

Schriften zur Rechtstheorie

Band 309

Law and Economics in all seinen Facetten

Festschrift zu Ehren von Klaus Mathis

Herausgegeben von

Peter Nobel

Alexander Gian-Carlo Baumann

Elias Aliverti



Duncker & Humblot · Berlin

PETER NOBEL, ALEXANDER GIAN-CARLO
BAUMANN und ELIAS ALIVERTI (Hrsg.)

Law and Economics in all seinen Facetten

Schriften zur Rechtstheorie

Band 309



Prof. Dr. iur. Klaus Mathis, MA in Economics

Law and Economics in all seinen Facetten

Festschrift zu Ehren von Klaus Mathis

Herausgegeben von

Peter Nobel

Alexander Gian-Carlo Baumann

Elias Aliverti



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

Alle Rechte vorbehalten

© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde

Druck: CPI books GmbH, Leck

ISSN 0582-0472

ISBN 978-3-428-18570-2 (Print)

ISBN 978-3-428-58570-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Nur wenige Dissertationen werden von einem grösseren Publikum gelesen. Eine Dissertation in zweiter Auflage hat entsprechend Seltenheitswert und deren vierte Auflage ist kaum mehr in Worte zu fassen. Es ist ein frühes Zeichen einer beispiellosen akademischen Karriere, die Klaus Mathis eindrücklich begonnen, noch immer voller Begeisterung und Engagement begeht und noch lange nicht beendet haben wird.

Nach seinen Studien in Volkswirtschaftslehre und Rechtswissenschaften war Klaus Mathis ab dem 1. Juni 2000 Assistent von Walter Ott am Lehrstuhl für Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Privatrecht am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich. In dieser Zeit ist nicht nur die erste Auflage seiner Dissertation „Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts“ (1. Aufl. 2004, 2. Aufl. 2006, 3. Aufl. 2009, 4. Aufl. 2019; englische Ausgabe 2009) entstanden, sondern er verdiente sich auch die Gelegenheit weiterer wertvoller Lehrerfahrungen. Nach einem Zwischenstopp als wissenschaftlicher Mitarbeiter im Staatssekretariat für Wirtschaft in Bern war Klaus Mathis zunächst Oberassistent für Öffentliches Recht sowie Lehrbeauftragter im Staatsrecht an der Universität Luzern. Am 1. März 2007 wurde er zum Assistenzprofessor ernannt und ab 1. August 2008, ebenfalls in Luzern, war er Inhaber der *Tenure*-Track-Professur für Öffentliches Recht und Recht der nachhaltigen Wirtschaft. In den Folgejahren entstand seine Habilitationsschrift „Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit: Eine interdisziplinäre Studie aus rechtlicher, ökonomischer und philosophischer Sicht“ (2016). Per 1. August 2016 wurde Klaus Mathis an der Universität Luzern zum Ordinarius für Öffentliches Recht, Recht der nachhaltigen Wirtschaft und Rechtsphilosophie ernannt.

Bis heute leistet Klaus Mathis mit ausserordentlichem Engagement, begleitet von steter Begeisterung für Bekanntes und Fremdes, einen unschätzbaren Beitrag in Forschung und Lehre. Bereits die über die Jahre entstandenen Publikationen verdeutlichen die akademische Vielseitigkeit von Klaus Mathis. Beiträge zur Rechtstheorie von Jürgen Habermas, zu John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit, Perspektiven auf die Menschenwürde, rechtsökonomische Analysen zum Kündigungsschutz im Arbeitsrecht oder zum Plagiarismus, Beiträge zu *Behavioural Economics*, zu Moral und Motivation oder zum Anarchismus – allesamt Zeugnis eines offenen Geistes, der sich mit viel Freude immer wieder Neuem annimmt.

Klaus Mathis hat früh auch andere Wege der Forschung beschritten. 2012 organisierte er an der Universität Luzern die erste *Law and Economics Conference*. Passend zur Premiere wählte er als Thema das grosse Ganze: *Law and Economics in Europe. Foundations and Applications*. Es sollten bis im Frühling 2023 neun zusätzliche Durchführungen folgen und die elfte Konferenz ist bereits in Planung. Die Themenschwerpunkte reichen von der ökonomischen Theorie der Verfassung, über Verhaltensökonomie, *Environmental Law and Economics*, Wettbewerbsrecht, Digitalisierung, bis hin zu *Law and Economics of the Coronavirus Crisis*. Die 10. Jubiläumstagung trägt den klingenden Titel *Law and Economics of Justice: Efficiency, Reciprocity, Meritocracy* – abermals ein Grundsatzthema und zugleich Steckenpferd von Klaus Mathis. Aus den Konferenzen ist jeweils ein Tagungsband hervorgegangen, erschienen in der von Klaus Mathis ins Leben gerufenen wissenschaftlichen Schriftenreihe *Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship*.

Die zahlreichen interdisziplinären, internationalen Konferenzen sind weitere Zeichen akademischer Exzellenz, die darüber hinaus im Einklang mit einer besonderen Eigenschaft von Klaus Mathis stehen: seine grosszügige Gastfreundschaft. Unter Beweis stellte er diese auch 2019, als er in Luzern den 29. Weltkongress der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie zum Thema *Dignity, Democracy, Diversity* ausrichtete. Erst vor Kurzem, im Sommer 2022, führte er erstmalig die *Lucerne Graduate Academy for Law and Economics* durch. Während einer Woche kamen vielversprechende Nachwuchsforschende in den Genuss einer Intensivweiterbildung an der Schnittstelle von Recht und Ökonomie.

An seiner Wirkungsstätte in Luzern hinterlässt Klaus Mathis bis heute auch institutionell tiefe Spuren. Er ist Mitbegründer des *Center for Law and Sustainability (CLS)* und amtiert nach wie vor als dessen Geschäftsleiter. Er hat überdies das *International Network for Law and Economics – lucernaforum* gegründet, das sogleich Rahmen der regelmässig stattfindenden Doktoratskolloquien von Klaus Mathis ist. Er ist Direktor des Instituts für Juristische Grundlagen – *lucernaiuris* und amtiert seit Anfang dieses Jahres als Leitender Direktor des Instituts für Wirtschaft und Regulierung WiRe. Von 2015 bis 2021 war Klaus Mathis prägendes Mitglied der universitätsinternen Forschungskommission.

Als wäre dieser eindrückliche Leistungsnachweis nicht bereits Grund genug für eine Festschrift, kamen vor Kurzem drei zahlenmässig eindrücklich zusammenpassende Jubiläen hinzu. Klaus Mathis feierte seinen 55. Geburtstag, er feierte das 15-jährige Bestehen seines Lehrstuhls sowie das 5-jährige Jubiläum seiner ordentlichen Professur an der Universität Luzern. Die vorliegende Festschrift ehrt die Kulmination aller Meilensteine. Sie versammelt seine Weggefährten – Professoren aus dem In- und Ausland, Praktiker, Nach-

wuchsforschende und Assistierende – und würdigt den ausserordentlichen Beitrag von Klaus Mathis an der Schnittstelle von Recht und Ökonomie.

Ganz im Sinne des Jubilars geht dieses Gemeinschaftswerk den Schritt weg von einer losen Textsammlung hin zu einem kohärenten Nachschlagewerk für die rechtsökonomische Analyse. Der Fokus der Festschrift liegt auf der Anwendungsvielfalt der rechtsökonomischen Betrachtung: „Effizienz und Gerechtigkeit – Law and Economics in all seinen Facetten“. Nach grundlegenden Gedanken zu Effizienz, Gerechtigkeit und Interdisziplinarität folgen fünf Anwendungsbereiche einer *Law and Economics*-Perspektive: Unternehmensverantwortung, Umwelt, Digitalisierung, Wirtschafts- und Sozialpolitik sowie Konsumenten- und Versicherungsschutz. Die Festschrift verdeutlicht – in Würdigung des ausserordentlichen Beitrags von Klaus Mathis im Zusammenwirken von Recht und Ökonomie – die Vielseitigkeit von *Law and Economics* und die Chancen, die damit für die Rechtsentwicklung einhergehen. Sie leistet dadurch – und auch das ist ganz im Sinne von Klaus Mathis – einen Beitrag zum interdisziplinären Miteinander über die Fachgrenzen hinaus.

Dieses Gemeinschaftswerk ruht auf dem Fundament der Mithilfe langjähriger Freunde. Wir danken der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern für die grosszügige finanzielle Unterstützung und sprechen unseren Dank insbesondere Silvan Wechsler sowie Madeleine Stämpfli aus. Wir danken Dr. Florian R. Simon und Norina Stefan vom Traditionsverlag Duncker & Humblot, die sich mit grosser Freude zur Zusammenarbeit bereit erklärt und den gesamten Publikationsprozess mit einem professionellen, umsichtigen Team reibungslos unterstützt haben.

Ein abschliessender Dank gebührt dem Jubilar. Weit über die universitären Grenzen in Luzern hinaus profitieren Unzählige von den beachtlichen Leistungen von Klaus Mathis in Forschung und Lehre. Diese Leistungen und die damit verbundenen Jubiläen verdienen es, gebührend geehrt zu werden. Wir verstehen diese Festschrift zu Ehren von Klaus Mathis lediglich als Anfang. Für diesen Anfang wünschen wir Klaus Mathis und allen interessierten Leserinnen und Lesern viel Vergnügen beim Eintauchen in die Welt von *Law and Economics*. Zum Schluss noch ein Hinweis: Sinnigerweise erscheint diese Festschrift genau 15 Jahre, nachdem Klaus Mathis eine Festschrift zu Ehren seines Doktorvaters Walter Ott zusammentrug. Zufall oder nicht, in die Reihe all dieser Jubiläen würde offensichtlich noch ein Jubiläum ganz hervorragend passen: das baldige Erscheinen der 5. Auflage von *Effizienz statt Gerechtigkeit*?

Zürich/Luzern

Peter Nobel,
Alexander Gian-Carlo Baumann,
Elias Flavio Aliverti

Inhaltsübersicht

Grundlegende Gedanken zu Effizienz, Gerechtigkeit und Interdisziplinarität . . .	15
Anwendungsbereich Unternehmensverantwortung	145
Anwendungsbereich Umwelt	301
Anwendungsbereich Digitalisierung	365
Anwendungsbereich Wirtschafts- und Sozialpolitik	417
Anwendungsbereich Konsumenten- und Versicherungsschutz	523

Inhaltsverzeichnis

Grundlegende Gedanken zu Effizienz, Gerechtigkeit und Interdisziplinarität	15
Zur normativen Geltung von Gerechtigkeitsidealen Von <i>Moritz Blöchlinger</i>	17
Nudge Efficiency By <i>Avishalom Tor</i>	45
Law and Economics: Ein interdisziplinärer Ansatz? Eine sprachphilosophische Perspektive am Beispiel der Hand Rule und Art. 41 ff. OR Von <i>Angelo Breda</i>	61
„Every case is a rule to itself“ – William Godwins anarchistische Herrschafts- und Rechtskritik Von <i>Luca Langensand</i>	107
Anwendungsbereich Unternehmensverantwortung	145
Remedies for the limited liability of the corporation By <i>Michael Faure</i>	147
Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell – Law and Economics of Corpo- rate Responsibility By <i>Alexander Gian-Carlo Baumann</i>	179
Regulating Sustainable Finance in Europe By <i>Tadas Zukas</i>	203
From “Corporate Social Responsibility” to “Corporate Social Liability”? By <i>Karl Hofstetter</i>	283
Anwendungsbereich Umwelt	301
The Law and Economics of Freshwater By <i>Bruce Huber</i>	303
Technologieneutralität im Energierecht – Wirtschaftlich-rechtlicher Anspruch und politische Wirklichkeit Von <i>Markus Schreiber</i>	329

	Anwendungsbereich Digitalisierung	365
Law is Code – Effizienz und Gerechtigkeit beim Einsatz neuer Technologien im Recht		
Von <i>Rolf H. Weber</i>		367
Die Unveränderlichkeit von Smart Contracts – Eine privatrechtliche und rechtsökonomische Perspektive		
Von <i>Elias Flavio Aliverti</i>		387
	Anwendungsbereich Wirtschafts- und Sozialpolitik	417
Money Makes the World go Round		
Von <i>Peter Nobel</i>		419
Law and Economics der Grundversorgung		
Von <i>Phil Baumann</i>		437
Normative Spannungsfelder innerhalb der ökonomischen Analyse des Wettbewerbsrechts		
Von <i>Martin Meier</i>		473
Zinsen auf Prozesskostenforderungen? Rechtliche und Ökonomische Überlegungen		
Von <i>Anton Burri</i> und <i>Jean-Michel Ludin</i>		497
	Anwendungsbereich Konsumenten- und Versicherungsschutz	523
The Law and Economics of Consumer Law		
By <i>Adrianus van Heusden</i>		525
The Comparative Law and Economics of Business Interruption Insurance and Covid-19		
By <i>Piotr Tereszkiwicz</i>		567

Autorenverzeichnis

Elias Aliverti, MLaw, Universität Luzern

Alexander Gian-Carlo Baumann, M.A. HSG in Law and Economics, CEMS MIM, Universität Luzern

Dr. iur., *Phil Baumann*, Universität Luzern

Dr. iur., *Moritz Blöchlinger*, Bau- und Umweltdepartement des Kantons St.Gallen

RA *Angelo Breda*, MLaw, Universität Luzern

RA *Anton Burri*, MLaw, BA, Universität Luzern

Prof. Dr. *Michael Faure*, LL.M., Maastricht University, Erasmus University Rotterdam

Prof. Dr. *Karl Hofstetter*, Universität Zürich

Prof. Dr. *Bruce Huber*, Notre Dame Law School, University of Notre Dame

Luca Langensand, MLaw, Selbstständiger Jurist und Übersetzer

RA *Jean-Michel Ludin*, MLaw, Universität Luzern

Dr. iur., *Martin Meier*, Universität Luzern

Prof. Dr. rer. publ. *Peter Nobel*, Nobel & Partner Rechtsanwälte

Dr. iur. *Markus Schreiber*, Universität Luzern

Prof. Dr. *Piotr Tereszkiwicz*, Jagiellonian University in Kraków

Prof. Dr. *Avishalom Tor*, Notre Dame Law School, University of Notre Dame

Adrianus van Heusden, MSc, LL.M., Erasmus University Rotterdam

Prof. Dr. *Rolf H. Weber*, Universität Zürich

Dr. iur., *Tadas Zukas*, LL.M., CAS Sustainable Finance, Attorney at Law, Bank Vontobel AG

Grundlegende Gedanken zu Effizienz, Gerechtigkeit und Interdisziplinarität

Zur normativen Geltung von Gerechtigkeitsidealen

Von Moritz Blöchlinger

I. Einleitung

Klaus Mathis, unser Jubilar, erörterte in seiner ersten Monografie bekanntlich die philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts. Seine fundamentale Forschungsfrage hat er dabei gleich zum Titel des Buches gemacht: „Effizienz statt Gerechtigkeit?“. Aus dieser provokativen Gegenüberstellung könnte freilich leichtfertig abgeleitet werden, dass Effizienz ohne Weiteres als normativer Massstab zu behandeln sei, dem bei der Ausgestaltung von Recht eine ähnlich bedeutsame Stellung wie dem Gerechtigkeitsideal zukomme. Mathis hat jedoch stets Wert darauf gelegt, bei der Verwendung des Effizienzkriteriums positive und normative Theorie nicht zu vermischen.¹ Es sei zwar unproblematisch – wenn nicht gar wünschenswert –, rechtliche Regeln auf ihre gesellschaftliche Effizienz hin zu untersuchen, denn gegen eine *positive Analyse* von Rechtsregeln unter dem *normativen Aspekt* der Effizienz sei grundsätzlich nichts einzuwenden. Diese positive Analyse sei aber klar zu trennen von der *normativen Forderung*, das Rechtssystem nach dem Effizienzprinzip auszugestalten. Diese Forderung bedürfe nämlich einer Begründung, welche die ökonomische Theorie selbst nicht zu liefern vermöge.² Einer solchen Begründung ist Mathis in der Folge nachgegangen, indem er neben Richard Posners Theorie der Reichtumsmaximierung etwa auch die Moralphilosophie Adam Smiths, den Utilitarismus Jeremy Bentham's und die Theorie der Gerechtigkeit von John Rawls daraufhin befragt hat, ob und wie das Effizienzziel im Recht legitimiert werden könne.³

Vorliegender Beitrag geht ganz im Sinne der Mathis'schen Ausgangsfrage den normativen Idealen von Recht nach, richtet den Blick jedoch auf den Teil „Gerechtigkeit“ anstatt auf „Effizienz“. Denn so wie das Effizienzprinzip einer legitimierenden Begründung bedarf, wenn es als normatives Ideal für das Recht gelten soll, so ist auch ein mögliches Gerechtigkeitskonzept in seiner normativen Geltung zu begründen. Unter „Gerechtigkeit“ versteht

¹ Vgl. *Mathis*, Effizienz, S. 61 und *Mathis*, Efficiency, S. 113 ff.

² *Mathis*, Effizienz, S. 124.

³ *Mathis*, Effizienz, S. 125 ff., 142 ff., 161 ff., 183 ff.

man die Legitimität bzw. die Anerkennungswürdigkeit *gemäss* einem bestimmten Moralkonzept.⁴ Recht gilt grundsätzlich dann als gerecht, wenn es moralisch legitim ist. Um Moralkonzepte und ihre Geltung einheitlich fassbar zu machen und analytisch durchdringen zu können, bietet sich die relativ einfache Systematik von Ernst Tugendhat an, die im Folgenden näher dargelegt werden soll. Dabei ist nicht Tugendhats eigenes Moralkonzept gemeint, sondern vielmehr seine allgemeine Systematisierung von Moralbegründungen.⁵ Dass gerade dieser Ansatz hier aufgegriffen wird, liegt vor allem daran, dass er die Problematik so grundsätzlich wie möglich ansetzt. Man gewinnt so einen allgemeinen Begriff von Moral, der nicht bereits eine bestimmte Moral als die richtige voraussetzt. Der Ansatz bleibt damit offen für ganz verschiedene Konzepte und deren Begründungen.⁶

Im Übrigen bleiben wir damit auch auf den Spuren unseres Jubilars. Denn Klaus Mathis setzte sich schon in seinen beiden ersten akademischen Aufsätzen, verfasst zusammen mit seinem Doktorvater Walter Ott†, eingehend mit der Rechtstheorie von Jürgen Habermas auseinander und beurteilte etwa dessen Versuch, die Erkenntnisse aus der Diskursethik auf das Recht anzuwenden und so ein prozeduralistisches Rechtsparadigma zu schaffen.⁷

II. Legitime Moralgeltung durch Begründung⁸

Moral ist – wie Recht – eine normative Ordnung, das heisst: ein System von sozialen Normen, das ein Sollen fordert.⁹ Moral bildet den Inbegriff der „Handlungsanleitungen“ in einer Gemeinschaft, „die den Anspruch auf *Rich-*

⁴ Zur Legitimität von normativen Ordnungen siehe *Blöchlinger*, S. 64 ff.

⁵ Nach einigen Modifikationen nennt Tugendhat sein eigenes Moralkonzept „Moral des wechselseitigen Respekts“, vgl. *Tugendhat*, Retraktionen, S. 156.

⁶ So hält auch Ursula Wolf die Systematik von Tugendhat für die fortgeschrittenste dieser Art, nachdem sie sich u. a. mit *Bernard Gert*, *The Moral Rules: A New Rational Foundation for Morality* (1970) und *Georg Henrik von Wright*, *The Varieties of Goodness* (1963) auseinandergesetzt hat, *Wolf*, S. 6, 9, 47; im Folgenden wird sich insb. auf *Tugendhat*, Vorlesungen über Ethik (1993), Drei Vorlesungen über Probleme der Ethik (1984) sowie seine Retraktionen (1984) gestützt.

⁷ Siehe *Ott/Mathis*, Thesen, S. 399 ff., 409 und *Ott/Mathis*, Würdigung, S. 203 ff.

⁸ Die Ausführungen in vorliegendem Aufsatz finden sich weitgehend auch in *Blöchlinger*, S. 192 ff.

⁹ Vgl. *Neumann*, S. 7; im Gegensatz dazu wird u. a. auch die Position vertreten, dass Moral schlicht als eine Unterart von Wertsätzen zu verstehen sei. Gründe, dies abzulehnen und moralische Normen als eine Art sozialer Normen bzw. wechselseitiger sozialer Forderungen aufzufassen, bei *Wolf*, S. 7 f., 64; zur Abgrenzung von Moral zu Ethik siehe *Forst*, Rechtfertigung, S. 100 und *von der Pfordten*, S. 33 ff.

tigkeit erheben und so auf die Grundfrage der philosophischen Ethik ‚Was soll ich tun?‘ eine Antwort geben wollen“.¹⁰

Damit eine moralische Norm als legitim im normativ-ethischen Sinne gilt, bedarf es guter Gründe für ihre Anerkennungswürdigkeit.¹¹ Dies gilt zumindest für eine *rationale* bzw. *kritische Moral*.¹² Das Begründetsein ist somit ein zentraler Aspekt von moralischen Normen. Ernst Tugendhat versteht das Wort „moralisch“ gar als Bezeichnung für genau diese Eigenschaft von Normen: „dass man sie für begründet hält, wie immer man dieses Begründetsein näher versteht“¹³. Für ihn ist es eine „Notwendigkeit“, die eigenen moralischen Urteile gegenüber den anderen zu begründen,

„[...] einfach weil Moral in gegenseitigen Forderungen zu bestimmten Handlungen und Unterlassungen besteht. Sobald unsere moralischen Überzeugungen divergieren, stehen wir vor der Tatsache, dass wir von anderen fordern, dass sie ihre Freiheit in einer Weise einschränken, die ihnen nicht selbstverständlich erscheint; daher sehen wir uns dann zwangsläufig durch sie, wenn sie sich uns nicht einfach unterwerfen, vor die Frage gestellt, diese Forderungen zu begründen.“¹⁴

Diesem Gedanken folgend kann hier schon festgehalten werden, dass es als wesentliche Aufgabe einer philosophischen Ethik gilt, die Anerkennungswürdigkeit einer Moral zu begründen und mit diesen Gründen die Soll-Geltung von moralischen Normen zu erklären.¹⁵ Diese allgemeine Bestimmung kann jedoch nur als Ausgangspunkt dienen. Schaut man genauer hin, stößt man auf die Frage, was wir denn nun begründen, wenn wir eine moralische Norm begründen bzw. wie die Begründungsfrage genau zu stellen ist.¹⁶

¹⁰ Meyer, S. 56.

¹¹ Blöchlinger, S. 77 ff.

¹² Neben einer rationalen bzw. kritischen Moral wird mitunter der Standpunkt einer subjektiven Moral eines bestimmten Individuums oder der Standpunkt einer konventionellen Moral einer sozialen Gemeinschaft eingenommen, vgl. Koller, Begründung, S. 75.

¹³ Tugendhat, Drei, S. 83; zu Gründen für Pflichten im Allgemeinen siehe Schnüriger, S. 223 ff.

¹⁴ Tugendhat, Drei, S. 58.

¹⁵ Habermas, S. 54.

¹⁶ Rainer Forst unterscheidet drei Verwendungsweisen bzw. Ebenen des Begriffs „Moralbegründung“, siehe Forst, Rechtfertigung, S. 39 f.; Forsts Einordnung liegt nahe an der Systematik von Tugendhat.