

Schmidtchen, Dieter

**Working Paper**

## Recht, Eigentum und Effizienz: Zu F. A. v. Hayeks Verfassung der Freiheit

CSLE Discussion Paper, No. 2004-07

**Provided in Cooperation with:**

Saarland University, CSLE - Center for the Study of Law and Economics

*Suggested Citation:* Schmidtchen, Dieter (2004) : Recht, Eigentum und Effizienz: Zu F. A. v. Hayeks Verfassung der Freiheit, CSLE Discussion Paper, No. 2004-07, Universität des Saarlandes, Center for the Study of Law and Economics (CSLE), Saarbrücken

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/23067>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

*Dieter Schmidtchen*

## **Recht, Eigentum und Effizienz Zu F. A. v. Hayeks Verfassung der Freiheit\***

Inhalt	
I. Einleitung .....	3
II. Nomos: Das Recht der Freiheit.....	5
1. Das Konzept der „protected domain“ und die „compossibility“ von Rechten.....	5
2. Implikationen und Erläuterungen.....	7
III. Die Regeln des gerechten Verhaltens und das Prinzip der Ordnungskonformität	12
1. Die Natur der Regeln des gerechten Verhaltens .....	12
2. Der Test auf Verträglichkeit mit der überlieferten Rechtsordnung.....	13
3. Das Prinzip der Ordnungskonformität .....	15
IV. Zum Verhältnis von Freiheit und Effizienz.....	17
1. Hayek und Coase.....	17
2. Rechtsevolution und Gesetzgebung .....	19
V. Die Herrschaft des Gesetzes (Rule of Law) .....	22
VI. Schluß.....	25
Literatur .....	27
Zusammenfassung .....	28
Summary Law, property and efficiency: Remarks on F. A. v. Hayek's Constitution of Liberty .....	29

### **I. Einleitung**

F. A. von Hayek hat drei Versuche unternommen, die Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung zu formulieren. Die Ergebnisse des ersten Versuches finden sich in seinem wohl berühmtesten Buch „The Road to Serfdom“ (1944). Hier behandelt er zwar Probleme, die für die Schaffung und Erhaltung einer Gesellschaft freier Menschen zentral sind, aber das Buch enthält kein systematisch ausgearbeitetes Konzept der Freiheit.<sup>1</sup>

\* Ich danke zwei anonymen Gutachtern für wertvolle Hinweise.

<sup>1</sup> „It was no more than the sketch or outline of a theory that was to be developed later“ (Machlup 1976: 40). Diese Einschätzung bestätigt Hayek in seinem Vorwort zur amerikanischen Ausgabe von Road

Ein solches findet sich erstmals in Hayeks zweitem großen Werk „The Constitution of Liberty“ (1960), welches aber immer noch wichtige Fragen unbeantwortet ließ: „The first result of the efforts of explaining the nature of an order of freedom was a substantial book called *The Constitution of Liberty* (1960) in which I essentially attempted to restate and make more coherent the doctrines of classical nineteenth century liberalism. The awareness that such a restatement left certain important questions unanswered led me then to a further effort to provide my own answers in a work of three volumes entitled *Law, Legislation, and Liberty*“ (Hayek 1976: XX).

Die wichtigen, nicht beantworteten Fragen, von denen im obigen Zitat die Rede ist, hängen mit der unbefriedigenden Definition des Begriffs Freiheit zusammen. In der *Constitution of Liberty* [deutsch: *Die Verfassung der Freiheit* (1971)] wird individuelle oder persönliche Freiheit definiert als „Zustand, in dem der Mensch nicht dem willkürlichen Zwang durch den Willen eines anderen oder anderer unterworfen ist“ (Hayek 1971: 14). Der Begriff Zwang wird jedoch ohne Rückgriff auf eine Strukturtheorie des Rechts zu definieren versucht (siehe auch Hamoway 1978: 287), wodurch große konzeptionelle Probleme entstehen: „all attempts to define freedom result in hopeless conceptual muddles without such a theory“ (Hamoway 1978: 287).<sup>2</sup> Hayek hat sich die Kritik zu Herzen genommen und in der Tat mit der Trilogie *Law, Legislation and Liberty* [deutsch: *Recht, Gesetz und Freiheit* (2003)] die Grundsätze einer Verfassung der Freiheit formuliert, die von Anfang an in einer Strukturtheorie des Rechts verwurzelt sind. Der zentrale Abschnitt befindet sich in Band I „Regeln und Ordnung“ und trägt die Überschrift „Nomos: Das Recht der Freiheit“. Hier legt Hayek dar, daß Recht, Freiheit und Eigentum eine unteilbare Dreieinigkeit sind (siehe Hayek 2003:110).

In diesem Beitrag soll die Tragfähigkeit einer auf Nomos gestützten Verfassung der Freiheit überprüft werden. Zu diesem Zweck wird in Abschnitt II zunächst der für Nomos zentrale Begriff der „protected domain“ erläutert und mit dem Konzept der „compossibility“ von Rechten verknüpft, das Hillel Steiner (1977) entwickelt hat. Es folgen Implikationen und Erläuterungen des Konzepts von Nomos. Insbesondere wird auf die Verwandtschaft zur modernen Theorie der Property rights hingewiesen. In Abschnitt III geht es um die Frage, wie „protected domains“ abzugrenzen sind. Hier muß Hayeks Idee, daß dazu Regeln gerechten Verhaltens (rules of just conduct) notwendig sind, erläutert und geprüft werden. In diesem Zusammenhang ist auch das von Hayek vorgeschlagene Kriterium für die Zuteilung von Property rights, nämlich die Verträglichkeit mit dem überlieferten Rechtssystem, zu behandeln.

C. C. von Weizsäcker hat in seiner Besprechung zweier Bände aus Hayeks gesammelten Schriften in *ORDO*, 54 (2003), eine Vermutung geäußert, die in Abschnitt IV behandelt werden soll. Er deutet die Möglichkeit an, daß Hayek mit seiner Hinwendung

to Serfdom (1976): “I could not free myself from the feeling ... that much that I had said in my first sketch needed clarification and elaboration. When I wrote that book I had by no means sufficiently freed myself from all the prejudices and superstitions dominating general opinion, and even less had I learned to avoid all the prevalent confusions of terms and concepts of which I have since become very conscious” (Hayek 1976: XIX).

<sup>2</sup> Diese Probleme sind im einzelnen dargestellt in Schmidtchen 1987.

zu einer Strukturtheorie des Rechts in Coasesches Terrain eingedrungen ist. Zwar hat das Coase-Theorem bei Hayek keine merkbaren Spuren hinterlassen, auch spielt der Begriff Transaktionskosten bei Hayek eine untergeordnete Rolle (Weizsäcker 2003: 336), aber beide Autoren befassen sich mit der Evolution des Common law, und beide Autoren sind – bei allen Unterschieden in der Begriffswahl – davon überzeugt, daß das Recht in Richtung Effizienz evolviert: „Wir können uns fragen: Sprechen *Hayek* und *Coase* in Wirklichkeit nicht einfach über dasselbe?“ (Weizsäcker 2003: 336). Abschnitt V widmet sich Hayeks Interpretation der Herrschaft des Gesetzes (Rule of Law). Abschnitt VI beschließt den Beitrag.

## II. Nomos: Das Recht der Freiheit

### 1. Das Konzept der „protected domain“ und die „compossibility“ von Rechten

Nomos, das Recht der Freiheit, besitzt die Eigenschaft, individuelle Freiheit mit der Vermeidung von persönlichen Konflikten zu vereinbaren. Von fundamentaler Bedeutung ist hier der Begriff der „protected domain“. Durch Abgrenzung von „protected domains“ sollen individuelle Freiheit – verstanden als „Zustand, in dem jeder sein Wissen für seine Zwecke gebrauchen kann“ (Hayek 2003: 58) – und konfliktfreies Handeln miteinander versöhnt werden. Das Mittel dazu ist (Sonder-)Eigentum, dessen Umfang und personelle Zuordnung durch ein System von Regeln des gerechten Verhaltens (rules of just conduct) festgelegt werden.

„Protected domains“ sind Gebiete, die der autonomen Kontrolle der Individuen unterliegen. Sie bestehen aus dem Bündel an Property rights, das sich im Besitz einer Person befindet. Property rights verleihen ihrem Besitzer gleichsam eine Lizenz, Ressourcen im Rahmen geltender Schranken exklusiv nach Belieben zu benutzen. Mit Hillel Steiner kann man diese Ressourcen „physical components“ nennen (siehe Steiner 1977: 769). „Physical components“ sind die räumlichen und materiellen Komponenten (einschließlich des Körpers eines Handelnden), die jemand benutzen muß, wenn er handeln will. Jede Handlung besteht aus einer Nutzung solcher „physical components“; sie sind Mittel, ohne die niemand seine Ziele verfolgen kann. Sind diese Mittel knapp, dann ergeben sich Nutzungskonkurrenz und Handlungskonflikte. Als exklusive Nutzungslizenzen regeln Property rights den Zugang zu „physical components“, und zwar so, daß die Nutzungskonkurrenz entschieden und Konflikte zwischen den Handlungen verschiedener Menschen vermieden werden.<sup>3</sup> Eine Menge von Property rights, die auf der logischen Ebene jeglichen Handlungskonflikt ausschließt, kann man mit Steiner „compos-

<sup>3</sup> Handlungskonflikte zwischen zwei Personen können demgemäß nur auftreten, wenn zumindest eine physische Komponente von beiden beansprucht wird: „It follows that one individual’s action cannot interfere with another’s if and only if none of their respective physical components is identical“ (Steiner 1977: 769).

sible” nennen (siehe Steiner 1977). Für diese Menge von Rechten gilt Folgendes: „it is logically impossible for one individual’s exercise of his rights within that set to constitute an interference with another individual’s exercise of his rights within that same set” (Steiner 1977: 769).<sup>4</sup> Die Existenz von Recht, das dem Kriterium der „compossibility” genügt, ist eine notwendige Voraussetzung zur Vermeidung von Handlungskonflikten und zur Sicherung eines friedlichen Zusammenlebens der Menschen.<sup>5</sup> Wenn Nomos, das Recht der Freiheit, die Eigenschaft besitzt, individuelle Freiheit mit der Vermeidung von Konflikten zu vereinbaren, dann muß es notwendigerweise dem Kriterium der „compossibility” genügen: „A rule or set of rules assigning the possession or exclusive use of each particular physical object to particular individuals will, if universally adhered to, exclude the possibility of any individual’s actions interfering with those of another in any respect. Such property rules would thus assign, to individuals, ranges of permissible and inviolable actions—rights—composed of their uses of their allotted bundles of physical objects” (Steiner 1977: 769f.).

Die Spezifikation und personelle Zuteilung von Property rights ermöglichen die Bildung „berechtigter“ Erwartungen darüber, welche Handlungen erlaubt und vor Eingriffen Dritter geschützt, also „unverletzlich“, sind. Das aber ist eine nützliche Voraussetzung dafür, daß „jeder sein Wissen für seine Zwecke verwenden kann“. Die fundamentale Beziehung dieses Zusammenhangs für Hayeks Freiheitskonzept kann dem folgenden längeren Zitat entnommen werden:

„(D)ie einzige bisher bekannte Methode, einen Bereich solchermaßen geschützter Erwartungen zu definieren und dadurch die wechselseitigen Beeinträchtigungen menschlichen Handelns durch die Absichten der jeweils anderen zu verringern, besteht darin, für jeden einzelnen einen Bereich statthafter Handlungen abzugrenzen, indem man Sachbereiche bezeichnet (oder vielmehr durch Anwendung von Regeln auf die konkreten Tatsachen kenntlich macht), über die jeweils nur bestimmte Personen verfügen dürfen, während alle anderen von der Verfügung darüber ausgeschlossen sind. Der Handlungsbereich, in dem jeder einzelne vor Eingriffen anderer geschützt wird, läßt sich durch für alle gleichermaßen geltende Regeln nur festlegen, wenn mit Hilfe dieser Regeln ermittelt werden kann, welche spezifischen Dinge jeder einzelne für seine Zwecke in Anspruch nehmen darf. Mit anderen Worten: Erforderlich sind Regeln, mit deren Hilfe jederzeit die Grenze des geschützten Bereiches jedes einzelnen ermittelt und somit zwischen *Mein* und *Dein* unterschieden werden kann. Die Einsicht, „gute Zäune machen gute Nachbarn“, das heißt: daß Menschen ihr eigenes Wissen zur Verfolgung ihrer eigenen Ziele kollisionsfrei nur dann gebrauchen können, wenn sich zwischen ihren jeweiligen Bereichen freien Handelns eindeutige Grenzen ziehen lassen, ist die Grundlage, auf der sich die gesamte bekannte Kultur entwickelt hat. Das Eigentum, in dem weiten Sinne, in dem es nicht nur materielle Dinge, sondern (wie Locke definierte) ‚Leben, Freiheit und Besitz‘ jedes Menschen

<sup>4</sup> Hayek ist diese Idee nicht fremd (siehe Hayek 2003: 106ff.). Er zitiert u. a. Jürgen von Kempfski (siehe von Hayek 2003: 508, Fn. 109:17), der eine Strukturtheorie des Rechts entwickelt hat, die auf dem Prinzip der Verträglichkeit von Handlungen aufbaut: „Wir wollen davon sprechen, daß den Privatrechtsordnungen ein Verträglichkeitsprinzip für Handlungen zugrunde liegt“ (Kempfski 1965: 51); „Wir fragen, welchen strukturellen Erfordernissen Handlungen entsprechen müssen, wenn sie miteinander verträglich sein sollen; mit anderen Worten, wir betrachten eine Welt, in der die Handlungen nicht miteinander kollidieren“ (Kempfski 1961: 90).

<sup>5</sup> „In seinen Anfängen hatte das Recht (im Sinn des Juristen) die Wahrung des Friedens zum Ziel, und zwar zum einzigen Ziel“. (Hayek 2003: 101; Hayek zitiert hier Roscoe Pound.) Und eben dies ist es, was im Mittelpunkt eines Konzepts negativer Freiheit steht: „The historically important concept of negative liberty is that of non-interference with rights ...” (McCloskey 1965: 489, zitiert nach Hamowy 1978.)

umfaßt, ist die einzige Lösung, die Menschen bislang für das Problem gefunden haben, wie sich persönliche Freiheit und Konfliktfreiheit vereinbaren lassen. Recht, Freiheit und Eigentum sind eine untrennbare Dreieheit. Es kann kein Recht im Sinne genereller Verhaltensregeln geben, das nicht Grenzen der Freiheitsbereiche festlegt, indem es Regeln aufstellt, anhand derer jeder einzelne zu ermitteln vermag, wo er frei handeln kann.“ (Hayek 2003: 110f.).

## 2. Implikationen und Erläuterungen

Im folgenden sollen die wesentlichen Implikationen von Nomos dargelegt und einige Beispiele angeführt werden, die Hayeks Konzeption veranschaulichen.<sup>6</sup>

1. Sei x eine Handlung wie sprechen, gehen, Rad fahren, Preise setzen. Eine Person hat die Freiheit, x zu tun, wenn x nicht verboten und x nicht geboten ist, und anderen verboten ist, die Handlung zu stören. Wenn x nicht geboten und nicht verboten ist, dann ist x erlaubt. Freiheit ist geschützte Erlaubnis, insofern anderen verboten ist, die Vornahme der erlaubten Handlung zu stören. Der Schutz erfolgt typischerweise durch Anerkennung eines individuellen Rechtes, das zugleich die Grenzen des Erlaubten definiert. Schadensersatz, Strafe und Regulierung sichern diese Grenzen gegen Invasionen.<sup>7</sup> Ein Zustand, „in dem jeder sein Wissen für seine Zwecke gebrauchen kann“ (Hayek 2003: 58), ist ein Zustand rechtlich geschützter Erlaubnis zum Handeln. Die individuellen Rechte müssen nicht auf ausdrückliche Gewährung und Privilegierung einer zentralen Instanz zurückgehen. Hayeks Rechts-Theorie ist eine Theorie des Common Law, in dem Rechtspositionen durch Richterrecht geschaffen und verändert werden. Bei diesem Recht handelt es sich um eine spontane Ordnung.
2. Für Hayek (und auch Steiner) regelt Eigentum die Beziehungen zwischen Personen bezüglich der Nutzung von „physical components“.<sup>8</sup> Dies entspricht dem modernen Property rights-Ansatz, der Property rights wie folgt definiert: „Property rights are understood as *the sanctioned behavioral relations* among men that arise from the existence of goods and pertain to their use. These relations specify the norms of behavior with respect to goods that each and every person must observe in his daily interactions with other persons or bear the cost of nonobservance“ (Furubotn und Pejovich 1974: 3).<sup>9</sup> Es folgt, daß Property rights „protected domains“ definieren.
3. In einem gewissen Sinne läßt sich sagen, daß das Recht regelt, welche Einflüsse Person A durch ihr Handeln auf das Entscheidungsfeld – und damit die Wohlfahrt –

<sup>6</sup> Eine ausführliche Auseinandersetzung findet der Leser in Schmidtchen 1987. Dort wird auch näher auf das Konzept der „compossibility“ eingegangen, das in Deutschland eine Parallele in Kempksis Strukturtheorie des Rechts besitzt (siehe Kempski 1961).

<sup>7</sup> Zu einer ausführlichen Diskussion und formalen Darstellung der Begriffe siehe Schmidtchen 1988: 116ff.

<sup>8</sup> Steiner nennt dies wie folgt: „a triadic relation obtaining between an agent, an object, and all other agents“ (Steiner 1974/75: 48).

<sup>9</sup> Die Regelung von Dominanzbeziehungen bezüglich der Nutzung von Ressourcen ist nur erforderlich für den Fall der Nutzungskonkurrenz (Knappheit). Da wir es dann nach Coase mit einem Problem „reziproker Natur“ zu tun haben, bedeutet die Entscheidung der Nutzungskonkurrenz durch die Spezifikation und personelle Zuteilung von Property rights an eine Person, daß einer anderen Person Opportunitätskosten auferlegt werden. Die Property rights Struktur legt deshalb fest, welche Person einer anderen Opportunitätskosten auferlegen darf.

von Person B, C usw. ausüben darf. Zur Bezeichnung von Einflüssen dieser Art verwenden die Ökonomen den Ausdruck externe Effekte; wobei noch zwischen technologischen und pekuniären externen Effekten unterschieden wird.<sup>10</sup> Sind externe Effekte aus der Sicht des Betroffenen positiv, dann nennt man sie externe Nutzen; sind sie negativ, dann heißen sie externe Kosten. Das Recht regelt, welche externen Nutzen entgolten und welche externen Kosten ertragen werden müssen. Sieht man die Dinge so, dann wird ein Großteil der Kritik, die seinerzeit von Stigler an Hayeks Konzept der Freiheit geübt wurde, hinfällig (siehe Stigler 1978: 213ff.).

Stigler fragte, ob wir Zwang durch andere unterscheiden können von anderen Begrenzungen unseres Wahlbereichs (siehe Stigler 1978: 215). Und er zeigte, daß viele (wenn nicht gar alle?) Beschränkungen unseres Handlungsfeldes und die damit verbundenen individuellen Wohlfahrtseinbußen das Ergebnis des Handelns anderer Menschen sind.

Man betrachte die folgenden von Stigler angeführten Beispiele:

- „If I cannot attend a symphony concert because there are not enough other demanders of a symphony orchestra in my community, my wealth has been reduced (in utility terms) by the behavior of others.“ Richtig! Aber wenn die anderen das Recht dazu hatten, liegt weder willkürlicher Zwang vor noch ein Eingriff in die „protected domain“.
  - „The state fines an overtime parker \$ 2 – is this a wealth limitation?“ Ja, aber kein Eingriff in die „protected domain“, wenn die Regeln des gerechten Verhaltens „angemessene“ Sanktionen gegen Regelverstöße vorsehen. Zweifellos übt der Staat Zwang aus, aber das ist kein willkürlicher Zwang.
  - „(If the state rented the parking space for \$ 2, would this represent a reduction of liberty?“ Nein, wenn und insofern der Staat die Property rights an der Parkfläche besitzt. Tatsächlich erwirbt der Autofahrer mit der Zahlung der Parkgebühr ein temporäres Nutzungsrecht an der Parkfläche. Diese gehört jetzt insofern zu seinem geschützten Bereich.
  - Die Bürger tragen ihre Haare länger. A ist ein Friseur, der deshalb seinen Laden schließen muß. Wird er willkürlich gezwungen? Nein, wenn die Bürger das Recht haben, über ihre Haartracht zu entscheiden. Anders könnten die Dinge in dem Fall liegen, wenn sie einen Friseur als Folge einer Abstimmung ihres Verhaltens boykottieren.
4. „Compossibility“ einer Menge von Rechten ist eine notwendige, wenn auch nicht hinreichende Bedingung für ein Regime der Freiheit. Denn „compossibility“ ist grundsätzlich auch in einer zentralen Planwirtschaft denkbar, wenn die Befehle zur Nutzung von Ressourcen hinreichend präzise und koordiniert erteilt werden (siehe Kelley 1984: 112).<sup>11</sup> Aber Hayek verlangt mehr, nämlich, daß Individuen ihr Wissen

<sup>10</sup> Technologische externe Effekte liegen vor, wenn die physische Beschaffenheit von Ressourcen oder die Produktionstechnologie bzw. die Nutzenfunktion beeinflusst werden. Pekuniäre externe Effekte zeigen sich in Wertänderungen von Ressourcen, Ressourcenpools (wie Unternehmen) oder Rechten.

<sup>11</sup> Man denke an das entscheidungslogische Modell einer Zentralverwaltungswirtschaft à la Hensel (1979) Die Zentralverwaltungswirtschaft kann konzeptionell als ein hierarchisch strukturierter Allokationsmechanismus aufgefaßt werden, der sich zur Koordination von Handlungen nicht des Preissy-

zur Verfolgung eigener Ziele einsetzen können. Dies ist im Modell einer reinen Zentralverwaltungswirtschaft nicht möglich.<sup>12</sup>

5. Wer keine Rechte an „physical components“ besitzt, ist außerstande, eigene Ziele (rechtmäßig) zu verfolgen. Seine „protected domain“ ist leer, und er kann nicht frei genannt werden. Man denke an einen Sklaven.<sup>13</sup> Es ist deshalb fraglich, ob die individuelle Freiheit nicht von der Größe des Vermögens abhängt, über das jemand verfügen kann. Offensichtlich wird damit zugleich die Frage aufgeworfen, inwieweit sich Infektionen mit dem Konzept positiver Freiheit vermeiden lassen, dem Hayek bekanntlich kritisch gegenübersteht. Um Mißverständnisse zu vermeiden, sollte man zwei Ebenen unterscheiden: Auf Ebene 1 wird die Fähigkeit von Personen oder Organisationen definiert, Träger von Rechten zu sein (Rechtsfähigkeit). Auf Ebene 2 wird die tatsächliche Verteilung von Nutzungsrechten an „physical components“ geregelt. Auf Ebene 2 erfolgt die Verteilung des Reichtums und damit der Handlungsspielräume der Akteure.<sup>14</sup>

Die Unterscheidung zweier Ebenen führt zwingend zu der Frage, auf welcher Ebene Hayeks Konzept der „protected domain“ anzusiedeln ist. Wählt man Ebene 1, dann bedeutet dies, daß eine Person eine „protected domain“ besitzt, wenn sie rechtsfähig ist (selbst wenn sie kein Vermögen besitzt). Sie wäre aber frei. Auf Ebene 2 kann nur denjenigen Personen oder Organisationen eine „protected domain“ attestiert werden, die tatsächlich Nutzungsrechte an „physical components“ besitzen.

Im Gegensatz zu einem freien Mann besitzt ein Sklave keine Rechte – weder auf Ebene 1 (nicht rechtsfähig) noch auf Ebene 2. Aber es ist möglich, daß ein Mann bezüglich Ebene 1 „frei“ ist (er ist rechtsfähig), bezüglich Ebene 2 aber dem Sklaven ähnelt, weil seine „protected domain“ leer ist.<sup>15</sup>

stems, sondern Befehlen bedient (siehe auch Coase 1937 für den Fall eines Unternehmens). Daß die Koordination in der Praxis nicht perfekt gelingt, hat mit Faktoren zu tun, die auch in einer Marktwirtschaft die perfekte Koordination verhindern: asymmetrische Information, eingeschränkte Rationalität und Opportunismus. Es entstehen Transaktionskosten in der Form von Administrationskosten und Opportunitätskosten z. B. in Form ineffizienter Allokation der Ressourcen.

<sup>12</sup> Die Dinge werden im Fall von Gemeineigentum komplizierter. Hier hat jeder ein Nutzungsrecht an dem Allmende-Gut. Wenn die Nutzungsrechte durch eine Kollektiventscheidung, an der alle Eigentümer beteiligt sind, verteilt werden, dann hätte man es mit einer Art von „demokratischem Sozialismus“ zu tun.

<sup>13</sup> Ein Sklave, der Selbstmord begeht, greift in die „protected domain“ seines Herrn ein.

<sup>14</sup> Hier ist ein interessanter Unterschied festzustellen: Rechtsfähigkeit (Ebene 1) ist ein öffentliches Gut, Reichtum (Vermögen) ein privates Gut, für das Rivalität im Konsum und das Ausschlußprinzip gilt.

<sup>15</sup> Man sollte sich bewußt sein, daß es hier um eine Frage von Begriffsdefinitionen geht. Was wir Freiheit nennen wollen, ist eine Frage einer Nominaldefinition und nicht eine Frage, was das Wesen von Freiheit sei. Fragen nach dem Wesen eines Phänomens führen in die Sackgasse des Essentialismus (siehe Popper 1957: 26ff.). Selbstverständlich soll nicht bestritten werden, daß präzise Nominaldefinitionen im Rahmen von Theorien notwendig sind. Aber die eigentliche theoretische Frage lautet: Welche ökonomischen Effekte können wir von unterschiedlichen institutionellen Arrangements auf Ebene 1 oder 2 erwarten. Hayek ist der Überzeugung, daß Gleichheit auf Ebene 1 in Verbindung mit Sondereigentum auf Ebene 2 mehr gesellschaftlichen Reichtum erzeugt als jedes andere institutionelle Arrangement, das wir kennen. Man sollte beachten, daß man solche Fragen ohne Rückgriff auf den Begriff Freiheit analysieren kann.



6. Regeln gerechten Verhaltens, die sich im Recht manifestieren, stellen abstrakte Leitlinien zur Abgrenzung von „protected domains“ zur Verfügung. Sie schreiben nicht vor, wie die konkrete Verteilung der Nutzungsrechte an „physical components“ aussehen sollte: „Die klassische Formulierung, das Ziel von Regeln gerechten Verhaltens bestehe darin, jedem das Seine zuzuweisen (*suum cuique tribuere*), wird oft dahingehend gedeutet, daß das Recht als solches bestimmten Personen bestimmte Dinge zuweise. Es tut natürlich nichts dergleichen. Es liefert lediglich Regeln, mit deren Hilfe sich anhand bestimmter Tatsachen ermitteln läßt, wem bestimmte Dinge gehören.“ (Hayek 2003: 111).
7. „Protected domains“ können auf unterschiedliche Weise verändert werden: Verwandlung von „physical components“, Übertragung von Rechten im Wege eines Geschenks oder Tauschs, Schaffung von Rechten (wenn ehemals freie Ressourcen knapp werden) und Einschränkung von Rechten (etwa über Regulierung). Die konkrete Spezifikation und personelle Zuordnung im Wege des Tauschs ist eine spontane Ordnung.<sup>16</sup>
8. Willkürlicher Zwang oder die wirksame Androhung desselben sind Handlungen, die den Gezwungenen schädigen. Da man nach Ansicht Hayeks überhaupt erst aufgrund der Definition einer „protected domain“ sinnvoll von schädigenden Handlungen sprechen kann, ist eine Definition von Zwang nunmehr auf eine Theorie des Rechts gestützt: „Allein durch Definition der geschützten Sphäre des einzelnen legt das Recht fest, was jenes ‚Handeln gegenüber anderen‘ ist, das es regelt, und erhält sein allgemeines Verbot von Handlungen, die ‚anderen schaden‘, einen bestimmbareren Sinn.“ (Hayek 2003: 112). Zwang bedeutet eine Verletzung der geschützten Sphäre eines anderen. Zwang ist ein Verstoß gegen das Recht, ein nicht rechtmäßiges Handeln. Das Zwangselement besteht dabei in der durch eine nicht rechtmäßige Handlung hervorgerufenen Änderung des Handlungsraumes einer Person. Zwang in diesem umfassenden Sinne kann auftreten in Form von Diebstahl, Raub, Verknechtung. Als Folge kann es, aber muß es nicht, auch zu einer Änderung des aktuellen Handelns des Gezwungenen kommen. Wenn Hayek von willkürlichem Zwang spricht, denkt er an Zwang mit dieser Folge. Durch rechtswidriges Handeln wird jemand zur Vornahme einer Handlung, Duldung oder Unterlassung genötigt.<sup>17</sup> Mit anderen Wor-

<sup>16</sup> Das Schachspiel liefert eine interessante Parallele. Die Regeln bestimmen, wie man „protected domains“ verändern kann und wie sie in jeder Phase des Spiels aussehen. Die Spezifikation und personelle Zuteilung von Property rights wird von der Art, der Zahl und Position der (eigenen und der fremden) Schachfiguren determiniert. „Physical components“ im Sinne von materiellen Ressourcen sind nicht erforderlich, um Schach zu spielen. Schachfiguren (in Verbindung mit ihrer Position) sind körperliche Manifestationen von Property rights. Die Zugfolge (der Prozeß des Spielens) und die jeweiligen Zustände sind Ergebnis menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs.

Der Umstand, daß Schachspieler Strategien verfolgen, ändert nichts daran, daß das Schachspielen eine spontane Ordnung darstellt (wie übrigens auch jedes Nash-Gleichgewicht), denn die Strategiewahl erfolgt nicht-kooperativ (Unabhängigkeitsaxiom). Würden die Spieler die Wahl ihrer Strategien (Aktionsfolgen) verabreden, dann hätten wir es nicht mehr mit Schach zu tun. Das Spiel verlöre darüber hinaus jeden Reiz.

<sup>17</sup> Siehe etwa § 240 StGB. Möglicherweise hatte Hayek, der Rechtswissenschaft studiert hatte, §240 des Strafgesetzbuches vor Augen, der bis 29. Mai 1943 galt und Zwang folgendermaßen definierte: „1. Wer einen anderen widerrechtlich durch Gewalt oder Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird ... bestraft. 2. Der Versuch ist straf-

ten: Die rechtswidrige Handlung ändert nicht nur den Handlungsraum des Gezwungenen, sondern sie bewirkt zugleich auch eine Änderung seines Handelns.

Es mag im Einzelfall schwierig sein, willkürlichen Zwang zu identifizieren, aber das ist nicht der entscheidende Punkt. Entscheidend ist, daß willkürlicher Zwang als rechtswidriges Handeln anzusehen ist und daß damit einige ernste Probleme, die Hayeks in der Verfassung der Freiheit (Hayek 1971) dargelegtem Freiheitskonzept anhaften, aus dem Weg geräumt sind. Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen:

- Wenn ein Gastgeber eine Anzugsordnung ‚erläßt‘, dann zwingt er potentielle Gäste nicht, wenn und insofern er das Recht dazu hat.
  - Angenommen, das am höchsten bewertete Ziel von Person X sei es, vom berühmten Maler Y gemalt zu werden. Letzterer fordert einen Preis, den X nicht zahlen kann. Dann ist X keinem willkürlichen Zwang ausgesetzt, wenn der Maler das Recht hat zu entscheiden, wen er malt und zu welchen Bedingungen. Selbst wenn X den Preis zahlen könnte, aber Y sich gleichwohl weigerte, ihn zu malen, ergibt sich kein Zwang und kein Eingriff in die „protected domain“ von X, wenn der Maler das Recht dazu hat.<sup>18</sup>
  - Angenommen, in einer Stadt gäbe es Beschäftigung nur in einer einzigen Industrie (oder es herrsche allgemeine Unterbeschäftigung). Die „Drohung“ mit Entlassung, um das Verhalten eines Arbeiters – etwa bezüglich seiner Lohnforderung – zu beeinflussen, wäre dann solange kein willkürlicher Zwang, als die Regeln des gerechten Verhaltens dies als zulässig erachten.
9. Nur solche Handlungen, die andere Personen berühren, geben Anlaß für die An- und Verwendung von Regeln gerechten Verhaltens.<sup>19</sup> Aufgabe dieser Regeln des gerechten Verhaltens ist es, „daß sie den Leuten sagen, auf welche Erwartungen sie bauen können und auf welche nicht.“ (Hayek 2003: 105). Sie sollen also Schutz gegen Enttäuschung von Erwartungen bieten. Dies kann aber in einer sich ständig ändernden Gesellschaft stets nur für einige, nie aber für alle Erwartungen gewährleistet werden (siehe Hayek 2003: 106): „Was jedem zugesichert werden kann, ist nicht, daß kein anderer ihn an der Verfolgung seiner Ziele hindern darf, sondern nur, daß keiner ihn am Einsatz gewisser Mittel hindern darf.“ (Hayek 2003: 106). Deshalb ist es das Ziel der Regeln des Rechts lediglich zu verhindern, „daß die Handlungen der einzelnen einander konterkarieren; für sich genommen können sie nicht bestimmen (und sich daher auch nicht darum kümmern), wie das Ergebnis für verschiedene Personen aussehen wird“ (Hayek 2003: 111).
10. Abstrakte Verhaltensregeln definieren den Bereich der individuellen Freiheit dadurch, daß sie jedem ermöglichen festzustellen, wo er autonom (nach Belieben,

bar.“ Die Nationalsozialisten änderten den Paragraphen und fügten folgenden Satz hinzu: „Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Zufügung des angedrohten Übels zu dem angestrebten Zweck dem gesunden Volksempfinden widerspricht.“

<sup>18</sup> Überflüssig zu erwähnen, daß diese Art von Überlegung schwerwiegende Konsequenzen für das „Anti-trust“ hat. Man denke an das Problem zu entscheiden, welche Handlungen als Wettbewerbsbeschränkung deklariert werden sollen. Der Verf. hat sich in anderem Zusammenhang mit dieser Frage befaßt (siehe Schmidchen 1983, 1988).

<sup>19</sup> Man nennt sie Handlungen gegenüber anderen [operationes quae sunt ad alterum] (siehe Hayek 1980: 141).

„willkürlich“) handeln kann (siehe Hayek 2003: 110). Autonom kann handeln, wer ohne Zustimmung Dritter handeln darf. Eben das ist es, was ein freiheitliches System kennzeichnet. Dies legt nun folgende Definition von Freiheit nahe: „The statement that ‘X is free to do A’ entails that none of the physical components of doing A is possessed by an agent other than X” (Steiner 1974/75: 48).<sup>20</sup>

Es erhebt sich hier die Frage, ob man nicht in den meisten Fällen zur Erreichung seiner Ziele das Eigentum (die Zustimmung) anderer benötigt. Die Frage ist zu bejahen: „Daß das Eigentum anderer uns zur Erreichung unserer Ziele dienen kann, verdanken wir hauptsächlich der Erzwingbarkeit von Verträgen. Das ganze Netzwerk von Rechten, das sich aus Verträgen ergibt, ist ein ebenso wichtiger Teil unseres geschützten Bereiches und ebensowohl die Grundlage unserer Pläne wie ein eigener Besitz“ (Hayek 1971: 170).

11. Weil Recht und Eigentum bei Hayek Voraussetzungen und Ergebnis eines Prozesses der Zivilisation sind,<sup>21</sup> ist auch Freiheit eine Voraussetzung und ein Produkt der Zivilisation. Es existiert keine Freiheit außerhalb eines Regimes gewordenen oder vom Gesetzgeber gemachten Rechts. In Hayeks Begriffswelt wäre es deshalb verfehlt, zur Beschreibung der Eigenschaften einer Anarchie den Ausdruck Freiheit zu verwenden.

### **III. Die Regeln des gerechten Verhaltens und das Prinzip der Ordnungskonformität**

#### **1. Die Natur der Regeln des gerechten Verhaltens**

Die kritische Größe in Hayeks Konzept der Freiheit ist das Prinzip, nach dem „protected domains“ abgegrenzt werden. Freiheit kann es nicht sein, wenn man einen Zirkelschluß vermeiden will, denn Freiheit existiert erst auf der Grundlage von „protected domains“. Mit dem Rückgriff auf die Regeln gerechten Verhaltens hat Hayek eine zumindest logisch befriedigende Lösung für das Abgrenzungsproblem gefunden. Regeln des gerechten Verhaltens, die sich in einem Jahrtausende dauernden Evolutions-Prozess herausgebildet haben, liefern die Orientierungspunkte für die Abgrenzung von „protected domains“. Tradition, Sitten, Gebräuche, kurz: geschriebene und ungeschriebene Regeln sind der Fundus, aus dem Maßstäbe für die Abgrenzung der „protected domains“ entwickelt werden müssen. Der Inhalt (der Bereich) von „protected domains“ ist

<sup>20</sup> „To be free to do A ... entails that all of the physical components of doing A are (simultaneously) unoccupied and/or undisposed of by another” (Steiner 1974/75: 47).

<sup>21</sup> Hayek prägte hierfür die Formel von den “Zwillingsideen der Evolution und der spontanen Bildung einer Ordnung“ (siehe Hayek 1969: 128). Eine spieltheoretische Interpretation findet man in Schmidtchen 1995.

demgemäß kulturell geprägt und kulturwissenschaftlich bestimmbar und rekonstruierbar.<sup>22</sup>

Regeln des gerechten Verhaltens sind zweckungebundene Regeln. Sie sind Mehrzweckinstrumente in dem Sinne, daß sie den Menschen friedliches und kooperatives Zusammenleben ermöglichen, obwohl diese divergierende Ziele verfolgen. Sie dienen nicht dazu, die Menschen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zieles zu veranlassen.<sup>23</sup> Dazu müßten sie strikte Vorschriften sein; Befehle, die dem einzelnen sagen, was er zu tun hat, um das gemeinsame Ziel zu erreichen. Regeln des gerechten Verhaltens formulieren jedoch in erster Linie Beschränkungen, Verbote bezüglich der Nutzung von „physical components“. Man denke an Fußballregeln oder die Regeln im Schach. Innerhalb dieses Systems von Verboten, das den Mitteleinsatz zur Zielverwirklichung regelt, kann jedes Individuum seine Ziele autonom wählen. Hayek nennt diese Regeln deshalb Vielzweck-Instrumente. Der Rückgriff auf sie ist seiner Ansicht nach das einzige Verfahren, um in einer durch Anonymität gekennzeichneten großen Gesellschaft Ordnung in Frieden zu erzeugen:

„Unter den Mitgliedern einer Großen Gesellschaft, die einander meistens nicht kennen, wird es keine Übereinstimmung hinsichtlich der relativen Wichtigkeit ihrer jeweiligen Ziele geben. Nicht Harmonie, sondern ein offener Interessenkonflikt würde herrschen, wenn Übereinstimmung darüber erforderlich wäre, welchen spezifischen Interessen der Vorrang gebührt. Übereinstimmung und Frieden werden in solch einer Gesellschaft dadurch möglich, daß die einzelnen sich nicht über Ziele, sondern nur über die Mittel einig sein müssen, die einer großen Vielzahl von Zwecken dienen können und von denen jeder hofft, sie würden ihm bei der Verfolgung seiner eigenen Zwecke dienlich sein. Die Möglichkeit der Ausweitung einer Friedensordnung über die kleine Gruppe, die sich auf bestimmte Ziele einigen kann, hinaus auf die Mitglieder der Großen Gesellschaft, die sich darauf nicht einigen könnten, geht überhaupt erst auf die Entdeckung einer Methode der Zusammenarbeit zurück, die Übereinstimmung nur hinsichtlich der Mittel, nicht aber der Ziele verlangt.

Erst die Entdeckung, daß eine nur durch gewisse abstrakte Merkmale definierte Ordnung die Verfolgung einer großen Vielfalt verschiedenartiger Ziele erleichtern könnte, bewog Menschen mit ganz unterschiedlichen Zielen, sich auf gewisse Vielzweckinstrumente zu einigen, die so aussahen, als könnten sie jedem dienlich sein“ (Hayek 2003: 153f.).

## 2. Der Test auf Verträglichkeit mit der überlieferten Rechtsordnung

Nomos ist nach Ansicht Hayeks von Richtern „gemachtes“ Recht. Es entsteht aus deren Bemühungen, Streitfälle zu entscheiden (siehe Hayek 2003: 97). Es ist das, was politische Theoretiker einfach *das Recht (the law)* genannt haben, „das Juristenrecht (the

<sup>22</sup> Hayek vermeidet damit die Fallstricke, in denen sich z. B. ein konkurrierender Lösungsansatz wie der des Rechtspositivismus verfängt, für den Recht das ist, was durch einen Gesetzgeber als Recht gesetzt wurde. Er vermeidet aber auch die Fehler des dezisionistischen Ansatzes, für den Gerechtigkeit und Recht das sind, was wir heute darunter verstehen wollen. Beiden Konzepten ermangelt es einer expliziten historischen Fundierung von Recht. Hayek ist es deshalb auch möglich, vor dem Hintergrund des griechischen und römischen kulturellen Erbes das frühere Regime in Rußland als mit den Regeln gerechten Verhaltens nicht vereinbar zu bezeichnen.

<sup>23</sup> „Wir haben den Ausdruck ‚Regeln gerechten Verhaltens‘ zur Bezeichnung jener zweckungebundenen Regeln gewählt, die der Bildung einer spontanen Ordnung dienen – im Unterschied zu zweckungebundenen Organisationsregeln“ (Hayek 2003: 181).

lawyer's law) oder den *nomos* der alten Griechen und das *ius* der Römer“ (Hayek 2003: 97). Law, *nomos*, *ius*, *droit*, Recht, wurde nach Ansicht Hayeks bis zur Entdeckung der Gesetzgebung als etwas aufgefaßt, das Menschen nicht willkürlich setzen konnten (siehe Hayek 2003: 75f., S. 98). Es wurde *gefunden*, nicht geschaffen (siehe Hayek: 2003: 86). Mit der Erfindung der Gesetzgebung, d. h. der bewußten Schaffung von Recht durch den Menschen – vermutlich die folgenschwerste unter allen Erfindungen, folgenschwerer als die des Feuers und Schießpulvers (siehe Hayek 2003: S. 75, unter Verweis auf Rehfeld) – wurde das anders. Die Erfindung der Gesetzgebung erfolgte verhältnismäßig spät in der Geschichte der Menschheit, zu einer Zeit als die Menschen bereits gemeinsame Regeln befolgten. Deshalb ist das Recht älter als die Gesetzgebung (siehe Hayek 2003: 75 ff.).

Die Regeln des gerechten Verhaltens, nach denen „protected domains“ abgegrenzt und Freiheitsbereiche geschaffen werden, zielen nur darauf ab, Ungerechtigkeit zu verhindern. Sie sind insofern im wesentlichen negativ (siehe Hayek 2003: 113). Und sie entwickeln sich nach Ansicht Hayeks „durch konsequente Anwendung des ebenfalls negativen Verträglichkeitstest auf die überlieferte Rechtsordnung“ (Hayek 2003: 113).<sup>24</sup> Da dieser Verträglichkeitstest eine zentrale Rolle in Hayeks Denkgebäude spielt, ist eine nähere Kennzeichnung desselben erforderlich.

Der Test der Verträglichkeit mit der überlieferten Rechtsordnung besteht aus einer Art von immanenter Kritik im Rahmen eines Systems *gegebener* Werte:

„Da jedes eingeführte System von Verhaltensregeln auf Erfahrungen beruht, die uns nur zum Teil bekannt sind, und einer Handlungsordnung in einer Weise dient, die wir nur zum Teil verstehen, können wir nicht hoffen, es dadurch zu verbessern, daß wir es als Ganzes neu schaffen. Wenn wir alle Erfahrung, die nur in der Form überlieferter Regeln weitergegeben wurde, vollständig nutzen sollen, so müssen alle Kritik und alle Bemühungen um die Verbesserung bestimmter Regeln innerhalb eines Rahmens gegebener Werte erfolgen, der zu diesem Zweck als keiner Rechtfertigung bedürftig hinzunehmen ist. Jene Art von Kritik, die sich im Rahmen eines gegebenen Regelsystems bewegt und einzelne Regeln nach ihrer Konsistenz oder Vereinbarkeit mit allen anderen eingeführten Regeln im Hinblick auf die Bildung einer gewissen Art von Handlungsordnung beurteilt, werden wir als ‚immanente Kritik‘ bezeichnen. Sie ist die einzige Grundlage für eine kritische Untersuchung von Moral- oder Rechtsregeln, sobald wir einmal erkannt haben, daß sich das gesamte bestehende System solcher Regeln nicht auf die bekannten spezifischen Wirkungen, die es erzeugt, reduzieren läßt.“ (Hayek 2003: 174).

Zu beachten ist, daß es bei dieser immanenten Kritik nicht primär um logische Konsistenz geht:

„Bei der Konsistenz oder Vereinbarkeit der verschiedenen Regeln, die ein System bilden, geht es in erster Linie nicht um logische Konsistenz. Im vorliegenden Zusammenhang bedeutet Konsistenz, daß die Regeln derselben abstrakten Handlungsordnung dienen und Konflikte zwischen Personen verhindern, die diese Regeln in der Art von Situation befolgen, wie die auf die sie zugeschnitten wurden. Ob zwei oder mehr beliebige Regeln vereinbar sind oder nicht, wird daher zum Teil von den tatsächlichen Umweltbedingungen abhängen; und deshalb können dieselben Regeln in der einen Art von Umwelt zur Konfliktverhinderung ausreichen, in einer anderen nicht.“ (Hayek 2003: 174).<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Hayek ist der Meinung, „daß wir hoffen können, durch beharrliche Anwendung dieses Tests der Gerechtigkeit näher zu kommen, ohne sie jemals endgültig zu verwirklichen.“ (Hayek 2003: 113.)

<sup>25</sup> „Andererseits können Regeln, die in dem Sinn logisch unvereinbar sind, daß sie in einer gegebenen Situation vielleicht zu einander widersprechenden Anordnungen oder Verboten von Handlungen eines einzelnen führen, doch noch miteinander vereinbar gemacht werden, wenn sie zueinander in einer Be-

Bei der Prüfung der Konsistenz ist also primär ein materielles und nicht ein logisches Kriterium zu verwenden:

„Ob eine neue Norm in ein bestehendes Normensystem paßt, wird nicht allein ein Problem der Logik sein, sondern für gewöhnlich eine Frage, ob unter den tatsächlich gegebenen Umständen die neue Norm eine Ordnung miteinander verträglicher Handlungen herstellen wird. Das folgt aus der Tatsache, daß abstrakte Verhaltensregeln auf bestimmte Handlungen nur gleichzeitig mit bestimmten Umständen Einfluß nehmen. Die Probe, ob eine neue Norm in das bestehende System paßt, kann daher faktischer Natur sein; und es stellt sich vielleicht heraus, daß eine neue Norm, die logisch durchaus mit den schon anerkannten vereinbar sein mag, dennoch im Widerspruch zu ihnen steht, wenn sie unter gewissen Umständen Handlungen gestattet, die mit anderen, von den bestehenden Normen erlaubten, in Konflikt geraten. [...] Normen lassen sich nicht danach beurteilen, ob sie fern von allen Tatsachen zu anderen Normen passen; denn es hängt von den Tatsachen ab, ob die Handlungen, die sie gestatten miteinander vereinbar sind.“ (Hayek 2003: 109).<sup>26</sup>

### 3. Das Prinzip der Ordnungskonformität

In einem rein sozialistischen System, einer taxis, sind Regeln des gerechten Verhaltens weder notwendig noch möglich. Sie sind nicht notwendig, weil die Handlungen der Menschen in einem umfassenden Plan enthalten sind, dem ein gemeinsames Zielsystem zugrunde liegt. Sie sind nicht möglich, weil das Handeln der Menschen unter ihnen die Planerfüllung gefährden würde. Nach Ansicht Hayeks sind Regeln des gerechten Verhaltens aber unabdingbar, um die spontane Ordnung des Marktes, für die er den Ausdruck Katallaxie prägt (siehe Hayek 2003: 259f.), zu erhalten und zu fördern. Deshalb müsse auch die Vereinbarkeit mit den Funktionsbedingungen dieser spontanen Ordnung (rationale of a market order) das entscheidende Kriterium für die Abgrenzung von „protected domains“ sein. Im deutschsprachigen Raum hat man dieses Kriterium im Zusammenhang mit der Wirtschaftspolitik das Prinzip der Ordnungskonformität oder Marktkonformität genannt.<sup>27</sup> Ich schlage vor, dieses Prinzip nicht nur als Interventionskriterium für die Wirtschaftspolitik zu verwenden, sondern es begrifflich weiter zu fassen und es auch auf Normen und Institutionen generell anzuwenden.<sup>28</sup>

ziehung der Überordnung oder Nachordnung stehen, so daß das Regelsystem selbst bestimmt, welche der Regeln die andere aufhebt.“ (Hayek 2003: 174).

<sup>26</sup> In der Geschichte der Jurisprudenz findet sich diese Einsicht in Form des Hinweises auf die „Natur der Sache“ (natura rerum), in dem Satz „das Recht lebt nicht von der Logik, sondern von der Erfahrung“ (O.W. Holmes), oder in Ausdrücken wie „die Notwendigkeiten des Zusammenlebens“ und die „Kompatibilität“ oder „Verträglichkeit“ der Handlungen, auf die sich das Recht bezieht“ (siehe Hayek 2003: 109).

<sup>27</sup> Die Unterscheidung von marktkonformen und nicht-marktkonformen Maßnahmen geht auf W. Röpke zurück (Röpke 1948: 259). Zum Problem der Ordnungskonformität wirtschaftspolitischen Handelns siehe Gutmann 1980, 1983.

<sup>28</sup> Wenn Hayek nicht ganz glücklich mit Röpkes Terminologie war, dann hatte das Gründe, die die hier vorgeschlagene Begriffserweiterung nicht tangieren. In seiner Freiburger Antrittsvorlesung verwendet Hayek den Ausdruck „systemgerecht“ und schreibt ihn Eucken zu (siehe Hayek 1969: 13).

Was das Prinzip der Ordnungskonformität bedeutet, läßt sich am besten anhand von Maßnahmen klarmachen, die gegen dieses Prinzip verstoßen. Hayek verwendet zur Bezeichnung solcher Maßnahmen den Ausdruck Befehl oder Eingriff.<sup>29</sup>

Die wesentliche Eigenschaft eines Spiels unter zweckunabhängigen Regeln – wie es z. B. der Markt darstellt – ist die Offenheit der Spielergebnisse. Ex ante sind die „wahren“, „richtigen“ Werte ökonomischer Variablen wie Preise, Output, Allokation der Ressourcen, Größe von Firmen, Marktanteile, prinzipiell unbekannt. Im Verlaufe des Spiels werden diese Werte herausgefunden. Deshalb kann man die spontane Ordnung des Marktes auch als ein Entdeckungsverfahren bezeichnen. Wer versucht, die Werte der genannten Variablen durch Befehl exogen festzusetzen, verstößt gegen die Natur dieses Spiels und maßt sich ein Wissen an, das niemand in einer „Great Society“ besitzt, in der es keinen Konsens über die Wichtigkeit von Zielen der Menschen geben kann. Solche Eingriffe – z.B. Preisfestsetzungen – dienen der Realisierung besonderer Ergebnisse des Spiels, und sie sind deshalb nicht ordnungskonform – genausowenig wie die Festsetzung eines Spielergebnisses im Fußball oder Schach unabhängig vom Spielverlauf selbst.

Das Prinzip der Ordnungskonformität verlangt, Knappheitsprobleme durch Rückgriff auf Märkte zu lösen. Wenn neue Knappheiten entstehen – Hayek spricht vom „Auftauchen mancher neuer Tatsachen“ (Hayek 2003: 109) –, muß das System abstrakter Regeln weiterentwickelt werden, so daß der Markt seine Allokationsfunktion erfüllen kann. Diese Weiterentwicklung obliegt dem Gesetzgeber und den Gerichten. Der Verträglichkeitstest liefert dafür die Orientierungspunkte: „Wenn wir ... ein gegebenes Normensystem unbefragt hinnehmen und entdecken, daß es in einer gewissen realen Situation das angestrebte Ergebnis nicht ohne irgendwelche ergänzenden Regeln erreicht, so werden diese ergänzenden Regeln aufgrund der bereits bestehenden erforderlich, obwohl sie nicht logisch aus ihnen folgen“ (Hayek 2003: 108). Um ein Beispiel zu geben: Eine bisher freie Ressource wird knapp. Es herrscht Nutzungskonkurrenz, die rechtlich entschieden werden soll. Zwei Möglichkeiten existieren: Es wird Staatseigentum geschaffen, und die Regierung plant die Nutzung zentral. Es wird Sondereigentum geschaffen, und die Nutzung der Ressource wird über die Zahlungsbereitschaft organisiert. Beide Allokationen können den Test auf „compossibility“ bestehen. Aber welche ist ordnungskonform? Wenn eine Analyse des überkommenen Rechtssystems zu dem Schluß führt, daß in der Gesellschaft Nutzungskonkurrenzen dieser Art durch den Markt entschieden werden, dann ist nur die Errichtung von Sondereigentum ordnungskonform.

<sup>29</sup> „Eine Regel des gerechten Verhaltens dient der Harmonisierung der verschiedenen Zwecke vieler Individuen. Ein Befehl dient der Erzielung bestimmter Resultate. Im Unterschied zu einer Regel des gerechten Verhaltens beschränkt er nicht lediglich den Auswahlbereich der Individuen (oder verlangt von ihnen, Erwartungen zu befriedigen, die sie bewußt geweckt haben), sondern befiehlt ihnen, in einer bestimmten Weise zu handeln, die von anderen Personen nicht verlangt wird.

Der Ausdruck ‚Eingriff‘ (oder ‚Intervention‘) wird im eigentlichen Sinne nur auf solche spezifischen Befehle angewendet, die anders als die Regeln des gerechten Verhaltens, nicht lediglich der Bildung einer spontanen Ordnung dienen, sondern auf bestimmte Resultate abzielen“ (Hayek 2003: 279f.).

## IV. Zum Verhältnis von Freiheit und Effizienz

### 1. Hayek und Coase

In diesem Abschnitt wollen wir uns mit einer These befassen, die C. C. v. Weizsäcker formuliert hat: „Die ‚Rule of Law‘ im Sinne von *Hayek* als Inbegriff der Freiheit ist identisch mit dem Effizienzregime, das nach *Coase* aus dem Common Law resultiert.“ (Weizsäcker 2003: 337). Beide Denker beschäftigen sich in der Tat mit Strukturfragen des Rechts. Beide behandeln das Common Law: „Während *Hayek* in der Rechtsfindung des Common Law den evolutorischen Prozeß der Bildung von der Gesellschaft zuträglichen abstrakten Regeln sieht (die ‚Rule of Law‘, die die Freiheit des Individuums in einer produktiven Gesellschaft garantiert), formuliert *Coase* die These, daß im Common Law durch kumulatives Richterrecht die unter Berücksichtigung der Transaktionskosten effiziente Zuordnung von Verfügungsrechten erfolgt. Ist es hier der Begriff der Transaktionskosten und der Effizienz, der im Mittelpunkt steht, so ist es dort der Begriff der Freiheit des Individuums im Rahmen einer arbeitsteiligen Handlungsordnung, die die hohe Produktivität des Individuums gerade vermittels seiner sein Wissen mobilisierenden Freiheit bewirkt“ (Weizsäcker 2003: 336). Weizäckers anfänglich zitierte Frage, ob Hayek und Coase nicht über dasselbe sprechen, läßt sich mit „Ja“ beantworten. Die abstrakten Verhaltensregeln im Sinne Hayeks sind nichts anderes als Regeln, die die Effizienz befördern (so auch die Vermutung Weizäckers 2003: 336). Hayeks Effizienzbegriff entspricht dem der Neoklassik. Hayek schlägt vor, sich das Wirken des Marktsystems als Spiel vorzustellen, das nicht nur zur Schaffung einer Ordnung, „sondern auch zu einem großen Anstieg des Ertrages, den die Menschen aus ihren Anstrengungen ziehen“, führt (Hayek 2003: 266). Es ist ein „wohlstandschaffendes Spiel“ (Hayek 2003: 266). Vom Wettbewerb als einem Entdeckungsverfahren erwartet Hayek, daß er den „Horizont katallaktischer Möglichkeiten“ erreicht (siehe Hayek 2003: 270): „Der Horizont katallaktischer Möglichkeiten (der für ein System, welches  $n$  Güter erzeugt durch eine  $n$ -dimensionale Oberfläche dargestellt würde), würde den Bereich dessen angeben, was heutzutage gewöhnlich als Pareto-Optima bezeichnet wird“ (Hayek 2003: 270).<sup>30</sup> Daß das Erreichen solcher Pareto-Optima nach Ansicht Hayeks abstrakte Verhaltensregeln voraussetzt, macht folgendes Zitat deutlich: „Eine Katallaxie

<sup>30</sup> Daß Wettbewerb Pareto-Optima realisiert, kann man mit Hilfe der experimentellen Spieltheorie zeigen (siehe Smith 1982; Kirstein/Schmidtchen 2002; Schmidtchen/Kirstein 2003). Wettbewerb als Entdeckungsverfahren ist bei Hayek zugleich ein Allokationsmechanismus. Wettbewerb entdeckt nicht abstrakt, sondern in und durch die Transaktionen, die ihn als Austauschprozeß konstituieren. Aber jede Transaktion bewirkt eine Umallokation von Ressourcen im Sinne einer Pareto-Verbesserung. Hayek hat zu Recht niemals ausgeschlossen, daß Wettbewerb als Entdeckungsverfahren zugleich ein Allokationsmechanismus ist. In diesem Zusammenhang mag es auch nützlich sein, daran zu erinnern, daß Hayek alles andere als ein Gegner der Gleichgewichtstheorie war. Hayeks Position wird wohl am besten durch den Satz beschrieben: Ohne die Vorstellung eines Gleichgewichts (oder einer Ordnung) ist Nationalökonomie als empirische Wissenschaft nicht zu betreiben, aber ohne die Hypothese einer Tendenz zum Gleichgewicht wird sie zu einer Übung in reiner Logik (siehe Hayek 1952: 63f.).



ist also die besondere Art spontaner Ordnung, die vom Markt erzeugt wird, wenn sich die Leute an die Regeln des Eigentums-, Haftungs- Vertragsrechts halten“ (Hayek 2003: 260).

Wenn Hayek dann formuliert, daß in einer Katallaxie jeder sein individuelles Wissen zur Verfolgung seiner Zwecke ohne Konflikte mit anderen nutzen kann, dann meint er nichts anderes als die Nutzung individuellen Wissens zur Realisierung von allseitigen Tauschgewinnen. Jeder Tausch aber ist ein Beitrag zur Effizienz, weil die getauschte „Sache“ in die Verfügungsgewalt desjenigen gerät, der sie höher bewertet als der ursprüngliche Besitzer. Eindeutig zugeteilte Property rights und Vertragsfreiheit aber sind die Voraussetzungen des Coase-Theorems. Daß Property rights zur Bildung und Erhaltung einer spontanen Ordnung eindeutig spezifiziert und zugeteilt werden müssen, steht für Hayek außer Zweifel. Aber die Fragen, wie sie zu spezifizieren sind und wem sie zugeteilt werden sollten, bleiben bei ihm unterbelichtet. Daß eine Nutzungskonkurrenz um knappe Ressourcen entschieden werden muß, um Ineffizienz erzeugende Konfliktkosten zu vermeiden, ist eine Angelegenheit, die mit jeder eindeutigen Zuteilung von Property rights gelöst wird – auch einer ineffizienten. Bei Transaktionskosten von Null – das sagt uns das Coase-Theorem – ist die Anfangsallokation von Property rights unter Effizienzgesichtspunkten gleichgültig: die Vertragsfreiheit gewährleistet, daß eine Ressource an den Ort höchster Bewertung gelangt. Bei positiven Transaktionskosten dagegen ist dies nicht mehr garantiert; hier hängt die Effizienz – wie uns Coase gelehrt hat – von der Anfangsallokation der Property rights ab. Hierzu sagt uns Hayek wenig.

Das, was Ökonomen die Frage der Anfangsallokation von Property rights nennen, stellt sich juristisch als Rechtsstreit dar: Wer hat (welches) Recht? Zwar erfordert die Rechtsevolution bei Hayek, daß sich ein Streit (Nutzungskonkurrenz) entwickelt haben muß, damit ein Rechtsfall vor einen Richter kommt (siehe Hayek 2003: 104), aber er hat nirgends in seinen Schriften eine Ebene der Lebenswirklichkeit betreten, die bekanntlich den größten Teil von Coases berühmtem Artikel ausmacht (siehe Coase 1960).<sup>31</sup> Wenn man Freiheit als rechtlich geschützte Erlaubnis zur Nutzung von knappen „physical components“ (im Sinne Steiners) versteht, dann ist die Frage der Entscheidung von Nutzungskonkurrenz im Wege der Spezifikation und personellen Zuteilung von Property rights eine Frage danach, was konkurrierenden Nutzern erlaubt sein soll. Würde man sich – was allerdings weder Hayek noch Coase tun – zur Entscheidung dieser Frage auf die Formel berufen „Die Freiheit des einzelnen, endet da, wo sie die Freiheit der anderen beeinträchtigt“, dann landete man im Nirgendwo. Diese Formel ist eine Leerformel (siehe auch Weizsäcker 2003: 337). Im Falle von Nutzungskonkurrenz impliziert nämlich die Vergrößerung der „protected domain“ des einen die Einschränkung der „protected domain“ eines anderen. Ein Mehr an Rechten für einen verlangt, wenn das Prinzip der „compossibility“ gewahrt bleiben soll, notwendigerweise ein We-

<sup>31</sup> Auch stimmt Hayeks Interpretation der Entwicklung des Common Law nicht mit den historischen Fakten überein (siehe dazu Hamoway 2003): „The common law as it developed over time comprised not only a body of principles derived from precedent but also the ordinances and royal regulations that issued from the king and the *curia regis*“ (Hamoway 2003: 257f.).

niger für den anderen. Die Verteilung von Rechten und die Abgrenzung von „protected domains“ ist also ein Nullsummenspiel. Offensichtlich kann Freiheit nicht zur Lösung dieses Spiels verwendet werden, weil diese Lösung gerade in der Definition der Freiheit des einen gegenüber der des anderen besteht. Sowohl Hayek wie Coase haben eine logisch befriedigende Lösung für das Zuteilungsproblem geliefert, die im Ergebnis übereinstimmt. Aber Coase war konkreter, indem er Effizienz zum expliziten Entscheidungskriterium erhob. Weizsäcker folgt ihm darin und formuliert die Maxime so: „Dem einzelnen sind solche Handlungen nicht erlaubt, die anderen mehr Schaden zufügen, als sie ihm Nutzen stiften“ (Weizsäcker 2003: 337). Bei Transaktionskosten von Null muß man solche Handlungen (= Nutzung von „physical components“) nicht verbieten – sie würden niemals ausgeführt. Bei positiven Transaktionskosten dagegen verlangt die Effizienz ein Verbot der Handlungen.

## 2. Rechtsevolution und Gesetzgebung

Hayek ist mit Recht des evolutionären Optimismus geziehen worden (siehe Vanberg 1981). Er bewundert die kreative Macht der Evolution, weil es durch die damit verbundene „kumulative Einverleibung von Erfahrung in Werkzeuge und Formen des Handelns“ (Hayek 1971: 43) zu einer Vermehrung des Wissens kommt, wie sie irgendein individueller Verstand niemals zu Wege bringen könnte. Das ist der Grund, warum Hayek spontane Regeln als den gemachten Regeln überlegen erachtet. Man könnte geneigt sein zu schließen, daß in dem Maße, in dem man auf spontane Ordnungen vertrauen kann, Regierung überflüssig wird. Aber wie steht es mit der Möglichkeit des Versagens von spontanen Ordnungen? Auf diesen Punkt hat insbesondere Buchanan hingewiesen: „The institutions that survive and prosper need not be those that maximize man’s potential. Evolution may produce social dilemma as readily as social paradise“ (Buchanan 1975: 167); “(t)he principle of spontaneous order, as such, is fully neutral in this respect” (Buchanan 1977: 30). Diese Einsicht könnte einen Grund dafür liefern, die menschliche Vernunft, d.h. die sichtbare Hand, ins Spiel zu bringen. Aber wenn schon im Grundsatz der sichtbaren Hand eine Rolle im Katallaxie-Spiel zugestanden werden sollte, was ist das Kriterium für die Auslösung einer selektiven Intervention? Auch hier identifiziert Buchanan wieder ein Problem: „Surely *Hayek* must acknowledge that the rules that *emerge* (those that need not be ‘constructed’ ... may themselves be inefficient. But what is his own test? While he seems to allow for reform, for ‘legislation’ to correct for evolutionary aberrations, he offers no criteria for judgment.” (Buchanan 1977: 37).

Obgleich Buchanan zweifellos einen schwachen Punkt in Hayeks Werk herausgearbeitet hat, ginge es doch zu weit zu behaupten, daß Hayek die Möglichkeit eines Versagens spontaner Ordnung (oder der unsichtbaren Hand) nicht gesehen hätte und überhaupt kein Kriterium für das Auslösen selektiver Intervention geliefert hätte. So können wir z. B. im Buch „The Fatal Conceit“ lesen: „It would however be wrong to conclude, strictly from such evolutionary premises that whatever rules have evolved are always or necessarily conducive to the survival and increase of the populations following them“ (Hayek 1988: 20).

In Teil I von „Recht, Gesetz und Freiheit“ diskutiert Hayek Gründe dafür, warum wir die Gesetzgebung benötigen: „Obwohl also Regeln gerechten Verhaltens wie die Handelsordnung, die sie ermöglichen, in erster Linie das Ergebnis spontanen Wachstums sind, wird ihre allmähliche Vervollkommnung vorsätzliche Bemühungen von Richtern (oder anderen rechtskundigen Personen) erfordern, die das bestehende System durch Aufstellung neuer Regeln verbessern. In der Tat hätte das Recht, wie wir es kennen, nie voll entwickelt werden können ohne solche Bemühungen von Richtern oder sogar den gelegentlichen Versuch eines Gesetzgebers, es aus der Sackgasse herauszuführen, in die die allmähliche Evolution es drängen kann, oder völlig neuen Problemen Rechnung zu tragen“ (Hayek 2003: 103).

Wir finden in diesem Band auch ein Kapitel mit der Überschrift: „Warum gewachsenes Recht der Korrektur durch die Gesetzgebung bedarf“ (Hayek 2003: 91). Zu Beginn dieses Kapitels steht zu lesen: „Die Tatsache, daß alles Recht, das aus dem Bestreben entsteht, Verhaltensregeln zu verbalisieren, notwendigerweise einige wünschenswerte Eigenschaften haben wird, die die Befehle eines Gesetzgebers nicht unbedingt aufweisen müssen, bedeutet nicht, daß sich derartiges Recht nicht in anderen Hinsichten in ganz unerwünschte Richtungen entwickeln könnte und daß in solchem Fall nicht die Korrektur durch planmäßige Gesetzgebung der einzig gangbare Ausweg wäre. Aus verschiedensten Gründen kann der spontane Wachstumsprozeß in eine Sackgasse gelangen, aus der er mit eigener Kraft nicht wieder herauskommen kann oder an der er zumindest nicht rasch genug etwas ändern kann“ (Hayek 2003: 91).

Die Möglichkeit, daß Recht sich in „unerwünschte Richtungen“ entwickelt und in Sackgassen landen kann, gesteht Hayek also zu.<sup>32</sup> Aber liefert er auch ein Kriterium zur Identifikation einer „unerwünschten“ Richtung oder einer Sackgasse?

Wenn wir eine explizite Definition verlangen, dann hat Hayek in der Tat so etwas nicht geliefert. Allerdings läßt sich die These formulieren, daß das aus der evolutorischen Spieltheorie bekannte Konzept der „evolutionär stabilen Strategie“ (ESS) ein passendes Kriterium liefert (siehe Schmidtchen 1995, 2002). Dabei handelt es sich um ein Nash-Gleichgewicht, das sich in einem dynamischen Prozeß herausbildet. Alle Mitglieder einer Population wählen diese Strategie aus Eigeninteresse; abweichendes Verhalten verringert ihren Nutzen. ESS wird in der Literatur dazu benutzt, Konventionen und Regeln zu erklären.

Der im obigen Zitat enthaltene Ausdruck „Sackgasse“ kann als ineffizientes bereits realisiertes Nash-Gleichgewicht in evolutionär stabilen Strategien interpretiert werden. Und der Ausdruck „unerwünschte Richtung“ kann auf den Prozeß bezogen werden, der in ein ineffizientes Nash-Gleichgewicht in evolutionär stabilen Strategien mündet.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Insofern erscheint manche Kritik, die Hamoway (2003) in seinem ansonsten ausgezeichneten Artikel an Hayek übt, als zu weitgehend. Tatsächlich läßt sich die Entwicklung des Common Law als Resultat der (nicht immer fairen) Konkurrenz zwischen verschiedenen Sparten königlicher Gerichte im mittelalterlichen England erklären (siehe dazu die beeindruckende Schilderung von Hamoway 2003).

<sup>33</sup> „Wir sind gewohnt, die Ordnung, die der Wettbewerb herbeiführt, als Gleichgewicht zu bezeichnen – ein nicht sehr glücklicher Ausdruck, denn ein wirkliches Gleichgewicht setzt voraus, daß die relevanten Tatsachen schon entdeckt sind und der Prozeß des Wettbewerbs daher zum Stillstand gekommen

Aus der Literatur über Standards sind beide genannten Probleme bekannt. Das letztere führt zur Frage, wie man „excess momentum“ verhindern kann, und das erstere besteht darin, wie man mit „excess inertia“ fertig wird.

Standards mögen zu starr sein, d.h. die Menschen bleiben bei einem Standard, obwohl ein besserer verfügbar ist – ein Phänomen, das „excess inertia“ genannt wird. Auf der anderen Seite kann etwas im Begriff sein, zum Standard zu avancieren., obwohl es als ineffizient zu gelten hat (excess momentum). „Excess momentum“ und „excess inertia“ haben die gleiche Ursache, nämlich positive Netzwerkexternalitäten.<sup>34</sup>

Die ökonomische Theorie sagt uns, daß es eine Illusion sein kann, bei Vorliegen positiver Netzwerkexternalitäten auf die wohltätigen Wirkungen spontaner Ordnung zu vertrauen. Hier braucht man häufig eine sichtbare Hand; nicht notwendigerweise die des Staates, aber die Handlungen aller müssen irgendwie durch eine kollektive Aktion organisiert werden. Interpretiert man das Richterrecht als einen Standard, dann hat Hayek in diesem Zusammenhang bereits alles gesagt: „Die Entwicklung des Fallrechtes ist in gewisser Weise eine Art Einbahnstraße: Sobald es einmal eine erhebliche Strecke in einer Richtung zurückgelegt hat, kann es nicht mehr umkehren, wenn gewisse Auswirkungen früherer Entscheidungen sich als eindeutig unerwünscht herausstellen. Die Tatsache, daß auf diese Weise entstandenes Recht manche wünschenswerte Eigenschaften hat, ist keine Gewähr dafür, daß es immer gutes Recht sein wird, oder auch nur, daß nicht manche seiner Regeln sehr schlecht sein können. Sie bedeutet daher nicht, daß wir völlig ohne Gesetzgebung auskommen können“ (Hayek 2003: 91).<sup>35</sup>

ist. Der Begriff der Ordnung, den ich, zumindest in wirtschaftspolitischen Diskussionen, dem des Gleichgewichts vorziehe, hat den Vorteil, daß wir sinnvoll davon sprechen können, daß eine Ordnung in geringerem oder größerem Grade verwirklicht werden kann und daß sich eine Ordnung auch durch Veränderungen hindurch erhalten kann. Während ein Gleichgewicht nie wirklich besteht, ist es doch berechtigt zu behaupten, daß die Art von Ordnung, von der das ‚Gleichgewicht‘ der Theorie eine Art Idealtyp darstellt, in hohem Maße verwirklicht wird. Diese Ordnung manifestiert sich in erster Linie darin, daß die Erwartungen von bestimmten Transaktionen mit anderen Menschen, auf die die Pläne aller Wirtschaftenden aufgebaut sind, in hohem Maße erfüllt werden. Diese wechselseitige Anpassung der individuellen Pläne wird dabei durch einen Vorgang zustande gebracht, den wir, seitdem die Naturwissenschaften auch begonnen haben, sich mit spontanen Ordnungen oder ‚selbst-organisierenden Systemen‘ zu befassen, gelernt haben, als negative Rückkoppelung zu bezeichnen.“ (Hayek 1969: S. 255f.). Hayek definiert Gleichgewicht als Zustand, in dem die Erwartungen von Akteuren nicht enttäuscht werden und die Handlungen koordiniert sind. Eine moderne Interpretation der Hayekschen Gedanken kann auf der Grundlage der evolutionären Spieltheorie geliefert werden, wenn man die Interaktion als Koordinations-Spiel begreift. Ein solches hat mehrere Gleichgewichte, und die Frage lautet, wie Spieler lernen, ein Gleichgewicht zu spielen. Bevor ein Gleichgewicht erreicht ist, kommt es zu Erwartungsenttäuschungen mit korrespondierenden hohen Transaktionskosten. Im Gleichgewicht verschwinden die aus Fehlentscheidungen resultierenden Transaktionskosten, weil alle Erwartungen in Erfüllung gehen.

<sup>34</sup> Man kann von einer positiven Netzwerkexternalität sprechen, wenn ein Handlungstyp (Gut) für ein Individuum um so wertvoller wird, je mehr Individuen diesen(s) Handlungstyp (Gut) bereits gewählt haben.

<sup>35</sup> Zu diesem Themenkomplex siehe Leder 1998; Leder/Schmidtchen 2004.

Wir sollten allerdings nicht vergessen, daß hier nur von einer einzigen Regel die Rede ist. Die Dinge sehen ein bißchen anders aus, wenn man an das System von Regeln als Ganzes denkt:

„Dennoch gilt weiterhin, daß das System von Regeln insgesamt seine Struktur nicht dem Entwurf von Richtern oder Gesetzgebern verdankt. Sie ist das Ergebnis eines evolutionären Prozesses, in dessen Verlauf spontane Ausbreitung von Sitten und überlegte Verbesserungen der Einzelheiten eines bestehenden Systems in ständiger Wechselwirkung waren. Jeder dieser beiden Faktoren mußte im Rahmen der vom anderen beigesteuerten Bedingungen an der Bildung einer faktischen Handlungsordnung mitwirken, deren spezifischer Inhalt immer auch von anderen Gegebenheiten als den Rechtsregeln abhängt. Noch nie wurde ein Rechtssystem als Ganzes entworfen, und sogar die verschiedentlichen Versuche einer Kodifizierung konnten nicht mehr tun, als einen vorhandenen Rechtskomplex zu systematisieren und ihn dabei zu ergänzen oder Widersprüchlichkeiten zu beseitigen“ (Hayek 2003: 103).

## V. Die Herrschaft des Gesetzes (Rule of Law)

Hayeks Verfassung der Freiheit soll das Individuum nicht nur vor Übergriffen anderer Individuen schützen, sondern auch vor willkürlichem Zwang seitens des Staates. Aus diesem Grund muß nach Ansicht Hayeks das Regierungshandeln an die „Rule of Law“ gebunden werden: „Nothing distinguishes more clearly conditions in a free country from those in a country under arbitrary government than the observance in the former of the great principles known as the Rule of Law“ (Hayek 1976: 72).<sup>36</sup>

Die „Rule of Law“ ist ein meta-gesetzliches Prinzip, eine Regel höherer Ordnung, die die Eigenschaften beschreibt, die ideale Gesetze aufweisen müssen (siehe Hayek 1971): Ein Gesetz in seiner Idealform könnte nach von Hayek „als ein Befehl ‚ein-für-alle-Mal‘ bezeichnet werden, der an unbekannte Personen gerichtet ist und von allen besonderen Umständen von Ort und Zeit absieht und sich nur auf Bedingungen bezieht, die überall und jederzeit auftreten können.“ (Hayek 1971: 181). Es ist Hayeks feste Überzeugung, daß jede abstrakte Regel,<sup>37</sup> die prospektiv, also gewiß, ist und die unparteilich angewendet wird – also allgemein –, dem Rechtsstaatsprinzip genügt und einen Beitrag zur Erhaltung einer freiheitlichen Ordnung leistet.<sup>38</sup> Die um die „Rule of Law“

<sup>36</sup> „Under the Rule of Law the government is prevented from stultifying individual efforts by ad hoc action. Within the known rules of the game the individual is free to pursue his personal ends and desires, certain that the powers of government will not be used deliberately to frustrate his efforts“ (Hayek 1976: 73).

<sup>37</sup> „Was mit dem Ausdruck ‚abstrakt‘ gemeint ist, wird in einer klassischen juristischen Formel zum Ausdruck gebracht, die besagt, daß die Regel für eine unbekannte Anzahl zukünftiger Fälle gelten muß.“ (Hayek 1981: 58.)

<sup>38</sup> Ein Gutachter merkte an, daß diese Kriterien, die er unter den Begriff Universalisierbarkeit von Verhaltensregeln zusammenfaßte, wohl unbedacht, als Kriterien für die „rule of law“ interpretiert wurden. Die in diesem Artikel gelieferte Interpretation deckt sich vollständig mit Hayeks Interpretation (siehe Hayek 1971, 14. Kapitel: Die Sicherungen der persönlichen Freiheit; siehe auch Dietze 1976, sowie Hamoway 2003: 260ff.). Im 1. Abschnitt von Kapitel 14 der Verfassung der Freiheit, der den Untertitel „Die Herrschaft des Gesetzes als meta-juristische Lehre“ trägt, kann man folgendes lesen: „Sie ist ein Prinzip, das sagt, was das Recht sein soll, welche allgemeinen Eigenschaften die einzelnen Gesetze besitzen sollen. Das ist deshalb wichtig, weil heute der Begriff Herrschaft des Gesetzes manchmal mit dem Erfordernis der bloßen Gesetzlichkeit aller Regierungstätigkeit verwechselt wird. Die Herrschaft des Gesetzes setzt natürlich vollkommene Gesetzlichkeit voraus, aber das ist nicht genug:

entbrannte wissenschaftliche Diskussion hat jedoch gezeigt, daß Hayek zu optimistisch ist. Die Achtung vor der „Rule of Law“, die Rechtsstaatlich-keit weit im definierten Sinne, ist keine hinreichende Bedingung für den Schutz individueller Freiheit vor staatlicher Willkür (siehe Hamoway 1978: 296; Raz 1979: 4; Rothbard 1980: 48).

Zunächst sei das Kriterium der allgemeinen Anwendbarkeit auf alle Mitglieder einer Gesellschaft betrachtet. Es soll Diskriminierung von Personen oder Personengruppen verhindern. Das Problem besteht darin, daß man durch geschickte Wahl abstrakter Merkmale sicherstellen kann, daß faktisch nur eine Person oder Personengruppe betroffen ist (siehe Hamoway 1978: 292). Hayek bietet jedoch zwei Hilfskriterien für solche Fälle an, in denen Gesetze das Verhalten spezifischer Gruppen regeln (Hayek 1960: 154): Es dürfen keine Namen erwähnt werden und die diskriminierende Regel muß von einer Mehrheit innerhalb und außerhalb der betreffenden Gruppe unterstützt werden (Prinzip der doppelten Mehrheit). Aber auch diese Kriterien haben Schwächen. Hamoway hat darauf hingewiesen, daß durch geschickte Wahl von Worten und Charakteristiken de facto nur eine Person oder Gruppe von Personen betroffen ist (Hamoway 1978: 292). Auch das Prinzip der doppelten Mehrheit wirkt nicht immer: Ist es nicht ein Eingriff in die Freiheit, wenn zwar eine doppelte Mehrheit gegen die Heirat mit Rassenfremden votiert, aber zwei Individuen gleichwohl heiraten möchten? (Siehe Hamoway 1978: 292.) Wenn Privilegien (z. B. Zölle, Subventionen, Markteintrittsbarrieren) nur eine Minderheit betreffen, dann wird eine Mehrheit möglicherweise nicht widersprechen, wenn sie glaubt, nicht fühlbar betroffen zu sein (siehe Hamoway 1978: 292). Das gilt insbesondere, wenn man an eigenen Privilegien interessiert ist.

Die Tauglichkeit des Kriteriums der Abstraktheit, Willkür zu vermeiden, ist ebenfalls bestritten worden. Man könne nämlich – so wurde vorgebracht – mit etwas Phantasie jederzeit hinreichend spezifische, jedoch abstrakt definierte Charakterisierungen finden, die auf genau einen Fall passen (siehe Hamoway 1978: 292).<sup>39</sup> Um eine Meistbegünstigungsklausel zu umgehen, enthielt z. B. der deutsche Zolltarif von 1902 einen speziellen Zollsatz für „Höhenfleckvieh oder von Braunvieh, die in einer Höhenlage von 300

Wenn zum Beispiel ein Gesetz der Regierung unbeschränkte Macht gäbe, zu handeln wie es ihr gefällt, dann würden alle ihre Maßnahmen gesetzlich sein, aber sie stände gewiß nicht unter der Herrschaft des Gesetzes. Die Herrschaft des Gesetzes ist also mehr als Konstitutionalismus: Sie erfordert, daß alle Gesetze gewissen Prinzipien entsprechen.

Da die Herrschaft des Gesetzes eine Beschränkung aller Gesetzgebung ist, kann sie nicht selbst ein Gesetz in demselben Sinn sein, wie die vom Gesetzgeber erlassenen Gesetze. Verfassungsbestimmungen können Verletzungen der Herrschaft des Gesetzes erschweren. Sie können dazu beitragen, unbeabsichtigte Übertretungen von seiten der routinemäßigen Gesetzgebung zu verhüten. Aber der oberste Gesetzgeber kann niemals seine eigene Macht durch ein Gesetz beschränken, weil er ein Gesetz, das er erlassen hat, immer widerrufen kann. Die Herrschaft des Gesetzes ist daher nicht eine Regel des Rechts, sondern eine Regel darüber, was Recht sein soll, ein meta-gesetzliches Prinzip oder politisches Ideal.“ Siehe auch in demselben Kapitel den Unterabschnitt „Die Eigenschaften echter Gesetze“.

<sup>39</sup> Das ist allerdings ein Punkt, den Hayek selbst gesehen hat, wie das folgende Zitat zeigt: „Aber Klassifizierung in abstrakten Begriffen kann immer so weit getrieben werden, daß die bezeichnete Klasse tatsächlich nur aus bestimmten bekannten Personen, oder sogar einem einzigen Individuum besteht.“ (Hayek 1971: 272.)

m über dem Meeresspiegel aufgezogen und alljährlich mindestens einen Monat in einer Höhenlage von mindestens 800 m gesömmert worden sind.“<sup>40</sup>

Das wichtigste durch die „Rule of Law“ begründete Erfordernis jedoch ist in Hayeks Sicht, daß Regeln gewiß sein müssen.<sup>41</sup> Was der Ausdruck Gewißheit meint, wird besonders deutlich an der im „Weg zur Knechtschaft“ gewählten Definition der „Rule of Law“: „Wenn man von allen technischen Einzelheiten absieht, so bedeutet dies, daß die Regierung in allen ihren Handlungen an Normen gebunden ist, die im voraus festgelegt und bekanntgegeben sind, Normen, nach denen man mit ziemlicher Sicherheit voraussehen kann, in welcher Weise die Obrigkeit unter bestimmten Umständen von ihrer Macht Gebrauch machen wird, und die es dem einzelnen erlauben, sein persönliches Verhalten danach einzurichten“ (Hayek 1944: 83). Da bei Regeln mit diesen Eigenschaften jeder wissen kann, wann er gegen ein Gesetz verstößt und wann er staatlichen Zwang zu gewärtigen hat, kann er vermeiden, gezwungen zu werden.<sup>42</sup> Mit Zwang ist also erst bei einem Regelverstoß zu rechnen.

So plausibel die genannten Kriterien der Rechtsstaatlichkeit auf den ersten Blick erscheinen, beim zweiten erweist sich doch ihre Brüchigkeit. Stellt etwa ein allgemeines gesetzliches Verbot, Alkohol zu produzieren, keinen Zwang dar? Wie steht es mit dem allgemeinen gesetzlichen Verbot, ein Auto zu benutzen, ohne die Sicherheitsgurte anzulegen (siehe weitere Beispiele in Rothbard 1980: 48). Hayek sieht offensichtlich in diskriminierendem staatlichen Verhalten die größte Gefahr für die Freiheit. Aber sind diskriminierende Maßnahmen tatsächlich gefährlicher für die Freiheit als allgemeine Verbote?

Robbins hat in seiner sorgfältigen Besprechung des Buches „Die Verfassung der Freiheit“ darauf hingewiesen, daß viele Verbote im Kommunismus gewiß und allgemein anwendbar seien und demgemäß Hayeks Kriterien genügten (siehe Robbins 1963: 95). War Solschenizyn etwa frei? Er hätte doch staatlichen Zwang dadurch vermeiden können, daß er keine Bücher schrieb.

Es dürfte deutlich geworden sein: Ohne zusätzliche inhaltliche Begrenzungen, die über das Vorschreiben formaler Eigenschaften von Regeln hinausgehen, kann auch ein allgemein anwendbares und gewisses Gesetz zum Instrument einer Willkürherrschaft werden (siehe Hamoway 1978: 296; siehe auch Barry 1979: 102). Dies hatte bereits Robbins erkannt, als er fragte: „Cannot law in this sense<sup>43</sup> be oppressive and restrictive? Must we not distinguish between a liberal rule of law and others?“ (Robbins 1963: 94.) Die Antwort auf diese Frage kann hier nur angedeutet und nicht vertieft behandelt werden: Vermutlich kommt man nicht ohne ein Kriterium aus, das sich auf die Wirkungen von Rechtsregeln bezieht. Bei gegebenem System von Normen und Institutionen möge

<sup>40</sup> Zitiert bei Hayek 1971: 272, Fn. 19.

<sup>41</sup> „Wahrscheinlich hat kein einzelner Faktor mehr zur Prosperität des Westens beigetragen als die verhältnismäßig große Rechtssicherheit, die dort bestand“ (Hayek 1971: 271.)

<sup>42</sup> „Wer im voraus weiß, daß er gezwungen werden wird, wenn er sich in eine bestimmte Situation begibt, es aber vermeiden kann, braucht nie gezwungen zu werden“ (Hayek 1971: 172).

<sup>43</sup> Das heißt: „existence of known rules equally applicable to all.“

es zu Veränderungen der Präferenzen, Ressourcenausstattungen und/oder Technologien kommen. Relativpreise ändern sich. Alte Quellen von Einkommen versiegen, neue tun sich auf. Die potentiellen Gewinner investieren in den Wandel von Normen und Institutionen (häufig gegen den Widerstand der potentiellen Verlierer), soweit dieser notwendig ist, um die neuen ökonomischen Gelegenheiten auszubeuten.<sup>44</sup> Adressaten der Bemühungen sind Gerichte, Verwaltung, Gesetzgebung und Öffentlichkeit. Man könnte möglicherweise dahingehend argumentieren, daß die Entwicklung der Rechtsordnung daran gemessen werden könnte, ob neue allgemeine Regeln die Offenheit und Spontaneität der von ihr abhängigen Handlungsordnung einschränken. Falls das der Fall sein sollte, kommt es zu Fehlentwicklungen bzw. Sackgassen, die sich evolutionär herausstellen werden.

## VI. Schluß

Wer den Weg zur Knechtschaft vermeiden möchte, der sollte wissen, wie der Weg zur Freiheit aussieht. Hayek liefert einen Führer, wenn auch einen sehr abstrakten, indem er vorschlägt, „protected domains“ durch die Spezifikation und personelle Zuordnung von Property rights zu schaffen. Innerhalb dieser geschützten Bereiche sind die Besitzer der Property rights frei, ihr Wissen zur Verfolgung ihrer Ziele einzusetzen, ohne daß es zu Handlungskonflikten kommt. Im Falle eines Rechtsstreits sind Richter aufgerufen, die Property rights durch Anwendung von Prinzipien zu spezifizieren und personell zuzuteilen, die sie aus der *ratio decidendi* früherer Entscheidungen herausdestilliert haben (siehe Hayek 2003: 122).<sup>45</sup> Allerdings müssen die Richter ihre Aufgaben „richtig“ wahrnehmen. Richter sollten sich als Organ der spontanen Ordnung verstehen (siehe Hayek 2003: 122). Selbst wenn ein Richter in Erfüllung seiner Funktion neue Regeln schafft, dann „ist er nicht Schöpfer einer neuen Ordnung, sondern Diener, der eine bestehende Ordnung zu erhalten und zu verbessern trachtet“ (Hayek 2003: 122). Richterliche Entscheidungen und Maßnahmen müssen sich am „rationale of the existing order“ (wie sie in überkommenen Rechtsordnung aufscheint) orientieren. Das ist im Kern das Prinzip der Ordnungskonformität. Diese überkommene Rechtsordnung kann als Manifestation der Tradition oder der vorherrschenden Meinungen in einer Gesellschaft über das angesehen werden, was als gerechtes Handeln gelten soll. Ihr kann man entnehmen, ob und welche Handlungen erwünscht sind, wie etwa freie Meinungsäußerung, oder unerwünscht, wie z. B. Diebstahl, Raub, Mord, Täuschung, Wettbewerbsbeschränkungen.

In diesem Beitrag konnte Weizsäckers Vermutung bestätigt werden, daß Coase und Hayek – wenn auch in unterschiedlicher Sprache – über dasselbe reden, nämlich die Entwicklung des „common law“ in Richtung Effizienz. Allerdings ist Coases Zugriff

<sup>44</sup> Siehe dazu die in Schmidchen 1993: 1 genannte Literatur; Schmidchen 1989; Leder/Schmidchen 2004.

<sup>45</sup> Hier dürfte die stare-decisis-Doktrin eine prominente Rolle spielen (siehe dazu Leder 1998; Leder/Schmidchen 2004).



auf die Problematik mit Hilfe des Transaktionskostenbegriffs und der Analyse konkreter richterlicher Entscheidungen sehr viel konkreter als der Hayeksche Versuch, der sich auf das Konzept der spontanen Ordnung stützt.

Wer einen Verträglichkeitstest mit der überkommenen Rechtsordnung als Maß für die Fortentwicklung von Verhaltensregeln befürwortet, landet konsequenterweise in einer Position der „moralischen Relativität“. Und in der Tat nimmt Hayek diese Position – aus guten Gründen, die hier nicht im einzelnen dargelegt werden können –<sup>46</sup> auch ein: „Es kann deshalb kein absolutes Moralsystem geben, das unabhängig von der Art der Gesellschaftsordnung wäre, in der jemand lebt“ (Hayek 2003: 177).<sup>47</sup> Wenn das richtig ist, dann kann es auch keinen absoluten Begriff der Freiheit geben, der unabhängig von der Art und Weise ist, wie sich eine Gesellschaft über die Jahrtausende hinweg entwickelt hat. Das Ideal der Freiheit im Sinne der durch Property rights verbürgten Möglichkeit individueller Selbstverwirklichung ist ein kulturelles Erbe und gehört zu *unserem* Kulturzustand. Worin sich dieser von einem totalitären Zustand unterscheidet, wird besonders deutlich in einem Hayeks Thesen belegenden Vergleich eines ehemaligen DDR-Bürgers: „In der DDR funktionierte alles so wie ein Eisenbahnzug, in dem man auf vorbestimmten Schienen fährt. Es wurde für einen gedacht. Jetzt, hier im Westen, muß ich selber denken.“

<sup>46</sup> Siehe Hayek 2003: 151 ff., Kap. 7, Allgemeinwohl und Einzelzwecke.

<sup>47</sup> „Mir erschiene es beispielsweise moralisch entschieden falsch, einen bereits bewußtlosen alten Eskimo wiederzubeleben, der zu Beginn der Winterwanderung entsprechend den ethischen Anschauungen seines Volkes und mit seiner Zustimmung von seiner Gruppe zurückgelassen worden war, um zu sterben – und richtig nur dann, wenn es mir richtig schiene und in meiner Macht läge, ihn in eine gänzlich andere Gesellschaft zu bringen, in der ich für sein Fortleben sorgen könnte und wollte“ (Hayek 2003: 177).

## Literatur

- Barry, N. P. (1979), *Hayek's social and economic philosophy*, London and Basingstoke.
- Baumgarth, W. P. (1978), Hayek and political order: The Rule of Law, in: *Journal of Libertarian Studies* 2(1), S. 11 – 28.
- Buchanan, J. M. (1975), *The Limits of Liberty*, Chicago.
- Buchanan, J. M. (1977), Law and the Invisible Hand, in: Buchanan, J. M. (1977): *Freedom and Constitutional Contract*, College Station and London, S. 25 – 39.
- Coase, R. (1937), The Nature of the Firm, in: *Economica*, vol. 4., S. 386-405.
- Coase, R. (1960), The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, vol. 3, S. 1 – 44.
- Cunningham, R. L. (1979), *Liberty and the Rule of Law*, College Station and London.
- Dietze, G. (1976), Hayek on the Rule of Law, in: Machlup, F. (ed.), *Essays on Hayek*, Hillsdale, Mich. [Hillsdale College Press], S. 107 – 146.
- Furubotn, E. and S. Pejovich (1974), *The economics of property rights*, Cambridge, Mass.
- Gutmann, G. (1980), Zum Problem der Ordnungskonformität wirtschaftspolitischen Handelns, in: *Das Wirtschaftsstudium*, Nr. 3, S. 137 – 143; Nr. 4, S. 190 – 193.
- Gutmann, G. (1983), *Zur Ordnungskonformität von Wirtschaftspolitik in der Zentralverwaltungswirtschaft Sowjetischen Typs*, Rektoratsrede, Kölner Universitätsreden 60.
- Hamoway, R. (1978), Law and the liberal society: F. A. Hayek's Constitution of Liberty, in: *Journal of Libertarian Studies* 2(1), S. 287 - 97.
- Hamoway, R. (2003), F.A. Hayek and the Common Law, in: *Cato Journal*, vol. 23, No. 2 (Fall): 241-264.
- Hayek, F.A. v. (1952), Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, Erlenbach/Zürich.
- Hayek, F. A. v. (1976): *The road to serfdom*, 2<sup>nd</sup> rev. ed., with preface, The University of Chicago Press, 1976 [deutsch: Der Weg zur Knechtschaft, München 1976].
- Hayek, F. A. v. (1960 [1971]), *The Constitution of Liberty*, London [deutsch: Die Verfassung der Freiheit, Tübingen].
- Hayek, F. A. v. (1969), *Freiburger Schriften*, Tübingen [Mohr Siebeck].
- Hayek, F.A. v. (1978), *New studies in philosophy, politics, economics and the history of ideas*, London and Henley.
- Hayek, F. A. v. (1988), *The Fatal Conceit*, London [Routledge].
- Hayek, F. A. v. (2003), *Recht, Gesetz und Freiheit*, Tübingen [Mohr Siebeck].
- Hensel, K. P. (1979), *Einführung in die Theorie der Zentralverwaltungswirtschaft*, 3. Aufl., Stuttgart, New York.
- The Institute of Economic Affairs (1984), *Hayek's 'serfdom' revisited*, Essays by economists, philosophers and political scientists on *The road to serfdom* after 40 years.,
- Kelley, D. (1984), Life, liberty, and property, in: E. Frankel Paul, J. Paul, F. D. Miller (eds.), *Human rights*, Oxford [Basil Blackwell], S. 108 – 118.
- Kempski, J. v. (1961), Grundlagen zu einer Strukturtheorie des Rechts, in: *Abhandlungen der Geistes und der Sozialwissenschaftlichen Klasse der Akademie der Wissenschaften und Literatur in Mainz*, No. 2.
- Kempski, J. v. (1965), *Recht und Politik*, Stuttgart [Kohlhammer].
- Kirstein, R., D. Schmidtchen (2002), Eigennutz als Triebfeder des Wohlstands: die invisible hand im Hörsaalexperiment sichtbar gemacht, in: *ORDO*, Bd. 53, Stuttgart, S. 227 – 240.
- Leder, M. (1998), *Die sichtbare und die unsichtbare Hand in der Evolution des Rechts*, Berlin [Schriften zur wissenschaftlichen Analyse des Rechts, Bd. 33].
- Leder, M., D. Schmidtchen (2004), Die unsichtbare Hand in der Evolution des Rechts, *Discussion Paper*, Center for the Study of Law and Economics, Universität des Saarlandes.
- Machlup, F. (1976), Hayek's contribution to economics, in: F. Machlup (ed.), *Essays on Hayek*, Hillsdale, Mich. [Hillsdale College Press], S. 13 – 59.
- McCloskey, H. J. (1965), A critique of the ideals of liberty, *Mind* 74.
- Popper, K. R. (1957), *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, Bd. I, Bern.
- Raz, J. (1979), The rule of law and its virtue, in: Cunningham (1979), S. 3 - 21.
- Robbins, L. (1963), *Politics and economics*, London.
- Röpke, W. (1948), *Die Gesellschaftskrise der Gegenwart*, 5. Aufl., Erlenbach-Zürich.

- Rothbard, M. (1980), F. A. von Hayek and the concept of coercion, in: *ORDO* 31, S. 43 - 50.
- Schmidtchen, D. (1983), *Property right, Freiheit und Wettbewerbspolitik*, Tübingen [Walter Eucken Institut, Vorträge und Aufsätze 89].
- Schmidtchen, D. (1987), Hayek on Liberty and the Rule of Law: The Road to Serfdom Revisited, in: Pejovich, S. (ed.), *Socialism: Institutional, Philosophical and Economic Issues*, Dordrecht et. al. [Kluwer Academic Publ.], S. 115 - 144.
- Schmidtchen, D. (1988), Fehlteile über das Konzept der Wettbewerbsfreiheit, in *ORDO, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, Bd. 39, S. 111 - 135.
- Schmidtchen, D. (1989), Evolutorische Ordnungstheorie oder: Die Transaktionskosten und das Unternehmertum, in: *ORDO*, Bd. 40, S. 161 - 182.
- Schmidtchen, D. (1993), Einleitung: Neue Politische Ökonomie von Normen und Institutionen, in: *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, Tübingen, S. 1 - 10.
- Schmidtchen, D. (1995), Die Zwillingsideen der Evolution und der spontanen Bildung einer Ordnung, in: H.-H. Francke (Hrsg.): *Ökonomischer Individualismus und freiheitliche Verfassung. Gedenkakademie für Friedrich August von Hayek*, Freiburg/Br., S. 239 - 271.
- Schmidtchen, D. (2002), Korreferat zu D. Schneider, Erklärt methodologischer Individualismus „Zwillingsvorstellungen“ von Evolution und der spontanen Bildung einer Ordnung durch Wettbewerb?, in: Lehmann-Waffenschmidt, M. (Hrsg.), *Studien zur evolutorischen Ökonomik VI*, (Schriften des Vereins für Socialpolitik, NF Bd. 195/VI, Berlin), S. 239 - 246.
- Schmidtchen, D., R. Kirstein (2003), Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: *ORDO*, Bd. 54, Stuttgart, S. 75 - 92.
- Smith, V. (1982), Markets as Economizers of Information: Experimental Examination of the „Hayek-Hypothesis“, in: *Economic Inquiry*, vol. 20, S. 165 - 179.
- Steiner, H. (1974/75), Individual liberty, in: *Proceedings of the Aristotelian Society*, 73, S. 33 - 50.
- Steiner, H. (1977), The structure of a set of compossible rights, in: *Journal of Philosophy*, 74, S. 767 - 775.
- Stigler, J. (1978), Wealth, and possibly liberty, in: *Journal of Legal Studies*, 7, S. 213 - 217.
- Vanberg, V. (1981), *Liberaler Evolutionismus oder vertragstheoretischer Konstitutionalismus?*, Tübingen (Walter Eucken Institut, Vorträge und Aufsätze 80).
- Weizsäcker, C. C. v. (2003), Hayeks Aufsätze zur Ordnungsökonomik sowie zur politischen Philosophie und Theorie, in: *ORDO, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 335 - 339.

## Zusammenfassung

Dieser Beitrag prüft (1) Hayeks Behauptung, daß abstrakte Verhaltensregeln und Eigentum die einzige Lösung für das Problem darstellen, individuelle Freiheit mit konfliktfreiem Handeln zu versöhnen. Er zeigt (2), daß der von Hayek vorgeschlagene Test der Verträglichkeit auf das überkommene Rechtssystem als Leitlinie für Richterrecht dem Prinzip der Ordnungskonformität entspricht, das auf W. Röpke zurückgeht. Der Beitrag interpretiert (3) Hayeks „Recht der Freiheit“ im Lichte des Coase-Theorems und begründet, warum Effizienz das einzige funktionsfähige Kriterium für die Spezifikation und personelle Zuteilung von Property rights darstellt. Es wird (4) gezeigt, daß Hayek trotz seiner Bewunderung der schöpferischen Kräfte spontaner Ordnungen der Gesetzgebung eine korrigierende Rolle zubilligt. Der Beitrag diskutiert abschließend Hayeks Interpretation der Rule of Law.

## Summary

### **Law, property and efficiency: Remarks on F.A. v. Hayek's Constitution of Liberty**

Law, property and efficiency: Remarks on F.A. v. Hayek's Constitution of Liberty

This paper (1) investigates Hayek's proposition that law in the sense of universal rules of conduct and property are the only solution to the problem of reconciling individual freedom with the absence of conflict. It (2) argues that the test of the compatibility with the inherited body of law as a guide line for the evolution of judge made law, basically comes down to the principle of "Ordnungskonformität" originating from W. Röpke. It (3) interprets Hayek's "law of liberty" in Coasean terms and advances the contention that efficiency is the only workable criterion for the specification and allocation of property rights. It (4) delivers evidence that Hayek – despite his admiration of the create powers of spontaneous orders – makes out a case for government intervention. Finally, the paper discusses Hayek's interpretation of the Rule of Law.