiegen vermögen, dann bewirkt letztlich die so manifeste Transaktionskostenstruktur eine Situation der „monopolistischen Konkurrenz“, bei der eine ungebührliche Rabattgewährung ökonomisch widersinnig ist, weil sie ja eine Aufgabe von Produzentenrenten bedeutet. Wäre dem aber so, dann spräche vieles für die Beibehaltung des Gesetzes nicht im Interesse des fairen Wettbewerbs unter den Handelsbetrieben, sondern aus dem Blickwinkel des Konsumentenschutzes. Vertieft man sich vor dem Hintergrund dieser Überlegung aber in die Judikatur, wird man schnell feststellen, daß die Auslegung dessen, was unter „Güter des täglichen Bedarfs“ fällt, sehr weit ist, sodaß durchaus auch Produkte darunter fallen, bei denen sich relativ hohe Transaktionskosten seitens der Nachfrager „noch rechnen“ können. Kurz, die Regelung betrifft preiselastische und preisinelastische Güter gleichermaßen, was einen weiteren „trade off“ bei der Beurteilung erfordert.

Unter der Annahme, daß Abgeordneten diese Problematik bewußt ist (was vielleicht eine Überschätzung von deren rationalen Entscheidungsgrundlagen ist, aber nun mal einer ökonomischen Vorgangsweise entspricht), ließe sich aus den eben diagnostizierten Gegebenheiten tatsächlich folgern, daß keine eindeutigen Vorteile der Aufhebung des Gesetzes erkennbar sind. Im gleichen Zug sind dann aber auch die „vested interests“ nicht so klar, daß sich die Regierung(spartei) zu einer Initiative entschließt.

Nur insofern, als die Überlegung das konsumentenschützerische Element in den Vordergrund rückt, schließt sie auch den zweiten Punkt in der oben wiedergegebenen „Prüfliste“ ein, und die Schlußfolgerungen bezüglich der politischen Konsequenzen behalten auch in diesem Punkt zwangsläufig ihre Gültigkeit.

Was nun den dritten der von Aicher und Lessiak herausgearbeiteten Zwecke betrifft, so gehen davon zwei Wirkungen aus, die Beachtung verdienen. Die eine ist die Bindung des Einzelhandels an die vom Großhandel bzw. Erzeugerfirmen empfohlenen Verbraucherpreise mangels größerer Gestaltungsfreiheit des Einzelhandels bei der Preisbildung. Damit verbunden ist aber dann auch eine dem Gedanken des Wettbewerbs zuwiderlaufende Rigidität der Preise „nach unten“. Diese – hier in

ökonomischer Terminologie gerafft wiedergegebene und unmittelbar einsichtige – Diagnose der zitierten Autoren läßt aber den Schluß zu, daß es beträchtliche Interessengegensätze zwischen den sozialpartnerschaftlich eingebundenen Verbänden geben müsse. In Teilbereichen von Handel und Gewerbe kann die Regelung ja so gesehen werden, daß sie größere Preisausschläge unterbindet und dergestalt Risiken von Lieferverträgen verringert. Aber Anwälte der Konsumenten, zu denen sich namentlich die Arbeiterkammern längst gemacht haben, könnten darin eine unliebsame Art erblicken, den Haushalten Konsumentenrenten vorzuenthalten. Da der dergestalt vorgegebene Interessenkonflikt nur durch ein einstimmiges Votum der Sozialpartner beseitigt werden könnte, müssen wohl erst Sachfragen gefunden werden, deren politische Lösungsvorschläge kompensatorisch eingesetzt werden können. Das ist zwar noch keine befriedigende Antwort für die Erklärung eines Ist-Zustandes, aber es ist immerhin eine verfolgenswerte Spur. Es geht in diesem Zusammenhang ja auch nicht darum, ein heikles rechts- und wirtschaftspolitisches Problem bis in seine letzten Wurzeln zu durchforsten, sondern nur darum, zu demonstrieren, wo die ÖAR, die traditionell enge Verbindung mit der ökonomischen Theorie der kollektiven Willensbildung halten muß, hinzufügen vermag, in Bereiche nämlich, die auch bei sorgfältiger Anwendung rein rechtswissenschaftlicher Methoden ausgeblendet hätten bleiben müssen.

Ein Plädoyer für ÖAR wird dergestalt auch ein Plädoyer für mehr interdisziplinäres Arbeiten. Und das ist nun beileibe kein Kunstkniff des Wissenschaftsmanagements für eine bestimmte Forschungsmethode, sondern ein Sachargument aus der Werkstatt der Wissenschaft, die ständig bestrebt sein muß, sich zur Beantwortung ihrer Fragen neue Werkzeuge nutzbar zu machen.

Anmerkungen und Literatur

- *) Überarbeitete Fassung eines Vortrages im Rahmen des Wirtschaftswissenschaftlichen Kolloquiums an der Universität Innsbruck am 18. Dezember 1991. Ich bin den Teilnehmern des Kolloquiums und Anneliese Legat, Graz, für wertvolle Anregungen und Verbesserungsvorschläge dankbar.
- (1) Commons, J. R., *Institutional Economics*, 2 Bände (Madison 1981).
- (2) Ein formales Modell für einen solchen Prozeß entwickelt Schotter, A., *The Economic Theory of Social Institutions* (Cambridge, Mass. 1981).
- (3) Einen guten Gesamtüberblick vermittelt Eggertson, T., *Economic Behavior and Institutions* (Cambridge u. a. 1990). Eine Einführung in die ÖAR bietet: Mitchell-Polinsky, A., *An Introduction to Law and Economics* (Boston - Toronto 1989, 2. Aufl.). Eine Vertiefung bietet: Cooter, R.; Ulen, Th., *Law and Economics* (New York 1988).
- (4) Als Titel einschlägiger Forschungsarbeiten seien hier beispielhaft genannt: Ferejohn J.; Shipman, Ch., *Congressional Influence on Bureaucracy* (= Program in Law and Organization Working Paper # 115, Yale Law School, June 1990) oder Moe, T. M., *Political Institutions: The Neglected Side of the Story* (= Program in Law and Organization Working Paper # 119, Yale Law School, February 1991). Ferner Kaplow, L., *Horizontal Equity: Still Searching for a Principle* (= Program in Law and Economics Discussion Paper Series No. 85, Harvard Law School, May 1990).

- (5) Vergleiche Samuels, W. J.; Schmid, A. A. (Hrsg.), *Law and Economics, an Institutional Perspective* (Boston – Den Haag – London 1981).
- (6) So zum Beispiel Clemenz, G.; Inderst, G., *Ökonomische Analyse der Ladenöffnungszeiten* (Wien 1990).
- (7) Die Dominanz der ÖAR geht soweit, daß sich Studierende an der Yale Law School mir gegenüber sogar über einen Mangel in der Unterweisung in der herkömmlichen juristischen Denkweise beklagt haben.
- (8) Ich kann mich dabei auf Interviews im Rahmen eines Projekts zu umweltökonomischen Aspekten der Gewerbeordnung sowie Arbeitsgespräche im Rahmen des Wasserwirtschaftsverbandes stützen, der ja eine Fachgruppe „Wirtschaft und Recht“ unterhält.
- (9) Kübler, Friedrich, Was leistet die Konzeption der Property Rights für aktuelle rechtspolitische Probleme? in: Neumann, Manfred (Hrsg.), *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte* (= Schriften des Vereins für Socialpolitik, N. F. 140, Berlin 1984) 105–122, hier 107.
- (10) Mayer-Maly, Theo, Grundsätzliche Überlegungen zur Wirksamkeit des Rechts bei der Bekämpfung von Korruption, in: Christian Brünner (Hrsg.), *Korruption und Kontrolle* (Wien 1981) 491–507, hier 497.
- (11) Mayer-Maly, Theo, *Die Bedeutung der Theorie der Eigentumsrechte für das kontinentaleuropäische Vertragsrecht* (= unveröffentlichtes Manuskript, Salzburg 1986) 4.
- (12) Wurzel, K. G., *Die soziale Dynamik des Rechts* (Wien 1924, Reprint 1991); Renner, Karl, *Die soziale Funktion rechtlicher Institutionen* (Wien 1904).
- (13) Bydlinky, Franz, *Fundamentale Rechtsgrundsätze* (Wien – New York 1990) 285.
- (14) Ebd. 289.
- (15) Mayer-Maly (1986) 10.
- (16) Ebd. 11.
- (17) Sen, Amartya, *On Ethics and Economics* (Oxford 1990) 2ff.
- (18) Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes V 27/85 vom 28. 11. 1985, V 16, 17/89–7 vom 2. 12. 1989, G 56/89–16 vom 15. 6. 1990.
- (19) Was ganz nebenbei bemerkt zeigt, daß Emissionen zwar eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für das Auftreten externer Effekte zu sein brauchen.
- (20) So erscheint der Hinweis angebracht, daß etwa das Abfallwirtschaftsgesetz (BGBl. 325/1990) sowohl hinsichtlich der Anreize zu allokativ effizienten Entscheidungen als auch hinsichtlich der Transaktionskosten der Rechtsdurchsetzung dringend überprüfungswürdig erscheint, und daß dies auch auf eine Anzahl von Verordnungsentwürfen zutrifft, die im Gefolge dieses Gesetzes zur Begutachtung ausgesandt wurden. Es ist wohl nicht übertrieben zu sagen, daß hier ein Forschungsprogramm brachliegt.
- (21) Vgl. Ulph, A. M.; Ulph, D. T., *Transaction Cost in General Equilibrium Theory – A Survey*, in: *Economica* 42 (1975) 355–372; eine empirische Schätzung von Transaktionskosten versuchen Crew, M. A.; Kleindorfer, D. R., *Governance Cost of Rate-Of-Return Regulation*, in: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 141 (1985) 104–123.
- (22) Für den erstgenannten Fall z. B. Fitz, H.; Roth, G., *Verkauf unter dem Einstandspreis, Zur Auslegung und Kritik des § 3a Nahversorgungsgesetz*, in: *Österreichisches Recht der Wirtschaft* 7/7b (1989) 241–256.
- (23) Aicher, J.; Lessiak, R., *Rabattgesetz contra Wettbewerb* (= Schriften des Carl-Menger-Instituts, Wien 1989).
- (24) Gutknecht, B., *Der volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preis im Spiegel der Rechtsprechung*, in: *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 18/3 (1991) 46–50.
- (25) Von Märkten also, die sowohl den ungehinderten Marktzutritt als auch den Marktaustritt gewährleisten.