

Diskussionspapierreihe
Working Paper Series



HELMUT SCHMIDT
UNIVERSITÄT
Universität der Bundeswehr Hamburg

WARUM BRAUCHEN WIR RICHTER?

ROBIN CHRISTMANN

Nr./ No. 103
AUGUST 2010

Department of Economics
Fächergruppe Volkswirtschaftslehre

Autoren / Authors

Robin Christmann

Helmut Schmidt Universität Hamburg / Helmut Schmidt University Hamburg
Institut für Volkswirtschaftslehre insb. Politische Ökonomik und Empirische
Wirtschaftsforschung / Institute of Economics esp. Political Economy and Empirical
Economics
Holstenhofweg 85
22403 Hamburg
Germany
Christmann@hsu-hh.de

Redaktion / Editors

Helmut Schmidt Universität Hamburg / Helmut Schmidt University Hamburg
Fächergruppe Volkswirtschaftslehre / Department of Economics

Eine elektronische Version des Diskussionspapiers ist auf folgender Internetseite zu finden/
An electronic version of the paper may be downloaded from the homepage:
<http://fgvwl.hsu-hh.de/wp-vwl>

Koordinator / Coordinator

Kai Hielscher
wp-vwl@hsu-hh.de

WARUM BRAUCHEN WIR RICHTER?

ROBIN CHRISTMANN

Zusammenfassung/ Abstract

Richterliche Leitsätze sind heute prägender Bestandteil der Rechtssetzung und Rechtsschöpfung in vielen Rechtsgebieten. Obwohl jedoch richterliche Entscheidungen unvermeidbar subjektiv und fehlbar sind, bleibt die Frage nach Leistungsfähigkeit und Grenzen dieses Richterrechts in der Literatur weitgehend unbeantwortet. In dieser Arbeit werden unter Verwendung eines Arbeitsvertragsmodells Eignung und Funktion richterlicher Entscheidungen erklärt und herausgestellt, unter welchen Bedingungen Richterrecht spezifischen gesetzlichen Regelungen überlegen ist. Es wird gezeigt, dass aus Sicht des Gesetzgebers insbesondere die Charakteristika des jeweiligen Rechtsgebietes für das effiziente Verhältnis richterlicher Entscheidungsfreiheit und gesetzlicher Spezifität ausschlaggebend sind. Die theoretischen Erkenntnisse werden abschließend auf das Beispiel des deutschen Arbeitsrechts übertragen und diskutiert.

JEL-Klassifikation / JEL-Classification: K12, K31, K41

Schlagworte / Keywords: unvollständige Verträge, Richterrecht, Arbeitsgerichte, Gesetzgebung

1 Einleitung

«After all, one way to reduce the cost of agreement is to agree on less.»¹

- RICHARD POSNER, 1986

Die Analyse wirtschaftlicher Aktivitäten auf Märkten und ihrer jeweiligen Auswirkungen auf die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt ist von jeher Mittelpunkt ökonomischer Forschung. Der vereinbarte Austausch von Gütern und Dienstleistungen erfolgt dabei fast immer über das Rechtsinstitut eines Vertrages,² welches die Interaktion zwischen den Parteien definiert und koordiniert. Obwohl Verträge daher ein bedeutsames Instrument zur Erreichung jeder Ressourcenallokation sind, wurde erst im Zuge der Ökonomischen Analyse des Rechts dieser rechtliche Ordnungsrahmen selbst Gegenstand mikroökonomischen Diskurses. Da rationale Marktteilnehmer ihr Verhalten am praktizierten, sich auswirkenden Recht ausrichten, erfährt die Rechtsprechung der Gerichte über die Anwendung dieses Ordnungsrahmens eine erhebliche Bedeutung für alle vertraglichen Transaktionen. Richter beeinflussen durch ihre fachlichen Urteile zukünftige allokativen Entscheidungen der Marktteilnehmer.³

Überall dort, wo Individuen Informationen selektieren und Entscheidungen treffen, treten jedoch auch individuelle Anreize und menschliche Fehler als Einflussfaktoren auf. Richterliche Urteile sind unvermeidbar subjektiv und fehlbar. In der wissenschaftlichen Literatur wird hingegen vor allem eine optimale institutionelle Ausgestaltung der Gerichtsbarkeit diskutiert oder es werden einzelne Wirkungen richterlichen Eigennutzes isoliert betrachtet.⁴ Richterrecht⁵ ist jedoch nicht alternativlos, sondern lediglich *ein* Instrument der Rechtsetzung. Die Eignung dieses Instruments in Abgrenzung zum kodifizierten Gesetzesrecht ist jedoch noch nicht differenziert analysiert worden.

¹ Posner, 1986, S.513.

² Vgl. Schweizer, 1999, S.5. Schweizer definiert den Vertrag als institutionelle Vorkehrung, welche die Möglichkeiten der strategischen Interaktion zwischen individuellen Entscheidungsträgern definiert, beeinflusst und koordiniert.

³ Vgl. Eidenmüller, 2005, S.28; S.450 ff.; Schäfer/Ott, 2005, S.16 f.; Janson, 2004, S.21 ff.; Picker, 2005, S.262.

⁴ Vgl. Eidenmüller, 2005, S.414 ff.; Bernado, 2000, S.6 ff.; Fon/Parisi, 2009, S.71 ff.; Schneider, 2005, 127 ff.

⁵ Der Begriff Richterrecht ist nicht einheitlich erklärt. Er bezeichnet hier im Folgenden Entscheidungsnormen, die ohne wertende, gebotsbildende Akte des Richters dem kodifizierten Gesetz nicht entnommen werden können. Entscheidungen höherer Instanzen weisen dabei eine Orientierungswirkung für zukünftige Gerichtsurteile auf. Der Übergang zur einfachen Rechtsanwendung ist fließend, unterscheidet sich ökonomisch aber allein in der Spezifität der gesetzlichen Vorgaben. Vgl. Schneider, 2002, S.174 und Rütters, 2008, S.160.

Es ist daher Zielsetzung dieser Untersuchung, die Leistungsfähigkeit und Grenzen einer Rechtssetzung durch Rechtsprechung exemplarisch anhand des Arbeitsvertragsrechts herauszustellen. Für die folgende formale Analyse des Richterrechts wird ein vertragstheoretischer Ansatz gewählt, um hierdurch in fassbarer Form die unterschiedlichen Informations- und Kontrollprobleme zwischen den Vertragsparteien zu erklären. Es wird dazu ein Käufer-Verkäufer-Modell (ZHU und ZHANG, 2000) weiterentwickelt und auf den Arbeitsvertrag angewandt. Anhand des Modells wird gezeigt, inwieweit richterliche Rechtsprechung potentielle Vertragsparteien bei Abschluss und Durchführung eines Arbeitsvertrages entlasten kann. Durch die zusätzliche Einführung eines Parameters, welcher die gesetzliche Regelungsdichte abbildet, wird dann erklärt, unter welchen Bedingungen Richterrecht spezifischen gesetzlichen Regelungen überlegen ist.

Die weitere Untersuchung wird zunächst in Kapitel zwei den aktuellen Stand der Forschung in Rechts- und Wirtschaftswissenschaft wiedergeben. Kapitel drei stellt dann das verwendete Vertragsmodell vor. In Kapitel vier wird das Ergebnis des Arbeitsvertrages betrachtet, wenn eine richterliche Entscheidung durch die Parteien herbeigeführt werden kann. Die Beziehung von Richterrecht zum Gesetzesrecht wird in Kapitel fünf analysiert und ihre Wirkung auf die realisierte gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt untersucht. Hierauf aufbauend werden in Kapitel sechs die theoretischen Erkenntnisse anhand des Beispiels des deutschen Arbeitsrechts vertieft und diskutiert. Abschließend erfolgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.

2 Literaturüberblick

Richterliche Rechtsprechung und ihre Bedeutung als Bestandteil der Rechtssetzung blieben in der Rechts- und insbesondere in der Wirtschaftswissenschaft lange unreflektiert. Sie stand eindeutig im Schatten einer Analyse gesetzlicher Normen und staatlicher Regelungsaktivität.

Die Sichtweise von Rechtsprechung in der Jurisprudenz wurde lange durch den Gegensatz von Rationalität und Werturteil des Richters geprägt und in zwei unterschiedlichen Rechtstheorien abgebildet. In der deduktiven, klassisch-positivistischen Strömung, geprägt durch MAX WEBER und BERNHARD WINDSCHEID, ist der Richter reiner Bürokrat, der entweder durch die Anwendung mechanischer Rechtstechniken gleich einem Rechtsautomaten⁶ (WEBER, 1922) sein Urteil bildet oder durch ein künstliches Begriffssystem eine objektive Logik zu entwickeln sucht (WINDSCHEID, 1906). Im Gegensatz dazu steht die induktive Rechtstheorie, welche das Rechtsgefühl⁷ des Rechtsanwenders in den Mittelpunkt stellt. Eine Zweckbetrachtung anhand der einer Rechtsordnung eigenen Wertmaßstäbe soll hier eine inhaltslose Logik ersetzen und überträgt die Feststellung dieser Interessen dem Richter (HECK, 1932).⁸

Unter dem Eindruck des Nationalsozialismus wurde der wertungsfreie und daher pervertierbare Rechtspositivismus zurückgedrängt und durch regelgeleitete, aber wertungsbezogene Ansätze ersetzt. Diese Renaissance der juristischen Methodenlehre als Brückenschlag zwischen induktiver Intuition und deduktiver Logik war um neue Rechtsfiguren erweitert worden (LARENZ/CANARIS, 1983) und zielte auf eine transzendente Rechtsprechung. LARENZ betonte, dass es auch die richterliche Aufgabe sei, notfalls als Korrektor des Gesetzgebers zu wirken. Für das Arbeitsrecht stellte GAMILLSCHEG (1964) die Bedeutung der schöpferischen Wertung des Richters heraus und stilisierte den Richter zum „Herren des Arbeitsrechts“.⁹ Zuversichtlich merkte

⁶ Weber, 1922, S.649.

⁷ Vgl. Hesse, 2004, S.126 f. ; Heck, 1932, S.176 und Radbruch, 1914, S.337-345.

⁸ Vgl. Weber, 1922, S.644 ff.; Windscheid, 1906, S.97-103 sowie Heck, 1932, S.172-176.

⁹ Gamillscheg, 1964, S.388.

GAMILLSCHEG an, dass dieser Prozess solange unschädlich sei, wie der Richter sich Drittinteressen entziehen könne und sich nur der Idee der Gerechtigkeit verpflichte.¹⁰

Ernste Zweifel an dieser These äußerte insbesondere ESSER (1970) in seiner Lehre vom Vorverständnis. Hiernach lässt sich der Richter im Laufe der Rechtsfindung zuerst von seinem subjektiv erworbenen Rechtsgefühl leiten, auch wenn er das Urteil dann methodisch begründe. Esser kritisierte damit insbesondere die LARENZSCHE Methodenlehre, welche dieses willkürliche, unkontrollierte Element der Rechtsfindung auszublenden schien.¹¹

Nach dieser Grundsatzkritik lebte die Kontroverse um Freiheit und Bindung des Richters in Gestalt einer Methodendebatte erneut auf.¹² Angesichts der anerkannten Unerreichbarkeit vollkommener Gesetze stand nicht die Notwendigkeit richterlicher Entscheidungsfreiheit auf dem Prüfstand,¹³ sondern vielmehr ihre Transparenz, Kontrolle und Implementierung in den Rechtsstaat. So betonen etwa KIRCHHOF (1986) und DIETERICH (1986) das hohe Maß an Flexibilität und Einzelfallgerechtigkeit der Rechtsordnung, welches erst durch fallbezogenen Richterentscheid erreicht werde.¹⁴ Nach FLEISCHER und WEDEMANN (2009) ist die Ausformung einiger Rechtsfiguren zudem dauerhaft den Gerichten zu überlassen, da eine Kodifikation die stetigen richterlichen Lernprozesse abschneidet und die fortwährende Anpassung des abstrakten Rechts an die Wirklichkeit unterbindet.

Hingegen stellen MÜLLER (1980), PICKER (1984, 1988) und RICHARDI (2008) das unvermeidlich dezisionistische Element richterlicher Rechtsfindung heraus. Derartige Entscheidungsfreiräume eröffneten so die Gefahr einer richterlichen Sozialgestaltung, insbesondere im ideologisch geprägten Arbeitsrecht. RÜTHERS (2008, 2009) kritisiert wiederholt das abnehmende Problembewusstsein in der Rechtswissenschaft und sieht einen Ausweg nur in einer verstärkenden Methodentransparenz. HASSEMER (2004) hingegen betont die Interpretationsbedürftigkeit dieser Auslegungsmethoden selbst und

¹⁰ Vgl. Larenz/Canaris, 1983, S.188 ff., S.241 ff., S. 287 ff.; Gamillscheg, 1964, S.427 ff.

¹¹ Vgl. dazu Esser, 1970, S.121 ff.; Fabricius, 1980, S.13-22.

¹² Eine Einführung in die juristische Kontroverse und ihre Entstehungsgeschichte bieten Hassemer et al., 2004.

¹³ Vgl. Dieterich, 1993, S.68 f.; Müller, 1980, S.628, S.633 f.; Richardi, 2008, S.1-3; Rütters, 2005, S.8.

¹⁴ Vgl. Kirchhof, 1986, S.26-37 sowie Dieterich, 1986, S.3-6.

hält daher eine stringente Bindung des Richters nur über eine Eigenbindung durch Präjudizien, Dogmatik und Routine für erreichbar.

In der Wirtschaftswissenschaft wurde die Wirkung von Recht und richterlicher Entscheidungstätigkeit auf die Ressourcenallokation erst durch den revolutionären Beitrag von COASE (1960) nachgewiesen. Durch die Feststellung von Transaktions- und Rechnutzungskosten in Märkten wurde die ökonomische Analyse von Rechtspositionen und damit auch gerichtlicher Zuweisungsverfahren unumgänglich.¹⁵

Zunächst aber lag der Fokus auf der Effizienzwirkung von rechtlichen Institutionen und nicht auf der Rolle des Richters als Entscheidungsträger. LANDES (1971) und TULLOCK (1975) untersuchten Gerichtsverhandlungen, außergerichtliche Einigungen und die erzeugten Verhaltensanreize für die Vertragsparteien.¹⁶ Der Richter selbst blieb dienender Schiedsrichter (HAYEK, 1980), eine Instanz, welche eine intellektuelle Aufgabe ohne eigene Präferenzen lösen soll und die funktionierende Ordnung erhält und verbessert.

Auch die Vertragstheorie¹⁷ bezog sich früh auf dieses Bild richterlicher Entscheidungstätigkeit als Bezugsgröße in Vertragsverhandlungen. Bestehende Vertragskosten setzen Anreize zu unvollständigen Verträgen,¹⁸ wobei die Vertragsparteien sowohl interpretationsbedürftige Klauseln (u.a. SHAVELL, 2006) verwenden als auch den ex ante Vertrag durch vereinbarte Nachverhandlungen (HART und MOORE, 1985) stützen können.

Häufig wird zudem gefordert, die Rechtsprechung solle den Nutzen der Vertragsparteien auch im Streitfall maximieren. Nach BERNADO (2000) sei dies je nach Regelungsproblem durch ein optimales Niveau an richterlicher Mutmaßung zugunsten des Klägers oder des Angeklagten zu erreichen. ANDERLINI (2006) sowie HERMALIN und KATZ (1993) erachten richterliche Eingriffe in die Vertragsgestaltung für notwendig, wenn Informationsasymmetrie und ungleiche Verhandlungspositionen der Parteien ansonsten ineffiziente Investitionsanreize setzen oder eine existenzgefährdende Risikoverteilung

¹⁵ Es entstand so als interdisziplinärer Ansatz: die ökonomische Analyse des Rechts. Vgl. Schäfer-Ott, 2005.

¹⁶ Vgl. Tullock, 1975, S.750 ff.

¹⁷ Einen Überblick über das weite Feld der Vertragstheorie bieten Richter, 1999 sowie Hart und Holmström, 1987.

¹⁸ Vgl. Hart/Holmström, 1987, S.128 ff.

erzeugen. SCHWARTZ (2004) hingegen kritisiert eine Aufwertung unvollständiger Verträge, wenn die richterliche Entscheidung nicht auf dem Wortlaut des Vertrages beruht, sondern vor allem eine fiktive ex ante Interessenlage zu bestimmen suche.

Neben dieser normativen Betrachtung der Rechtsprechung zu Verträgen übertrug POSNER (1986) das ökonomische Verhaltensmodell auf den Richter selbst und stellte damit die Frage nach Nutzenmaximierung und persönlichen Zielen. Sowohl SHAPIRO S. (1995) als auch FON und PARISI (2009) betrachteten die Implikationen ideologischen Richterrechts für das Verhandlungsergebnis und die Gestaltung der Gesetzgebung insgesamt. MICELI (1992) und SCHNEIDER (2005) analysierten hingegen den Einfluss von Reputation und Karrierestreben auf Urteilsfindung und Selbstdarstellung des Richters.

Sowohl in der juristischen als auch in der ökonomischen Literatur verbleiben Funktion und optimale Entscheidungsfreiheit des Richters umstritten.

3 Modellaufbau und Prämissen

Das im Folgenden verwendete Arbeitsvertragsmodell ist eine Weiterentwicklung der diskreten Modellierung eines Austauschvertrages von TIAN ZHU und JUSTIN ZHANG.¹⁹ ZHU und ZHANG zeigten mit Hilfe eines einfachen Käufer-Verkäufer-Modells, dass die Nichtverifizierbarkeit eines Merkmals nicht die Undurchführbarkeit des Vertrages insgesamt bedeuten muss, sondern bereits die Korrelation einer richterlichen Entscheidung mit dem wahren Merkmal ein effizientes Ergebnis erreichen kann. Im Mittelpunkt stand hierbei der Vergleich zwischen Festpreis- und bedingten Verträgen.

Diese Modellierung eines Austauschvertrages wird nun auf den Arbeitsvertrag angewandt. Die asymmetrische Verhandlungsposition der Vertragsparteien im Ansatz von ZHU und ZHANG, welche auf eine verwendungsspezifische Investition des Verkäufers zurückgeht, bildet dabei die Grundstruktur eines Arbeitsverhältnisses in geeigneter Form ab. Die Leistung des Arbeitnehmers als spezifische Fixschuld gegenüber dem Arbeitgeber stiftet somit ein vergleichbares Kontrahierungsproblem wie im Käufer-Verkäufer-Modell.

¹⁹ Vgl. Zhu/Zhang, 2000 sowie Zhu, 1995, S.41 ff.

Um eine eingehende Wohlfahrtsanalyse durchführen zu können, wird im Folgenden das Vertragsmodell in der stetigen Form entwickelt.

Der Arbeitsvertrag ist als nicht-kooperatives Spiel mit zwei Parteien modelliert.

Der Agent (Arbeitnehmer) kann für das Unternehmen eine Dienstleistung in der Qualität q erbringen, wobei ihm die Erzeugung der Leistung qualitätsabhängige Kosten $C(q)$ mit

$$C'(q) > 0, C''(q) > 0 \text{ und } C(0) = 0$$

verursacht. Diese Kosten stellen Opportunitätskosten des Agenten dar, welche er aus entgangenem Nutzen alternativer Beschäftigungen wie Freizeit oder etwaigem Arbeitsplatzkonsum erleidet.

Der Prinzipal (Arbeitgeber) hat für die vom Arbeitnehmer erbrachte Dienstleistung eine qualitätsabhängige Wertschätzung

$$V(q) \text{ mit } V'(q) > 0 .$$

Sie kann als Nutzen des Einsatzes der Dienstleistung im Produktionsprozess interpretiert werden. Um diese Leistung im Rahmen eines Arbeitsvertrags zu erhalten, leistet der Prinzipal eine Lohnzahlung $W(q)$ an den Agenten. $V(q)$, $C(q)$ sowie die Qualität q seien von beiden Parteien jederzeit beobachtbar.

Eine Allokation der Form $[q, W(q)]$ kann als Arbeitsvertrag gedeutet werden. Er legt für jede Entscheidung q des Agenten eine Auszahlung $W(q)$ des Prinzipals verbindlich fest. Es wird angenommen, dass die im Vertrag bezeichnete Qualität q der Leistung formal nicht eindeutig konkretisierbar bzw. ihre tatsächliche Ausprägung einem Dritten nicht sicher beweisbar sei. Ein auf die Qualität q bedingter Vertrag ist daher nicht perfekt verifizierbar. Es liegt somit ein unvollständiger Arbeitsvertrag vor.

Beide Parteien können die Durchführung des Vertrages, etwa bei Schlechtleistung der Gegenseite, durch Erwirkung eines Gerichtsbeschlusses erzwingen. Die Unvollständigkeit des Vertrages erzeugt dabei potentielle gerichtliche Fehleinschätzungen der tatsächlichen Qualität q . Die richterliche Entscheidung wird hier durch einen exogenen Entscheidungsvektor $g(f_q, f_{\bar{q}})$ in das Modell integriert. f_q bezeichnet die Wahrscheinlichkeit, dass der Richter dem Arbeitsvertrag die Qualität q zugrunde legt,

wenn der Arbeitnehmer die Qualität q auch tatsächlich erbracht hat. $f_{\bar{q}}$ ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Richter den Vertrag mit Qualität q erfüllt sieht, der Agent in Wahrheit aber nur die schlechtere Qualität \bar{q} erbracht hat. Es gelte $q \geq \bar{q}$ und $f_q \geq f_{\bar{q}}$. Somit entspricht $1 - f_q$ dem Fehler 1. Art und $f_{\bar{q}}$ dem Fehler 2. Art einer richterlichen Entscheidung. Der Vektor g ist daher ein Maß für die Validität der Rechtsprechung im Hinblick auf die Einschätzung der Qualität q . Es sei angenommen, dass beide Vertragsparteien diese Validität gleich beurteilen, d.h. rationale Erwartungen über den Vektor g bilden.²⁰

Der Gang vor Gericht sei zudem kostspielig und erzeuge für beide Vertragsparteien konstante Kosten der Vertragsdurchsetzung in Höhe von L^P bzw. L^A . Diese beinhalten sowohl Verfahrens- als auch Anwaltskosten. Diese Kosten seien unabhängig vom Ausgang des Verfahrens zu tragen.²¹

Es sei weiterhin angenommen, dass der Prinzipal vollkommene Verhandlungsmacht besitzt. Aufgrund einer Vielzahl von Arbeitnehmern, die die Dienstleistung erzeugen können, kann der Prinzipal dem Agenten ein ‚Take-it-or-leave-it‘-Vertragsangebot machen. Zudem seien jederzeit kostenlose Nachverhandlungen möglich. In einem potentiellen Streitfall²² können die Vertragsparteien den Kontrakt daher einvernehmlich abändern und Leistungen anpassen. Als letzte Prämisse seien die Parteien zunächst risikoneutral und unbeschränkt haftbar.

Das nicht-kooperative Spiel des modellierten Arbeitsverhältnisses besteht aus vier Stufen (vgl. Abbildung 1): Dem Vertragsangebot des Prinzipals (Stufe 1), der Leistungserstellung durch den Agenten (Stufe 2), im Streitfall zudem aus einem Vergleichsangebot (Stufe 3)

²⁰ Eine Aufgabe dieser Annahme verändert die Modellaussage nur dahingehend, dass im Optimum Klagen auftreten können. Dies geschieht, wenn der Prinzipal die Validität schlechter einstuft als der Agent und ein Vergleich daher immer scheitert. Vgl. Zhu, 2000, S.286 ff.

²¹ Das allokativer Modellergebnis ändert sich nicht, wenn die Verfahrenskosten nur vom Verlierer des Prozesses zu tragen sind. In diesem Fall ist jedoch die AV-Bedingung weniger bindend. Vgl. Anhang I, C.

²² Der Streitfall bezeichnet hier eine Friktion oder Leistungsstörung im Vertrag und umfasst schuldunabhängig die Fälle der Unmöglichkeit, des Verzuges sowie die Nicht- und Schlechtleistung einer Vertragspartei.

und gegebenenfalls einer Gerichtsverhandlung (Stufe 4). Π_P^n und Π_A^n bezeichnen dabei die Gewinnerwartung von Prinzipal und Agent auf der n-ten Stufe.²³

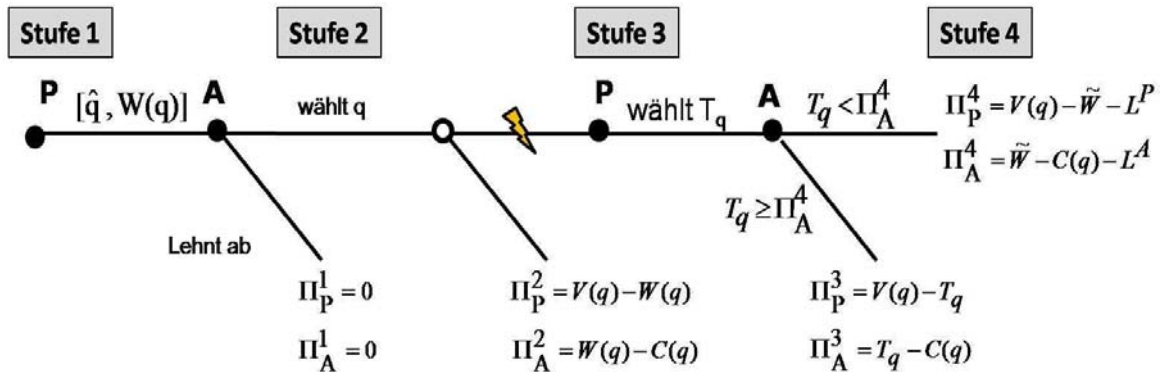


Abbildung 1: extensive Darstellung des Vertrages

In Stufe 1 macht der Prinzipal dem Agenten ein Vertragsangebot, welches eine zu leistende Qualität der Dienstleistung \hat{q} und die Lohnfunktion $W(q)$ enthält. Lehnt der Agent den Vertrag ab, so ist der Nutzen für beide Parteien mangels Leistungsaustauschs gleich null. Nimmt der Agent den Vertrag an, so wählt er nun auf Stufe 2 die tatsächliche Qualität q seiner Dienstleistung. Es ist möglich, dass während der Vertragslaufzeit kein Streitfall eintritt und beide Parteien die Leistungen wie vereinbart austauschen. In diesem Fall endet das Spiel und Prinzipal und Agent ziehen aus dem Vertrag den Nutzen Π_P^2 und Π_A^2 . Tritt jedoch ein Streitfall durch vertragswidriges Verhalten ein, so entsteht auf Stufe 3 eine Nachverhandlungssituation. Aufgrund seiner vollkommenen Verhandlungsmacht unterbreitet hier der Prinzipal dem Agenten ein Vergleichsangebot T_q , um die für ihn kostenintensive Gerichtsverhandlung zu vermeiden. Der rationale Agent nimmt dieses Angebot nur an, wenn die Vermeidung einer Gerichtsverhandlung für ihn vorteilhaft ist, d.h. wenn gilt $T_q \geq \Pi_A^4$. Mit der außergerichtlichen Einigung endet das Spiel mit den Gewinnen Π_P^3 und Π_A^3 . Scheitert der Vergleich, so entscheidet auf Stufe 4 eine Gerichtsverhandlung über die tatsächliche Lohnzahlung des Prinzipals \tilde{W} . Im Fall einer gerichtlichen Leistungsbemessung tragen die Vertragsparteien zusätzlich die Kosten L^P bzw. L^A .

²³ Π_A^{nS} bezeichnet den Gewinn ohne versunkene Kosten.

Die Bedingung, welche den Streitfall auslöst und damit die Erfüllung des Vertrages auf Stufe 2 ausschließt, wird im Modell nicht weiter betrachtet. In Abschnitt vier wird gezeigt, dass es für das Vertragsergebnis allokativ unbeachtlich ist, ob der Vertrag direkt erfüllt wird oder im Falle einer Leistungsstörung eine außergerichtliche Einigung erreicht wird. Folglich kann auf eine Formalisierung des Streitfalls an dieser Stelle verzichtet werden.

4 Grundmodell: Der optimale Arbeitsvertrag

Ausgestattet mit seiner vollkommenen Verhandlungsmacht, kann der Prinzipal ein optimales Vertragsangebot vorlegen, welches seinen erworbenen Gewinn maximiert. Das zu Grunde liegende spieltheoretische Entscheidungsproblem ist durch Rückwärtsinduktion lösbar. Die Analyse beginnt daher auf Stufe 4.

Entsteht nach der Leistungserbringung durch den Agenten ein Streitfall im Arbeitsverhältnis und scheidet die Nachverhandlung, wird der Lohn \tilde{W} durch richterlichen Entschluss festgesetzt (Stufe 4). Der Agent bildet daher rationale Erwartungen über den Ausgang der Gerichtsverhandlung mit

$$E[\Pi_A^{4S}] = f_q W(q) + (1 - f_q)W(\bar{q}) - L^A \quad (1)$$

Mit der Wahrscheinlichkeit f_q erhält er durch das Urteil die vertragsgemäße Zahlung $W(q)$, mit $1 - f_q$ jedoch sieht der Richter die erbrachte Leistung fälschlich als nicht vertragsgemäß an und setzt entsprechend eine niedrigere Zahlung $W(\bar{q})$ fest. Zudem trägt der Agent die Verfahrenskosten L^A . Die Kosten der Leistungserstellung $C(q)$ werden hier nicht betrachtet, da sie als versunkene Kosten nicht mehr entscheidungsrelevant sind.

Der rationale Prinzipal erwartet diese Überlegung des Arbeitnehmers in der Nachverhandlung (Stufe 3). Er bedingt sein Vergleichsangebot T_q so, dass der Agent mindestens indifferent wird zwischen Annahme und Ablehnung. Dies ist erreicht durch

$$T_q \geq f_q W(q) + (1 - f_q) W(\bar{q}) - L^A \quad (2)$$

In diesem Fall kann der Arbeitgeber für sein Vergleichsangebot die erwartete Lohnzahlung vor Gericht \tilde{W} um L^A senken und vermeidet zudem eigene

Gerichtskosten L^P . Der erreichte Vergleich ist für den Prinzipal daher stets vorteilhaft, denn er spart so die gesamten Verfahrenskosten $L^A + L^P$ ein.

Angesichts des Kontrollproblems des Arbeitgebers, welches aufgrund der eingeschränkten Verifizierbarkeit der tatsächlichen Qualität q entsteht, muss der Prinzipal zudem sicherstellen (Stufe 2), dass der Fall einer Schlechtleistung des Arbeitnehmers, d.h. $q < q^*$, nicht eintritt. Der Prinzipal weiß, dass der nutzenmaximierende Agent dieses Kontrollproblem nicht zu seinen Gunsten ausnutzen wird, wenn er sich andernfalls beim Eintreten des Streitfalls in der folgenden Nachverhandlung schlechter stellen würde. Der Agent erfüllt den Vertrag somit, wenn der Nutzengewinn auch im Vergleich überwiegt. Es gilt dann

$$T_q - C(q) \geq T_{\bar{q}} - C(\bar{q}) \quad (3)$$

Dies ist die Anreizverträglichkeitsbedingung des Vertrages, welche sich umformen lässt zu

$$W(q) - W(\bar{q}) \geq \frac{C(q) - C(\bar{q})}{f_q - f_{\bar{q}}} \quad (4)$$

Auf Stufe 1 muss das Vertragsangebot $[q, W(q)]$ des Prinzipals schließlich durch den Agenten angenommen werden. Dies wird der Agent tun, wenn er mindestens seine Opportunitätskosten deckt. Dies muss auch für den Streitfall gelten, da der Agent dessen Eintreten nicht kontrollieren kann. Es gilt

$$f_q W(q) + (1 - f_q) W(\bar{q}) - L^A \geq C(q) \quad (5)$$

Im Falle von Nachverhandlungen stellt (5) zudem die Gewinnfunktion des Agenten dar.

Das Optimierungsproblems des Prinzipals ergibt sich daher als

$$\Pi_P(q) = V(q) - W(q) \Rightarrow \max_q! \quad (6)$$

unter den Nebenbedingungen

$$W(q) - W(\bar{q}) \geq \frac{C(q) - C(\bar{q})}{f_q - f_{\bar{q}}} \quad (7)$$

$$f_q W(q) + (1 - f_q) W(\bar{q}) - L^A \geq C(q) \quad (8)$$

Der Prinzipal maximiert seinen Gewinn hier über die Entscheidung q des Agenten. Die Nebenbedingungen stellen zusätzlich sicher, dass diese gewinnmaximale Qualität q^* vertraglich erreichbar ist.

Unterstellt man, dass die Bedingungen (7) und (8) im Optimum bindend sind, so lassen sich diese zu $W(q)$ zusammenfassen und in das Optimierungsproblem (6) einsetzen

$$V(q) - \frac{(1-f_{\bar{q}})C(q) - (1-f_q)C(\bar{q}) + (f_q - f_{\bar{q}})L^A}{f_q - f_{\bar{q}}} \Rightarrow \max! \quad (9)$$

Da eine Schlechtleistung \bar{q} im Optimum nicht auftreten soll, wird diese durch die Ableitung nicht weiter betrachtet. Es ergibt sich damit die Bedingung erster Ordnung als

$$V'(q) - \frac{(1-f_{\bar{q}})C'(q)}{f_q - f_{\bar{q}}} = 0 \quad (10)$$

Da die Funktionen $V(q)$ und $C(q)$ sowie der Vektor g bekannt sind, ist die gewinnmaximale Qualität q^* eindeutig bestimmt.

Um diese Allokation vertraglich herbeizuführen, muss der Prinzipal die sein Gewinnmaximum realisierende Lohnzahlung $W^*(q)$ ermitteln.²⁴ Die Auszahlungsfunktion ist daher anreizverträglich (4) und erfüllt die Teilnahmebedingung des Agenten (5).

Die Anreizverträglichkeit der Zahlung ist immer erreicht, wenn es ausgehend vom Optimum q^* für den Agenten nie vorteilhaft ist, tatsächlich eine abweichende Leistung q zu erbringen. Dies ist sichergestellt, wenn gilt

$$W(q^*) - W(q) \geq \frac{C(q^*) - C(q)}{f_q - f_{\bar{q}}} \quad (11)$$

Die Teilnahmebedingung (5) des Vertrages verhindert, dass ein den Kontrakt erfüllender Agent durch ein fehlerhaftes Urteil insgesamt einen Nutzenverlust erleidet. Ist diese Bedingung nicht erfüllt, wird ein rationaler Agent im Streitfall nicht klagen und auf eine Vertragsanpassung verzichten müssen. Dies antizipierend lehnt er den Vertrag ex ante ab. Die Teilnahmebedingung muss daher auch erfüllt sein, wenn möglich ist, dass der Richter die erbrachte Qualität seiner Leistung gar nicht erkennt und Nichterfüllung feststellt, d.h.

²⁴ In der Vertragstheorie wird dies als stützende Zahlungsfunktion bezeichnet, da diese das Gewinnmaximum des Prinzipals über die Entscheidung des Agenten herbeiführt. Vgl. Schweizer, 1999, S.46-52.

$\bar{q} = 0$. Gleiches gilt, wenn ein opportunistischer Prinzipal wahrheitswidrig auf Nichterfüllung klagt, um sich des Lohnanspruches zu entledigen.

Aus (5) ist die notwendige Zahlung $W(q^*)$ im Optimum für $\bar{q} = 0$ eindeutig zu bestimmen, da für die Zahlung bei Schlechtleistung $W(\bar{q})$ zudem die AV-Bedingung (4) herangezogen werden muss. Es ergibt sich somit

$$W(q^*) = \frac{(1-f_{\bar{q}})C(q^*)}{f_q - f_{\bar{q}}} + L^A \quad (12)$$

Aus den Überlegungen (11) und (12) ist zunächst die Zahlungsvorschrift $W(q)$ durch Auflösung nach $W(q^*)$ zu berechnen. Diese ergibt sich als

$$W(q) = \frac{C(q)}{f_q - f_{\bar{q}}} - \frac{f_{\bar{q}} C(q^*)}{f_q - f_{\bar{q}}} + L^A \quad (13)$$

Wegen $W'(q) > C'(q)$ für beliebige Leistungen q realisiert diese Funktion nicht das Optimum bei q^* , so dass die gewinnmaximale Lohnzahlung des Prinzipals $W^*(q)$ erst durch eine Fallunterscheidung definiert wird:

$$W^*(q) = \begin{cases} \frac{C(q)}{f_q - f_{\bar{q}}} - \frac{f_{\bar{q}} C(q^*)}{f_q - f_{\bar{q}}} + L^S & , \text{wenn } 0 \leq q \leq q^* \\ \frac{(1-f_{\bar{q}})C(q^*)}{f_q - f_{\bar{q}}} + L^S & , \text{wenn } q > q^* \end{cases} \quad (14)$$

Diese Fallunterscheidung und damit die Aufgabe der Differenzierbarkeit im Optimum q^* ist hier zwingend. Die dargestellte Zahlungsfunktion $W^*(q)$ ist hingegen im relevanten Intervall $[0; q^*]$ stets anreizverträglich und bei Qualität q^* gewinnmaximal für den Prinzipal.²⁵

Im Intervall $(q^*; \infty)$ ist die ausgelöste Zahlung konstant mit $W(q^*)$. Wegen steigender Opportunitätskosten $C'(q) > 0$ wird ein rationaler Agent einen Wert in diesem Intervall nicht realisieren.

²⁵ Nach dem verbreiteten First-Order Ansatz müsste zur Erreichung der Qualität q^* die Gewinnfunktion des Agenten (5) über den Lohn so verändert werden, dass auch gelte $W'(q^*) = \frac{C'(q^*)}{f_q}$. Dies verletzt jedoch immer die Anreizverträglichkeitsbedingung (4) wegen $\frac{C'(q^*)}{f_q} < \frac{C'(q^*)}{f_q - f_{\bar{q}}}$ und begründet daher die Notwendigkeit der Fallunterscheidung.

Die anfängliche Behauptung, es sei allokativ ohne Bedeutung, ob der Vertrag direkt erfüllt oder nachverhandelt wird, ist zu beweisen. Im Fall der Vertragserfüllung lautet die Gewinnfunktion des Agenten $\Pi_A^2 = W * (q) - C(q)$, so dass

$$\text{im Intervall } [0; q^*] \text{ gilt: } \frac{C'(q)}{f_q - f_{\bar{q}}} > C'(q) .$$

$$\text{Für } (q^*; \infty) \text{ gilt: } 0 < C'(q) .$$

Folglich realisiert der Agent die Qualität q^* im Falle der Vertragserfüllung. Bei einer Nachverhandlung ist die Gewinnfunktion des Agenten für beliebige Leistungen q mit $q \leq q^*$ nun $\Pi_A^3 = f_{\bar{q}}W(q^*) + (1 - f_{\bar{q}})W(q) - L^A - C(q)$, so dass

$$\text{im Intervall } [0; q^*] \text{ gilt: } \frac{(1-f_{\bar{q}})C'(q)}{f_q - f_{\bar{q}}} > C'(q) .$$

$$\text{Für } (q^*; \infty) \text{ gilt: } 0 < C'(q) .$$

Auch hier ist die Qualität q^* gewinnmaximal für den Agenten. Unabhängig vom Eintreten eines Streitfalls realisiert der Agent stets die Allokationsentscheidung q^* .

Es ist ferner die allokativ Wirkung des optimalen Arbeitsvertrages zu analysieren.

Für die Wohlfahrt der Volkswirtschaft B gelte $B = V(q) - C(q)$ mit dem Ausgleich der Grenznutzen $\frac{V'(q)}{C'(q)} = 1$ im sozialen Optimum. Für den Einsatz des Faktors Arbeit ist das vertragliche Optimierungsproblem des Prinzipals (10) maßgebend, denn es wird die gewinnmaximale Qualität q^* unter den Nebenbedingungen realisiert. Demnach ergibt sich für das Verhältnis von Grenznutzen und Grenzkosten

$$\frac{V'(q)}{C'(q)} = \frac{1 - f_{\bar{q}}}{f_q - f_{\bar{q}}} \geq 1 \quad (15)$$

Das soziale Optimum ist vertraglich nur im trivialen Fall perfekter Rechtsprechung ($f_q = 1$) erreichbar. In allen anderen Fällen wird nur eine zweitbeste Lösung realisiert, die in ihrer Ausprägung von der Validität der richterlichen Entscheidung abhängt (vgl. Abbildung 2). Im Falle von $f_q = f_{\bar{q}}$ ist die richterliche Entscheidung hingegen nicht mit der tatsächlichen Qualität q korreliert. In diesem Fall ist der Vertrag gar nicht verifizierbar und somit undurchführbar.

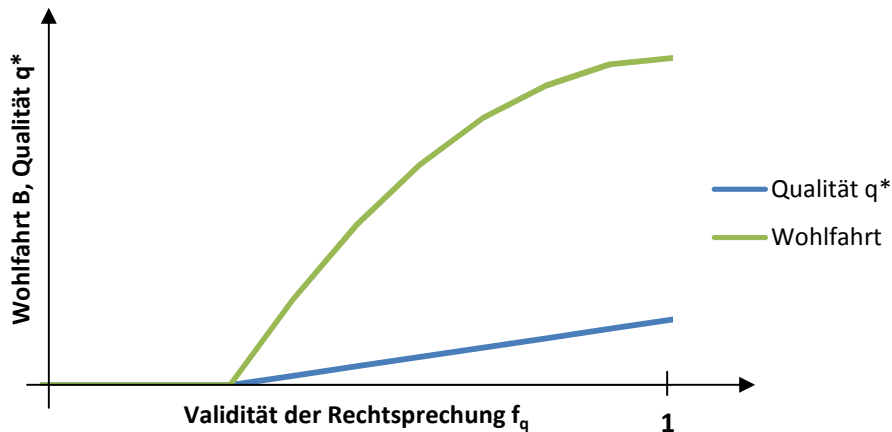


Abbildung 2: Signalwirkung der Rechtsprechung

Insgesamt ist eine zweitbeste Allokation dennoch eine PARETO-Verbesserung gegenüber dem Zustand, der ohne Arbeitsgerichtsbarkeit erreicht wird. Der Agent würde hier bei einem Streitfall abhängig vom Wohlwollen des Arbeitgebers sein, da er den Prinzipal nicht zur Zahlung zwingen kann. Gleichzeitig kann er die spezifische Leistung nicht anderweitig liquidieren und muss die Opportunitätskosten in vollem Umfang tragen. Ein rationaler Agent würde in diesem Umfeld von vornherein nicht kontrahieren. Erst die Möglichkeit der Durchsetzung des Anspruches durch imperfekten, schöpferischen Richterentscheid angesichts eines unvollständigen Vertrages führt hier zur Überwindung der dargestellten strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers.

Erkennbar ist zudem, dass nicht die tatsächliche Gerichtsverhandlung für die Effizienz des Vertragsergebnisses bedeutend ist, da diese im Optimum niemals stattfindet, sondern vielmehr die Erwartung über den richterlichen Entscheidungsvektor g . Je positiver die Parteien dabei die Fähigkeit des Richters einschätzen, das vorliegende Verifizierungsproblem zutreffend zu überwinden, desto höher ist die vertraglich erreichte Wohlfahrt. Auch wenn die richterliche Entscheidung potenziell fehlerbehaftet ist, so bestimmt die ex ante verfügbare Information über die Leistungsfähigkeit der Gerichte letztlich das volkswirtschaftliche Ergebnis. Diese Information basiert wiederum wesentlich auf den veröffentlichten Urteilen vergangener Gerichtsverhandlungen, den Präjudizien. Daher ist nicht die Beilegung von Konflikten im Einzelfall ausschlaggebend für den Rechtsverkehr. Vielmehr begründet erst eine durch diese Publizität der Urteile

entstehende Signalwirkung, die auf eine Vielzahl von Verträgen ausstrahlt, die Bedeutung richterlicher Rechtsprechung für die Marktteilnehmer. Nur auf dieser Grundlage wird eine Vielzahl von gesamtwirtschaftlich vorteilhaften Verträgen durchführbar, von welchen angesichts der strukturellen Probleme die Parteien sonst Abstand genommen hätten.

Das Vertragsergebnis wurde bislang unter der Prämisse betrachtet, dass die Vertragsparteien risikoneutral sind und keiner Vermögensbeschränkung unterliegen. Es ist jedoch leicht zu zeigen, dass der Vertragsabschluss grundsätzlich auch bei risikoaversen Agenten erreicht wird. In diesem Fall wird der Prinzipal aber eine geringere Qualität der Dienstleistung beziehen wollen, da er den Agenten nun über den Lohn entsprechend zusätzlich mitversichern muss. Auch eine Vermögensbeschränkung des Agenten verhindert eine PARETO-Verbesserung durch Vertragsabschluss keineswegs.²⁶

5 Erweiterung: Die optimale Regelungsdichte

In einem nächsten Schritt wird nun die richterliche Rechtsprechung spezifischen gesetzlichen Regelungen gegenübergestellt. Es wird daher ein zusätzlicher Parameter in das Modell eingeführt, um die einschränkende Wirkung gesetzlicher Normen auf die Entscheidungsfreiheit des Richters darzustellen. Diese Erweiterung des Grundmodells zeigt, unter welchen Bedingungen Richterrecht einer Rechtssetzung durch spezifisches Gesetzesrecht überlegen ist.

Es sei angenommen, der Gesetzgeber wäre in der Lage, die optimale Zahlungsfunktion $W(q)$ im Vertragsverhältnis zu erkennen. Er könne diese zudem per Gesetz abstrakt, verbindlich und verifizierbar festlegen. Dies wäre der Idealfall perfekter Gesetzgebung, denn diese zielt immer auf die Rekonstruktion des vollständigen Vertrages ab, auch wenn privatautonome Parteien dazu realiter nicht in der Lage sind.

Eine gesetzliche Regelung sei hierbei durch die exogene Regelungsdichte γ mit $\gamma \in [0,1]$ gekennzeichnet, welche die Spezifität der Gesetzesvorschrift abbildet. Eine Regelungsdichte $\gamma = 0$ bezeichne eine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit des

²⁶ Der risikoaverse Agent wird in Anhang I A, die Vermögensbeschränkung in Anhang I B dargestellt.

Richters. Dies ist der bereits in Kapitel vier diskutierte spezielle Fall einer Entscheidungsfindung, welche ausschließlich auf der Grundlage des Vertrages erfolgte und kein Gesetzesrecht kennt. Die Regelungsdichte $\gamma = 1$ hingegen bezeichnet das andere Extrem absoluter Bindung an eine gesetzliche Regelung. Hier handelt der Richter wie der WEBER'SCHE Rechtsautomat ohne jegliches eigenes Ermessen und setzt allein die gesetzliche Regelung durch. Im Falle einer Regelungsdichte $0 < \gamma < 1$ besteht eine bindende gesetzliche Regelung, welche jedoch dem Richter bei der Rechtsanwendung einen Entscheidungsspielraum überlässt.

Die Aufstellung gesetzlicher Regeln verursacht der Gesellschaft Gesetzgebungskosten $R(\gamma)$, die von der Regelungsdichte systematisch abhängen. Diese Kosten sind insbesondere durch die aufzubringenden Informationen und die Ausarbeitung des Gesetzes bedingt, welche durch die aufzubringenden Informationsbeschaffungs- und Verarbeitungskosten anfallen. Es gilt dabei

$$\lim_{\gamma \rightarrow 0} R(\gamma) = 0 \quad \text{und} \quad \lim_{\gamma \rightarrow 1} R(\gamma) = \infty \quad (16)$$

Eine völlig unspezifische Regelung verursacht also keine Kosten. Je spezifischer und konkretisierter eine gesetzliche Regelung in ein Vertragsverhältnis eingreift, desto höhere Kosten muss der Gesetzgeber tragen. Eine vollkommene Regelbindung verursacht daher prohibitiv hohe Kosten, denn hier wäre für alle denkbaren vertraglichen Regelungsprobleme jeweils die Bestimmung einer optimalen Norm erforderlich.

Im Folgenden wird die Regelungsdichte in das Grundmodell aus Kapitel vier integriert und dann wiederum durch Rückwärtsinduktion gelöst.

Vor der Gerichtsverhandlung (Stufe 4) bildet der Agent rationale Erwartungen, wobei er die Regelungsdichte γ der Norm und damit die verbleibende Entscheidungsfreiheit des Richters kennt. Es gilt für den erwarteten Gewinn $E[\Pi_A^{4S}]$:

$$E[\Pi_A^{4S}] = W(q) - (1 - \gamma)(1 - f_q)[W(q) - W(\bar{q})] - L^A \quad (17)$$

Erkennbar wird die gesetzlich festgelegte Zahlung $W(q)$ durch den erwarteten Fehler einer imperfekten Rechtsanwendung des Richters gemindert. Der Einfluss des Fehlers sinkt jedoch mit zunehmender Spezifität γ der Regelung, denn diese drängt das potentiell

fehlerhafte Ermessen zurück. Die Kosten L^A sind unabhängig vom Ausmaß des richterlichen Ermessens zu tragen. Durch Umformung aus (17) ergibt sich

$$\gamma W(q) + (1 - \gamma)[f_q W(q) + (1 - f_q)W(\bar{q})] - L^A,$$

welches die Konsistenz der Modellierung für die polaren Fälle $\gamma = 0$ und $\gamma = 1$ hervorhebt. Bei $\gamma = 1$ gilt nur das Gesetzesrecht $W(q)$, für $\gamma = 0$ allein das Ermessen des Richters aus Kapitel vier.

Über die Vergleichszahlungen T_q , $T_{\bar{q}}$ lässt sich die AV-Bedingung bestimmen als

$$W(q) - W(\bar{q}) \geq \frac{c(q) - c(\bar{q})}{1 + (1 - \gamma)(f_q - f_{\bar{q}} - 1)}. \quad (18)$$

Für die Teilnahmebedingung (Stufe 1) gilt wieder

$$E[\Pi_A^{4S}] \geq C(q) \quad (19)$$

Der Prinzipal maximiert seinen Gewinn entsprechend seiner Gewinnfunktion

$$\Pi_P(q) = V(q) - W(q) \Rightarrow \max_q! \quad (20)$$

unter Beachtung der Nebenbedingungen (18) und (19). Die gewinnmaximale Qualität q^* ergibt sich dann gemäß

$$\frac{V'(q)}{C'(q)} = \frac{1 - (1 - \gamma)f_{\bar{q}}}{1 + (1 - \gamma)(f_q - f_{\bar{q}} - 1)} \geq 1 \quad (21)$$

Die gewinnmaximale Zahlungsfunktion für den Prinzipal lautet in diesem Fall

$$W^*(q) = \begin{cases} \frac{c(q)}{1 + (1 - \gamma)(f_q - f_{\bar{q}} - 1)} - \frac{(f_{\bar{q}} - \gamma f_{\bar{q}})c(q^*)}{1 + (1 - \gamma)(f_q - f_{\bar{q}} - 1)} + L^A, & \text{wenn } q \leq q^* \\ \frac{[1 - (1 - \gamma)f_{\bar{q}}]c(q^*)}{1 + (1 - \gamma)(f_q - f_{\bar{q}} - 1)} + L^A & , \text{wenn } q > q^* \end{cases} \quad (22)$$

Die vertraglich vereinbarte Qualität der Dienstleistung ergibt sich aus dem Gewinnmaximierungskalkül des Prinzipals (21). Dabei ist es für diesen irrelevant, ob eine bestimmte Qualität q auf der Grundlage richterlicher Entscheidung oder durch Gesetzesrecht erreicht werden kann. In beiden Fällen führt die Steuerungsfunktion des Rechts zur Realisierung einer vorteilhaften Allokation. Das effiziente Qualitätsniveau der Arbeitsleistung wird dabei zunächst im Fall fehlerfreier Rechtsprechung ($f_q = 1$) oder bei vollkommener Regelungsdichte ($\gamma = 1$) realisiert. Einzelwirtschaftlich spielen die Gesetzgebungskosten $R(\gamma)$ keine Rolle.

Gesamtwirtschaftlich ergibt sich die soziale Wohlfahrtsfunktion als

$$B = V(q) - C(q) - R(\gamma) \quad (23)$$

Die Wohlfahrtsbetrachtung legt offen, dass trotz einer gleichen Anreizwirkung beide Mittel der Rechtsetzung unterschiedliche Konsequenzen für das realisierte Wohlfahrtsniveau haben (vgl. Abbildung 3).

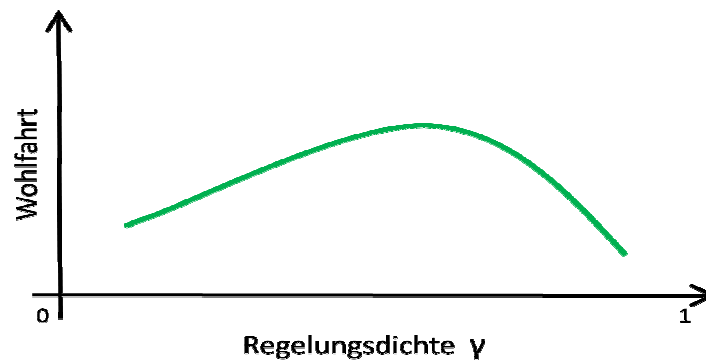


Abbildung 3: Die Regelungsdichte

Eine c.p. höhere Regelungsdichte senkt den Ermessensspielraum des Richters und ersetzt diesen zunehmend durch die perfekte gesetzliche Regelung. Dies entlastet die Vertragsparteien vom Risiko fehlerhafter Urteile und erhöht damit den durch Vertrag realisierten Nutzen. Gleichzeitig steigen die Informationskosten des Gesetzgebers mit zunehmender Spezifität erheblich an. Bei hoher Regelungsdichte übersteigen diese gesamtwirtschaftlichen Kosten letztlich den generierten privaten Nutzen. Bei geringer Regelungsdichte hingegen fallen diese Kosten kaum an, hier belasten aber potenzielle Fehlentscheidungen des Gerichts die privaten Akteure in größerem Umfang.

Erkennbar existiert eine optimale gesetzliche Regelungsdichte γ^* , welche die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt maximiert. Diese hängt ab von den Charakteristika des Rechtsgebietes, d.h. den Gesetzgebungskosten $R(\gamma)$ und der Güte des Richterspruches $g(f_q; f_{\bar{q}})$, sowie der Vertragsstruktur, gekennzeichnet durch die Wertschätzungsfunktion des Nachfragers $V(q)$ und die Kostenfunktion des Anbieters $C(q)$. Abhängig von γ^* wählen die rationalen Vertragsparteien die gewinnmaximale Qualität $q^*(\gamma)$. Die optimale Vertragsfunktion $q^*(\gamma)$ ist direkt aus (21) zu berechnen. Das Optimierungsproblem eines benevolenten Gesetzgebers lautet somit:

$$B(\gamma) = V[q^*(\gamma)] - C[q^*(\gamma)] - R(\gamma) \Rightarrow \max_{\gamma} \quad (24)$$

Die optimale Regelungsdichte γ^* ist durch die Bedingung erster Ordnung eindeutig bestimmt:

$$V'[q^*(\gamma)] \cdot q^{*\prime}(\gamma) - C'[q^*(\gamma)] \cdot q^{*\prime}(\gamma) - R'(\gamma) = 0 \quad (25)$$

Die derart bestimmte optimale Regelungsdichte γ^* definiert das effiziente Verhältnis von gesetzlicher Konkretisierung und richterlichem Ermessen bei der Gestaltung einer Rechtsnorm. Implizit erfolgt hier eine Wahl des Gesetzgebers zwischen gesetzlicher oder richterlicher Rechtsetzung. Festzustellen ist, dass die optimale Regelungsdichte sich von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet unterscheiden kann.

Rechtlich entscheidend sind dabei insbesondere die jeweiligen Gesetzgebungskosten und die Validität der Rechtsprechung. Leistungsfähigere Gerichte sind eher in der Lage, Entscheidungsfehler zu vermeiden und im Einzelfall Effizienz zu erreichen. Je kostengünstiger hingegen der Gesetzgeber spezifische Regelungen festschreiben kann, desto weniger erscheint eine Auslagerung des Regelungsproblems auf eine imperfekte Rechtsprechung volkswirtschaftlich geboten.

Die vorgestellte Modellierung des unvollständigen Arbeitsvertrags zeigt, dass allein aufgrund der Informationskosten des Gesetzgebers die diskrete, imperfekte und schöpferische Rechtsprechung zumeist eine notwendige und effiziente Ergänzung des Gesetzesrechts darstellt. Diese Notwendigkeit ergibt sich zudem bereits im theoretischen Ideal, wenn der Gesetzgeber selbst die Problematik im Vertragsverhältnis vollkommen erfassen und durch Vertragsrecht den vollständigen Vertrag auch perfekt rekonstruieren kann.

6 Das Beispiel des deutschen Arbeitsrechts

Das deutsche Arbeitsrecht gilt weithin als Monument eines dominierenden Richterrechts, seine Arbeitsgerichte wurden wiederholt als „Ersatzgesetzgeber“²⁷ bezeichnet. Richterrecht ist bislang maßgebend im Bereich des Kündigungsschutzes, der

²⁷ Rütters, 2009, S.122.

Gleichbehandlung, der Arbeitnehmerhaftung, in den Fällen des Betriebsrisikos und im Arbeitskampfrecht.²⁸

Richterliche Entscheidungsspielräume im Arbeitsrecht bestehen, wenn der Gesetzgeber bewusst interpretierbare und auslegbare Regelungen oder Standards festlegt. Der Gesetzgeber verwendet hierzu vielfach Generalklauseln wie „nach Treu und Glauben“ (§242 BGB), „aus wichtigem Grund“ (§626 BGB), „billigem Ermessen“ (§106 GewO) oder „Günstigkeit“ (§4 TVG).

Diese Entscheidungsspielräume wären ökonomisch gerechtfertigt, wenn diese partielle Delegation der Rechtsetzungsbefugnis an die Gerichte dem Wohlfahrtskalkül eines benevolenten Gesetzgebers (25) entspräche. Dies soll im Folgenden analysiert werden.

6.1 Die Kosten der Gesetzgebung im Arbeitsrecht

Im Hinblick auf die Gesetzgebung werden zunächst insbesondere Informations-, Anpassungs- und politische Kosten betrachtet.

Information ist die Grundlage jedes Gesetzgebungsverfahrens. Der aktuelle Zustand der Wirklichkeit muss zunächst ermittelt und mit den Zielvorstellungen des Gesetzgebers verglichen werden. Je stärker eine abstrakte Regel konkretisiert werden soll, desto genauer müssen zudem eigennützige Verhaltensweisen der Akteure berücksichtigt werden. Die Gefahr einer Fehlsteuerung steigt daher erheblich mit der Komplexität des Regelungsproblems. Faktisch ist kein Gesetzgeber in der Lage, diese Informationsflut vollständig zu verarbeiten.²⁹ Nicht selten werden zuerst Generalklauseln verwendet und bei positiver Resonanz des Rechtverkehrs die zu deren Ausfüllung entwickelten Rechtsfiguren der Rechtsprechungspraxis später kodifiziert, um die eigenen hohen Informationskosten zu umgehen.³⁰

Exemplarisch sei hier die Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers genannt. Der Sorgfaltsmaßstab für Pflichtverletzungen im Schuldrecht (§276 I BGB) ist bereits nur als

²⁸ Vgl. Picker, 2005, 362 ff.; Rüthers, 2008, S.548-556; Iannone, 2008, S.197 ff.; Berger, 2006, S.2-5; Berthold, 2003, S.41 f.; Jahn, 2005, S.285 ff.; ErfK[Preis], §611, DIX, Rn. 234 f.; Richardi, 2008 sowie MünHzA[Richardi], §6 IV Rn32 ff. sowie grundlegend Hoyningen-Huene, 1986, S.353; Franz, 1994, S.440 ff. und Müller, 1980, S.635 f.

²⁹ Vgl. Posner, 2001, S.267-270; Fon-Parisi, 2009, S.10-21; Kubes, 1987, S.278 ff.; Wank, 1977, S.119 ff.; Shapiro, 2002, S.92 ff.

³⁰ Vgl. Fleischer, 2009, S.611 ff.; Shapiro, 2002, S.92.

Generalklausel fixiert. Als Leistungserbringung in fremdbestimmtem Umfeld bedurfte das Arbeitsvertragsrecht jedoch einer anderen Haftungsregel.³¹ Die Vielzahl an denkbaren Erscheinungsformen von Arbeitsverhältnissen lähmte den Gesetzgeber und führte so zur faktischen Delegation an die Rechtsprechung.³²

Unvollständige Information sowie ungenaue Prognosen führen regelmäßig zu gesetzlichen Regelungen, welche das zu lösende Regelungsproblem tatsächlich allokativ nur unbefriedigend bewältigen. Notwendige Anpassungen einer Regel erzeugen jedoch erneute Informations- und Verarbeitungskosten sowie Effizienzverluste durch erhebliche Rechtsunsicherheit bei den Wirtschaftssubjekten. Diese Anpassungskosten steigen erheblich mit der Komplexität der Regelungsmaterie und der Änderungsrate der Marktverhältnisse. Hochdynamische Märkte weisen damit c.p. stets eine geringere Regelungsdichte auf, da dies eine gerichtliche Anpassung der Rechtsetzung ermöglicht.³³

Insgesamt ist festzustellen, dass die Heterogenität von Arbeitsvertragsverhältnissen sowie die erhebliche Dynamik der Arbeitsmärkte signifikante Gesetzgebungskosten erzeugen. Die optimale Regelungsdichte im Arbeitsrecht ist daher c.p. geringer als in Rechtsgebieten, welche eine gewisse Beständigkeit und Gleichartigkeit der Rechtspositionen aufweisen. Die Regelungsdichte kann jedoch im Zeitverlauf ansteigen, wenn die von den Arbeitsgerichten entwickelten Rechtsfiguren sich als tragfähige Regelungen erweisen. In diesem Fall führen die hier generierten Informationen zu einer Reduzierung der Gesetzgebungskosten und lassen trotz gleicher Marktdynamik eine stete

³¹ Die gesetzliche Regelung erzeugte eine verschuldensabhängige Haftung des Arbeitnehmers (§249 BGB), die durch den hohen Wert von Arbeitsgerät erheblich sein kann. Durch Richterrecht wurde hier eine Haftungsbeschränkung entwickelt, welche für den Arbeitgeber als *cheapest cost avoider* den Anreiz setzt, selbst eine kostenminimale Kombination von Prävention, Versicherung und Schadenstragung zu suchen. Gleichzeitig wird kein *Moral Hazard* erzeugt, da der Arbeitnehmer einen Teil des Schadens weiterhin tragen muss. Diese Rechtsfortbildung ist weitgehend effizient. Vgl. Janson, 2004, S.236-246; Schäfer-Ott, 2005, S.403-415 sowie Richardi, 2008, S.3 f.

³² Grundsatzentscheidungen des BAG zur Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers, vgl. BAG vom 3.11.1970; BAG vom 27.9.1994 sowie BAG vom 5.2.2004. Der BGH stimmte 1993 grundsätzlich der Rechtsauffassung des BAG zu, hielt jedoch die richterrechtliche Begründung in einigen Punkten für verfassungsrechtlich bedenklich. Im Schuldrechtmodernisierungsgesetz versuchte der Gesetzgeber diese richterrechtliche Rechtsfigur in §276 BGB teilweise zu kodifizieren. Vgl. Erk[Preis], §619a Rn 9 f.; Richardi, 2008, S.3 f. und BGH vom 21.09.1993.

³³ Vgl. Fon-Parisi, 2009, S.11-30; Posner, 2001, S.268-278; Fleischer, 2009, S.611 ff.; Schäfer-Ott, 2005, 117 f.; Wank, 1977, S.122 ff.

Kodifizierung des Richterrechts durch den benevolenten Gesetzgeber erwarten.³⁴ Dies erklärt allerdings nur eine temporäre Vorreiterrolle der Arbeitsgerichte, nicht jedoch die beobachtete dauerhafte Zurückhaltung des Gesetzgebers in Teilgebieten des Arbeitsrechts.

Das bislang verwendete Arbeitsvertragsmodell basiert auf der Annahme eines benevolenten Gesetzgebers, der seine Entscheidung über die Rechtsetzung unabhängig von polittaktischen Erwägungen trifft. Aus einer Public-Choice Perspektive hingegen sind politische Kosten ebenfalls entscheidungsrelevant. Die Konkretisierung und Verabschiedung von gesetzlichen Normen ist an interne Verhandlungen der Gesetzgebungsorgane gebunden und damit abhängig von der Mehrheitsfähigkeit eines Entwurfs. Diese Notwendigkeit führt zu einem starken Anstieg politischer Kosten, wenn die neue Regelung viele Partikularinteressen betrifft. Ein Konsens muss dabei nicht nur im Parlament zwischen der Mehrheit der Abgeordneten, sondern auch zwischen gut organisierbaren Wählerinteressen erreicht werden. Weiterhin senkt die Zeitpräferenz des politischen Entscheiders seine Innovationsfähigkeit, wenn ein Gesetzesentwurf zwar schnell politischen Ansehenschaden erzeugen kann, die beabsichtigten Wohlfahrtsgewinne jedoch erst deutlich zeitlich versetzt zu erwarten sind und durch den oft kurzen Zeithorizont des Wählers nicht honoriert werden. Da bewusste Aufmerksamkeit angesichts vielfältiger Aufgaben des Gesetzgebers knapp ist und die institutionalisierten Abstimmungsverfahren eine Kapazitätsgrenze erzeugen, muss ein Impuls zur Gesetzesinitiative unter diesen Bedingungen hinreichend stark sein. Gleichzeitig besteht die Gefahr, dass die legislatorische Entscheidungsfindung bei einem Minimalkonsens aus sachfremden, allein polittaktischen Erwägungen abbricht. Die Effizienz der Gesetzgebung in demokratischen Entscheidungsverfahren selbst beeinflusst daher erheblich die Fähigkeit, die Regelungsdichte trotz zu erwartender Wohlfahrtsgewinne zu erhöhen.³⁵

³⁴ Sehr kontrovers zur Eignung von Richterrecht zur Kodifikation vgl. Fleischer, 2009; Hoyningen-Huene, 1986 sowie Picker, 2005, S.362 ff.

³⁵ Zum Public-Choice Ansatz einer Theorie der Gesetzgebung vgl. Mock, 1988, S.130-143; Fon-Parisi, 2009, S.23-25; Shapiro, 2002, S.92 ff.; Posner, 2001, S.267 f.; Posner, 1986, S.512 ff.; Rütters, 2009, S.117 ff.; Müller, 1980, S.634 ff.

Prominente Fallbeispiele politischer Kosten sind die wiederholte Bemühung um ein einheitliches Arbeitsgesetzbuch³⁶ oder die stetige Debatte um die Hartz IV-Gesetzgebung. Angesichts anhaltender Wirtschaftsschwäche erschien es der damaligen Bundesregierung unter Bundeskanzler Schröder notwendig, erhebliche Einschnitte in der Arbeitslosenversicherung durchzuführen. Der öffentliche Wunsch nach Reformen und die vom Gesetzgeber erhoffte Anreizwirkung am Arbeitsmarkt führten zu den Hartz-Gesetzen. Die Reduzierung der Sozialleistungen senkte jedoch bald die Zustimmung der Wähler, erzwang einen Regierungswechsel und belastet bis heute die politische Orientierung der SPD. Obwohl die grundsätzlich positive Wirkung dieser Gesetzgebung mit zeitlicher Verzögerung eingetreten ist, beruhte die Gesetzesvorlage letztlich auf einer völligen Unterschätzung der politischen Kosten.³⁷

6.2 Die Validität arbeitsrechtlicher Rechtsprechung

Neben den Kosten der Gesetzgebung wirkt sich auch die Validität der Rechtsprechung $g(f_q; f_{\bar{q}})$, insbesondere ihre Fachkompetenz und die Lernfähigkeit der Gerichte, auf die optimale Regelungsdichte aus:

Die Arbeitsweise der Gerichte basiert auf juristischer Logik. Wertungsoffene Begriffe oder bewusste Regelungslücken des Gesetzgebers werden durch Auslegung ausgefüllt und diese in der Urteilsbegründung kommuniziert. Die Überprüfbarkeit der Urteile im Instanzenzug führt daher im Zeitverlauf zu einer Angleichung der Rechtsprechung und damit zu einer Verdichtung des Wesensgehaltes der Norm zu einem logischen System. Die Qualität der Rechtsprechung ist dabei eng mit dem rechtswissenschaftlichen Diskurs als „Rechtsbildungsfaktor“³⁸ verbunden. Substrat dieser kollektiven Evaluierung eines Regelungsproblems ist die *herrschende Meinung*. Diese entfaltet auf die Gerichte eine zwar mittelbare, aber faktisch erhebliche Sogwirkung und ist so eine Grundlage für die Herausbildung der *ständigen Rechtsprechung*. Die Validität der Rechtsprechung ist damit wesentlich vom fachlichen Gehalt des Streitfalls bestimmt. Je stärker die Norm die

³⁶ Vgl. Eine ausführliche Darstellung der Kodifizierungsvorhaben liefert Iannone, 2008, S.197 ff.; Rütters, 2008, S.7.

³⁷ Vgl. Hartz, 2002, S.12-34 sowie zur ökonomischen Bewertung SachVer, 2006, S.353 ff.; Eichhorst, 2009, S.4 ff.; Zimmermann, 2008, S.117-124.

³⁸ MünHzA[Richardl], Bd.1, §6, Rn.34.

Beurteilung sozialer, technischer oder wirtschaftlicher Gegebenheiten verlangt, desto höher ist das Risiko von richterlichen Fehltritten. Außerjuristischer Sachverstand ist den Gerichten kaum zugänglich. Der rechtswissenschaftliche Diskurs ist noch eher in der Lage, externe Expertise zu verarbeiten und damit auch in fachfremden Fragen Anleitung zu bieten. Dies benötigt jedoch vorangegangenen regen Meinungs Austausch. Hierfür bedarf es daher allgemein einer fachlichen oder öffentlichen Wahrnehmung des Regelungsproblems.³⁹

Durch Lernprozesse bei vielfacher Verhandlung ähnlicher Fälle können jedoch Gerichte große Mengen zusätzlicher, auch fachfremder Informationen aufnehmen und verarbeiten. Sie beobachten zudem rückblickend den Erfolg einer Normanwendung. Im Zeitverlauf könnte diese kontinuierliche Rückkopplung die Qualität richterlicher Entscheidungen erhöhen bzw. die Varianz der Urteile deutlich absenken bis hin zur vollkommenen Rechtssicherheit der *stare decisis*.⁴⁰ Dieser pfadabhängige Lernprozess der dezentralen Arbeitsgerichte wird dadurch wesentlich verstärkt, dass diese als spezialisierte Fachgerichtsbarkeit grundsätzlich nur in Arbeitssachen angerufen werden können. Inwieweit dem Arbeitsrichter *ex post* eine zutreffende Beurteilung fachfremder Regelungsprobleme aber gelingen kann, ist hier nicht zu beantworten. Zumindest steigert diese Pfadabhängigkeit potenziell die Wahrscheinlichkeit, dass die Arbeitsgerichte die verschiedenen Sachverhalte richtig feststellen und unter *ihre* Auslegung der Norm subsumieren.⁴¹ Eine unterschätzte, aber fundamentale Unzulänglichkeit dieser dezentralen Lernprozesse ist das Phänomen adverser Selektion im Klageverhalten, bei welchem eine ungleiche Informationsgenerierung den Pfad der Rechtsanwendung einseitig verzerrt.⁴²

³⁹ Vgl. Kirchhof, 1986, S.16 ff.; Schreiner, 1988, S.69 ff.; Müller, 1980, S.635 ff.; Wank, 1977, S.122; 126-136; 158-165; MünHrA[Richardi], Bd.1, §6, Rn.34 f.; Eidenmüller; 2005, S.426 ff.; Schneider, 2002, S.185 ff.

⁴⁰ Eine aktuelle Studie von Posner, Niblett und Shleifer findet keinen Beleg für eine Konvergenz oder überhaupt synchrone Entwicklung von Richterrecht an US-Gerichten, vgl. Posner et. al., 2008, S.38 ff.

⁴¹ Vgl. Schäfer-Ott, 2005, S.118; Fon-Parisi, 2009, S.14-18; Schneider, 2002, S.175 f.; 185f.; Wank, 1977, S.126-128; Fleischer, 2009, S.612 f.; Explizit zur Pfadabhängigkeit und *stare decisis* vgl. Shapiro, 2002, S.121-135; Posner, 1986, 515 f.

⁴² Adverse Selektion in der Rechtsevolution tritt auf, wenn Klagen nur einseitig von einer Rechtsposition eingereicht werden, etwa nur durch Arbeitnehmer. Die Rationalität des Klägers bewirkt dann eine einseitige Schaffung von Präjudizien, da der Prozess nur bei Aussicht auf Erfolg angestrebt wird. Folge ist die einseitige

Trotz einer gewaltigen Masse an Kündigungsschutzprozessen hat das Bundesarbeitsgericht beispielsweise die Begrifflichkeit der sozialen Rechtfertigung (§1 KSchG) nicht weiter konkretisiert sondern vielmehr erheblich ausgedehnt. Es entwickelte in ständiger Rechtsprechung die arbeitgeberseitige Kündigung zur „ultima-ratio“ und dehnte das Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers damit über das ökonomisch vertretbare Maß hinaus aus. Allerdings hätte eine ex post Beurteilung der gesamtwirtschaftlichen Implikationen diese adverse Selektion im Lernprozess offenbaren können, wozu die Arbeitsgerichte nicht befähigt sind.⁴³

6.3 Die arbeitsrechtliche Regelungsdichte

Die optimale Regelungsdichte eines Rechtsgebietes, so auch des deutschen Arbeitsrechts, wird maßgeblich von den Gesetzgebungskosten und der Validität der Fachgerichte bestimmt. Komplexität, Häufigkeit und der Grad der Heterogenität von Regelungsproblemen, aber auch das Ausmaß ihrer Politisierung und die Möglichkeiten strategischen Verhaltens definieren eine effiziente Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und den staatlichen Gerichten.

Die Leistungsfähigkeit der Arbeitsgerichte erscheint dabei im Wesentlichen anderen Fachgerichten zu entsprechen. Faktisch sind alle Gerichte vergleichbaren Ressourcen- und Kompetenzrestriktionen unterworfen, einzig die Gefahr adverser Selektion trifft besonders die Arbeitsgerichtsbarkeit. Die Dynamik von Arbeitsmärkten sowie die technische und soziale Komplexität des Arbeitsverhältnisses begründen dagegen bereits erhebliche Kosten der Gesetzgebung. Dies hebt das Arbeitsrecht deutlich ab von Rechtsgebieten wie dem Strafrecht, dem Verkehrsrecht oder dem Steuerrecht, in denen die Gesetzgebung dominiert. Im Kalkül eines benevolenten Gesetzgebers ist es daher folgerichtig, den Arbeitsgerichten durch die Wahl einer geeigneten Regelungsdichte einen Ermessensspielraum in der Rechtsanwendung zu gewähren, welcher die

Evolution des Rechtssystems zu Lasten der anderen Rechtsposition. Vgl. Fon-Parisi, 2009, S.81-96; De Figueiredo, 2005, S.506 ff.; 521; Posner et. al., 2008, S.38 ff.

⁴³ Vgl. BAG vom 30.5.1978 - 2 AZR 630/76, BAG 30.4.1987 – 2 AZR 184/86, BAG vom 21.11.1996- 2 AZR 357/95 sowie exemplarisch Hoyningen-Huene, 1986, S.353 ff. Gegenmeinung: Vgl. Picker, 2005, S.362 ff. ; Zöllner, 1994, S.433 f. und Reuter, 1985, S.323. Für eine Beurteilung aus ökonomischer Sicht vgl. Franz, 1994, S.443; Jahn, 2005, S.244 und SachVerR, 2006, S.414.; Wagner, 2004, S.291.

kostenminimale Rechtsetzung realisiert. Eine zu enge Bindung der Arbeitsgerichte wird den dargestellten Anforderungen an die Rechtsordnung nicht gerecht und überschätzt die Leistungsfähigkeit des Gesetzgebers. Dies impliziert auch die Wertung, dass veraltete oder fehlerhafte Gesetze in dem komplexen dynamischen Umfeld des deutschen Arbeitsrechts tendenziell größere Fehlallokationen verursachen als Abstriche in der Rechtssicherheit. Eine besondere Stellung richterlicher Rechtsprechung im Arbeitsrecht ist ökonomisch daher durchaus zu rechtfertigen.

Die faktische Relevanz politischer Zwänge für den realen Gesetzgeber führt jedoch zu einer weiteren Absenkung der Regelungsdichte. Konsenskosten sind zunächst Teil jeder demokratischen Herrschaft und nicht automatisch ineffizient. Der intertemporale Nutzen einer effizienten, präzisen gesetzlichen Regelung wird jedoch von den politischen Entscheidungsträgern durch ihren engen Zeithorizont nicht ausreichend erfasst. In diesem Zusammenhang wäre in weiteren empirischen Analysen zu prüfen, ob zudem unzureichende Abstimmungsverfahren, die Macht von Verbänden sowie mangelnde Kommunikation und Wählermobilisierung im heutigen institutionalisierten Gesetzgebungsprozess eine gebotene Anhebung der Regelungsdichte unterbinden und somit die augenscheinliche Zurückhaltung des Gesetzgebers erklären.

Die Überwälzung der ungelösten Regelungsprobleme auf den Rechtsanwender und somit die Delegation weitreichender Rechtsetzungsbefugnisse auf die Arbeitsgerichte scheint das ökonomisch durchaus vertretbare Maß damit überschritten zu haben.

Inwieweit es effizient ist, den Arbeitsgerichten in Anbetracht ihrer restriktiven Befugnisse und Sachkunde dauerhaft die Steuerung wirtschaftlicher Aktivität am Arbeitsmarkt in diesem Umfang zu übertragen, kann zumindest bezweifelt werden.

7 Schlussbetrachtung

Die vorliegende Arbeit liefert einen Beitrag zum besseren Verständnis der Leistungsfähigkeit und Grenzen einer Rechtsetzung durch Richter. Abweichend von der überwiegenden Literatur wurde die Eignung des Richterrechts nicht isoliert bewertet, sondern im Kontext gesetzlicher Regelungen untersucht. Hierzu wurde ein Modell eines unvollständigen Arbeitsvertrages entwickelt, welches das von Arbeitnehmer und

Arbeitgeber erreichte Vertragsergebnis in quantifizierbarer Form darstellt. Der notwendige Rückgriff des Arbeitsvertrages auf die nichtverifizierbare Leistung des Arbeitnehmers wird von beiden Parteien erreicht, indem sie die Lohnzahlung stattdessen auf die erwartete Fähigkeit des Richters bedingen, im Streitfall die Leistung korrekt zu bestimmen. Erwartungsgemäß steigt die vertraglich generierte Wohlfahrt mit zunehmender Qualität des Richterspruches.

Als zusätzlicher Parameter wurde die gesetzliche Regelungsdichte eingeführt, welche die Entscheidungsfreiheit des Richters beschränkt und an die gesetzliche Vorschrift bindet. Da die Erzeugung eines spezifischen Gesetzes der Gesellschaft selbst Kosten verursacht, existiert eine optimale Regelungsdichte, welche das effiziente Verhältnis von richterlicher Entscheidungsfreiheit und gesetzlicher Spezifität beschreibt. Ihre Ausprägung ist von den jeweiligen Charakteristika des Rechtsgebietes und der Vertragsstruktur abhängig. Richterrecht erfährt vor allem bei sehr dynamischen Regelungsproblemen mit hohen Informationskosten sowie starker Politisierung eine höhere Eignung zur Rechtssetzung. Die starke Ausprägung richterlicher Rechtsprechung im deutschen Arbeitsrecht kann *in der Tendenz* hierdurch erklärt werden, auch wenn die Überwälzung von Gesetzgebungskompetenzen auf den Rechtsanwender hier das gebotene Maß schon überschritten haben könnte.

Anhang I: Modellvarianten

A Risikoaversion des Agenten

Es gelte zusätzlich für den Gewinn des Agenten eine monotone VON-NEUMANN MORGENSTERN-Nutzenfunktion U . Das spieltheoretische Entscheidungsproblem ist analog zu Kapitel vier zu lösen. Für die Erwartungen vor Gericht gilt dann

$$E[\Pi_A^{4S}] = f_q \cdot U[W(q)] + (1 - f_q) \cdot U[W(\bar{q})] - U[L^A] \quad (\text{A1})$$

Durch die Monotonie der Nutzenfunktion bleibt die AV-Bedingung unverändert mit

$$W(q) - W(\bar{q}) \geq \frac{C(q) - C(\bar{q})}{f_q - f_{\bar{q}}} \quad (\text{A2})$$

Es ergibt sich allgemein das Optimierungsproblem des Prinzipals mit

$$\Pi_P(q) = V(q) - W(q) \Rightarrow \max_q! \quad (\text{A3})$$

$$W(q) - W(\bar{q}) \geq \frac{C(q) - C(\bar{q})}{f_q - f_{\bar{q}}} \quad (\text{A4})$$

$$f_q \cdot U[W(q)] + (1 - f_q) \cdot U[W(\bar{q})] - U[L^A] \equiv U[C(q)] \quad (\text{A5})$$

Für die Bestimmung der gewinnmaximalen Qualität q^* muss die genaue Nutzenfunktion definiert sein. Sei unendliche Risikoaversion des Agenten gegeben, so kann (A5) vereinfacht werden zu

$$W(\bar{q}) - L^A = C(q) \quad (\text{A6})$$

Die Lösung wird in Anhang I: B beschrieben und unterscheidet sich nicht vom Fall einer Vermögensbeschränkung des Agenten.

B Agent mit begrenztem Vermögen

Der Agent verfüge nur über ein Vermögen in Höhe von F_0 . Es gilt für eine beliebige Qualität q daher $W(q) \geq F_0$. Verfügt der Agent über gar keine Finanzmittel, $F_0 = 0$, so ergibt sich das Optimierungsproblem des Prinzipals mit

$$\Pi_P(q) = V(q) - W(q) \Rightarrow \max_q! \quad (\text{B1})$$

$$W(q) - W(\bar{q}) \geq \frac{C(q) - C(\bar{q})}{f_q - f_{\bar{q}}} \quad (\text{B2})$$

$$W(\bar{q}) - L^A = C(q) \quad (\text{B3})$$

Es folgt hieraus die Bedingung erster Ordnung für das Gewinnmaximum mit

$$\frac{V'(q)}{C'(q)} = \frac{1 + f_q - f_{\bar{q}}}{f_q - f_{\bar{q}}} \quad (\text{B4})$$

sowie die optimale Lohnfunktion $W^*(q)$ als

$$W^*(q) = \begin{cases} \frac{C(q)}{f_q - f_{\bar{q}}} + C(q^*) + L^A & , \text{wenn } q \leq q^* \\ \frac{(1 + f_q - f_{\bar{q}}) C(q^*)}{f_q - f_{\bar{q}}} + L^A & , \text{wenn } q > q^* \end{cases} \quad (\text{B5})$$

Ein Vergleich mit der Lösung bei risikoneutralem, unbeschränkt haftbarem Agenten (10),

$$\frac{V'(q)}{C'(q)} = \frac{1 + f_q - f_{\bar{q}}}{f_q - f_{\bar{q}}} > \frac{1 - f_{\bar{q}}}{f_q - f_{\bar{q}}} \geq 1 \text{ zeigt, dass durch die Vermögensbeschränkung auch}$$

die Zweitbeste Lösung immer verfehlt wird. Dennoch ist eine PARETO-Verbesserung durch Arbeitsvertrag aufgrund des richterlichen Signals realisiert worden.

C Verlierer trägt Prozesskosten

Es seien die Rechnungskosten $L^A(q)$ qualitätsabhängig mit $L^A'(q) < 0$ und $L^A(q^*) = 0$. Je größer die Abweichung der tatsächlichen von der vereinbarten Qualität q^* , desto höher ist der strittige Teil der Lohnzahlung. An diesem Streitwert bemisst sich die Höhe der Prozesskosten. Die Partei, welche den Prozess gewinnt, trägt keine Kosten. Es gilt für den Agenten exklusive versunkener Kosten daher

$$E[\Pi_A^{4S}] = f_q W(q) + (1 - f_q)W(\bar{q}) - (1 - f_q)L^A(\bar{q}) \quad (\text{C1})$$

Das Optimierungsproblem des Prinzipals ergibt sich so mit

$$\Pi_P(q) = V(q) - W(q) \Rightarrow \max_q! \quad (\text{C2})$$

$$W(q) - W(\bar{q}) \geq \frac{C(q) - C(\bar{q})}{f_q - f_{\bar{q}}} - L^A(\bar{q}) \quad (\text{C3})$$

$$f_q W(q) + (1 - f_q)W(\bar{q}) - (1 - f_q)L^A(\bar{q}) \geq C(q) \quad (\text{C4})$$

Es folgt hieraus die Bedingung erster Ordnung für das Gewinnmaximum mit

$$\frac{V'(q)}{C'(q)} = \frac{1 - f_{\bar{q}}}{f_q - f_{\bar{q}}} \quad (\text{C5})$$

sowie die optimale Lohnfunktion $W^*(q)$ als

$$W^*(q) = \begin{cases} \frac{c(q)}{f_q - f_{\bar{q}}} - \frac{f_{\bar{q}} c(q^*)}{f_q - f_{\bar{q}}} + L^A(q) & , \text{wenn } 0 \leq q \leq q^* \\ \frac{(1 - f_{\bar{q}}) c(q^*)}{f_q - f_{\bar{q}}} & , \text{wenn } q > q^* \end{cases} \quad (\text{C6})$$

Diese Variante erleichtert die Erfüllung der AV-Bedingung (C3), so dass die Lohnfunktion (C6) für die gleiche Anreizwirkung flacher verläuft. Dies ergibt sich aus der abnehmenden Höhe der Kosten $L^A(q)$ im ersten Intervall. Im Optimum ist die Lohnzahlung zudem gesunken. Allokativ ist das Ergebnis jedoch gleich.

Literaturverzeichnis

- [1] Anderlini, Luca et al. (2006): Courts of Law And Unforeseen Contingencies in: Journal of Law, Economics and Organisation, Nr. 3, Vol. 23
- [2] Bernado, Antonio et al. (2000): A Theory of Legal Presumptions in: Journal of Law, Economics and Organisation, Nr. 1, Vol.16
- [3] Berger, Helge; Neugart, Michael (2006): Labor Courts, Nominations Bias and Unemployment in Germany, CESifo WP 1752
- [4] Berthold, Norbert; Fehn, Rainer (2003): Unemployment in Germany: Reasons and Remedies in: CESifo WP 871
- [5] Coase, Ronald H. (1960): The Problem of Social Cost in: The Firm, the Market, the Law, Chicago, 1990
- [6] De Figueiredo, John (2005): Strategic Plaintiffs and Ideological Judges in Telecommunications Litigation in: Journal of Law, Economics and Organisation, V21- N2, New Haven
- [7] Dieterich, Thomas (1986): Freiheit und Bindung des Richters in: RdA 1/1986
- [8] Dieterich, Thomas (1993): Zur Pflicht der Gerichte, das Recht fortzubilden in: RdA 2/1993
- [9] Eichhorst, Werner et al.(2009): Arbeitsmarkt und Beschäftigung in Deutschland 2000-2009, Gütersloh
- [10] Esser, Joseph (1970): Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt am Main
- [11] Eidenmüller, Horst (2005): Effizienz als Rechtsprinzip, Tübingen
- [12] Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht [zit.ErfK(Bearbeiter)](2010), Dieterich, Hanau, Schaub (Hrsg.), 10. Auflage, München
- [13] Fabricius, Fritz (1980): Arbeitsrecht und die Methodenlehre vom Vorverständnis in: Arbeitsrecht und juristische Methodenlehre, Darmstadt
- [14] Fleischer, Holger; Wedemann, Frauke (2009): Kodifikation und Derogation von Richterrecht in: Archiv für civilistische Praxis, Nr. 209
- [15] Franz, Wolfgang (1994): Chancen und Risiken einer Flexibilisierung des Arbeitsrechts aus ökonomischer Sicht in: Zeitschrift für Arbeitsrecht, Heft 3, Regensburg
- [16] Fon, Vincy; Parisi, Francesco (2009): The Economics of Lawmaking, New York
- [17] Gamillscheg, Franz (1964): Die Grundrechte im Arbeitsrecht in: AcP 164, Heft 5/6
- [18] Hart, Oliver; Moore, John (1985): Incomplete Contracts and Renegotiation, London
- [19] Hart, Oliver; Holmström, Bengt (1987): The Theory of Contracts in: Advances in Economic Theory, Cambridge
- [20] Hartz, Peter et al. (2002): Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, Berlin

- [21] Hassemer, Winfried et al. (2004): Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Stuttgart
- [22] Hayek, Friedrich A. (1980): Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Bd. 1, München
- [23] Heck, Philipp (1932): Methoden der Rechtsgewinnung, Neuauflage 1986, Zürich
- [24] Hermalin, Benjamin; Katz, Michael (1993): Judicial Modification of Contracts between sophisticated parties in: Journal of Law, Economics and Organisation, Nr. 2, Vol.19
- [25] Hesse, Hans (2004): Einführung in die Rechtssoziologie, Wiesbaden
- [26] Hoyningen-Huene, Gerrick (1986): Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht als Vorreiter und Vorbild in: FS zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg
- [27] Iannone, Enrico (2008): Kodifizierung des Arbeitsvertragsrechts in: AuR, 2008
- [28] Jahn, Elke (2005): Wie wirkt der Kündigungsschutz? In: ZAF 2 und 3/2005
- [29] Janson, Gunnar (2004): Ökonomische Theorie im Recht, Berlin
- [30] Kirchhof, Paul (1986): Der Auftrag des Grundgesetzes an die rechtsprechende Gewalt in: Richterliche Rechtsfortbildung, Heidelberg
- [31] Kubes, Vladimir (1987): Theorie der Gesetzgebung, New York
- [32] Landes, William (1971): An Economic Analysis of the Courts in: Journal of Law and Economics, Vol. 14 Nr. 1
- [33] Larenz, Karl (1983): Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Heidelberg
- [34] Miceli, Thomas; Cosgel, Metin (1992): Reputation and Judicial Decision-Making in: Journal of Economic Behavior and Organization, vol. 23.
- [35] Müller, Gerhard (1980): Richterliche Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht in: JuS 1980, 9
- [36] Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht[zit.MünHzA (Bearbeiter)](2009): Richardi (Hrsg.), 3. Auflage, München
- [37] Mock, Erhard (1988): Die politische Dimension der Rechtssetzung in: Theorie der Rechtssetzung, Wien
- [38] Picker, Eduard (1984): Richterrecht und Richterrechtssetzung in: JZ, 39.Jg, Nr.4
- [39] Picker, Eduard (1988): Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung Teil1/Teil2 in: Juristen Zeitung Heft 1 u. 2/1988
- [40] Picker, Eduard (2005): Das Arbeitsrecht zwischen Marktgesetz und Machtansprüchen in: ZfA 3/2005
- [41] Radbruch, Gustav (1914): Über das Rechtsgefühl in: Die Tat, Diederich (Hrsg.), Jena
- [42] Reuter, Dieter (1985): Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht in: Rda, 38.Jg, Heft 6
- [43] Richardi, Reinhard (2008): Arbeitsgesetzgebung und Systemgerechtigkeit in: NZA 2008, 1

- [44] Richardi, Reinhard et al. (2009): Vorwort in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, München
- [45] Richter, Rudolf; Furubotn, Eirik (1999): Neue Institutionenökonomik, Tübingen
- [46] Rütters, Bernd (2005): Diener oder Herren in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 02.02.2005, Nr.27, Frankfurt am Main
- [47] Rütters, Bernd (2008): Rechtstheorie, München
- [48] Rütters, Bernd (2009): Das Ungerechte an der Gerechtigkeit, Tübingen
- [49] Posner, Richard (1986): Economic Analysis of Law, Boston
- [50] Posner, Richard; Ehrlich, Isaac (2001): An Economic Analysis of Legal Rulemaking in: Regulation, Economics and the Law, Northampton
- [51] Posner, Richard et al.(2008): The Evolution of a Legal Rule – 4th Draft, <http://ssrn.com/abstract=1114941> (25.03.2010)
- [52] Sachverständigenrat[zit.: SachVer] (2006): Jahresgutachten 2006/2007
- [53] Schäfer, Hans-Bernd; Ott, Claus (2005): Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Heidelberg
- [54] Schneider, Martin (2002): Auf der Suche nach dem inoffiziellen Richterrecht in: Die ökonomische Analyse des Arbeitsrechts, Trier
- [55] Schneider, Martin (2005): Judicial Career Incentives and Court Performance in: European Journal of Law and Economics, 20/2005
- [56] Schreiner, Helmut (1988): Die Gestaltung von Rechtsvorschriften unter formalen Gesichtspunkten in: Theorie der Rechtssetzung, Wien
- [57] Schwartz, Alan; Watson, Joel (2004): The Law and Economics of costly Contracting in: Journal of Law, Economics and Organisation, Nr. 1, Vol. 20
- [58] Schweizer, Urs (1999): Vertragstheorie, Tübingen
- [59] Shapiro, Sidney; Levy, Richard (1995): Judicial Incentives and Indeterminacy in Substantive Review of Administrative Decisions in: Duke Law Journal, Vol 44
- [60] Shapiro, Martin; Alec Sweet (2002): On Law, Politics and Judicialization, Oxford
- [61] Shavell, Steven (2006): On the Writing and the Interpretations of Contracts in: The Journal of Law, Economics and Organisation, Nr.2, Vol. 22
- [62] Tullock, Gordon (1975): On the efficient Organization of Trials in: Kyklos, Vol 28, Nr.4
- [63] Wagner, Thomas; Jahn, Elke (2004): Neue Arbeitsmarkttheorien, Stuttgart
- [64] Wank, Rolf (1977): Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Berlin
- [65] Weber, Max (1922): Wirtschaft und Gesellschaft, Neuauflage 2005, Frankfurt am Main
- [66] Windscheid, Bernhard (1906): Gesammelte Reden und Abhandlungen, 1907, Leipzig

- [67] Zimmermann, Klaus F.(2008): Reformagenda 2010 in: DIW Wochenbericht Nr.11/2008, Berlin
- [68] Zöllner, Wolfgang (1994): Arbeitsrecht und Marktwirtschaft in: ZfA 25.Jg. 3/1994
- [69] Zhu, Tian (1995): Essays on the Theory of Contracts, Evanston
- [70] Zhu, Tian; Zhang, Justin (2000): Verifiability, Incomplete Contracts and Dispute Resolution in: European Journal of Law and Economics, 9:3, 2000

DISKUSSIONSPAPIERE DER FÄCHERGRUPPE VOLKSWIRTSCHAFTSLEHRE

DISCUSSION PAPERS IN ECONOMICS

Die komplette Liste der Diskussionspapiere ist auf der Internetseite veröffentlicht / for full list of papers see:
<http://fgvwl.hsu-hh.de/wp-vwl>

2010

- 103 Christmann, Robin; Warum brauchen wir Richter?, August 2010.
- 102 Hackmann, Johannes; Die einkommensteuerliche Berücksichtigung von Scheidungs- und Kinderunterhalt im Vergleich, Juni 2010.
- 101 Schneider, Andrea; Zimmermann, Klaus W. Fairness und ihr Preis, Juni 2010.
- 100 von Arnould, Andreas; Zimmermann, Klaus W. Regulating Government ('s Share): The Fifty-Percent Rule of the Federal Constitutional Court in Germany, März 2010.

2009

- 99 Kruse, Jörn. Wissen für demokratische Entscheidungen, Dezember 2009.
- 98 Horgos, Daniel; Zimmermann, Klaus W. It Takes Two to Tango: Lobbies and the Political Business Cycle, September 2009.
- 97 Berlemann, Michael; Zimmermann, Klaus W. Gewerkschaften im Bundestag: Gemeinwohlorientiert oder Lobbyisten?, September 2009.
- 96 Kruse, Jörn. Priority and Internet Quality, August 2009.
- 95 Schneider, Andrea. Science and teaching: Two-dimensional signalling in the academic job market, August 2009.
- 94 Kruse, Jörn. Das Governance-Dilemma der demokratischen Wirtschaftspolitik, August 2009.
- 93 Hackmann, Johannes. Ungereimtheiten der traditionell in Deutschland vorherrschenden Rechtfertigungsansätze für das Ehegattensplitting, Mai 2009.
- 92 Schneider, Andrea; Klaus W. Zimmermann. Mehr zu den politischen Segnungen von Föderalismus, April 2009.
- 91 Beckmann, Klaus; Schneider, Andrea. The interaction of publications and appointments - New evidence on academic economists in Germany, März 2009.
- 90 Beckmann, Klaus; Schneider, Andrea. MeinProf.de und die Qualität der Lehre, Februar 2009.
- 89 Berlemann, Michael; Hielscher, Kai. Measuring Effective Monetary Policy Conservatism, February 2009.
- 88 Horgos, Daniel. The Elasticity of Substitution and the Sector Bias of International Outsourcing: Solving the Puzzle, February 2009.
- 87 Rundshagen, Bianca; Zimmermann, Klaus W.. Buchanan-Kooperation und Internationale Öffentliche Güter, Januar 2009.

2008

- 86 Thomas, Tobias. Questionable Luxury Taxes: Results from a Mating Game, September 2008.
- 85 Dluhosch, Barbara; Zimmermann, Klaus W.. Adolph Wagner und sein „Gesetz“: einige späte Anmerkungen, August 2008.
- 84 Zimmermann, Klaus W.; Horgos, Daniel. Interest groups and economic performance: some new evidence, August 2008.
- 83 Beckmann, Klaus; Gerrits, Carsten. Armutsbekämpfung durch Reduktion von Korruption: eine Rolle für Unternehmen?, Juli 2008.
- 82 Beckmann, Klaus; Engelmann, Dennis. Steuerwettbewerb und Finanzverfassung, Juli 2008.
- 81 Thomas, Tobias. Fragwürdige Luxussteuern: Statusstreben und demonstratives Konsumverhalten in der Geschichte ökonomischen Denkens, Mai 2008.
- 80 Kruse, Jörn. Hochschulen und langfristige Politik. Ein ordnungspolitischer Essay zu zwei Reformutopien, Mai 2008.
- 79 Kruse, Jörn. Mobile Termination Carrier Selection, April 2008.
- 78 Dewenter, Ralf; Haucap, Justus. Wettbewerb als Aufgabe und Problem auf Medienmärkten: Fallstudien aus Sicht der „Theorie zweiseitiger Märkte“, April 2008.
- 77 Kruse, Jörn. Parteien-Monopol und Dezentralisierung des demokratischen Staates, März 2008.
- 76 Beckmann, Klaus; Gattke, Susan. Status preferences and optimal corrective taxes: a note, February 2008.

