



Thomas Eger, Jochen Bigus, Claus Ott,
Georg von Wangenheim (Eds.)

Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse

Internationalization of the Law and its Economic Analysis

Festschrift für Hans-Bernd Schäfer
zum 65. Geburtstag

GABLER EDITION WISSENSCHAFT

Thomas Eger, Jochen Bigus, Claus Ott,
Georg von Wangenheim (Eds.)

**Internationalisierung des Rechts
und seine ökonomische Analyse**

**Internationalization of the Law
and its Economic Analysis**

GABLER EDITION WISSENSCHAFT

Thomas Eger, Jochen Bigus, Claus Ott,
Georg von Wangenheim (Eds.)

Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse

Internationalization of the Law and its Economic Analysis

Festschrift für Hans-Bernd Schäfer
zum 65. Geburtstag

GABLER EDITION WISSENSCHAFT

Bibliographic information published by the Deutsche Nationalbibliothek
The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie;
detailed bibliographic data are available in the Internet at <http://dnb.d-nb.de>.

1st Edition 2008

All rights reserved

© Gabler | GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden 2008

Editorial Office: Claudia Jeske

Gabler is part of the specialist publishing group Springer Science+Business Media.
www.gabler.de



No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording, or otherwise, without the prior written permission of the copyright holder.

Registered and/or industrial names, trade names, trade descriptions etc. cited in this publication are part of the law for trade-mark protection and may not be used free in any form or by any means even if this is not specifically marked.

Cover design: Regine Zimmer, Dipl.-Designerin, Frankfurt/Main

Printed on acid-free paper

Printed in Germany

ISBN 978-3-8350-0877-9



Hans-Bernd Schäfer

INHALTSVERZEICHNIS/CONTENTS

Einleitung	1
Introduction	11

I.

Grundlegendes/Foundations

<i>Eli M. Salzberger</i> Law and Economics in the 21 st Century	23
<i>Christian Kirchner</i> Zur konsequentialistischen Interpretationsmethode: Der Beitrag der Rechtswissenschaft zur reziproken methodischen Annäherung von Ökonomik und Rechtswissenschaft	37
<i>Nuno Garoupa</i> Law and Economics and the Independence of the Judiciary	51
<i>Manfred J. Holler</i> The Prince and the Law	57
<i>Thomas S. Ulen</i> The Appeal of Legal Empiricism	71

II.

Eigentum/Property

<i>Gerald Spindler</i> Anreize zum Verschenken – Open Source, Open Access, Creative Commons und Wikipedia als Phänomene neuer Geschäfts- und Informationsmodelle Erste Annäherungen	89
<i>Luigi Alberto Franzoni</i> The Contract Theory of Patents in Perspective	103
<i>Andrew Griffiths</i> Trade Marks and Business Organization	115
<i>Holger Fleischer</i> Der numerus clausus der Sachenrechte im Spiegel der Rechtsökonomie	125

III.

Haftung und Versicherung/Liability and Insurance

<i>Eberhard Feess</i> Einige Überlegungen zur Haftung bei reinen Vermögensschäden	141
<i>Patrick C. Leyens</i> Informationsintermediäre als Gatekeeper: Rechtsökonomische Überlegungen zu einer modernen Intermediärhaftung	159
<i>Claus Ott</i> Die Haftung von Wirtschaftsprüfern gegenüber Anlegern am Kapitalmarkt	171
<i>Gerhard Wagner</i> Proportionalhaftung bei mehreren möglichen Schadensursachen	193
<i>Mark F. Grady</i> The Paradox of the Negligence Rule	207
<i>Fernando Gomez / Jose Penalva</i> Insurance and Tort: Coordination Systems and Imperfect Liability Rules.....	215
<i>Bernhard Hirsch / Martin Nell</i> The Law & Economics of Epidemic Livestock Disease Risk Management	239

IV.

Verträge/Contracts

<i>Francisco Cabrillo</i> The Rise and Fall of Freedom of Contract in Western Economies: A Common Experience	253
<i>Urs Schweizer</i> Vertragsstrafen	263
<i>Johannes Köndgen</i> Die Entlastung des Schuldners wegen Unmöglichkeit der Leistung – Versuch einer Ehrenrettung des § 275 Abs. 2 BGB	275
<i>Göran Skogh</i> Risk-Sharing and Insurance: Contracts with Different Institutional Implications	297
<i>Henrik Lando</i> Why Cut Off Buyers' Claims by a Limitation Period?	307
<i>Antony W. Dnes</i> Discretionary Versus Formulaic Approaches to Family Law	315
<i>Winand Emons</i> Conditional and Contingent Fees: A Survey of Some Recent Results	327

V.**Harmonisierung des Europäischen Rechts/Harmonisation of European Law**

<i>Emanuela Carbonara / Francesco Parisi</i> Bargaining for Legal Harmonization: Jurisdictional Competition and Legal Obsolescence	339
<i>Eva-Maria Kieninger</i> Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung aus rechtsökonomischer Sicht	353
<i>Peter Mankowski</i> Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im Lichte der Spieltheorie	369

VI.**Öffentliche Regulierung/Public Regulation**

<i>Roger van den Bergh</i> Towards Beneficial Competition in the Legal Professions: Lessons from England/Wales and the Netherlands	387
<i>Wolfgang Weigel</i> Challenging Contemporary Trends in the (De-) Regulation of the Professions	397
<i>Dominique Demougin</i> Labor Market Institutions and Efficiency	411
<i>Robert Cooter</i> Bargaining with the State: Offsets and Mitigation in Developing Land	423
<i>Alfred Endres</i> The Use of Standards and Prices in Environmental Law: A Dynamic Perspective	431
<i>Roland Kirstein</i> Internationaler Müllhandel aus Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts	443

VII.**Wettbewerb/Competition**

<i>Peter Behrens</i> Theoretische und praktische Probleme einer Ökonomisierung der Kartellrechts- anwendung	457
<i>Dieter Schmidtchen</i> Der „more economic approach“ in der europäischen Wettbewerbspolitik – ein Konzept mit Zukunft	473
<i>Wolfgang Kerber</i> ‘Rules vs. Standards’ or Standards as Delegation of Authority for Making (Optimally Differentiated) Rules	489

<i>Jürgen Basedow</i>	
Incentives and Disincentives for the Private Enforcement of EC Competition law	499
<i>Thomas Eger / Peter Weise</i>	
Grenzen einer privaten Durchsetzung des Verbots von Preiskartellen	509
<i>Pierre Garello</i>	
Reflection on the Nature of Competition Law	525

VIII.

Unternehmen/Enterprises

<i>Stefano Lombardo</i>	
Invitatio ad offerendum und overallotment option und greenshoe option in Deutschland	537
<i>Alexander Schall</i>	
Die Ökonomie der Seelenwanderung	547
<i>Heike Schweitzer</i>	
Zurechnung von Wissen beim Unternehmenskauf	559

IX.

Finanzierung, Banken, Insolvenz/Financing, Banking, Insolvency

<i>Jochen Bigus / Lisa Schachner</i>	
Höhe, Einflussfaktoren und Konsequenzen von Insolvenzkosten	577
<i>Reinhard Bork</i>	
Ökonomische Analyse des Insolvenzanfechtungsrechts	593
<i>Heribert Hirte</i>	
Ökonomische Überlegungen zur zwingenden Insolvenzantragspflicht des deutschen Rechts	605
<i>Bruno Deffains</i>	
Judicial System and Financial Intermediation	619
<i>Kai-Michael Hingst</i>	
What a Mezz! Funktionen und Erscheinungsformen von Mezzanine-Finanzierungen	635

X.

Verfassung/Constitution

<i>Anne van Aaken</i>	
How to Do Constitutional Law and Economics: A Methodological Proposal	651
<i>Stefan Voigt</i>	
Determinanten konstitutioneller Geschwätzigkeit	667

<i>Bernhard Nagel</i> Das Recht auf Weiterbildung für Ältere	677
<i>Georg von Wangenheim</i> Central Stability or Unstable Decentralization? Why Enforcement Is Unstable in Decentralized Governments	691

XI.

Recht und wirtschaftliche Entwicklung/Law and Economic Development

<i>Boudewijn R.A. Bouckaert</i> Anarchy, State and Somalia - Reflections on the Viability of Anarchy and the Consequences of Privatized Justice	707
<i>Anthony Ogus</i> Regulatory Arrangements in Developing Countries	721
<i>Michael Faure</i> Environmental Rules Versus Standards for Developing Countries; Learning from Schäfer	735
<i>A. V. Raja</i> Democracy and Constitutional Amendments: Economic Reforms in India	747
Autorenverzeichnis/List of Contributors.....	761

EINLEITUNG

Am 25. Mai 2008 vollendet Hans-Bernd Schäfer sein 65. Lebensjahr. Damit endet nach 32 Jahren seine aktive Zeit an der Universität Hamburg. In diesen 32 Jahren hat Hans-Bernd Schäfer in einer beispiellosen Kraftanstrengung die Entwicklung der „ökonomischen Analyse des Rechts“ – einer Forschungsrichtung, die sich Anfang der siebziger Jahre in den USA entwickelt hat – in Europa vorangetrieben und in den Köpfen einer zunehmenden Anzahl von Juristen und Ökonomen verankert.

In dem 1986 zusammen mit Claus Ott in erster Auflage verfassten „Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts“ wird der Ansatz der ökonomischen Analyse des Rechts, der ursprünglich anhand des angelsächsischen „common law“ entwickelt wurde, erstmals systematisch auf das kontinentaleuropäische „civil law“ angewendet. Das große Interesse an diesem Buch im In- und Ausland wird dadurch eindrucksvoll belegt, dass die deutsche Ausgabe in der vierten Auflage vorliegt und dass inzwischen eine englische, eine spanische und eine chinesische Ausgabe zur Verfügung stehen. Hans-Bernd Schäfer hat sein Interesse an der ökonomischen Analyse des Rechts nicht nur durch eine Vielzahl von Veröffentlichungen zu den unterschiedlichsten rechtspolitischen Problemen in angesehenen juristischen und ökonomischen Fachzeitschriften sowie durch die Herausgabe zahlreicher Konferenzbände dokumentiert. Als gelernter Ökonom hat er systematisch den Dialog mit den juristischen Fachkollegen gesucht und gemeinsam mit diesen immer wieder interdisziplinäre Lehrveranstaltungen angeboten. Gemeinsam mit Claus Ott hat er vor etwa zwanzig Jahren das alle zwei Jahre stattfindende Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts ins Leben gerufen. Hier diskutieren Juristen und Ökonomen gemeinsam über aktuelle Rechtsfragen. Fast schon legendär sind die regelmäßig stattfindenden Mittagessen mit dem ehemaligen Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Hein Kötz, aus denen letztlich 2003 das gemeinsame Buch „Judex oeconomicus“ hervorgegangen ist, in dem zwölf höchstrichterliche Entscheidungen aus ökonomischer Sicht kommentiert werden. Seit einigen Jahren widmet sich Hans-Bernd Schäfer mit großem Engagement der Frage, wie die ökonomische Analyse des Rechts für die Erklärung und Bekämpfung der Armut in den Entwicklungsländern nutzbar gemacht werden kann. Gemeinsam mit Robert Cooter (Berkeley) ist ein Buch mit dem Titel „Law and the Poverty of Nations“ in Vorbereitung, von dem eine vorläufige Version bereits im Internet verfügbar ist.

Hans-Bernd Schäfer ist ein durch und durch international orientierter Wissenschaftler, der es immer wieder verstanden hat, mit Kreativität und Willensstärke internationale Kontakte aufzubauen und für die Verbreitung der ökonomischen Analyse des Rechts nutzbar zu machen. Hiervon zeugen zahlreiche internationale Forschungs- und Lehraufenthalte, beispielsweise bei der Weltbank in Washington, der Delhi School of Economics, der Universität Hyderabad, der Universität von Kalifornien in Berkeley, der New York University School of

Law, der National Law School of India in Bangalore und dem Indira Gandhi Institut of Development Research in Mumbai. In den Jahren 1994/95 war er als Research Fellow der Norwegischen Akademie der Wissenschaften in Oslo tätig. Seit mehreren Jahren ist er regelmäßig Visiting Professor an der George Mason University in Arlington/Virginia.

Die hohe Anerkennung, die Hans-Bernd Schäfers wissenschaftliche und organisatorische Fähigkeiten im In- und Ausland genießen, zeigt sich auch an den zahlreichen ehrenvollen Positionen, die ihm angetragen wurden. So war er beispielsweise von 1991 bis 1995 Vorsitzender des Ausschusses Entwicklungsländer des Vereins für Socialpolitik, ist seit 1995 Mitherausgeber des „International Review of Law and Economics“, ist seit 2004 Direktor des „European Master in Law and Economics“ Programms, das von der Europäischen Kommission als „Erasmus Mundus“ Programm gefördert wird, und war schließlich von 2004 bis 2007 Präsident der „European Association of Law and Economics“. Darüber hinaus ist Hans-Bernd Schäfer seit 1998 Sprecher des von der Deutschen Forschungsgemeinschaft finanzierten Graduiertenkollegs für Recht und Ökonomik an der Universität Hamburg, das er über drei Generationen zu einem beispiellosen Erfolg führte. Von den etwa 30 Kollegiaten, die in den ersten sechs Jahren gefördert wurden, sind inzwischen zehn als Professoren oder Postdocs im akademischen Bereich tätig und tragen dort aktiv zur Verbreitung der ökonomischen Analyse des Rechts bei.

Die große Anzahl der Autoren aus aller Welt, die als Freunde, Kollegen, Schüler oder einfach als Bewunderer einen Beitrag für diese Festschrift zu verschiedenen Aspekten der ökonomischen Analyse des Rechts geleistet haben, zeigt eindrucksvoll die große Anerkennung, die Hans-Bernd Schäfers Arbeit im Laufe der Jahre im In- und Ausland gefunden hat.

Im ersten Teil der Arbeit werden grundlegende Aspekte der ökonomischen Analyse des Rechts behandelt. *Eli Salzberger* (Haifa) gibt einen Überblick über die Anfänge und die weitere Entwicklung der ökonomischen Analyse des Rechts, untersucht die rechtsökonomische Methodik und die der Rechtsökonomik zugrunde liegenden Annahmen sowie ihre Defizite. Darüber hinaus erörtert er die Folgerungen, die sich aus der technologischen Revolution der letzten drei Jahrzehnte und aus dem globalen Wandel für eine Anpassung der ökonomischen Analyse des Rechts ergeben. Eine methodische Brücke zwischen Rechtswissenschaft und Ökonomik im Bereich des Wirtschaftsrechts zu schlagen unternimmt *Christian Kirchner* (Berlin). Er knüpft an das Wechselspiel von Legislative und Judikative bei der Rechtsetzung an und stellt die teleologische Methode für die Interpretation wirtschaftsrechtlicher Regelungen in Frage. Als Alternative wird ein auf Wirkungsanalysen aufbauender konsequentialistischer Ansatz der Interpretation ohne Ausrichtung am Ziel der Allokationseffizienz untersucht. *Nuno Garoupa* (Urbana-Champaign) vertritt in seinem Beitrag die These, dass durch die zunehmende Verrechtlichung des öffentlichen Lebens in Zivilrechtsländern eine völlig neue Situation für die Richterschaft entstanden ist. Er empfiehlt den Richtern, sich in stärkerem Maße des rechtsökonomischen Ansatzes zu bedienen, um die Qualität des materiellen und des

Verfahrensrechts sowie der Organisation des Justizwesens zu verbessern. Mit dem Verständnis von Recht und Rechtsetzung in den Schriften Machiavellis setzt sich *Manfred Holler* (Hamburg) in seinem Beitrag auseinander. Er knüpft an Heinrich von Kleists Drama „Prinz von Homburg“ um die bedingungslose Geltung des Rechts an und untersucht die Grundlagen und Grundprinzipien der Rechtstheorie Machiavellis in ihrer Ableitung aus dessen Verständnis von Staat und Politik. *Thomas Ulen* (Urbana-Champaign) widmet sich schließlich in seinem Beitrag der Frage nach der Relevanz einer Rechtsstatsachenforschung für die Rechtsfolgenanalyse und untersucht besonders die Verknüpfung von Legal Empiricism mit der ökonomischen Analyse des Rechts und die sich daraus ergebende Nachfrage nach Studien der Rechtsstatsachenforschung. Er führt Beispiele empirischer Untersuchungen zur Überprüfung rechtsökonomischer Hypothesen an und verweist auf die zunehmende Bedeutung, die solche Projekte inzwischen in Forschung und Lehre erlangt haben.

Der zweite Teil behandelt Fragen des Eigentums, wobei der Schwerpunkt auf intellektuellen Eigentumsrechten liegt. Der Aufsatz von *Gerald Spindler* (Göttingen) untersucht die Frage, weshalb intellektuelles Eigentum, etwa Betriebssysteme und fachwissenschaftliche Arbeiten, im Internet seit Jahren kostenlos zur Verfügung gestellt werden. Vor dem Hintergrund der Institutionenökonomik werden insbesondere Reputationseffekte als treibende Kraft ausgemacht. *Luigi Alberto Franzoni* (Bologna) beleuchtet die Funktion von Patenten, anders als Geschäftsgeheimnisse zur Wissensausbreitung beizutragen und zieht hierzu eine vertragstheoretische Perspektive, aber auch historische Befunde heran. Der Beitrag von *Andrew Griffiths* (Manchester) beschäftigt sich mit den Fragen, wie Markenrechte die Unternehmensorganisation beeinflussen und worin der besondere Informations- und Reputationsnutzen von Marken für Kunden liegt. *Holger Fleischer* (Bonn) untersucht, weshalb Sachenrechte im Bürgerlichen Gesetzbuch abschliessend definiert werden und gibt hierzu zunächst rechtsdogmatische, rechtshistorische rechtsphilosophische Argumentationsmuster wieder. Auf Basis seiner rechtsökonomischen Analyse scheint eine Begrenzung der Sachenrechte jedoch nicht zwingend sinnvoll zu sein.

Im dritten Teil werden Fragen der Haftung und der Versicherung aus rechtsökonomischer Sicht diskutiert. Der Beitrag von *Eberhard Feess* (Aachen) beschäftigt sich mit der Haftung für reine Vermögensschäden an Kapitalmärkten, die etwa bei unsorgfältiger Prüfung von Jahresabschlüssen eintreten können. Er untersucht in einem ökonomischen Modell die von Hans-Bernd Schäfer mit verschiedenen Koautoren aufgestellte Hypothese, dass die bei einem Schadensfall eintretenden Vermögensumverteilungseffekte an Sekundärmärkten grösser als an Primärmärkten seien und daher bei ersteren ein niedrigeres Fahrlässigkeitsniveau rechtfertigten. *Patrick Leyens* (Hamburg) greift die aktuelle Diskussion um die Gatekeeper-Stellung von Informationsintermediären auf den Kapitalmärkten auf. Danach reicht der drohende Reputationsverlust bei Fehlverhalten nicht hin, um Informationsintermediären hinreichende Kontrollanreize zu geben. Leyens skizziert einige Anforderungen an ein modernes Haftungsrecht der Informationsintermediäre, um deren Kontrollanreize und

damit auch die Corporate Governance der Kapitalgesellschaften zu verbessern. *Claus Ott* (Hamburg) beleuchtet die Haftung der Wirtschaftsprüfer gegenüber Kapitalmarktanlegern und plädiert wegen der Existenz reiner Vermögensschäden für eine Haftungsbegrenzung. Er fordert aber, den Kausalitätsnachweis für Anleger zu erleichtern, um die Sorgfaltsanreize der Wirtschaftsprüfer zu verbessern. *Gerhard Wagner* (Bonn) untersucht die Vorzüge und Nachteile der Proportionalhaftung gegenüber der gesamtschuldnerischen Haftung bei der Existenz mehrerer Schädiger. Unterschiede ergeben sich dann, wenn ein Regress nicht möglich ist, etwa weil ein schädigendes Unternehmen sich auflöst oder insolvent wird. Im Falle der gesamtschuldnerischen Haftung tragen die anderen Schädiger die negativen Konsequenzen, im Fall der Proportionalhaftung der Geschädigte selbst. *Mark F. Grady* (Los Angeles) untersucht das Paradox, dass technologische Verbesserungen zwar die Schadensvermeidung erleichtern, aber oftmals auch den Sorgfaltsstandard heraufsetzen und somit per Saldo mehr Fahrlässigkeitsfälle auftreten können. Er unterscheidet zwischen technisch unvermeidbaren Schadensfällen (*unavoidable accident*) und menschlichen Fehlern, die Schadensfälle auslösen (*inevitable accident*). Technologische Verbesserungen verringern die Gefahr des ersten Fehlers, erhöhen aber die Wahrscheinlichkeit des zweiten Fehlers. *Fernando Gomez* und *Jose Penalva* (Barcelona) untersuchen den Fall, indem der Geschädigte Ansprüche aus einem Versicherungssystem hat, aber auch einen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Schädiger. Sie untersuchen drei verschiedene Systeme zur Koordination der beiden Ansprüche und analysieren insbesondere ihre Wirkung auf die Sorgfaltsanreize des Schädigers. *Bernhard Hirsch* und *Martin Nell* (Hamburg) diskutieren verschiedene Mechanismen, um den Ausbruch von Seuchen in der landwirtschaftlichen Tierhaltung zu verhindern, etwa Versicherungen, öffentliche Subventionen und verschiedene präventiv wirkende Maßnahmen.

Der vierte Teil behandelt verschiedene Aspekte von Verträgen aus rechtsökonomischer Sicht. *Francisco Cabrillo* (Madrid) diskutiert die Hypothese, das Prinzip der Vertragsfreiheit entwickle sich in Common Law Systemen besser als in Civil Law Systemen, aus empirisch-historischer Perspektive. Er arbeitet in seiner Betrachtung des US-amerikanischen und verschiedener westeuropäischer Rechtssysteme heraus, dass beide Rechtssysteme am Ende des 19. Jahrhunderts das Prinzip der Vertragsfreiheit hochhielten und förderten, im Laufe des ersten Drittels des 20. Jahrhunderts aber Beschränkungen der Vertragsfreiheit durch die Parlamente eingeführt, was von den Gerichten auch akzeptiert wurde. *Urs Schweizer* (Bonn) beschäftigt sich mit der Vorschrift des § 340 Abs. 2 BGB, welche vorsieht, dass vereinbarte Vertragsstrafen den Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines Vertrages nur nach unten, nicht aber nach oben begrenzen, soweit der Gläubiger einen höheren Schaden nachweist. In einem Modell, welches auf Differenzialrechnung verzichtet, zeigt Schweizer, dass dadurch zu hohe Investitionen des Gläubigers im Vertrauen auf die Erfüllung des Vertrages hervorgerufen werden, selbst wenn man Nachverhandlungen nach dem Vertragsbruch zulässt. *Johannes Köndgen* (Bonn) untersucht die in § 275 BGB angelegten Abgrenzungen der Unmöglichkeit auf ihre ökonomische Stichhaltigkeit. In wenigstens teilweiser