

## **Richterhierarchien und die Verbreitung der ökonomischen Analyse des Rechts\***

Von Oliver Fabel\*\*

### **A. Einleitung**

Die Frage, warum die wirtschaftliche Betrachtungsweise bisher, etwa im Vergleich zur US-amerikanischen Erfahrung, nur in geringerem Maße in die deutsche Zivilrechtsprechung Eingang gefunden hat, kann sicherlich unter verschiedenen Gesichtspunkten diskutiert werden<sup>1</sup>. Schon die in dieser Fragestellung enthaltene Feststellung selbst muß nicht notwendigerweise akzeptiert werden. So sind maßgebliche Einflüsse der von Coase (1960) entwickelten Theorie der Eigentumsrechte auf die deutsche ordnungspolitische Gesetzgebung durchaus klar zu erkennen<sup>2</sup>. Dieser Eindruck ändert sich jedoch drastisch, wenn der Blickwinkel über die fundamentale Coase'sche Analyse hinaus erweitert wird, um im Sinne Posners (1977) die ökonomische Analyse auf die Gesamtheit der in modernen Gesellschaften alle Lebensbereiche umfassenden rechtlichen Regelungen angewandt werden soll. Hier muß festgestellt werden, daß die deutsche Rechtsprechung weitgehend unbeeinflußt geblieben ist<sup>3</sup>.

Ein erster Erklärungsversuch führt so auch die beobachtbare Diskrepanz in der Aufnahme des neuen Ansatzes darauf zurück, daß das traditionelle Selbstverständnis der beiden beteiligten Disziplinen in unterschiedlicher Weise berührt ist. Während in der Wirtschaftswissenschaft die rechtlichen Rahmenbedingungen im Zentrum ordnungspolitischer Diskussionen stehen, existiert keine rechtswissenschaftliche Tradition, die Wirkungen spezieller Regelungen oder Entscheidungen einer ökonomisch-analytischen Untersuchung unterzieht, so daß vornehmlich von

---

\* Verantwortlicher Herausgeber/editor in charge: U.S.

\*\* Vierte, überarbeitete Fassung. Erste Fassung: Mai 1994. Prof. Dr. St. Homburg, Prof. Dr. A. Luhmer und Prof. Dr. M. Wosnitza haben wertvolle Kommentare zu früheren Versionen beigesteuert. Darüber hinaus ist der Autor einem anonymen „Referee“ und dem zuständigen Herausgeber der ZWS, Herrn Prof. Dr. U. Schweizer, für wichtige Hinweise zu Dank verpflichtet.

<sup>1</sup> Kirchner (1991) bietet eine weitaus detaillierte Behandlung dieser Thematik als im Rahmen des vorliegenden Beitrags möglich.

<sup>2</sup> Vgl. Leipold (1978) und Gäfgen (1984).

<sup>3</sup> Vgl. Kirchner (1991, S. 277).

dieser Seite „echte“ Interdisziplinarität gefordert wird. Um dies zu erreichen, muß aber zunächst der Versuch unternommen werden, Vertreter dieser Disziplin von den möglichen Vorteilen des Ansatzes zu überzeugen und so das Interesse an der interdisziplinären Vorgehensweise zu wecken<sup>4</sup>.

Von entscheidender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, ob es gelingt, die ökonomische Analyse des Rechts auch in das rechtswissenschaftliche Ausbildungsprogramm zu tragen. Hier ist festzustellen, daß, obwohl es sicherlich nicht an geeigneten deutschsprachigen Lehrbüchern mangelt<sup>5</sup>, die ökonomische Analyse im rechtswissenschaftlichen Studium bisher keinen festen Platz gefunden hat<sup>6</sup>. Dies markiert zudem einen deutlichen Unterschied im Vergleich zu den amerikanischen „Law Schools“<sup>7</sup>. Hier gehören grundlegende wirtschaftswissenschaftliche Kurse und Anwendungen im Sinne der ökonomischen Analyse des Rechts inzwischen zum festen Bestandteil des Curriculums.

Dies jedoch nur auf die schwierigen Studienbedingungen und die damit verbundene Inflexibilität bei der Erstellung von Studienplänen zurückzuführen, würde sicherlich zu kurz greifen. Da neue Angebote sich durchsetzen, wenn sie auf eine entsprechende Nachfrage stoßen, bleibt zu hinterfragen, warum die Neigung deutscher Juristen, sich mit der ökonomischen Wirkungsanalyse auseinanderzusetzen, im Vergleich zu ihren amerikanischen Kollegen so gering ausfällt. Kirchner (1991) verweist in diesem Zusammenhang auf die unterschiedlichen Strategien, die innerhalb der beiden Rechtssysteme entwickelt worden sind, um die Unabhängigkeit der Rechtsprechung gegen „Übergriffe“ der Legislative zu verteidigen. In den USA wird der ökonomisch-analytische Ansatz als Mittel eingesetzt, getroffene Entscheidungen gegen Einwände des Gesetzgebers zu immunisieren. Geprägt durch die historische Entwicklung ist die deutsche Strategie defensiver. Hier dient das Festhalten an traditionellen juristischen Argumentationslinien als Instrument zur Verteidigung der Autonomie.

Offensichtlich wird damit aber auch auf die Interessenlage der beteiligten Personengruppen abgestellt. Kirchner (1991, S. 285) wendet sich daher – ganz im Sinn einer ökonomischen Analyse – den Anreizen zu, die innerhalb des deutschen Rechtssystems existieren. In Deutschland

---

<sup>4</sup> Unter diesem Gesichtspunkt sind die Beiträge von Assmann (1993) und Kirchner (1993) sicherlich beispielhaft.

<sup>5</sup> Eine unvollständige Auflistung umfaßt die grundlegenden Texte von Assmann, Kirchner und Schanze (1978), Behrens (1986) und Schäfer und Ott (1986) sowie die stärker auf spezielle Fragestellungen ausgerichteten Bücher von Adams (1981, 1985), Lehmann (1983) und Ott und Schäfer (1991).

<sup>6</sup> Vgl. Kirchner (1991, S. 279).

<sup>7</sup> Vgl. Schanze (1993, S. 4 - 5).

können Richter nur im engen Rahmen institutionalisierter Karrierebahnen aufsteigen. Eine Abweichung von der traditionellen juristischen Argumentationslinie in den richterlichen Entscheidungen kann aber das Risiko der Einzelnen erhöhen, daß ihre Entscheidungen durch höhere Instanzen revidiert werden. Dies wiederum senkt ihre Aufstiegsmöglichkeiten. Die Frage der fehlenden Rezeption der ökonomischen Analyse des Rechts stellt sich aus dieser Sicht als eine Ausprägung der allgemeineren Problematik der Anreizbildung in öffentlichen Verwaltungen dar: Die Instanzenhierarchie gibt auch die Karrieremöglichkeiten vor. In einem System, das eine fast perfekte berufliche Absicherung vorsieht, können Anreize aber notwendigerweise nur durch interne Aufstiegsmöglichkeiten gegeben werden<sup>8</sup>.

Diese Überlegung wird im Rahmen des folgenden Beispielmodells aufgegriffen. Ziel ist es jedoch nicht nur zu demonstrieren, daß die Durchsetzung einer innovativen Argumentationslinie verhindert werden kann. Darüber hinaus kann gezeigt werden, daß sich die Größe der Instanzen- bzw. Aufstiegshierarchie ebenfalls endogen bestimmen läßt. Es stellt sich heraus, daß das betrachtete System u.U. ineffizient viele Mitglieder auf höheren Instanzenstufen beschäftigt.

## B. Ein formales Modell

### 1. Die stabile Gerichtshierarchie

Im folgenden soll ein einfaches Modell einer Gerichtshierarchie mit  $K$ ,  $K > 1$ , Instanzenebenen entwickelt werden. Streitfälle werden immer zuerst auf der untersten Ebene,  $k = 1$ , verhandelt, bevor es zu Berufungsverhandlungen auf den höheren Ebenen,  $k = 2, \dots, K$ , kommen kann. Dabei wird ein auf der  $k$ -ten Ebene durch ein Urteil abgeschlossenes Verfahren grundsätzlich zunächst von der Ebene  $k + 1$  wieder aufgenommen. Sprüche der Richter auf der obersten Ebene,  $k = K$ , sind letztinstanzlich.

Das maximale Dienstalter der Richter sei  $J$ . Sie beginnen ihr Dienstleben grundsätzlich auf der untersten Hierarchieebene und können nur durch Beförderungen aufsteigen. Entscheidungen über Beförderungen werden, nach einem noch detailliert zu beschreibenden Kriterium, regelmäßig und für alle zur Beförderung anstehenden Richter gleichzeitig in einem zeitlichen Abstand, der genau einer Dienstaltersstufe entspricht, getroffen. Zur Vereinfachung wird unterstellt, daß  $J = K$  ist. Darüber

<sup>8</sup> Interessanterweise argumentiert Posner (1977, S. 409 - 410), daß diese Interessenlage der Richter gerade auch deren Unabhängigkeit von externen Einflußgruppen garantiert.

hinaus ist die Analyse auf die Betrachtung einer stabilen Gerichtshierarchie beschränkt, deren Größe und Altersstruktur keinerlei Veränderungen im Zeitablauf unterliegen.

Weiter vereinfachend sei die Anzahl der auf der Instanzenebene  $k$  zur Durchführung der Verhandlungen benötigten Richter gleich der Anzahl der Streitfälle  $N_k$ , die diese Ebene erreichen<sup>9</sup>. Zunächst soll nun  $N_k$  jeweils gegeben sein und  $N_k > N_{k+1}$ ,  $\forall k = 1, \dots, K - 1$ , gelten. Da sicherzustellen ist, daß alle Richterstellen zu jedem Zeitpunkt besetzt sind, und eine Beförderung nur zur Besetzung einer freien Stelle auf der nächsthöheren Instanzenebene führen soll, besteht eine Mindestanforderung an eine stabile Gerichtshierarchie darin, in jeder Beförderungsrunde auf allen Ebenen den Aufstieg einer hinreichend großen Zahl der jeweils jüngsten Richter zu ermöglichen. Eine Beförderungsregel, die dies garantiert und gleichzeitig die Berechnung der Altersstruktur außerordentlich vereinfacht, betrachtet nur die Gruppe der jüngsten Richter auf einer Instanzenebene als Aufstiegs Kandidaten.

Wird in diesem Sinn angenommen, daß einmal nicht beförderte Richter keinerlei weitere Aufstiegsmöglichkeiten mehr besitzen, folgt:

*Proposition 1:* Die Wahrscheinlichkeit, von der Ebene  $(K - l)$  auf die Ebene  $(K - (l - 1))$  aufzusteigen, berechnet sich als

$$(1) \quad h_{K-l} = \frac{l+1}{l} \frac{\sum_{m=0}^{l-1} N_{K-m}}{\sum_{m=0}^l N_{K-m}}$$

für  $l = 1, \dots, K - 1$ .

*Beweis:* Da nur die jeweils jüngsten Richter der Ebene  $k$  aufsteigen können, haben alle älteren Richter ebenfalls im Alter  $k$  diese Ebene erreicht, so daß

$$(2) \quad N_k = N_{k,k} [1 + (K - k)(1 - h_k)]$$

mit  $N_{k,k}$  als Anzahl der Richter des Dienstalters  $k$  auf der Ebene  $k$ . In (2) bezeichnet  $h_k$  den Anteil der jüngsten Richter dieser Ebene, die auf die Ebene  $h + 1$  aufsteigen. Da zudem als  $N_{k,k} = \frac{1}{h_k} N_{k+1,k+1}$  folgt (1) durch Einsetzen unter Berücksichtigung von  $N_K = N_{K,K}$ . Q. E. D.

<sup>9</sup> Weniger einschränkend und sicherlich plausibler könnte angenommen werden, daß die Anzahl der Richter proportional zur Anzahl der Verfahren ist, wobei der Proportionalitätsfaktor mit höheren Instanzen steigt. Solange die Hierarchie jedoch weiterhin den typischen pyramidenförmigen Aufbau aufweist, ergeben sich qualitativ nur geringfügige Unterschiede zum hier vorgestellten Modell.

Insbesondere impliziert (1)

$$(3) \quad h_1 = \frac{K}{K-1} \frac{\sum_{m=0}^{K-2} N_{K-m}}{\sum_{m=0}^{K-1} N_{K-m}},$$

so daß sich die Anzahl in jeder Periode neu einzustellender Richter als

$$(4) \quad N_{1,1} = \frac{N_1}{[K - (K-1)h_1]} = \frac{\sum_{m=0}^{K-1} N_{K-m}}{K}$$

ergibt. Die insgesamt beschäftigten Richter repräsentieren also  $K$  Richtergenerationen, deren Mitglieder immer auf der untersten Hierarchieebene eingestellt worden sind. Schließlich gilt:

$$(5) \quad \frac{dh_{K-l}}{dN_{K-m}} = \frac{(l+1)}{l} \frac{N_{K-l}}{\left(\sum_{m=0}^l N_{K-m}\right)^2} > 0, \quad \text{für } m < l,$$

und

$$(6) \quad \frac{dh_{K-l}}{dN_{K-l}} = -\frac{(l+1)}{l} \frac{\sum_{m=0}^{l-1} N_{K-m}}{\left[\sum_{m=0}^l N_{K-m}\right]^2} < 0$$

Die Aufstiegswahrscheinlichkeiten nehmen also mit einer steigenden Anzahl auf höheren Ebenen benötigter Richter zu, während eine größere Zahl von Konkurrenten um diese Aufstiegsposition die Wahrscheinlichkeiten  $h_k$  *ceteris paribus* sinken läßt.

## 2. Die Auslegungsentscheidungen

Auf jeder Hierarchieebene müssen Entscheidungen über (zivile) Streitfälle getroffen werden, die typischerweise dadurch entstehen, daß eine Partei eine andere des Vertragsbruchs bezichtigt. Die Richter verfügen aber über einen Auslegungsspielraum bei der Anwendung der Gesetze. Vereinfachend sei angenommen, daß nur zwei Auslegungsarten zur Wahl stehen: *Typ-Ö* Auslegungen verwenden Argumente, die aus der ökonomischen Analyse des ursprünglichen Vertragsgegenstandes abgeleitet werden bzw. die ökonomischen Folgewirkungen des Urteils berücksichtigen. Dagegen stützen sich *Typ-T* Auslegungen auf die traditionell juristi-

sche Argumentation. Beide Auslegungen sollen bei gleichem Tatbestand zu materiell verschiedenen Urteilen führen.

Da *Typ-Ö* Auslegungen den Vertragsgegenstand nachvollziehen und auf die wirtschaftlich relevanten Zusammenhänge eingehen, werden sie von den Streitparteien weniger häufig angefochten. Wenn  $n_k(x)$ ,  $x = \{\ddot{O}, T\}$ , die relative Häufigkeit von Berufungsverfahren gegen Urteile der Richter der Ebene  $k$ , die eine *Typ-X* Auslegung wählen, bezeichnet, soll also gelten:

$$(7) \quad n_k(\ddot{O}) < n_k(T), \forall k = 1, \dots, K - 1.$$

Diesem komperativen Vorteil ökonomisch-analytischer Auslegungen kann jedoch das Risiko einer Urteilsrevision durch höhere Berufungsinstanzen entgegenstehen. Die Wahrscheinlichkeit, daß Richter der Ebene  $k$  ein auf eine *Typ-X* Auslegung gestütztes Urteil der Ebene  $k - 1$  revidieren, wird durch

$$(8) \quad P_k(x) = F\left(\frac{N_k(x)}{N_k}\right)$$

angegeben, wobei  $N_k$  die Gesamtzahl der Richter auf der Instanzenebene  $k$  und  $N_k(x)$  die entsprechende Anzahl von Richtern, die ihrerseits ebenfalls *Typ-X* Auslegungen vorziehen, bezeichnen. Ein höherer Anteil „gleichgesinnter“ Richter auf der höheren Instanzenebene senkt die Wahrscheinlichkeit, daß ein Urteil abgelehnt wird:  $F'(\cdot) < 0$ . Zudem soll  $0 < F(a) < 1$ ,  $\forall 0 \leq a \leq 1$ , die Möglichkeit zum Ausdruck bringen, daß Urteile auch unabhängig von der gewählten Auslegung scheitern können, etwa weil der Tatbestand nicht hinreichend gewürdigt worden ist.

Erstinstanzliche Urteile bzw. solche, die eine Entscheidung, die von einer niedrigeren Instanz getroffen wurde, revidieren, stellen originäre Urteile eines Richters dar. Wird ein in diesem Sinn originäres Urteil gesprochen, muß der Richter eine Entscheidung über den Typ der Auslegung treffen. Dabei wird grundsätzlich angenommen, daß die Richter über keine besonderen, etwa ausbildungsbedingten, technischen Vor- bzw. Nachteile bei der Entscheidung für eine bestimmte Auslegungsart verfügen oder Präferenzen für einen Typ besitzen. Die Beförderungsregel für junge Richter sieht allerdings vor, daß zunächst immer die Richter befördert werden, die die höchsten Erfolgsquoten aufweisen. Die Erfolgsquote ist hier durch die Wahrscheinlichkeit definiert, mit der ein originäres Urteil des Richters endgültig akzeptiert wird, d.h. entweder keine Berufungsverhandlung erlebt oder durch keine der von den Streitparteien im weiteren angerufenen Instanzen revidiert wird.

Die Aufstiegs-kandidaten sind perfekt über die Alters- und Entscheidungsstruktur der Hierarchie informiert und wählen den Auslegungstyp so, daß die Erfolgsquote maximiert wird. Da nur eine von zwei möglichen Auslegungsarten gewählt werden kann, entscheiden sich alle jungen Richter einer Ebene für den selben Typ. Dieses Argument kann jedoch nicht auf die älteren Richter einer Ebene angewandt werden. Hier wird statt dessen unterstellt, daß sie ihre Auslegungsentscheidung nicht mehr ändern<sup>10</sup>. Dies kann leicht durch die Annahme gerechtfertigt werden, daß jede *Veränderung* eines einmal gewählten Auslegungstyps zusätzliche Kosten verursacht. Die Einkommensdifferenziale in der Hierarchie müssen dann hinreichend groß sein, so daß Aufstiegs-kandidaten bereit wären, diese Kosten zu tragen. Ältere Richter würden jedoch ihre Auslegungsentscheidung nie ändern. Da alle älteren Richter einer Ebene diese einmal als jüngste erreicht haben müssen, ist so sichergestellt, daß originäre Urteile auf jeder Instanzenebene immer mit dem gleichen Auslegungstyp verbunden werden.

In diesem Fall ist die Entscheidungsstruktur der Gerichtshierarchie wie folgt charakterisiert:

*Proposition 2:*

(a) Wenn die obersten Richter auf der Ebene  $k = K$  *Typ-Ö* Auslegungen wählen, entscheiden sich die Richter auf allen untergeordneten Ebenen ebenfalls für diesen Auslegungstyp.

(b) Wenn die obersten Richter *Typ-T* Auslegungen vorziehen und im weiteren Verlauf der nachgeordneten Instanzen eine Hierarchieebene  $\tilde{k}$ , mit  $1 \leq \tilde{k} \leq K - 1$ , erreicht wird, für die

$$(9) \quad \frac{n_{\tilde{k}}(T)}{n_{\tilde{k}}(\ddot{O})} \geq \frac{F(0)}{F(1)} \frac{\left[ 1 + \sum_{l=1}^{K-(\tilde{k}+1)} (1 - F(0))^l \prod_{m=1}^l n_{\tilde{k}+m}(\ddot{O}) \right]}{\left[ 1 + \sum_{l=1}^{K-(\tilde{k}+1)} (1 - F(1))^l \prod_{m=1}^l n_{\tilde{k}+m}(T) \right]}$$

gilt, entscheiden sich die Richter auf den Ebenen  $k > \tilde{k}$  für *Typ-T* Auslegungen, während auf den Ebenen  $k \leq \tilde{k}$  *Typ-Ö* Auslegungen gewählt werden<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Im Gegensatz dazu stellt Posner (1977, S. 415 - 417) fest, daß Richter, die aufgrund ihres Alters keine Aufstiegschancen mehr besitzen, dazu neigen, durch das Urteil der Gesellschaft ihre Präferenzen aufzuerlegen. Im Rahmen der vorliegenden Analyse erschweren jedoch alternative „ad hoc“ Annahmen über das Entscheidungsverhalten älterer Richter bzw. die Beförderungsregeln die Berechnung der Erfolgsquoten erheblich, ohne qualitativ grundsätzlich andere Ergebnisse zu generieren.

<sup>11</sup> Offensichtlich wird hier unterstellt, daß die Richter sich für *Typ-Ö* Auslegungen entscheiden, wenn die Erfolgsquoten gerade gleich sind.

*Beweis:* Da bei der Berechnung der Erfolgsquoten  $q_k$  nur originäre Urteile berücksichtigt werden müssen, gilt zunächst allgemein

$$(10) \quad q_k(x) = 1 - n_k(x)P_{k+1}(x) - n_k(x)(1 - P_{k+1}(x))(1 - q_{k+1}(x)),$$

für  $x = \{\ddot{O}, T\}$  und  $1 \leq k \leq K - 1$ . Der zweite Term in (10) bezieht sich hier auf die Fälle, in denen das Urteil in der ersten Berufungsinstanz revidiert wird, also sofort ein neues originäres Urteil der nächsthöheren Instanz gesprochen wird. Darüber hinaus korrigiert der dritte Term um die Wahrscheinlichkeit, daß ein *Typ-X* Urteil nach seiner Bestätigung durch die erste Berufungsinstanz – damit sind seine Erfolgsaussichten gleich denen eines originären *Typ-X* Urteils dieser Instanz – im weiteren Verlauf möglicher Berufungsverhandlungen abgelehnt wird. Wird nun angenommen, daß  $q_{k+1}(\ddot{O}) \geq q_{k+1}(T)$ , folgt

$$(11) \quad q_k(\ddot{O}) - q_k(T) = n_k(T)[1 - (1 - F(0))q_{k+1}(T)] - n_k(\ddot{O})[1 - (1 - F(1))q_{k+1}(\ddot{O})] > 0,$$

da  $F(1) < F(0)$  und  $n_k(T) > n_k(\ddot{O})$ . Damit ist gezeigt, daß die Richter der Ebene  $k$  immer auch *Typ-Ö* Auslegungen wählen, wenn dies für die Richter der Ebene  $k + 1$  optimal ist. Präferieren die obersten Richter *Typ-Ö* Auslegungen, so daß  $q_K(T) = (1 - F(0))$  und  $q_K(\ddot{O}) = (1 - F(1))$ , folgt  $q_{K-1}(\ddot{O}) - q_{K-1}(T) > 0$ , sowie offensichtlich auch  $q_k(\ddot{O}) - q_k(T) > 0, \forall 1 \leq k < K - 1$ . Dies beweist den Teil a) der Proposition.

Zudem muß für den Beweis des Teils b) nur eine Bedingung identifiziert werden, die sicherstellt, daß  $q_{\tilde{k}}(\ddot{O}) \geq q_{\tilde{k}}(T)$ , wenn  $q_k(\ddot{O}) < q_k(T)$ ,  $\forall \tilde{k} < k < K$ . Durch weiteres Einsetzen folgt nun:

$$(12) \quad [q_k(\ddot{O}) - q_k(T)] \Big|_{q_{k+i}(\ddot{O}) < q_{k+i}(T), \forall i=1, \dots, K-(k+1)} = F(1) \left[ \sum_{l=0}^{K-(k-1)} (1 - F(1))^l \prod_{m=0}^l n_{k+m}(T) \right] - F(0) \left[ \sum_{l=0}^{K-(k-1)} (1 - F(0))^l \prod_{m=0}^l n_{k+m}(\ddot{O}) \right]$$

Eine einfache Umformung impliziert dann die Ungleichung (9). Q. E. D.

Während  $F(1)$  und  $F(0)$  in (12) jeweils die einfachen Ablehnungswahrscheinlichkeiten eines *Typ-T* bzw. *Typ-Ö* Urteils in einer Berufungsverhandlung angeben, berücksichtigen die einzelnen Summanden im Klammerausdruck jeweils die Wahrscheinlichkeit, daß diese Ablehnung in einer Verhandlung auf der Ebene  $k + (l + 1)$  passiert. Dabei ist leicht festzustellen, daß spätere Ablehnungen eines *Typ-Ö* Urteils immer stärker „diskontiert“ werden als die eines *Typ-T* Urteils. Zum einen ist die



relative Häufigkeit, mit der *Typ-Ö* Urteile von den Streitparteien angefochten werden, immer kleiner als die für *Typ-T* Urteile. Gleichzeitig ist das Risiko späterer Revisionen zunächst bestätigter Urteile bei *Typ-T* Auslegungen von größerer Bedeutung, da  $F(1) < F(0) \Leftrightarrow 1 - F(1) > 1 - F(0)$ .

Es lassen sich leicht Fälle konstruieren, in denen die Wahrscheinlichkeit, daß (9) erfüllt sein kann, mit einer abnehmenden Position in der Hierarchie, d.h. einem längeren möglichen Instanzenweg, monoton steigt. So nimmt der Ausdruck auf der rechten Seite der Ungleichung ab, wenn  $1 \leq n_k(\ddot{O})/n_{k+1}(\ddot{O}) \leq n_k(T)/n_{k+1}(T)$ . Insbesondere illustriert (9) aber, daß  $n_{\tilde{k}}(T)/n_{\tilde{k}}(\ddot{O}) \geq F(0)/F(1)$ , für ein  $\tilde{k} < K - 1$  eine hinreichende Bedingung für das Umschlagen der Entscheidungsstruktur darstellt.

### 3. Die Größe der Richterhierarchie

Proposition 2 identifiziert eine Ebene  $\tilde{k}$ , mit  $1 \leq \tilde{k} \leq K$ , so daß auf den Hierarchieebenen  $k \leq \tilde{k}$  *Typ-Ö* Auslegungen gewählt werden, während die Richter auf den Ebenen  $k > \tilde{k}$  *Typ-T* Auslegungen vorziehen. Gegeben  $\tilde{k}$  ist dann offensichtlich auch die Gesamtgröße und die Altersstruktur der Gerichtshierarchie determiniert:

*Proposition 3:* Das Superskript  $i$ ,  $i = 1, 2$ , bezeichne zwei stabile Gerichtshierarchien, die mit einer identischen Anzahl von ursprünglichen Streitfällen,  $N_1^i = \bar{N}$ , befaßt sind. Wenn auf den unteren Ebenen  $1, \dots, \tilde{k}^i$  *Typ-Ö* Auslegungen gewählt werden, während die oberen Richter der Ebenen  $\tilde{k}^i + 1, \dots, K$  *Typ-T* Auslegungen vorziehen, und  $\tilde{k}^1 < \tilde{k}^2$ , folgt:

- (a)  $N_k^1 = N_k^2, \forall 1 \leq k \leq \tilde{k}^1$ , und  $N_k^1 > N_k^2, \forall \tilde{k}^1 < k \leq K$ .
- (b)  $h_k^1 > h_k^2, \forall 1 \leq k \leq K - 1$ .

*Beweis:* Die Anzahl der Fälle, die eine Instanzenzunahme  $k$  erreichen, berechnet sich allgemein als

$$(13) \quad N_k = \bar{N} \prod_{m=1}^{k-1} n_m(\ddot{O}), \quad k = 2, \dots, \tilde{k}$$

und

$$(14) \quad N_k = \bar{N} \prod_{m=1}^{k-1} n_m(\ddot{O}) A(k, \tilde{k}), \quad k = \tilde{k} + 1, \dots, K$$

mit

$$(15) \quad A(k, \tilde{k}) = (1 - F(0))^{|k-\tilde{k}|} + F(0) \sum_{\mu=0}^{(k-1)-\tilde{k}} (1 - F(0))^{(k-1)-\tilde{k}-\mu} \prod_{\eta=0}^{\mu} \frac{n_{(k-1)-n}(\ddot{O})}{n_{(k-1)-\eta}(\ddot{O})}$$

Da  $n_k(T) > n_k(\ddot{O})$ ,  $k = 1, \dots, K - 1$ , gilt offensichtlich  $A(k, \tilde{k}) > 1$ . Zudem kann leicht festgestellt werden, daß

$$(16) \quad A(k, \tilde{k}) < A(k + l, \tilde{k}), \quad l = 1, \dots, K - k, \quad k > \tilde{k}$$

und

$$(17) \quad A(k, \tilde{k}^1) > A(k, \tilde{k}^2), \quad \tilde{k}^1 < \tilde{k}^2 \quad \text{und} \quad k > \tilde{k}^2.$$

Diese Eigenschaften implizieren Teil a) der Proposition. Schließlich gilt auch

$$(18) \quad \frac{A(K - m, \tilde{k}^1)}{A(K - l, \tilde{k}^1)} > \frac{A(K - m, \tilde{k}^2)}{A(K - l, \tilde{k}^2)}$$

für alle  $K - l > \tilde{k}^2$  und  $m > l$ , so daß

$$h_{K-l}^1 - h_{K-l}^2 = \frac{l + 1}{l} \frac{N_{K-l}^2 \sum_{m=0}^{l-1} N_{K-m}^2}{\sum_{m=0}^l N_{K-m}^1 \sum_{m=0}^l N_{K-m}^2} \cdot \left\{ \frac{\sum_{m=0}^{l-1} N_{K-m}^1}{\sum_{m=0}^{l-1} N_{K-m}^2} - \frac{N_{K-l}^1}{N_{K-l}^2} \right\} > 0$$

für alle  $l = 1, \dots, K - 1$ . Q. E. D.

Interessanterweise, insbesondere angesichts der Eigenschaften (5) und (6), die die Aufstiegswahrscheinlichkeiten allgemein charakterisieren, führt also ein niedriger Wert  $\tilde{k}$  auch immer zu einer relativ größeren Anzahl von Aufstiegspositionen als zusätzlichen Konkurrenten um diese Stellen auf allen Hierarchieebenen. Dies wird durch die Tatsache impliziert, daß nach dem Umschlagen der Entscheidungsstruktur ab einer Ebene  $\tilde{k}^1$  nicht nur absolut mehr Berufungsverhandlungen im Vergleich zu einer Hierarchie, deren Entscheidungsstruktur ab einer Ebene  $\tilde{k}^2$ , mit  $\tilde{k}^1 < \tilde{k}^2$ , umschlägt, stattfinden. Darüber hinaus steigt immer auch die relative Häufigkeit von Berufungsverhandlungen.

### C. Diskussion

Das vorgestellte Modell einer Gerichtshierarchie beruht offensichtlich auf einigen einschränkenden Annahmen, die den Versuch der Quantifizierung stark erschweren. Qualitativ erscheinen die erzielten Ergebnisse jedoch robust. Eine alternative Beförderungsregel, die auch ältere Rich-

ter zum Kreis der Aufstiegsandidaten rechnet, würde zwar, gegeben die Annahme, daß zumindest die ältesten Richter, die nicht mehr befördert werden können, ihre Auslegungsentscheidung beibehalten, die Wahrscheinlichkeit, auf unteren Ebenen *Typ-Ö* Auslegungen anzutreffen, erhöhen. Da  $F(0) > F\left(\frac{N_k - N_{k,K}}{N_k}\right) > F(1)$  die Entscheidungsstruktur *ceteris paribus* erst auf einer höheren Ebene umschlagen. Dennoch bleibt die grundsätzliche Aussage bestehen, daß Aufstiegsregeln, die sich an Erfolgsquoten orientieren, zu ineffizient großen Gerichtshierarchien führen können<sup>12</sup>. Alternative Annahmen über das Entscheidungsverhalten solcher älterer Richter könnten andererseits aber auch die Ineffizienzen grundsätzlich verstärken. Den Arbeiten von Niskanen (1968) über die öffentliche Verwaltung sowie von Marris (1963) und Baumol (1962) über Managerhierarchien folgend, würde so z.B. das persönliche Interesse von Richtern auf höheren Hierarchieebenen an einer möglichst großen Zahl von Richtern auf untergeordneten Ebenen eine erhöhte Neigung zu *Typ-T* Urteilen generieren.

So bleibt zu fragen, welche Ansätze zur Reform des Systems aus der vorliegenden Analyse abgelegt werden können. Hier kann zunächst festgestellt werden, daß eine völlige Abkehr von den durch die Erfolgsquoten determinierten Aufstiegsregeln hin zu einer reinen Zufallsauswahl die Ineffizienzen beseitigen könnte. Dies scheint jedoch zu sehr im Rahmen des vorliegenden Modells gedacht. Man muß sicherlich kritisch fragen, warum Richter dann überhaupt noch eine gewisse Sorgfalt bei der Urteilsfindung an den Tag legen sollten. Schließlich müßte sich auch der Vorschlag, Richter öffentlich zu wählen, um eine Orientierung der originären Urteile an den wirtschaftlichen Interessen der Streitparteien zu erreichen, an der grundsätzlichen und sicherlich übergeordneten Problemstellung, gleichzeitig die Unabhängigkeit des Richteramtes zu gewährleisten, messen lassen. Ohne eine solche Verfahrensänderung kann andererseits nur eine „Reform von oben“ Abhilfe schaffen, d.h. die höchstrichterliche Rechtsprechung müßte ökonomisch-analytische Argumente in ihre Gesetzesauslegungen aufnehmen.

So verweist bereits Kirchner (1991) darauf, daß, da die obersten Richter nicht dem Zwang der Aufstiegsnotwendigkeiten unterliegen, von dieser Seite Reformen erwartet werden können und stellt die Frage, warum die vorhandene Gestaltungsfreiheit nicht genutzt wird. In diesem Zusammenhang erscheint es angebracht, auf die Interessenlagen einzugehen. Das vorliegende Modell zeigt, daß der Anstoß zu Reformen nicht aus

<sup>12</sup> Eine frühere Fassung dieser Arbeit betrachtet so beispielhaft eine dreistufige Hierarchie, in der nur die ältesten Richter einer Ebene keine Aufstiegschancen mehr besitzen.

den Reihen der etablierten Richter kommen kann, da die Aufstiegswahrscheinlichkeiten in der schlankeren Hierarchie niedriger sind. Darüber hinaus würde sich die Zahl der neueinzustellenden Richter verringern, so daß, selbst wenn Jungrichter ein innovatives Entscheidungsverhalten an den Tag legen, bei den Einstiegskandidaten kein Interesse an einer Reform des Systems vorhanden ist. So scheint schließlich eine Reform, nur im Sinne Niskanens (1968), durch die Notwendigkeit des Austauschs mit dem Steuer- bzw. Wahlbürger möglich zu werden<sup>13</sup>.

### Literatur

- Adams, M.*: Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldungshaftung. Heidelberg: R. v. Deckers Verlag – G. Schenck, 1985.
- Ökonomische Analyse des Zivilprozesses. Koenigstein: Athenaum, 1981.
- Assmann, H.-D.*: Die Transformationsprobleme des Privatrechts und die ökonomische Analyse des Rechts. In: Assmann, H.-D., Ch. Kirchner und E. Schanze (Hrsg.): Ökonomische Analyse des Rechts. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1993, S. 17 – 61.
- Assmann, H.-D./Kirchner, Ch./Schanze, E.*: Ökonomische Analyse des Rechts. Kronberg: Athenaum, 1978.
- Baumol, W. J.*: On the Theory of Expansion of the Firm. *American Economic Review*, 1962, Vol. 52, S. 1078 – 1087.
- Behrens, P.*: Die ökonomischen Grundlagen des Rechts. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1986.
- Coase, R. H.*: The Problem of Social Costs. *Journal of Law and Economics*, 1960, Vol. 4, S. 1 – 44.
- Gäfgen, G.*: Entwicklung und Stand der Theorie der Property Rights: Eine kritische Bestandsaufnahme. In: Neumann, M. (Hrsg.): Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte. Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 140 (Neue Folge), Berlin: Duncker und Humblot, 1984, S. 43 – 62.
- Kirchner, Ch.*: The Difficult Reception of Law and Economics in Germany. *International Review of Law and Economics*, 1991, Vol. 11, S. 277 – 292.
- Ökonomische Analyse des Rechts. Interdisziplinäre Zusammenarbeit von Ökonomie und Rechtswissenschaft. In: Assmann, H.-D., Ch. Kirchner und E. Schanze (Hrsg.): Ökonomische Analyse des Rechts. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1993, S. 62 – 78.
- Lehmann, M.*: Bürgerliches Recht und Handelsrecht – Eine juristische und ökonomische Analyse. Stuttgart: C. E. Poeschel, 1983.
- Leipold, H.*: Theorie der Property Rights: Forschungsziele und Anwendungsbereiche. *Wirtschaftswissenschaftliches Studium*, 1978, Bd. 7, S. 518.

---

<sup>13</sup> Die Tatsache, daß die Qualität der Entscheidungen im vorliegenden Modell endogen die Hierarchiegröße bestimmt, wirft hier allerdings auch neue Fragen bezüglich der von Niskanen postulierten Unterscheidung von allokativen und X-Ineffizienzen auf.

- Marris, R.: A Model of the Managerial Enterprise. *Quarterly Journal of Economics*, 1963, Vol. 77, S. 185 - 209.
- Niskanen, W. A.: Non-Market Decision Making: The Peculiar Economics of Bureaucracy. *American Economic Review*, 1968, Vol. 58, S. 293 - 305.
- Ott, C./Schäfer, H.-B.: *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*. Berlin, etc.: Springer, 1991.
- Posner, R. A.: *Economic Analysis of Law*. Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 1977, (2nd Edition).
- Schäfer, H.-B./Ott, C.: *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*. Berlin, etc., Springer, 1986.
- Schanze, E.: *Ökonomische Analyse des Rechts in den USA: Verbindungslinien zur realistischen Tradition*. In: Assmann, H.-D., Ch. Kirchner und E. Schanze (Hrsg.): *Ökonomische Analyse des Rechts*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1993, S. 1 - 16.

### Zusammenfassung

Ökonomisch-analytische Argumente werden im deutschen Rechtssystem auffallend wenig zur Urteilsfindung herangezogen. Die vorliegende Studie erklärt dieses Phänomen durch die Anreizstruktur innerhalb der formalen Organisation der Justizbehörde. Die Instanzenhierarchie bestimmt auch die Aufstiegswahrscheinlichkeiten für junge Richter. Die Wahrscheinlichkeit, daß ein rational entscheidender Aufstiegskandidat die traditionell-juristische Argumentationslinie wählt, ist dann ebenso endogen determiniert wie die Größe der einzelnen Hierarchieebenen. Nimmt man an, daß Urteile mit ökonomischen Begründungen von den Parteien eher akzeptiert, also weniger oft angefochten werden, daß sie aber dennoch weniger häufig der Revision durch die höhere Instanz standhalten als traditionell begründete, folgt, daß die stabile Hierarchie ineffizient groß sein kann. Abhilfe kann nur durch eine „Reform von oben“ kommen.

### Abstract

Economic-analytic arguments exhibit very little impact on court decisions in the German legal system. The present study explains this phenomenon by investigating the incentive structure embodied in the formal organization of the legal administration. The ranking of judges who are candidates for promotion also determines the probabilities to ascend. The probability to choose the traditional legal lines of arguments and the size of the hierarchical levels can be determined endogenously. Assuming that utilizing economic arguments leads to fewer appeals by the conflict parties, but court decisions based on such arguments are revised more frequently by higher courts than decisions which draw on the legal tradition, the stable hierarchy may thus will be inefficiently large. This problem can only be overcome, if the judges of the supreme courts decide on a reform of the system.

*JEL-Klassifikation: K40, D23, J44*

*Keywords: Ökonomische Analyse des Rechts, Instanzen- und Beförderungshierarchie, Aufstiegswahrscheinlichkeit, Hierarchiestruktur und -größe.*