

Von formaler zu materialer Gleichheit

Vergleichende Perspektiven aus Geschichte,
Kranz der Disziplinen und Theorie

herausgegeben von

Stefan Grundmann und Jan Thiessen

Mohr Siebeck

Stefan Grundmann, geboren 1958, Dr. iur., Dr. phil., LL. M. (Berkeley), ist Professor für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin, 2013–2018 beurlaubt für eine Professur für Transnationales Recht am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz, seitdem dort part-time. Seine Hauptwerke gelten dem Europäischen Vertragsrecht, dem Vertragsrecht allgemein, dem Europäischen Gesellschaftsrecht, dem Bankrecht, dem Internationalen Recht in seinen verschiedenen Facetten und der Privatrechtstheorie. Er ist Präsident der Society of European Contract Law, der European Law School (Berlin/London/Paris/Rom/Amsterdam) und geschäftsführender Herausgeber der *European Review of Contract Law* sowie der (deutschen und englischen) Lehr- und Handbuchreihe *Ius Communitatis*.

Jan Thiessen, geboren 1969, Dr. iur., ist Professor für Bürgerliches Recht, Juristische Zeitgeschichte und Wirtschaftsrechtsgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin. Seine wesentlichen Forschungsinteressen betreffen die neuere Wirtschaftsrechtsgeschichte insbesondere des 19. und 20. Jahrhunderts und die Juristische Zeitgeschichte seit dem Ersten Weltkrieg, das Recht der Unternehmensnachfolge sowie das Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht mit seinen insolvenzrechtlichen Implikationen.

ISBN 978-3-16-161140-7 / eISBN 978-3-16-161141-4

DOI 10.1628/978-3-16-161141-4

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen gesetzt, von Laupp & Göbel in Gomarlingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
 <i>Stefan Grundmann</i>	
Von formaler zu materialer Gleichheit. Kernlinien historisch und multidisziplinär	1
 <i>Tilman Reppen</i>	
Die gleiche Menschennatur. Einige Annäherungen an die Gleichheit im Recht	31
 <i>Marietta Auer</i>	
Zwei Jahrhunderte Privatrechtstheorie zu formaler und materialer Gleichheit	67
 <i>Muriel Fabre-Magnan</i>	
L'égale dignité des êtres humains. Les fondements philosophiques et méthodologiques du droit privé	89
 <i>Andreas Engert</i>	
Gleichheit zwischen Effizienz und Verteilung. Rechtsökonomische Perspektiven	101
 <i>Dan Wielsch</i>	
Gleichheitsdimensionen im Privatrecht. Übersetzungen zwischen Recht, Gesellschaft und Technik	125
 Autorenverzeichnis	 159

Gleichheit zwischen Effizienz und Verteilung – rechtsökonomische Rekonstruktion eines Gerechtigkeitspostulats

Andreas Engert

I. Einleitung	101
II. Unterscheidung von Verteilung und Effizienz	102
III. Gleichheit als Effizienzfrage	107
1. Gleichbehandlung als Anreizmechanismus	108
a) Grundgedanke	109
b) Ausführung	109
2. Gleichbehandlung als Investitionsanreiz	113
a) Grundgedanke	113
b) Ausführung	114
IV. Gleichheit als Verteilungsfrage	117
1. De distributione est disputandum	118
2. Kriterien gerechter Verteilung – nochmals zur Trennung von Effizienz und Verteilung	120
V. Schluss	123

I. Einleitung

Ein wesentlicher Reiz der Ökonomik – auch für viele Juristen – liegt in ihrem Reduktionismus. Ihren Reichtum schöpfen reduktionistische Theorien aus der Selbstbeschränkung, scheinbar Unterschiedliches auf einige wenige Anfangsgründe zurückzuführen, am liebsten auf ein einziges Prinzip. Soweit ein solcher Versuch gelingt, deckt er Gemeinsamkeiten zwischen vermeintlich Disparatem sowie verborgene Zusammenhänge und Bedingungen auf. Je häufiger der Versuch gelingt, umso mehr bewährt sich das zentrale Prinzip und eignet sich dann umgekehrt als Maßstab für die Kritik und Verbesserung des Bestehenden.

Der reduktionistische Ansatz hat indes einen Preis. Vieles kann nicht mehr selbstverständlich vorausgesetzt werden, sondern muss mühevoll abgeleitet

und erklärt werden. Das Thema der Gleichheit bietet dafür ein hervorragendes Beispiel. Für Juristen und Philosophen bildet sie ein evidenten, nicht weiter zu begründendes Gerechtigkeitsprinzip, das allenfalls noch mit dem Prinzip der Freiheit um den Vorrang streitet. In der normativen (Rechts-) Ökonomik erscheint sie hingegen als Fremdkörper. Die Ursache dafür liegt nicht so sehr in inhaltlichen Widerständen, sondern eben darin, dass die Gleichheit nicht zu den Anfangsgründen der normativen Ökonomik gehört. Dies könnte zu dem Schluss verleiten, die Forderung nach formaler oder materialer Gleichheit habe für die Rechtsökonomik keine eigene Bedeutung.

Diesem Eindruck soll im Folgenden entgegengetreten werden. Die verschiedenen Spielarten des Gleichheitsproblems müssen dafür im System der normativen Ökonomik zunächst verortet werden. Juristen und Philosophen ordnen die Gleichbehandlung traditionell vor allem der verteilenden Gerechtigkeit (*iustitia distributiva*) zu.¹ Es liegt deshalb nahe, Gleichheit auch ökonomisch als Verteilungsproblem aufzufassen. Indes wird sich zeigen, dass der ökonomische Verteilungsbegriff gegenüber dem herkömmlichen Verständnis der Verteilungsgerechtigkeit verengt ist, nämlich auf die gesellschaftliche Zuordnung von in Geld gemessenem Wohlstand.² Viele Gleichheitsprobleme stellen sich deshalb in ökonomischer Betrachtung eigentlich als Fragen der Effizienz. Dort zeigt sich sodann die Leistungsfähigkeit des reduktionistischen Ansatzes: Die Rekonstruktion von Gleichbehandlungsgeboten aus dem Effizienzziel bietet eine ausgearbeitete Fundierung derartiger Pflichten und begründet damit zugleich ihre Auferlegung, aber auch Begrenzung.

Am Beginn der Ausführungen steht die ökonomische Unterscheidung zwischen Effizienz- und Verteilungszielen. Sie ist alles andere als neu, soll aber als Grundlage der weiteren Überlegungen in Erinnerung gerufen werden (Abschnitt II.). Den Schwerpunkt bilden sodann Effizienzbegründungen für zwei Arten privatrechtlicher Gleichbehandlungsgebote.³ Für Juristen wie juristisch interessierte Ökonomen dürfte diese Rückführung konkreter Gleichbehandlungsgebote auf das Effizienzziel den größten Gewinn bieten

¹ So etwa für den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 36. Aus philosophischer Perspektive *Gosepath*, Equality, in: Zalta (Hg.), Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2011, abrufbar unter <https://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/equality>.

² In umgekehrter Stoßrichtung sieht *Rödl* die ökonomische Effizienz als Ausfluss der verteilenden, nicht der ausgleichenden Gerechtigkeit, so für das Deliktsrecht *Rödl*, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015, S. 78, 84.

³ Die Herleitung einer dritten Gruppe von Gleichbehandlungsgeboten findet sich bei *Engert*, in: FS für Christine Windbichler, 2020, S. 51.

(Abschnitt III.). Aufmerksamkeit verdient aber auch die Verteilungsfrage im ökonomischen Sinne, nicht zuletzt, weil man fragen kann, ob die normative Ökonomik sie im Vergleich mit traditionellen Auffassungen nicht doch zu eng fasst (Abschnitt IV.).

II. Unterscheidung von Verteilung und Effizienz

Für das normative ökonomische Denken bleibt die Unterscheidung zwischen Allokation und Verteilung bis heute von grundlegender Bedeutung. Ihre unverminderte Anziehungskraft beruht auf dem Versuch, aus dem Begriff der Gerechtigkeit⁴ einen Fragenkreis auszusondern, über den sich – erstens – besser Einigkeit erzielen lässt und der – zweitens – unabhängig von den übrigen Gerechtigkeitsproblemen zu beantworten sein soll. Dieser herausgehobene Kreis von sowohl leichter als auch getrennt lösbarer Gerechtigkeitsfragen ist die Allokation. Auf ihn bezieht sich das in der Ökonomik im Grundsatz weithin anerkannte Effizienzziel. Für Fragen der gerechten Verteilung fehlen hingegen gleichermaßen anerkannte Gerechtigkeitsmaßstäbe.⁵

In ihrer Ausgangsfassung ist Effizienz als normative Zielsetzung in hohem Maße konsensfähig, weil sie die Konsensfähigkeit zum Prinzip erhebt: „Pareto-vorzugswürdig“ ist ein sozialer Zustand gegenüber einem anderen Zustand, wenn er mindestens eine Person nach ihrer eigenen Bewertung besser und keine andere Person schlechter stellt.⁶ Darauf aufbauend gilt ein Zustand als „Pareto-effizient“, wenn kein anderer gesellschaftlicher Zustand „Pareto-vorzugswürdig“ ist, also von mindestens einer Person vorgezogen und zugleich von niemandem für schlechter befunden wird. Die Pareto-Effizienz ist somit über die Konsensfähigkeit von Änderungen definiert. Indem alle zustimmen (können) müssen, beruht sie auf der formalen Gleichheit aller Mitglieder der Gesellschaft. Ihr spezifischer Gerechtigkeitsgehalt liegt darin, nicht Konsens, sondern nur Konsensfähigkeit zu verlangen: Wenn einer individuell vorteilhaften Veränderung alle anderen Betroffenen zustimmen können, ohne einen Nachteil zu erleiden, lässt sich gegen sie kaum

⁴ Entgegen einem verbreiteten Begriffsgebrauch ist die ökonomische Effizienzanalyse als eine (Teil-)Theorie der Gerechtigkeit aufzufassen, vgl. Rödl (Fn. 2). Zum Gegenstandspunkt Miller, Justice, in: Zalta (Hg.), Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2017, insbesondere Abschnitt 4, abrufbar unter <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/justice>.

⁵ Dazu unter IV.

⁶ Hierbei handelt es sich um die „schwache“ Pareto-Vorzugswürdigkeit (oder Pareto-Überlegenheit).

ein begründeter Einwand denken; die Veränderung zu verhindern, erschiene als nicht zu rechtfertigende Schikane und Schädigung. Der paradigmatische Anwendungsfall der Pareto-Verbesserung ist der einvernehmliche Vertrag. Wenn sich *A* und *B* auf einen Tausch ihnen gehörender Güter einigen, sollte *C* sie daran nicht hindern können. Der Gerechtigkeitskern der Pareto-Effizienz ist die Ablehnung grundloser Blockade.

Indes könnte *C* vielleicht doch einen nachvollziehbaren Grund haben, den Tausch zwischen *A* und *B* zu verhindern. Zwar erleidet er keine Einbuße. *A* und *B* aber erzielen bei ihrem Geschäft einen Tauschgewinn, so dass sich ihre wirtschaftliche Situation nicht nur gegenüber ihrem eigenen Status quo, sondern auch im Vergleich mit *C* verbessert. Damit stellt sich die Frage nach der Verteilung zumindest des hinzugewonnenen Wohlstands. Wenn *C* das Tauschgeschäft zwischen *A* und *B* verhindern könnte, läge darin für ihn ein Druckmittel, um eine Teilhabe am Gewinn von *A* und *B* durchzusetzen. Im modernen Privatrechtsverkehr mag man ein solches Vorgehen als Erpressung zurückweisen. Man findet sich aber sogleich in der geläufigen Verteilungsdiskussion wieder, wenn man sich *C* nicht als Einzelperson, sondern als Fiskus und damit als Repräsentanten aller Mitbürger von *A* und *B* denkt.

Ob und in welchem Umfang *C* an den Gewinnen von *A* und *B* zu beteiligen ist und von welchen Umständen dies abhängen soll, ist erfahrungsgemäß weitaus strittiger als die Frage, ob der Pareto-verbessernde Tausch überhaupt stattfinden sollte. Ein wesentlicher Erkenntnisfortschritt der normativen Ökonomik besteht darin, die beiden Fragen zu trennen. Am einfachsten lässt sich dies als zeitliche Abfolge denken: Die Gesellschaft einigt sich zunächst über die Verteilungsfrage, indem sie eine Anfangszuordnung der Güter bestimmt. Im zweiten Schritt werden Pareto-Verbesserungen durchgeführt, also insbesondere alle erreichbaren Kooperationsvorteile realisiert. Da die Verteilungsfrage zuvor abschließend behandelt war, gibt es nun keinen zulässigen Grund mehr, Pareto-Verbesserungen zu widersprechen.⁷ Ein solches Aushandlungsverfahren kann sich durchaus wiederholen: So mag eine Anfangsverteilung auf bestimmten Annahmen beruhen, welche Wohlstandsverteilung sich aufgrund der Pareto-Verbesserungen der zweiten Phase einstellt. Erweisen sich diese als falsch oder ändern sich die

⁷ Das hier skizzierte Argument ähnelt auf den ersten Blick dem zweiten Hauptsatz der Wohlfahrtsökonomik, wonach sich jeder Pareto-effiziente Zustand als ein Marktgleichgewicht mit staatlichen Transfers erreichen lässt. Während es im zweiten Hauptsatz allerdings um die Vereinbarkeit der Marktwirtschaft mit möglichen Verteilungszielen geht, steht hier der Gerechtigkeitsgehalt des Pareto-Kriteriums in Frage, den der zweite Hauptsatz voraussetzt.

Verhältnisse, kann die Verteilungsfrage neu zu stellen und zu beantworten sein – ganz abgesehen davon, dass über die gerechte (Anfangs-)Verteilung kaum je endgültige Einigkeit zu erzielen sein wird. Für die Trennbarkeit von Verteilung und Effizienz ist indes allein entscheidend, dass kein denkbarer Standpunkt in der Verteilungsfrage jemals einen Grund gibt, auf der Anfangsverteilung aufbauende Pareto-Verbesserungen zu verhindern: Wer die entstandene Endverteilung für ungerecht hält, mag die Anfangszuordnung in Frage stellen. Da diese Möglichkeit offensteht, rechtfertigt es die Verteilungsgerechtigkeit nicht, sich Pareto-Verbesserungen entgegenzustellen.⁸

Ein Einwand gegen die Abtrennung von Allokationsfragen liegt darin, der Pareto-Effizienz ließen sich keine nennenswerten Vorgaben für Rechtsregeln entnehmen. Tatsächlich dürften Pareto-Verbesserungen in juristischen oder rechtspolitischen Auseinandersetzungen kaum je ernsthaft umstritten sein;⁹ die Ungerechtigkeit wäre zu offenkundig. Praktische Tragweite hat das Effizienzkriterium darum nur in einer anspruchsvolleren, weniger selbstverständlichen Form, der Kaldor-Hicks-Effizienz.¹⁰ Der hypothetische Charakter des Konsenses wird dabei entscheidend verschärft: Eine Veränderung muss nun nicht mehr für alle Beteiligten *wirklich* ohne Nachteil sein. Stattdessen soll es genügen, wenn zwar Nachteile entstehen, die Gewinner der Veränderung aber *hypothetisch* (!) bereit wären, diese Nachteile finanziell vollständig auszugleichen, so dass unter Berücksichtigung dieser Kompensation eine Pareto-Verbesserung vorläge. Da die Verlierer tatsächlich *nicht* entschädigt werden, sind sie alles andere als gleichgültig gegenüber der Veränderung. Das Kaldor-Hicks-Kriterium verlangt indes nur, dass die Vorteile der Gewinner die Nachteile der Verlierer überwiegen.

Die Rechtfertigung dieser Zumutung fällt naturgemäß schwerer als beim Pareto-Kriterium. Sie kann hier nur angedeutet werden: Zunächst einmal ist

⁸ Damit ist nur gesagt, dass eine Beschränkung von Pareto-Verbesserungen keine Gerechtigkeitsforderung sein kann. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob es gerechtfertigt sein kann, in tatsächlich geführten politisch-wirtschaftlichen Verteilungskämpfen Pareto-Verbesserungen zu verhindern oder dies anzudrohen, um eine (vermeintlich oder wirklich) gerechte Forderung durchzusetzen.

⁹ Vgl. R. Posner, Hofstra L. Rev. 8 (1980), 487, 489 („Pareto-superiority is useless for most policy questions“); Polinsky, Q. J. Econ. 86 (1972), 407, 407 („crippling as a criterion for undertaking public policies“). Dies gilt auch für Eingriffe in die Vertragsfreiheit. Zwar mag zum Beispiel ein Mindestlohn eine (unbekannte) Anzahl an Arbeitsverhältnissen verhindern, weil der Reservationspreis des potentiellen Arbeitgebers unter dem Mindestlohn liegt. Dennoch wäre die Aufhebung des Mindestlohns keine Pareto-Verbesserung, weil damit all jene Arbeitnehmer schlechter stünden, die nur aufgrund dieses Eingriffs in die Vertragsfreiheit einen höheren Verdienst erzielen.

¹⁰ Kaldor, Econ. J. 49 (1939), 549, 550 f.; Hicks, Econ. J. 49 (1939), 696, 706.

es nicht zwingend, eine Argumentationslast zugunsten eines bestimmten Besitzstandes anzunehmen. In diesem Sinne leitet das Kaldor-Hicks-Kriterium nicht *Veränderungen* von einem Status quo zu einem anderen Zustand an, sondern die *Auswahl* zwischen zwei gleichermaßen möglichen Zuständen, etwa der Zuordnung einer Rechtsposition zu einem von zwei Prätendenten. Formuliert man das Problem auf diese Weise symmetrisch, läuft das Kaldor-Hicks-Kriterium auf die Versteigerung des in Rede stehenden Vorteils oder Rechts an den Meistbietenden hinaus.¹¹ Mit dieser Umformulierung entgeht das Kaldor-Hicks-Kriterium dem Vorwurf, entschädigungslos in bestehende Rechte einzugreifen – wem welche Rechte zustehen, steht erst zur Entscheidung.

Zu leisten bleibt aber eine positive Begründung, weshalb Rechte gerade den Meistbietenden zugeordnet werden sollten. Ein Ansatz liegt darin, die Konsensfähigkeit nicht mehr auf die Zuweisung einzelner Vorteile und Rechte zu beziehen, sondern auf die generelle Anwendung des Kaldor-Hicks-Kriteriums. Eine solche Bündelung verschiedener Rechtezuordnungen ist schon dem Pareto-Kriterium nicht fremd: Ein gewöhnlicher Austauschvertrag ist nur deshalb Pareto-vorzugswürdig, weil die gegenseitigen Pflichten nicht isoliert, sondern im Paket betrachtet werden; die Zahlungspflicht ist für den Käufer nur akzeptabel, wenn er im Gegenzug die Kaufsache fordern kann. Eine Begründung der Kaldor-Hicks-Effizienz kann deshalb darin liegen, dass ihre durchgehende Anwendung Pareto-vorzugswürdig gegenüber anderen Prinzipien, also konsensfähig, ist. Den erforderlichen Nachweis kann man auf verschiedene Weise zu führen versuchen. Der erste besteht in der These, eine umfassende Befolgung der Kaldor-Hicks-Effizienz führe selbst ohne besondere Ausgleichsmaßnahmen dazu, dass (nahezu) alle Mitglieder einer Gesellschaft besser oder jedenfalls nicht schlechter gestellt werden.¹² Begründet wird dies mit der Vermutung, dass sich die unkompenzierten Vor- und Nachteile zufällig und unsystematisch über die gesamte Bevölkerung verteilen; da die Gewinne per Definition die Verluste überstiegen, müsse statistisch auch für jeden Einzelnen ein Zuwachs zu erwarten sein. Diese Behauptung lässt sich empirisch kaum zuverlässig untermauern oder widerlegen. Selbst eine Plausibilitätseinschätzung fällt schwer, auch

¹¹ Zum grundsätzlichen Gleichlauf zwischen Kaldor-Hicks-Effizienz und einer Versteigerungsregel *Coleman*, Cal. L. Rev. 68 (1980), 221, 241 f.; entsprechend für eine „Reichtumsmaximierungsregel“ *R. Posner*, J. Legal Stud. 9 (1980), 243, 244.

¹² Modelltheoretische Analyse und Plausibilisierung bei *Polinsky*, Q. J. Econ. 86 (1972), 407 („quasi-Paretian compensation criterion“); ferner *Ng*, Am. Econ. Rev. 74 (1984), 1033. Rechtsökonomische Rezeption bei *R. Posner*, Hofstra L. Rev. 8 (1980), 487, 491 ff.; kritischer *Liscow*, U. Chi. L. Rev. 85 (2018), 1649.

weil man festlegen müsste, an welcher anderen möglichen Rechteverteilung die Kaldor-Hicks-Effizienz zu messen wäre, insbesondere da das geltende Recht nach Auffassung vieler RechtsökonomInnen bereits in weiten Teilen die Forderungen der Kaldor-Hicks-Effizienz widerspiegelt.¹³

Diesen empirischen und konzeptionellen Schwierigkeiten entgeht man mit einer normativen Überlegung. Dazu ist auf die Verteilungsfrage zurückzukommen. Denn die vom Kaldor-Hicks-Kriterium ausgesparte „Kompensation“ der „Verlierer“ wäre nichts anderes als eine nachträgliche Umverteilung des durch eine „Veränderung“ erzielten gesellschaftlichen Gewinns. Nichts spricht dagegen, die hypothetischen Ausgleichszahlungen bei breiter Anwendung des Kaldor-Hicks-Kriteriums zunächst miteinander zu verrechnen und nur verbleibende Salden entrichten zu lassen, was über Steuern und Sozialleistungen geschehen kann.¹⁴ Genaue Salden aus konkreten Kaldor-Hicks-Veränderungen werden sich zwar praktisch nicht berechnen lassen. Wiederum liegt dies – neben Ungewissheiten im Tatsächlichen – wesentlich daran, dass sich kein bestimmter Status quo angeben lässt, für dessen „Veränderung“ eine Entschädigung zu leisten wäre. Auch ohne einen solchen Referenzpunkt kann die Verteilungsfrage aber eigenen Maßstäben unterworfen und damit von der Effizienz entkoppelt werden. Damit greift die oben zum Pareto-Kriterium entwickelte Trennungslogik. Eine praktische Leitlinie könnte darin bestehen, die *relative* Verteilung des wachsenden gesellschaftlichen Reichtums in der Bevölkerung stabil zu halten.¹⁵ Sofern die Verteilung des Wohlstands gesondert geregelt werden kann, gibt es keinen überzeugenden Gerechtigkeitsgrund mehr, sich gegen eine Mehrung der Verteilungsmasse zu wenden.¹⁶

¹³ Bekannt ist die These, das richterrechtliche *common law* bringe tendenziell effiziente Regeln hervor, zusammenfassend Zywicki/Stringham, *Common Law and Economic Efficiency*, in: Parisi (Hg.), *Production of Legal Rules*, *Encyclopedia of Law and Economics*, Band 7, 2. Aufl. 2011, hier zitiert nach Manuskriptfassung, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2088200> (zuletzt abgerufen 7.10.2021).

¹⁴ Näher zu dieser Umsetzung unter IV.2.

¹⁵ Also etwa den Gini-Koeffizienten der Einkommens- und Vermögensverteilung. Zur Umsetzung allein über das Steuer- und Sozial unten Fn. 53 und zugehöriger Text.

¹⁶ Dies gilt jedenfalls dann, wenn man Gerechtigkeit ohne Rücksicht auf ihre politische Durchsetzbarkeit entwirft, dazu bereits oben Fn. 8. Will man seine Zielsetzung hingegen so an die Machtverhältnisse anpassen, dass sie größere Chancen auf Verwirklichung hat, kann es erforderlich sein, Verteilungsziele auf ineffizienten Wegen zu verfolgen. Eine differenzierte Begründung dafür entwerfen Fennell/McAdams, *Minn. L. Rev.* 100 (2015), 1051, 1083 ff. (Trägheit und andere Defizite des Gesetzgebungsverfahrens im Steuerrecht als Argument für eine Berücksichtigung von Verteilungsfragen in anderen Rechtsgebieten).

III. Gleichheit als Effizienzfrage

Der Schwerpunkt der normativen (Rechts-)Ökonomik liegt in der Effizienzanalyse. Hier „spielt die Musik“ der ökonomischen Gerechtigkeitstheorie. Ihr Kompositionsprinzip besteht in dem erwähnten strengen Reduktionismus, der nur Ableitungen aus Effizienz als einziger Maxime gestattet, nachdem Verteilungsfragen in einen gesonderten Diskurs verwiesen sind. Anders als in der juristischen Dogmatik haben vorgefundene Regeln oder verbreitete Gerechtigkeitsvorstellungen kein eigenständiges Gewicht.¹⁷ Ein Reiz und möglicher Gewinn dieses verknappten Argumentationshaushaltes besteht darin, zu genauem und phantasievollem Nachdenken über Wirkungszusammenhänge anzuhalten. Gerade scheinbar selbstverständliche Gerechtigkeitspostulate – wie der Schutz von Eigentum gegen Diebstahl – bereiten dabei zum Teil erstaunliche Schwierigkeiten, deren Lösung dann aber auf andere Fragen befruchtend wirkt.¹⁸

Diese Vorgehensweise soll im Folgenden auf Gleichbehandlungsgebote angewandt werden. Dazu muss man sich von der Annahme lösen, Gleichheit – nach welchen Maßstäben auch immer – müsse sich auf ein Verteilungsproblem beziehen. Stattdessen sollen Gleichbehandlungsgebote als Ausfluss der Kaldor-Hicks-Effizienz erwiesen werden, also als Mittel zur Wertmaximierung über alle Mitglieder der Gesellschaft hinweg. Vorgeführt werden soll zum einen, dass Gleichbehandlungsgebote als Anreizmechanismen zur Verhaltenssteuerung eingesetzt werden können (Abschnitt 1.). Zum anderen soll eine Effizienzerklärung für Diskriminierungsverbote versucht werden, auch um das naheliegende Vorurteil zu erschüttern, die normative Ökonomik sei unempfänglich für diese besonders sensiblen, scheinbar „unökonomischen“ Gerechtigkeitsfragen (Abschnitt 2.). Weitere Gleichbehandlungsgebote im Vertrags-, Arbeits- und Kartellrecht sind Gegenstand eines gesonderten Beitrags.¹⁹

1. Gleichbehandlung als Anreizmechanismus

Als Anreizmechanismus bezeichnen Ökonomen Regeln zur Verhaltenssteuerung. Schwierigkeiten bereitet dabei nur der Fall, dass sich das zu beeinflus-

¹⁷ Wohl aber sollten sie als Heuristik dienen. Gerade alte rechtliche Regelbildungen dürften sich selten als ineffizient erweisen.

¹⁸ Zum „surprisingly complex case against theft“ *Hasen/McAdams*, Int. Rev. L. & Econ. 17 (1997), 367.

¹⁹ Engert, in: FS für Christine Windbichler, 2020, S. 51.

sende Verhalten nicht direkt feststellen und belohnen oder bestrafen lässt, insbesondere weil wichtige Umstände nur der handelnden Person („Agentin“), nicht aber dem von den Auswirkungen Betroffenen („Prinzipal“) oder einer sanktionierenden Stelle (etwa einem Gericht) bekannt sind. Die zu begründende Hypothese lautet, dass bestimmte Gleichbehandlungsgebote als zwar unvollkommener, aber angesichts der Informationsasymmetrie bestmöglicher Anreizmechanismus dienen und *deshalb* -nicht wegen ihrer Verteilungswirkungen – in der Rechtsordnung anzutreffen sind.²⁰

a) Grundgedanke

Die Herleitung lässt sich auf den folgenden Grundgedanken zurückführen: Gleichbehandlungsgebote bewirken, dass die Entscheidung in einem Einzelfall auf andere, gleich gelagerte Fälle erstreckt werden muss. Wer zur Gleichbehandlung verpflichtet ist, muss sich auf eine allgemeine Handhabung festlegen. Dies ähnelt der Kantischen Probe, ob man die Maxime des eigenen Handelns als „allgemeines Gesetz“ wollen könne.²¹ Das Gleichbehandlungsgebot verwandelt dieses Gedankenexperiment in einen auf den Entscheidungsträger wirkenden Anreizmechanismus: Dieser wird gezwungen, eine Maxime tatsächlich zum Gesetz zu erheben und mit ihren Folgen zu leben. Von Bedeutung ist das insbesondere dann, wenn das Eigeninteresse der handelnden Person grundsätzlich auf effizientes Verhalten ausgerichtet ist, aber im Einzelfall eine Versuchung bestehen kann, die Wertmaximierung dem eigenen Sondervorteil zu opfern. Schon jetzt sei dem Leser als Anschauungsmaterial das gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgebot empfohlen; nicht zufällig halten namhafte Juristen dessen Begründung aus der *iustitia distributiva* für brüchig.²²

b) Ausführung

Der Grundgedanke soll anhand einer einfachen Modellbetrachtung entfaltet werden. Der Adressat des Gleichbehandlungsgebots sei eine „Agentin“ A, der die Verwaltung einer gemeinschaftlichen Vermögensmasse G anvertraut

²⁰ Eine verwandte Effizienzbegründung für öffentlich-rechtliche Gleichheitssätze entwickelt von Randow, in: FS für Theodor Baums, 2017, S. 931.

²¹ Vgl. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 2. Aufl. 1786, S. 52 („handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde“).

²² Siehe vor allem die Habilitationsschrift von Verse, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften, 2006, S. 77 ff.; ferner Canaris, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 36.

ist. A ist an der Vermögensmasse mit einem Anteil von θ (mit $0 < \theta < 1$) beteiligt, zum Beispiel als Teilhaberin oder über eine erfolgsabhängige Vergütung. A hat für die Vermögensmasse Geschäfte zu tätigen. Gegenüber außenstehenden Dritten gibt ihre Beteiligung θ der A einen Anreiz, für G gewinnbringende Geschäfte abzuschließen. Gefährlich für G sind aber Interessenkonflikte von A , wenn sie für sich selbst Vorteile aus einem Geschäft ziehen kann. Ist A selbst Geschäftspartnerin,²³ mag die Transaktion für A selbst zu einem Ertrag von π und für G zu einem entsprechenden Ergebnis γ führen. Effizient ist das Geschäft, wenn $\pi + \gamma > 0$; A wird es indes bereits dann tätigen, wenn $\pi + \theta\gamma > 0$. Der Interessenkonflikt kann zu Transaktionen mit einem Verlust für G und einer Effizienzeinbuße führen, wenn zum Beispiel A mit 10 % an G beteiligt ist ($\theta = 0,1$), ihr unmittelbarer Vorteil aus der Transaktion 10 Geldeinheiten beträgt ($\pi = 10$) und G dabei 20 Geldeinheiten verliert ($\gamma = -20$).²⁴

Diese Gefahr ließe sich leicht bannen, wenn die Rechtsordnung der A schlicht verbieten könnte, ineffiziente Geschäfte abzuschließen.²⁵ Verglichen mit dieser Lösung scheint ein Gleichbehandlungsgebot umständlich und weniger zielsicher. Indes sprechen gute Gründe dagegen, die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit eines Vertrags zur Rechtsfrage zu machen.²⁶ Gerichte können zwar wirtschaftliche Analysen anstellen. Die Unsicherheiten solcher Beurteilungen sind aber erheblich, so dass nicht selten erwünschte Geschäfte als Pflichtverletzung und schädliche Transaktionen als pflichtgemäß behandelt werden. Dies beschwört missbräuchliche Rechtsstreitigkeiten herauf und erschwert die Verhaltenssteuerung.²⁷

²³ Dieser einfache Interessenkonflikt sei hier zugrunde gelegt. Die Analyse ist aber leicht auf den Fall zu übertragen, dass A eine Zuwendung von dem Geschäftspartner erhält oder sonst unter seinem Einfluss steht.

²⁴ As Gesamtgewinn ist dann $10 + 0,1(-20) = 8$, das gesamtwirtschaftliche Ergebnis hingegen $10 - 20 = -10$.

²⁵ Oder man könnte A (als Organwalterin) ausschließlich auf das Interesse von G verpflichten; dann dürfte sie nur Geschäfte mit positivem γ abschließen. Auch eine solche Regel würde A an ineffizienten Entscheidungen hindern.

²⁶ Vgl. Myers, J. Fin. Econ. 5 (1977), 147, 157: „No sane lawyer attempts to write a contract requiring management to ‚abstain from suboptimal decisions‘.“

²⁷ Diese Nachteile sind aus der Geschäftsleiterhaftung bekannt und führen dort unter dem Stichwort der *business judgment rule* zur Einräumung eines Haftungsfreiraums für unternehmerische Entscheidungen. Rechtsökonomisch dazu Spamann, J. Legal Anal. 8 (2016), 337; Engert/Goldlücke, Rev. L. & Econ. 13 (2017), 1; Engert, Why manager liability fails at controlling systemic risk, in: Lomfeld/Somma/Zumbansen (Hg.), Reshaping Markets, 2016.

Ein Gleichbehandlungsgebot kann unter Umständen weniger kostspielig und wirksamer sein. Bezogen auf das eben entwickelte Modell bestünde die Rechtsfolge eines Gleichbehandlungsgebots darin, dass A das Geschäft mit sich selbst nur tätigen darf, wenn sie es zugleich anderen potentiellen Vertragspartnern in gleicher Lage anbietet. Wie sich diese Regel auf As Anreize auswirkt, hängt von der Zahl der in Betracht kommenden weiteren Geschäftspartner und dem mit ihnen abzuschließenden Transaktionsvolumen ab. Der weitere Parameter $\lambda > 1$ soll erfassen, um welchen Faktor sich das Volumen des fraglichen Geschäfts vergrößert, wenn ein Gleichbehandlungsgebot A zwingt, die von ihr selbst genutzte Transaktionsgelegenheit weiteren Parteien zugänglich zu machen; vereinfacht gesagt geht es um die Zahl zusätzlicher, „gleich gelagerter“ Fälle zu dem eigenen Geschäftsabschluss von A. Damit verändern sich die Anreize für A: Während ihr Gesamtvorteil aus dem Abschluss des Geschäfts bislang $\pi + \theta\gamma$ betrug, lautet der entsprechende Ausdruck nun $\pi + \lambda\theta\gamma$. Die Auswirkungen auf G gewinnen ein um λ höheres Gewicht und können damit zu schwache Anreize aufgrund der weniger als vollständigen Teilhabe $\theta < 1$ ganz oder teilweise ausgleichen. In dem oben gegebenen Beispiel würde A von dem schädlichen Geschäft Abstand nehmen, wenn λ größer als 5 wäre.²⁸

Augenfällig wird diese Anreizwirkung, wenn man das Modell auf ein gesellschaftsrechtliches Beispiel bezieht, etwa die Zahlung einer Dividende. A könnte Gesellschafterin und θ ihr Anteil am Gesellschaftsvermögen sein. Sind die privaten Vorteile π des Geschäfts so erheblich und offenkundig, dass *alle* anderen Gesellschafter auf Gleichbehandlung bestehen und einen entsprechenden Geschäftsabschluss beanspruchen, so wäre $\lambda = \frac{1}{\theta}$. Das Ergebnis von A aus der Durchführung der Transaktion betrüge damit genau $\pi + \lambda\theta\gamma = \pi + \frac{\theta}{\theta}\gamma = \pi + \gamma$. Effizient wäre die Transaktion, wenn $\lambda(\pi + \gamma) > 0$. Somit würde A das Geschäft dann und nur dann tätigen, wenn es effizient wäre. Die Dividendenzahlung veranschaulicht zudem, weshalb das Gleichbehandlungsgebot einer direkten Entscheidungsvorgabe überlegen sein kann: Effizient ist eine Ausschüttung an die Gesellschafter, wenn der Ausschüttungsbetrag in den Händen der Gesellschafter mehr wert ist als in den Händen der Gesellschaft, also gilt: $\lambda\gamma < \lambda\pi$. Um einen direkten Rechtsbefehl zu effizientem Verhalten anzuwenden, müsste ein Gericht beurteilen, ob die Anlagemöglichkeiten der Gesellschaft vielversprechender sind als die ihrer Gesellschafter. Ein Gleichbehandlungsgebot bei Dividendenzahlungen

²⁸ Mit $\lambda = 6$ würde der Gesamtgewinn von A nicht mehr 8 wie oben in Fn. 24 betragen, sondern $10 + 6 \cdot 0,1 \cdot (-20) = -2$.

erlaubt es der Rechtsordnung, diese Entscheidung unbesorgt der Gesellschaftermehrheit zu überlassen.

Die Modellanalyse deckt aber zugleich eine Gefahr dieses Anreizmechanismus auf: Das Gleichbehandlungsgebot vergrößert die Effizienzfolgen der in einem Einzelfall getroffenen Entscheidung. Dies kann die Anreize zu ineffizientem Handeln neutralisieren, muss es aber nicht. Sind sowohl A s Teilhabe θ an der Vermögensmasse als auch der Ausdehnungsfaktor λ zu klein, kann sich ein schädliches, eigennütziges Geschäft für A weiterhin lohnen.²⁹ Das Gleichbehandlungsgebot nutzt dann nicht nur nichts, sondern vervielfacht die Effizienzeinbuße um den Faktor λ .³⁰ Mancher mag dies unter den gegebenen Umständen für gerecht halten, weil die Gelegenheit zur Selbstbegünstigung nicht allein A vorbehalten bleibt. Effizient ist eine solche „Gleichbehandlung in der Wertzerstörung“ aber keinesfalls. Als ökonomischer Anreizmechanismus ist ein Gleichbehandlungsgebot darum nur zu begründen, solange die erstrebte Verhaltenssteuerung Erfolg verspricht. Besonders gefährlich sind Konstellationen mit hohen privaten Vorteilen π für den Regelungsadressaten und geringer Teilhabe θ . Der Ausdehnungsfaktor λ hat eine zwiespältige Wirkung: Er verstärkt den Effizienzanzreiz, erhöht aber auch den möglichen Schaden, wenn die erstrebte Verhaltenssteuerung misslingt.

Das Beispiel des Dividendenanspruchs bietet besonders günstige Bedingungen für die Anwendung eines Gleichbehandlungsgebots: Aus Sicht der Gesellschaft hängt der Wert des abfließenden Geldbetrags nicht vom Empfänger ab. Ebenso ist ein vereinnahmter Geldbetrag für verschiedene Gesellschafter annähernd gleich viel wert. γ und π unterscheiden sich damit so gut wie überhaupt nicht nach dem jeweiligen Transaktionspartner. Es ist offensichtlich, dass es sich um „wesentlich gleiche“ Fälle handelt. Die Einfachheit dieser Beurteilung ließ das Gleichbehandlungsgebot als günstigere Form der Verhaltenssteuerung erscheinen als ein unmittelbares Gebot effizienten Verhaltens. Häufig ist schwieriger zu entscheiden, welche Fälle hinreichend gleichartig sind. Mit der Anreizsteuerung als maßgeblichem Zweck kann die ökonomische Betrachtung immerhin Kriterien liefern, was als „wesentlich gleich“ zu behandeln ist – nämlich Geschäftsmöglichkeiten, die sich gleich oder ähnlich auf das zu schützende Interesse G auswirken.

²⁹ Beispiel: $\pi = 10$, $\theta = 0,01$, $\gamma = -20$, $\lambda = 10$. Für A bleibt das Geschäft trotz Gleichbehandlungsgebots vorteilhaft: $10 + 0,01 \cdot 10 \cdot (-20) = 8$.

³⁰ Im Beispiel aus Fn. 29 verschlechtert sich das gesamtwirtschaftliche Ergebnis von $10 - 20 = -10$ ohne Gleichbehandlungsgebot auf $10(10 - 20) = -100$ mit Gleichbehandlungsgebot.

2. Gleichbehandlung als Investitionsanreiz

Bei gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgeboten mag vielen Juristen eine Effizienzbeurteilung noch nachvollziehbar sein. Demgegenüber scheint eine solche Erklärung bei anderen privatrechtlichen Gleichheitssätzen Regelungen fern zu liegen. Insbesondere die politisch umstrittenen Diskriminierungsverbote werden häufig auf höchste verfassungsrechtliche Prinzipien wie die Achtung der Menschenwürde gestützt. Auf den ersten Blick hat dies wenig mit einer Effizienzabwägung der gesellschaftlichen Vor- und Nachteile gemein. Ökonomen haben es sich dennoch nicht nehmen lassen, seit vielen Jahrzehnten auch Diskriminierungsfragen mit ihrem analytischen Instrumentarium zu beleuchten.³¹ Ein guter Ansatzpunkt für eine Effizienzklärung liegt dabei in Anreizen zu Investitionen,³² insbesondere in Humankapital.³³ Der Gewinn einer ökonomischen Fundierung liegt erneut in einer differenzierteren Argumentation mit entsprechend differenzierteren Folgerungen. Zudem beruhen Effizienzgründe auf empirisch überprüfbar oder zumindest plausibilisierbaren Annahmen über Wirkungszusammenhänge, etwa zu den Ursachen einer ungleichen Behandlung verschiedener Bevölkerungsgruppen. Solche Differenzierung und die Rückbindung an empirische Voraussetzungen könnten einem Gerechtigkeitsdiskurs neue Perspektiven eröffnen, wohingegen etwa eine Berufung auf die Menschenwürde häufig kaum weiter substantiierbar und kritisierbar ist.

a) Grundgedanke

Die im Folgenden darzustellende Effizienzbeurteilung beruht auf der Gefahr eines gesellschaftlichen Gleichgewichtszustands, in dem menschliche Fähigkeiten und Begabungen brach liegen, statt zur gesellschaftlichen Wertschöpfung beizutragen. Diskriminierung wird dabei nicht mit einem Widerwillen oder gar Hass gegen die benachteiligte Gruppe erklärt, sondern als rationales Informationsverhalten: Weil bestimmte Eigenschaften in der fraglichen Gruppe statistisch anders als in der Gesamtbevölkerung verteilt sind, wird aus der Gruppenzugehörigkeit auf eine geringere Eignung als

³¹ Überblicke etwa bei *Lang/Lehmann*, J. Econ. Lit. 50 (2012) 959; *Arrow*, J. Econ. Persp. 12 (1998), 91.

³² Investitionsanreize lassen sich zwar in einem weiteren Sinne ebenfalls als Verhaltenssteuerung auffassen, nämlich eben zu effizienten Investitionsentscheidungen. Ökonomisch gelten sie aber als anderer Modellierungsansatz, weil die Investition von der späteren, von ihr ermöglichten Transaktion unterschieden wird.

³³ Die folgenden Überlegungen finden sich ähnlich bereits in *Engert*, German L.J. 4 (2003), 685, 689 ff., 693 ff.

Geschäftspartner geschlossen. Indem deshalb die Gruppenangehörigen für bestimmte Geschäfte weniger in Betracht gezogen werden, kann es zu einer selbsterfüllenden Prophezeiung kommen: Da die erwünschten Eigenschaften die Marktchancen der betroffenen Personen weniger erhöhen, lohnt sich deren Ausbildung weniger als für die übrige Bevölkerung. Diskriminierungsverbote sollen dieses unheilvolle Gleichgewicht aufbrechen, indem sie den Angehörigen der betroffenen Gruppe gleiche Marktchancen und damit den Anreiz verschaffen, die gewünschten produktiven Fähigkeiten tatsächlich auszubilden.

b) Ausführung

Die Ökonomik hat verschiedene theoretische Erklärungen für die Benachteiligung bestimmter Bevölkerungsgruppen erarbeitet und empirisch untersucht.³⁴ Die soeben angerissene Begründung baut auf „statistischer Diskriminierung“ als Ursachendiagnose auf.³⁵ Sie setzt an dem ökonomischen Grundproblem asymmetrischer Information an: Viele Märkte leiden darunter, dass wesentliche Eigenschaften einer Leistung oder eines Geschäftspartners für die jeweils andere Seite nicht erkennbar sind. Wird diese Informationsasymmetrie nicht verringert, kommt es zu einer Negativauslese: Schlechte Qualität verdrängt gute, in der Konsequenz bleiben wertvolle Kooperationschancen ungenutzt (*lemon market*). Mit statistischer Diskriminierung reagieren zum Beispiel Arbeitgeber oder Vermieter auf ihr Informationsdefizit, indem sie die Zugehörigkeit zu einer Gruppe als Hinweis auf statistisch zu erwartende Eigenschaften des möglichen Geschäftspartners deuten. Solche „Vorurteile“ können für den einzelnen Marktteilnehmer rational sein. Denn zum einen können die fraglichen Merkmale – aus historischen oder sonstigen Gründen – in verschiedenen Bevölkerungsgruppen unterschiedlich verbreitet sein. Dies macht die Gruppenzugehörigkeit zu einer zwar ungenauen, aber individuell nützlichen Information über die Eigenschaften des möglichen Geschäftspartners. Zum anderen lassen sich viele wichtige Charakteristika anders nicht feststellen: Bereits die fachliche Quali-

³⁴ Die älteste erklärt Diskriminierung mit gegen die Gruppe gerichteten Präferenzen (*taste-based discrimination*), grundlegend Becker, *The Economics of Discrimination*, 1957, zumeist zitiert nach der 2. Aufl. 1971. Den Forschungsstand dieses Erklärungsansatzes auf dem Arbeitsmarkt fassen zusammen Lang/Lehmann, *J. Econ. Lit.* 50 (2012) 959, 970 ff. In jüngerer Zeit finden zum Beispiel systematische Verhaltensunterschiede betroffener Gruppen größere Aufmerksamkeit, etwa Geschlechtsunterschiede im Wettbewerbsverhalten, vgl. Gneezy/Leonard/List, *Econometrica* 77 (2009), 1637.

³⁵ Grundlegend Phelps, *Am. Econ. Rev.* 62 (1972), 659; Arrow, *The Theory of Discrimination*, in: Aschenfelter/Rees (Hg.), *Discrimination in Labor Markets*, 1973, S. 3.

fikation eines Bewerbers lässt sich aus Bildungsabschlüssen, Arbeitszeugnissen und ähnlichen Nachweisen nur unvollkommen ablesen. Noch sehr viel schwerer fällt es, die Kreditwürdigkeit und persönliche Eigenschaften wie moralische Integrität, Vertrauenswürdigkeit, Gewissenhaftigkeit, Sorgfalt und berufliche Leistungsbereitschaft zu erkennen, auf die es Arbeitgebern oder Vermietern ankommen muss.

Die Tragweite dieser Erklärung lässt sich an zwei empirischen Studien aus jüngerer Zeit illustrieren: Die erste betraf den beruflichen Erfolg weiblicher und männlicher Anwälte in US-amerikanischen Kanzleien während der 2000er Jahre. Sie erbrachte zunächst den erwarteten Befund eines deutlichen und hoch signifikanten Geschlechtsunterschieds bei Einkommen und Karriereerfolg. Der Abstand verringerte sich zwar, wenn man Bildungshintergrund, Berufserfahrung, familiäre Verpflichtungen und andere äußere Charakteristika berücksichtigte, blieb aber immer noch erheblich.³⁶ Darüber hinaus konnte Untersuchung zusätzlich auf Daten über messbare Arbeitsleistungen und -erfolge der Anwälte für ihre jeweilige Kanzlei zurückgreifen, namentlich die Zahl der abrechenbaren Arbeitsstunden gegenüber Mandanten und das Volumen eingeworbener Umsätze. Wurden auch diese Daten berücksichtigt, verschwanden die statistisch signifikanten Unterschiede in Einkommen und Karriereerfolg.³⁷ Gemessen an den für ihren Arbeitgeber erbrachten Leistungen wurden Frauen also nicht schlechter behandelt als Männer. Im vorliegenden Zusammenhang kommt es vor allem auf ein zweites Ergebnis an: Auch die Unterschiede zwischen den Geschlechtern in den messbaren Leistungen verschwanden ihrerseits weitgehend, wenn man die Angaben der Befragten zur Stärke des eigenen Karrierewunsches einbezog.³⁸ Dies deutet zum einen darauf hin, dass beruflicher Aufstiegs-wille einen starken Einfluss auf die Einsatzbereitschaft und – auf diesem Weg – auf Einkommens- und Karriereerfolg hat. Zum anderen scheint diese Triebfeder bei männlichen Juristen statistisch stärker ausgeprägt zu sein. Kanzleien können also aus dem Geschlecht grundsätzlich auf diese Eigenschaft zurückschließen.³⁹

Die zweite Studie bezieht sich unmittelbar auf statistische Diskriminierung. Sie untersucht die Auswirkungen von gesetzlichen Verboten in den USA, mögliche Vorstrafen von Bewerbern bereits beim ersten Kontakt und nicht erst nach einem Bewerbungsgespräch abzufragen (*ban-the-box*

³⁶ Azmat/Ferrer, J. Pol. Econ. 125 (2017), 1306, 1345 ff.

³⁷ Azmat/Ferrer, J. Pol. Econ. 125 (2017), 1306, 1347 ff.

³⁸ Azmat/Ferrer, J. Pol. Econ. 125 (2017), 1306, 1334 ff.

³⁹ Ob dies zu statistischer Diskriminierung gegen weibliche Bewerber bei der Einstellung führte, war nicht Gegenstand der Untersuchung.

policies). Vorstrafen deuten aus Sicht des Arbeitgebers auf unerwünschte Eigenschaften von fehlender Zuverlässigkeit bis hin zu möglicher Gewalttätigkeit hin. Der Versuch, Vorbestrafte mit den beschriebenen Regelung besser in den Arbeitsmarkt zu integrieren, verschlechterte aber offenbar die Einstellungschancen von Schwarzen, unter denen der statistische Anteil an Vorbestraften deutlich höher ist.⁴⁰ Dies ist ein sehr deutlicher Beleg für statistische Diskriminierung, also die Verwendung eines Gruppenmerkmals (Hautfarbe) als Indiz für verborgene, in diesem Fall hoch unerwünschte Eigenschaften (Vorstrafen).

Statistische Diskriminierung kann schon für sich genommen eine Effizienzeinbuße hervorrufen.⁴¹ Besonders nachteilig kann es aber sein, wenn sie den Erwerb positiver, produktiver Eigenschaften für die benachteiligte Gruppe weniger attraktiv macht. Wenn statistische Diskriminierung die Aussicht auf einen Arbeitsplatz oder eine Wohnung in guter Lage schmälert, dann verringert sie damit zugleich die Rendite von Investitionen in das dafür erforderliche Humankapital.⁴² Für Angehörige der betroffenen Gruppen lohnt es sich weniger, die von Arbeitgebern und Vermietern erwünschten Eigenschaften zu erwerben. Die geringere Karriereneigung weiblicher Rechtsanwältinnen in der oben wiedergegebenen Studie – vielleicht verbunden mit einer stärkeren Ausrichtung auf familiäre Aufgaben – könnte daher rühren, dass Kanzleien ihnen eben dies unterstellen und deshalb ihre Aufstiegsmöglichkeiten (bewusst oder unbewusst) beschränken.⁴³ Dieser Gedanke einer selbsterfüllenden Prophezeiung harmoniert gut mit politischen oder sozialetischen Begründungen für Diskriminierungsverbote, wonach eine Schlechterstellung aufgrund unveränderlicher Attribute nicht nur die individuelle Chancengleichheit verletzt, sondern auch die betroffene Gruppe gesellschaftlich ausgrenzt.

Damit ist ein Ansatz zu einer ökonomischen Begründung von Diskriminierungsverboten gefunden. Ein endgültiges Urteil steht aber noch aus: Ob statistische Diskriminierung effizient oder ineffizient ist, hängt unter anderem davon ab, welche Verluste einerseits die betroffene Gruppe aufgrund der Benachteiligung erleidet, andererseits die Marktgegenseite durch einen Verzicht auf die Diskriminierung hinnehmen müsste, wenn sie einem

⁴⁰ Doleac/Hansen, J. Labor Econ. 38 (2020), 321.

⁴¹ Hierzu Engert, German L.J. 4 (2003), 685, 694 f.

⁴² Formales Modell bei Moro/Norman, J. Econ. Th. 114 (2004), 1.

⁴³ Wie gesagt sprachen die empirischen Ergebnisse im konkreten Fall allerdings gegen statistische Diskriminierung, weil bereits die Berücksichtigung der messbar unterschiedlichen Arbeitsleistung die Einkommens- und Aufstiegsunterschiede weitgehend verschwinden ließ.

höheren Anteil von weniger geeigneten Geschäftspartnern ausgesetzt wäre.⁴⁴ Selbst wenn statistische Diskriminierung die betroffene Gruppe daran hindert, die vom Markt nachgefragte Eigenschaft stärker auszubilden, hängt das Effizienzergebnis von der Stärke der unterschiedlichen Effekte ab.⁴⁵ Zu berücksichtigen wäre des Weiteren, wie gut (oder schlecht) Diskriminierungsverbote durchzusetzen sind. Wenn sich statistische Diskriminierung nur schwer nachweisen lässt, kann ein Verbot zu kostspieligen Rechtsstreitigkeiten führen, ohne die Lage der benachteiligten Gruppe nennenswert zu verbessern. Dieses bloße Zwischenergebnis einer Effizienzanalyse kann man enttäuschend finden. Für (Rechts-)Ökonomen ist es ein Ansporn zur weiteren Erforschung oder wenigstens Plausibilisierung der maßgeblichen Größenordnungen, um Diskriminierungsverbote an einem genauer bestimmten Gerechtigkeitsziel messen zu können.

IV. Gleichheit als Verteilungsfrage

Gleichbehandlungspflichten lassen sich also unter Umständen – vielleicht überraschenderweise – aus dem Ziel einer Maximierung des gesamtgesellschaftlichen Reichtums ableiten. Nur beiläufig erwähnt wurde, dass bereits das Effizienzziel selbst auf einer formalen Gleichheitsannahme beruht: Ein Wertzuwachs hat gleiches Gewicht, unabhängig davon, bei wem er entsteht – „ein Euro ist ein Euro“. Bei dieser formalen Gleichheit und den daraus abzuleitenden, besonderen Gleichbehandlungsgeboten bleibt es aber nicht. Vielmehr spielen Gleichheitserwägungen zwangsläufig eine zentrale Rolle, wenn es um die gerechte Verteilung des mit Hilfe der Effizienzorientierung erwirtschafteten Wohlstands geht. Strittig ist insoweit aber, ob sich über die Verteilungsgerechtigkeit überhaupt ökonomisch begründbare Aussagen treffen lassen (Unterabschnitt 1.). Wenn man dies bejaht, fragt sich weiter, welche Gerechtigkeits- und Gleichheitskriterien dabei anzuwenden sind (Unterabschnitt 2.).

⁴⁴ Grobe Skizze unter Ausblendung der „selbsterfüllenden Prophezeiung“ bei Engert, German L. J. 4 (2003), 685, 694 f.

⁴⁵ Eine vergleichsweise umfassende Modellanalyse wird angestellt von Norman, Rev. Econ. Stud. 70 (2003), 615.

1. *De distributione est disputandum*

Im Gegensatz zum klassischen Utilitarismus benthamscher Prägung herrschte in der Ökonomik seit spätestens der Mitte des letzten Jahrhunderts die Auffassung vor, Verteilungsfragen entzögen sich einer wissenschaftlichen Betrachtung und müssten politischer Dezsion überlassen bleiben. Begründet wurde dies mit der Unmöglichkeit eines „interpersonalen Nutzenvergleichs“, also einer vergleichenden Bewertung individueller Zwecksetzungen. Während sich das Effizienzkriterium auf kommensurable Geldwerte bezieht, sollen sich die mit diesen Geldmitteln verfolgten individuellen Ziele einer normativen Bewertung nach wissenschaftlichen Ansprüchen entziehen. Ob ein Euro in der Hand eines Wohlhabenden oder Armen, eines Gebildeten oder Ungebildeten mehr wert sei, lasse sich nicht objektivieren. Den Respekt für die Autonomie des Einzelnen, aber auch für kulturelle Anschauungen belegt eindrucksvoll das Selbstzeugnis eines englischen Ökonomen aus den dreißiger Jahren:

„I had the strongest bias in favour of utilitarian analysis. [...] I was powerfully attracted by the proposition [...] that recent developments of the theory of value could be invoked to demonstrate the desirability of the mitigation of inequality. When I look back on that frame of mind, I find it easy to understand the belief of Bentham and his followers that they had found the open sesame to problems of social policy.

But, as time went on, things occurred which began to shake my belief [...] I am not clear how these doubts first suggested themselves; but I well remember how they were brought to a head by my reading somewhere [...] the story of how an Indian official had attempted to explain to a high caste Brahmin the sanctions of the Benthamite system. ‘But that,’ said the Brahmin, ‘cannot possibly be right. I am ten times as capable of happiness as that untouchable over there.’ I had no sympathy with the Brahmin. But I could not escape the conviction that [...] the difference between us was not one which could be resolved by the same methods of demonstration as were available in other fields of social judgement.“⁴⁶

In Verteilungsfragen keinen wissenschaftlichen Wahrheitsanspruch zu stellen, mag man für kluge Selbstbescheidung halten. Gesellschaftlich und politisch bleibt Verteilungsgerechtigkeit aber eine unabweisbare Forderung. Diese Aufgabe unbearbeitet zu lassen, steht einer (auch) normativen Sozialwissenschaft auf Dauer schlecht an. Für die Ökonomik kommt hinzu, dass sich Effizienz und Verteilung zwar analytisch trennen lassen, aber eine Umverteilung über Transferzahlungen auf die effiziente Allokation zurückwirkt. Augenfällig ist dieser Zusammenhang zunächst, weil das Kaldor-Hicks-Kri-

⁴⁶ *Robbins*, *Econ. J.* 48 (1938), 635, 636.

teriums von den Reservationspreisen für Güter und diese wiederum von individuellen Einkommen und Vermögen abhängen. Die effiziente Allokation fällt also *in concreto* unterschiedlich aus, wenn sich die Verteilung von finanziellem Wohlstand verändert. Diese Wechselwirkung erzwingt allerdings noch keine gemeinsame normative Betrachtung. Eine Effizienzanalyse kann eine politisch entschiedene Umverteilung als gegeben hinnehmen und auf dieser Grundlage ihren Maximierungsauftrag erfüllen.⁴⁷

Ein echter Zielkonflikt und damit normativer Abstimmungsbedarf entsteht aber, weil Umverteilung nicht nur zu einer inhaltlich abweichenden Allokation führt, sondern den vorhandenen Reichtum in Summe verringert. Aus Effizienz­sicht hängt der Wert von Geld zwar definitionsgemäß nicht von der Person des Eigentümers ab; eine Transferzahlung wirkt sich daher als solche nicht auf die Effizienz aus. Indes erschöpft sich Umverteilung nicht in dieser angestrebten Wirkung, sondern verursacht Kosten. Bedeutender als der Aufwand für die erforderliche staatliche Bürokratie ist, dass Umverteilungsregeln Anpassungsreaktionen der Betroffenen auslösen. Mit Zahlungspflichten belastete Aktivitäten (zum Beispiel die Erzielung von Einkommen) werden verringert, begünstigte Aktivitäten verstärkt.⁴⁸ Um dem Begünstigten einen Euro zu verschaffen, muss dem Belasteten im wirtschaftlichen Ergebnis mehr als ein Euro genommen werden.⁴⁹

Aus diesem Zielkonflikt zwischen Effizienz und Umverteilung folgt selbstverständlich nicht, dass Umverteilung ökonomisch zu missbilligen wäre. Die oben dargestellte überkommene Sicht klammert Verteilungsfragen nur aus, will über sie also keine Aussage treffen. Diese agnostische Position bedeutet zugleich, dass die normative Ökonomik zwar die Effizienz­kosten von Umverteilung beziffern kann, aber keine Stellung zu der richtigen Abwägung zwischen den beiden Zielen nimmt, ja dafür nicht einmal eine strukturierende Methode anbieten kann.

⁴⁷ Ein Zielverfehlung droht allenfalls auf Seiten der angestrebten Verteilung, etwa weil es zu ungleichen Wohlstandszuwächsen kommt. Werden aus diesem Anlass die verteilungspolitischen Transfers angepasst, kann dies wiederum die effiziente Allokation verändern. Theoretisch kann es daher mehrerer Schritte bedürfen, bis sowohl Effizienz als auch gerechte Verteilung erreicht sind.

⁴⁸ Neben diesem Substitutionseffekt können Einkommenseffekte auftreten, die in die umgekehrte Richtung wirken. Entscheidend ist, dass Verteilungsregeln nie nur Wohlstand transferieren, sondern darüber hinaus Verhaltensänderungen bewirken.

⁴⁹ Für das Steuersystem der USA wird geschätzt, dass der Transfer eines US-Dollars vom höchsten zum niedrigsten Einkommensbezieher beim Belasteten eine Einbuße nicht von einem, sondern von 1,77 Dollar auslöst, *Hendren*, J. Publ. Econ. 187 (2020), 104198, 9.

Diesem unbefriedigenden Zustand tritt eine wachsende Bewegung in der normativen (Rechts-)Ökonomik entgegen. Indem sie interpersonale Nutzenvergleiche zulässt, versucht sie sich an einer umfassenden gesamtgesellschaftliche Wohlfahrtsgröße als Zielsetzung anstelle von in Geld messbarem Reichtum. Es sind zahlreiche Möglichkeiten vorgeschlagen und untersucht worden, wie Präferenzbefriedigung in individuellen Nutzen zu übersetzen ist und diese in einer „gesellschaftlichen Wohlfahrtsfunktion“ (*social welfare function*) zusammenzuführen sein sollen.⁵⁰ Den unterschiedlichen Ansätzen ist gemein, dass die Aggregation von individuellem Wohlbefinden es ermöglicht, aus dem abnehmenden Grenznutzen von Geld⁵¹ eine Begründung für Umverteilung zu gewinnen: Bei weniger Wohlhabenden stiftet ein zusätzlicher Euro mehr Befriedigung als bei Wohlhabenden. Damit steht ein analytisches Instrument zur Verfügung, um die (abnehmenden) Wohlfahrtszuwächse stärkerer Umverteilung ihren (zunehmenden) Effizienzkosten gegenüberzustellen und auf dieser Grundlage das optimale Maß an Einkommens- und Vermögensangleichung zu bestimmen.

2. Kriterien gerechter Verteilung – nochmals zur Trennung von Effizienz und Verteilung

Mit dem abnehmenden Grenznutzen von Geld erhebt die soziale Wohlfahrtsfunktion den Grad der Präferenzbefriedigung zum Maß der Verteilungsgleichheit. Die Maximierung der sozialen Wohlfahrt führt damit zu einer optimierenden Abwägung zwischen Effizienz einerseits und Umverteilung andererseits. Es kommt zu einem Kompromiss zwischen der marktartigen Gleichheit des Effizienzziels („ein Euro ist ein Euro“) und der Gleichheit in der Befriedigung von Bedürfnissen.

Überraschenderweise kann das Gebäude der ökonomischen Effizienzanalyse von dieser Neuorientierung weitgehend unberührt bleiben, wenn – und soweit – sich Effizienz und Verteilung nicht nur analytisch, sondern auch praktisch trennen lassen. Eben darauf zielt die bereits erwähnte Forderung, eine gerechte Verteilung über das Steuer- und Sozialrecht anzustreben, alle anderen Rechtsgebiete und staatlichen Maßnahmen aber ausschließlich auf Effizienz auszurichten. Die Begründung dafür erscheint zumindest im Ausgangspunkt weiterhin überzeugend: Zentraler Gegenstand des Steuer- und

⁵⁰ Gut lesbare Einführung bei Adler, *Measuring Social Welfare*, 2019, S. 20 ff. Siehe auch *Kaplow/Shavell*, *Fairness versus Welfare*, 2002, S. 24 ff., 28 ff.; *Kaplow*, *The Theory of Taxation and Public Economics*, 2008, S. 41 ff.

⁵¹ Vgl. empirisch nur *Kahneman/Deaton*, *Proc. Nat'l Acad. Sci.* 107 (2010), 16489.

Sozialrechts ist die Verteilung von Lasten und Zuwendungen aufgrund von individueller Leistungsfähigkeit und Bedürftigkeit. Kein anderes Rechtsgebiet erfasst Einkommen und Vermögen und damit den individuellen Grenznutzen von Geld tatbestandlich ähnlich umfassend.⁵² Regelungen außerhalb des Steuer- und Sozialrechts könnten Umverteilungsziele deshalb (weit) weniger zielgenau erreichen. Sie müssten grobe Annahmen treffen, ob zum Beispiel Aktionäre „typischerweise“ wohlhabender sind als Verbraucher (wobei Aktionäre durchweg auch Verbraucher, und Verbraucher nicht selten auch Aktionäre sind). Außerhalb des Steuer- und Sozialrechts kommt es deshalb zu einer doppelten Effizienz einbuße: Erstens weil – wie festgestellt – ohnehin jede Umverteilung unvermeidbar den gesellschaftlichen Reichtum verringert, zweitens weil nicht Einkommen und Vermögen schlechthin, sondern bestimmte Aktivitäten verteuert oder verbilligt werden und dadurch die Allokation zusätzlich verzerrt wird (z. B. von Aktien in andere Anlageformen).⁵³

Die vielleicht gewichtigste Kritik an dieser Trennungsthese könnte darin liegen, dass Verteilungsgerechtigkeit sich nicht allein an Bedürfnissen und damit dem Grenznutzen von Geld ausrichten sollte.⁵⁴ So könnte eine gerechte Einkommensverteilung nicht nur auf eine möglichst gleiche Präferenzbefriedigung, sondern daneben auf subjektives Bemühen und in diesem Sinne ethisches „Verdienst“ zielen. In der Konsequenz sollten Transferleistungen auch davon abhängen, ob der Empfänger Anstrengungen erbringt, etwa sich bemüht, durch Arbeit einen Beitrag zum gesellschaftlichen Wohl zu leisten. Da zumindest das Steuerrecht bloß subjektives Bemühen nicht berücksichtigt, könnte man entgegen der Trennungsthese etwa auch das Arbeitsrecht für eine gerechte Einkommensverteilung heranziehen.

Um den skizzierten Einwand zu beantworten, muss man absichten: Was in anderen Gerechtigkeitstheorien als „Verdienst“ bezeichnet wird, ist aus ökonomischer Warte zuvörderst eine Effizienzfrage. Bereits die effiziente Allokation verlangt, Anstrengungen durch Anreizsetzung zu „belohnen“, nämlich so, dass sie in effizientem Umfang erbracht werden. Die ökonomische Betrachtung verfällt dabei keinem blinden Glauben an die Effizienz von Marktergebnissen. So ist ungewollte Beschäftigungslosigkeit eindeutig

⁵² Allenfalls Teilaspekte des Familien-, Arbeits-, Versicherungs- und Beamtenrechts könnten dem nahekommen. Indes lassen sie sich durchweg mit dem Gedanken wechselseitiger Versicherung und damit effizienter Risikoallokation erklären.

⁵³ Das Argument der „doppelten Verzerrung“ geht zurück auf *Kaplow/Shavell*, J. Legal Stud. 23 (1994), 667. Zur Kritik bereits oben Fn. 16.

⁵⁴ Ähnlich am Beispiel der Regulierung bestimmter Gesundheitsrisiken bei unterschiedlicher individueller Anfälligkeit *Adler*, *Measuring Social Welfare*, 2019, S. 225 ff.

ineffizient, sofern nur die brach liegende Arbeitskraft irgendwie wertschöpfend eingesetzt werden könnte. Zur Effizienz gehört dabei auch der Konsumnutzen des Betroffenen aus der sozialen Einbindung in einen Betrieb oder subjektiver Arbeitszufriedenheit; auch solche immateriellen Vorteile fließen in das Effizienzkalkül ein, weil und insoweit Arbeitnehmer dafür zu finanziellen Opfern bereit wären oder nur im Austausch für andere Vorteile darauf verzichten würden.⁵⁵ Zu berücksichtigen sind ferner Leistungen zum Beispiel für Gemeinschaftsgüter, für die mangels Ausschließungsrechten keine oder nur eine geringe Marktvergütung erzielbar ist. Die tatsächlichen Marktanreize für Arbeitsanstrengung dürften gemessen an der erreichbaren Wertschöpfung aus Effizienz­sicht häufig zu gering sein. In der Folge interessiert Ökonomen dann vor allem die Frage, welche „zweitbeste“ Lösung unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Beschränkungen realisierbar und effizient ist.

Konkurrierenden Gerechtigkeitsvorstellungen dürfte es nicht grundsätzlich besser ergehen. Auch sie müssen sich mit Zielkonflikten und einer widerspenstigen Wirklichkeit arrangieren, wenn sie individuelles „Verdienst“ belohnen wollen. Nichtsdestoweniger kann man auf der Ebene eines hypothetisch erwünschten Idealzustands fragen, ob eine Berücksichtigung von „Verdienst“ noch über eine effiziente Anreizsetzung hinaus geboten ist. Aus Effizienz­sicht ist es nur in recht ausgefallenen Sachverhalten optimal, einer Person überhaupt keine Arbeitsanstrengung abzuverlangen. Denkbar wäre dies zum Beispiel bei Krankheiten oder Behinderungen, wenn die gesellschaftliche Produktivität und eine mögliche Arbeitszufriedenheit – bewertet in Geld – in Summe negativ wären, zum Beispiel weil eine Arbeitsleistung nur mit sehr aufwendigen Hilfestellungen möglich oder für den Betroffenen quälend wäre. Wollte man in einem solchen Fall Arbeitsanstrengung für den Betroffenen lohnend machen, müsste die Vergütung über dem gesamtwirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung liegen. Ein derartiges Arbeitsverhältnis würden beide Parteien sofort und in bestem Einvernehmen aufheben wollen. Es erscheint unvernünftig und geradezu pervers,⁵⁶ unter solchen Umständen Arbeitsanstrengungen als ethisches „Verdienst“ fördern zu wol-

⁵⁵ Empirischer Hinweis auf die nicht nur finanziellen Folgen von Arbeitsplatzverlusten bei *Sullivan/von Wachter*, Q.J. Econ. 124 (2009), 1265 (langfristig erhöhte Sterblichkeit unter entlassenen Arbeitnehmern). Bei der Ermittlung der Reservationspreise von Arbeitnehmern müssen idealerweise Informations- und Rationalitätsdefizite korrigierend berücksichtigt werden.

⁵⁶ So die provokante Formulierung von *Kaplow/Shavell*, J. Legal Stud. 32 (2003), 331, 335 („pursuit of notions of fairness results in needless and, at root, perverse reduction in individuals' well-being“).

len. Diese beispielhafte Überlegung spricht dafür, dass bereits die Effizienzanalyse eine an „Verdienst“ orientierte Verteilungsgerechtigkeit weitgehend in sich aufnimmt.

V. Schluss

Eingangs wurde der Reduktionismus der ökonomischen Theorie als teils Attraktion, teils aber auch Irritation vorgestellt. Der Rundgang durch verschiedene ökonomische Blickwinkel auf die Gleichheit könnte den Leser noch in einer weiteren Hinsicht unbefriedigt zurücklassen: Juristen und Philosophen erwarten von der normativen Ökonomik häufig eindeutige Werturteile und Schlussfolgerungen. Dies ist insofern unfair, als Rechtswissenschaft und Sozialphilosophie ihrerseits für kaum ein Rechts- und Gerechtigkeitsproblem einhellige Ergebnisse, sondern fast immer nur breit gefächerte und komplexe „Streitstände“ vorzuweisen haben. Hinzu kommt aber vielleicht noch eine disziplinäre Besonderheit: Die normative (Rechts-) Ökonomik beruht auf den theoretischen Begriffen und Modellen der positivrealwissenschaftlichen Ökonomik und hält sich stets bereit, darauf bezogene empirischen Erkenntnisse zu berücksichtigen. Die Effizienzanalyse ist so gesehen weniger ein normatives „System“ als ein laufendes Forschungsprogramm. Die Abhängigkeit von Annahmen und kritisierbaren, stets nur vorläufigen empirischen Befunden erlaubt zwar häufig keine gesicherten, endgültigen Schlussfolgerungen. Die dauernde Offenheit für Wirkungszusammenhänge und deren veränderliche Einschätzung muss für eine Gerechtigkeitstheorie und Außenperspektive auf das geltende Recht kein Nachteil sein. Das geltende Recht selbst bedarf hingegen größerer Stabilität und darf sich normativ nicht von ständig wechselnden Erkenntnissen abhängig machen. Dies spricht – wie bei anderen Gerechtigkeitstheorien – gegen eine unmittelbare Übersetzung der Effizienzanalyse in Rechtsdogmatik.