

# Eine annahmenbasierte Rechtssetzungsmethode für das Handelsrecht

Daniel M. Häusermann\*

A. Einleitung.....	50	b) Reduktion der Fragestellung auf Marktversagen.....	69
B. Anwendungsbereich: Rechtsgebiete mit ausschließlichen Effizienzziel.....	51	c) Inkrementelle Reformen.....	70
C. Strömungen der Rechtssetzungslehre.....	53	d) Gesetzgebung auf Probe.....	71
I. Rechtssetzungslehre.....	53	5. Ergebnis: keine befriedigende Lösung des Informationsproblems.....	72
II. Policy Analysis.....	55	II. Das Komplexitätsproblem.....	72
III. Instrumente der Bewertung von Rechtsnormen.....	58	III. Das Ressourcenproblem.....	73
1. Kosten-Nutzen-Analyse.....	58	IV. Die Nirwana-Täuschung und das Kriterium der Verbesserungsfähigkeit.....	74
2. Gesetzesfolgenabschätzung und der „Better Regulation Approach“.....	59	V. Zwischenergebnis: Anforderungen an eine Rechtssetzungsmethode.....	75
3. Systematic Review.....	60	E. Die annahmenbasierte Rechtssetzungsmethode.....	76
D. Grundprobleme der Rechtssetzung mit Effizienzziel.....	62	I. Grundlagen.....	76
I. Das Informationsproblem.....	62	1. Effizienz als relativer Maßstab.....	76
1. Informationsmangel als Topos der Rechtssetzungslehre.....	62	2. Effizienz als faktischer Begriff.....	77
2. Verschärftes Informationsproblem bei der formalen Kosten-Nutzen-Analyse.....	63	3. Unterschiedliche Effizienzbeurteilungen als nicht grundlegende Werturteile.....	77
3. Empirische Rechtsforschung und das Problem der Prognose-Unsicherheit.....	65	4. Unterschiedliche Annahmen als Ursache der Meinungsverschiedenheiten.....	78
a) Sinn und Grenzen empirischer Rechtsforschung.....	65	II. Erster Schritt: Identifikation der Effizienzzannahmen.....	80
b) Geringe Aussagekraft von Beobachtungsstudien.....	65	III. Zweiter Schritt: Plausibilitätsvergleich.....	81
c) Problematik von Experimenten.....	67	IV. Anwendungsbeispiel: Amtszeit des Aufsichtsrates in Publikumsgesellschaften.....	83
d) Beschränkter Nutzen von Meta-Analysen.....	68	V. Vorteile der vorgeschlagenen Methode.....	84
4. Herkömmliche Maßnahmen zur Vermeidung des Informationsproblems.....	69	1. Informationelle Sparsamkeit.....	84
a) Senkung des „Beweismaßes“.....	69	2. Verringerung des Komplexitätsproblems.....	85

\* Dr. iur. Daniel M. Häusermann, LL.M. (Harvard), ist Rechtsanwalt in Zürich und Lehrbeauftragter der Universität St. Gallen. My heartfelt thanks for valuable advice and suggestions on the ideas expressed in this article go to Prof. Jesse Fried, to Scott Hirst and the participants of the Corporate Fellows' Lunch at Harvard Law School of April 2012. Ebenfalls danke ich Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann, Prof. Dr. Holger Fleischer, LL.M., Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow, LL.M., und den Teilnehmerinnen und Teilnehmern des Habilitandenkolloquiums am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht 2013. Meiner Frau, Dr. Claudia F. Brühwiler Häusermann, danke ich für die Durchsicht des Manuskripts. Die Forschungsarbeit wurde vom Schweizerischen Nationalfonds, vom Grundlagenforschungsfonds der Universität St. Gallen und von der Holcim Stiftung Wissen unterstützt. Für den Inhalt des Artikels bin alleine ich verantwortlich. Die zitierten Webseiten wurden zuletzt am 3. Februar 2015 besucht.

3. Verringerung des Ressourcen-problems .....	86	F. Exkurs: Annahmenbasierte Gesetzes- auslegung .....	87
4. Verbesserungsfähigkeit .....	87	G. Zusammenfassung und Schluss .....	89

## A. Einleitung

Wenn Politik die „Kunst des Möglichen“ (*Bismarck*)<sup>1</sup> ist, so ist Gesetzgebung die Kunst des Machbaren. Dies gilt auch, wenn sich der Gesetzgeber das Ziel gesetzt hat, die ökonomische Effizienz zu maximieren, was namentlich auf dem Gebiet des Handelsrechts der Fall sein kann. Es ist leichter, effiziente Rechtsnormen zu fordern, als zu bestimmen, welche Normen effizient sind. Genauer gesagt, ist ein effizienzorientierter Regelgeber (z.B. der Gesetzgeber, eine Verwaltungsbehörde oder ein Selbstregulierungsorgan) typischerweise mit drei miteinander zusammenhängenden Problemen konfrontiert: einem Informationsproblem, einem Komplexitätsproblem und einem Ressourcenproblem. Die Rechtssetzungs- und Gesetzgebungslehre sowie ihre angloamerikanische Schwester, die *policy analysis* (normative Politikfeldanalyse), halten für diese Probleme zwar gewisse Lösungsansätze bereit, doch befriedigen diese wenig.

Der vorliegende Aufsatz präsentiert eine Heuristik, die es einem effizienzorientierten Regelgeber erlaubt, gestützt auf die verfügbaren Informationen zu einem Regelungssachverhalt zu entscheiden, welche von mehreren rechtspolitischen Handlungsvarianten voraussichtlich die effizienteste ist und deshalb den Vorzug verdient.

Die vorgeschlagene Heuristik stellt auf die faktischen Annahmen ab, die getroffen werden müssen, um zum Schluss zu gelangen, dass eine bestimmte Rechtsnorm effizient ist, und könnte deshalb als „annahmenbasierte“ Methode bezeichnet werden. Sie ist für alle Personen von Interesse, die die Effizienz verschiedener Rechtsnormen vergleichen möchten. Nicht zum Gegenstand dieses Aufsatzes gehört dagegen der politische Prozess. Der Aufsatz betrifft die *policy*, nicht *politics*. Die Politik funktioniert schon wegen der Anreize ihrer Akteure nach eigenen Gesetzen, und es besteht keine Gewähr, dass im demokratischen Prozess optimale Gesetze erlassen werden.<sup>2</sup> Trotzdem mögen auch Politiker oder Personen, die auf politische Gegebenheiten Rücksicht nehmen müssen, an einer Methode interessiert sein, anhand derer sich die Effizienz der politisch durchführbaren Handlungsvarianten beurteilen lässt.

Die annahmenbasierte Methode kann nicht nur bei der Rechtssetzung, sondern auch bei der Rechtsanwendung verwendet werden. Diesbezüglich ist die annahmenbasierte Methode eine neue Form der teleologischen Auslegung und ergänzt den bestehenden Methodenkanon überall dort, wo der Regelgeber dem Rechtsanwender ein Effizienzziel vorgegeben hat.

1 Wie viele berühmte Zitate lässt sich auch dieses nicht belegen.

2 Siehe etwa P. Noll, Gesetzgebungslehre, Reinbek b. Hamburg 1973, S. 70.

Die im vorliegenden Aufsatz zur Illustration verwendeten Beispiele sind dem Gesellschaftsrecht entnommen. Die annahmenbasierte Rechtssetzungsmethode hat jedoch einen breiteren Anwendungsbereich, der durch das Effizienzziel des Regelgebers definiert und eingegrenzt ist. Namentlich könnte die Methode auch im Kartellrecht eingesetzt werden.<sup>3</sup>

## B. Anwendungsbereich: Rechtsgebiete mit ausschließlichem Effizienzziel

Die Ziele, die ein Regelgeber verfolgen kann, lassen sich in drei Gruppen gliedern: Das erste Ziel ist ökonomische Effizienz, also das Anliegen, aus vorhandenen Ressourcen möglichst viel Nutzen zu ziehen.<sup>4</sup> Eine zweite Gruppe von Zielen sind Verteilungsziele, sprich die Umverteilung von Ressourcen von einem Personenkreis auf einen anderen.<sup>5</sup> Drittens kann ein Regelgeber ideelle Ziele verfolgen (z.B. Verwirklichung ideeller Grundrechte), deren Nutzen nicht monetär bewertbar ist oder nach der Wertung des Regelgebers nicht bewertet werden soll.<sup>6</sup> Die drei Gruppen von Rechtssetzungszielen sind frei kombinierbar und können in der Privatrechtsgesetzgebung eine mehr oder weniger große Bedeutung haben.<sup>7</sup>

Die hier vorgestellte annahmenbasierte Rechtssetzungsmethode kann nur in jenen Rechtsgebieten angewendet werden, in denen der Regelgeber ausschließlich ein Effizienzziel verfolgt. Verfolgt der Regelgeber daneben andere Ziele, lässt sich anhand der Methode höchstens feststellen, ob ein Konflikt zwischen dem Effizienzziel und dem oder den übrigen Rechtssetzungszielen besteht. Damit ist zugleich gesagt, dass der Anwendungsbereich der annahmenbasierten Methode nicht auf bestimmte, gegenständlich umschriebene Gebiete des Privatrechts beschränkt ist, sondern sich so weit erstreckt, wie der Regelgeber den (ausschließlichen) Geltungsbereich des Effizienzziels gezogen hat.

Ökonomische Effizienz bedeutet vereinfacht, das meiste aus den verfügbaren, knappen Ressourcen zu machen oder mit ihnen möglichst haushälterisch umzugehen.<sup>8</sup> Je effizienter Ressourcen zugeordnet werden, desto höher ist die Gesamtwohlfahrt.<sup>9</sup> Der Effizienzbegriff ist nach moderner Auffassung inhärent normativ, weil er eine

3 Siehe hinten bei Fn. 17.

4 Vgl. *H.-B. Schäfer/C. Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin 2012, S. XXXIII f.

5 Vgl. z.B. *Schäfer/Ott*, ÖAR (Fn. 4), S. XL f.; *R. Cooter/T. Ulen*, Law & Economics, 5th ed., Boston etc.: Pearson 2007, S. 9–11; *H. Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl., Tübingen 1998, S. 273 ff.; *K. Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 3. Aufl., Berlin 2009, S. 236.

6 Vgl. *Eidenmüller*, Effizienz (Fn. 5), S. 273 f.

7 Ähnlich a.a.O., S. 319 (Prämisse, es gebe im Zivilrecht nur ein Effizienz- und ein Verteilungsziel, sei sehr fragwürdig).

8 Diese und ähnliche Definitionen stehen in praktisch jedem Lehrbuch. Siehe etwa *N. G. Mankiw/M. P. Taylor*, Economics, 2nd ed., London: Cengage 2011, S. 3–5; *Schäfer/Ott*, ÖAR (Fn. 4), S. XL m.w.H.

9 Statt aller *Mankiw/Taylor*, Economics (Fn. 8), S. 148.

Präferenz zugunsten einer größeren Wohlfahrt ausdrückt.<sup>10</sup> Es ist ein Postulat der Gerechtigkeit, effiziente rechtliche Institutionen zu schaffen.<sup>11</sup> Ineffiziente Strukturen veranlassen demgegenüber die Rechtssubjekte, Ressourcen zu verschwenden, wodurch einige Menschen weniger von einer Ressource erhalten, als wenn sie effizient eingesetzt würde.<sup>12</sup>

Effizienz wird in ökonomischen Analysen des Privatrechts zumeist im Sinne von *Kaldor* und *Hicks* definiert, wonach ein Wechsel von einem Zustand zu einem anderen Zustand – z.B. eine Rechtsänderung – die Effizienz steigert, „wenn die Gewinner die Verlierer entschädigen könnten und dann immer noch einen Gewinn behielten“.<sup>13</sup> Ob die Entschädigung tatsächlich geleistet wird, spielt keine Rolle. Eine Rechtsnorm ist somit im Vergleich zu einer anderen Norm Kaldor-Hicks-effizient, wenn nach einer hypothetischen Kompensationszahlung niemand schlechtergestellt ist als vorher und wenigstens eine Person bessergestellt ist.

Das Effizienzziel hat einen besonders engen Bezug zum kaufmännischen Unternehmen, dem Gegenstand des Handelsrechts.<sup>14</sup> Kaufmännische Unternehmen dienen der wirtschaftlichen Tätigkeit der Menschen, d.h. dem Einsatz knapper Ressourcen zur Befriedigung verschiedenster Bedürfnisse. Ein effizientes Handelsrecht, das Anreize zu einem möglichst haushälterischen Umgang mit Ressourcen setzt, fördert dieses Ziel. Deshalb ist Effizienz das genuine Ziel des Handelsrechts.<sup>15</sup>

In welchen Rechtsmaterien das Effizienzziel ausschließlich gelten soll, ist ein Wertungsentscheid, den die Politik zu fällen hat. Folglich ist hier nicht zu diskutieren, ob

10 *M. Blaug*, *The Methodology of Economics, or How Economists Explain*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1992, S. 127; ebenso *Mathis*, *Effizienz* (Fn. 5), S. 55. Jedoch war die Frage, ob Effizienz ein normativer oder ein positiver Begriff ist, bis zum Ende des 20. Jahrhunderts umstritten. Siehe die Hinweise bei *Blaug*, a.a.O., S. 122–127.

11 *Schäfer/Ott*, ÖAR (Fn. 4), S. XXXIV und S. XL.

12 A.a.O.

13 Formulierung von *A. van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2003, S. 217. Dazu und zum Folgenden siehe z.B. die Lehrbücher von *Cooter/Ulen*, *Law & Economics* (Fn. 5), S. 47; *Schäfer/Ott*, ÖAR (Fn. 4), S. 19–22. Auf die Kritik am Kaldor-Hicks-Kriterium kann an dieser Stelle nur hingewiesen werden. Zu den logischen Widersprüchen, die dabei auftreten können, siehe *Schäfer/Ott*, ÖAR (Fn. 4), S. 20 f.; *Eidenmüller*, *Effizienz* (Fn. 5), S. 53, je m.w.H.; kritisch aus anderen Gründen *Eidenmüller*, a.a.O., S. 167.

14 In der Schweiz hat sich die Ansicht *Carl Wielands* durchgesetzt, der das Handelsrecht als das Recht der kaufmännischen Unternehmen definiert hat. Siehe *W. von Steiger*, *Gesellschaftsrecht*, Schweizerisches Privatrecht (SPR) Bd. VIII/1, Basel/Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn, 1976, S. 15–17; *A. Meier-Hayoz/P. Forstmoser*, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 11. Aufl., Bern: Stämpfli 2012, § 5 N 2; *J. N. Druery/E. Druery Just*, *Gesellschafts- und Handelsrecht*, Zürich: Schulthess 2010, Überschrift vor § 22 N 1. Komplizierter und strittig ist das Verhältnis von Handels- und Unternehmensrecht in Deutschland. Siehe die weiterführenden Hinweise bei *K. Schmidt*, *Handelsrecht: Unternehmensrecht I*, 6. Aufl., Köln 2014, § 1 N 23–29; *P. Jung*, *Handelsrecht*, 8. Aufl., München 2010, § 1 Rn. 1.

15 Vgl. etwa *H. P. Westermann*, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*, Berlin etc. 1970, S. 24 (Effizienz als einziges Ziel des Rechts der Personengesellschaften); *K. Hofstetter*, *Sachgerechte Haftungsregeln für multinationale Konzerne*, Tübingen 1995, S. 69 ff. (Effizienz als Ziel des internationalen Wirtschaftsrechts). Noch breiter *Cooter/Ulen*, *Law & Economics* (Fn. 5), S. 9 (Effizienz als einziges Ziel des Privatrechts); *Schäfer/Ott*, ÖAR (Fn. 4), S. 19 (dito).

es auch im Handelsrecht Bereiche gibt, in denen allenfalls noch weitere Ziele zum Effizienzziel hinzutreten sollen.<sup>16</sup> Für die Zwecke dieses Aufsatzes genügt es festzuhalten, dass die annahmenbasierte Rechtssetzungsmethode immer und nur dann angewandt werden kann, wenn der Regelgeber ausschließlich ein Effizienzziel verfolgt – wo immer dies auch der Fall sei. Wie schon erwähnt, könnte die Methode etwa im Kartellrecht eingesetzt werden, bei dem Effizienzüberlegungen traditionell ein großes Gewicht haben. Das schweizerische Kartellgesetz weist den Rechtsanwender sogar ausdrücklich an, die wirtschaftliche Effizienz von Wettbewerbsabreden zu prüfen.<sup>17</sup>

### C. Strömungen der Rechtssetzungslehre

Die Frage, mit welcher Methode ein Regelgeber verschiedene in Betracht fallende Rechtsnormen bewerten und eine davon auswählen soll, ist ein Thema der Rechtssetzungslehre und ihrer angloamerikanischen Schwester, der *policy analysis*. Der vorliegende Abschnitt bietet Lesern, die sich sporadisch mit dem Thema befassen, eine Übersicht über die wichtigsten Strömungen auf diesem Gebiet und dient der Vorbereitung des Hauptteils dieses Beitrags.

#### I. Rechtssetzungslehre

Im deutschsprachigen Raum gab es bereits Ende des 19. Jahrhunderts eine sogenannte „legislative Methodenbewegung“, die zum Ziel hatte, eine wissenschaftlich fundierte Rechtssetzungslehre zu entwickeln.<sup>18</sup> Diese Forschungsrichtung ging jedoch wieder vergessen,<sup>19</sup> und in den 1960er und 1970er Jahren behaupteten *Luhmann* und *Noll*, es fehle eine Gesetzgebungswissenschaft.<sup>20</sup> Schweizer Juristen mögen sich jedoch an die Forderung *Eugen Hubers* (des Vaters des schweizerischen Zivilgesetzbuchs) erinnern, bei der Gesetzgebung seien die „Realien“ (d.h. alle tatsächlichen Verhältnisse, die der Gesetzgeber nicht verändern kann, darunter das Wesen des Menschen und ökonomische Gesetzmäßigkeiten) zu ermitteln und zwingend zu beachten.<sup>21</sup>

16 Beispielsweise bezweckt die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, nüchtern betrachtet, eine Umverteilung von den Anteilseignern auf die Arbeitnehmer, da dadurch den Unternehmen erschwert wird, Entscheide zu fällen, welche die Arbeitnehmer schlechterstellen könnten. Die damit verbundene Relativierung des Effizienzziels war selbstverständlich ein politischer Entscheid.

17 Art. 5 Abs. 1 KG, SR 251 (Ausnahme vom Verbot von Abreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, wenn eine Abrede „durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz“ gerechtfertigt ist).

18 Dazu *S. Emmenegger*, Gesetzgebungskunst: Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900, Tübingen 2006, S. 29 ff.

19 *G. F. Schuppert*, Governance und Rechtsetzung: Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft, Baden-Baden 2011, S. 107.

20 Siehe *N. Luhmann*, Öffentlichrechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, Berlin 1965, S. 10 f.; *Noll*, Gesetzgebungslehre (Fn. 2), S. 9.

21 Siehe *E. Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1921, S. 281 ff. (insbes. S. 282 und S. 286). Aus der Sekundärliteratur siehe *Noll*, Gesetzgebungslehre (Fn. 2), S. 100; *R. Hotz*, Methodische Rechtsetzung: eine Aufgabe der Verwaltung, Zürich: Schulthess 1983, S. 299 f.; *G. Müller*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl., Zürich: Schulthess 2006, Rn. 82 f.

Heute gibt die deutschsprachige Rechtssetzungslehre Empfehlungen ab, wie bei der Rechtssetzung am besten vorzugehen sei, und behandelt Fragen der Rechtssetzungstechnik (z.B. Gesetzesredaktion)<sup>22</sup> sowie institutionelle Aspekte, etwa die Rolle der Rechtssetzungslehre in der Juristenausbildung.<sup>23</sup> Die Bezeichnungen für das Fachgebiet sind uneinheitlich. Rechtssetzungslehre, Gesetzgebungslehre, Gesetzgebungswissenschaft, Legisprudenz und Legistik werden teilweise als Synonyme verwendet.<sup>24</sup> Teilweise wird auch der Anwendungsbereich der Gesetzgebungslehre auf die Rechtssetzung mittels formeller Gesetze beschränkt.<sup>25</sup> Zudem hat in Deutschland die Rechtssetzungslehre auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts mit der Ausrufung der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft unlängst einen neuen Namen erhalten.<sup>26</sup>

Die Empfehlungen der Rechtssetzungslehre zum Vorgehen bei der Rechtssetzung sind regelmäßig Variationen des Grundschemas jeglicher Problemlösung, nämlich (1) Problem und Ziele identifizieren, (2) Lösungsmöglichkeiten ausarbeiten, (3) bevorzugte Lösung auswählen, (4) Lösung umsetzen, wobei manchmal zahlreiche Zwischenschritte genannt werden.<sup>27</sup> Der vorliegende Beitrag befasst sich mit dem dritten Schritt dieses Schemas, also der Bewertung und dem Vergleich verschiedener Rechtsnormen unter Effizienzgesichtspunkten.

Die deutschsprachige Rechtssetzungslehre befasst sich auch mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Rationalität des Rechtssetzungsprozesses. Das Bundesverfassungsgericht etwa hat Anforderungen an die Zuverlässigkeit von Prognosen über Gesetzesfolgen formuliert, und zwar je nach Sachbereich in drei Intensitätsstufen.<sup>28</sup> Andere deutsche Gerichte und der EuGH haben hierzu ebenfalls Leitli-

22 Vgl. F. Uhlmann, Interdisziplinarität in Rechtssetzung und Rechtssetzungslehre, in: M. Caroni et al. (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen – Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen: Dike 2011, S. 781 (783 f.) (Autor unterscheidet zwischen Rechtssetzungsmethodik und Rechtssetzungstechnik).

23 Übersicht bei L. Mader, Stand und Perspektiven der Rechtssetzungslehre aus schweizerischer Sicht, LeGes 2006, S. 143. Der Gesetzgebungsleitfaden der schweizerischen Bundesverwaltung umfasst beide Themen. Siehe Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden: Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 3. Aufl., 2007, abrufbar unter <http://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/legistik/hauptinstrumente/gleitf-d.pdf>.

24 Siehe U. Karpen, Zwischenbilanz der Gesetzgebungslehre – die europäische und die deutsche Perspektive, LeGes 2006, S. 125 (143).

25 A.a.O., S. 130.

26 Siehe A. Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, München 2006, § 1 (jetzt 2. Aufl., München 2012). Dazu aus Sicht der Rechtssetzungslehre Schuppert, Governance (Fn. 19), S. 99-101.

27 Siehe Gesetzgebungsleitfaden des Bundes (Fn. 23), Rz. 290; Noll, Gesetzgebungslehre (Fn. 2), S. 79 ff.; Hotz, Rechtsetzung (Fn. 21), S. 292 ff.; Müller, Rechtsetzungslehre (Fn. 21), Rn. 60 und 69 ff.; Schuppert, Governance (Fn. 19), S. 43. Der Wert dieser Schemata scheint vor allem in den hier nicht dargestellten Zwischenschritten zu liegen, die eher vergessen werden können als das Grundschema.

28 Siehe BVerfGE 57, 139 (159 f.) – Pflichtplatzquote; BVerfGE 50, 290 (332 f.) – Mitbestimmung.

nien aufgestellt.<sup>29</sup> Die Gerichte verlangen vom Gesetzgeber unter anderem, dass er die für die Rechtssetzung erheblichen Tatsachen vollständig ermittelt, schonende Alternativen berücksichtigt und darlegt, dass die Regelungen das verfolgte Ziel auch erreichen werden.<sup>30</sup> Ob die Gerichte dem Gesetzgeber Vorgaben dieser Art machen dürfen oder sollten, ist in der Literatur jedoch umstritten.<sup>31</sup> Daneben wird häufig – und nicht zu Unrecht – beklagt, dass die Gesetzgeber die Empfehlungen der Rechtssetzungslehre nicht oder kaum befolgen.<sup>32</sup>

## II. Policy Analysis

Die vor allem im angloamerikanischen Raum verbreitete *policy analysis*, seltener auch „public policy analysis“ oder „policy research“ genannt,<sup>33</sup> ist mit der deutschsprachigen Rechtssetzungslehre verwandt, setzt jedoch andere Schwerpunkte und wird – was vielleicht noch wichtiger ist – nicht von Juristen betrieben, sondern von Politikwissenschaftlern und Ökonomen. Dabei werden Methoden erforscht und entwickelt, wie ein dem Gemeinwohl verpflichteter Regelgeber (*policy-maker*) ein rechtspolitisches Problem systematisch und rational lösen kann.<sup>34</sup> Das Spektrum der Literatur reicht von eher theoretischen Werken, die an das Gebiet der Sozialwahl

29 Siehe die Hinweise bei B. Grzeszick, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtssetzung im demokratischen Rechtsstaat, in: G. Lienbacher et al., Grundsatzfragen der Rechtssetzung und Rechtsfindung, Referate und Diskussionen der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Münster vom 5. bis 8. Oktober 2011, Berlin 2012, S. 49 (52).

30 A.a.O., S. 53 m.H. auf die Judikatur.

31 Siehe die Zusammenfassung der Einwände a.a.O., S. 54. Besagter Autor hält die meisten Einwände für unbegründet, a.a.O., S. 55 ff. Ein Teil der schweizerischen Lehre leitet eine Pflicht des Gesetzgebers, bei der Rechtssetzung rational und methodisch vorzugehen, aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 Bundesverfassung) ab. Siehe Müller, Rechtssetzungslehre (Fn. 21), Rz. 63; J.-D. Delley/M. T. Jochum Christin/S. Ledermann, La conception des lois: la démarche légistique entre théorie et pratique, Genève 2009, abrufbar unter <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:2026>, S. 44 f.

32 Siehe K. Eichenberger, Die Gesetzgebungslehre in der Staatspraxis, in: R. Hauser/J. Rehberg/G. Stratenwerth (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich: Schulthess 1984, S. 37 (38); Delley/Jochum Christin/Ledermann, Conception (Fn. 31), S. 41 f.; zur Lage in Deutschland Schuppert, Governance (Fn. 19), S. 89 f. m.H.

33 Siehe die Titel der folgenden Lehrbücher: E. Stokey/R. Zeckhauser, A Primer for Policy Analysis, New York/London: Norton 1978, D. L. Weimer/A. R. Vining, Policy Analysis: Concepts and Practice, 4th ed., Boston: Pearson 2005; W. N. Dunn, Public Policy Analysis, 5th ed., Upper Saddle River, NJ: Pearson 2011; E. Bardach, A Practical Guide for Policy Analysis, 4th ed., Washington, DC: CQ Press 2012; siehe auch A. Etzioni, The Unique Methodology of Policy Research, in: M. Moran/M. Rein/R. E. Goodin (eds.), The Oxford Handbook of Public Policy, Oxford: Oxford University Press, 2006, S. 833. Der Begriff „analysis“, der in der englischen Sprache weiter ist als sein deutsches Pendant, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass es um normative Handlungsanweisungen geht und nicht bloß um eine deskriptive Analyse.

34 Einen Überblick über das Gebiet bieten Moran et al. (eds.), Handbook (Fn. 33). Die normative Policy Analysis ist nicht identisch mit der breiteren und oft positiven politischen Subdisziplin der Politikfeldanalyse. Siehe S. Blum/K. Schubert, Politikfeldanalyse, Wiesbaden 2009, S. 8. Eine Übersicht über die Breite der Politikfeldanalyse bieten K. Schubert/N. C. Bandelow (Hrsg.), Lehrbuch der Politikfeldanalyse 2.0, 2. Aufl., München 2009.



(*social choice*)<sup>35</sup> grenzen, bis hin zu praxisnahen Leitfäden.<sup>36</sup> Letztere empfehlen wie die deutschsprachige Rechtssetzungslehre ein Vorgehen nach dem Schema „Problem und Ziele identifizieren, Lösungsmöglichkeiten erarbeiten, beste Lösung auswählen, Lösung umsetzen“, wiederum mit Zwischenschritten.<sup>37</sup>

Die Literatur zur Policy Analysis folgt verschiedenen methodischen Ansätzen, deren Handlungsempfehlungen sich deutlich unterscheiden.

Der älteste Ansatz hat seinen Ursprung im Operations Research (der mathematischen Optimierung betriebswirtschaftlicher Entscheidungen)<sup>38</sup> und beruht auf der technokratischen<sup>39</sup> Idee, ein Regelgeber könne die beste Lösung für rechtspolitische Probleme finden, wenn er geeignete quantitative und entscheidungstheoretische Methoden zu Hilfe zieht.<sup>40</sup> Kritiker bezeichnen diesen Ansatz als „hochmodern“,<sup>41</sup> da er Ausdruck der kulturgeschichtliche Strömung der Hochmoderne (*high-modernism*) ist, die vom Ende des 19. Jahrhunderts bis in die Nachkriegszeit andauerte und geprägt war vom Glauben an wissenschaftlichen und technischen Fortschritt sowie an die Möglichkeit des Staates, die Gesellschaft umfassend zu steuern.<sup>42</sup> Hochmoderne Ideen waren nicht an eine bestimmte politische Ideologie gebunden und wurden von demokratischen wie von autoritären Regimes aufgenommen.<sup>43</sup> Wichtige Instrumente der hochmodernen Policy Analysis waren die Entscheidungstheorie und die Kosten-Nutzen-Analyse.<sup>44</sup> Heute gilt der Ansatz als veraltet,<sup>45</sup> vor allem weil er einen In-

35 Die Sozialwahltheorie befasst sich unter anderem mit der Frage, ob und wie die Präferenzen der Individuen in einem Gemeinwesen aggregiert werden können. Siehe statt aller K. Suzumura, Introduction, in: K. J. Arrow/A. K. Sen/K. Suzumura (eds.), *Handbook of Social Choice and Welfare*, Vol. 1, Amsterdam etc.: Elsevier 2002, S. 1.

36 Vgl. etwa die eher theoretischen Werke von Stokey und Zeckhauser sowie Dunn, *Policy Analysis* (Fn. 33), mit dem beliebten Leitfaden von Bardach, *Policy Analysis* (Fn. 33). Eine Mittelposition nehmen Weimer/Vining, *Policy Analysis* (Fn. 33) ein.

37 Siehe Stokey/Zeckhauser, *Policy Analysis* (Fn. 33), S. 5 f.; Dunn, *Policy Analysis* (Fn. 33), S. 42 ff.; Weimer/Vining, *Policy Analysis* (Fn. 33), S. 328 ff.; Bardach, *Policy Analysis* (Fn. 33), S. 1–64. Zur diesbezüglich analogen deutschsprachigen Literatur siehe die Hinweise vorne in Fn. 27.

38 Siehe H. Eiselt/C.-L. Sandblom, *Operations Research: A Model-Based Approach*, 2nd ed., Berlin/Heidelberg 2012, S. 1.

39 Vgl. R. E. Goodin/M. Rein/M. Moran, *The Public and its Policies*, in: Moran et al. (eds.), *Handbook*, (Fn. 33), S. 3 ff., 3 („technokratische Hybris“).

40 Dazu siehe a.a.O., S. 3. Als typisch für diese Denkschule gilt das ältere Werk Zeckhausers. Siehe R. Zeckhauser/E. Schaefer, *Public Policy and Normative Economic Theory*, in: R. A. Bauer/K. J. Gergen (eds.), *The Study of Policy Formation*, New York/London: Free Press 1968, S. 27, insbes. S. 28–40 und S. 64–92, und Stokey/Zeckhauser, *Policy Analysis* (Fn. 33).

41 Goodin/Rein/Moran, *Public* (Fn. 39), S. 3.

42 Siehe J. C. Scott, *Seeing Like a State*, New Haven, CT: Yale University Press 1999, S. 4 f.

43 A.a.O.

44 Exemplarisch Stokey/Zeckhauser, *Policy Analysis* (Fn. 33), S. 201 ff. Kritisch Goodin/Rein/Moran, *Public* (Fn. 39), S. 17. Zu den Ursprüngen der Kosten-Nutzen-Analyse siehe K. B. Smith, *Economic Techniques*, in: Moran et al. (eds.), *Handbook*, (Fn. 33), S. 729, (739). Dazu hinten Abschnitt C.III.1.

45 Goodin/Rein/Moran, *Public* (Fn. 39), S. 4.



formationsbedarf erzeugt, der zu groß ist für die meisten praktischen Anwendungen.<sup>46</sup>

Die zweite Hauptströmung der Policy Analysis betont im Gegensatz zum hochmodernen Ansatz die Unvollkommenheit und Unverlässlichkeit des Wissens des Regelgebers sowie den Umstand, dass verschiedene betroffene Akteure die vorliegenden Fakten unterschiedlich interpretieren können.<sup>47</sup> Die Rechtssetzung muss demgemäß auf (bloß) plausiblen Wissen beruhen, wobei die Plausibilität nicht zuletzt im Diskurs mit Betroffenen herzustellen ist.<sup>48</sup> Obschon die Bedeutung des Faktenwissens insofern relativiert wird, verwendet auch dieser Strang der Policy Analysis quantitative Methoden wie die Kosten-Nutzen-Analyse.<sup>49</sup>

Eine weitere Strömung der Policy Analysis zeichnet sich durch ihre Staatsskepsis aus.<sup>50</sup> Ihre Vertreter sind nicht nur skeptisch gegenüber staatlicher Macht,<sup>51</sup> sondern sie bezweifeln auch die Fähigkeit des Staates, einen als mangelhaft identifizierten Zustand durch Gesetzgebung oder Regulierung zu verbessern.<sup>52</sup> Es wird mit anderen Worten die Gefahr eines Staatsversagens bei der Rechtssetzung betont.<sup>53</sup> Trotzdem haben auch die Verfechter dieser Strömung keine prinzipiellen Einwände gegen quantitative Hilfsmittel wie die Kosten-Nutzen-Analyse.<sup>54</sup>

Der jüngste methodische Ansatz der Policy Analysis ist die evidenzbasierte Rechtssetzung (*evidence-based policy*). Die Bewegung stammt aus Großbritannien und hat ihre Wurzeln in der evidenzbasierten Medizin (*evidence-based medicine*),<sup>55</sup> einem Behandlungsstil, der sich ganz an wissenschaftlichen Erkenntnissen orientiert und unbewiesenes „Erfahrungswissen“ (besonders anekdotische Erfahrungen eines Arztes) als Behandlungsgrundlage ablehnt.<sup>56</sup> Die evidenzbasierte Rechtssetzungsmethode soll dem Regelgeber eine wissenschaftlich fundierte Entscheidungsgrundlage liefern, indem die vorhandenen empirischen Erkenntnisse zum betreffenden Problem

46 A.a.O., S. 19 f. So aber auch schon C. E. Lindblom, The Science of “Muddling Through”, 19 Public Administration Review 79, S. 84 (1959).

47 Siehe Goodin/Rein/Moran, Public (Fn. 39), S. 19 f.; Dunn, Policy Analysis (Fn. 33), S. 339 ff.

48 Siehe Dunn, Policy Analysis (Fn. 33), a.a.O.

49 Vgl. a.a.O., S. 222 ff.

50 Siehe Weimer/Vining, Policy Analysis (Fn. 33), insbes. S. 205 ff.; M. A. R. Kleiman/S. M. Teles, Market and Non-Market Failures, in: Moran et al. (eds.), Handbook (Fn. 33), S. 624 ff. (624).

51 Besonders deutlich bei Goodin/Rein/Moran, Public (Fn. 39), S. 17 f.

52 Siehe die Liste möglicher Gründe für ein Staatsversagen bei Weimer/Vining, Policy Analysis (Fn. 33), S. 156 ff., und Kleiman/Teles, Market Failures (Fn. 50), S. 637 ff.

53 Weimer/Vining, Policy Analysis (Fn. 33), S. 205 ff.; Kleiman/Teles, Market Failures (Fn. 50), S. 646.

54 Vgl. etwa Weimer/Vining, Policy Analysis (Fn. 33), S. 338–357.

55 Siehe grundlegend A. F. M. Smith, Mad Cows and Ecstasy: Chance and Choice in an Evidence-based Society, 159 Journal of the Royal Statistical Society, Series A, 367 (1996).

56 Als Begründer der evidenzbasierten Medizin gilt A. L. Cochrane. Der Begriff stammt von G. Guyatt et al., Evidence-Based Medicine: A New Approach to Teaching the Practice of Medicine, 268 Journal of the American Medical Association 2420 (1992).

systematisch ausgewertet werden.<sup>57</sup> Für die systematische Auswertung empirischer Erkenntnisse in einer sog. *systematic review* existieren verschiedene Richtlinien.<sup>58</sup>

### III. Instrumente der Bewertung von Rechtsnormen

Die Rechtssetzungslehre hält verschiedene Methoden bereit, mit denen verschiedene rechtspolitische Handlungsvarianten bewertet werden können, namentlich die Kosten-Nutzen-Analyse, die Gesetzesfolgenabschätzung und die Meta-Analyse.

#### 1. Kosten-Nutzen-Analyse

Die Kosten-Nutzen-Analyse (*cost-benefit analysis*) ist die in der Literatur vielleicht am weitesten verbreitete Methode, um staatliche Maßnahmen einschließlich Rechtssetzungsprojekte zu bewerten.<sup>59</sup> Schon Max Weber betonte die Notwendigkeit, die gewollten Folgen politischen Handelns gegen dessen Kosten abzuwägen.<sup>60</sup> In ihrer aktuellen, formalen Form entstammt die Kosten-Nutzen-Analyse der hochmodernen Policy Analysis.<sup>61</sup> Diese Methode wird indes auch heute noch praktisch universell empfohlen.<sup>62</sup>

Die normative Grundlage der Kosten-Nutzen-Analyse ist das Kaldor-Hicks-Effizienzkriterium.<sup>63</sup> Folglich bietet sich die Kosten-Nutzen-Analyse geradezu an, um die Effizienz (und nur diese)<sup>64</sup> von Rechtsnormen zu überprüfen. Dabei muss ein Referenzpunkt (z. B. der Ist-Zustand) gewählt werden, denn die Kosten-Nutzen-Analyse ist wie das Effizienzkriterium ein relativer Maßstab.<sup>65</sup>

Die Kosten-Nutzen-Analyse kommt in zwei Formen vor: einer formalen, quantitativen und einer eher informellen, qualitativen Form. Bei der formalen Kosten-Nutzen-Analyse müssen sämtliche Kosten und der gesamte Nutzen einer Maßnahme des

57 Siehe *The Campbell Collaboration*, What is a Systematic Review?, [http://www.campbellcollaboration.org/what\\_is\\_a\\_systematic\\_review/index.php](http://www.campbellcollaboration.org/what_is_a_systematic_review/index.php).

58 Dazu sogleich Abschnitt C.III.3.

59 Siehe statt aller Schäfer/Ott, ÖAR (Fn. 4), S. 22.

60 M. Weber, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in: M. Weber, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, J. Winckelmann (Hrsg.), 5. Aufl., Tübingen 1982, S. 146 (150).

61 Goodin/Rein/Moran, Public (Fn. 39), S. 17; siehe auch vorne bei Fn. 41–44. Zu den Ursprüngen der Kosten-Nutzen-Analyse siehe Smith, Techniques (Fn. 44), S. 739.

62 Siehe Smith, Techniques (Fn. 44), S. 741 (Kosten-Nutzen-Analyse sei zum Schweizer Offiziersmesser der prospektiven Policy Analysis geworden), sowie die Empfehlungen bei Dunn, Policy Analysis (Fn. 33), S. 222 ff.; Weimer/Vining, Policy Analysis (Fn. 33), S. 338–357, sowie im Gesetzgebungsleitfaden des Bundes (Fn. 23), Rz. 332 f. Ablehnend hingegen Goodin/Rein/Moran, Public (Fn. 39), S. 3, die diesbezüglich von einer „technokratischen Hybris“ sprechen.

63 Dazu siehe vorne bei Fn. 13.

64 Siehe Weimer/Vining, Policy Analysis (Fn. 33), S. 339. Sind noch andere Kriterien maßgebend, stehen verwandte Methoden zur Verfügung wie die Kosten-Wirksamkeits-Analyse (*cost-effectiveness analysis*), die Nutzwertanalyse (*cost-utility analysis*) oder die Mehrfachzielanalyse (*multi-goal analysis*). Dazu die Übersichten bei Weimer/Vining, Policy Analysis (Fn. 33), S. 339; Smith, Techniques (Fn. 44), S. 736–738.

65 Auf Letzteres wird zurückzukommen sein. Siehe hinten Abschnitt E.I.1.

Regelgebers monetär bewertet werden, unabhängig davon, bei wem sie anfallen.<sup>66</sup> Dies macht die formale Kosten-Nutzen-Analyse praktisch undurchführbar.<sup>67</sup> Selbst wenn es möglich sein sollte, alle erdenklichen Auswirkungen einer Maßnahme und folglich ihre Kosten und Nutzen zu ermitteln,<sup>68</sup> müsste man für die Auswertung ein allgemeines Gleichgewichtsmodell konstruieren, das die gesamte Volkswirtschaft darstellt.<sup>69</sup> Dies ist nicht praktikabel.<sup>70</sup>

Weniger anspruchsvoll als die quantitative Kosten-Nutzen-Analyse und von größerer praktischer Bedeutung ist die qualitative Kosten-Nutzen-Analyse.<sup>71</sup> Dergemäß sind die voraussichtlichen Auswirkungen einer Maßnahme des Regelgebers zu identifizieren und die Faktoren, welche Kosten und Nutzen der Maßnahme beeinflussen, qualitativ zu beschreiben.<sup>72</sup> Sodann ist die Größenordnung der verschiedenen Auswirkungen qualitativ abzuschätzen und zu beurteilen, ob der Nutzen die Kosten voraussichtlich übersteigen wird.<sup>73</sup>

## 2. Gesetzesfolgenabschätzung und der „Better Regulation Approach“

Die Gesetzesfolgenabschätzung (*regulatory impact assessment*, RIA) ist anders als die Kosten-Nutzen-Analyse keine Methode im engeren Sinn, um eine Rechtsnorm zu bewerten, sondern eine Sammelbezeichnung für zwei Schritte im Rechtssetzungsprozess, die diese Bewertung zum Gegenstand haben, nämlich die prospektive Bewertung verschiedener Handlungsoptionen und die retrospektive Evaluation einer Reform.<sup>74</sup> Vorliegend interessiert in erster Linie die prospektive Gesetzesfolgenab-

66 Siehe statt vieler *Commonwealth of Australia*, Handbook of Cost-Benefit Analysis, Canberra 2006, abrufbar unter [http://www.finance.gov.au/finframework/docs/Handbook\\_of\\_CB\\_analysis.pdf](http://www.finance.gov.au/finframework/docs/Handbook_of_CB_analysis.pdf), 3.

67 Diese Kritik an der Kosten-Nutzen-Analyse ist fast schon ein Gemeinplatz. Siehe etwa *Goodin/Rein/ Moran*, Public (Fn. 39), S. 19 f., und schon *Lindblohm*, Muddling Through (Fn. 46), S. 84.

68 Dies bezweifeln etwa *W. Harrington/L. Heinzerling/R. D. Morgenstern*, Controversies Surrounding Regulatory Impact Analysis, in: dies. (eds.), *Reforming Regulatory Impact Analysis*, Washington, DC: Routledge 2009, S. 13. Für eine Übersicht über weitere Probleme der Kosten-Nutzen-Analyse siehe a.a.O., S. 14 f. Siehe auch die Kritik der OECD an verschiedenen Kosten-Nutzen-Analysen, bei denen der Nutzen oder bestimmte Kosten nicht berücksichtigt wurden: *OECD*, Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence, Paris, 4 September 2009, abrufbar unter [http://www.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis\\_9789264067110-en](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en), S. 160 und 167.

69 Siehe *OECD*, RIA (Fn. 68), S. 32 (betr. Gesetzesfolgenabschätzung, die ebenfalls in der Form einer Kosten-Nutzen-Analyse erstellt werden kann).

70 A.a.O.

71 Siehe a.a.O., S. 73; zum Folgenden auch *Weimer/Vining*, Policy Analysis (Fn. 33), S. 340. Anwendungsbeispiele der qualitativen Kosten-Nutzen-Analyse zum schweizerischen Aktienrecht sind *T. Meyer*, Gläubigerschutz durch Kapitalschutz, Zürich 2009, S. 96 ff.; *D. M. Häusermann*, Vom Aktionärsausschuss zur Organisationsfreiheit, Zeitschrift für schweizerisches Recht 2012 I 87, S. 99–109.

72 Besonders der Nutzen einer Maßnahme lässt sich oft schlecht monetär bewerten. Siehe *OECD*, RIA (Fn. 68), S. 157.

73 Siehe *Weimer/Vining*, Policy Analysis (Fn. 33), S. 340.

74 Vgl. *OECD*, RIA (Fn. 68), S. 12. Eine Übersicht über Entwicklung und Praxis des RIA bietet *A. Ren-da*, Impact Assessment in the EU: The State of the Art and the Art of the State, Brussels: Centre for European Policy Studies, 2006.

schätzung, die manchmal auch „prospektive Evaluation“ oder „Wirkungsabschätzung“ genannt wird.<sup>75</sup>

Die prospektive Gesetzesfolgenabschätzung stammt soweit ersichtlich aus den USA, wo volkswirtschaftlich bedeutende Verordnungen der Bundesregierung seit den 1980er Jahren ein RIA erfordern.<sup>76</sup> Die Europäische Union schlug 2001 im Rahmen des damals in Entstehung begriffenen Better Regulation Approach (heute „Smart Regulation“ genannt) vor, in Zukunft Gesetzesfolgenabschätzungen durchzuführen, und veröffentlichte 2002 entsprechende Leitlinien, die in der Zwischenzeit revidiert worden sind.<sup>77</sup>

Die wohl beliebteste Methode, um ein RIA durchzuführen, ist wiederum die Kosten-Nutzen-Analyse.<sup>78</sup> Deshalb sind RIAs grundsätzlich mit denselben Problemen verbunden wie die Kosten-Nutzen-Analyse.<sup>79</sup> Dass ein RIA nur schwer durchzuführen ist, zeigt der Umstand, dass es nur wenige empirische Hinweise gibt, dass RIAs mehr nützen als kosten.<sup>80</sup>

### 3. Systematic Review

Die jüngste und fachlich anspruchsvollste Methode zur Bewertung der Handlungsoptionen eines Regelgebers ist die systematische Auswertung empirischer Erkenntnisse (*systematic review*).<sup>81</sup> Die Systematic Review ist ein Grundpfeiler der evidenzbasierten Rechtssetzung und stammt wie diese aus der evidenzbasierten Medizin.<sup>82</sup> Eine Systematic Review beginnt mit einer Literaturrecherche zum interessierenden Kausalzusammenhang zwischen einer Maßnahme und ihrem Ergebnis, die nach ge-

75 Siehe Gesetzgebungsleitfaden des Bundes (Fn. 23), Rn. 324 und 334 ff.; dazu siehe auch Müller, Rechtsetzungslehre (Fn. 21), Rn. 92.

76 Siehe Executive Order No. 12'291, 46 Fed. Reg. 13'193 (17.2.1981), geändert durch Executive Order No. 12'866, 57 Fed. Reg. 51'005 (29.9.1993). Ausgenommen sind Verordnungen, deren Auswirkungen auf die Wirtschaft 100 Millionen Dollar nicht übersteigen.

77 Siehe Communication from the Commission, Simplifying and Improving the Regulatory Environment, COM(2001) 726 final, 5 December 2001, S. 7; Communication from the Commission on Impact Assessment, COM(2002) 276 final, 5 June 2002; aktuelle Ausgabe: European Commission, Impact Assessment Guidelines, SEC(2009) 92, 15 January 2009. Zur Entwicklung des Better Regulation Approach siehe P. Hjerp et al., The Impact of Better Regulation on EU Environmental Policy under the Sixth Environment Action Programme, Report for the Brussels Institute for Environmental Management (Bruxelles Environnement/Leefmilieu Brussel), IEEP, London 2010, S. 7–11.

78 Vgl. OECD, RIA (Fn. 68), S. 34, welche die Kosten-Nutzen-Analyse als den „Goldstandard“ der RIA-Methoden bezeichnet. Auch in den USA und der EU werden RIAs in der Regel auf dem Wege einer Kosten-Nutzen-Analyse durchgeführt. Siehe Harrington/Heinzerling/Morgenstern, RIA (Fn. 68), S. 10; Hjerp et al., Impact (Fn. 77), S. 20 (betr. Umweltpolitik).

79 Siehe oben bei Fn. 68–70.

80 W. Harrington/L. Heinzerling/R. D. Morgenstern, What We Learned, in: dies. (eds.) (Fn. 68), S. 215 (236) m.w.H.

81 Siehe etwa die Richtlinien von M. Petticrew/H. Roberts, Systematic Reviews in the Social Sciences, Malden, MA, 2006; The Campbell Collaboration, The Production of a Systematic Review, [http://www.campbellcollaboration.org/resources/research/the\\_production.php](http://www.campbellcollaboration.org/resources/research/the_production.php); Centre for Reviews and Dissemination, Systematic Reviews, s.l. (York Publishing Services, Latherthorpe, UK) 2008.

82 Zur evidenzbasierten Rechtssetzung siehe vorne bei Fn. 55 ff.

nau definierten Regeln durchzuführen ist.<sup>83</sup> Anschließend sind die gefundenen Studien aufgrund ihres Studiendesigns hierarchisch zu ordnen, wobei jene Studiendesigns, die die verlässlichsten Rückschlüsse auf den gesuchten Kausalzusammenhang zulassen, am meisten Gewicht erhalten.<sup>84</sup> Zuerst stehen bereits existierende systematische Auswertungen, sofern vorhanden. Darauf folgen in absteigender Reihenfolge randomisierte kontrollierte Experimente,<sup>85</sup> Kohortenstudien,<sup>86</sup> andere Beobachtungsstudien<sup>87</sup> und schließlich Fallstudien.<sup>88</sup> Sind mehrere vergleichbare Studien vorhanden, können ihre Ergebnisse mit der statistischen Methode der Meta-Analyse aggregiert werden.<sup>89</sup>

Die meisten publizierten systematischen Auswertungen beziehen sich auf Fragen der Bildungs-, Gesundheits-, Sozial-, Kriminal- und Sicherheitspolitik.<sup>90</sup> Dies lässt darauf schließen, dass sich die Methode in erster Linie für jene Sachgebiete eignet, in denen der Staat für seine Intervention direkt Ressourcen aufwendet und in denen die Wirkung einer Intervention vergleichsweise verlässlich ermittelt werden kann, etwa durch Feldexperimente. Ein Feldexperiment könnte etwa darin bestehen, dass die Hälfte aller Schulklassen nach einer neuen Methode unterrichtet wird und am Schluss die Leistung dieser Schüler mit jenen der nach herkömmlicher Methode unterrichteten Schüler verglichen wird. Im Handelsrecht sind solche Feldexperimente kaum möglich, da der Gesetzgeber hier üblicherweise nicht direkt interveniert, sondern den Wirtschaftssubjekten einen Rahmen für deren privatautonome Rechtsgestaltung zur Verfügung stellt.

83 Dies ist zu einer eigenen Wissenschaft geworden. Stellvertretend für die umfangreiche Literatur A. Fink, *Practicing Research: Discovering Evidence That Matters*, Los Angeles: Sage 2007.

84 Siehe etwa Petticrew/Roberts, *Systematic Reviews* (Fn. 81), S. 58; *Centre for Reviews and Dissemination*, *Systematic Reviews* (Fn. 81), S. 10 f. Die in der Literatur vorgeschlagenen Hierarchien unterscheiden sich in den Details.

85 D.h. Experimente, bei denen unter kontrollierten Bedingungen ein zufällig ausgewählter Teil der Probanden einer Intervention (z.B. Medikation, Sozialprogramm) unterzogen wird und dann die Resultate der behandelten Gruppe mit jenen der nicht behandelten Kontrollgruppe verglichen werden.

86 D.h. eine nicht-experimentelle Langzeitstudie, in welcher die Entwicklung einer Gruppe, die einer Intervention unterzogen wurde, mit der Entwicklung einer Kontrollgruppe verglichen wird.

87 D.h. alle Studien mit einer größeren Zahl von Beobachtungen, die weder Experimente noch Kohortenstudien sind.

88 Eine Fallstudie diskutiert typischerweise einen Fall (oder einige wenige Fälle), in dem ein Subjekt einer Intervention ausgesetzt war.

89 Eine neuere Einführung in die Methode ist M. Borenstein et al., *Introduction to Meta-Analysis*, Chichester, UK: John Wiley & Sons, 2009.

90 Vgl. die Aufstellungen bei *The Campbell Collaboration*, *Campbell Systematic Reviews*, <http://www.campbellcollaboration.org/lib/?go=monograph>; *Coalition for Evidence-Based Policy*, *Publications: Complete List*, <http://coalition4evidence.org/468-2/publications/>.

## D. Grundprobleme der Rechtssetzung mit Effizienzziel

### I. Das Informationsproblem

#### 1. Informationsmangel als Topos der Rechtssetzungslehre

In der Rechtssetzungslehre und der Policy Analysis ist anerkannt, dass dem Regelgeber praktisch nie so viele Informationen zur Verfügung stehen, wie er benötigen würde, um zu ermitteln, welche der im Raum stehenden Handlungsvarianten die effizienteste ist.<sup>91</sup> Ein Mangel an Zeit, Geld und Fachwissen, um vorhandene oder beschaffbare Informationen über den zu beurteilenden Sachverhalt zusammenzutragen, ist nicht einmal die wichtigste Ursache dieses Informationsmangels.<sup>92</sup> Von größerer Bedeutung ist die Prognose-Unsicherheit, also die mangelnde Kenntnis der voraussichtlichen Auswirkungen einer Maßnahme, namentlich des Kausalzusammenhangs zwischen der Maßnahme und dem Ergebnis.<sup>93</sup>

Wie groß der Informationsbedarf auch bei einfachen Rechtssetzungsfragen sein kann, zeigt folgendes Beispiel aus dem Aktienrecht: Angenommen, ein Regelgeber wolle herausfinden, ob es effizienter wäre, für Aufsichtsratsmitglieder börsennotierter Gesellschaften statt des heutigen § 102 Abs. 1 AktG zwingend eine einjährige Amtszeit vorzuschreiben, wie dies das Schweizer Recht neuerdings tut.<sup>94</sup> Als erstes stellt sich hier die Frage, wie viele Publikumsgesellschaften heute überhaupt eine mehr als einjährige Amtsdauer kennen. Diese Frage ist einfach zu beantworten. Viel schwieriger ist die nächste Frage, nämlich ob eine zwingende einjährige Amtsdauer jenen Gesellschaften, die sonst eine längere Amtsdauer vorsehen würden, im Durchschnitt nützen oder schaden würde. Die Antwort hängt namentlich davon ab, wie sich eine längere Amtsdauer auf das Verhalten der Aufsichtsratsmitglieder (und des Vorstands) auswirkt: Hat ein Aufsichtsratsmitglied bessere Anreize, den Vorstand zu überwachen, wenn es sich jährlich zur Wiederwahl zu stellen hat, oder verhält es sich gerade umgekehrt? Ferner müssten bei der Effizienzbeurteilung die Transakti-

91 Aus der deutschsprachigen Literatur Noll, Gesetzgebungslehre (Fn. 2), S. 35; Müller, Rechtsetzungslehre (Fn. 21), Rn. 400 f.; J.-H. Binder, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht, Tübingen 2012, S. 290–297. Aus der englischsprachigen Literatur Goodin/Rein/Moran, Public (Fn. 39), S. 19.

92 Siehe Müller, Rechtsetzungslehre (Fn. 21), Rn. 402. Zum verwandten Ressourcenproblem siehe hinten Abschnitt D.III. In der Schweiz wird öfters kritisiert, dass im Gesetzgebungsprozess selbst beschaffbare Informationen nicht sorgfältig erhoben werden. Siehe Müller, Rechtsetzungslehre (Fn. 21), Rn. 84; Delley/Jochum Christin/Ledermann, Conception (Fn. 31), S. 41.

93 Siehe Noll, Gesetzgebungslehre (Fn. 2), S. 95; R. Pawson, Evidence-Based Policy: A Realist Perspective, London etc.: Sage Publications 2006, S. 13; Smith, Techniques (Fn. 44), S. 737; Bardach, Policy Analysis (Fn. 33), S. 38 und 42. Vgl. auch M. Rein, Reframing Problematic Policies, in: Moran et al. (eds.), Handbook (Fn. 33), S. 389 (389), der feststellt, in den Sozialwissenschaften würden starke und un-zweideutige Kausaleffekte sehr selten festgestellt.

94 Siehe Art. 3 Abs. 2 Verordnung gegen übermäßige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) vom 20. November 2013, SR 221.331. Die Verordnung setzt die Volksinitiative „gegen die Abzockerei“ (jetzt Art. 95 Abs. 3 Bundesverfassung) um, die auch im Ausland für Schlagzeilen gesorgt hat.

onskosten einer jährlichen Wahl des Aufsichtsrates für jene Gesellschaften beachtet werden, die nicht schon heute die jährliche Wiederwahl kennen.

Die Aufzählung ist keineswegs komplett. Sie zeigt aber, wie viele Informationen nötig sind, um nur schon eine einfache Frage der Rechtssetzung zu beantworten. Wie groß der Informationsbedarf bei komplexeren rechtspolitischen Problemen ist, lässt sich nur erahnen.

Dieses Informationsproblem wurde selbst von den Vertretern der hochmodernen Policy Analysis anerkannt.<sup>95</sup> Ihr Umgang damit war aber typisch für diese Denkschule: Sie erklärten die Informationsbeschaffung zum Kostenfaktor und empfahlen, in einer Art Kosten-Nutzen-Rechnung zweiten Grades zu ermitteln, ob es sich überhaupt lohnt, die benötigten Informationen zu beschaffen.<sup>96</sup> Sie unterstellten damit, dass die fehlenden Informationen grundsätzlich (wenn auch vielleicht nur zu hohen Kosten) erhältlich sind. Wie jedoch bereits erwähnt wurde, lässt sich besonders der voraussichtliche Nutzen einer Maßnahme selten genau bestimmen.<sup>97</sup>

## 2. Verschärftes Informationsproblem bei der formalen Kosten-Nutzen-Analyse

Die formale Kosten-Nutzen-Analyse ist mit einem sehr großen Informationsbedarf verbunden<sup>98</sup> und hält hierfür keine Lösung bereit. Die Kosten-Nutzen-Analyse erlaubt es zwar, verfügbare Informationen (soweit sie sich in Geldbeträge umwandeln lassen) zu verarbeiten, sodass am Ende ein einziger Geldbetrag errechnet wird, nämlich der Nettonutzen der ins Auge gefassten Maßnahme. Wie relevante Informationen zu beschaffen sind, sagt die Methode nicht. Ein weiteres Problem der formalen Kosten-Nutzen-Analyse ist das Risiko der Scheingenauigkeit. Der Geldbetrag, in dem der Nettonutzen einer Maßnahme auszudrücken ist, resultiert aus einer Schätzung und kann folglich nicht genauer sein als die Schätzung selbst, selbst wenn die Schätzung an sich fehlerfrei ist.

Illustrativ für diese Probleme ist eine Kosten-Nutzen-Analyse der britischen Regierung zur Frage, ob Großgesellschaften zur Veröffentlichung eines Lageberichts betreffend Geschäftsgang und Geschäftsaussichten verpflichtet werden sollten.<sup>99</sup> Die Studie versuchte gar nicht erst, den Nutzen dieser Offenlegungspflicht zu quantifizieren, sondern begnügte sich mit der Feststellung, Investoren benötigten die betref-

95 Siehe *Stokey/Zeckhauser*, Policy Analysis (Fn. 33), S. 219 ff. Zum hochmodernen Ansatz siehe vorne bei Fn. 41–46.

96 Siehe *Stokey/Zeckhauser*, Policy Analysis (Fn. 33), S. 219 ff.

97 Siehe vorne bei Fn. 72.

98 Siehe vorne bei Fn. 66–70.

99 *Department of Trade and Industry*, Final Regulatory Impact Assessment on the Operating and Financial Review and Directors' Report Regulations, 2006, archiviert unter [http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20070603164510/http://www.dti.gov.uk/cld/OFR\\_RIA.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20070603164510/http://www.dti.gov.uk/cld/OFR_RIA.pdf). Dazu auch *OECD*, RIA (Fn. 68), S. 160–162.



fenden Informationen.<sup>100</sup> Eine Quantifizierung wäre wohl auch kaum möglich gewesen, da die erhofften Effekte wie tiefere Kapitalkosten, liquidere Aktienmärkte und mehr Vertrauen der Investoren<sup>101</sup> schwer abzuschätzen und im letzteren Fall auch kaum monetär bewertbar sind. Dagegen wurden die Kosten der untersuchten Handlungsvarianten gestützt auf Schätzungen und historische Durchschnittswerte auf vier Stellen genau angegeben: Die kostengünstigste Variante wurde mit 103,7 Pfund Sterling beziffert, die teuerste mit 247,5 Mio. Pfund.<sup>102</sup> Dass es sich hier um eine Scheingenauigkeit handelt, bedarf keiner Begründung.

Wegen des beschriebenen Informationsproblems, aber auch wegen der Gefahr von Schätzfehlern, ist der von der formalen Kosten-Nutzen-Analyse verheißene Rationalitätsgewinn zumindest auf dem Gebiet des Handelsrechts kaum realisierbar. Dies hängt auch damit zusammen, dass der Anwendungsbereich der Kosten-Nutzen-Analyse im Verlaufe der Zeit immer weiter gezogen wurde, ohne dass sich an der Methode selbst etwas grundlegend verändert hätte. Die Kosten-Nutzen-Analyse wurde entwickelt, um staatliche Investitionsprojekte wie den Bau eines Staudamms zu beurteilen,<sup>103</sup> und eignet sich immer noch am besten zur Beurteilung staatlicher Programme, von denen eine vergleichsweise klar umgrenzte Gruppe profitieren soll und deren Kosten typischerweise der Staat trägt. Im Handelsrecht sind Kosten und Nutzen der Gesetzgebung viel diffuser, da sie bei den betroffenen Unternehmen und letztendlich bei deren Anspruchsgruppen wie Eignern, Arbeitnehmern oder Geschäftspartnern anfallen.<sup>104</sup>

Aus diesen Gründen ist die formale Kosten-Nutzen-Analyse als Rechtssetzungsinstrument auf dem Gebiet des Handelsrechts ungeeignet. Immerhin kann – wie noch zu erläutern sein wird – die weniger informationsschwere qualitative Kosten-Nutzen-Analyse im Rahmen der hier vorgeschlagenen Rechtssetzungsmethode zur Ermittlung der relevanten Annahmen beitragen.<sup>105</sup>

100 *Department of Trade and Industry*, RIA (Fn. 99), §§ 4–9 und 12 f. Kritisch auch *OECD*, RIA (Fn. 68), S. 160.

101 *Department of Trade and Industry*, RIA (Fn. 99), §§ 8 und 19.

102 A.a.O., § 194; zur Schätzmethode a.a.O., §§ 118 ff.

103 Siehe *Smith*, *Techniques* (Fn. 44), S. 739.

104 Aus ökonomischer Sicht können Kosten und Nutzen von Rechtsnormen nur bei natürlichen Personen anfallen, nicht jedoch bei juristischen Personen. Dies wird vor allem im Zusammenhang mit der Steuertragung hervorgehoben. Siehe etwa *H. S. Rosen/T. Gayer*, *Public Finance*, 9th ed., New York: McGraw-Hill 2010, S. 303; *J. Gruber*, *Public Finance and Public Policy*, 3rd ed., New York: Worth 2011, S. 559 f.

105 Siehe hinten bei Fn. 190–192.

### 3. Empirische Rechtsforschung und das Problem der Prognose-Unsicherheit

#### a) Sinn und Grenzen empirischer Rechtsforschung

Die (quantitative) empirische Rechtsforschung nimmt in den USA, aber auch im deutschsprachigen Raum,<sup>106</sup> einen immer wichtigeren Rang ein. Seit 2005 werden jährlich Hunderte empirischer Studien zu rechtswissenschaftlichen Themen publiziert.<sup>107</sup> Seit 2004 erscheint das *Journal of Empirical Legal Studies* und seit 2006 findet jährlich die *Conference on Empirical Legal Studies* statt.<sup>108</sup>

Die quantitative empirische Rechtsforschung ist eine willkommene Erweiterung des Kanons rechtswissenschaftlicher Forschungsansätze. Gerade weil quantitative Ergebnisse einen wichtigen Erkenntnisbeitrag zum „law in action“ leisten können, gilt es zu verhindern, dass überzogene Erwartungen an die Disziplin formuliert werden, welche nur Gegenreaktionen auslösen, die wiederum die Legitimität der Forschungsrichtung als Ganzes in Frage stellen. Deshalb ist es wichtig, die Grenzen des Erkenntniswerts quantitativer Rechtsforschung zu thematisieren. In diesem Sinne muss hier betont werden, dass quantitative Forschungsergebnisse einem Regelgeber nur beschränkt helfen können, verschiedene Handlungsvarianten zu bewerten. Selbst wenn ein Regelgeber genügend Zeit, Geld und Wissen hat, um ein Rechtssetzungsproblem empirisch zu analysieren, werden die Ergebnisse das Problem der Prognose-Unsicherheit, d.h. der Feststellbarkeit der Kausalität zwischen Invention und Ergebnis,<sup>109</sup> kaum lösen können. Dies sei im Folgenden an der Empirie zu gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen erläutert.

#### b) Geringe Aussagekraft von Beobachtungsstudien

Die meisten empirischen Studien zum Gesellschaftsrecht sind Beobachtungsstudien, bei denen ermittelt wird, ob bestimmte Eigenschaften einer Gesellschaft (z.B. eine Klausel in der Satzung) mit einem bestimmten Ergebnis (z.B. dem Marktwert der Gesellschaft) zusammenhängen, und zwar entweder im Zeitverlauf oder im Quer-

106 Stellvertretend einige Schweizer Studien zum Familien- und Gesellschaftsrecht: M. Cottier, Subjekt oder Objekt? Die Partizipation von Kindern in Jugendstraf- und zivilrechtlichen Kindesschutzverfahren, Bern: Stämpfli 2006, S. 117 ff.; L. Cantieni, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung, Bern: Stämpfli 2007, S. 139 ff.; C. L. Gehrer, Statutarische Abwehrmaßnahmen gegen Übernahmen, Zürich: Schulthess 2003, S. 59 ff.; R. Müller, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich: Schulthess 2005, S. 83 ff.; H. C. von der Crone/N. Reiser/E. Plaksen, Stimmrechtsaktien: Eine juristische und ökonomische Analyse, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 2010, S. 93. Aus der Feder des Verfassers siehe D. M. Häusermann, For a Few Dollars Less: Explaining State to State Variation in Limited Liability Company Popularity, 20 University of Miami Business Law Review 1 (2011).

107 Siehe die (unvollständige) von der UCLA Law School betriebene Datenbank unter <http://apps.law.ucla.edu/els/>. (Die Datenbank wird seit 2011 nicht mehr nachgeführt.)

108 Siehe *Society of Empirical Legal Studies* (Cornell University Law School), Conferences, <http://www.lawschool.cornell.edu/SELS/conferences.cfm>.

109 Siehe vorne bei Fn. 93.

schnitt als „Momentaufnahme“. <sup>110</sup> Diese Art von Beobachtungsstudien liefert vergleichsweise schwache Indizien zur Kausalität einer Maßnahme und steht deshalb ziemlich weit unten in der Hierarchie der Studiendesigns. <sup>111</sup> Es ist sehr schwierig, die Daten einer Beobachtungsstudie ökonometrisch so auszuwerten, dass daraus rechtspolitisch verwertbare Schlüsse gezogen werden können. <sup>112</sup> Namentlich können die sogenannte simultane Kausalität und die Selbstselektion das Ergebnis einer Beobachtungsstudie verzerren.

Eine simultane Kausalität liegt unter anderem vor, wenn die erklärende Variable und die erklärte Variable einander gegenseitig beeinflussen. <sup>113</sup> Angenommen, ein Forscher wolle den Zusammenhang zwischen dem Vorhandensein eines Vergütungsausschusses im Aufsichtsrat einer Publikumsgesellschaft (erklärende Variable) und dem Unternehmenswert (erklärte Variable) messen, weil er herausfinden möchte, ob ein Vergütungsausschuss das Vergütungssystem besser (d.h. anreizkompatibler) ausgestalten kann als der Gesamtaufsichtsrat. (Wenn ja, könnte der Regelgeber die Wohlfahrt steigern, indem er Publikumsgesellschaften zur Bildung eines Vergütungsausschusses verpflichtet.) <sup>114</sup> Die Studie wird den interessierenden Kausalzusammenhang kaum feststellen können, denn man kann sich gut vorstellen, dass die Kausalität auch in die andere Richtung geht: Lässt die Unternehmensperformance zu wünschen übrig, könnten die Aktionäre eher Druck auf den Aufsichtsrat ausüben, einen Vergütungsausschuss einzusetzen, als wenn die Performance gut ist. <sup>115</sup> Stellt die Studie einen positiven Zusammenhang zwischen dem Vorhandensein eines Vergütungsausschusses und dem Unternehmenswert fest, so hätte dies für den Regelgeber keinen Erkenntniswert, da es praktisch sehr schwierig ist, bei simultaner Kausalität einen

110 Siehe etwa die Literaturübersicht bei *S. Bhagat/R. Romano*, Empirical Studies of Corporate Law, in: A. M. Polinsky/S. Shavell (eds.), *Handbook of Law and Economics*, Vol. 2, Amsterdam etc.: Elsevier 2007, S. 960 ff.; betreffend das Board of Directors *R. Adams/B. E. Hermlin/M. S. Weisbach*, The Role of Boards of Directors in Corporate Governance: A Conceptual Framework and Survey, National Bureau of Economic Research Working Paper 14486, Cambridge, MA, November 2008, abrufbar unter <http://www.nber.org/papers/w14486>.

111 Siehe vorne bei Fn. 85–88.

112 Dazu grundlegend *Y. Listokin*, Interpreting Empirical Estimates of the Effect of Corporate Governance, 10 *American Law and Economics Review* 90 (2008). Vgl. auch *Bhagat/Romano*, Empirical Studies (Fn. 110), S. 959 f., die deshalb Eventstudien empfehlen.

113 Dazu statt aller *J. H. Stock/M. W. Watson*, *Introduction to Econometrics*, 3rd international ed., Upper Saddle River, NJ: Pearson 2011, S. 366–368.

114 Eine entsprechende Pflicht existiert seit 2014 in der Schweiz. Siehe Art. 7 VegüV (Fn. 94).

115 Im Zusammenhang mit der Struktur und dem Verhalten der Unternehmensleitung kann die simultane Kausalität gleich mehrfach auftreten. Siehe *B. E. Hermlin/M. S. Weisbach*, Boards of Directors as an Endogenously Determined Institution: A Survey of the Economic Literature, Federal Reserve Bank of New York Economic Policy Review, April 2003, S. 7 (8 f.); *Adams/Hermlin/Weisbach*, Role (Fn. 110), S. 1–5.

Kausalzusammenhang zu beweisen oder auszuschließen, der in eine bestimmte Richtung verläuft.<sup>116</sup>

Ein noch größeres und weitem anerkanntes Problem von Beobachtungsstudien der beschriebenen Art ist die Selbstselektion.<sup>117</sup> Im erwähnten Beispiel entscheiden die Aufsichtsräte selbst, ob sie einen Vergütungsausschuss einsetzen. Diese Entscheidung hängt oft von Umständen ab, die ein Außenstehender nicht feststellen kann, wie dem Macht- und Vertrauensverhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat oder den involvierten Persönlichkeiten. *Listokin* hat darauf hingewiesen, dass die gängigen ökonomischen Methoden, um das Problem der Selbstselektion zu bewältigen, keine allgemeinen Schlüsse über die Auswirkungen einer Rechtsnorm zulassen.<sup>118</sup> Vielmehr ließen sich damit nur die Auswirkungen auf Subjekte (z.B. Gesellschaften) ermitteln, denen bestimmte Eigenschaften gemein sind.<sup>119</sup>

Aus diesen Gründen erlauben es Beobachtungsstudien der beschriebenen Art dem Regelgeber kaum, verschiedene Handlungsvarianten zu bewerten.

### c) Problematik von Experimenten

Das im Hinblick auf Kausalzusammenhänge verlässlichste Studiendesign ist das kontrollierte Zufallsexperiment (*randomized controlled experiment*), bei dem eine Intervention (z.B. Medikation, Sozialprogramm) bei einem zufällig ausgewählten Teil der Probanden durchgeführt wird und dann die Resultate der behandelten Gruppe mit jenen der nicht behandelten (Kontroll-)Gruppe verglichen werden.<sup>120</sup> Im handelsrechtlichen Kontext müsste ein Regelgeber ein Feldexperiment durchführen, indem er eine neue Rechtsnorm erlässt, die nur für eine zufällig ausgewählte Gruppe von Unternehmen gilt, und nach einiger Zeit ermitteln, wie sich die Norm im Vergleich zu den nicht betroffenen Unternehmen ausgewirkt hat.

116 Siehe *Stock/Watson*, *Econometrics* (Fn. 113), S. 368 und S. 461 ff. Es müsste eine sogenannte Instrumentvariable gefunden werden, die mit der erklärenden Variablen zusammenhängt, bei der es jedoch aus theoretischen Gründen ausgeschlossen ist, dass sie die erklärte Variable direkt beeinflusst (vgl. a.a.O.). Eine Schweizer Studie zum Gesellschaftsrecht, die mehrere Instrumentvariablen verwendet, ist *H. C. von der Crone/E. Plaksen*, *The Value of Dual-Class Shares in Switzerland*, March 2010, <http://ssrn.com/abstract=1542780>, vgl. insbes. S. 17–19.

117 Siehe *Listokin*, *Interpreting* (Fn. 112), S. 94 f. m.w.H. Bei der Selbstselektion handelt es sich um einen Unterfall der Stichprobenverzerrung (*sampling bias* oder *sample selection bias*). Hierzu *Stock/Watson*, *Econometrics* (Fn. 113), S. 364 f.

118 *Listokin*, *Interpreting* (Fn. 112), S. 99–107.

119 A.a.O.

120 Singulär die Meinung von *K. van den Bosch/B. Cantillon*, *Policy Impact*, in: *Moran et al. (eds.)*, *Handbook* (Fn. 33), S. 296 (314), welche die Aussagekraft selbst von Experimenten in Bezug auf Kausalaussagen bezweifeln.

Ein derartiges Experiment könnte indessen den allgemeinen Gleichheitssatz verletzen.<sup>121</sup> Auch politisch wäre das Experiment kaum durchführbar, da sich wohl keine Regierung dem Vorwurf aussetzen möchte, Unternehmen als „Versuchskaninchen“ für ihre Experimente zu benutzen.<sup>122</sup> Der Vorwurf wäre zwar insofern ungerecht, als jede unerprobte Gesetzesnovelle ein natürliches Experiment darstellt. Ob diese Entgegnung im politischen Prozess überzeugen würde, ist jedoch zu bezweifeln.

Diese Probleme lassen sich umgehen, indem der Gesetzgeber eine neue Rechtsnorm erlässt und ihre Auswirkungen ex post evaluiert.<sup>123</sup> Die Gesetzgebung mit Evaluationsvorbehalt ist jedoch wenig befriedigend, denn der Gesetzgeber müsste das Ergebnis seines „Experiments“ bereits vor dessen Durchführung kennen.<sup>124</sup> Auch ist die Aussagekraft dieser Art von Experiment begrenzt, zumal zeitgleich auftretende Faktoren die Ergebnisse verzerren können („post hoc ergo propter hoc“).

#### d) Beschränkter Nutzen von Meta-Analysen

Die von den Vertretern der evidenzbasierten Rechtssetzung propagierte statistische Methode der Meta-Analyse kann das Problem der Prognose-Unsicherheit ebenfalls nicht lösen.<sup>125</sup> Plakativ gesagt, kann eine Meta-Analyse nicht besser sein als die von ihr analysierten Einzelstudien. Eine Meta-Analyse erlaubt es nicht, Rückschlüsse auf Kausalzusammenhänge zu ziehen, wenn die analysierten Studien dies von ihrem Design her nicht zulassen. Daneben wird in der Literatur teilweise sogar bezweifelt, ob Meta-Analysen angesichts ihres hohen Abstraktionsniveaus überhaupt geeignet sind, verlässliche Informationen über die Kausalität zwischen Maßnahme und Ergebnis zu liefern.<sup>126</sup>

Schließlich ist auf ein letztes Problem hinzuweisen, das bei jeder empirischen Studie auftreten kann, nämlich die sog. externe Gültigkeit, also die Übertragbarkeit ihrer Resultate auf eine andere Gruppe von Subjekten, auf ein anderes Land oder einen anderen Zeitraum.<sup>127</sup> Beispielsweise sind die Ergebnisse der zahlreichen Studien zum

121 Art. 1 Abs. 3 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 8 Abs. 1 Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft. Es wäre zu prüfen, ob die zufallsbasierte, zeitlich befristete Ungleichbehandlung zum Zweck der Verbesserung der Gesetzgebung ein sachlicher Grund ist, der die Ungleichbehandlung rechtfertigen würde.

122 Vgl. J. Hutton/P. Smith, Non-Experimental Quantitative Methods, in: H. T. O. Davies/S. M. Nutley/P. Smith (eds.), *What Works?: Evidence-Based Policy and Practice in Public Services*, Bristol: Policy Press 2000, S. 277 (kontrollierte Zufallsexperimente könnten in vielen Fällen nicht durchgeführt werden).

123 Der schweizerische Bundesgesetzgeber ist zur Evaluation verpflichtet (Art. 170 Bundesverfassung). Betrifft die Rechtsnorm börsennotierte Gesellschaften, kann zudem eine Eventstudie, welche die Reaktion des Kapitalmarkts auf die Ankündigung der Reform misst, eine erste Einschätzung der Wirkungen liefern. Diesbezüglich siehe *Bhagat/Romano*, *Empirical Studies* (Fn. 110), S. 947–956.

124 Pawson, *Evidence-Based Policy* (Fn. 93), S. 8.

125 Ebenso M. Heazle, *Uncertainty in Policy Making*, London/Washington, DC: Earthscan 2010, S. 135. Zur evidenzbasierten Rechtssetzung siehe vorne bei Fn. 55–58.

126 Siehe Pawson, *Evidence-Based Policy* (Fn. 93), S. 21 (43–47).

127 Zur externen Gültigkeit statt aller siehe *Stock/Watson*, *Econometrics* (Fn. 113), S. 355–358.

Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht aus den USA kaum auf die Verhältnisse in Kontinentaleuropa übertragbar, da die Rechtssysteme (man denke nur an das Prozessrecht) und das institutionelle Umfeld sich stark unterscheiden.<sup>128</sup>

#### 4. Herkömmliche Maßnahmen zur Vermeidung des Informationsproblems

Es wurden schon verschiedene Maßnahmen vorgeschlagen, um das Informationsproblem des Regelgebers zu umgehen oder zumindest zu mildern. Diese sind jedoch höchstens beschränkt hilfreich.

##### a) Senkung des „Beweismaßes“

Im schweizerischen Zivilprozessrecht werden Beweisprobleme – die nichts anderes sind als ein Informationsmangel in Bezug auf den relevanten Sachverhalt – durch eine Senkung des Beweismaßes gelöst. Statt des Regelbeweismaßes der vollen Überzeugung genügt in gewissen Situationen das Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.<sup>129</sup> Ähnliches fordert auch die Literatur zur Policy Analysis für den Fall, dass einem Regelgeber nur unzureichende Informationen vorliegen. Die betreffenden Autoren empfehlen, für die Rechtssetzung relevante Fakten „mit genügender Wahrscheinlichkeit“<sup>130</sup> oder „plausibel“<sup>131</sup> nachzuweisen, oder dann sprechen sie sich dafür aus, dass der Regelgeber eine fundierte Vermutung darüber anstelle.<sup>132</sup>

Scheitert im Zivilprozess ein Beweis trotz reduziertem Beweismaß, ist die Rechtsfolge die Beweislosigkeit – mit entsprechenden Folgen für den Prozessausgang. Bei der Rechtssetzung ist die logische Konsequenz der „Beweislosigkeit“, dass der Regelgeber nicht tätig wird und demnach den Status quo weitergilt. Damit wird der Status quo begünstigt. Dies ist nicht rational, da dem Regelgeber seinerzeit, bei Erlass des heutigen Status quo, nicht mehr Informationen zur Verfügung stehen konnten als in der Gegenwart, und zwar schon deshalb, weil der Regelgeber nicht in die Zukunft blicken kann. Folglich rechtfertigt es sich nicht, bei der Rechtssetzung ein fixes „Beweismaß“ anzuwenden.

##### b) Reduktion der Fragestellung auf Marktversagen

*Weimer* und *Vining* empfehlen, die Frage nach der Effizienz verschiedener Handlungsoptionen des Regelgebers zu vereinfachen, indem sie umformuliert wird zur

128 Zum Recht der Publikumsgesellschaft siehe etwa die Ausführungen zu einzelnen Ländern bei M. J. Roe, *Political Determinants of Corporate Governance*, Oxford/New York: Oxford University Press 2003, S. 63 ff.

129 BGE 132 III 715 E. 3.1; 130 III 321 E. 3.2 m.w.H. Kritisch, aber im Ergebnis gleich, I. Berger-Steiner, *Das Beweismaß im Privatrecht*, Bern: Stämpfli 2008, S. 97–99 (240 ff.). In Deutschland ist strittig, ob es unter § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO überhaupt ein Regelbeweismaß gibt und, wenn ja, ob dieses der Vollbeweis oder die überwiegende Wahrscheinlichkeit ist. Siehe die Übersicht bei Prütting in MüKo-ZPO § 286 Rn. 35–40.

130 Bardach, *Policy Analysis* (Fn. 33), S. 41.

131 Am deutlichsten W. N. Dunn, *Public Policy Analysis: An Introduction*, 2nd ed., Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall 1994 (aktuelle Ausgabe siehe Fn. 33), S. 90–92 und 98.

132 *Weimer/Vining*, *Policy Analysis* (Fn. 33), S. 349.

Frage, ob der Markt, in den der Regelgeber eingreifen würde, versagt.<sup>133</sup> Als Faustregel sei ein Markt als funktionierend anzusehen, wenn legale Marktpreise existieren.<sup>134</sup>

Dieses Vorgehen ist für weite Teile der Rechtssetzung, und gerade auch für das Handelsrecht, ungeeignet. Die von *Weimer* und *Vining* vorgeschlagene Interventionschwelle – das Nichtvorhandensein von Marktpreisen – ist extrem restriktiv und dürfte auf diesem Gebiet praktisch nie erfüllt sein. Deshalb begünstigt das Kriterium des Marktversagens den rechtlichen Status quo, obschon nicht gesichert ist, dass die betreffenden Normen effizient sind.

*Weimer* und *Vinings* Vorschlag lässt sich auch nicht retten, indem das Kriterium des Marktversagens zwar beibehalten, aber die Schwelle für die Annahme eines Marktversagens gesenkt wird. Meistens ist nämlich schwer zu beurteilen, wie gut ein Markt funktioniert. Ein Beispiel liefert das Thema der Vergütungen von Führungskräften.<sup>135</sup> Nach der von *Weimer* und *Vining* aufgestellten Vermutung funktioniert der Markt für Führungskräfte, da Marktpreise (sprich: Löhne) existieren und von Person zu Person und von Unternehmen zu Unternehmen variieren. Wie gut dieser Markt funktioniert, ist unbekannt, weshalb strittig ist, ob Reformen im Recht der Publikumsgesellschaft die Funktion des Marktes für Führungskräfte verbessern können.<sup>136</sup>

### c) Inkrementelle Reformen

Bereits früh wurden zur Bewältigung des Informationsproblems bei der Rechtssetzung inkrementelle Reformen empfohlen, mit denen der Status quo nur in kleinen Schritten verändert wird.<sup>137</sup> Die Verfechter der inkrementellen Methode lehnen Analysemethoden, welche Vollständigkeit anstreben (z.B. die Kosten-Nutzen-Analyse), ab.<sup>138</sup> Stattdessen gehen sie davon aus, dass ein schrittweises Vorgehen die Notwendigkeit beseitigt, sich auf (informationsintensive) Theorien abzustützen.<sup>139</sup> Der Regelgeber solle sich bereits dann für eine schrittweise Intervention entscheiden, wenn

133 A.a.O., S. 208.

134 A.a.O., S. 206.

135 Eine grafische Modellierung des Marktes für Führungskräfte unter verschiedenen Annahmen ist zu finden bei *D. M. Häusermann*, Eine ökonomische Analyse einer angedachten „Bonussteuer“ auf Vergütungen über bestimmte Millionenbeträge, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2012, S. 531.

136 Siehe etwa die Gegenüberstellung bei *L. Bebchuk/J. Fried*, Pay without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation, Cambridge, MA: Harvard University Press 2004, S. 15 ff. und 61 ff.

137 Grundlegend *Lindblohm*, Muddling Through (Fn. 46), S. 79 ff.; *ders.*, Still Muddling, Not Yet Through, 39 Public Administration Review 517 (1979). Ebenso *Heazle*, Uncertainty (Fn. 125), S. 21 f.

138 Siehe *Lindblohm*, Muddling Through (Fn. 46), S. 81.

139 A.a.O., S. 86.



sie von verschiedenen Experten befürwortet wird.<sup>140</sup> Im Vorfeld der Gesetzgebung müssten zudem die Auswirkungen der Maßnahme nur eingeschränkt beurteilt werden, da die betroffenen Kreise im politischen Prozess darauf aufmerksam machen könnten, wie sich die Maßnahme auf ihre Interessen auswirken wird.<sup>141</sup>

Die inkrementelle Methode erkaufte sich ihre informationelle Sparsamkeit zu einem hohen Preis: Die Informationsbeschaffung wird im Ergebnis an Experten und Lobbyisten ausgelagert. Expertenmeinungen können jedoch auch der Intuition entspringen, und außerdem können sich Experten uneinig sein. Noch problematischer ist, dass die Informationsbeschaffung den Interessenvertretern im politischen Prozess überlassen wird, und zwar auch dann, wenn die betreffenden Informationen bereits bei der Ausarbeitung einer Reform erhoben werden können. Der größte Nachteil der inkrementellen Methode ist jedoch ihr inkrementeller Charakter selbst. Die inkrementelle Methode blendet die Möglichkeit kategorisch aus, die Effizienz durch eine größere Reform zu steigern, und verschließt sich dadurch dem Effizienzsteigerungspotenzial größerer Reformen.

#### d) Gesetzgebung auf Probe

Manchmal wird empfohlen, dem Informationsproblem durch eine Gesetzgebung auf Probe zu begegnen.<sup>142</sup> Dabei wird ein Rechtssatz befristet erlassen, nach einiger Zeit evaluiert und je nach Ergebnis der Evaluation angepasst.<sup>143</sup>

Dieses Versuch-und-Irrtum-Verfahren erinnert an Bayes'sche statistische Verfahren, in denen der Betrachter von einer vorgefassten Vermutung über den relevanten Sachverhalt ausgeht und seine Erwartungen an neu erworbene Kenntnisse anpasst.<sup>144</sup> Im gleichen Sinne muss ein Regelgeber, der eine Norm auf Probe erlässt, diese gestützt auf eine vorgefasste Vermutung über ihre Wirkung formulieren. Durch die Evaluation erhält er neue Kenntnisse. Weichen diese von der bisherigen Vermutung ab, muss der Regelgeber die Norm gegebenenfalls anpassen. Damit wird deutlich, dass sich die Gesetzgebung auf Probe nicht prinzipiell von der gewöhnlichen Gesetzgebung mit Ex-post-Evaluation unterscheidet und an denselben, bereits erläuterten Schwächen leidet.<sup>145</sup>

Die Rechtssetzung auf Probe hat noch einen weiteren Nachteil. Erfolgt eine Gesetzesänderung bloß befristet und unter Vorbehalt einer Evaluation, wird die Rechts-

140 A.a.O., S. 83 f.

141 A.a.O., S. 85.

142 Siehe Müller, Rechtsetzungslehre (Fn. 21), Rn. 103 f. und 401, jedoch mit verfassungsrechtlichen Vorbehalten a.a.O., Rn. 104 f. Ähnlich Heazle, Uncertainty (Fn. 125), S. 137.

143 Müller, Rechtsetzungslehre (Fn. 21), Rn. 103.

144 Bayes'sche Methoden werden vereinzelt in der evidenzbasierten Rechtssetzungswissenschaft angewandt. Siehe J. Stamey/M. E. Sherr/N. J. Williams, Bayesian Analysis for Evidence-Based Practice in Social Work, 35 Social Work Research 46 (2011).

145 Dazu vorne bei Fn. 123 f.

und Planungssicherheit beeinträchtigt. Da Rechtsänderungen unter Umständen erhebliche Anpassungskosten verursachen, kann eine Gesetzgebung auf Probe die Rechtssubjekte davon abhalten, längerfristige Investitionen zu tätigen.

Aus diesen Gründen hat die Gesetzgebung auf Probe zu viele Nachteile, als dass sie ein taugliches Mittel zur Lösung des Informationsproblems wäre.

## 5. Ergebnis: keine befriedigende Lösung des Informationsproblems

Keine der untersuchten Methoden zur Bewertung verschiedener Rechtssetzungsoptionen hält eine befriedigende Lösung für das Informationsproblem bereit: Die Kosten-Nutzen-Analyse ist eher eine Ursache denn eine Lösung des Informationsproblems.<sup>146</sup> Empirische Rechtsforschung kann, selbst wo sie faktisch durchführbar ist, kaum Aufschlüsse über die bei der Rechtssetzung interessierenden Kausalzusammenhänge zwischen Rechtsnorm und Wirkung liefern.<sup>147</sup> Schließlich haben die weiteren in der Literatur vorgeschlagenen Wege zur Bewältigung des Informationsproblems – Senkung des „Beweismaßes“, Reduktion der Fragestellung auf Marktversagen, inkrementelle Reformen und Gesetzgebung auf Probe<sup>148</sup> – mehr Nach- als Vorteile.

## II. Das Komplexitätsproblem

Zu jeder Rechtsnorm gibt es zumindest theoretisch unendlich viele Varianten der Ausgestaltung. Das bereits früher verwendete Beispiel der Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder (§ 102 Abs. 1 AktG) illustriert dies.<sup>149</sup> Der Gesetzgeber kann eine Obergrenze<sup>150</sup> und/oder eine Untergrenze der Amtszeit festlegen. Zudem kann er eine gesetzliche Amtszeit festlegen, die entweder zwingend oder abdingbar ist<sup>151</sup> und im letzteren Fall mit einer Ober- und/oder Untergrenze verknüpft werden kann. Soweit die Gesellschaften die Amtsdauer selbst festlegen dürfen, kann der Gesetzgeber einem bestimmten Organ (Hauptversammlung oder Aufsichtsrat) die Entscheidungskompetenz einräumen, die wiederum zwingend oder dispositiv sein kann, und zusätzlich Regeln zur Entscheidungsfindung erlassen, etwa indem er für Abweichungen von der gesetzlichen Amtszeit besondere Mehrheitsvorschriften aufstellt. Weiter fiele in Betracht, Abweichungen mit Auflagen (z.B. Einhaltung bestimmter Organisations- oder Offenlegungsvorschriften) zu verbinden. Die Aufzählung kann an dieser Stelle abgebrochen werden, da sie zur Genüge zeigt, dass es selbst zu einer einfachen Frage

146 Siehe vorne Abschnitt D.I.2.

147 Siehe vorne Abschnitt D.I.3.

148 Siehe vorne Abschnitt D.I.4.

149 Siehe vorne bei Fn. 94.

150 Vgl. § 102 Abs. 1 AktG (ca. fünf Jahre); aus der Schweiz Art. 3 Abs. 2 VegüV (Fn. 94) und Art. 710 Abs. 1 Obligationenrecht (ein bzw. sechs Jahre für börsennotierte bzw. private Aktiengesellschaften).

151 Vgl. aus der Schweiz Art. 3 Abs. 2 VegüV (Fn. 94) und Art. 710 Abs. 1 Obligationenrecht (zwingend ein Jahr für börsennotierte und dispositiv drei Jahre für private Aktiengesellschaften).

zur Rechtssetzung kaum möglich ist, alle vorstellbaren Optionen zu ermitteln, und erst recht nicht, sie alle zu beurteilen.

Um verschiedene Handlungsoptionen zu ermitteln, wird unter anderem empfohlen, bestehende Ideen und rechtsvergleichende Erkenntnisse zu berücksichtigen.<sup>152</sup> Daneben stehen dem Regelgeber die gängigen Kreativitätstechniken zur Verfügung.<sup>153</sup> In einem zweiten Schritt muss ein Regelgeber nur schon wegen des im nachfolgenden Abschnitt zu erläuternden Ressourcenproblems eine Vorauswahl der Handlungsoptionen treffen, die eingehend geprüft werden sollen. Die Literatur empfiehlt, nur eine Handvoll Optionen – zwischen zwei und sieben – in die engere Auswahl zu nehmen.<sup>154</sup>

Diese Empfehlungen sind zwar hilfreich, doch bringen sie wenig System in die Aufgabenbearbeitung. Eine Systematik verschiedener Rechtstechniken wäre aber wünschenswert, damit der Regelgeber wenigstens die grundsätzlichen Möglichkeiten besser überblicken kann. Ansonsten müsste der Regelgeber nach seiner Intuition vorgehen.

Idealerweise wären die verschiedenen, bereits zur Ermittlung der Handlungsoptionen systematisierten Rechtstechniken abstrakt, d.h. losgelöst vom konkreten Rechtssetzungsproblem, zu evaluieren. Ein Regelgeber könnte dann bei der Bearbeitung einer Einzelfrage auf dieses Wissen zurückgreifen und sich auf die Ausarbeitung verschiedener Varianten innerhalb einer bestimmten Grobkategorie konzentrieren.

### III. Das Ressourcenproblem

Einem Regelgeber dürften nicht selten die Zeit und weitere Ressourcen fehlen, um eine Rechtssetzungsaufgabe in der nötigen Tiefe zu bearbeiten.<sup>155</sup> Die Zeitnot ergibt sich namentlich aus der Funktionsweise der Politik, wo oft rasche Antworten auf ein Problem gefragt sind,<sup>156</sup> nicht zuletzt weil sich das Zeitfenster, während dessen eine Reform politisch durchführbar ist, rasch schließen kann.<sup>157</sup> Neben der Zeit wird in

152 *Weimer/Vining*, Policy Analysis (Fn. 33), S. 345. Die Autoren empfehlen ebenfalls, allgemeine Kategorien von Interventionen wie Steuern, Lenkungsabgaben, Regulierung, Deregulierung usw. zu berücksichtigen. A.a.O. Bei der Rechtssetzung auf dem Gebiet des Handelsrechts sind diese Kategorien kaum von Bedeutung.

153 Vgl. *Goodin/Rein/Moran*, Public (Fn. 39), S. 22, die eine kreative Policy Analysis befürworten. Die Ratgeberliteratur zu Kreativitätstechniken ist unüberschaubar. Siehe z.B. *H. Backerra/C. Malorny/W. Schwarz*, Kreativitätswerkzeuge: kreative Prozesse anstoßen – Innovationen fördern, 3. Aufl., München 2007.

154 Siehe *Weimer/Vining*, Policy Analysis (Fn. 33), S. 348 (3 bis 7 Varianten); *Bardach*, Policy Analysis (Fn. 33), S. 49 (2 bis 5 Varianten); anders *Harrington/Heinzerling/Morgenstern*, What We Learned (Fn. 80), S. 221 (mehr als bloß einige wenige Varianten).

155 Dies ist soweit ersichtlich unbestritten. Siehe etwa *Dunn*, Policy Analysis (Fn. 33), S. 4; *Weimer/Vining*, Policy Analysis (Fn. 33), S. 349; *Heazle*, Uncertainty (Fn. 125), S. 136; sowie die Nachweise in den folgenden Fußnoten.

156 Siehe *Noll*, Gesetzgebungslehre (Fn. 2), S. 96; *Müller*, Rechtsetzungslehre (Fn. 21), Rn. 130.

157 Siehe *Schuppert*, Governance (Fn. 19), S. 34 m.H.

der Regel auch das Geld – und möglicherweise das Fachwissen – knapp sein.<sup>158</sup> Diese Ressourcen sind teilweise substituierbar (z.B. kann der Regelgeber Fachwissen von Beratern „einkaufen“ und damit auch Zeit sparen) und deswegen so eng miteinander verknüpft, dass sie zu einem einzigen Ressourcenproblem zusammengefasst werden können.

Das Ressourcenproblem hängt eng mit dem Informations- und dem Komplexitätsproblem zusammen.<sup>159</sup> So ist das Informationsproblem eine wichtige Ursache des Ressourcenproblems, da die Informationsbeschaffung ressourcenintensiv ist.<sup>160</sup> Beispielsweise kostet ein Regulatory Impact Assessment der US-amerikanischen Bundesverwaltung etwa eine Million Dollar.<sup>161</sup> Umgekehrt bedingen sich das Komplexitäts- und das Ressourcenproblem gegenseitig.<sup>162</sup> Mit unbeschränkten Ressourcen wäre es theoretisch möglich, alle vorstellbaren Handlungsoptionen zu ermitteln und zu prüfen, und umgekehrt verursacht die Anzahl der Möglichkeiten erst den Ressourcenbedarf.

#### IV. Die Nirwana-Täuschung und das Kriterium der Verbesserungsfähigkeit

Ein weiteres Problem bei der Rechtssetzung ist die Gefahr, der sogenannten Nirwana-Täuschung (*nirvana fallacy*) zu unterliegen.<sup>163</sup> Mit „Nirwana-Täuschung“ wird der Denkfehler bezeichnet, eine Situation mit einem hypothetischen und unerreichbaren Ideal zu vergleichen.<sup>164</sup> Der Begriff wurde 1969 vom Ökonomen *Harold Demsetz* formuliert, der damit die seinerzeit vorherrschende hochmoderne Policy Analysis kritisierte.<sup>165</sup> Der Gedanke ist jedoch älter und klang schon bei *Eugen Hubers* Forderung an, der Gesetzgeber müsse die Realien der Gesetzgebung beachten, was impliziert, dass er auch die Restriktionen berücksichtigen muss, welche die Realien dem Gesetzgeber auferlegen.<sup>166</sup>

Bei der Rechtssetzung unterliegt der Nirwana-Täuschung, wer eine existierende rechtliche Regelung kritisiert, weil er sie mit einem Idealzustand vergleicht statt mit

158 Vgl. *Weimer/Vining*, Policy Analysis (Fn. 33), S. 349.

159 Siehe soeben Abschnitte D.I und D.II.

160 Vgl. *Müller*, Rechtsetzungslehre (Fn. 21), Rn. 402; *Heazle*, Uncertainty (Fn. 125), S. 136.

161 *Harrington/Heinzerling/Morgenstern*, RIA (Fn. 80), S. 236. Zu Regulatory Impact Assessments siehe vorne Abschnitt C.III.2.

162 Vgl. *Zeckhauser/Schaefer*, Public Policy (Fn. 40), S. 92.

163 Die Idee wurde in dieser Form erstmals von *Demsetz* formuliert. Siehe *H. Demsetz*, Information and Efficiency: Another Viewpoint, 12 *Journal of Law and Economics* 1, 1 (1969).

164 Siehe a.a.O.

165 A.a.O., S. 1 ff. Zum hochmodernen Paradigma der Rechtssetzungslehre siehe vorne bei Fn. 38–46.

166 Siehe *Huber*, Rechtsverwirklichung (Fn. 21), insbes. S. 282 und 286.

den real verfügbaren Alternativen.<sup>167</sup> Rechtssetzung findet statt in einer „Welt der unvollkommenen Alternativen“.<sup>168</sup> Ein Vergleich mit einem unerreichbaren Ideal richtet die Aufmerksamkeit der Politik auf das Ungenügen des Status quo, wodurch die entscheidende Frage, ob eine der erreichbaren Alternativen besser ist als der Status quo, ausgeblendet wird.<sup>169</sup> Dies mag auch der Hintergrund des berüchtigten, weil zynischen Politiker-Syllogismus sein: „Something must be done. This is something. Therefore we must do it.“<sup>170</sup> Es ist klar, dass es hier vom Zufall abhängt, ob eine Reform gegenüber dem Status quo eine Verbesserung bringen wird.

Das Gegenstück zur Nirwana-Täuschung ist das Kriterium der Verbesserungsfähigkeit (*remediableness*).<sup>171</sup> Dieses ist erfüllt, wenn eine Alternative zu einem bestimmten Zustand formuliert werden kann, die – unabhängig davon, was genau maximiert wird – mit einem Nettogewinn umgesetzt werden kann.<sup>172</sup> Ist der Maximand die ökonomische Effizienz, besagt das Kriterium der Verbesserungsfähigkeit, dass nur umsetzbare Alternativen anhand des Kaldor-Hicks-Effizienzkriteriums verglichen werden dürfen. Es versteht sich von selbst, dass eine Rechtssetzungsmethode nur zu Handlungsempfehlungen führen sollte, die das Kriterium der Verbesserungsfähigkeit erfüllen.

## V. Zwischenergebnis: Anforderungen an eine Rechtssetzungsmethode

Die effizienzorientierte Rechtssetzung ist mit vier grundlegenden und zusammenhängenden Problemen konfrontiert.

Erstens leidet die Rechtssetzung unter chronischem Informationsmangel, u.a. weil die voraussichtlichen Auswirkungen einer Maßnahme des Regelgebers schwer abzuschätzen sind und von vielen Faktoren abhängen.<sup>173</sup> Eine Rechtssetzungsmethode muss deshalb informationell sparsamer sein als herkömmliche Instrumente der Rechtssetzung und der Gesetzesfolgenabschätzung.

Zweitens besteht ein Komplexitätsproblem: Die Anzahl Handlungsoptionen bei der Rechtssetzung ist grundsätzlich unbeschränkt, und erst recht ist es nicht möglich, alle vorstellbaren Optionen zu beurteilen.<sup>174</sup> Um dem Regelgeber die Auswahl zu er-

167 Demsetz, Information (Fn. 163), S. 1; ihm folgend etwa F. H. Easterbrook/D. R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1991, S. 106; J. R. Macey, *Corporate Law and Corporate Governance: A Contractual Perspective*, 18 *Journal of Corporation Law* 185, 194 (1993).

168 Kleiman/Teles, *Market Failures* (Fn. 50), S. 645.

169 Vgl. Demsetz, Information (Fn. 163), S. 1.

170 Der Syllogismus stammt aus der britischen Sitcom „Yes, Prime Minister“, Serie 2 Folge 5: „Power to the People“ (BBC 1988).

171 Übersicht über die Begriffsgeschichte bei O. E. Williamson, *The Mechanisms of Governance*, Oxford: Oxford University Press 1996, S. 210.

172 A.a.O., S. 195 und 210.

173 Siehe vorne Abschnitt D.I.

174 Siehe vorne Abschnitt D.II.

leichtern, sollten die verschiedenen zur Verfügung stehenden Rechtstechniken systematisiert werden.

Drittens existiert ein Ressourcenproblem.<sup>175</sup> Da dieses eng mit dem Informations- und dem Komplexitätsproblem zusammenhängt, wird eine Rechtssetzungsmethode, die diese beiden Probleme bewältigt, auch ressourcenschonend sein.

Viertens ist die sogenannte Nirwana-Täuschung zu vermeiden: Der Ist-Zustand und die verfügbaren Handlungsoptionen dürfen nicht an einem unerreichbaren Ideal gemessen werden, sondern nur an den machbaren Alternativen.<sup>176</sup>

Eine Methode zur Setzung effizienter Rechtsnormen sollte die vier beschriebenen Herausforderungen besser bewältigen, als es herkömmliche Methoden der Gesetzgebungslehre tun.

## E. Die annahmenbasierte Rechtssetzungsmethode

### I. Grundlagen

#### 1. Effizienz als relativer Maßstab

Der Schlüssel zur Bewältigung der in Abschnitt D identifizierten Probleme liegt im Begriff der ökonomischen Effizienz selbst. Effizienz ist ein relativer Maßstab. Ein Effizienzkriterium erlaubt es, zwei Zustände zu vergleichen und eine Aussage darüber zu machen, welcher von beiden effizienter ist. So fragt das Kaldor-Hicks-Kriterium danach, ob nach einem Wechsel vom Zustand A zu Zustand B die Gewinner die Verlierer entschädigen könnten und für sie danach immer noch ein Gewinn verbliebe.<sup>177</sup> Das ältere Pareto-Kriterium fragt, ob ein Zustandswechsel für mindestens einen Beteiligten einen Gewinn brächte und für die anderen wenigstens keinen Verlust.<sup>178</sup> Es werden also immer zwei Zustände verglichen. Dagegen kann kein Effizienzkriterium darüber Auskunft geben, ob ein bestimmter Zustand „absolut“ effizient ist, d.h. ob er effizienter ist als alle anderen möglichen Zustände. Bestenfalls erlaubt ein Effizienzkriterium die Aussage, ein bestimmter Zustand sei effizienter als alle anderen untersuchten Zustände. Die Aussage, eine bestimmte Rechtsnorm sei effizient, kann also höchstens bedeuten, dass der betreffenden Person keine andere Rechtsnorm bekannt ist, die effizienter ist als jene.

Da es keinen „absoluten“ Effizienzmaßstab gibt, an dem ein Regelgeber verschiedene Handlungsoptionen messen könnte, bleibt ihm nichts anderes übrig, als die in Betracht fallenden Alternativen paarweise miteinander zu vergleichen, und zwar so lange, bis eine Alternative sich als effizienter herausstellt als alle andern.

175 Siehe vorne Abschnitt D.III.

176 Siehe vorne Abschnitt D.IV.

177 Siehe vorne bei Fn. 13.

178 Siehe statt aller *Schäfer/Ott*, ÖAR (Fn. 4), S. 13.

## 2. Effizienz als faktischer Begriff

Ebenso wichtig für die Entwicklung der Rechtssetzungsmethode ist die Feststellung, dass die Frage, ob ein Zustand (z.B. eine Rechtsnorm) effizienter ist als ein anderer Zustand, keine Wertungsfrage darstellt, sondern faktischer Natur ist. Wie sich die Änderung einer Rechtsnorm auf die Gesamtwohlfahrt auswirken wird, hängt davon ab, wie die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer darauf reagieren.<sup>179</sup> *Friedman* formulierte dies so: “Any policy conclusion necessarily rests on a prediction about the consequences of doing one thing rather than another, a prediction that must be based – implicitly or explicitly – on positive economics.”<sup>180</sup> Diese Vorhersage ist mithin empirischer Natur, weshalb es grundsätzlich möglich ist, sie mit den Instrumenten der positiven Ökonomie<sup>181</sup> zu ermitteln.

Während also der Entscheid, das Effizienzkriterium überhaupt anzuwenden, ein Wertungsentscheid ist,<sup>182</sup> so ist die Anwendung des Effizienzkriteriums – also die Frage, ob eine Rechtsnorm effizienter ist als eine andere – empirischer und damit faktischer Natur. Die Effizienzbeurteilung einer Norm ist somit nur mittelbar das Ergebnis einer Wertung.

## 3. Unterschiedliche Effizienzbeurteilungen als nicht grundlegende Werturteile

Bekanntlich können auch Experten, die sich über das Effizienzziel eines Rechtsgebietes einig sind, unterschiedlicher Auffassung sein, ob eine Rechtsnorm A effizienter ist als ihre Alternative B. Da der Effizienzvergleich, wie erläutert, faktischer Natur ist, müssen sich solche Meinungsverschiedenheiten auf unterschiedliche Fakten beziehen. In der normativen Ökonomik spricht man diesbezüglich von nicht grundlegenden Werturteilen (*nonbasic value judgments*).<sup>183</sup> Während grundlegenden Werturteile (*basic value judgments*) einer rationalen Diskussion unzugänglich sind, kann man über nicht grundlegende Werturteile gestützt auf Fakten oder Logik diskutieren.

179 Ähnlich *S. Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts: Ein rechtsökonomischer Beitrag zu einer Rechtsetzungslehre des Privatrechts, Tübingen 2010, S. 16. Eine Wertung ist nur soweit unvermeidlich, als der Betrachter gegebenenfalls immaterielle Kosten oder Nutzen monetär bewerten muss.

180 *M. Friedman*, The Methodology of Positive Economics, in: Essays in Positive Economics, Chicago: University of Chicago Press 1953, S. 3 (5) (eigene Übersetzung). Ähnlich schon *J. N. Keynes*, The Scope and Method of Political Economy, London/New York: Macmillan 1904, S. 52; ebenso *A. Sen*, Collective Choice and Social Welfare, San Francisco: Holden-Day, 1970, S. 58; *Blaug*, Methodology (Fn. 10), S. 116; *van Aaken*, Rational Choice (Fn. 13), S. 336.

181 Die positive (erklärende) Ökonomie ist heute die dominante ökonomische Forschungsrichtung. Ihre präskriptive Schwesterdisziplin ist die normative Ökonomik, die mit der angewandten Ethik verwandt ist. Die Unterscheidung zwischen positiver und normativer Ökonomie geht – vielleicht nicht zufällig – auf einen Juristen zurück, nämlich auf *Nassau William Senior*. Dazu *Blaug*, Methodology (Fn. 10), S. 54.

182 Siehe vorne bei Fn. 10.

183 Dazu und zum Folgenden *Friedman*, Methodology (Fn. 180), S. 5; *Sen*, Collective Choice (Fn. 180), S. 59 f.; ebenso *Blaug*, Methodology (Fn. 10), S. 115 f. Die im Text verwendete Terminologie stammt von *Sen*, a.a.O.



Ein Test, ob ein Werturteil grundlegend ist oder nicht, ist die Frage, ob jemand bereit ist, seine Meinung zu ändern, wenn sich die zugrundeliegenden Fakten ändern.<sup>184</sup> Wird die Frage mit Ja beantwortet, so handelt es sich um ein nicht grundlegendes Werturteil. Auf ein solches bezieht sich denn auch der *John Maynard Keynes* zugeschriebene Satz: “When my information changes, I alter my conclusions. What do you do, sir?”<sup>185</sup> Die nur vordergründig herablassende Frage ermöglicht es dem Fragenden herauszufinden, welchen Charakter das Werturteil des Gesprächspartners hat. Antwortet dieser, er bleibe bei seiner Meinung, so ist sein Werturteil grundlegender Natur; würde er seine Meinung ändern, so ist es nicht grundlegend.

Ähnlich unterschied schon *Max Weber* zwischen Wertungsaxiomen, die einer wissenschaftlichen Diskussion unzugänglich sind, und praktischen Wertungen, welche die faktischen Konsequenzen aus der Durchführung eines bestimmten Wertungspostulats aufzeigen.<sup>186</sup> Grundlegende Werturteile sind in der Sprache *Webers* Wertungsaxiome; nicht grundlegende Werturteile sind praktische Wertungen.

Da die Frage, welche von zwei Normen effizienter ist, faktischer Natur ist, sind Meinungsverschiedenheiten unter Personen, die das Effizienzziel teilen, nicht auf unterschiedliche grundlegende Werturteile zurückzuführen – sie sind vielmehr das Ergebnis nicht grundlegender Werturteile. Dies ist die Voraussetzung, dass über die Effizienz verschiedener Rechtsinstitute überhaupt rational debattiert werden kann. Ohne diese Voraussetzung wäre es müßig, eine Rechtssetzungsmethode vorzuschlagen, die den Anspruch erhebt, die Rechtssetzung auf dem Gebiete des Handelsrechts zu systematisieren und zu rationalisieren.

#### 4. Unterschiedliche Annahmen als Ursache der Meinungsverschiedenheiten

Da unterschiedliche Ansichten über die Effizienz zweier Rechtsnormen eine faktische Grundlage haben müssen, können sie nur eine Ursache haben: unvollkommenes Wissen. Genauer gesagt, liegt die Ursache in einem Mangel an gesicherten Informationen über die Auswirkungen, die ein Wechsel von der Rechtsnorm A zur Rechtsnorm B hätte. Davon kann man sich leicht überzeugen, wenn man das Gesagte ins Gegenteil verkehrt: In einer Welt, in der sämtliche Auswirkungen einer Rechtsänderung im Voraus bekannt sind, kann man nicht in guten Treuen unterschiedlicher Ansicht sein, welche von zwei Rechtsnormen die effizientere ist. Meinungsverschiedenheiten in Bezug auf die Effizienz von Rechtsnormen sind mit anderen Worten eine direkte Folge des in Abschnitt D.I diskutierten Informationsproblems.

184 Vgl. *Sen*, *Collective Choice* (Fn. 180), S. 59 f.

185 Für das Zitat gibt es keinen gesicherten Beleg.

186 *M. Weber*, *Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften*, in: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (J. Winckelmann Hrsg.), 5. Aufl., Tübingen 1982, S. 489, 508 und 510 f. Ähnlich *ders.*, „Objektivität“ (Fn. 60), S. 149. Der Hinweis auf den Bezug zu *Weber* stammt von *Blaug*, *Methodology* (Fn. 10), S. 117.

Bei Informationsmangel – also eigentlich immer – ist es nur möglich, zu einer Meinung über die Effizienz einer Rechtsnorm zu gelangen, wenn die fehlende Information durch faktische Annahmen<sup>187</sup> über die betroffenen Sachverhalte überbrückt wird.<sup>188</sup> Dies gilt auch für einen effizienzorientierten Regelgeber. Dieser muss bei der Rechtssetzung Annahmen über die relevanten faktischen Gegebenheiten treffen und sich gestützt darauf eine Meinung bilden, welche der zur Debatte stehenden Optionen die effizienteste ist. Diese Annahmen können vielfältiger Natur sein. Sie können etwa das Verhalten von Akteuren wie Kaufleuten, Aufsichtsräten, Vorständen, Gesellschaftern, aber auch von Politikern und Regulatoren betreffen. Beispiele sind die Annahme voller oder beschränkter Rationalität oder die Annahme, dass Agenten sich opportunistisch verhalten. Gegenstand faktischer Annahmen können auch Kausalzusammenhänge auf überindividueller Ebene sein, wie etwa zur Funktionsweise des Kapitalmarkts oder eines anderen Marktes. Solche Annahmen werden sich nicht selten auf ökonomische Theorien stützen, die entsprechende Kausalzusammenhänge postulieren oder erklären.

Insbesondere bei handelsrechtlichen Normen wäre es – von Einzelfällen abgesehen – abwegig zu glauben, die für eine Effizienzbeurteilung nötigen Annahmen könnten jemals soweit empirisch erhärtet oder verworfen werden, dass ein Konsens darüber entsteht, welche Normen effizient sind und welche nicht. Folglich muss eine Rechtssetzungsmethode, mit der die Effizienz verschiedener Rechtsnormen beurteilt werden soll, das den Annahmen zugrunde liegende Informationsproblem irgendwie umgehen. Dabei bietet es sich an, wie folgt vorzugehen:

Da Effizienz ein relativer Maßstab ist, sind die infrage kommenden Normen paarweise miteinander zu vergleichen. Dazu sind die faktischen Annahmen zu ermitteln, die getroffen werden müssen, um zum Schluss zu gelangen, dass die eine Regel effizienter ist als die andere. Das Zwischenergebnis ist eine Liste kumulativer oder alternativer „Effizienzzannahmen“. Ein rationaler effizienzorientierter Regelgeber wird seine Wahl davon abhängig machen, wie plausibel die soeben identifizierten Annahmen sind. Zumal die Auswahl jeweils auf zwei Normen beschränkt ist, kommt es nur darauf an, ob die Annahmen, unter denen die eine Regel effizienter ist als die andere, eher zutreffen, als dass sie nicht zutreffen. Die „obsiegende“ Regel kann sodann mit einer weiteren Regel verglichen werden. Die Prozedur lässt sich beliebig wiederholen, bis sämtliche infrage kommenden Normen geprüft worden sind und

187 Der hier verwendete Begriff der Annahmen ist weiter als der (umstrittene) Annahmenbegriff der positiven Ökonomie. Zu letzterem und zu den Streitpunkten siehe *Blaug, Methodology* (Fn. 10), S. 57 f. und 91–99 m.w.H.

188 Zum Gesellschaftsrecht vgl. *Easterbrook/Fischel*, *Economic Structure* (Fn. 167), S. 4 (Meinungen über Gesellschaftsrecht hingen von Annahmen über das Verhalten von Investoren, Angestellten und anderer Akteure ab).

damit feststeht, bei welcher von ihnen die Wahrscheinlichkeit am größten ist, dass sie effizient ist.

Diese Heuristik ist das Kernstück der vorgeschlagenen Rechtssetzungsmethode. Sie ist im nachfolgenden Abschnitt im Detail zu erläutern.

## II. Erster Schritt: Identifikation der Effizienzannahmen

Der erste Schritt der annahmenbasierten Rechtssetzungsmethode besteht darin, für jedes Paar von Regeln, die miteinander verglichen werden sollten, die faktischen Annahmen zu ermitteln, unter denen die eine Regel effizienter ist als die andere. Die derzeit geltende Rechtsregel ist hierbei gleich zu behandeln wie alle anderen zu prüfenden Regeln. Der Regelgeber muss also folgende Frage beantworten:

*Frage 1: Welche faktischen Annahmen sind zu treffen, um zum Schluss zu gelangen, dass Regel A effizienter ist als Regel B?*

Die zu ermittelnden Annahmen können grundsätzlich beliebige Tatsachen und Zusammenhänge zum Gegenstand haben, wie etwa das Verhalten von Kaufleuten, Gesellschaftern, Regulatoren usw. oder ökonomische Zusammenhänge.<sup>189</sup> Wichtig ist, dass die Annahmen sich auf Tatsachen beziehen und damit grundsätzlich objektiv feststellbar sind.

Zur Ermittlung der einer Rechtsnorm zugrunde liegenden Annahmen gibt es kein Patentrezept. Es kann jedoch hilfreich sein, auf die qualitative Kosten-Nutzen-Analyse zurückzugreifen, bei welcher Kosten und Nutzen einer Rechtsnorm qualitativ beschrieben werden.<sup>190</sup> Diese Methode hält den Regelgeber dazu an zu ermitteln, inwiefern genau eine Rechtsnorm einen Nutzen stiften könnte und welchen Beteiligten dabei welche Kosten anfallen könnten.<sup>191</sup> Dabei können auch Wissenslücken erkannt werden.<sup>192</sup>

Sind die möglichen Vorteile und Kosten einer Rechtsnorm (immer im Vergleich zu einer anderen Rechtsnorm) identifiziert, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Nutzen eintreten wird bzw. die Kosten anfallen werden. Bei der Beantwortung dieser Frage werden ökonomische Theorien eine wichtige Rolle spielen, da diese typischerweise einen Kausalzusammenhang postulieren und es somit erlauben, bestimmte Annahmen miteinander zu verknüpfen. Beispielsweise kann die kapitalmarktbezogene Offenlegung durch Emittenten die Preisgenauigkeit der betreffenden Wertpapiere nur verbessern, wenn angenommen wird, dass die offengelegten Informationen im Durchschnitt Preisanpassungen nach oben auslösen, wenn sie die

189 Siehe vorne Abschnitt E.I.4.

190 Siehe vorne Abschnitt C.III.1 nach Fn. 71.

191 Vgl. *Harrington/Heinzerling/Morgenstern*, RIA (Fn. 68), S. 12.

192 A.a.O., S. 13.

Erwartungen der Anleger übertreffen, und nach unten, wenn sie die Erwartungen enttäuschen.<sup>193</sup>

Es ist zu betonen, dass hier nur jene Annahmen interessieren, in denen sich die zu vergleichenden Rechtsnormen unterscheiden. Sind beide Normen unter derselben Annahme wirksam, kann diese Annahme ignoriert werden, weil sie nichts zur Beurteilung beiträgt, welche der beiden Normen effizienter ist. Werden etwa zwei Offenlegungsvorschriften miteinander verglichen, ist es für die Effizienzbeurteilung ohne Bedeutung, welche Annahmen über die Informationsverarbeitung durch die Finanzmärkte getroffen werden müssen.

Am Ende dieses ersten Schrittes der Rechtssetzungsmethode wird der Regelgeber über eine Liste kumulativer oder alternativer Annahmen verfügen, unter denen die Rechtsnorm A effizienter ist als Rechtsnorm B.

### III. Zweiter Schritt: Plausibilitätsvergleich

Hat der Regelgeber die Annahmen ermittelt, unter denen die eine Regel effizienter ist als die andere, muss er in einem zweiten Schritt prüfen, wie plausibel diese Annahmen sind. Damit stellt sich die Frage, wie dieser Plausibilitätstest genau auszugestalten ist. In der Rechtssetzungslehre gibt es Autoren, die verlangen, eine Maßnahme des Regelgebers müsse mit „genügender Wahrscheinlichkeit“ oder „plausiblerweise“ Vorteile gegenüber dem Status quo haben.<sup>194</sup> Die Handlungsanweisung für den Regelgeber lässt sich jedoch präziser fassen. Stehen dem Regelgeber wie hier nur zwei Regeln zur Auswahl, wird er, wenn er rational ist, jene Regel bevorzugen, bei der die Wahrscheinlichkeit größer ist, dass sie die effizientere ist. Dies wiederum hängt davon ab, wie plausibel die Annahmen sind, unter denen die eine Regel effizienter ist als die andere.<sup>195</sup> Die entsprechende Frage kann darum wie folgt formuliert werden:

*Frage 2: Treffen die mit Frage 1 ermittelten Annahmen, unter denen Regel A effizienter ist als Regel B, eher zu, als dass sie nicht zutreffen?*

Auch diese Frage ist für jedes untersuchte Regelpaar zu beantworten, bis nur noch eine Regel – jene mit den plausibelsten Effizienzannahmen – übrig bleibt.

193 Manche Juristen scheinen darüber hinaus davon auszugehen, Offenlegungsvorschriften basierten auf der halbstrengen Kapitalmarkteffizienzhypothese, also auf der Annahme, dass sich öffentlich zugängliche Informationen in den Aktienkursen widerspiegeln. Siehe C. J. Meier-Schatz, Wirtschaftsrecht und Unternehmenspublizität, Zürich: Schulthess 1989, S. 201–205; ihm folgend H. Merkt, Unternehmenspublizität: Offenlegung von Unternehmensdaten als Korrelat der Marktteilnahme, Tübingen 2001, S. 216; ebenso T. Jutzi, The System of Disclosure Obligations in U.S. Capital Market Law, ZVglRWiss 2010, S. 445 (451).

194 Siehe die Nachweise vorne in Fn. 130–132.

195 Siehe vorne Abschnitt E.I.4.

Der in Frage 2 enthaltene Plausibilitätstest lässt sich mathematisch ausdrücken: Regel A besteht den Test, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass die Effizienzannahmen zutreffen, höher ist als fünfzig Prozent.<sup>196</sup> Kommt der Regelgeber zum Schluss, die Wahrscheinlichkeit betrage genau fünfzig Prozent, gibt es keinen Grund, eine der beiden Regeln zu bevorzugen, es sei denn, diese entspreche dem geltenden Recht. Diesfalls wäre eine Rechtsänderung schon wegen der Transaktionskosten nicht opportun.

Die Angabe einer prozentualen Wahrscheinlichkeit dient bloß der Veranschaulichung, da es in der Praxis nicht möglich sein wird, diese Wahrscheinlichkeit zahlenmäßig zu ermitteln. Im Gegenteil: Wird eine Zahl angegeben, liegt der Verdacht nahe, dass diese eine Scheingenauigkeit vermitteln soll. Deshalb ist die Frage 2 bewusst qualitativ formuliert.

Die Plausibilität der relevanten Annahmen ist in ihrer Gesamtheit abzuschätzen. Dies bedeutet Verschiedenes, je nachdem ob die Annahmen kumulativ oder alternativ sind. Sind sie kumulativ, muss es wahrscheinlicher sein, dass alle von ihnen zutreffen, als dass eine von ihnen nicht zutrifft. Soweit sie alternativ sind, muss es wahrscheinlicher sein, dass (irgend-)eine von ihnen zutrifft, als dass keine einzige zutrifft. Folglich werden alternative Annahmen den Plausibilitätstest tendenziell eher bestehen als kumulative Annahmen.

Da der hier vorgeschlagene Plausibilitätstest wie die Effizienz selbst<sup>197</sup> relativ ist (er lässt bloß einen Vergleich zweier Regeln zu), ist es möglich, dass beide verglichenen Regeln weniger effizient sind als eine dritte Regel. Dies mag als unbefriedigend erscheinen, ist aber unvermeidlich. Es gibt keinen Weg, um herauszufinden, ob eine Rechtsnorm absolut, d.h. im Vergleich zu sämtlichen Alternativen, effizient ist. Außerdem muss nach dem Prinzip der Verbesserungsfähigkeit<sup>198</sup> eine dritte, effizientere Regel jeweils erst gefunden werden. Ist dies nicht der Fall, so ist es müßig zu beklagen, dass der Plausibilitätstest die bloß hypothetische Möglichkeit, dass eine solche Regel gefunden werden kann, nicht berücksichtigt. Letzteres wäre ein Fall der Nirwana-Täuschung.<sup>199</sup>

Weitere Eigenschaften des vorgeschlagenen Plausibilitätstests sind, dass er keine Vorgaben hinsichtlich der Quellen oder der Qualität der Informationen macht, auf die sich die Plausibilitätsbeurteilung stützt, und dass er in jedem Fall ein Ergebnis liefern wird, selbst wenn zu den identifizierten Annahmen praktisch keine Informa-

196 Dies entspricht dem Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Zivilprozess, wonach es als wahrscheinlicher erscheinen muss, dass die Behauptung einer Partei zutrifft, als dass sie nicht zutrifft. Siehe die Nachweise vorne in Fn. 129.

197 Siehe vorne Abschnitt E.I.1.

198 Siehe vorne Abschnitt D.IV.

199 Siehe a.a.O.

tionen verfügbar sind. Damit trägt der Test dem Informationsproblem und dem Ressourcenproblem Rechnung.<sup>200</sup>

#### IV. Anwendungsbeispiel: Amtszeit des Aufsichtsrates in Publikumsgesellschaften

Zur Illustration der annahmenbasierten Methode kann das bereits mehrfach verwendete Beispiel der Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder von börsennotierten Gesellschaften herangezogen werden.<sup>201</sup> Angenommen, der Aktiengesetzgeber wolle prüfen, ob es für die Wahl der Aktionärsvertreter eine effizientere Regel als § 102 Abs. 1 AktG gibt, so müsste er zuerst mögliche Regelungsalternativen identifizieren. Da es hierzu unendlich viele Möglichkeiten gibt,<sup>202</sup> werden im Folgenden nur zwei Varianten geprüft:

Variante D: Amtszeit von gut fünf Jahren, soweit weder die Satzung noch ein Hauptversammlungsbeschluss oder der Wahlbeschluss eine kürzere Amtszeit vorsieht<sup>203</sup> (§ 102 Abs. 1 AktG).

Variante CH: Zwingende einjährige Amtszeit (Art. 3 Abs. 2 VegÜV).

Die Frage <sup>1204</sup> lautet: Welche faktischen Annahmen sind zu treffen, um zum Schluss zu gelangen, dass Variante CH effizienter ist als Variante D? Eine erste Annahme (X) lautet, dass eine zwingende einjährige Amtsdauer jenen Gesellschaften, für deren Aufsichtsratsmitglieder sonst kraft Gesetz, Satzung oder Beschluss eine längere Amtszeit gälte, im Durchschnitt nützen würde. Dies wird nur der Fall sein, wenn (Y) die Aktionärsvertreter im Aufsichtsrat ihre Funktionen – insbesondere Überwachung des Vorstands – besser wahrnehmen, wenn sie sich jährlich zur Wiederwahl stellen müssen, als wenn sie für mehrere Jahre gewählt sind. Diese Annahme stützt sich auf die Theorie, dass (Z) ein gewisses Risiko einer Nichtwiederwahl oder eines schlechten Wahlergebnisses besteht, welches (W) die Aufsichtsratsmitglieder anspornt, ihre Aufgaben besser wahrzunehmen. Zudem müssen (V) diese Vorteile die Nachteile einer jährlichen Wiederwahl – namentlich die Transaktionskosten der Wahl und die Möglichkeit, dass der Aufsichtsrat eine zu kurzfristige Perspektive einnimmt (worüber wiederum Annahmen zu treffen sind) – überwiegen.

200 Mehr dazu sogleich Abschnitte E.V.1 und E.V.3.

201 Siehe vorne Abschnitte D.I.1 und D.II. Zur Vereinfachung wird die Situation nicht börsennotierter Gesellschaften ausgeblendet.

202 Siehe vorne Abschnitt D.II.

203 Diese Auslegung ist soweit ersichtlich unstrittig. Siehe *Habersack* in MüKo-AktG § 102 Rn. 8 und 12; *Hüffer* in KK-AktG § 102 Rn. 4; *Pübler* in W. Happ (Hrsg.), Aktienrecht: Handbuch – Mustertexte – Kommentar, 2. Aufl., Köln etc. 2004, § 1.01 N 40 m.w.H.

204 Siehe vorne Abschnitt E.II.

Diese Annahmen sind wie folgt miteinander verknüpft:

- X und V müssen kumulativ erfüllt sein.
- Wenn Z und W erfüllt sind, ist auch Y erfüllt (aber nicht umgekehrt).
- Wenn Y erfüllt ist, ist auch X erfüllt (aber nicht umgekehrt).

Somit ist Variante CH effizienter als Variante D, wenn Annahmen Z, W und V kumulativ erfüllt sind. Dass diese drei Annahmen kumulativ erfüllt sind, ist eine hinreichende, aber keine notwendige Bedingung dafür, dass Variante CH effizienter ist: Annahme X kann auch erfüllt sein, wenn Y, Z oder W nicht erfüllt ist. Es ist mit anderen Worten denkbar, dass es andere Annahmen gibt, unter denen Variante CH effizienter ist als Variante D. Diese Annahmen (und die zugrundeliegende Theorie) müssten aber erst noch gefunden werden.

Als nächstes ist gemäß Frage 2 zu prüfen, ob die soeben ermittelten Annahmen eher zutreffen, als sie nicht zutreffen. Diese Beurteilung sei den Lesern überlassen. Der Schreibende hält vor allem die Annahme Z (nicht vernachlässigbares Risiko einer Nichtwiederwahl oder eines schlechten Wahlergebnisses) für wenig wahrscheinlich. Es gibt auch Autoren, die der Ansicht sind, eine einjährige Amtszeit hindere die Aufsichtsratsmitglieder in ihrer Funktionsausübung.<sup>205</sup> Nach dieser Ansicht ist die Annahme W (Ansporn, Aufgaben besser wahrzunehmen) nicht erfüllt, ja sogar in ihr Gegenteil verkehrt, weshalb gleichzeitig auch die Annahme V (Vorteile überwiegen Kosten) nicht erfüllt wäre. Der Schreibende hält somit § 102 Abs. 1 AktG für effizienter als Art. 3 Abs. 2 VegüV. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass es keine effizientere Regel gäbe als § 102 Abs. 1 AktG, denn die vorgeschlagene Methode lässt, wie erwähnt, nur Aussagen über die relative Effizienz der untersuchten Regeln zu.

## V. Vorteile der vorgeschlagenen Methode

### 1. Informationelle Sparsamkeit

Die annahmenbasierte Rechtssetzungsmethode ist informationell sparsam und vermindert somit das Informationsproblem bei der Rechtssetzung.<sup>206</sup> Sie erlaubt dem Regelgeber, mit den vorhandenen Informationen zu arbeiten, so spärlich diese sein mögen, und ist so konstruiert, dass sie in jedem Fall ein Ergebnis liefern wird, egal wie viele Informationen verfügbar sind und wie hoch deren Qualität ist. Selbst in jenen (zahlreichen) Fällen, in denen sich der Regelgeber mangels besserer Informa-

205 H.-U. Vogt/E. Schiow/K. Wiedmer, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten – Bestandesaufnahme, einige Auslegungsversuche und ein paar wichtige Anliegen vor der Erstberatung im Nationalrat, *Aktuelle juristische Praxis (AJP)* 2009, S. 1359 (1373); C. B. Bühler, Vergütungen an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung: Volksinitiative „gegen die Abzockerei“ und Gegenentwürfe, in: R. Watter (Hrsg.), Die „große“ Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen: Dike 2010, S. 247 (268); R. Watter, Neuerungen im Bereich des Verwaltungsrates – Eigentore im Bereich Corporate Governance, in: a.a.O., S. 285 (288); P. Böckli, Aktienrechtsrevision: Die Zwangsjacke wird enger geschnürt, *Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht* 2011, S. 8 (16).

206 Dazu vorne Abschnitt D.I.



tionen auf intuitive Vermutungen abstützen muss, wird die Methode zu einem unter den gegebenen Umständen rationalen Ergebnis gelangen. Mit anderen Worten wird die Informationslage des Regelgebers als exogen betrachtet. Dies hat den Vorteil, dass der Regelgeber keine neuen Informationen beschaffen muss, welche möglicherweise gar nicht erhältlich sind oder unter den gegebenen Zeit- und Ressourcenrestriktionen nicht beschafft werden können.

Auch mit dieser Methode ist es einem Regelgeber zu empfehlen, möglichst viele Informationen zusammenzutragen. Je besser seine Informationslage ist, desto leichter kann er ermitteln, unter welchen Annahmen eine Regel effizienter ist als eine alternative Regel und wie plausibel diese Annahmen sind. Dass die annahmenbasierte Methode informationell sparsam ist, bedeutet nicht, dass mehr Wissen nutzlos wäre, sondern bloß, dass die Methode mit einem beliebigen Maß an Informationen zu einem Ergebnis führen wird.

Die annahmenbasierte Rechtssetzungsmethode erlaubt es dem Anwender manchmal auch, die Analyse vorzeitig abzubrechen. Stiftet eine bestimmte Rechtsnorm den Rechtssubjekten nur unter abwegigen Annahmen überhaupt einen Nutzen, erübrigt es sich, weitere Effizienzannahmen für diese Norm zu identifizieren und insbesondere Überlegungen zu ihren Kosten anzustellen. Beträgt schon der „Bruttonutzen“ einer Regel mit großer Wahrscheinlichkeit null, so kann auch der Nettonutzen (Bruttonutzen minus Kosten) nicht größer sein als null.

## 2. Verringerung des Komplexitätsproblems

Die annahmenbasierte Methode erlaubt es, das Komplexitätsproblem bei der Rechtssetzung<sup>207</sup> zu reduzieren. Mit der Methode lässt sich nicht nur die Effizienz zweier konkreter Rechtsnormen beurteilen, sondern auch die Effizienz ganzer Klassen von Rechtsnormen, welche auf identischen oder verwandten Effizienzannahmen beruhen. Auf diese Weise können die verfügbaren Rechtstechniken oder Regulierungsinstrumente<sup>208</sup> – also gewissermaßen der Inhalt des Werkzeugkastens des Regelgebers – entsprechend ihren zugrunde liegenden Annahmen typisiert werden.<sup>209</sup> Das Gesellschaftsrecht etwa kennt folgende Rechtstechniken: verbandsinterne Kompetenznormen, Organisations- und Verfahrensvorschriften, Offenlegungsvorschriften (vom Handelsregister bis zur Kapitalmarktpublizität) sowie Haftungsregeln. Diese und andere Rechtstechniken lassen sich abstrakt, d.h. losgelöst vom konkreten Rechtssetzungsproblem, evaluieren. Beispielsweise kann jede Offenlegungsvorschrift nur einen positiven Nutzen stiften, wenn man annimmt, die offengelegten Informa-

207 Siehe vorne Abschnitt D.II.

208 So die Begriffsverwendung etwa bei *Binder*, Regulierungsinstrumente (Fn. 91), S. 43.

209 Siehe die Einteilung von Regulierungsinstrumenten a.a.O., S. 43, 63–77 und 336–380.

tionen würden von den Empfängern zur Kenntnis genommen und seien für diese handlungsrelevant.<sup>210</sup>

Bei den zu untersuchenden Rechtstechniken handelt es sich um offene Typen und nicht um trennscharf voneinander abgegrenzte Kategorien.<sup>211</sup> Der enge Zusammenhang zwischen Offenlegungspflichten, Aufklärungspflichten und Haftungsregeln illustriert, wie sich die verschiedenen Typen überlappen können.<sup>212</sup> Auch die Unterscheidung zwischen dispositivem und zwingendem Recht wird bei der Typisierung eine bedeutende Rolle spielen. Dabei kommt es gelegen, dass diese Unterscheidung sowie die verhaltenssteuernde Wirkung dispositiven Rechts seit einigen Jahren auch im deutschsprachigen Raum viel Aufmerksamkeit erfahren.<sup>213</sup>

Sind die Effizienzannahmen der verschiedenen Rechtstechniken bekannt und wurde deren Plausibilität abgeschätzt, so lassen sich allgemeine Empfehlungen formulieren, ob eine Rechtstechnik genutzt werden soll und, wenn ja, in welchen Situationen. Ein Regelgeber, der ein konkretes Problem bearbeitet, kann dann auf dieses Wissen zurückgreifen, was die Beurteilung der Handlungsoptionen vereinfacht und beschleunigt. Namentlich verschafft ihm die Typisierung der Rechtstechniken einen Überblick über die grundsätzlichen Handlungsoptionen und gibt ihm erste Hinweise, welche Arten von Normen im konkreten Fall effizient sein könnten. Insofern verringert das Vorgehen das Komplexitätsproblem und auch das damit eng verwobene Ressourcenproblem.

### 3. Verringerung des Ressourcenproblems

Die annahmenbasierte Methode verringert das Ressourcenproblem des Regelgebers schon dank ihrer informellen Sparsamkeit.<sup>214</sup> Sie verlangt nicht, dass er mehr Informationen zusammenträgt, sondern erlaubt es ihm, mit den verfügbaren Informationen zu arbeiten, wie lückenhaft diese auch sein mögen, und führt bei jeder Informationslage zu einem Ergebnis. Folglich entstehen bei der Anwendung der Methode

210 Vgl. *Meier-Schatz*, Unternehmenspublizität (Fn. 193), S. 108 ff.

211 Dazu siehe *W. Schluep*, Einladung zur Rechtstheorie, Bern/Baden-Baden 2006, Rn. 1654 m.w.H.; *F. Dasser*, Vertragstypenrecht im Wandel, Zürich/Baden-Baden 2000, Rn. 121 ff.

212 Beispielsweise sind die deliktischen Pflichten der Kapitalmarktteilnehmer weitgehend informationeller Natur. Siehe die Systematisierung bei *A. Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht, Tübingen 2008, S. 237–328.

213 Grundlegend zur Wahl dispositiver Normen *R. A. Posner*, *Economic Analysis of Law*, 1st ed., Boston/Toronto: Little, Brown 1973, S. 44; *I. Ayres/R. Gertner*, Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, 99 *Yale Law Journal* 87 (1989); zum Gesellschaftsrecht *F. H. Easterbrook/D. R. Fischel*, The Corporate Contract, 89 *Columbia Law Review* 1416 (1989), sowie die Symposiumsbeiträge in 89 *Columbia Law Review* 1395 ff. (1989); aus der stark gewachsenen deutschsprachigen Literatur siehe etwa *M. Ruffner*, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, Zürich: Schulthess 2000, S. 312–315; *G. Bachmann*, Optionsmodelle im Privatrecht, *JZ* 2008, S. 11 ff.; *Bechtold*, Grenzen (Fn. 179), S. 248 ff. (am Beispiel des Übernahme-rechts); *J. Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, Tübingen 2010, S. 339 ff. und 430 ff.; *F. Möslin*, Dispositives Recht, Tübingen 2011, S. 335 ff.; *Binder*, Regulierungsinstrumente (Fn. 91), S. 131–144; *L. Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, Tübingen 2012, S. 308–329.

214 Siehe soeben Abschnitt E.V.1.

keine Kosten der Informationsbeschaffung, was das Ressourcenproblem des Regelgebers stark vermindert. Dass die Ergebnisse der Beurteilung trotzdem robuster sein werden, wenn der Regelgeber vor seiner Entscheidung Informationen beschafft, wurde bereits erwähnt.<sup>215</sup>

#### 4. Verbesserungsfähigkeit

Die annahmenbasierte Rechtssetzungsmethode ist so konstruiert, dass nur Handlungsoptionen miteinander verglichen werden, die tatsächlich ausgeführt werden können. Es wird deshalb nicht vorkommen, dass ein Regelgeber eine Rechtsnorm mit einem unerreichbaren Ideal vergleicht und dadurch der Nirwana-Täuschung unterliegt.<sup>216</sup> Somit hält die Methode das Erfordernis der Verbesserungsfähigkeit ein.

#### F. Exkurs: Annahmenbasierte Gesetzesauslegung

Die annahmenbasierte Methode kann nicht nur bei der Rechtssetzung verwendet werden, sondern auch bei der Rechtsanwendung, und zwar bei der teleologischen Auslegung von Erlassen. Die teleologische Gesetzesauslegung<sup>217</sup> ist mit der Rechtssetzung verwandt, da in beiden Fällen mehrere Handlungsoptionen im Hinblick auf ein bestimmtes Ziel beurteilt werden müssen. Im einen Fall muss der Regelgeber das Ziel erst festlegen, im anderen hat er es bereits verbindlich vorgegeben. Daneben unterscheidet sich die teleologische Gesetzesauslegung (nebst vielem anderem) auch dadurch von der Rechtssetzung, dass die Anzahl Handlungsoptionen des Rechtsanwenders begrenzt ist. Während ein Regelgeber prinzipiell beliebig viele Möglichkeiten hat, stehen dem Rechtsanwender selten mehr als drei Auslegungsmöglichkeiten zur Auswahl.

Der Einsatz der annahmehabasierten Methode bei der Rechtsanwendung setzt voraus, dass die auszulegende Norm nach dem Willen des Gesetzgebers ausschließlich die ökonomische Effizienz steigern soll.<sup>218</sup> Das Prüfprogramm für den Rechtsanwender ist dabei analog zum Prüfprogramm des Regelgebers:

*Frage 1: Welche faktischen Annahmen sind zu treffen, um zum Schluss zu gelangen, dass Auslegungsvariante A effizienter ist als Variante B?*

*Frage 2: Treffen diese Annahmen eher zu, als dass sie nicht zutreffen?*

Je nach Antwort auf Frage 2 verdient Auslegungsvariante A oder B unter Effizienzgesichtspunkten den Vorzug.

215 A.a.O.

216 Siehe vorne Abschnitt D.IV.

217 „Gesetzesauslegung“ wird im Folgenden als pars pro toto für die Auslegung von Erlassen verwendet.

218 Eidenmüller, Effizienz (Fn. 5) S. 452 verlangt, der Gesetzgeber müsse „klar zu erkennen gegeben [haben], dass er mit dem Erlass einer bestimmten Regelung das ökonomische Effizienzziel fördern möchte“. Es gibt jedoch keinen Grund, warum der Gesetzeszweck in Bezug auf ein mögliches Effizienzziel eines strengeren Nachweises bedürfen soll als bei anderen Gesetzgebungszielen.

Es ist zu betonen, dass die annahmenbasierte Gesetzesauslegung keinen Vorrang gegenüber anderen Auslegungsmethoden wie dem Wortlaut, der Systematik und der Entstehungsgeschichte beansprucht. Es handelt sich dabei bloß um eine teleologische Auslegungsvariante, die im Methodenkanon den Platz der teleologischen Methode einnimmt, soweit bei der Beantwortung einer Auslegungsfrage Effizienzgesichtspunkte eine Rolle spielen sollen. Hingegen gibt die annahmenbasierte Methode keine Auskunft darüber, welche Auslegungsvarianten nach dieser Methode zu beurteilen sind. Dies ist nach den üblichen Grundsätzen zu ermitteln.

Die annahmenbasierte Auslegungsmethode hat den Vorteil der informationellen Sparsamkeit:<sup>219</sup> Sie ermöglicht es dem Rechtsanwender, auch bei schlechter Informationslage und ohne weitere Informationen zu beschaffen,<sup>220</sup> jene Auslegungsvariante zu wählen, die voraussichtlich am effizientesten ist.

Darüber hinaus zwingt die annahmenbasierte Auslegungsmethode die Richter, ihre Annahmen über die Fakten und Zusammenhänge offenzulegen, gestützt auf welche sie zum Ergebnis kommen, dass die eine Auslegungsvariante effizienter ist als die andere. Diese Annahmen sind eine Art faktisches Vorverständnis der Richter, werden heute aber, wenn überhaupt, eher beiläufig erwähnt, wenn die Richter in den Entscheidungsgründen entsprechende Überlegungen anstellen. Dadurch, dass die faktischen Annahmen, die einer Rechtsauffassung zugrunde liegen, nach der annahmenbasierten Methode offengelegt werden müssen, werden sie überprüfbar. Namentlich kann eine Rechtsmittelinstanz prüfen, wie plausibel die von der Vorinstanz getroffenen Annahmen sind, und selbst die oberste Gerichtsstanz muss sich auf Kritik aus der Lehre einstellen, wenn sie Annahmen trifft, die von anderen als wenig realistisch angesehen werden.

Die annahmenbasierte Auslegungsmethode trägt auch der Kritik *Eidenmüllers* an der Berücksichtigung ökonomischer Gesichtspunkte bei der Gesetzesauslegung Rechnung. *Eidenmüller* bezweifelt den ökonomischen Sachverstand der deutschen Richter und befürchtet, diese würden ihre Entscheide aufgrund eines ökonomischen Halbwissens fällen, wobei der Gebrauch ökonomischer Begriffe erst noch eine Scheingenauigkeit suggeriere.<sup>221</sup> Bei der annahmenbasierten Methode besteht die Ge-

219 Vgl. vorne Abschnitt E.V.1.

220 Beweisrechtlich dürften die vom Gericht getroffenen Annahmen zu den Erfahrungssätzen gehören, die ein Gericht von Amtes wegen berücksichtigen darf. Dazu statt aller *Prütting* in MüKo-ZPO § 284 N 44; aus der Schweiz Art. 151 Zivilprozessordnung sowie die Anwendungsbeispiele BGE 132 V 393 E. 3.2 (Überwindbarkeit somatoformer Schmerzstörungen durch Willenskraft); BGE 117 Ia 472 E. 3g/aa (Verhalten verummter Demonstranten). Die Parteien sind deshalb von der Aufgabe entlastet, die nötigen Annahmen darzulegen und zu beweisen. Unabhängig davon dürften sie oft daran interessiert sein, das Gericht auf die von ihrem Standpunkt aus wichtigen Annahmen hinzuweisen und die Plausibilität dieser Annahmen zu untermauern.

221 *Eidenmüller*, Effizienz (Fn. 5), S. 427 f. und 430.

fahr einer Scheingenauigkeit nicht, da der Rechtsanwender bei der Plausibilitätsbeurteilung in Frage 2 seine Wissenslücken offenlegen muss.

## G. Zusammenfassung und Schluss

Ökonomische Effizienz ist auf manchen Gebieten – nach Ansicht des Schreibenden insbesondere im Handelsrecht – das einzige Ziel der Rechtssetzung. Ein Regelgeber, der effiziente Rechtsnormen erlassen will, steht vor drei miteinander zusammenhängenden Problemen. Erstens besteht ein *Informationsproblem*: Die Effizienzbeurteilung erfordert eine große Menge von Informationen zum Regelungssachverhalt. Kosten und Nutzen einer Rechtsänderung sind selbst in der Rückschau ökonomisch nur sehr schwer festzustellen. Weiter besteht ein *Komplexitätsproblem*, da es schon für einfache Rechtssetzungsfragen eine unüberblickbare Anzahl an Regelungsvarianten gibt. Schließlich trifft ein *Ressourcenproblem* auf, denn ein Regelgeber hat normalerweise zu wenig Zeit, Geld und vielleicht auch Fachwissen, um eine Rechtssetzungsaufgabe in der nötigen Tiefe zu bearbeiten.

Die Rechtssetzungslehre und ihre angloamerikanische Schwester, die Policy Analysis, tragen eher wenig zur Bewältigung der genannten Probleme bei. Methoden wie die (formale) Kosten-Nutzen-Analyse, die Gesetzesfolgenabschätzung (*regulatory impact assessment*) und die systematische Auswertung empirischer Erkenntnisse verstärken die Probleme sogar, weil sie selbst einen hohen Informationsbedarf erzeugen.

Im vorliegenden Aufsatz wird ein neuer Weg vorgeschlagen, wie ein Regelgeber eine Effizienzbeurteilung vornehmen könnte. Die Grundlagen dafür liefert der Effizienzbegriff selbst. Effizienz ist ein relatives Konzept – es kann immer nur die Effizienz zweier Rechtsnormen verglichen werden – und die Frage, welche von zwei Normen effizienter ist, hat faktischen und nicht normativen Charakter.<sup>222</sup> Folglich müssen Meinungsverschiedenheiten über die Effizienz einer Rechtsnorm auf unterschiedlichen faktischen Annahmen über den Regelungssachverhalt beruhen.

Welche von mehreren in Betracht fallenden Rechtsnormen voraussichtlich die effizienteste ist, kann ein Regelgeber ermitteln, indem er die Normen paarweise vergleicht und dabei fragt:

1. Welche faktischen Annahmen sind zu treffen, um zum Schluss zu gelangen, dass Regel A effizienter ist als Regel B?
2. Treffen diese Annahmen eher zu, als dass sie nicht zutreffen?

Diese zwei Schritte bilden die *annahmenbasierte Rechtssetzungsmethode*. Die zu ermittelnden Annahmen können etwa das Verhalten der involvierten Personen oder ökonomische Zusammenhänge zum Gegenstand haben und je nachdem kumulativ

<sup>222</sup> Der Entscheid, ob das Effizienzkriterium überhaupt angewandt werden soll, ist dagegen ein Wertungsentscheid.

oder alternativ zueinander stehen. Ein rationaler Regelgeber wird sich für jene Variante entscheiden wollen, die im Lichte der vorhandenen Informationen eher effizient ist als die andere. Deshalb werden die durch Beantwortung der ersten Frage ermittelten Annahmen in der zweiten Frage einem Plausibilitätstest unterzogen.

Der Hauptvorteil der annahmenbasierten Rechtssetzungsmethode ist ihre informationelle Sparsamkeit. Sie führt in jedem Fall zu einer rationalen Handlungsempfehlung, egal wie wenige Informationen dem Regelgeber zur Verfügung stehen. Daneben lassen sich mit der Methode auch allgemeine Aussagen formulieren, welche Rechtstechniken (Regulierungsinstrumente) unter welchen Annahmen effizient und inwieweit diese Annahmen plausibel sind. Dies reduziert das Komplexitätsproblem bei der Ausarbeitung von Handlungsvarianten. Die annahmenbasierte Methode verringert auch das Ressourcenproblem, zumal dieses umso größer ist, je mehr Informationen der Regelgeber für seine Beurteilung benötigt und je größer die Anzahl zu prüfender Handlungsvarianten ist.

Trotz ihren Vorteilen ist es unwahrscheinlich, dass die annahmenbasierte Rechtssetzungsmethode das Informations-, Komplexitäts- und Ressourcenproblem des Regelgebers am besten löst. Auch bei der Anwendung der Methode auf konkrete Fragestellungen der Rechtssetzung werden wohl einige Schwächen zu Tage treten. Da jedoch das Kriterium der Verbesserungsfähigkeit<sup>223</sup> auch für die Rechtssetzungslehre selbst gelten muss, sind solche Schwächen zu akzeptieren, solange kein Weg zu deren Behebung bekannt ist. Solche Wege aufzuzeigen, bleibt zukünftigen Studien vorbehalten. Unabhängig davon scheint es lohnenswert, die hier nur grob skizzierte Nutzung der annahmenbasierten Methode im Rahmen der Rechtsanwendung zu vertiefen und sie mit anderen teleologischen Auslegungsvarianten zu vergleichen. An Themen für zukünftige Studien zur Umsetzung des Effizienzziels in Rechtssetzung und Rechtsanwendung besteht somit kein Mangel.

223 Siehe vorne Abschnitt D.IV.