

Engel, Christoph

Working Paper

Die soziale Funktion des Eigentums

Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, No. 2002/7

Provided in Cooperation with:

Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Suggested Citation: Engel, Christoph (2002) : Die soziale Funktion des Eigentums, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, No. 2002/7, Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/274135>

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.



Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie

Preprints
aus der Max-Planck-Projektgruppe
Recht der Gemeinschaftsgüter
Bonn
2002/7

Die soziale Funktion des Eigentums

von
Christoph Engel

Inhalt

I.	Anliegen	4
1.	Rechtspolitischer Anlass	4
2.	Gefahren für das Eigentum	6
a)	Res extra commercium	6
b)	Öffentliches Eigentum	8
c)	Beschränkende Primärallokation	9
d)	Staatliche Aneignung	9
e)	Zwangswise Übertragung auf andere Private	10
f)	Verdünnung	10
g)	Aufspaltung	11
h)	Befristung	11
3.	Konzeptioneller Ort der Funktionsanalyse	12
a)	Politischer Entscheidungsfreiraum?	12
b)	Schutz ohne Rücksicht auf Funktion?	14
c)	Historisch eingebettete soziale Funktion	15
4.	Funktion der Funktionsanalyse	16
a)	Politischer Diskurs	16
b)	Juristischer Diskurs	17
5.	Bedingungen der Funktionsanalyse	18
a)	Fundamentale Relativität	19
b)	Fundamentale Selektivität	20
c)	Unsicherheit	21
d)	Vergleichende Analyse	22
e)	Inzidenzanalyse	22
6.	Eigentumsbegriff	22
7.	Gang der Untersuchung	23
II.	Allokation	24
1.	Das Allokationsproblem	24
2.	Der rationaltheoretische Analyserahmen	26
3.	Markt versus Plan	27
a)	Einführung	27
b)	Steuerungsmechanismus	28
c)	Treffsicherheit	29
d)	Flexibilität und Robustheit	32
e)	Steuerungskosten	33
f)	Informationsgewinnung und –verarbeitung	34
g)	Zugriff auf Ressourcen	35

h)	Anfälligkeit für verzerrende Eigeninteressen	36
4.	Eigentum als tragende Institution einer Marktwirtschaft	37
5.	Folgen fehlender oder unvollkommener Verfügungsrechte	40
6.	Eigentumsversagen	41
a)	Commons	42
b)	Anticommons	43
7.	Marktversagen	44
8.	Realistischere Verhaltensmodelle	45
a)	Motivation	45
b)	Biases	46
c)	Kognition	47
d)	Gegenstandsspezifische Entscheidungsregeln	48
III.	Andere soziale Leistungen des Eigentums	48
1.	Evolution	48
2.	Konflikt	51
3.	Freiheit	52
4.	Identität	55
5.	Sozialisierung	55
6.	Rechtsstaat	56
7.	Demokratie	57
8.	Staatlichkeit	58
IV.	Soziale Dysfunktion von Eigentum?	58
1.	Verteilung	58
2.	Unveräußerlichkeit	60
3.	Fairness und Ethik	61
4.	Präferenzen für Institutionen	62
5.	Koexistenz fundamental unvereinbarer normativer Positionen	63
V.	Management von Verfügungsrechten ohne Recht	64
1.	Mechanismen	64
2.	Bewertung	66
VI.	Absolutes oder relatives Eigentum?	68
1.	Einleitung	68
2.	Praxis	69
3.	Analytische Einordnung	70

4.	Soziale Funktion von absolutem Eigentum	70
a)	Allokation	71
b)	Anticommons-Problem	72
c)	Wettbewerb	73
d)	Hege	74
e)	Verteilung	75
f)	Psychologische Vorzüge	76
g)	Evolution	76
h)	Konflikt	76
i)	Freiheit	77
j)	Identität	78
k)	Sozialisierung	78
l)	Rechtsstaat	78
m)	Demokratie	78
5.	Sozialer Nutzen von relativem Eigentum	79
a)	Präzisere Verfügungsrechte	79
b)	Aufspaltung der Verfügungsrechte als Regulierungsinstrument	80
c)	Evolution	80
d)	Verteilung	81
e)	Staatliche Steuerung	81
6.	Ziele einer Eigentumspolitik	82
	Literatur	84

* Gutachtenverfahren haben ihre eigene Dynamik. Als ich das Gutachtenverfahren eingeleitet habe, rechnete ich nicht damit, dass es etwas länger dauern würde als gewöhnlich. Umgekehrt war der Springer-Verlag ganz ungewöhnlich schnell. So ist aus dem Preprint nun ein Postprint geworden. Der Text ist gedruckt bereits erschienen in: Thomas von Danwitz/Otto Depenheuer/Christoph Engel: Bericht zur Lage des Eigentums, Berlin (Springer) 2002, 9-107. Ich stelle den Text hier trotzdem ein zweites Mal zur Verfügung. Denn die drei Gutachter haben eine Vielzahl hilfreicher Anmerkungen gemacht, auf die ich gern eingehen wollte. Mein Dank dafür geht an Adrienne Héritier, Alkuin Kölliker und Stefan Okruch.

I. Anliegen

1. Rechtspolitischer Anlass

Es gibt kaum ein säkulareres Volk als das deutsche. Doch gibt es zugleich kaum ein Volk, das die Bergpredigt stärker verinnerlicht hat. Selig die Armen, denn ihrer ist das Himmelreich. Nicht weniger kräftig ist die idealistische Wurzel des soupçon. Wer seinen Wohlstand nicht sittsam verbirgt, muss Reaktionen gewärtigen wie Beethovens leichtfertiger Briefpartner. Der hatte seiner Unterschrift ganz unschuldig das Wort „Brauereibesitzer“ hinzugefügt. Der Meister schurigelte ihn im Antwortbrief barsch mit der Unterschrift „Ludwig van Beethoven, Hirnbesitzer“.

In Amerika konnte Oliver Williamson sein wichtigstes Buch ganz selbstverständlich „The Economic Institutions of Capitalism“ nennen¹. Dass die Übersetzerin den Titel einfach wörtlich ins Deutsche übertragen hat², ist dagegen ein rechter Missgriff. Denn in diesem Lande ist Kapitalist ein Schimpfwort. Es bezeichnet einen seelenlosen Egoisten, der um des schnöden Mammon willen Schicksale plattwalzt und Existenzen vernichtet. Im sozialen Affekt gehören Eigentum und Ausbeutung zusammen. Wer für das Eigentum streitet, ist ein Knecht der Raffgierigen. Geben, nicht Nehmen macht selig. Elisabeth von Thüringen gehört aufs Podest, nicht Alfred Krupp. Wohlstand ist sozial nur dann erträglich, wenn er mit einem sichtbar schlechten Gewissen gepaart ist. Eher kommt ein Kamel durch ein Nadelöhr als ein Reicher ins Himmelreich. Das Bibelwort kennen nicht mehr viele, aber zustimmen würden die meisten sofort.

Aus all dem spricht auch nicht bloß ein verständlicher Neid der Besitzlosen. Die Deutschen sind nun wahrlich kein armes Volk mehr. Gemessen am Bruttosozialprodukt ist die Einkommensspreizung in Deutschland ganz gering³. Es gibt mittlerweile also sehr viele wohlhabende Deutsche. Bei erstaunlich vielen hält sich trotzdem der Verdacht gegen das Eigentum. Sie werden dadurch zwar nicht zu Franziskanerbrüdern, die ihr Vermögen Mutter Kirche schenken und bettelnd durch die Lande ziehen. Aber reich sind ja auch nur die anderen.

Die Mentalitätsgeschichte der Deutschen ist offensichtlich stärker als die Realität⁴. Über das liberale Intermezzo am Ende des 19. Jahrhunderts hinweg hat sich der germanischrechtliche Gedanke des „pflichtigen“ Eigentums gehalten⁵. Nach wie vor geht es mit *Otto von Gierke* vor allem um „die soziale Aufgabe des Privatrechts“⁶. Die schärfsten Eigentumsgegner mö-

1 WILLIAMSON *Institutions of Capitalism* 1985.

2 WILLIAMSON, O.E. (1990). *Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus. Unternehmen, Märkte, Kooperationen*. Übersetzt von Monika Streissler. Tübingen, Mohr (Siebeck).

3 Plastisch FREEMAN in *Deutsch-Amerikanisches Akademisches Konzil* 1998, 63-70.

4 S. auch LEISNER in *Isensee und Kirchhof* 2001, R 1: „Seit zwei Jahrhunderten finden um das Privateigentum [...] die heftigsten Verfassungskämpfe der Neuzeit statt, nirgends ist der Rechtskonsens so gering wie hier“.

5 Anregend zur Geistesgeschichte des Eigentums HATTENHAUER in *Baur* 1988.

6 GIERKE *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* 1889.

gen nur noch wenig Gefolgschaft haben⁷: „Eigentum ist Diebstahl“ hatte *Pierre Joseph Proudhon* behauptet⁸. *Jean Jacques Rousseau* sah im Eigentum nur den Generator von Ungleichheit⁹, *Karl Marx* den Quell der Ausbeutung¹⁰. Aber das Eigentum ist in der Verteidigungsposition geblieben. Konsens finden bestenfalls die nuancierenden Thesen der katholischen Soziallehre¹¹.

Auch das Bundesverfassungsgericht steht in dieser Tradition der Eigentums skeptiker. „Zugleich soll der Gebrauch des Eigentums dem Wohl der Allgemeinheit dienen [...]. Hierin liegt die Absage an eine Eigentumsordnung, in der das Individualinteresse den unbedingten Vorrang vor den Interessen der Gemeinschaft hat“¹². „Die Tatsache, dass der Grund und Boden unvermehrbar und unentbehrlich ist, verbietet es, seine Nutzung dem unübersehbaren Spiel der freien Kräfte und dem Belieben des Einzelnen vollständig zu überlassen; eine gerechte Rechts- und Gesellschaftsordnung zwingt vielmehr dazu, die Interessen der Allgemeinheit beim Boden in weit stärkerem Maße zur Geltung zu bringen als bei anderen Vermögensgütern. [...] Er kann im Rechtsverkehr nicht wie eine mobile Ware behandelt werden“¹³.

In Werturteilsfragen gibt es keinen wissenschaftlichen Beweis¹⁴. Sehr wohl können die Wissenschaften aber über die Argumente aufklären, die bei der Wertentscheidung gegeneinander abgewogen werden müssen. Angesichts der tiefsitzenden Eigentums skeptis der Deutschen tut solche Aufklärung besonders Not. Sie ist das Anliegen dieser Untersuchung. Die Argumente der Eigentums skeptiker werden dabei nicht ausgeblendet. Manche Argumente sind bei näherem Zusehen aber gar nicht stichhaltig. Andere werden überschätzt. Jedenfalls und vor allem müssen sie aber ins rechte Verhältnis zu den zahlreichen und gewichtigen Argumenten gesetzt werden, die für das Eigentum streiten.

Dabei ist die Untersuchung bewusst für Deutschland und für heute geschrieben. Sie braucht manche Probleme deshalb gottlob nicht in den Blick zu nehmen. Es ist vermutlich kein Zufall, dass es für viele Tropenkrankheiten wenig Behandlungsmöglichkeiten gibt. Die Zahl der Betroffenen ist zwar groß. Aber das Einkommen der betroffenen Völker ist so niedrig, dass sie für die Pharmaindustrie der Industrienationen keine attraktiven Märkte darstellen. Vergleichbar drastische Verteilungsprobleme gibt es in Deutschland aber nicht. Deshalb muss dieses Gerechtigkeitsproblem beim Design der Institutionen nicht im Vordergrund stehen. In Deutschland gibt es auch keine Junker mehr, denen ganze Landstriche gehören. Deshalb braucht uns die Sorge wenig zu kümmern, die Eigentumsordnung könne demokratisch nicht

7 Näher ERDMANN in Baur 1988; s. auch VON MANGOLDT, KLEIN und STARCK Das Bonner Grundgesetz I 1999, Depenheuer Art. 14 GG, R 3.

8 PROUDHON Qu'est-ce que la propriété? 1867.

9 ROUSSEAU Inégalité 1755.

10 MARX Kapital 1873.

11 S. nur NELL-BREUNING Soziallehre 1980.

12 BVerfG 16.2.2000, R 39.

13 BVerfGE 21, 73, 83; s. auch BVerfGE 52, 1, 32 f.

14 Eindringlich WEBER Wissenschaft als Beruf 1967.

kontrollierte politische Herrschaft zementieren. Weil es um eine Untersuchung für Deutschland geht, konzentrieren sich die dogmatischen Belege im übrigen auf das Grundgesetz¹⁵.

Dies ist zwar keine dogmatische Untersuchung, aber doch eine juristische. Sie beginnt deshalb mit einer Systematik der Gefahren, die dem Eigentum vom Staat drohen (2). Gegenstand der Untersuchung ist die Frage nach der sozialen Funktion der Institution Eigentum. Damit nimmt die Untersuchung einen genau bestimmbar konzeptionellen Standpunkt ein (3). Das geschieht in der Erwartung, dass Funktionsanalyse selbst eine spezifische soziale Funktion erfüllt (4). Die Funktionsanalyse von Institutionen hat ihre eigenen Bedingtheiten (5). Derart vorbereitet soll eingangs schließlich der hier verwendete Eigentumsbegriff umschrieben werden (6).

2. Gefahren für das Eigentum

Der normative Diskurs über das Eigentum ist kein Glasperlenspiel. Wie gut das Eigentum in Deutschland gesichert ist, hängt zwar unmittelbar an den einschlägigen Normen des einfachen Rechts. Sie sind aber selten eindeutig. Der Gesetzgeber kann sie ändern. Das Verfassungsgericht kann sie einschränkend interpretieren. All das sind Einfallstore für die verbreitete Eigentumsskepsis. Durch sie können aus Mentalitäten handfeste Gefahren für das Eigentum werden. Im Extremfall wird es ganz beseitigt (a). Der Staat verbietet die Veräußerung an Private (b) oder gestaltet es von vornherein in beschränkender Weise aus (c). Das Eigentum wird aber auch dann schwächer, wenn erhebliche Teile davon durch Übereignung in die Hand des Staats geraten (d) oder wenn der Staat sie zwangsweise an dritte Private überträgt (e). Die Rechtsordnung kann das Eigentum bis auf die schmutzige Fassade verdünnen (f). Sie kann das einheitliche Eigentum aufspalten (g). Sie kann es schließlich befristen (h).

a) *Res extra commercium*

Im äußersten Fall verzichtet der Staat nicht nur darauf, für ein bestimmtes Gut Verfügungsrechte zu schaffen. Vielmehr verbietet er den Märkten zugleich, dies selbst zu tun. Beispiele sind menschliche Organe, geschützte Tier- und Pflanzenarten sowie chemische Stoffe, die der Staat für zu gefährlich hält. Diese drei Gegenstände illustrieren zugleich unterschiedliche Rechtstechniken. § 17 I 1 Transplantationsgesetz verbietet den Handel mit Organen, die einer Heilbehandlung dienen¹⁶. § 20 f Bundesnaturschutzgesetz verbietet es, sich besonders geschützte Tier- und Pflanzenarten anzueignen, sie zu besitzen und sie weiter zu veräußern. § 17 I 3 Chemikaliengesetz verbietet schließlich bereits die Herstellung besonders gefährlicher Stoffe¹⁷.

15 Umfassend zu den auch für Deutschland geltenden internationalen Garantien des Eigentums VON DANWITZ in von Danwitz, Deppenheuer und Engel 2002.

16 Näher HÖFLING und RIXEN Transplantationsmedizin 1996; MÜLLER Körpersubstanzen 1997.

17 Beispiele solcher Stoffe finden sich bei BÖHM Normmensch 1996, 84.

Der Staat ist etwas vorsichtiger, wenn er nur darauf verzichtet, in der Rechtsordnung die geeigneten Verfügungsrechte zu schaffen. Dann kann sich der Verkehr grundsätzlich selbst helfen¹⁸. Die Transaktionskosten für Geschäfte mit dem Gut steigen dann aber, oft sogar dramatisch¹⁹. Die steuernde Wirkung geht also letztlich von den Kosten aus. Das Fehlen der Verfügungsrechte in der Rechtsordnung wirkt wie eine Abgabe auf das fragliche Gut, deren Höhe der Staat nicht kennt. Unter Umständen sind die Kosten sogar prohibitiv. Ein anschauliches Beispiel ist die Unternehmensehypothek. In den angelsächsischen und skandinavischen Ländern gibt es dieses dem deutschen Recht unbekanntes Sicherungsmittel. Sicherungsgegenstände sind nicht mehr die einzelnen Gegenstände des Anlagevermögens, sondern das Unternehmen als lebende Einheit²⁰. Das ist wirtschaftlich vorteilhaft, weil dann auch der Unterschied zwischen den Zerschlagungswerten und den Werten der funktionsfähigen Einheit als Sicherungsmittel zur Verfügung steht²¹. Werden Unternehmen vor ihrem Verkauf bewertet, wird dafür der sogenannte Firmenwert angesetzt²². Bisher ist es der Wirtschaftspraxis nicht gelungen, durch ein selbstgeschaffenes Sicherungsrecht Abhilfe zu schaffen.

Findiger war die Praxis bei den Senderechten für Sportereignisse. Auch hier fehlt ein Verfügungsrecht. Es müsste systematisch konsequent im Urheberrecht angesiedelt werden. Da Sportübertragungen schon nach wenigen Tagen kaum noch jemanden interessieren, spielt der sonst das Urheberrecht prägende Streit um die Schutzdauer hier praktisch keine Rolle. Es würde genügen, wenn dem Veranstalter nur für ganz kurze Zeit ein exklusives Recht zugestanden würde. Die Praxis hilft sich mit dem Hausrecht des Veranstalters. Er verwehrt fremden Kamerateams den Zugang zum Stadion.

Manchmal beschränkt sich die Rechtsordnung auch darauf, dem Markt bestimmte Instrumente zu nehmen, mit denen er sich selbst Verfügungsrechte schaffen könnte. Ein Beispiel sind die national und international lebhaft diskutierten Beschränkungen für die Verschlüsselung elektronischer Datenströme²³. Dadurch werden Inhalte künstlich gemeinfrei oder jedenfalls verletzlich, für die an sich mit geringem technischen und ökonomischen Aufwand sichere Verfügungsrechte geschaffen werden könnten.

Schließlich beseitigt das Recht manchmal Verfügungsrechte, die zuvor bestanden. So ermächtigt § 3 I 6 Pflanzenschutzgesetz das Landwirtschaftsministerium, die Vernichtung von Gegenständen anzuordnen, die mit bestimmten Schädlingen befallen sind. Oft ist die Beseitigung von Verfügungsrechten aber nicht so leicht zu erkennen. Ein Beispiel findet sich im Kreislaufwirtschaft- und Abfallgesetz. Nach § 13 des Gesetzes müssen Haushalts- und eine Reihe von Industrieabfällen den jeweils zuständigen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern an-

18 Zu den Möglichkeiten, aber auch zu den normativen Problemen solcher Selbsthilfe näher unten V.

19 EGGERTSSON *Institutions* 1990, 35.

20 Näher WENCKSTERN *RabelsZ* 1992.

21 Es bleibt natürlich auch in Deutschland einem Kreditgeber unbenommen, die Ertragskraft des Kreditnehmers in seine Entscheidung über die Gewährung des Kredits einzubeziehen. Aber er kann sich bei uns die künftige Ertragskraft nicht als Sicherungsmittel mit sachenrechtlicher Wirkung überschreiben lassen.

22 Falls man nicht gleich anstelle der Substanzwertmethode die Ertragswertmethode verwendet. Dann kapitalisiert man die Ertragsersparungen des Unternehmens, näher SCHULTZE *Unternehmensbewertung* 2001.

23 DAM und LIN *Cryptography* 1996.

gedient werden²⁴. Obwohl Abfall aus beweglichen Sachen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs besteht, verliert der Eigentümer also in dem Moment das Verfügungsrecht, in dem die Sache vom Produkt zum Abfall wird. Der komplizierte Abfallbegriff in § 3 des Gesetzes ist folglich das Instrument, um das Verfügungsrecht an den Produkten aufzuheben.

b) *Öffentliches Eigentum*

Das deutsche Recht geht nur selten so weit, Verfügungsrechte an einem Gegenstand vollständig auszuschließen. Sehr viel häufiger schafft es zwar Verfügungsrechte, ordnet sie aber ausschließlich dem Staat zu. Dann stellt sich eine Folgefrage: Was geschieht, wenn sich der jeweilige Hoheitsträger von diesem Vermögensgegenstand trennen will? Kann er ihn an einen Privatmann übertragen? Wenn das ausgeschlossen ist, spricht man von öffentlichem Eigentum. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Lösung in einer ganzen Reihe von Entscheidungen ausdrücklich für zulässig gehalten²⁵.

Ein Beispiel sind die Deiche in Hamburg. Unter dem Eindruck des Hamburger Stadtsiegel-Falls erwägt der Gesetzgeber, auch für bestimmte Kulturgüter eine solche Regelung zu schaffen²⁶. Das Siegel war im Zweiten Weltkrieg aus dem Archiv der Stadt verschwunden. In den 80er Jahren tauchte es auf einem Trödelmarkt wieder auf. Ein Privater hatte es bei einer öffentlichen Auktion rechtmäßig erworben. Die Stadt scheiterte deshalb mit ihrem auf § 985 BGB gestützten Herausgabeanspruch. Auch unter Berufung auf ihre öffentlich-rechtliche Sachherrschaft konnte sie den Herausgabeanspruch vor den Verwaltungsgerichten nicht durchsetzen²⁷.

Öffentliches Eigentum stellt einen Gegenstand zwar nicht vollständig extra commercium. Der Gegenstand kann aber nur noch zwischen den im einzelnen bestimmten Hoheitsträgern übertragen werden. Die Rechtsordnung stellt die Funktionsbindung also bereits durch eine Einschränkung des Sachenrechts sicher. Mit dem gleichen rechtstechnischen Instrument haben die untergegangenen Planwirtschaften in den sozialistischen Ländern regelmäßig auch das staatliche Produktionsmonopol geschützt. An sich ist das Monopol selbst natürlich kein Eingriff in die Verfügungsrechte, sondern ein rechtliches Marktzutritts Hindernis. Zusätzlich lag das Eigentum an den Produktionsmitteln aber bei dem Staat und den von ihm zu diesem Zweck geschaffenen juristischen Personen. An einen Privatmann hätten die Produktionsmittel gar nicht wirksam übertragen werden können²⁸:

24 Näher BECKMANN und KREKELER Umwelt- und Planungsrecht 1997; UNRUH Landesrechtliche Andienungspflichten 1997.

25 BVerfGE 24, 367, 389; E 49, 89, 146; s. auch E 58, 300, 339: aus Art. 14 GG „folgt jedoch nicht, dass jedes Rechtsgut von Verfassungs wegen einer privatrechtlichen Herrschaft unterworfen sein müsse“.

26 Den Hinweis verdanke ich RUDOLF STREINZ.

27 Einzelheiten bei MERLI Öffentliche Nutzungsrechte 1995, 62-64.

28 STREIT Wirtschaftspolitik 1991, 30.

c) *Beschränkende Primärallokation*

Wenn der Staat Verfügungsrechte an einem Gegenstand neu begründet, kann er das Wirtschaftsgeschehen durch die Art steuern, in der er diese Verfügungsrechte zuteilt. Das klassische Beispiel ist ein Patent. Es ist ein Monopol auf Zeit für die Nutzung technischer Erfindungen. Ohne diesen Schutz wäre der Anreiz für Erfindungen zu gering. Denn Ideen sind öffentliche Güter²⁹. Das Patent ist aber ein äußerst grobes Instrument. Hat ein Einfall Erfindungshöhe, erhält der Erfinder vollen Schutz, unabhängig davon, wie groß der Aufwand oder wie wertvoll die Idee war³⁰. Die Schutzfrist ist immer gleich lang, auch wenn sie zur Amortisation der Investition gar nicht erforderlich oder umgekehrt dafür gar nicht ausreichend ist³¹. Nur der Erstanmelder erhält das Patent. Forschen gleichzeitig mehrere Unternehmen an einem Gegenstand, geht also vollständig leer aus, wer nur wenige Stunden zu spät kommt³². Bessere Lösungen hat die Rechtsordnung bislang aber nicht gefunden.

Gar nicht so selten nutzt der Staat die Vergabe von Verfügungsrechten, um unternehmerisches Handeln mit ganz anderer Zielsetzung zu regulieren. So haben die Landesmedienanstalten die knappen terrestrischen Frequenzen regelmäßig nur an solche Unternehmen vergeben, die sich zu Investitionen im Lande entschlossen und überdies Zusagen für die Struktur ihrer Programme gemacht haben.

Ein besonders eigenartiges Verfahren enthalten die §§ 69-70 GewO. Danach kann die Gewerbeaufsichtsbehörde privaten Unternehmen durch Verwaltungsakt das Recht zur Veranstaltung öffentlicher Märkte gewähren. Diese Unternehmen unterliegen dann öffentlich-rechtlichen Bindungen aus § 70 GewO für die Zulassung von Besckickern. Der Staat stellt durch den ersten Schritt also erst künstlich Knappheit her, um im zweiten Schritt mittelbar Einfluss auf die Zusammensetzung organisierter Märkte zu gewinnen.

d) *Staatliche Aneignung*

Eine weitere staatliche Einwirkung auf das Eigentum ist ein klassischer Gegenstand des Verfassungsrechts. Durch Verstaatlichung oder Enteignung entzieht der Staat den bisherigen Inhabern ihr Eigentum und überträgt es auf sich selbst. Das bleibt auch dann ein gravierender Eingriff, wenn der Eigentümer zum Verkehrswert entschädigt wird³³. Auch dann wird das Eigentum nämlich auf das Wertinteresse zurückgenommen; das Bestandsinteresse wird missachtet³⁴. Oft ist Kompensation auch gar nicht möglich, weil der Eigentümer ein immaterielles

29 Eine gut lesbare Einführung in das Konzept findet sich bei BLANKART *Öffentliche Finanzen* 2001, 57-66.

30 LAFFONT und TIROLE *Journal of Law, Economics and Organization* 1990, 24.

31 FINSINGER *Wettbewerb* 1991, 198-202.

32 ebd.

33 Regelmäßig ist die Entschädigung sogar niedriger, näher BVerfGE 100, 289, 303.

34 Es hat mehrere Jahrzehnte gedauert, bis diese Einsicht in die verfassungsrechtliche Dogmatik Eingang gefunden hat, grundlegend BVerfGE 58, 300; näher der Berichterstatter in dem Verfahren BÖHMER in Baur 1988.

Interesse hat oder weil sich der wirtschaftliche Wert der Sache erst weit in der Zukunft realisieren würde³⁵.

e) *Zwangsweise Übertragung auf andere Private*

Gar nicht so selten überträgt der Staat fremdes Eigentum nicht auf sich selbst, sondern auf andere Private. Das geschieht bei der privatnützigen Enteignung³⁶, aber auch bei der Flurbereinigung und im Ausgleichsverfahren nach § 18 Wasserhaushaltsgesetz. Die Vorschrift ist mit den vielen alten, häufig unbefristet erteilten Wassernutzungsrechten befasst. Reicht das vorhandene Wasser nach Menge und Beschaffenheit nicht für alle Nutzungen aus oder beeinträchtigen diese sich gegenseitig, kann die Wasserbehörde ein hoheitliches Verfahren einleiten, in dem diese Befugnisse in einen Ausgleich gebracht werden.

f) *Verdünnung*

Alle bislang aufgelisteten Gefahren für das Eigentum sind real, aber sie kommen gottlob nicht massenhaft vor. Ein Massenphänomen sind dagegen Regeln, die das Eigentum, bildlich gesprochen, zum Diener mehrerer Herren machen. Das Unternehmenseigentum dient dann nicht mehr bloß Interessen der Shareholder, sondern auch der Stakeholder³⁷, praktisch also vor allem der Arbeitnehmer. Die Wohnung dient nicht mehr bloß dem Interesse ihres Eigentümers, sondern auch den Interessen des jeweiligen Mieters. Beispiele gibt es auch im Wirtschaftsrecht. So möchten die Fernnetzkongkurrenten der Deutschen Telekom § 33 TKG so interpretieren, dass die Telekom ihnen physisch Teile des Ortsnetzes zur Verfügung stellen müsste. Dann wird das Ortsnetz zum Diener dreier Herren. Denn auf das Entgelt für den Übertragungsweg werden sich die Telekom und ihre Festnetzkongkurrenten nicht einigen können. Die Telekom hat bei diesem Geschäft ja nur etwas zu verlieren, würde sich freiwillig also nur auf einen prohibitiven Preis einlassen. Deshalb bedarf es stets der Mitwirkung der Regulierungsbehörde. Damit entfällt nahezu jeder Anreiz, die Ortsnetze auszubauen oder zu verbessern, denn jede Wertsteigerung müsste die Telekom sofort mit ihren Kongkurrenten teilen, und sie wüsste im Vorhinein noch nicht einmal, zu welchem Preis³⁸.

Das Bundesverfassungsgericht räumt dem Gesetzgeber für solche Interventionen regelmäßig einen weiten Spielraum ein³⁹. Das Gericht nutzt vor allem zwei dogmatische Konzepte: Eigentum bedarf nach seiner Überzeugung der gesetzlichen „Ausgestaltung“⁴⁰. Und Eigentum

35 Näher zu den Grenzen von Kompensation HÉRITIER Deadlock 1999, 15.

36 Näher ENGEL Die Verwaltung 1998a.

37 Näher KELLY, KELLY und GAMBLE Stakeholder Capitalism 1997.

38 Näher ENGEL und KNEIPS Wesentliche Einrichtungen 1998, insbes. 79 f.

39 S. zum Eigentum an Unternehmen etwa BVerfGE 50, 290, 349: Anteilseigentum ist vom Grundgesetz nur schwach geschützt, denn seine Nutzung „bedarf immer der Mitwirkung der Arbeitnehmer“; zum eingeschränkten Eigentumsschutz des Vermieters s. BVerfGE 37, 132; E 68, 361; E 71, 230; E 89, 1; E 91, 294.

40 Grundlegend MORGENTHALER Freiheit durch Gesetz 1999; GELLERMANN Ausgestaltung 2000; kritisch ENGEL Archiv für Presserecht 1994b.

ist „sozialpflichtig“⁴¹. Der Gesetzgeber schränkt das Eigentum zu diesem Zweck meist nicht offen ein. Stattdessen überlagert er es mit immer mehr zivil- und öffentlich-rechtlichen Bindungen. Ein klassisches Beispiel ist die Bebauung von Grundstücken. Zivilrechtlich ist das Grundstück eine Sache, mit der ihr Eigentümer in den Grenzen des Nachbarschaftsrechts nahezu nach Belieben verfahren kann. Auch nach der Deregulierung des Baurechts ist die zivilrechtliche Baufreiheit aber durch eine Fülle öffentlich-rechtlicher Bindungen überlagert.

g) Aufspaltung

Die Lektüre des BGB erweckt den Eindruck, als ob das Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen umfassend sei. Sieht man näher hin, trügt dieser Eindruck. Das Bundesberggesetz spaltet das Recht zum Aufsuchen und Gewinnen der Bodenschätze vom Oberflächeneigentum ab⁴². Das Jagdrecht steht nach § 3 I 1 BJagdG zwar dem Grundeigentümer zu. Jagen darf der Eigentümer selbst nach § 4 BJagdG aber nur, wenn sein Grundstück groß genug ist, um einen Eigenjagdbezirk zu gründen. Dafür muss es nach § 7 I 1 BJagdG im Regelfall 75 ha umfassen. Im Normalfall ist der Eigentümer also gezwungen, sich einer Jagdgenossenschaft anzuschließen, die nach § 8 BJagdG einen gemeinschaftlichen Jagdbezirk bildet. Diese Genossenschaften nutzen die Jagd nach § 10 I 1 BJagdG in der Regel durch Verpachtung an einen Dritten. Der Grundeigentümer hat auch kein Eigentum an der Luftsäule über seinem Grundstück. Deshalb hat er nicht das Recht, das Überfliegen seines Grundstücks zu verbieten⁴³. Der Sache nach führt auch der Gemeingebrauch zu einer Aufspaltung des Grundeigentums. Technisch geht das deutsche Recht aber bekanntlich einen etwas anderen Weg. Das zivilrechtliche Eigentum bleibt erhalten, wird aber von einer öffentlich-rechtlichen Dienstbarkeit überlagert⁴⁴.

h) Befristung

Eine letzte Form der Intervention kann man, je nach Blickwinkel, auch als Verdünnung oder als Aufspaltung begreifen. Wird sie nachträglich ins Werk gesetzt, geht sie überdies mit einer Teilentziehung des Eigentums einher. All diese Wirkungen treten ein, wenn der Staat das Eigentum befristet. Die gewerblichen Schutzrechte werden sämtlich nur auf Zeit vergeben. Beim Patent sind es 20 Jahre ab der Anmeldung beim Patentamt, beim Urheberrecht 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers. Das Recht zur Nutzung terrestrischer Frequenzen wird immer nur auf Zeit vergeben⁴⁵. Eine ähnliche Regelung enthielt auch das Preußische Eisenbahngesetz aus dem Jahre 1838. Private Eisenbahnen wurden zwar zugelassen. Der Staat behielt sich aber ein „Rückkaufrecht“, nach Ablauf von 30 Jahren vor, von dem er auch Gebrauch ge-

41 Näher THORMANN Sozialbindung 1996.

42 Näher TETTINGER in Schmidt 1995, 752-755.

43 Das amerikanische Recht hatte Mühe mit dieser Frage, *United States v. Causby*, 328 U.S. 256, 261 (1941); s. dazu EGGERTSSON Institutions 1990, 105.

44 Grundlegend MERLI Öffentliche Nutzungsrechte 1995.

45 Näher §§ 44-49 TKG.

macht hat⁴⁶. In den 70er Jahren wollte die SPD in Ballungsräumen sogar das Bodeneigentum befristen⁴⁷.

3. Konzeptioneller Ort der Funktionsanalyse

All die beschriebenen Interventionen verkürzen das Eigentum. Das allein genügt aber noch nicht für ein Verdikt. Manche Interventionen mögen sich schließlich als unvermeidlich herausstellen. Andere erfüllen jedenfalls eine legitime Funktion. Dann muss der Eingriff mit anderen Mitteln zur Erfüllung dieses Zwecks verglichen werden. Beides ist nur möglich, wenn man zuvor die soziale Funktion des Eigentums hier und heute verstanden hat (c). Dieses Vorgehen hat zwei Widersacher. Den einen geht es viel zu weit. Sie halten all das für politische Entscheidungen, die nur der Gesetzgeber fällen kann (a). Den anderen ist dieses Vorgehen viel zu zaghaft. Sie wollen das Eigentum als unantastbares, jeder Staatlichkeit vorgegebenes Recht schützen (b).

a) *Politischer Entscheidungsfreiraum?*

In zentralen Entscheidungen spricht auch das Bundesverfassungsgericht von der „sozialen Funktion“ des Eigentums. Das folgende Zitat zeigt aber, dass das Gericht damit etwas ganz anderes meint:

„Die Tatsache, dass der Grund und Boden unvermehrbar und unentbehrlich ist, verbietet es, seine Nutzung dem unübersehbaren Spiel der freien Kräfte und dem Belieben des Einzelnen vollständig zu überlassen; eine gerechte Rechts- und Gesellschaftsordnung zwingt vielmehr dazu, die Interessen der Allgemeinheit beim Boden in weit stärkerem Maße zur Geltung zu bringen als bei anderen Vermögensgütern. In einer wesentlichen *sozialen Funktion* im Sinne dieser Rechtsprechung steht auch der Grund und Boden, der als Kleingarten genutzt wird“⁴⁸.

Die „sozialen Funktion“ ist für das Gericht also nur ein anderes Wort für die bereits erwähnte Sozialpflicht des Eigentums. Wichtiger noch: das Gericht tritt in der Folge gerade nicht in einen normativen Diskurs über die sozialen Wirkungen der Institution Eigentum ein. Ebenso wenig bestimmt es den gemeinsamen analytischen oder normativen Ort, an dem die Funktionen des Eigentums ins Verhältnis zu den Anliegen des intervenierenden Gesetzgebers gesetzt werden können. Im Gegenteil betont es immer wieder: die Grundrechte erfüllen zwar Funktionen. Diese Funktionen dürfen aber nicht zu Rechtsprinzipien verselbständigt werden⁴⁹. Für das Eigentum am Unternehmensanteil wird das Gericht sogar noch deutlicher. Welche Funk-

46 Einzelheiten bei HERMES Infrastrukturverantwortung 1998, 266 f.

47 Näher HATTENHAUER in Baur 1988, 86 f.

48 BVerfGE 52, 1, 32 f. – Hervorhebung nicht im Original; ähnliche Formulierungen finden sich in BVerfGE 37, 133, 140 und E 50, 290, 340

49 BVerfGE 50, 290, 337 f.

tion dieses Eigentum in einer Marktwirtschaft erfüllt, soll für seinen verfassungsrechtlichen Schutz ohne Bedeutung sein⁵⁰.

Mit dieser Rechtssprechung schüttet das Gericht das Kind mit dem Bade aus. Sicher sind auch Verfassungsrichter keine Philosophenkönige. Sie könnten das ihnen anvertraute Amt missbrauchen. Sie könnten irren. Die demokratische Legitimation ihrer Entscheidungen ist viel dünner als beim Parlament. Sie können öffentlichen Widerstand deshalb viel schlechter aushalten. Schließlich könnte durch zu forsches Handeln sogar die Verfassungsgerichtsbarkeit als Institution in Gefahr geraten⁵¹. Aber ein Gericht, das einfach nur den Gesetzgeber gewähren lässt, braucht man nicht. Eine der wichtigsten historischen Leistungen des Grundgesetzes besteht gerade in der Einrichtung eines machtvollen, von der Tagespolitik abgeschirmten Verfassungsgerichts. Um den Balanceakt zwischen zu viel Einmischung und zu viel Zurückhaltung kommt das Gericht also nicht herum. Auf unser Thema gewendet: die Entscheidung für den Freiraum des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Eigentums kann nicht am Beginn, sondern nur am Ende der verfassungsrechtlichen Prüfung stehen. Er gebührt dem Gesetzgeber, wo sich faktische oder normative Zweifelsfragen von Gewicht trotz aller Anstrengung nicht klären lassen.

Viele glauben, zumindest für das Eigentum sei der Freiraum des Gesetzgebers zweifelsfrei. Denn sie halten Eigentum konstitutiv für „normgeprägt“⁵². „Die anarchische Behauptung von Eigentumsrechten“ könne es nicht geben⁵³. Eigentum sei das „Artefakt einer bestehenden Rechtsordnung“⁵⁴. Die rechtliche Ausgestaltung des Eigentums sei konstitutiv⁵⁵.

Aus binnenjuristischer Sicht ist das allerdings gewiss richtig. Wenn § 903 BGB nur an Sachen Eigentum zulässt, dann gibt es eben kein Eigentum an Forderungen. Ebenso wenig könnte der BDI allein dadurch die fehlende Unternehmenshypothek schaffen, dass er ein geeignetes Register einrichtet. Woran sie welche Rechtsfolgen knüpft, kann nur die Rechtsordnung selbst entscheiden. Damit ist aber überhaupt nichts über die soziale Funktion des Eigentums ausgesagt. Die Wirtschaft kann sich selbst funktionelle Äquivalente schaffen. Tatsächlich geschieht das auch immer wieder. Vorläufig mag die Zigarettenwährung als Beispiel genügen, die nach dem Kriege das wertlos gewordene Geld ersetzte⁵⁶. Die Rechtsordnung kann solche Entwicklungen natürlich ignorieren. Es ist aber nur eine Frage der Opportunität, ob sie solche privat geschaffenen Eigentumsrechte stattdessen lieber durch Verweisung oder wenigstens als Faktum sanktioniert⁵⁷. Erst recht ist das Verfassungsrecht frei in seiner Entscheidung. Unbestritten ist der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff nämlich gerade anders und weiter als der

50 BVerfGE 50, 290, 344.

51 Näher ENGEL *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 2001c; ENGEL *Assessing Outcomes* 2001a.

52 VON MANGOLDT, KLEIN und STARCK *Das Bonner Grundgesetz I 1999*, -Depenheuer Art. 14 GG, R 29-49.

53 ebd. *Das Bonner Grundgesetz I*, -Depenheuer Art. 14 GG, R 29.

54 BROCKER *Arbeit und Eigentum* 1992, 400.

55 BÖHMER in Baur 1988, 78, s.auch 57 FN 12, unter Verweis auf das Preußische Allgemeine Landrecht.

56 S. dann vor allem unten V 1.

57 Präzise zu beiden dogmatischen Wegen MÜLBERT *IPRax* 1986.

zivilrechtliche⁵⁸. Nichts hindert das Verfassungsrecht deshalb, auch solche Institutionen in Art. 14 GG als Eigentum zu schützen, die nicht vom einfachen Recht, sondern von gesellschaftlichen Akteuren geschaffen worden sind.

b) *Schutz ohne Rücksicht auf Funktion?*

„Funktionalismus ist einer der gefährlichsten Begriffe für die Freiheit. Aus der Eigentumsdogmatik sollte er verschwinden“⁵⁹. „Jeder Versuch, [Art. 14 GG] primär als eine Wirtschaftsordnungsform, 'Eigentum als ein Grundrecht nach Eigentumsordnung' zu verstehen, entwertet von vornherein den Anspruchscharakter dieses Rechts [...]. Dies ist Eigentumsgarantie, der Rest mag Eigentumspolitik sein“⁶⁰. „Auf die Frage, was ein Eigentümer mit seiner Sache tun oder lassen dürfe, gibt [...] der Jurist nur Beispiele“⁶¹. „Eigentum ist Souveränität“⁶².

Diese Aussagen können zweierlei Bedeutung haben. Die schwächere Deutung ist positivistisch. Da mag man über die soziale Funktion des Eigentums unterschiedlicher Ansicht sein. Für den dogmatisch arbeitenden Juristen ist die Frage dann jedoch durch die Verfassung außer Streit gestellt. Sie entzieht das Eigentum gerade dem rechtspolitischen Zugriff. Im Ausgangspunkt ist das sicher richtig. Andernfalls wäre die Eigentumsgarantie in Art. 14 GG ja wertlos. Aber im Streit um die richtige Interpretation dieser Verfassungsnorm hilft die positivistische These nicht weiter. Sie passt im übrigen auch nicht zum von nahezu allen Interpreten geteilten Verständnis der deutschen Grundrechte. *Robert Alexy* hat es auf die treffende Formel gebracht: die Grundrechte enthalten keine Regeln, sondern Prinzipien⁶³. Sie enthalten also keine Wenn-Dann-Sätze, sondern Belange, gegen die die Staatsgewalt ihr Regelungsanliegen ins rechte Verhältnis zu setzen hat. Die Staatsgewalt ist deshalb kein Landvermesser. Die normative Aufgabe besteht nicht im Anlegen einer Karte mit geschützten Grundrechtszonen, denen sie fernzubleiben hat. Durch die Interpretation von Art. 2 I GG als allgemeine Handlungsfreiheit bewegt sich die deutsche Staatsgewalt, um im Bilde zu bleiben, immer im Landschaftsschutzgebiet der Grundrechte. Sie kann deshalb nie rechtspolitisch frei ausschreiten. Stets muss sie unter tunlichster Schonung der Grundrechtsbiotope ihren Weg ertasten.

Wer jedes juristische Nachdenken über die Funktion des Eigentums verhindern will, denkt aber auch lieber naturrechtlich als (verfassungs)positivistisch. Dann ist das Eigentum nämlich nicht nur dem Zugriff des einfachen Gesetzgebers entzogen, sondern gleich jeglichem staatlichen Zugriff⁶⁴. Der wichtigste Gewährsmann ist *John Locke*. Jeder Mensch hat ursprüngliches Eigentum an seiner eigenen Person, lehrt er. Dieses ursprüngliche Eigentum setzt sich an al-

58 Das betont gerade BÖHMER in Baur 1988, 74 f.

59 LEISNER in Isensee und Kirchhof 2001, R 45, s. auch R 41-44.

60 ebd.in, R 7.

61 HATTENHAUER in Baur 1988, 85, s. auch 90 f.

62 COHEN Cornell Law Quarterly 1927; s. dazu auch BROCKER Arbeit und Eigentum 1992, 391.

63 ALEXY Theorie der Grundrechte 1985, 71-124; der Gedanke geht zurück auf DWORKIN Taking Rights Seriously 1977, 24-26.

64 Grundlegend WELZEL Naturrecht 1962.

len Sachen fort, die er mit seiner eigenen Arbeit schafft. Dafür genügt nach seiner Vorstellung jegliche Mühewaltung, und sei es auch nur das Aufsammeln⁶⁵. Im Grunde bräuchte man in der Locke'schen Welt also gar keinen Staat. Aber neben dem idealen Naturzustand gibt es den realen Kriegszustand. Einzelne kündigen das „gemeinsame Gesetz der Vernunft“ auf⁶⁶ und verletzen fremdes Eigentum. Deshalb finden sich die Menschen durch Vertrag zu einem Staat zusammen. Anders als bei *Hobbes* ist dieser Staat jedoch gerade nicht souverän. Das natürliche Recht jedes Menschen auf das durch Arbeit erworbene Eigentum ist seinem Zugriff entzogen⁶⁷.

Die Locke'sche Arbeitstheorie war sehr wirkmächtig⁶⁸. Doch letztlich beruht sie auf einem intellektuellen Trick. Sie kann nicht begründen, warum andere Personen eine Pflicht haben sollen, das durch Arbeit erworbene Recht des ersten Eigentümers zu achten⁶⁹. Eigentum kann deshalb nicht abschließend als das Verhältnis einer Person zu einem Gegenstand gedacht werden. Es ist immer zugleich ein Verhältnis zu all den Personen, denen der Respekt des fremden Eigentums abverlangt wird⁷⁰. Immer müssen, mit anderen Worten, Freiheitssphären zueinander ins Verhältnis gesetzt werden. Das kann, wie im Nachbarrecht, ein Konflikt zwischen Eigentum und Eigentum sein. Es gibt aber keinen konzeptionellen Grund, warum das Eigentum nicht auch gegen andere Freiheit abzugrenzen wäre.

Über die Jahrhunderte ist diese Auseinandersetzung mit beinahe fundamentalistischem Furor geführt worden. Kaum hatte man den Locke'schen Kunstgriff bloßgestellt, brach sich in den Vereinigten Staaten auch schon der interventionistische Eifer des New Deal Bahn⁷¹. Es scheint, als gebe es nur die Wahl zwischen konzeptioneller Unredlichkeit und politischer Belieblichkeit⁷². Das Anliegen dieser Untersuchung ist zu zeigen, dass diese Angst unberechtigt ist. Man hilft dem Eigentum nicht, wenn man die Skeptiker übertölpelt. Überzeugen muss man sie.

c) *Historisch eingebettete soziale Funktion*

Überzeugen kann man die Skeptiker am besten, wenn man ihnen all die offenen und versteckten Wohltaten vor Augen führt, die vom Eigentum ausgehen. Das Eigentum braucht sich nicht in eine positivistische oder naturrechtliche Zitadelle zu flüchten. Es sollte mit den Skeptikern keine Abwehrgefechte führen. Vielmehr sollte es zeigen, was alles verloren geht, wenn das Eigentum geschwächt oder gar aufgehoben wird. Aufklärung über die vielen und bedeutsamen sozialen Funktionen dieser Institution ist also das Gebot der Stunde. Geht man so vor,

65 LOCKE *Two Treatises of Government* 1690, §§ 27, 30 und passim.

66 ebd. *Two Treatises of Government*, § 16.

67 ebd. *Two Treatises of Government*, § 87; eine hellsichtige Rekonstruktion des LOCKE'schen kontraktualistischen Arguments findet sich bei KERSTING *Gesellschaftsvertrag* 1994, 109-139.

68 BROCKER *Arbeit und Eigentum* 1992, 292-353 zeichnet die Wirkungsgeschichte nach.

69 ebd., 388 und passim.

70 ebd., 392-395.

71 ebd., 390 f.

72 ebd., 391, 401 nährt diesen Verdacht jedenfalls.

verliert auch ein weiterer Einwand der Eigentumsskeptiker seinen Schrecken. Sie weisen nicht ohne Grund darauf hin, dass die jeweilige Eigentumsverfassung historisch kontingent ist⁷³. Eine Gesellschaft der Jäger und Sammler braucht andere Eigentumsrechte als eine moderne Industriegesellschaft⁷⁴. Denn die Funktionsanalyse zeigt gerade, dass und warum das Eigentum einer modernen Wirtschaft und Gesellschaft gemäß ist. Die Entscheidung für ein starkes Eigentum wird dadurch zwar nicht zu einer Art mathematischem Exerzium. Sie lässt sich nicht logisch aus dem je historisch vorgefundenen oder normativ erwünschten Zustand von Wirtschaft und Gesellschaft ableiten⁷⁵. Aber es finden sich doch viele gute Gründe für diese normative Entscheidung.

4. Funktion der Funktionsanalyse

Letztlich rechtfertigt sich das Nachdenken über die soziale Funktion des Eigentums also durch seine eigene soziale Funktion. Sie liegt im Politischen (a) und im Juristischen (b).

a) *Politischer Diskurs*

Materialistische Hardliner werden den politischen Nutzen dieses Tuns leugnen. Auch wenn viele von ihnen den Begriff nicht schätzen werden, halten sie solches Nachdenken doch ganz marxistisch für irrelevanten Überbau⁷⁶. In ihrer Welt zählen nur Interessen. Der normative Diskurs ist leeres Geschwätz. Er dient bestenfalls dazu, das eigene Interesse zu bemängeln. Doch die Wirklichkeit ist gottlob anders. Soziale Wirkung tun nicht nur Interessen, sondern auch Ideen⁷⁷. Das kann nicht anders sein, weil wir Menschen keinen unverstellten Zugang zur Wirklichkeit haben. Die scheinbar harten Realitäten sind bei näherem Zusehen auch nur eine von mehreren möglichen Konstruktionen der Wirklichkeit⁷⁸. Das heißt umgekehrt allerdings nicht, dass das ganze soziale Zusammenleben nur ein Streit um Worte wäre. Auch der hartgesottenste Konstruktivist wird nicht behaupten, dass das Wasser bergauf fließt. Der endgültige Beweis, dass die soziale Wirklichkeit so und nicht anders beschaffen ist, ist zwar nicht möglich. Sehr wohl kann uns die soziale Realität aber so gründlich überraschen, dass theoretische Behauptungen über ihre Beschaffenheit sehr unplausibel werden⁷⁹. Der politische Diskurs ist deshalb kein bloßer Kampf von Ideologien. Vielmehr streiten die unterschiedlichen Positionen auf zwei Ebenen miteinander: sie versuchen Anhänger für die normative Idee zu gewin-

73 BÖHMER in Baur 1988, 63; BROCKER Arbeit und Eigentum 1992, 401: „bewusste Gestaltung der Eigentumsordnung nach Maßgabe der gesellschaftlichen und ökonomischen Erfordernisse“.

74 Anregend POSNER Journal of Law and Economics 1980; NORTH Economic History 1981; NORTH Institutional Change 1990; s. auch die rechtshistorische Skizze des Eigentums bei RIFKIN Access 2000, 77-82.

75 So die berechnete Warnung von UTZIG Archiv für civilistische Praxis 1989, 169.

76 MARX Politische Ökonomie 1859, Vorwort.

77 Darauf haben unabhängig voneinander aufmerksam gemacht VANBERG und BUCHANAN Journal of Theoretical Politics 1989; YEE International Organization 1996.

78 Zu den erkenntnistheoretischen Grundlagen ALBERT Kritische Praxis 1978; zu den Folgen für die politische Theorie anregend BÖRZEL und RISSE Internationale Institutionen 2001.

79 Grundlegend zur Bedeutung von Überraschungen für soziale Konstruktionen von Wirklichkeit THOMPSON, ELLIS und WILDAVSKY Cultural Theory 1990, 69-75.

nen. Sie versuchen zugleich aber auch mit der Behauptung zu überzeugen, dass sie die soziale Wirklichkeit besser erklären können⁸⁰.

b) *Juristischer Diskurs*

Recht und Politik lassen sich nicht säuberlich voneinander trennen. Gesetzgebung ist regulative Politik. Die Rechtsanwender sind nicht bloß die willenslose „bouche de la loi“ Montesquieus⁸¹. Im Interpretieren entwickeln sie das Recht unvermeidlich fort. Die wichtigste Auslegungsmethode des deutschen Rechts ist aus gutem Grund die teleologische. Der Rechtspolitiker, der Verfassungsrechtler und der Anwender des einfachen Rechts können ihre Aufgabe deshalb nur erfüllen, wenn sie die Funktion der Rechtsinstitutionen verstehen. Vor Gericht, vor allem vor dem Bundesverfassungsgericht kommt es deshalb zu einem Paralleldiskurs politischer Fragen in juristischer Sprache. Das ist kein Webfehler unseres politischen Systems. Im Gegenteil ist das ein höchst eleganter Mechanismus zur Bewältigung des Spannungsverhältnisses zwischen Ideen und Interessen. Interessen sind individualistisch. Ideen wollen dagegen für das Ganze gelten. Im Parlament geht es natürlich auch um Ideen. Letztlich zählt aber das Abstimmungsergebnis. Vor dem Verfassungsgericht ist das anders. Hier würde niemand mit der Behauptung gehört, er wolle etwas nicht. Für das, was er will, muss er eine dogmatisch tragfähige Begründung finden. Das Gericht wägt die widerstreitenden Begründungen nicht nach dem Kräfteverhältnis in der Gesellschaft, sondern nach ihrer Überzeugungskraft⁸².

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts finden sich denn auch durchaus Äußerungen zur sozialen Funktion des Eigentums.

„Das Eigentum ist ein elementares Grundrecht. Das Bekenntnis zu ihm ist eine Wertentscheidung des Gesetzes von besonderer Bedeutung für den sozialen Rechtsstaat“⁸³.

Das verfassungsrechtlich gewährleistete Eigentum ist durch Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet [...]. Es soll ihm als Grundlage privater Initiative und in eigenverantwortlichem privaten Interesse von Nutzen sein [...] und genießt einen besonders ausgeprägten Schutz, soweit es um die Sicherung der persönlichen Freiheit des Einzelnen geht“⁸⁴.

Dem hält das Gericht in anderen Entscheidungen aber entgegen:

„Der Gesetzgeber steht [...] vor der Aufgabe, das Sozialmodell zu verwirklichen, dessen Elemente sich einerseits aus der grundgesetzlichen Anerkennung des Pri-

80 Manche sprechen zur Unterscheidung deshalb im ersten Fall von normative beliefs, im zweiten Fall von positive beliefs.

81 MONTESQUIEU De l'esprit des loix 1748, tome I, libre XI, chapitre VI.

82 Näher ENGEL Assessing Outcomes 2001a.

83 BVerfG 16.2.2000, R 39.

84 BVerfG 16.2.2000, R 39, mit Nachweisen zur älteren Rechtsprechung.

vateigentums [...] und andererseits aus der verbindlichen Richtschnur des Art. 14 II GG ergeben“⁸⁵.

Darin liegt „die Absage an eine Eigentumsordnung, in der das Individualinteresse den unbedingten Vorrang vor den Interessen der Gemeinschaft hat“⁸⁶.

„Aus der verfassungsrechtlichen Garantie des Grundeigentums lässt sich kein Anspruch auf Einräumung gerade der Nutzungsmöglichkeiten herleiten, die dem Eigentümer den größtmöglichen wirtschaftlichen Vorteil versprechen“⁸⁷.

Vergleichbare Aussagen gibt es zum Urheber-⁸⁸ und zum Patentrecht⁸⁹.

Die folgende Analyse stimmt im Ausgangspunkt mit dem Bundesverfassungsgericht also überein. Art und Ausmaß des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes müssen aus der sozialen Funktion dieser Institution abgeleitet werden. Diese Untersuchung versucht aber nicht bloß, bei der Funktionsanalyse präziser zu sein als das Gericht. Vielmehr erlaubt die stärkere konzeptionelle Durchdringung auch präzisere Entscheidungen. Die Ambivalenz verschwindet zwar nicht vollständig, sie wird aber viel schwächer.

5. Bedingungen der Funktionsanalyse

Den Satz, mit dem der letzte Abschnitt endet, werden die Gegner der Funktionsanalyse mit besonderem Ingrimme lesen. Erst zerstört man ihnen die These vom sakrosankten Eigentum. Und dann kann die als Ersatz angebotene Funktionsanalyse letztlich auch nicht mehr anbieten als Ambivalenz. Dass all die wissenschaftliche Anstrengung nichts Besseres hervorbringen soll als eine Abschwächung der Ambivalenz, werden sie mit höhnischem Gelächter quittieren. Doch so ist die Welt, in der wir leben. Die fundamentale Relativität des normativen Ausgangspunkts (a) lässt sich ebenso wenig aufheben wie die fundamentale Selektivität unseres Blicks auf die Wirklichkeit (b). Wenn wir über Institutionen entscheiden, entscheiden wir unvermeidlich für die Zukunft. Deshalb tritt auch noch prognostische Unsicherheit hinzu (c). Man kann es auch so sagen: auch mit dem größten wissenschaftlichen Aufwand lassen sich politische Fragen nicht in logische transformieren. Sehr wohl kann die Wissenschaft politische Entscheidungen aber besser machen. Sie kann auf übersehene Wirkungen hinweisen, Argumente in Perspektive rücken und dabei helfen, das Gewicht widerstreitender Belange zu bestimmen. Das gelingt der Wissenschaft am besten, wenn sie vergleicht (d). In unserem Fall führt das schließlich zu einer Inzidenzanalyse (e): was sind die Wirkungen für unsere Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung, wenn der Schutz des Eigentums vernachlässigt wird?

85 BVerfGE 37, 132, 140.

86 BVerfGE 21, 73, 83.

87 BVerfGE 58, 300, 345; wörtlich wiederholt in BVerfGE 84, 382, 385.

88 BVerfGE 31, 229, LS 1; BVerfGE 79, 29, 44.

89 BVerfGE 10.5.2000, R 21

a) *Fundamentale Relativität*

Ideologien sind verführerisch. Wie verführerisch, hat das 20. Jahrhundert immer wieder schmerzhaft vorgeführt. Die Lockmittel heißen Einfachheit und Konsistenz. Wie weggeblasen scheint der pluralistische Smog. Gestochen scharf scheint der Weg zum Heil sichtbar. Je besser diese Umrisszeichnungen einer glücklicheren Zukunft sind, desto gefährlicher sind sie. Denn viele Punkte, die da zu so klaren Linien verbunden sind, gibt es ja wirklich. Dass sich dieselben Punkte auch zu ganz anderen Bildern verbinden lassen, will dann so schnell niemand mehr wahrhaben. Erst wenn viele schon weit auf dem einfachen Weg vorangeschritten sind, wird deutlich, wie viel sie hinter sich gelassen haben.

Doch der Respekt vor alternativen Konzeptionen ist nicht nur ein Akt pragmatischer Klugheit, sondern auch ein Gebot intellektueller Redlichkeit. Normative Fragen lassen sich letztlich nur entscheiden, nicht aus Fundamentalnormen deduzieren⁹⁰. Von der unaufhebbaren Divergenz von Interessen und Ideen war bereits die Rede. Man kann vom Individuum her denken oder von der Gemeinschaft. Die erste Denkschule ist bekanntlich mit dem Namen *Kant* verbunden. Die zweite mit dem Namen *Hegel*. Sieht man näher hin, ist das Angebot noch reichhaltiger. Man kann vom Staat her denken und gelangt dann zu einer Staatstheologie nach Art von *Carl Schmitt* oder zu einer Integrationslehre nach Art von *Rudolph Smend*. Außerdem kann man dem individualistischen Weltbild gleich zwei andere entgegenstellen: Das hierarchische und das egalitäre. Das hierarchische Weltbild setzt auf System und Experten, das egalitäre dagegen auf die Bereitschaft und Fähigkeit von jedermann, sich für das Gemeinwohl zu engagieren⁹¹:

Es sind viele normative Währungen im Umlauf, die untereinander nicht konvertibel sind. Das beginnt im Herzen des ökonomischen Modells. Vor allem *Friedrich August von Hayek* hat darauf hingewiesen, dass sich die Aufgabe einer Wirtschaftsordnung nicht in der Allokation erschöpft. Es genügt für den wirtschaftlichen Erfolg eines Landes also nicht, dass die knappen Güter zum besten Wirt wandern. Nicht weniger bedeutsam ist die Produktion neuen Wissens. Allokation steht also in einem Spannungsverhältnis zu Innovation. Neben das statische Programm der neoklassischen Ökonomie muss ein evolutorisches treten⁹².

Der Konflikt zwischen Effizienz und Verteilung steht beinahe täglich auf der politischen Agenda⁹³. Ist es also wichtiger, dass der Kuchen größer wird, den es zu verteilen gibt? Oder soll er kleiner bleiben, wenn dies der Preis für mehr Gleichheit oder Verteilungsgerechtigkeit ist?

Prinzipiell unvereinbar ist auch das utilitaristische Streben nach dem größten Glück der größten Zahl und die Vorstellung von unveräußerlichen Rechten⁹⁴. Das utilitaristische Programm

90 Grundlegend KERSTING in Kersting 1997.

91 Näher THOMPSON, ELLIS und WILDAVSKY Cultural Theory 1990, insbes. 25-38.

92 Aus der reichhaltigen Literatur s. nur VON HAYEK American Economic Review 1945; NELSON und WINTER Evolutionary Theory 1982; NELSON Journal of Economic Literature 1995; WITT in Dopfer 2001.

93 Umfassend jüngst KERSTING in Kersting 2000.

94 Näher CALABRESI und MELAMED Harvard Law Review 1972; RADIN Harvard Law Review 1987.

hat noch einen weiteren Widersacher: die Definition von Wohlfahrt aus dem Vergleich zu anderen Individuen. Aus dieser Perspektive ist eine Nation nicht deshalb wirtschaftlich erfolgreich, weil das Volkseinkommen oder das Volksvermögen hoch sind. Vielmehr kommt es darauf an, wie viele Individuen sich im Verhältnis zu denen benachteiligt sehen, an denen sie ihren persönlichen Erfolg messen. Diese relative Vorstellung liegt vor allen den Fairnesskonzepten zugrunde⁹⁵.

Die juristische Erfahrung fördert weitere Gründe für Relativität zutage. Das Recht stellt oft Planungssicherheit über Sachrichtigkeit⁹⁶. Ebenso oft geht den Juristen Konfliktbewältigung über Sachrichtigkeit⁹⁷. Das prominenteste Beispiel steht in der Charta der Vereinten Nationen. Nach Art. 33 I ist die gerichtliche Entscheidung, also die Anwendung des geltenden Völkerrechts, nur ein Mittel zur Beilegung internationaler Streitigkeiten, und nicht einmal das vorrangige. Schließlich haben die Individuen, ökonomisch gesprochen, nicht nur Präferenzen für Güter, sondern auch Präferenzen für Institutionen. Es ist ihnen, empirischen Erhebungen zufolge, etwa am liebsten, wenn ihre Heimatgemeinde über die Ansiedlung einer atomaren Anlage verhandeln kann. Das ziehen sie einer Expertenentscheidung vor, erst Recht aber einer Abstimmung oder gar Kompensationszahlungen⁹⁸. Hätten sie nur Präferenzen für Güter, müssten sie Kompensation wählen. Denn dadurch erhalten sie ja Geld und damit Zugriff auf zusätzliche Güter.

Starkes Eigentum ist nicht aus der Sicht all dieser normativen Währungen die beste Lösung⁹⁹. Eigentum ist aber in erstaunlich vielen normativen Währungen ein kostbares Gut¹⁰⁰. Daran liegt es gerade, dass die Funktionsanalyse die normative Ambivalenz so stark verringert, von der die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägt ist. Man braucht deshalb sein Heil nicht in normativen Scheuklappen zu suchen, wenn man für das Eigentum eintritt. Gemeinwohldefinitionen sind wegen der fundamentalen Relativität der normativen Ausgangspunkte zwar notwendig offen. Im Streit um das Eigentum kann der Bedarf nach Dezision durch einen sorgfältigen normativen Diskurs aber stark verkleinert werden. Die Chance ist hoch, dass sich viele Skeptiker schließlich sogar überzeugen lassen. Dann bedarf es gar keiner zentralen Dezision mehr¹⁰¹.

b) *Fundamentale Selektivität*

Die fundamentale Relativität hat einen Bruder. Nicht nur das normative Urteil ist stets ungewiss. Auch die Aussagen über die Wirklichkeit sind es. Wer die Wirklichkeit ganz sehen will,

95 S. etwa FREY in Frey 1999; KAPLOW und SHAVELL American Law & Economics Review 1999; FEHR und SCHMIDT Fairness and Reciprocity 2000.

96 Einzelheiten bei ENGEL Verwaltungsakt 1992.

97 Grundlegend ARROW Conflict Resolution 1995.

98 FREY und OBERHOLZER-GEE in Frey 1999.

99 Zu normativen Belangen, die möglicherweise gegen einen starken Eigentumsschutz streiten könnten, s. unten IV.

100 Näher unten II und III.

101 Näher zur Möglichkeit normativer Entscheidungen trotz fundamentaler normativer Relativität ENGEL Rechtstheorie 2001g, 40-51.

sieht nämlich gar nichts. Nur wenn er mit einer theoretischen Hypothese beginnt, kann sich aus der Unendlichkeit der Einzelinformationen schließlich ein Bild zusammensetzen. Die Ausgangshypothese kann sich dabei natürlich als falsch erweisen. Aber erst in der Auseinandersetzung mit ihr kann der Betrachter zu einem zutreffenderen Bild gelangen. Auch wenn er die Ausgangshypothese schließlich verwirft, bleibt sein Blick doch von ihr vorgeprägt¹⁰². Prägende Wirkung hat auch die historisch kontingente Definition des sozialen Problems. Die Wahl des analytischen Bestecks wirkt sich aus, mit dessen Hilfe die Wirklichkeit verstanden werden soll. Wer rationaltheoretisch ansetzt, kommt zu einem anderen Bild von der Welt als ein Systemtheoretiker.

Wieder entgeht auch das Eigentum diesem Vorbehalt nicht. Erneut hat der Vorbehalt aber ein verhältnismäßig geringes Gewicht. Denn im Folgenden werden sich immer neue Definitionen sozialer Probleme abwechseln, zu deren Lösung das Eigentum beiträgt¹⁰³. Es wird allerdings auch soziale Probleme geben, mit denen das Eigentum nicht fertig wird, die es vielleicht sogar verschärft¹⁰⁴. Aber keines dieser Probleme stellt die sozialen Leistungen des Eigentums in den Schatten. Ähnlich verhält es sich mit den analytischen Instrumenten. Mit dem rationaltheoretischen Modell der Ökonomen lassen sich die Leistungen des Eigentums für das Individuum am elegantesten begründen¹⁰⁵. Auch mit einem realistischeren Verhaltensmodell kommt man aber nicht zu einer fundamental abweichenden Einschätzung¹⁰⁶.

c) *Unsicherheit*

Wer Institutionen beurteilt, macht eine normative Aussage für die Zukunft. Er will wissen, ob die Institution beibehalten, verändert oder abgeschafft werden soll. Das ist notwendig eine Empfehlung unter Unsicherheit. Selbst wenn der Analytiker die Vergangenheit vollständig zutreffend beschrieben hätte, könnten sich die Verhältnisse in der Zukunft doch in relevanter Weise ändern. Das soziale Problem könnte sich verschieben. Oder die Adressaten der Institution könnten künftig anders auf sie reagieren¹⁰⁷.

All das kann auch für das Eigentum nicht prinzipiell ausgeschlossen werden. Das Eigentum ist aber kein punktueller Eingriff in ein komplexes gesellschaftliches Geschehen. Eigentum ist vielmehr eine Basisinstitution von Gesellschaften. Nicht zufällig wird über die Institution Eigentum seit Jahrtausenden nachgedacht. Ebenso weit reichen die Erfahrungen mit dieser Institution zurück. Deshalb ist die prognostische Unsicherheit bei der Beurteilung dieser Institution nicht sehr groß¹⁰⁸.

102 Grundlegend ALBERT Kritische Praxis 1978.

103 S. unten II und III.

104 S. unten II 6-7 und IV.

105 S. unten II 2.

106 S. unten II 8.

107 Näher SPIECKER GEN. DÖHMANN in Lege 2001.

108 Das gilt jedenfalls für die Funktionen des Eigentums in einer modernen Industriegesellschaft. Ob sich eine anders verfasste, postmoderne Gesellschaft abzeichnet, ist der konzeptionelle Kern des Nachdenkens über einen Wandel vom Eigentum zu Zugangsrechten, dazu unten VI.

d) *Vergleichende Analyse*

Institutionen kann man nur vergleichend beurteilen. Wer sich je um Institutionenanalyse bemüht hat, lernt diese Maxime am ersten Tag: für jedes soziale Problem gibt es mehr als eine Lösung. Die Kriterien zur Beurteilung dieser Lösungen liegen wegen der fundamentalen normativen Relativität nicht auf der gleichen Ebene. Der Institutionenanalytiker ist deshalb daran gewohnt, einen langen Kriterienkatalog an einen ganz Satz denkbarer Institutionen zu halten¹⁰⁹.

Letztlich ist das natürlich auch für das Eigentum richtig. Erneut wirkt sich aber der Umstand aus, dass Eigentum eine Basisinstitution ist. Fehlt das Privateigentum, ändern sich Wirtschaft und Gesellschaft nicht bloß ein bisschen, sondern fundamental. Eine zweite Besonderheit tritt hinzu. Die meisten sozialen Wirkungen des Eigentums hängen nicht allein an dieser einen Institution. Sie sind vielmehr die Folge eines ganzen institutionellen Arrangements. Nur dieses Arrangement ist deshalb ein sinnvoller Vergleichsgegenstand. Genau das soll im Folgenden auch geschehen, wenn wir Markt und Plan als Wirtschafts- und Gesellschaftsordnungen einander gegenüberstellen¹¹⁰.

e) *Inzidenzanalyse*

Dieser Vergleich der beiden Wirtschaftsordnungen wird uns einen normativen Anker verschaffen. Für die Einführung einer Planwirtschaft in Deutschland streitet ja aber im Ernst niemand. Mit den Eigentums skeptikern müssen wir uns deshalb auf einer anderen Ebene auseinander setzen. Wir dürfen und müssen unterstellen, dass auch sie die Grundentscheidung für die Marktwirtschaft billigen. Wir müssen ihnen deshalb zeigen, was geschieht, wenn man zwar den Markt will, das Eigentum aber schwächt. Unsere eigentliche Aufgabe ist also das, was die Ökonomen Inzidenzanalyse nennen¹¹¹. Wir werden also nicht nur Aussagen zum sozialen Nutzen der Institution Eigentum machen, sondern auch Aussagen zu den sozialen Kosten der Vernachlässigung des Eigentums¹¹².

6. Eigentumsbegriff

Wir haben bislang so getan, als wüssten wir schon, welchen Gegenstand wir untersuchen wollen. Dabei ist schon der Begriff des Eigentums alles andere als ausgemacht¹¹³. Auch wer als Jurist ausschließlich dogmatisch arbeitet, müsste bösgläubig sein. Denn ihm wird ja beigebracht, dass Eigentum im Bürgerlichen Recht etwas ganz anderes meint als im Verfassungsrecht. Wir haben die Festlegung auf einem bestimmten Eigentumsbegriff gleichwohl bis zu

109 So gehe ich etwa vor in ENGEL Abfallrecht 2002a; ENGEL Verhandelter Netzzugang 2002b.

110 S. unten II 3.

111 Der Begriff stammt aus der Finanzwissenschaft. Abgaben werden darauf untersucht, wie sehr sie das Funktionieren des Markts beeinträchtigen, s. etwa BLANKART Öffentliche Finanzen 2001, 331-352.

112 S. unten II 5.

113 Illustrativ für die Vielfalt der denkbaren Ansätze PENNER UCLA Law Review 1996.

dieser Stelle herausgeschoben. Denn man braucht erst einmal das bislang geschaffene Problembewusstsein, um aus dem reichhaltigen Angebot begründet wählen zu können.

Begriffe sind Zweckschöpfungen. Wenn das BGB Eigentum nur an beweglichen und unbeweglichen Sachen zulässt, will es anderen Vermögensgegenständen andere Institutionen zuordnen. So will es etwa durchaus auch die Übertragung von Forderungen zulassen. Gutgläubigen Erwerb soll es aber nur an Sachen geben. Ebenso zweckgeprägt ist der Eigentumsbegriff des Verfassungsrechts. Er entscheidet insbesondere darüber, die Entziehung welcher Gegenstände nur gegen Kompensation zugelassen wird. Das heißt nicht, dass die Deutschen Entziehungen ihrer Bewegungsfreiheit schutzlos hinnehmen müssten. Auch wenn einem Auslandsdeutschen die Einreise ins Bundesgebiet aus einem übergeordneten Interesse versagt werden muss, löst das aber nicht automatisch die Pflicht zur Kompensation des Vermögensnachteils aus.

Das Bundesverfassungsgericht hat den Eigentumsbegriff des Art. 14 GG bekanntlich auf öffentlich-rechtliche Positionen erstreckt, deren ihr Inhaber existentiell bedarf. Auf diese Weise haben insbesondere die Anwartschaften in der Sozialversicherung Verfassungsschutz erhalten¹¹⁴. Beim Eigentumsschutz für öffentlich-rechtliche Positionen geht es jedoch um das Verhältnis zwischen Staat und Bürger. Gegenstand dieser Untersuchung ist dagegen das Eigentum als Basisinstitution für das Verhältnis verschiedener Bürger untereinander.

Andererseits wäre ein ausschließlich rechtlicher Eigentumsbegriff zu eng. Wir hatten uns ja bereits vor Augen geführt, dass sich Wirtschaft und Gesellschaft selbst funktionelle Äquivalente schaffen können¹¹⁵. Ob die Rechtsordnung solche Äquivalente schützen, bekämpfen oder gewähren lassen sollte, ist eine unserer normativen Fragen¹¹⁶.

Wir wollen unter Eigentum deshalb die sozial anerkannten Ansprüche von Individuen an einem Gegenstand verstehen¹¹⁷.

7. Gang der Untersuchung

Wir haben uns vorgenommen, über die sozialen Funktionen des Eigentums aufzuklären. Deshalb ist die Untersuchung auch nach diesen Funktionen gegliedert. Die wichtigste Funktion nennen die Ökonomen Allokation (II). Knappe Güter sollen an den Ort wandern, an dem sie den größten Nutzen stiften. Das Eigentum erbringt aber noch eine ganze Fülle anderer sozialer Leistungen (III). Es hilft bei der Evolution und macht Konflikte weniger wahrscheinlich. Es verschafft den Individuen Freiheit und Identität. Der Gesellschaft hilft es bei der Sozialisierung der Individuen. Rechtsstaat und Demokratie haben es leichter, wenn die Wirtschafts-

114 S. nur BVerfGE 53, 257; E 69, 272.

115 S. oben 2 a.

116 S. unten V.

117 Unsere Definition entspricht damit weitgehend MÜLLER und TIETZEL in Backhaus 1999; ähnlich auch PENNER UCLA Law Review 1996, 802 f.

ordnung auf das Eigentum gegründet ist. Schließlich erleichtert das Eigentum dem Staat auch da seine Aufgabe, wo er in die individuelle Freiheit eingreifen will oder muss. Anschließend müssen wir uns mit den wichtigsten Argumenten der Eigentumsskeptiker auseinandersetzen (IV). Sie verweisen auf Verteilungsgerechtigkeit, Unveräußerlichkeit, Fairness und abweichende Präferenzen für Institutionen. Wir werden nicht all ihre Argumente widerlegen können. Am Ende stehen deshalb Überlegungen zur Koexistenz fundamental unvereinbarer normativer Positionen. All diese Überlegungen konzentrieren sich zunächst auf Verfügungsrechte, die von der Rechtsordnung geschaffen oder jedenfalls sanktioniert sind. Ändert sich das normative Urteil, wenn sich Wirtschaft und Gesellschaft selbst Verfügungsrechte schaffen (V)? Am Ende der Untersuchung steht ein Einwand ganz anderer Art. Er hält, plakativ gesprochen, das Eigentum für eine Institution von gestern. In der Wirklichkeit wird es mehr und mehr durch bloße Zugangsansprüche ersetzt (VI). An der Behauptung ist mehr als nur ein Körnchen Wahrheit. Auch ein Zugangsanspruch ist im Sinne unserer allgemeinen Definition allerdings Eigentum. Der Einwand nötigt uns deshalb, den Eigentumsbegriff abschließend weiter aufzufächern. Wir müssen absolutes mit bloß relativem Eigentum vergleichen.

II. Allokation

Die wichtigste soziale Leistung des Eigentums besteht in der Bewältigung von Knappheitsproblemen. Ökonomen bezeichnen das Anliegen präzise als Allokation (1). Sie analysieren es in ihrer Mehrheit im rationaltheoretischen Rahmen (2). Der Markt ist als institutionelles Arrangement zur Bewältigung von Allokationsproblemen unübertroffen (3). Eigentum ist eine der tragenden Institutionen einer Marktwirtschaft (4). Fehlt es oder ist es unvollkommen, wird das Knappheitsproblem viel schlechter bewältigt (5). In manchen Konstellationen versagt allerdings das Eigentum (6) oder allgemeiner der Markt (7). Dann, aber auch nur dann lohnt aus der Perspektive des Knappheitsproblems die Suche nach zentralen Interventionen. Die Grundentscheidung für den Markt und für das Eigentum bleibt schließlich auch dann richtig, wenn man das Rationalmodell der Ökonomen durch realistischere Verhaltensmodelle ersetzt (8).

1. Das Allokationsproblem

Fast alle Güter, die der Mensch zum Überleben benötigt und die ihm Wohlbehagen verschaffen, sind knapp. Eine der wenigen Ausnahmen ist das Sonnenlicht. Selbst darauf hat der Mensch aber mittelbar Einfluss. Verschmutzt er die Atmosphäre mit Staubpartikeln, kommt zu wenig an. Zerstört er die Ozonschicht in der Atmosphäre, trifft zu viel der schädlichen UV-Strahlung auf die Erdoberfläche. Freie Güter, also solche, die verglichen zur Nachfrage überreichlich vorhanden sind, gibt es auf der dichtbevölkerten Erde also kaum noch¹¹⁸. Über den

118 SCAHILL in Long 1991.

Erfolg einer Wirtschaftsordnung entscheidet deshalb, wie gut sie mit dem Knappheitsproblem fertig wird.

Kaum jemand wird diesen Aussagen widersprechen wollen. Aber wir wollen hier ja unterschiedliche normative Gründe einander gegenüberstellen. Deshalb müssen wir uns vor Augen führen, was in diesen wenigen Sätzen alles impliziert ist. Sie beschreiben Knappheit als ein soziales Problem. Dieser Problembeschreibung liegt eine Definition des Naturzustands zugrunde¹¹⁹: die Bedürfnisse der Menschen sind immer größer als die Mittel zu ihrer Befriedigung¹²⁰. Konsequenterweise unterscheidet das ökonomische Modell zwischen Präferenzen und Restriktionen. Über die Herkunft der Präferenzen machen die Ökonomen üblicherweise keine Aussagen. Sie nehmen sie, wie sie sind. Sie interessiert, wie die vorhandenen Präferenzen unter den gegebenen Verhältnissen so gut als möglich befriedigt werden können¹²¹. Dahinter steht das normative Programm des Utilitarismus¹²². Das Ziel ist das größte Glück der größten Zahl. Der Kuchen soll größer werden, damit alle ein größeres Stück erhalten können. Zumindest gilt es aber, Verschwendung zu vermeiden. Man kann dabei absolute und relative Verschwendung unterscheiden. Im ersten Fall liegen Güter ganz brach. Im zweiten Fall könnten sie in einer anderen Verwendung für die Volkswirtschaft viel größeren Nutzen stiften.

All diese Fragen könnte sich auch Robinson Crusoe stellen. Er würde sich etwa überlegen, dass er im Herbst Vorräte für den Winter anlegt, weil die Natur seinen Nahrungsvorrat begrenzt. Dafür braucht er aber kein Eigentum. Ob Eigentum eine nützliche Institution ist, wird erst zur Frage, wenn Freitag auf den Plan tritt¹²³. Es kann gut sein, dass die beiden auch so zurecht kommen. Vielleicht ist das Nahrungsangebot so reichlich, dass jeder mehr findet als er braucht. Dann ist Nahrung ein freies Gut. Vielleicht genügt es auch, wenn die beiden ihre Insel durch einen Zaun in zwei Hälften teilen, und jeder isst, was auf seiner Seite wächst. Aber vielleicht wachsen in Robinsons Hälfte die schönsten Feigen, bei Freitag dagegen die dicksten Datteln. Robinson isst gerne Feigen. Aber nach 10 Feigen am Tag hat er genug. Genauso geht es Freitag mit seinen Datteln. Dann stehen sich beide besser, wenn sie ein paar Feigen gegen ein paar Datteln tauschen. Die Ökonomen können präzise benennen, warum dieser Tausch für beide vorteilhaft ist. Der Grenznutzen der meisten Güter nimmt ab. Man verzehrt sich mehr nach der ersten oder zweiten als nach der zehnten oder elften Feige¹²⁴. Erst recht lohnt der Tausch natürlich dann, wenn auf Robinsons Hälfte der Insel etwas wächst, aus dem er sich gar nichts macht. Dann braucht Robinson gar nicht auf seine geschätzten Feigen zu verzichten, um an Freitags Datteln zu kommen. Er kann ihm statt dessen ein paar Bananen abgeben.

119 Zum normativen Gehalt von Definitionen des Naturzustands s. THOMPSON, ELLIS und WILDAVSKY *Cultural Theory* 1990, 25-38; KERSTING *Gesellschaftsvertrag* 1994, 55 und passim.

120 ROBBINS *Economic Science* 1932, 16.

121 Grundlegend BECKER *Human Behavior* 1976, , insbes. der Einleitungsaufsatz.

122 Der Vater des Utilitarismus ist BENTHAM *Principles* 1988.

123 BREYER und KOLMAR *Wirtschaftspolitik* 2001, 82-85.

124 PINDYCK und RUBINFELD *Microeconomics* 2001, chapter 3.5.

Robinson und Freitag tun sich deshalb so leicht, weil sie auf einer Südseeinsel gelandet sind. Hier fallen die Feigen und Datteln wirklich von den Bäumen, auch wenn die beiden den ganzen Tag in der Sonne liegen. Wieder können es die Ressourcenökonominnen präziser sagen: die natürliche Regenerationsrate ist bei diesen erneuerbaren Ressourcen höher als die relevante Nachfrage¹²⁵. Doch auch auf dieser paradiesischen Insel ist das Bessere der Feind des Guten. Irgendwann findet Robinson vielleicht einen Baum, dessen Feigen noch viel köstlicher schmecken. Die Stelle, an der er steht, ist nur schwer zu erreichen. Vielleicht hat Freitag sich zuvor spielerisch die viele freie Zeit damit vertrieben, mit Ästen kleine Rinnen in den Boden zu graben. Nehmen wir an, dass er es in dieser Kunst schon zu einiger Fertigkeit gebracht hat. Dann kann er Robinson anbieten, ihm den Weg zu seinen geliebten Feigen zu ebnet, wenn er dafür noch ein paar Bananen erhält. Die beiden haben, ökonomisch gesprochen, das Prinzip der Arbeitsteilung gefunden¹²⁶.

Als Freitag das erste Mal in Robinsons Hälfte der Insel kommt, sieht ihm Robinson beim Anlegen des Wegs zu. Da Robinson der intelligentere und kräftigere von beiden ist, würde es ihm nicht schwer fallen, den nächsten Weg selbst anzulegen. Solange er genug Bananen hat, um Freitag zu bezahlen, wird er das natürlich nicht tun. Aber da Freitag so gerne Bananen isst, setzt Robinson seinen Vorrat auch für viele andere Geschäfte ein, die er mit Freitag abschließt. Warum könnte es trotzdem vernünftig sein, dass Robinson das Anlegen von Wegen weiter Freitag überlässt? Der Grund ist schnell gefunden. Auch Robinsons Tag hat nur 24 Stunden. Das Anlegen eines Wegs ist auch mit Robinsons Kraft und Geschicklichkeit ein zeitraubendes Unterfangen. Robinson legt seine Zeit viel besser an, wenn er seine Bananenstauden gelegentlich vom Unkraut befreit, damit sie reicher tragen. Arbeitsteilung mehrt den Wohlstand also nicht nur dann, wenn der eine etwas besser kann als der andere. Es genügt, dass der Empfänger der fremden Leistung alternativ noch etwas Wertvolleres tun kann. Die Ökonomen nennen diese Situation komparative Kostenvorteile¹²⁷.

2. Der rationaltheoretische Analyserahmen

Wir wollen wissen, ob der Markt oder der Plan besser mit Knappheitsproblemen fertig werden. Sodann wollen wir verstehen, welche Rolle das Eigentum in einer Marktwirtschaft spielt. Auf beide Fragen kann man nur in einem genau definierten analytischen Rahmen Antworten geben. Die Ökonomen geben solche Antworten, indem sie das wirtschaftliche Geschehen in einem Modell abbilden. Seine beiden Grundelemente sind Präferenzen und Restriktionen. Was eine Präferenz ist, definieren die Ökonomen dabei präzise. Sie tun das durch Annahmen für individuelles Verhalten. Ihre Welt besteht aus *homines oeconomici*¹²⁸. Solch ein Mensch

125 STRÖBELE Rohstoffökonomik 1987, 130.

126 Grundlegend SMITH Wealth of Nations 1776.

127 Das Konzept ist ursprünglich von RICARDO Political Economy 1819 für den Außenhandel entwickelt worden. Es passt aber viel allgemeiner für jede Arbeitsteilung, HOMANN und SUCHANEK Ökonomik 2000, 153.

128 Umfassend KIRCHGÄSSNER Homo Oeconomicus 1991.

hat vor allem eins: eine geschlossene Präferenzordnung. Er kennt all seine Bedürfnisse und Wünsche. Bevor er auch nur einen davon erfüllt, hat er sie alle in eine konsistente Ordnung gebracht. Er weiß also, um zu unserem Beispiel zurückzukehren, dass er die elfte Feige gegen eine Dattel tauschen würde, die zehnte dagegen nur gegen zwei Datteln. Wann immer sich eine Gelegenheit zum Tausch bietet, kalkuliert ein homo oeconomicus seinen Vorteil neu. Er optimiert seinen Nutzen also beständig, gegeben die jeweiligen Restriktionen.

Dass diese Verhaltensannahmen nicht sehr nah an der Wirklichkeit sind, sieht man sofort. Modelle wollen die Wirklichkeit ja aber auch gar nicht 1:1 abbilden. Dann würden sie nämlich in die erkenntnistheoretische Falle laufen: wer alles sehen will, sieht gar nichts. Entscheidend ist also nicht die Wirklichkeitsnähe, sondern die Leistungsfähigkeit des Modells. Daraus folgt zugleich: kein Modell taugt zur Beantwortung aller Fragen. Seine Leistungsfähigkeit hängt vom Erkenntnisinteresse ab. Wie wir sehen werden, ist die Leistungsfähigkeit des Rationalmodells der Ökonomen für die Erklärung der sozialen Funktion von Markt und Eigentum hoch. Deshalb beginnen wir mit diesem Modell.

3. Markt versus Plan

a) Einführung

Robinson und Freitag haben in unserem Beispiel eine kleine Marktwirtschaft entwickelt, um das Allokationsproblem eleganter zu lösen. Sie hätten auch andere Institutionen schaffen können. Statt einen Zaun zu ziehen, hätten sie sich auch jeden Morgen für eine Stunde treffen können, um Pläne zu schmieden. Dann hätten sie verabredet, dass Robinson Feigen sucht und Bananenstauden vom Unkraut befreit, während Freitag Datteln sammelt und den Weg anlegt. Die beiden hätten ihre Insel also zu Gemeinschaftseigentum erklären können, das sie basisdemokratisch bewirtschaften. Diese egalitäre Form von sozialer Koordination ist lange Zeit unterschätzt worden. Sie hat sich insbesondere dort über die Jahrhunderte gehalten, wo sich Märkte schwer tun. Die Hummerfischer in Maine haben sich so organisiert¹²⁹. Japanische Bauern haben so ihren Wald bewirtschaftet¹³⁰ und spanische Bauern für die Bewässerung ihrer Felder gesorgt¹³¹. Doch auch die glühendsten Anhänger dieser Organisationsform glauben nicht, dass sich ganze Volkswirtschaften auf diese Weise organisieren ließen¹³².

Für diese Aufgabe ist allenfalls die Planwirtschaft eine Alternative zum Markt. Noch einmal sollen uns Robinson und Freitag den Unterschied deutlich machen. Als beide merken, dass sie gemeinsam leistungsfähiger sind als jeder allein, setzen sie sich nur ein einziges Mal zusammen. Das Gespräch dauert nicht lang. Keiner zweifelt, dass Robinson stärker und gescheiter ist als Freitag. Er soll künftig deshalb bestimmen, wer von ihnen welche Aufgabe erfüllt. Er sagt Freitag also, dass er Datteln pflücken und den Weg anlegen soll. Vielleicht will Freitag

129 ACHESON Lobster Gangs 1988.

130 MACKEAN in National Research Council 1986.

131 OSTROM Governing the Commons 1990, 69-82.

132 S. insbes. den Katalog der Kriterien für erfolgreiche Arrangements bei ebd., 88-102.

auch sicher sein, dass alles immer mit rechten Dingen zugeht. Dann verspricht Robinson, auch seine eigenen Pflichten im Vorhinein auszusprechen.

An Sozialexperimenten mit der Planwirtschaft hat es im 20. Jahrhundert keinen Mangel gegeben. Sie sind nicht gut ausgefallen. Gerade das deutsch-deutsche Beispiel ist illustrativ. Gewiss hat die Sowjetunion in der DDR einen Großteil der Schwerindustrie demontiert, während die USA der Bundesrepublik durch Care-Pakete und den Marshallplan unter die Arme gegriffen haben. Beide Teile Deutschlands waren vor dem Kriege aber ein industrialisiertes Land. Sie waren seit dem späten 19. Jahrhundert die Heimat der Spitzenforscher in der ganzen Welt gewesen. Die Bevölkerung war in ihrem Durchschnitt gleich gut ausgebildet und gleich strebsam. Nicht zufällig war die DDR in ihrem sozialistischen Kontext wieder das Musterland. Die DDR ist 1989 wie ein Kartenhaus zusammengefallen. Zum Schmerz derer, die diese friedliche Revolution bewirkt haben, war für die meisten ihrer Landsleute aber weniger die westliche Freiheit als der westliche Wohlstand anziehend. Wie erklärt sich dieser Erfolg der Marktwirtschaft? Welche Bedingungen müssen erfüllt sein, damit er eintritt? Gibt es ernstzunehmende Einwände oder muss ein Preis bezahlt werden?

Diesen Fragen wollen wir im Folgenden nachgehen. Wir werden zunächst den Mechanismus näher betrachten, mit dem der Markt Verhalten steuert (b). Er tut das sehr treffsicher (c), ist zugleich aber flexibel und robust gegen Störungen (d). Die Steuerungskosten des Markts sind niedrig (e), seine Fähigkeit zur Gewinnung und Verarbeitung von Informationen ist hoch (f). Er kann auf mehr Ressourcen zugreifen als jede andere Wirtschaftsordnung (g). Schließlich ist er weniger anfällig für verzerrende Eigeninteressen der Steuerungsinstanz (h).

b) *Steuerungsmechanismus*

Der Markt bewältigt das Knappheitsproblem mit dem Instrument des Preises. Nach dem berühmten Wort von *Adam Smith* lenkt er die Güter mit „unsichtbarer Hand“ von einer Verwendung zur anderen¹³³. Mit Hilfe des Preises gewinnen einzelne Wirtschaftssubjekte andere dafür, an der Realisierung ihrer Pläne mitzuhelfen¹³⁴.

Märkte tendieren dabei zum Ausgleich zwischen Angebot und Nachfrage; im Rationalmodell, auf dessen Grundlage wir im Moment argumentieren, geschieht das regelmäßig sogar vollständig¹³⁵. Die Märkte vermeiden dadurch die für Planwirtschaften typische Rationierung und die damit einhergehenden Wartezeiten¹³⁶. Produkte brauchen nicht wieder und wieder repariert, sondern können rechtzeitig durch ein Nachfolgeprodukt ersetzt werden¹³⁷. Wenn Haus-

133 SMITH *Wealth of Nations* 1776, Book IV Chapter II Paragraph 9.

134 STREIT *Wirtschaftspolitik* 1991, 33.

135 Anders ist es nur, soweit Märkte, wie es in der Wohlfahrtsökonomie so plastisch heißt, „versagen“. Ein anschauliches Beispiel ist die ganz charakteristische Starrheit der Löhne nach unten. Sie führt dazu, dass die Arbeitsmärkte nicht geräumt werden, es also zu Arbeitslosigkeit kommt. Rationaltheoretisch plausible Gründe finden sich bei SESSELMEIER und BLAUERMEL *Arbeitsmarkttheorien* 1998.

136 WELFENS *Wirtschaftspolitik* 1995, 451.

137 ebd., 446.

halte in einer Marktwirtschaft sparen, tun sie das, weil sie sich frei dafür entschieden haben, Konsum von der Gegenwart in die Zukunft zu verlagern. Die hohe Sparrate in der Endzeit der DDR war dagegen Ausdruck der Tatsache, dass die Haushalte für ihre Einkommen keine Produkte fanden, die es ihnen wert erschienen.

Umgekehrt gibt es in der Marktwirtschaft auf mittlere Sicht auch keinen Angebotsüberhang. Das Gegenbeispiel sind die planwirtschaftlich strukturierten Agrarmarktordnungen der EG. Sie haben bekanntlich zu solchen Überschüssen geführt, dass die Produktion schließlich sogar vernichtet wird. Das ist immer noch billiger, als sie zu lagern oder durch Ausfuhrsubventionen auf dem Weltmarkt konkurrenzfähig zu machen¹³⁸. In einer Marktwirtschaft wird Bedarf nach Maßgabe seiner Dringlichkeit befriedigt. Güter wandern zu dem Endverbraucher mit der höchsten Zahlungsbereitschaft oder als Vorprodukt an den Ort ihrer produktivsten Verwendung. Dadurch entscheiden die Preise zugleich auch über die Struktur des Angebots. Wenn der Unternehmer mit einem Produkt keinen Gewinn mehr macht, wird er sich nach einer alternativen Verwendung für das eingesetzte Kapital umsehen. Zugleich geben die Preise neuen Unternehmen ein Signal, in welche Märkte es sich einzutreten lohnt. Die Preise haben noch eine weitere Wirkung auf das Angebot. Sie verhindern die technikverliebte Maximierung, wie sie für die ehemalige staatliche Deutsche Bundespost charakteristisch war. Die Qualitätsansprüche an ein Produkt werden in einer Marktwirtschaft nur so weit getrieben, wie dafür ausreichende Zahlungsbereitschaft vorhanden ist.

Der Markt wählt nicht nur die Produkte, sondern auch die Produzenten aus. Er bewirkt, dass gerade die fähigsten Personen als Unternehmer tätig werden. Weniger fähige machen Verlust und müssen schließlich aus dem Markt ausscheiden.

c) *Treffsicherheit*

Der Treibstoff einer Marktwirtschaft ist der Egoismus der Menschen. „Wir erwarten unser Mahl nicht vom Wohlwollen des Metzgers, Brauers oder Bäckers, sondern von ihrem Eigeninteresse“, hat *Adam Smith* so treffend gesagt¹³⁹. Doch so selbstverständlich ist das nicht, dass sich die Egoisten zum gemeinen Wohl addieren. Vor allem die ökonomische Spieltheorie hat herausgearbeitet, warum eigentlich das Gegenteil zu erwarten wäre. Wäre Robinson wirklich der rationale Nutzenmaximierer des ökonomischen Modells, sollte sich Freitag überlegen, ob er gegen das bloße Versprechen einer gehörigen Zahl von Bananen Robinsons Weg anlegt. Denn in solch einer Vorleistungssituation könnte ihn Robinson ausbeuten. Erst lässt er Freitag arbeiten, dann verweigert er die Gegenleistung. Die Ökonomen nennen so etwas strategisches Verhalten. Freitag würden sie allenfalls mit dem Hinweis beruhigen, dass Robinson ja auch später wieder Waren und Dienstleistungen von ihm erhalten will. Freitag kann deshalb wirksam mit dem Abbruch der Geschäftsbeziehung drohen, wenn Robinson die Gegenleistung verweigert. Außerdem wissen beide, dass sie eines Tages sterben. Keiner kann aber vorhersa-

138 Siehe dazu etwa PRIEBE in Schmidt 1996, R 37.

139 SMITH *Wealth of Nations* 1776, Book I Chapter II.

gen, wann das der Fall sein wird. Beide spielen also ein endliches Spiel von unsicherer Dauer. Die Spieltheoretiker zeigen, dass das eine günstige Grundlage für Kooperation ist¹⁴⁰.

Doch diese Aussage gilt nur unter den ziemlich speziellen Bedingungen unserer kleinen Inselökonomie. Freitag wäre schon dann weitgehend schutzlos, wenn er auf die Lieferungen von Robinson dringlicher angewiesen ist als umgekehrt¹⁴¹. Ist das so, bleibt Freitag nur, künstlich ein Gleichgewicht des Schreckens herzustellen. Er erklärt sich nur bereit, Robinson den Weg anzulegen, wenn dieser ihm sein liebstes Schmuckstück zum Pfand überlässt. Die Ökonomen nennen so etwas einen selbstdurchsetzenden Vertrag¹⁴². Unsere kleine Volkswirtschaft hat sich unter der Hand in ein anspruchsvolles Gebilde verwandelt. Unsere beiden Marktteilnehmer brauchen zumindest erhebliche institutionelle Kreativität. Wenn sie fehlt, unterbleiben Tausch und Arbeitsteilung ganz.

Auch wenn sich Robinson und Freitag all das klargemacht haben, wird ihnen die Planwirtschaft allerdings nicht attraktiver erscheinen. Denn sie ist erst recht vom Problem strategischer Interaktion geplagt. Einen wohlfahrtsmehrenden Plan kann Robinson als Planbehörde nämlich nur entwickeln, wenn er Freitags Präferenzen kennt. Er muss wissen, wie gerne Freitag wirklich Feigen und Datteln isst. Natürlich kann ihn Robinson fragen. Aber Freitag weiß ja, dass Robinson diese Angaben für seinen Plan nutzen wird. Deshalb wird Freitag seinen Appetit auf Datteln viel stärker zeichnen, als er wirklich ist. Dann muss er nämlich weniger Datteln abgeben, um an ein paar Feigen zu geraten. In ähnlicher Weise wird Freitag die Mühe übertreiben, die er beim Anlegen des Weges hat. Er tut das, weil er für seine Arbeitsleistung dann mehr Bananen erwarten darf. In einer Planwirtschaft sind also weder Konsumenten noch Produzenten gezwungen, ihre Präferenzen offenzulegen¹⁴³.

Auch die beste Planaufsicht kann hier nur bedingt Abhilfe schaffen. Sie kann bestenfalls kontrollieren, wie sich der Output bei einer Änderung des Inputs verhält. Wie ungenau dieses Maß ist, zeigt das folgende Beispiel: ein Unternehmen hat zusätzliche Arbeitskräfte angefordert und erhalten. Es stellt in der nächsten Planperiode proportional mehr Produkte her. Auf den ersten Blick war die Entsendung der Arbeitskräfte also richtig. Tatsächlich kann es sich aber ganz anders verhalten. Eine Neuerung im Produktionsverfahren kann den Bedarf an Arbeitskräften verringert haben. Dann arbeiten alle Arbeitnehmer in der zweiten Periode weniger produktiv. Zwischen der Planbehörde und den Planadressaten besteht nämlich das, was die Ökonomen ein Prinzipal-Agent-Verhältnis nennen. Die Planbehörde als der Prinzipal kann das Handeln der Planadressaten als ihrer Agenten nur teilweise beobachten. Diese Informationsasymmetrie werden rationale Agenten zu ihrem persönlichen Vorteil ausbeuten¹⁴⁴.

140 Näher BAIRD, GERTNER und PICKER *Game theory* 1994, 159-187.

141 Es kommt nämlich auf den Vergleich der Zerschlagungswerte an, also des Nutzens jedes Teilnehmers, wenn die Vertragsbeziehung endet, näher KNIGHT *Institutions and Social Conflict* 1992, Chapter 5.

142 Näher WILLIAMSON *Institutions of Capitalism* 1985, Chapter 3.

143 PFÄHLER in Vaubel und Barbier 1986, 65.

144 Grundlegend SCHWEIZER *Vertragstheorie* 1999.

Scheinbar befinden wir uns also zwischen *Skylla* und *Charybdis*. Welche Ordnung wir einer Volkswirtschaft auch immer vorschlagen: sie ist vom strategischen Verhalten ihrer Mitglieder geplagt. Doch dieser Eindruck konnte nur entstehen, weil wir die Unterscheidung der Wirtschaftsordnungen am Beispiel von Robinson und Freitag entwickelt haben. Zwischen den beiden gibt es zwar Tausch und Arbeitsteilung, zentrale und dezentrale Koordination, aber keinen Markt. In dieser kleinen Inselökonomie gibt es keinen Wettbewerb. Freitag kann seine Feigen nur von Robinson beziehen, Robinson seine Datteln nur von Freitag. Wenn Freitag für seine Datteln eine maßlose Menge Feigen fordert, bleibt Robinson nur eins: er muss ganz auf Datteln verzichten. Die Sache sähe plötzlich ganz anders aus, wenn das Südseeparadies von einem Forschungsschiff entdeckt würde. Robinson könnte seine Feigen nun auch den Forschungsreisenden zum Kauf anbieten. Weil Freitag das weiß, macht es keinen Sinn mehr, das Angebot an Datteln künstlich zu verteuern. Dann bleibt er auf seinen Datteln nämlich sitzen (falls die Forschungsreisenden nicht auch darauf Appetit haben).

Wieder lässt sich der Unterschied in spieltheoretischer Sprache präzise beschreiben. Funktionsfähiger Wettbewerb zwingt die Marktteilnehmer in ein Spiel gegen die Natur¹⁴⁵. Welche Spielzüge die Natur machen wird, kann weder ein Anbieter noch ein Nachfrager vorhersehen. Er steht sich nun am besten, wenn er seine wahren Präferenzen offenbart¹⁴⁶. Der Wettbewerb erweist sich als das, was die Spieltheoretiker einen Mechanismus zur Offenbarung privater Information nennen¹⁴⁷.

Der Markt ist noch aus einem weiteren Grunde treffsicherer als ein Plan. Die Planbehörde muss die individuellen Präferenzen notwendig aggregieren, daraus also Präferenzen des Wirtschaftssystems ableiten¹⁴⁸. Es leuchtet unmittelbar ein, dass die Planbehörde von den Wünschen eines Volks von 80 Millionen nur ein stark vergrößertes Bild erhalten kann. Wie aussagearm solch ein zentraler Plan werden muss, schildert *Fikentscher* eindrucksvoll am Beispiel der französischen Planification¹⁴⁹. Im vom *Fikentscher* untersuchten Vierten Plan für die Jahre 1962 bis 1965 waren der gesamten Leder- und Pelzindustrie Frankreichs noch 17 Zeilen gewidmet. Zur Schuh- und Pantoffelindustrie heißt es dort nur noch:

„Industrien der Schuh- und Pantoffelerzeugung, die seit 1956 ständig im Fortschritt begriffen sind, werden ihren Absatz zugleich auf dem Inneren Markt (Damenschuhe) und dem Export vergrößern. Die mittlere Größe der Unternehmen soll zunehmen, besonders durch das Spiel der Konzentration. Die Produktivität wird bedeutende Fortschritte machen“¹⁵⁰.

Märkte kommen aus einem doppelten Grund unendlich viel näher an die wahren Präferenzen der Individuen heran. Sie verzichten nicht nur auf Aggregation quer durch die Bevölkerung,

145 SCHARPF Games 1997, 5.

146 Plastisch BAIRD, GERTNER und PICKER Game theory 1994, 80-83; s. auch die formale Darstellung bei CORNES und SANDLER Externalities 1996, 64.

147 Näher SCHWEIZER Vertragstheorie 1999.

148 Hierzu etwa BEHRENS Ökonomische Grundlagen 1986, 74-76.

149 FIKENTSCHER in Fikentscher 1993.

150 ebd.in, 105 f. mit Nachweisen.

sondern überhaupt auf jedes absolute Maß. Der Nachfrager braucht nur deutlich zu machen, dass ihm das Produkt mehr Wert ist als den übrigen Nachfragern. Dann wird gerade sein Wunsch vorab befriedigt.

d) *Flexibilität und Robustheit*

Märkte sind viel flexibler als jede Planbehörde es sein kann. Denn am Markt treffen die einzelnen Wirtschaftssubjekte ihre Entscheidungen. In einer Planwirtschaft muss die Planbehörde auf ein neues Problem dagegen erst einmal aufmerksam werden. Dann muss sie die Daten sammeln, die sie für ihre neue Entscheidung braucht. Sie muss die Rückwirkung einer Planänderung auf die damit verzahnten Wirtschaftszweige bedenken. Regelmäßig muss sie diese zuvor anhören. Aus all diesen Gründen sind Planänderungen selten und langwierig. In einer Marktwirtschaft haben dagegen zunächst einmal Planungsfehler viel geringere Wirkungen. Die Nachteile treffen ausschließlich das Individuum oder Unternehmen, das sich geirrt hat. Da die Folgen eines solchen Fehlers für diese Planungseinheit drastisch sind, hat sie zugleich jeden Anreiz, Fehlplanungen so schnell wie möglich zu korrigieren.

Flexibilität ist weiterhin erforderlich, weil die Präferenzen der Menschen nicht stabil sind¹⁵¹. So verschiebt sich etwa der nachgefragte Warenkorb mit der Höhe des Einkommens. Diamantkolliers finden unter Sozialhilfeempfängern wenig Absatz¹⁵².

Flexibilität ist aber vor allem deshalb wichtig, weil keine Wirtschaftsordnung alle Faktoren kontrollieren kann, die auf das Wirtschaftsgeschehen Einfluss haben. Naturkatastrophen und die Wetterlage lassen sich ebenso wenig planen wie der Ölpreisschock des Jahres 1973. Eine Planwirtschaft muss sich gegen solche Entwicklungen soweit als möglich abschotten. Hieraus erklärt sich, dass alle Planwirtschaften den Außenhandel monopolisieren. Im übrigen müssen vorsorglich Mittel für unvorhergesehene Notfälle zurückgehalten werden. Solch ein Julius-turm ist in der Zwischenzeit aber unproduktiv. Der Volkswirtschaft entgeht also der Wohlstand, der aus seiner Nutzung vor dem Notfall entstanden wäre. Eine Marktwirtschaft kann all solche Entwicklungen dagegen als Datum nehmen und braucht darauf erst zu reagieren, wenn sie wirklich eintreten¹⁵³. Nur eine Marktwirtschaft ist deshalb im Stande, mit einer globalisierten Welt zurecht zu kommen. Sie zerbricht an den ständigen Änderungen von außen nicht, sondern kann sie umgekehrt produktiv als Chance für zusätzlichen Wohlstand nutzen¹⁵⁴.

151 MERTENS, KIRCHNER und SCHANZE Wirtschaftsrecht 1978, 28.

152 POSNER in Assmann, Kirchner und Schanze 1993, 81.

153 Auch in dieser Hinsicht ist die Marktwirtschaft aber nur die bessere, keine schlechthin ideale Lösung. Denn von der Warte eines allwissenden Lenkers wäre es manchmal besser, gegen ungute Entwicklungen frühzeitig einzuschreiten. Sie mögen sich etwa nicht linear, sondern exponentiell entwickeln. Dann sind sie kaum noch beherrschbar, wenn sie ihre Eigendynamik gewonnen haben. Am Markt besteht aber wenigstens die Chance, dass ein Unternehmer die künftige Knappheit erahnt und auf eigenes Risiko dagegenhält.

154 Eindringlich VON WEIZÄCKER Globalisierung 1999.

Man kann es auch so sagen: ihre Fähigkeit zur flexiblen Reaktion macht die Marktwirtschaft zu einem regenerativen System. Sie absorbiert äußere Schocks, ja sogar vorsätzliche Schädigungen, wie sie von dem Ölpreiskartell der 70er Jahre ausgingen. Die Marktwirtschaft ist also eine sehr robuste Wirtschaftsordnung.

e) *Steuerungskosten*

Nichts ist umsonst in der Welt. Das gilt auch für die Steuerungsleistungen einer Marktwirtschaft. Ökonomen bezeichnen diese Steuerungskosten als Transaktionskosten¹⁵⁵. Eine zentrale Aufgabe der Rechtsordnung liegt gerade darin, die Steuerungskosten einer Marktwirtschaft zu vermindern. Das geschieht etwa im dispositiven Schuldrecht. Hat der Vertrag keinen atypischen Gegenstand, brauchen sich die Parteien keine Gedanken über nachvertragliche Risiken zu machen. Das hat ihnen der Gesetzgeber bereits abgenommen. Vergleicht man jedoch Markt und Plan, zeigt sich, wie sparsam eine Marktwirtschaft das Verhalten der Wirtschaftssubjekte steuert.

Das Steuerungsmittel der Marktwirtschaft ist das Eigeninteresse der Wirtschaftssubjekte. Das Gewinnstreben treibt die Unternehmen an. Die Notwendigkeit, mit dem vorhandenen Budget möglichst viele Wünsche zu befriedigen, zwingt die Haushalte zu einer sinnvollen Auswahl. Lebt ein Haushalt über seine Verhältnisse, muss er in der Zukunft weniger konsumieren. Hat ein Unternehmen höhere Kosten als seine Konkurrenten, macht es Verlust und muss schließlich aus dem Markt ausscheiden. Die Planwirtschaft hat viel schwächere Anreize und Sanktionen. Anreize kann sie im wesentlichen nur mit Prämien oder Auszeichnungen setzen. Als Sanktion bleibt nur die staatliche Zwangsgewalt. Die Planwirtschaft hat also den Egoismus der Betroffenen gegen sich. Für die Marktwirtschaft ist er die Triebfeder.

In einer Planwirtschaft hat jeder einen Anreiz, sich am System vorbeizumogeln. So halten die Unternehmen typischerweise Produktivität zurück. Da Planabweichungen nach unten bestraft werden, wollen sie eine Reserve für unvorhergesehene Ereignisse haben. Mit einer Planüberschreitung haben sie nichts zu gewinnen. Dann wird nur das Plansoll für die nächste Periode heraufgesetzt. Wer in einer Marktwirtschaft dagegen besser als seine Konkurrenten ist, erhält den Gewinn als Prämie. Weil er stets fürchten muss, dass in Wahrheit ein anderes Unternehmen noch besser ist und er dann Verluste macht, ist er ständig zu höchster Leistung angepornt¹⁵⁶. Jeder ist in einer Marktwirtschaft der Kontrolleur des anderen. Der eine Konkurrent achtet mit Argusaugen darauf, dass sich der andere an die Spielregeln hält. Sonst zerrt er ihn sofort vor den Kadi¹⁵⁷. Die Nachfrager kontrollieren die Anbieter. Sie spüren zur Schonung ihres persönlichen Budgets den billigeren Anbieter oder das bessere Produkt auf und zwingen

155 Zusammenfassend RICHTER und FURUBOTN Institutionenökonomik 1999, 47-81.

156 KERBER in Delhaes und Fehl 1997.

157 Das Instrument dazu bietet die Fallgruppe des Rechtsbruchs in der Generalklausel des § 1 UWG, s. aus der reichen Rechtsprechung nur BGHZ 140, 183.

die trägeren Konkurrenten zur Anpassung¹⁵⁸. Ihren Suchaufwand geben die Individuen dabei als Preissignal auch an Dritte weiter¹⁵⁹.

Die Steuerungskosten eines Wirtschaftssystems bestehen nicht nur aus dem aktiven Aufwand, der zur Koordination der Wirtschaftspläne getrieben wird. Noch größeres Gewicht haben regelmäßig die Kosten von Fehlsteuerung. Sie sind in einer Planwirtschaft viel höher als in einer Marktwirtschaft. Das zeigt sich am deutlichsten bei der Schattenwirtschaft¹⁶⁰. Auch in Deutschland werden allerdings bekanntlich manche Leistungen am offiziellen Markt vorbei erbracht. Jeder kennt den steuerfreien Babysitter, die von allen Abgaben befreite „Nachbarschaftshilfe“, und hat schon einmal von der Beschäftigung illegaler Arbeitnehmer gehört. In einer Marktwirtschaft schafft aber nur der Steuer- und Abgabenwiderstand einen Anreiz zur Schattenwirtschaft. In einer Planwirtschaft sind manche Güter dagegen überhaupt nur auf Schattenmärkten verfügbar. Andere werden der offiziellen Wirtschaft entzogen, weil auf dem Schattenmarkt exorbitante Gewinne winken. Dadurch werden zwar manche Versorgungsengpässe geschlossen und willkürliche Entscheidungen der Planbehörde abgemildert¹⁶¹. Zugleich entstehen aber Friktionen mit der offiziellen Wirtschaft. Sie haben gegen Ende der DDR ein solches Ausmaß angenommen, dass es nicht nur zur Währungsspaltung, sondern sogar zur Währungssubstitution kam. Die DDR selbst verkaufte ihre exportfähigen Waren an ihre eigenen Staatsangehörigen nur noch in den Intershops gegen D-Mark¹⁶².

f) *Informationsgewinnung und -verarbeitung*

Damit die knappen Güter zum besten Wirt wandern, müssen sehr viele Informationen gewonnen und verarbeitet werden. Wer hat welche Präferenzen? Wer sind potentielle Anbieter und Nachfrager? Lohnt die Produktion? Wenn ja: welches ist die richtige Betriebsgröße? Sollte die Produktion oder der Vertrieb mehrerer Produkte in einem Unternehmen gebündelt werden? Sollen die Güter anschließend einzeln oder im Bündel angeboten werden? Ziehen die Haushalte den Gemischtwarenladen in räumlicher Nähe oder den Großmarkt auf der grünen Wiese vor? Wollen sie beim Kauf beraten werden, oder ist ihnen umgekehrt die Anonymität von Versandhäusern angenehm? Sind sie bereit, auf die unmittelbare Anschauung des Produkts zu verzichten, wenn sie dafür im Versandhandel rund um die Uhr einkaufen und auch an kleinen Orten aus einem breiten Angebot auswählen können? Trauen sie den Auskünften der Anbieter so wenig, dass sie bereit sind, für die Leistungen eines Informationsintermediärs zu bezahlen?

In einer Planwirtschaft müssen all diese Informationen an einem Ort gesammelt und verarbeitet werden. Dabei stößt man schnell an äußerste Grenzen. Soll es überhaupt noch einen Plan geben, müssen die Kennziffern rigoros standardisiert werden, die in ihn eingehen. In einer

158 STREIT Wirtschaftspolitik 1991, 40.

159 ebd., 83 f.

160 Näher ENSTE und SCHNEIDER Shadow Economies 1998.

161 S. die nuancierende Analyse von CASSEL Ordo 1986.

162 WELFENS Wirtschaftspolitik 1995, 445.

Marktwirtschaft wird dagegen dezentral geplant. Dieser Wirtschaftsordnung steht deshalb theoretisch die gesamte individuelle Planungskapazität jedes einzelnen Marktteilnehmers zur Verfügung. Der Markt kann deshalb viel mehr Komplexität verarbeiten¹⁶³. Dadurch kann der Markt die Allokationsaufgabe viel präziser erfüllen.

Der Vorzug einer Marktwirtschaft geht aber noch weiter. Viele Informationen, die der Markt nutzen kann, sind einer Planbehörde nämlich von vornherein unzugänglich. Sie kann nur das verwerten, was die Ökonomen verifizierbare Information nennen. Den Marktteilnehmern genügt dagegen oft auch bloß beobachtbare Information¹⁶⁴. Der typische Grund für die Unterscheidung zwischen beobachtbarer und verifizierbarer Information ergibt sich aus einer zweiten Unterscheidung. Information ist dann bloß beobachtbar, wenn sie aus implizitem Wissen besteht, oder wenn man zu ihrer Beurteilung implizites Wissen benötigt¹⁶⁵. Denn implizites Wissen ist kontextgebunden. Es wird nicht durch abstraktes Lernen weitergegeben, sondern durch Imitation. Man muss Teil der professionellen oder sozialen Gruppe sein, um es zu besitzen¹⁶⁶.

g) Zugriff auf Ressourcen

Eine Marktwirtschaft kann eine Vielzahl produktiver Ressourcen mobilisieren, die einer Planwirtschaft verschlossen sind. Den wichtigsten Grund haben wir bereits genannt: die Marktwirtschaft verbraucht viel weniger Ressourcen allein dafür, dass das System überhaupt funktioniert. Darauf beschränkt sich der Unterschied aber nicht.

Der Markt verhindert, dass Güter unnötig gehortet werden. Das zeigt augenfällig die Produktion von Kraftfahrzeugen. Alle Hersteller sind unter dem Druck des Wettbewerbs inzwischen zur Produktion just in time übergegangen. Das Auto wird erst hergestellt, wenn der Abnehmer einen rechtsverbindlichen Kaufvertrag abgeschlossen hat. Es gibt deshalb praktisch keine Autos auf Halde mehr. Auch ihre Läger für Rohstoffe und Vorprodukte haben die Autohersteller auf ein Minimum reduziert. Das ist vor allem durch den Fortschritt der Informations- und Telekommunikationstechnik möglich geworden. Die Autobestellung des Kunden mit all seinen Sonderwünschen geht beim Hersteller elektronisch ein und löst sofort die Bestellung der notwendigen Einzelteile beim Zulieferer aus. Dieser liefert sie minutengenau ans Band¹⁶⁷.

163 EPSTEIN Simple Rules 1995, 41; ZYWICKI Evolutionary Psychology 2000, 24.

164 Zu dieser Unterscheidung BAIRD, GERTNER und PICKER Game theory 1994, 89-112 und passim.

165 Grundlegend zu implizitem Wissen COWAN, DAVID und FORAY Industrial and Corporate Change 2000; zur Bedeutung für die Unterscheidung von Markt und Plan vgl. EPSTEIN Simple Rules 1995, 79.

166 In erheblichem Ausmaß ist auch das letztlich aber ein Transaktionskostenargument. Der Großteil des impliziten Wissens wäre nämlich explizierbar, wenn man nur bereit ist, den nötigen Aufwand zu treiben, COWAN, DAVID und FORAY Industrial and Corporate Change 2000. Soweit das möglich ist, kann man das Problem des Informationszugangs auch als ein Problem der Informationsgewinnungskosten beschreiben, näher EICHENBERGER in Engel, Halfmann und Schulte 2002.

167 Einzelheiten etwa bei GEBHARDT Zuliefervertrag 1994. Damit ist Lagerhaltung natürlich noch nicht vollständig ausgeschlossen. Wenn der Zulieferer die garantierte Lieferfrist anders nicht einhalten kann, muss nun möglicherweise er ein Lager anlegen. Aber das ist doch jedenfalls nicht bei allen Zulieferern der Fall. Zumindest verringert sich das Ausmaß der Lagerung deshalb auch gesamtwirtschaftlich.

Das heißt allerdings nicht, dass es in einer Marktwirtschaft keine Läger gäbe. Im Gegenteil horten findige Unternehmer Rohstoffe und Produkte manchmal gerade dann, wenn sie aktuell reichlich vorhanden und deshalb billig sind. Ein Arbitragegewinn wirkt nämlich, wenn zu erwarten ist, dass das Angebot künftig sinken oder die Nachfrage steigen wird. Anders als eine Planwirtschaft braucht eine Marktwirtschaft Läger aber nicht allein deshalb, weil sie das Belieferungsrisiko nicht beherrscht. Aus diesem Grunde haben alle Betriebe in der DDR große Läger gehalten, um ihren Planverpflichtungen nachkommen zu können¹⁶⁸.

Der Markt bewegt die Individuen weiter zu produktiven Handlungen, die vom Recht entweder gar nicht oder nur zu prohibitiven Kosten erzwungen werden könnten. Er veranlasst die Arbeitnehmer, ihre volle Arbeitsproduktivität zu offenbaren und einzusetzen. Das zahlt sich für sie ja in klingender Münze aus. In der DDR führte der beschriebene Nachfrageüberhang der Haushalte dagegen zur Arbeitszurückhaltung. Warum sollte man sich anstrengen, wenn man nur das nutzlose Sparvermögen vermehrte¹⁶⁹? Entsprechend werden die Anteilseigner von Unternehmen dazu stimuliert, Gewinne im Unternehmen zu reinvestieren, statt sie für Lustbarkeiten zu verbrauchen. Vor allem veranlassen Gewinnerwartung und Sorge vor dem Wettbewerbsvorsprung der Konkurrenten die Individuen aber, Risiken in Kauf zu nehmen. Dadurch kommt es zu einem produktiven Umgang mit Unsicherheit. Dabei geht es nicht etwa um ein Maximum an Risikobereitschaft. Vielmehr geht es darum, dass die Wirtschaftssubjekte abtasten, welche Risiken gerade sie am besten beherrschen können.

Zusätzliche Ressourcen erschließt sich eine Marktwirtschaft schließlich in ihrem Verhältnis zu anderen Volkswirtschaften. Sie braucht sich nicht vor der Abwanderung der besten Kräfte zu fürchten, wie das in der DDR stets der Fall war¹⁷⁰. Denn sie können mit ihrem Talent im eigenen Land genauso viel Gewinn machen. Der Außenhandel kann offen bleiben. Deshalb kann die Volkswirtschaft die Vorzüge der internationalen Arbeitsteilung nutzen. Sie kann sich auf solche Tätigkeiten spezialisieren, für die die Voraussetzungen im Inland besonders günstig sind.

h) Anfälligkeit für verzerrende Eigeninteressen

Schöpferische Zerstörung hat *Joseph Schumpeter* das Wirken des Wettbewerbs genannt¹⁷¹. Das Allokationsproblem wird nur dann bewältigt, wenn das Bessere ständig das Gute verdrängt. Den Opfern kann das nicht angenehm sein. Weil sie unter Wettbewerb ein Spiel gegen die Natur spielen, haben sie aber keine Chance, dem Anpassungsdruck zu entgehen. Wettbewerb ist im wahrsten Sinne des Wortes gnadenlos. In einer Planwirtschaft ist das anders. In der Planbehörde sitzen Menschen. Mit ihnen kann man reden. Deshalb wird die Versuchung übermächtig, den Übergang zu gestalten. Eine Planwirtschaft nimmt deshalb Entwicklungs-

168 WELFENS Wirtschaftspolitik 1995, 444.

169 ebd., 39.

170 ebd., 456.

171 SCHUMPETER *Capitalism, Socialism, and Democracy* 1942, S. 134 ff. der deutschen Übersetzung, Tübingen, 7. Auflage 1993.

chancen systematisch langsamer wahr. Das wäre selbst dann nicht anders, wenn sie ausschließlich mit überzeugten und integren Marktwirtschaftlern besetzt wäre. Denn die Anpassungslasten können für die Betroffenen ja wirklich dramatisch sein. Ganze Landstriche sind schon entvölkert worden, weil sie zu lang an einer überholten Technologie festgehalten haben. Der Wettbewerb treibt die Anbieter schließlich doch in den Konkurs. Weil die Unternehmensleitung das weiß, denkt sie lieber rechtzeitig über Anpassung nach.

In einer Planwirtschaft sind die sozialen Folgen einer harten Anpassungsentscheidung dagegen einer ganz bestimmten politischen Institution zuzurechnen. Diesen Umstand werden die Betroffenen ausnutzen. Sie werden politischen Widerstand gegen die Entscheidung mobilisieren. Je drastischer die Anpassungsfolgen sind, desto schwerer wird es für die Planbehörde, diesen Kampf zu gewinnen. Für den Wettbewerbsdruck einer Marktwirtschaft kann dagegen niemand persönlich haftbar gemacht werden. Der Scharfrichter einer Marktwirtschaft trägt eine undurchsichtige Kapuze.

Noch aus einem weiteren Grunde ist eine Marktwirtschaft besser vor Verzerrungen geschützt. Auch Beamte und Politiker sind Menschen. Sie können ihre persönlichen Interessen über das Amt stellen. Auch wenn sie durchaus redlich handeln, ist ihre Logik eine andere als die der Wirtschaft. Der Erfolg eines Politikers wird nicht am Wachstum des Bruttosozialprodukts gemessen, sondern an der Wahlurne. Dort spielt die wirtschaftliche Lage des Landes sicher eine Rolle, aber nicht unbedingt die entscheidende¹⁷². Deshalb ist in einer Planwirtschaft nicht nur zu besorgen, dass wirtschaftliche Akteure den Staat in ihren Dienst stellen. Vielmehr kann der Staat umgekehrt auch danach trachten, die Wirtschaft für seine Ziele einzuspannen. Solche Versuche gibt es natürlich auch in der Marktwirtschaft. In einer Planwirtschaft ist die Indienstnahme der Wirtschaft aber aus einem doppelten Grunde viel einfacher. Zunächst einmal ist der wirtschaftliche Koordinationsmechanismus ja ein politischer. Die Politik braucht also nicht erst in einen ihr fremden Bereich des Soziallebens einzudringen, um ihre Ziele zu erreichen. Außerdem sind solche Übergriffe in einer Planwirtschaft praktisch nicht nachzuweisen. Denn als einzige allgemeine Regel für die Entscheidungen der Planbehörde lässt sich formulieren: maximiere das Volkseinkommen. Die Ausfüllung dieses normativen Gebots ist unvermeidlich diskretionär¹⁷³.

4. Eigentum als tragende Institution einer Marktwirtschaft

Damit sie all diese segensreichen Leistungen erbringen kann, braucht eine Marktwirtschaft Institutionen. Kehren wir noch einmal zu Robinson und Freitag zurück, um die Mindestausstattung mit Institutionen zu verstehen. Zunächst einmal muss die Rechtsordnung den beiden überhaupt gestatten, Rechtsgeschäfte abzuschließen. Da Robinson und Freitag zugleich auch

172 Mit diesen Fragen beschäftigt sich die ökonomische Analyse von Bürokratie und Politik, s. aus der reichen Literatur etwa DOWNS Democracy 1957; BUCHANAN und TULLOCK Calculus 1962; zu den Möglichkeiten einer juristischen Rezeption s. ENGEL in Engel und Morlok 1998b.

173 Eindringlich VEELKEN Industriepolitik 1991.

ihre eigenen Verfassungsgeber sind, ist das für sie kein Hindernis. Im Mittelalter verstand sich das aber keineswegs von selbst. In vielen Gegenden Deutschlands waren die Bauern nicht frei, sondern leibeigen. Sie verfügten also nur über eine relative Rechtsfähigkeit. Tauschgeschäfte mit den Früchten des Bodens waren davon normalerweise nicht umfasst. Nicht zufällig war auch in den Planwirtschaften die Rechtsfähigkeit regelmäßig nur beschränkt. Die Fähigkeit zum Abschluss von Außenhandelsgeschäften lag nur beim Außenhandelsmonopol. Die Fähigkeit zum Abschluss unternehmerischer Geschäfte hatten nur die im Plan vorgesehenen Unternehmen¹⁷⁴.

Güter zu kaufen macht nur Sinn, wenn sie dem Verkäufer abschließend zugeordnet sind. Außerdem muss er die Befugnis haben, diese Zuordnung zu ändern. In diesen beiden kurzen Sätzen ist die zentrale Funktion des Eigentums für eine Marktwirtschaft bezeichnet. Was so einfach klingt, ist allerdings nur mit erheblichem Aufwand in die Wirklichkeit umzusetzen. Denn Robinson könnte ja zur Bauernschläue neigen. Dann fällt ihm eines Nachts vielleicht ein, dass noch schöner als der Tausch von Feigen gegen Datteln der Genuss von Feigen und Datteln zugleich ist. Er marschiert also im Schutz der Dunkelheit zu Freitag's Scheune und greift sich die Objekte seiner Begierde. Die Juristen werden das schnell als Diebstahl identifizieren und Freitag überdies mit Herausgabeansprüchen helfen. Beides muss die Rechtsordnung aber vorsehen. Sie muss die Marktteilnehmer mit anderen Worten zwingen, sich des Markts auch tatsächlich zu bedienen. Dafür braucht man nicht nur materielles Recht, sondern auch einen Rechtsdurchsetzungsmechanismus.

Schließlich braucht auch die kleinste Marktwirtschaft noch eine dritte Institution. Im deutschen Recht findet sie sich im Schuldrecht. Wir werden allerdings annehmen können, dass Robinson und Freitag die Feigen und die Datteln Zug um Zug tauschen. Einen Erfüllungsanspruch brauchen wir deshalb nicht unbedingt. Wohl benötigen sie aber auch bei einem solchen Verkehrsgeschäft die *Causa*. Es darf also keine Rolle spielen, dass Robinson am Tag nach dem Geschäft gierig all seine Feigen verschlungen hat. Nun hätte er die Feigen gern wieder, die Freitag erhalten hat. Diesem Ansinnen muss Freitag den Satz entgegenhalten können: Vertrag ist Vertrag.

Sehen wir uns nun näher an, welche Funktionen das Eigentum in diesem institutionellen Arrangement erfüllt. Aus ökonomischer Sicht werden nicht Gegenstände gehandelt, sondern das Recht, sie zu nutzen. Die Ökonomen sprechen von Property Rights oder Verfügungsrechten¹⁷⁵. Wer eine Sache verkauft, verpflichtet sich in der Sprache von § 433 I BGB, „dem Käufer *die Sache* zu übergeben und das Eigentum *an der Sache* zu verschaffen“. Das BGB denkt

174 Näher MESTMÄCKER Rechtshistorisches Journal 1991, 67 f.

175 Die beste Analyse findet sich bei EGGERTSSON Institutions 1990, 83-156 und 247-358; s. auch TIETZEL Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 1981; BEHRENS Ökonomische Grundlagen 1986, 116-130; RICHTER Jahrbuch für Sozialwissenschaft 1993; ELEFTHERIADIS Oxford Journal of Legal Studies 1996; zur Dogmengeschichte des Konzepts s. FURUBOTN und PEJOVICH Journal of Economic Literature 1972; MEYER in Schüller 1983; DE ALESSI Journal of Institutional and Theoretical Economics 1990; einen Überblick über die empirische Literatur gibt DE ALESSI Reserach in Law and Economics 1980.

also gegenständlich¹⁷⁶. Demgegenüber verweisen die Ökonomen darauf, dass Menschen nicht Waren, sondern den Nutzen nachfragen, den sie daraus ziehen können. Das ist aus einem doppelten Grunde überzeugend. Niemand wäre bereit, für einen Gegenstand einen Preis zu bezahlen, wenn er damit nicht zugleich das Recht gewinnt, andere von der Nutzung auszuschließen¹⁷⁷. Soweit besteht auch gar kein Widerspruch zum BGB. Denn zum Eigentum, das der Verkäufer nach § 433 I BGB dem Käufer verschaffen muss, gehört nach § 903 BGB das Recht, „mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen“.

Die Ökonomie geht jedoch weiter. Sie weist darauf hin, dass zwei physisch gleiche Güter wegen unterschiedlicher Verfügungsrechte einen ganz anderen Wert haben können. Wertmindernd kann bei einem Hausgrundstück etwa die Mietobergrenze wirken, der Denkmalschutz, eine baurechtliche Nutzungsbeschränkung oder der Charakter der Nachbarschaft¹⁷⁸. Plastisch sprechen die Ökonomen deshalb von der effektiven Ware, die sich aus den technischen Möglichkeiten und der originären Ausstattung mit Handlungsrechten zusammensetzt¹⁷⁹. Diese Betrachtungsweise überzeugt nicht nur empirisch. Sie entspricht vielmehr dem Grundgedanken der Marktwirtschaft. Die Eigenheit dieser Wirtschaftsordnung ist der dezentrale Charakter der Planung. Am Markt sollen die autonom gebildeten Nutzenfunktionen der Individuen zum Ausgleich gebracht werden. Deshalb kommt es nicht auf die Zuordnung von Sachen zu Personen an, sondern auf die Möglichkeit, sich Nutzungsmöglichkeiten zu kaufen. Letztlich ist diese Betrachtungsweise sogar dann richtig, wenn es dem Käufer scheinbar nur auf den schieferen Besitz ankommt. Der Sammler fragt in Wahrheit nämlich den Genuss nach, den ihm die Vollständigkeit seiner Sammlung bietet. Und wer eine Sache hortet, fragt in Wahrheit die künftigen Handlungsmöglichkeiten nach, die er mit diesem Schatz wahrnehmen will.

Akzeptiert man den Ausgangspunkte der Lehre von den Verfügungsrechten, zeigt sich, dass im wirtschaftlichen Normalfall die Verfügungsrechte nicht einzeln, sondern als Bündel gehandelt werden¹⁸⁰. Wiederum lässt sich der Gedanke auch im BGB entdecken. Der Gegenstand des Kaufvertrags ist nach § 433 I BGB nicht die Sache selbst, sondern Besitz und Eigentum daran. Als Eigentum definiert der bereits zitierte § 903 BGB die Nutzungsbefugnis und das Ausschließungsrecht, also gleich zwei Befugnisse. Geht man den Dingen auf den Grund, können an einer Sache noch viel mehr Verfügungsrechte bestehen. Man kann etwa unterscheiden: das Recht, die Sache zu nutzen. Das Recht, die Erträge der Sache einzubehalten.

176 Das tut das BGB mit Bedacht, näher HATTENHAUER in Baur 1988. Dabei geht es dem BGB jedoch um die – oben I 3 b bereits kritisch reflektierte – These vom vorrechtlichen Charakter des Eigentums. Beim Verständnis der Funktion des Eigentums für die Allokation knapper Güter besteht kein Unterschied zwischen beiden Positionen.

177 KÖHLER Zeitschrift für Handelsrecht 1980, 591.

178 TIETZEL Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 1981, 210.

179 MÜLLER und TIETZEL in Backhaus 1999, 40; ähnliche Gedanken finden sich bereits bei OTTO VON GIERKE, BÖHMER in Baur 1988, 70.

180 Eingehend PENNER UCLA Law Review 1996; der Gedanke findet sich bereits in I, 8 §§ 1, 9-11 Preußisches Allgemeines Landrecht, zit.n. HATTENHAUER in Baur 1988, 88.

Das Recht, die Sache in Form oder Substanz zu verändern. Schließlich das Recht, die Sache zu übertragen¹⁸¹.

Insbesondere entspricht das Konzept der Verfügungsrechte aber dem Eigentumsbegriff des Verfassungsrechts. Manchmal verwendet das Bundesverfassungsgericht den Begriff sogar explizit¹⁸². Vor allem lässt es für den verfassungsrechtlichen Schutz aber genügen, „dass ein vermögenswertes Recht dem Berechtigten ebenso ausschließlich wie Eigentum an einer Sache zur privaten Nutzung und zur eigenen Verfügung zugeordnet ist“¹⁸³. Deshalb genießt nicht nur das Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen diesen Schutz, sondern auch das Urheber-¹⁸⁴ und Patentrecht¹⁸⁵, ja sogar Forderungen¹⁸⁶.

5. Folgen fehlender oder unvollkommener Verfügungsrechte

Anlass dieser Untersuchung ist die Sorge um die Vernachlässigung des Eigentums als Institution. Das kann durch offene Intervention geschehen, aber auch durch bloße Nachlässigkeit der Rechtsordnung. Die Möglichkeiten haben wir einleitend bereits systematisch erfasst und mit Beispielen illustriert¹⁸⁷. Wir können nun aber genauer sagen, welche Folgen solche Nachlässigkeit hat.

Wird ein Gegenstand ganz extra commercium gestellt, kann der Markt nicht mehr für seine Allokation sorgen. Der Markt fällt auch dann vollständig aus, wenn ein Gegenstand im öffentlichen Eigentum steht. Denn das ist ja gleichbedeutend mit einem Veräußerungsverbot. Die Aufspaltung des Eigentums an einer Sache in selbständig handelbare Rechte¹⁸⁸ ist aus der Sicht des Allokationsproblems dagegen zunächst kein Nachteil¹⁸⁹. Alle übrigen staatlichen Handlungen lassen sich als Verdünnung von Verfügungsrechten beschreiben.

Mit dem Begriff der Verdünnung bezeichnet die Institutionenökonomie einen Zustand, in dem an sich mögliche Verfügungsrechte gar nicht oder nur teilweise ausgestaltet werden¹⁹⁰. Dritte können sich den Nutzen des Guts ganz oder teilweise am Markt vorbei aneignen. Der Anreiz für den Inhaber des Guts sinkt, für die Produktion oder Pflege Aufwand zu treiben. Denn ihm

181 BROCKER Arbeit und Eigentum 1992, 395 f. zählt noch viel mehr, nämlich insgesamt 13 Befugnisse auf.

182 BVerfG 29.7.1998, R 32: „Das Verfügungsrecht als Ausschließlichkeitsrecht stellt für den Urheber das Mittel dar, um mit dem Interessenten vor der Nutzung eine Vergütung aushandeln zu können“.

183 BVerfGE 83, 201, 208 f.

184 BVerfG 29.7.1998, R 32.

185 BVerfG 10.5.2000, R 30.

186 BVerfG 83, 201, 208 f.

187 S. oben I 2.

188 S. oben I 2 g).

189 S. aber unten 6 b zum Anticommons-Problem; s. auch unten VI zu der rechtspolitischen Wahl zwischen absolutem und relativem Eigentum. In der Terminologie der Lehre von den Verfügungsrechten geht es dabei zentral gerade um die Vorzüge und Nachteile einer Aufspaltung von Verfügungsrechten an Sachen.

190 TIETZEL Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 1981, 211; s. auch EGGERTSSON Institutions 1990, 38 f. Man kann stattdessen auch formulieren: der Öffentlichkeitsgrad ist höher als nötig. Güter, die eigentlich private Güter sein könnten, werden künstlich wie (teilweise) öffentliche Güter behandelt. Diese Konzeptualisierung wollen wir hier nur deshalb nicht weiter verfolgen, weil sie das ökonomische Konzept der öffentlichen Güter voraussetzt, dazu umfassend CORNES und SANDLER Externalities 1996.

bleibt ja bestenfalls ein Teil des Nutzens erhalten, der aus diesem Aufwand resultiert. Fast immer wird der Inhaber alternative Verwendungsmöglichkeiten für sein Kapital und für seine Arbeit haben. Sobald als möglich wendet er sich diesen Aktivitäten zu¹⁹¹. Verdünnt sind die Verfügungsrechte selbst dann, wenn sich tatsächlich gar kein Fremder den Nutzen aneignet. Es genügt, dass sich der Inhaber nicht mehr sicher sein kann. Dann verkürzt sich sein Planungshorizont nämlich¹⁹². In der Sprache der Lehre von den Verfügungsrechten lässt sich deshalb auch die juristische Sorge um Planungssicherheit formulieren¹⁹³. Für diese Zusammenhänge hat das Bundesverfassungsgericht wenig Sensibilität: „die Eigentumsgarantie gewährleistet nicht die einträglichste Nutzung des Eigentums“¹⁹⁴. Art. 14 schützt keine „Chancen und Verdienstmöglichkeiten“¹⁹⁵. Genau darin liegt ökonomisch aber der Sinn von Verfügungsrechten¹⁹⁶.

6. Eigentumsversagen

Der Markt ist die beste aller bislang erkannten Ordnungen für eine Volkswirtschaft. Perfekt ist er aber nicht. Die Wohlfahrtsökonomien sprechen dann plastisch vom Marktversagen¹⁹⁷. Damit ist nicht unbedingt ein Ruf nach dem Staat verbunden. Denn staatliche Entscheidungen können erst recht verzerrt sein. Staatsversagen kann noch schwerer wiegen als Marktversagen¹⁹⁸. Aber wo Märkte versagen, könnte die Institution des Eigentums anders zu bewerten sein. Zwei Fälle des Marktversagens setzen unmittelbar am Eigentum an. Die Funktionsmängel des Markts können gerade darauf beruhen, dass die Verfügungsrechte unvollständig sind (a). Umgekehrt können die Verfügungsrechte auch gleichsam zu vollständig sein, weil sie zu eng geschnitten sind (b). Im ersten Fall sprechen die Ökonomen plastisch von der „Tragedy of the Commons“¹⁹⁹. Im zweiten Fall sprechen sie von der „Tragedy of the Anticommons“²⁰⁰.

191 Auch ein vollständig rationaler Akteur kann sich nicht immer sofort von der bisherigen Aktivität abwenden. Denn er hatte dafür oft spezifische Investitionen getätigt. Solche Investitionen sind in alternativen Verwendungen weniger oder gar nichts wert. Dann hat er in der Sprache der Institutionenökonomien Kosten versenkt. Erst wenn diese Investitionen amortisiert sind, wird er sich nach alternativen Verwendungen für sein Kapital und seine Arbeit umsehen, näher RICHTER und FURUBOTN Institutionenökonomik 1999, Chapter IV.2.

192 Anschaulich für die Extraktion von Rohstoffen STRÖBELE Rohstoffökonomik 1987, 168.

193 Vgl. LEISNER in Isensee und Kirchhof 2001, R 94.

194 BVerfGE 91, 294, 310.

195 BVerfGE 39, 210, 237; zuletzt E 97, 67, 77.

196 Um Missverständnissen vorzubeugen: die normative Ökonomie redet natürlich nicht der Bereicherung der Individuen um jeden Preis das Wort. Insbesondere darf das niemand auf Kosten anderer tun. Aber die Eleganz von Markt und Eigentum besteht gerade darin, den Gegensatz zwischen Eigensinn und Gemein-sinn aufzuheben. Wer auf funktionierenden Märkten nach dem eigenen Reichtum strebt, tut genau dadurch auch etwas für die anderen Marktteilnehmer.

197 Einführend FRITSCH, WEIN und EWERS Marktversagen 1999.

198 S. bereits oben 3 g.

199 HARDIN Science 1968.

200 SCHULZ, PARISI und DEPOORTER Anticommons 2000, 1.

a) Commons

Warum ist die Luft verschmutzt? Warum ist die Autobahn verstopft? Warum stören sich die Kurzwellenfunker gegenseitig? Ökonomen geben auf all diese Fragen die gleiche Antwort: an einem knappen Gut gibt es keine Verfügungsrechte. Die Luft, die Straßen und der Äther sind gemeinfrei. Jeder kann sie nutzen, der das möchte. Niemand wird ausgeschlossen. Niemandem wird durch einen Preis vor Augen geführt, dass es eine Verwendungskonkurrenz zwischen seiner Nutzung und der Nutzung anderer Interessenten gibt²⁰¹. Die Ökonomen sprechen von einem öffentlichen Gut²⁰². Sie erwarten, dass es übermäßig genutzt wird und dass niemand etwas zu seiner Produktion oder Erhaltung beiträgt²⁰³.

Idealtypisch gibt es für das Fehlen oder die Unvollständigkeit der Verfügungsrechte vier Gründe. Im ersten Fall ist die Aufrichtung von Verfügungsrechten schon technisch ausgeschlossen. Man kann die Luft nun einmal nicht in Säcke packen und sein tägliches Quantum Atemluft auf dem Wochenmarkt kaufen. Im zweiten Fall ist es logisch unmöglich, Verfügungsrechte zu schaffen. Das gilt insbesondere im Verhältnis zu künftigen Generationen. Auch zwischen den Generationen gibt es nämlich Allokationsprobleme. Sie betreffen vor allem den Abbau der natürlichen Ressourcen. Aber die künftigen Generationen sind noch nicht geboren. Deshalb gibt es noch keinen Träger, dem man das Verfügungsrecht zuweisen könnte²⁰⁴. Im dritten Fall wäre es zwar technisch möglich, Verfügungsrechte zu schaffen, das wäre aber prohibitiv teuer. So liegt es einstweilen etwa beim Straßennetz²⁰⁵. Im vierten Fall ist es technisch möglich und auch bezahlbar, Verfügungsrechte zu schaffen. Die Rechtsordnung will das aus einem anderen normativen Grund aber nicht. Diese Konstellation wird uns noch näher beschäftigen müssen²⁰⁶. Einstweilen soll der in Deutschland verbotene Handel mit Organen für die Transplantation als Beispiel genügen²⁰⁷.

Keiner dieser Fälle muss auf Dauer unabänderlich bleiben. Was technisch heute ausgeschlossen ist, kann durch eine Erfindung morgen möglich werden. Was heute zu teuer ist, kann morgen ertragreich erscheinen. Das Gut kann knapper geworden sein. Seine Eigentümer können wohlhabender geworden sein. Durch technische oder institutionelle Innovation kann die Errichtung der Verfügungsrechte billiger geworden sein. Normative Überzeugungen können sich wandeln. Was wirklich logisch ausgeschlossen ist, wird das zwar auch für die Zukunft bleiben. Aber es können Substitute gefunden werden. So könnte man eine Art Ombudsmann für die Interessen künftiger Generationen schaffen und mit Kapital ausstatten.

201 Eindringlich SIEBERT in Immenga, Möschel und Reuter 1996.

202 Mit Grund wird dabei oft noch weiter differenziert. Den „reinen“ öffentlichen Gütern werden Situationen gegenübergestellt, in denen das Ausschlussprinzip zwar versagt, Verwendungskonkurrenz aber gegeben ist. Wenn man so differenziert, dann gehören die gerade genannten Beispiele zu der Untergruppe der Allmende-Güter.

203 Umfassend CORNES und SANDLER Externalities 1996.

204 Näher ENGEL Abfallrecht 2002a, 260-264.

205 Näher EGGERTSSON Institutions 1990, 97, 249-271.

206 S. unten IV 2.

207 Näher HÖFLING und RIXEN Transplantationsmedizin 1996.

All das sind wichtige wirtschaftspolitische Fragen. Für unseren Gegenstand haben sie aber nur am Rande Bedeutung. Gelingt die Aufrichtung von Verfügungsrechten doch noch, steht alles zum Besten. Wir können auf der bisherigen Grundlage auch die normative Empfehlung aussprechen, die Aufrichtung von Verfügungsrechten zu versuchen. Scheitert das einstweilen, wird eine zentrale Entscheidung über Interventionen in die Wirtschaft unvermeidlich. Das gilt aber nur für dieses eine Gut. Weder lässt sich daraus etwas für den Schutz des Eigentums im übrigen noch gegen die Marktwirtschaft als Wirtschaftsordnung ableiten.

b) *Anticommons*

Mit dem spiegelbildlichen Problem der Anticommons verhält es sich ähnlich²⁰⁸. Das Problem ist ernst zu nehmen. Ohne zentrale Korrektur des Markts ist es nicht zu lösen. Auch hier ist aber nur eine punktuelle Korrektur vonnöten, kein Wechsel vom Eigentum oder Markt zu alternativen Institutionen.

Das Problem lässt sich am einfachsten am Beispiel physischer Leitungsnetze deutlich machen. Solche Netze werden zum Transport von Gas, Wasser und Strom, Fernmelde- und Fernsehsignalen gebraucht. Unternehmen nutzen Leitungen etwa auch für den Transport von Gütern auf der Schiene oder von Erdöl in der Pipeline. Die ganze Leitung ist sinnlos, wenn auch nur ein Stück fehlt. Man kann physische Leitungen deshalb auch als Kettengüter bezeichnen. Die ganze Kette ist nur so viel wert wie ihr schwächstes Glied. Weil das so ist, wird der Markt mit der Errichtung neuer physischer Leitungen nur sehr schwer fertig. Der Leitungsunternehmer braucht zwar nicht unbedingt das Eigentum aller Grundstücke, über die die Leitung führt. Er braucht aber Dienstbarkeiten. Jeder Grundeigentümer muss ihm dieses Verfügungsrecht also übertragen. In dieser Situation ist es für jeden Grundstückseigentümer das Beste, als Letzter zu verkaufen. Ohne seine Zustimmung wird aus der ganzen Leitung ja nichts. Für den Leitungsunternehmer wird es deshalb rational, dem letzten Verkäufer den gesamten Unterschied zwischen allen bisherigen Zahlungen und dem erwarteten Gewinn aus dem Vertrieb der Leitungskapazität zu bezahlen. Das Problem wurzelt sogar noch tiefer. Denn alle anderen Grundstückseigentümer stellen ja dasselbe Kalkül an. Wenn alle vollständig rational handeln, warten alle ab. Die Leitung wird nie gebaut²⁰⁹.

Den konzeptionellen Grund für das Problem kennen wir bereits. Jedes Glied der Leitung passt nur zu genau einem ganz bestimmten rechten und linken Nachbarn. Zwischen Käufer und Verkäufer besteht deshalb eine Situation der strategischen Interaktion. Weil die Leitung nur errichtet wird, wenn alle Glieder vorhanden sind, spielt außerdem jeder potentielle Verkäufer ein Spiel gegen alle anderen Verkäufer. Wir haben also zwar einen Tausch, aber keinen Markt. Jedes einzelne Glied der Leitung ist, kartellrechtlich gesprochen, sein eigener sachlich relevanter Markt. Zwischen dem Käufer und den Verkäufern bestehen lauter bilaterale Monopole. Auch wenn der Rechtsordnung diese theoretische Ableitung nicht bewusst war, hat sie

208 S. aus der mittlerweile umfangreichen Literatur nur SCHULZ, PARISI und DEPOORTER Anticommons 2000; PARISI Entropy in Property 2001.

209 Näher ENGEL Die Verwaltung 1998a.

das Problem doch seit langem verstanden. Sie löst es zum einen durch die öffentlich-rechtliche Wegeplanung, zum anderen notfalls durch privatnützige Enteignung.

Ist man einmal für das Problem sensibilisiert, entdeckt man es in schwächerer Form auch sonst nicht selten. Dann ist das eine Gut ohne das andere zwar nicht nutzlos, aber doch viel weniger wert. Wann immer zwei Güter komplementär sind, steht man deshalb streng genommen vor einem Problem der Anticommons. Bei dieser schwächeren Form ist allerdings Zurückhaltung geboten. Die Rechtsordnung steht letztlich vor einem Abwägungsproblem. Intervenierte sie, kann der zusätzliche Nutzen aus der Komplementarität der Güter gezogen werden. Durch die Intervention schaltet die Rechtsordnung zugleich aber auch den Markt als Koordinationsmechanismus aus, oder sie schwächt ihn zumindest. Bevor sie diesen Weg geht, sollte die Rechtsordnung insbesondere untersuchen, ob es nicht schonendere private Substitute für eine Intervention des Rechts gibt. Wir werden auf diesen Punkt noch einmal zurückkommen, wenn wir die rechtspolitische Wahl zwischen absolutem und relativem Eigentum betrachten²¹⁰.

7. Marktversagen

Märkte versagen nicht bloß deshalb, weil die Verfügungsrechte fehlen oder ungeeignet ausgestaltet sind. Auch die anderen Basisinstitutionen einer Marktwirtschaft können ausfallen. So können die Kosten für den Abschluss eines atypischen Schuldvertrags höher sein als der erwartete Nutzen. Der Wettbewerb als Steuerungsmechanismus kann versagen. So liegt es etwa, wenn die Größenvorteile eines Produkts ein solches Ausmaß annehmen, dass ein Anbieter billiger anbieten kann als mehrere. Die Ökonomen sprechen dann von einem natürlichen Monopol²¹¹. Die Marktteilnehmer können sich verhalten wie die Lämmer einer Herde. Läuft das erste schreckhaft in die falsche Richtung, laufen alle anderen hinterher²¹². Vor allem an den Finanzmärkten kann so eine spekulative Blase entstehen, die schließlich ganze Wirtschaftszweige mit sich reißt. Die Ökonomen sprechen dann von systemischen Risiken²¹³.

Wiederum sind all das ernste wirtschaftspolitische Probleme. Keines von ihnen liefert aber ein stichhaltiges Argument gegen die Marktwirtschaft. Die Planwirtschaft kennt diese Risiken zwar nicht. Sie bleibt aber auch dann offensichtlich die schlechtere Lösung, wenn man diese Risiken in Rechnung stellt. Erst recht folgt hieraus kein Argument gegen das Eigentum, wenn einmal die Grundentscheidung für die Marktwirtschaft getroffen ist.

210 S. unten VI.

211 Näher FRITSCH, WEIN und EWERS Marktversagen 1999, II 2.

212 Näher BAIRD, GERTNER und PICKER Game theory 1994, 213-216.

213 Nuancierend HELMWIG in Duwendag 1997.

8. Realistischere Verhaltensmodelle

Wir haben bislang auf der Basis des Rationalmodells der Ökonomen argumentiert. Dieses Modell ist nicht nur eingestandenermaßen kontrafaktisch. Vielmehr führt es manchmal auch analytisch und normativ in die Irre. Aus der Beschäftigung mit diesem Einwand ist mittlerweile ein ganzer Zweig der Ökonomie geworden. Er nennt sich Behavioral Economics, oft wegen der vornehmlich verwendeten Methode auch Experimental Economics. Die Ökonomen arbeiten hier eng mit Psychologen zusammen. Mittlerweile interessieren sich auch mehr und mehr Juristen dafür²¹⁴. Trotzdem ist man noch weit von einem alternativen Verhaltensmodell entfernt. Viele glauben sogar, dass man solch ein alternatives Modell nie finden wird. Nach ihrer Überzeugung wird am Ende eine hochdifferenzierte Landkarte des individuellen und sozialen Verhaltens stehen. Dann stünden wir am Anfang eines enzyklopädischen Unterfangens, ähnlich der Erschließung historischer Quellen am Ende des 19. Jahrhunderts. So lange kann die Rechtspolitik nicht warten. Auch wenn die Anhänger dieser Denkschule schließlich Recht behalten, muss sie einstweilen doch auf der Grundlage des bruchstückhaften Wissens über menschliches Verhalten entscheiden, über das wir heute schon verfügen. Die folgenden Überlegungen haben deshalb unvermeidlich etwas Aphoristisches. Zu vier Kategorien dieses Ringens um realistischere Verhaltensmodelle wollen wir die Institution des Eigentums in Bezug setzen: Motivation (a), Biases (b), Kognition (c) und Deontik (d).

a) *Motivation*

Das ökonomische Rationalmodell ist ein reines Motivationsmodell. Deshalb sprechen die Ökonomen ja auch immer von Anreizen. Motivierende Wirkung geht in diesem Modell von der Chance aus, den eigenen Nutzen zu mehren. Wann immer sich solch eine Chance zeigt, nimmt der homo oeconomicus sie wahr. Wann immer er einen Nutzenverlust verhindern kann, tut er das.

Das ist offensichtlich nicht grob falsch. Ja mehr noch. Im Konzert mit den anderen Basisinstitutionen einer Marktwirtschaft trägt das Eigentum maßgeblich dazu bei, das Verhalten der Marktteilnehmer dem Rationalmodell der Ökonomen anzunähern. Diese Aussage ist zwar ein Bruch mit der Struktur des ökonomischen Modells. Es nimmt die Präferenzen ja hin wie sie sind. Institutionen sind im ökonomischen Modell Restriktionen für die Verwirklichung vorgegebener Präferenzen. Wir behaupten hier dagegen, dass die Institutionen die Präferenzen oder besser das Verhalten prägen.

Aber normativ ist das ein großer Vorzug des Markts. Wer seinem Interesse folgt, handelt nämlich viel vorhersehbarer, als wenn er von seinen Launen getrieben wäre. Je zuverlässiger diese Wirkung eintritt, desto weniger muss man sich über den anderen informieren, bevor

214 Aus der reichen Literatur s. etwa GOLDSTEIN und HOGARTH Judgement 1997; GIGERENZER, TODD und ABC RESEARCH GROUP Simple Heuristics 1999; KAHNEMAN und TVERSKY Choices, Values, and Frames 2000; SUNSTEIN Behavioral Law and Economics 2000.

man mit ihm Handel treibt. Ohne solch eine Standardisierung des Verhaltens wäre Arbeitsteilung in einem Volk von 80 Millionen gar nicht vorstellbar.

Die motivierende Wirkung von Markt und Eigentum geht sogar noch weiter. Denn in einer Marktwirtschaft macht der am meisten Gewinn, der produktiv mit Risiken umgehen kann. Der Markt erhöht deshalb die Risikobereitschaft der Menschen. Er sorgt zugleich dafür, dass sie nicht über die Stränge schlagen. Wer sich mehr Risiken zumutet, als er beherrschen kann, bekommt dafür nämlich bald die Quittung. Auf diese Art wirkt der Markt zugleich als Selektionsinstanz. Er lässt gerade die Menschen unternehmerische Verantwortung tragen, die besonders produktiv mit Risiken umgehen können.

Markt und Eigentum formen die Menschen zwar. Sie lassen andere Antriebe als das Gewinnstreben aber nicht ganz verschwinden. Das ist schon deshalb so, weil das Halten von und Handeln mit Eigentum auch anderen menschlichen Antrieben entspricht. Das beginnt schon beim Selbsterhaltungstrieb. *John Locke* nutzt ihn als zweiten Begründungsstrang für das Eigentum, neben seiner bereits erwähnten Arbeitstheorie²¹⁵. Ähnlich basal ist der Trieb von Tier und Mensch, sich einen Herrschaftsraum zu sichern²¹⁶. Schließlich verweist schon *Aristoteles* auf den Zusammenhang zwischen dem Eigentum und dem Selbstwertgefühl. Wenn Menschen Dinge privat nicht besitzen dürfen, können sie Freunde und Gäste an diesem Glück nicht teilhaben lassen, heißt es bei *Aristoteles*²¹⁷. Auch die *Päpstliche Enzyklika Gaudium et Spes* erkennt den Zusammenhang zwischen Eigentum und Selbstverwirklichung der Person an²¹⁸.

b) Biases

Als Biases bezeichnen die Psychologen systematische Abweichungen vom Rationalmodell. Sie müssen nicht bei jedem Mitglied einer Population auftreten. Aber sie sind doch so stabil, dass die Vorhersagen des Rationalmodells auch im Durchschnitt größerer Populationen falsch werden²¹⁹. Ist man einmal dafür sensibilisiert, entdeckt man einen Webfehler unseres Verstandes nach dem nächsten. Wir verdrängen Risiken entweder, oder wir nehmen sie übermäßig wichtig²²⁰. Wenn wir einmal wissen, wie eine Sache ausgegangen ist, sind wir zu einer neutralen Beurteilung der Situation ex ante praktisch außer Stande²²¹. Wie man uns ein Entscheidungsproblem einkleidet, beeinflusst maßgeblich unser Urteil²²².

215 LOCKE Two Treatises of Government 1690, §6; zur Arbeitstheorie s. oben I 3 b.

216 Näher KRAUS in Baur 1988.

217 ARISTOTELES Politik 1989, II:II.7.

218 Enzyklika Gaudium et Spes, 71:1, zitiert nach LANTZ Eigentumsrecht 1977, 139.

219 Umfangreiches Material bei KAHNEMAN, SLOVIC und TVERSKY Judgement under Uncertainty 1982.

220 Anregend PILDES und SUNSTEIN University of Chicago Law Review 1995.

221 Die Psychologen nennen das den hindsight bias, näher RACHLINSKI in Sunstein 2000.

222 Die Psychologen sprechen dann von framing, s. nur TVERSKY und KAHNEMAN in Kahneman und Tversky 2000.

Jede Wirtschaftsordnung muss die Menschen nehmen, wie sie sind. Diese fehlerbehafteten Individuen werden das normative Ideal der Wohlfahrtsökonomik zwar verfehlen²²³. Einen offensichtlichen Grund nennen die Psychologen Verlustangst²²⁴. Was wir einmal besitzen, geben wir nur widerstrebend her. Wir nutzen die Chance zum Gewinn durch Tausch deshalb viel weniger, als dem Rationalmodell entsprechen würde²²⁵. Der Markt ist aber ein höchst wirksames Instrument, um die Folgen der Webfehler unseres Verstandes so klein wie möglich zu halten. Denn im Wettbewerb erhält jeder Teilnehmer ja ständig ein Zeugnis. Er sieht, dass er Verlust macht. Er sieht auch, dass sich sein Nachbar scheinbar weniger anstrengt und doch viel besser zurecht kommt. Der Wettbewerb ist deshalb ein kraftvoller Debiasing-Mechanismus²²⁶. Auch wenn er den psychologischen Mechanismus nicht versteht, kann der Verlierer doch versuchen, seinen erfolgreicherer Konkurrenten zu imitieren. Der Wettbewerb setzt also Anreize zum Lernen. Je stärker sich ein Bias nachteilig auswirkt, desto stärker ist in einer Marktwirtschaft zugleich der Anreiz zu seiner Überwindung. Unternehmen können sich darauf spezialisieren, den mentalen Mechanismus auch wirklich zu verstehen. Wo das möglich ist, können sie ihre Arbeitnehmer im Überspielen des Mechanismus trainieren. Sie können besonders anfällige Entscheidungen geeignet organisierten Gremien anvertrauen oder zusätzliche Kontrollen einbauen. Erfasst ein Bias nur viele, aber nicht alle Menschen, können sie besonders unanfällige Arbeitnehmer auswählen²²⁷.

c) *Kognition*

Wir Menschen haben keinen unverstellten Blick auf die Wirklichkeit. Auf die erkenntnistheoretische Dimension dieser Aussage haben wir bereits aufmerksam gemacht²²⁸. Sie hat aber auch ganz praktische Folgen. Dass zwei Wirtschaftssubjekte die Marktlage richtig oder auch nur gleich einschätzen, ist keineswegs ausgemacht²²⁹. Auch hierdurch kann der Markt an Leistungsfähigkeit einbüßen. Wenn niemand wahrnimmt, dass eine zahlungskräftige Nachfrage für eine bestimmte Dienstleistung vorhanden ist, bleibt dieser Wunsch unerfüllt. Vielleicht deuten die Anbieter die Signale der Nachfrager auch falsch und bieten ein viel schlechteres Produkt an, als sie eigentlich könnten. Wieder gibt es aber keinen besseren Mechanismus als den Wettbewerb, um solche kognitiven Irrtümer zu überwinden. Denn es zahlt sich ja

223 Die wichtigsten wissenschaftlichen Opponenten der Biases-Forschung fragen nicht ohne Grund, ob dann nicht bereits das normative Ideal falsch ist, s. etwa GIGERENZER in Gigerenzer 2000 und vgl. unten III 1 zu einem alternativen, evolutorischen Blick auf das Wirtschaften. An dieser Stelle untersuchen wir jedoch das Allokationsproblem, haben uns also auf das normative Ideal festgelegt. Auch wer die eigentliche Aufgabe einer Wirtschaftsordnung in der beständigen Anpassung sieht, wird im übrigen nicht leugnen wollen, dass knappe Güter wandern sollten, nur vielleicht nicht bis zur Präzision eines statischen Optimums.

224 „loss aversion“.

225 KAHNEMAN, KNETSCH und THALER in Kahneman und Tversky 2000.

226 Zum Debiasing als einer rechtspolitischen Aufgabe s. JOLLS, SUNSTEIN und THALER in Sunstein 2000.

227 Vgl. im einzelnen ENGEL Journal of Institutional and Theoretical Economics 1994a.

228 S. oben I 5 b.

229 Die Frage beginnt, mehr und mehr Sozialwissenschaftler umzutreiben, s. etwa TURNER Cognitive Dimensions 2001.

unmittelbar aus, auf kognitive Überraschungen zu achten und alternative Deutungen der Wirklichkeit zu testen.

d) *Gegenstandsspezifische Entscheidungsregeln*

Das Rationalmodell der Ökonomen stellt sich den menschlichen Verstand wie einen Computer vor. Diese Entscheidungsmaschine zerlegt jedes Problem analytisch in seine Bestandteile und bearbeitet es streng logisch. Wir Menschen haben diese Fähigkeit offensichtlich. Sonst könnten die Wissenschaften ja nicht all das generische Wissen schaffen, von dem wir hier Gebrauch machen. In unserem Alltagsleben machen wir von diesen analytischen Fähigkeiten aber einen klug dosierten Gebrauch. Wir wären sonst ebenso schnell überfordert wie ein Computer mit zu kleinem Arbeitsspeicher. Vor allem wäre das ständige Analysieren aber ganz unnötig verschwenderisch. Denn die Natur hat uns nicht nur mit diesem einen Entscheidungsapparat versehen. Vielmehr tragen wir eine Fülle viele sparsamerer, gegenstands- und situationsspezifischerer Entscheidungsapparate in unserem Kopf herum²³⁰.

Eine der für das Wirtschaftsgeschehen wichtigsten Unterscheidungen ist die Bearbeitung von Befehlen einerseits und von Verträgen andererseits²³¹. Die Planwirtschaft muss sich auf den mentalen Befehls-Mechanismus verlassen. Niemand gehorcht gern. Der psychologische Mechanismus ist vor allem auf die Prüfung ausgerichtet, ob es denn wirklich unvermeidlich ist, sich dem Befehl zu unterwerfen. Die Marktwirtschaft kann dagegen den ausgesprochen leistungsfähigen Vertragsmechanismus nutzen. Er lässt die Menschen nicht nur nach Reziprozität suchen. Vielmehr sind sie auch ausgesprochen geschickt darin zu bemerken, wenn sich der Vertragspartner nicht mehr an die Regeln halten will²³².

III. Andere soziale Leistungen des Eigentums

Knappe Güter zum besten Wirt zu bringen, ist zwar die wichtigste, aber nicht die einzige soziale Funktion des Eigentums. Es erbringt auch für Evolution (1) und Konfliktbewältigung soziale Leistungen (2), für Freiheit (3), Identität (4), Sozialisierung (5), ja auch für den Rechtsstaat (6), die Demokratie (7) und für den Staat (8).

1. Evolution

Allokation ist ein statisches Konzept. Die Güter sind bereits vorhanden. Es geht darum, sie an den ertragreichsten Ort zu bringen. Das ist ein wichtiges normatives Ziel, aber nicht notwendig das einzige. Immer mehr Ökonomen ergänzen Allokation um Evolution²³³. Auch das ist

230 Das ist das Grundanliegen von GIGERENZER, TODD und ABC RESEARCH GROUP Simple Heuristics 1999.

231 Anregend COSMIDES und TOOBY American Economic Association Papers and Proceedings 1994.

232 Näher HOFFMANN, MCCABE und SMITH Economic Inquiry 1998; SMITH in Hill und Meiners 1998.

233 S. erneut VON HAYEK American Economic Review 1945; NELSON und WINTER Evolutionary Theory 1982; NELSON Journal of Economic Literature 1995; WITT in Dopfer 2001.

ein utilitaristisches Konzept²³⁴. Es geht also weiterhin um das größte Glück der größten Zahl²³⁵. Die Definition des Naturzustands unterscheidet sich aber von einer reinen Allokationsbetrachtung. Die Güter sind in evolutorischer Perspektive zwar ebenfalls knapp, aber vermehrbar. Solche Veränderungen passieren nicht linear, sondern in Sprüngen. Umgekehrt kann sich die Umwelt auch verschlechtern, und zwar nicht nur graduell, sondern auch schockartig. Evolutionstheorie kann man mit dem rationaltheoretischen Besteck betreiben. Viele Evolutoriker sind allerdings zugleich auch um ein realistischeres Verhaltensmodell bemüht. Sie halten insbesondere die Vorstellung für adäquater, dass die Menschen ihren Nutzen nicht maximieren, sondern sich mit einem ordentlichen Niveau der Erfüllung ihrer Wünsche zufriedengeben²³⁶.

Nach einem berühmten Wort von *Friedrich August von Hayek* ist der Wettbewerb ein Entdeckungsverfahren²³⁷. Das ist einer der wichtigsten Unterschiede zwischen Markt und Plan. Denn eine Planwirtschaft tendiert zur „bloßen Konzertierung der jeweils erreichten Besitzstände“²³⁸. „Geplante Produkt- und Prozessinnovationen sind [...] ein Widerspruch in sich, da zu ihrer Planung der Plangegegenstand als solcher bekannt sein müsste“²³⁹. Überdies stören Innovationen die vorhandenen Pläne. Selbst zufällig gefundene Neuheiten werden von den dafür Verantwortlichen deshalb in den Hintergrund gedrängt. Die Arbeitnehmer werden entmutigt, nach Neuem zu suchen²⁴⁰.

Beim Begriff Entdeckungen denkt man zunächst an technische Erfindungen. Sie können nicht nur neue Produkte oder Produktkomponenten darstellen, sondern auch die Herstellung bereits bekannter Produkte erleichtern und damit billiger machen. Darauf beschränkt sich die Leistung des Wettbewerbs jedoch nicht. Ein Hersteller kann herausfinden, dass er sein Produkt auch mit einem anderen Rohstoff herstellen kann. Dieser mag billiger, leichter zu verarbeiten oder sicherer zu beziehen sein. Ein Endverbraucher mag herausfinden, dass er seinen Bedarf mit einem anderen Produkt befriedigen kann.

Ein anschauliches Beispiel ist empirisch gut untersucht. Wenn die Nachfrage nach Kupfer kurzfristig steigt, kann sich das Angebot an primärem Kupfer nicht schnell genug anpassen. Es dauert eine Weile, bis neue Vorkommen erschlossen oder bestehende Bergwerke ausgeweitet sind. Die Preise für Kupfer steigen deshalb steil. Dadurch erhält der Markt das Signal, dass die an sich zu teure Rückgewinnung von sekundärem Kupfer aus bisherigen Verwendungen plötzlich (übergangsweise) doch lohnt. Diese zweite Versorgungsquelle kann viel schneller reagieren. Es genügt im wesentlichen, Kupferdrähte zu sammeln, die isolierenden

234 Um Missverständnissen vorzubeugen: wer Evolution als Erklärungsmodell verwendet, denkt sich Evolution für gewöhnlich gerade nicht gerichtet. Aber hier geht es ja nicht um Wirklichkeitsbehauptungen, sondern um den Grund, warum eine Reduktion des normativen Diskurses auf Allokation zu eng ist.

235 S. oben II 1.

236 Die Menschen verhalten sich dann als sog. „satisficer“, die ein „aspiration level“ definieren. Diese Vorstellung geht zurück auf SIMON Bounded Rationality 1982.

237 VON HAYEK in von Hayek 1969.

238 MESTMÄCKER in Mestmäcker 1984, 25.

239 STREIT Wirtschaftspolitik 1991, 37.

240 ebd., 37 f.

Ummantellungen abzuschälen und das Kupfer einzuschmelzen. Weil dafür kein großer technischer Aufwand erforderlich ist, findet sich dafür ein Anbieter. Er lässt sich auch von der Erwartung nicht abschrecken, dass er die Produktion wieder einstellen muss, wenn die Gewinnung von primärem Kupfer ausgeweitet ist²⁴¹.

Der Markt wird auch mit Größen- und Verbundvorteilen bei der Produktion gut fertig. Der Wettbewerb findet ihr Ausmaß heraus und entscheidet über den richtigen Zustand der Betriebe. Er findet auch die beste Organisationsform des Unternehmens und die richtige Vertriebsform. Der Wettbewerb entscheidet auch darüber, wie viel Unsicherheit die typischen Nachfrager bereit sind, in Kauf zu nehmen. Technisch gesprochen geht es um ihre Risikopräferenzen. Wollen sie mehr Sicherheit, können sie Versicherungsverträge abschließen. Ein Versicherungselement ist auch in einem langfristigen Liefervertrag enthalten, weil der Anbieter hier für seine Leistungsbereitschaft in der Zukunft einsteht. Lässt sich die künftige Nachfrage ausreichend standardisieren, entstehen vielleicht auch Terminmärkte.

Die letzten Beispiele deuten bereits an, dass es keinen kategorialen Gegensatz zwischen einer statischen und einer dynamischen Betrachtung der Marktwirtschaft gibt. Eruptive, ja schockartige Neuerungen, die ein ganzes Gefüge von Märkten durcheinander werfen, sind stets möglich. Solche Eruptionen passieren aber nicht täglich. Angemessen ist es deshalb, den Wettbewerb als einen Prozess von Innovation und Imitation zu begreifen. Allgemeiner gesprochen ist Wettbewerb also ein Prozess des Gewinnens und Testens von Hypothesen²⁴². Die klassische Erkenntnis von den allokativen Wirkungen des Marktes wird durch die Einsicht in ihre dynamischen Leistungen nicht überholt, sondern ergänzt. Auch in ruhigeren Marktphasen geschieht etwas volkswirtschaftlich Wertvolles. Es besteht kein Grund, auf einen Unternehmer herabzublicken, der nicht nach dem Vorsprungsgewinn strebt, den Prozess- oder Produktinnovationen versprechen. Er tut auch dann etwas sozial Nützliches, wenn er sich mit dem Arbitragegewinn zufrieden gibt, der aus dem geschickten Ausgleich zwischen Angebot und Nachfrage erwächst.

Noch aus einem weiteren Grunde darf man das Wort vom Wettbewerb als Entdeckungsverfahren nicht missdeuten. Das Ziel ist nicht schlichte Kreativität. Sie bringt genauso viel unnützes Zeug hervor wie eine genetische Mutation. Entscheidend ist also nicht so sehr, dass der Wettbewerb einen starken Anreiz zu Neuerungen setzt. Wichtig ist vielmehr, dass er unter den Neuerungen gerade die auswählt, die aus der Sicht der Nachfrager relevant sind²⁴³. Insofern liegt eine Analogie zum Darwinismus nahe. Man kann den Wettbewerb als ein Verfahren der Variation und Selektion begreifen²⁴⁴.

Auch diese Analogie sollte man allerdings nicht zu weit treiben. Gewiss kann man menschliche Kreativität nicht planen. Das weiß jeder, der einmal am Schreibtisch gesessen und einem

241 Einzelheiten bei PINDYCK und RUBINFELD *Microeconomics* 2001, chapter 2.

242 KERBER in Delhaes und FehI 1997.

243 STREIT *Wirtschaftspolitik* 1991, 41.

244 Die Analogie ist näher entfaltet bei KERBER in Delhaes und FehI 1997.

wissenschaftlichen Einfall nachgejagt hat. Die Tätigkeit des Wissenschaftlers beschränkt sich andererseits aber nicht darauf, auf natürliche Mutationen zu warten oder das Chaos durch radioaktive Bestrahlung künstlich hervorzurufen. Vielmehr treibt ihn ein Erkenntnisinteresse. Er bleibt einer einzelnen Frage oder einem Arbeitsbereich auf lange Zeit verhaftet. Dadurch erweitert sich über die Jahre sein Assoziationsfeld immer mehr. Die Einfälle kommen schneller und häufiger. Oft lohnt es, diesen Prozess in einem Team zusätzlich zu beschleunigen. Der Wettbewerb nimmt gerade auch auf diese organisatorische Vorbereitung von Innovation Einfluss. Dadurch potenziert sich die Wahrscheinlichkeit, dass gerade solche Entdeckungen gemacht werden, nach denen ein Bedarf besteht.

Die schlichte Entdeckung ist noch aus einem letzten Grunde nicht das Entscheidende. Die Wissenschaftsgeschichte enthält genügend Beispiele für Erfindungen und Erkenntnis zur falschen Zeit und falschen Ort. Manche sind viel später wieder gefunden worden und haben dann eine technische Revolution ausgelöst. Innovation nützt mit anderen Worten der Volkswirtschaft nur dann etwas, wenn sie sich auch verbreitet. Der Wettbewerb sorgt dafür, dass das gerade in dem Augenblick geschieht, in dem ein Bedarf nach der Neuerung besteht.

Eigentum und Markt beschleunigen die Innovation und verbessern die Selektion, weil sich beides unmittelbar auszahlt. Der Vorzug dieses institutionellen Arrangements beschränkt sich aber nicht auf die Motivationswirkung. Es ist zugleich auch die bessere Selektionsumgebung. Ob ein neues Produkt Anklang findet, erfährt sein Anbieter sofort. Die Rückkopplungsschleifen sind im Markt also kurz²⁴⁵. Jeder Anbieter erhält vom Markt solche Signale. Die Marktwirtschaft kann deshalb konkurrierende Lösungen simultan testen²⁴⁶. Schließlich wird für die Selektionsfunktion des Markts zum Vorzug, dass hier alles unternehmerische Handeln gleichsam unter Widerrufsvorbehalt steht. Kein Unternehmen weiß sicher, wie lange ihm sein Absatzmarkt erhalten bleibt. Wo immer das möglich ist, versuchen die Unternehmen deshalb Festlegungen zu vermeiden, die sie an einen bestimmten Markt binden²⁴⁷. Sie vermeiden dadurch das, was die Evolutionsbiologen *overfitting* nennen. Ein Organismus ist an die bisherige Umgebung exzellent angepasst, verliert seine Leistungsfähigkeit aber schon bei kleinen Änderungen der Umgebung²⁴⁸.

2. Konflikt

Auch das nächste normative Ziel kann man noch utilitaristisch deuten, man muss das aber nicht. Aus utilitaristischer Perspektive sind Konflikte unproduktiver Aufwand. Der Wohlstand bleibt kleiner, als er wäre, wenn sich alle friedlich verhielten²⁴⁹. Man kann die Vermeidung

245 Diesen Hinweis verdanke ich VIKTOR VANBERG.

246 WOHLGEMUTH *Journal of Evolutionary Economics* 2000.

247 KELLY *New Economy* 1998, 89.

248 S. etwa WEIGEND in Mozer 1994.

249 Gerade aus evolutorischer Sicht kann man allerdings umgekehrt in einem gewissen Ausmaß von Konflikten auch die produktive Unruhe sehen, die Neuerungen generiert, s. dazu ÅKERMAN *The Necessity of*

von Konflikten aber etwa auch aus einer freiheitlichen Perspektive rechtfertigen. Konflikte bestehen dann im unkonsentierten Übergriff auf die Freiheit anderer. Nicht zufällig hat *Immanuel Kant* ja sogar eine Rechtspflicht zum Weltfrieden entwickelt²⁵⁰. Man kann Konflikte aus rationaltheoretischer Perspektive durchdenken. Ein berühmtes Beispiel ist die *Hobbes'sche Staatsbegründung*²⁵¹. Man kann die Entstehung von Konflikten aber gerade auch damit begründen, dass sich die Menschen irrational verhalten²⁵².

Eigentum hat für die Vermeidung von Konflikten nicht bloß günstige Wirkungen. Der Konflikt kann gerade durch den Neid auf fremdes Eigentum provoziert sein. Eine strikt durchgehaltene Eigentumsordnung kann auch denen Anlass zum Konflikt geben, die die Welt von anderen normativen Prämissen her durchdenken²⁵³. Eigentum garantiert den Frieden also nicht. Es hat aber doch einen erheblichen befriedenden Effekt. Der Grund findet sich in dem englischen Sprichwort: „Good fences make good neighbors“²⁵⁴. Die Eigentumsordnung stellt die Grenze zwischen Mein und Dein außer Streit²⁵⁵. Das Argument hat eine lange Geschichte. Es findet sich schon bei *Aristoteles*²⁵⁶. *Thomas von Aquin* fügt hinzu: „Wenn jeder ohne Unterschied [...] alles mögliche besorgt [...], dann gibt es mehr Unordnung (confusio) als wenn jeder das Seine besitzt“²⁵⁷. Ähnlich heißt es in der *Päpstlichen Enzyklika Rerum Novarum*: Gemeinbesitz verursacht Verwirrung und Unordnung in der Gesellschaft²⁵⁸.

3. Freiheit

Eigentum macht das Volk nicht nur wohlhabender, es lässt dem Einzelnen auch seine Freiheit. Die Väter des BGB haben hierin sogar die wichtigste Funktion des Eigentums gesehen. Sie haben diese Funktion notfalls sogar gegen den Eigentümer durchgesetzt. Niemand kann nach § 137 BGB durch Rechtsgeschäft seine Befugnis beseitigen, über einen Eigentumsgegenstand zu verfügen²⁵⁹. Auch diejenigen, die das Eigentum jeglichem Zugriff des Gesetzgebers entziehen wollen, argumentieren freiheitlich. „Eigentum ist Abwehranspruch oder es ist nicht“, heißt es bei ihnen emphatisch²⁶⁰. „Die Freiheit ist sich selbst Aufgabe, sie erfüllt keine

Friction 1998. Man muss das normative Ziel dann präzisieren: es geht nicht um die Minimierung von Konflikten, wohl aber darum, dass sie kein schädliches Ausmaß annehmen.

250 KANT *Ewiger Frieden* 1795.

251 HOBBS *Leviathan* 1651.

252 Anschaulich FARNSWORTH in Sunstein 2000.

253 Näher unten IV 5.

254 PIPES *Property and Freedom* 1999.

255 Spieltheoretisch gesprochen: sie wird zu common knowledge. Das ist die Voraussetzung für Kooperationsgewinne, SCHARPF *Games* 1997, 40.

256 ARISTOTELES *Politik* 1989, II:II.3.4.

257 THOMAS VON AQUIN, zit.n. LANTZ *Eigentumsrecht* 1977, 56.

258 *Enzyklika Rerum Novarum* Nr. 3, s. auch Nr. 8, zit.n. ebd., 130 f.; KIRCHHOF in Kirchhof und Isensee 1996, R 85 formuliert: „Im Unterschied von Mein und Dein schafft das Eigentum Voraussetzungen für den inneren Frieden [...] während Gemeineigentum immer wieder neu individueller Nutzbarkeit zugewiesen werden muss“.

259 HATTENHAUER in Baur 1988, 91 f. und passim.

260 LEISNER in Isensee und Kirchhof 2001, R 5.

Funktionen“²⁶¹. Unser Anliegen ist bescheidener. Wir wollen die soziale Funktion des Eigentums aufhellen, auch und gerade für die Freiheit²⁶².

So verwunderlich das beim ersten Lesen scheinen mag: Freiheit ist kein individualistisches Konzept. Für sich allein kann niemand frei sein. Frei ist man immer nur in Beziehung zu anderen, die diese Freiheit respektieren. Frei kann nicht das Individuum sein, sondern nur die Person²⁶³. Wer von Freiheit spricht, denkt den Menschen als *animal sociale*. Ein freier Mensch gewinnt seine Identität aus seinem Verhältnis zu anderen Menschen, die ihm diese Freiheit lassen. Im Rationalmodell der Ökonomen gibt es deshalb keine Freiheit. Genauer: Freiheit wird im Rationalmodell überhaupt nicht zur Frage. Die *homines oeconomici* des ökonomischen Modells sind berechenbare Sklaven ihrer Nutzenfunktionen. Wie Automaten justieren sie ihr Handeln bei jeder Änderung einer Restriktion neu. Weil Freiheit kein individualistisches Konzept ist, helfen bei seinem Verständnis auch Verhaltensmodelle nicht weiter. Was Freiheit ist, wie weit sie reicht und wo sie ihre Grenzen findet, kann nur die Gesellschaft entscheiden, als deren Mitglied der Mensch sich definiert. Diese gesellschaftliche Entscheidung kann auch zu einer rechtlichen gerinnen. Sie setzt voraus, dass sich der Mensch als Rechtssubjekt, also als Glied der Rechtsgemeinschaft definiert.

Eigentum macht frei. Für das Bundesverfassungsgericht ist das zuerst eine persönlichkeitsrechtliche Aussage²⁶⁴. Eigentum soll „dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich [...] sichern und ihm dadurch eine eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens ermöglichen“²⁶⁵. „Es soll ihm als Grundlage privater Initiative und in eigenverantwortlichem privatem Interesse von Nutzen sein“²⁶⁶. Dahinter steckt hegelianisches Denken. „Die Person muss sich eine äußere Sphäre ihrer Freiheit geben, um als Idee zu sein“²⁶⁷. „Das Vernünftige des Eigentums liegt nicht in der Befriedigung des Bedürfnisses, sondern darin, dass sich die bloße Subjektivität der Persönlichkeit aufhebt. Erst im Eigentum ist die Person als Vernunft“²⁶⁸. Als diese Sätze geschrieben wurden, war das keine bloße Rhetorik. Der scheinbar bloß theoretische Kampf von *Anton Friedrich Justus Thibaut* für die Aufhebung der Teilung des Eigentums in ein Ober- und Untereigentum²⁶⁹ war als Akt der Bauernbefreiung gemeint²⁷⁰. Die Bauern sollten von ihrer Bindung an die Scholle gelöst werden. Die Bauern sollten selbst entscheiden können, ob sie auf dem Land bleiben oder verkaufen und in die Stadt ziehen wollten. Eigentum sollte soziale Mobilität ermöglichen.

261 ebd.in, R 41.

262 Zum theoretischen Hintergrund dieser Entscheidung s. oben I 3 b.

263 Grundlegend zur Unterscheidung von Individuum und Person JAKOBS Norm, Person, Gesellschaft 1999.

264 BVerfGE 50, 290, 344; s. auch BÖHMER in Baur 1988, 42 f.

265 BVerfGE 50, 290, 339 f./348; s. auch BVerfGE 89, 1.

266 BVerfGE 52, 1, 30.

267 HEGEL Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse 1821, § 41.

268 ebd.Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, § 41 Zusatz.

269 THIBAUT Allgemeines Bürgerliches Recht 1814.

270 HATTENHAUER in Baur 1988, 83.

Eigentum macht auch sonst von Bindungen frei. Der Zugang zu Gütern ist nicht mehr an die Mitgliedschaft in einer formellen oder informellen Gemeinschaft gebunden. Arbeitsteilung und Anonymität werden gleichzeitig möglich. Was der Vertragspartner mit der getauschten oder gekauften Ware anfangen will, braucht den Verkäufer nicht zu kümmern. „Es fällt in die Motive“, wie *Friedrich Carl von Savigny* so wortmächtig formuliert hat. Eigentum ist deshalb auch der stärkste Minderheitenschutz²⁷¹. Man braucht nicht erst eine Gruppe Gleichgesinnter zu finden, um seinen Interessen Gehör zu verschaffen. Das hilft vor allem bei diffusen Interessen, also solchen, die schwer zu organisieren wären²⁷². Wird eine Gruppe wirklich diskriminiert, kann sie ihren komparativen Nachteil wenigstens durch Preisnachlässe ausgleichen²⁷³.

Freiheit durch Eigentum zu gewähren, fällt Gesellschaft und Recht deshalb leicht, weil Freiheit und Verantwortung dann automatisch zusammengehören²⁷⁴. Die Besorgnis wird gering, der Eigentümer könne seine Freiheit missbrauchen. Denn für den Gebrauch der Freiheit muss er ja sofort mit dem Verzicht auf sein Eigentum oder mit einer Wertminderung bezahlen. Eigentum ist deshalb eine ebenso elegante wie billige Technik zur Legitimation von Herrschaft. Herrschaft und Haftung sind unmittelbar miteinander verbunden.

Auch wenn der Freiheitsdiskurs darauf am wenigsten Wert legt, gewährt Eigentum natürlich auch ökonomische Freiheit. Es erlaubt dem Einzelnen in den Worten von *Friedrich August von Hayek*, „dass er sich in seinen Handlungen von jenen unmittelbaren Wirkungen führen lässt, die er erkennen und für die er sorgen kann“, statt sich heteronom gesetzten Zielen unterwerfen zu müssen²⁷⁵. Das gilt zunächst und vor allem für die Konsumenten. Sie sind der eigentliche Souverän einer Marktwirtschaft. Denn in einer Marktwirtschaft wird nur hergestellt, was abgesetzt werden kann. Durch die Höhe des Preises gewichten die Konsumenten zugleich die Dringlichkeit. Jedem Konsumenten bleibt überlassen, ob er sein gesamtes frei verfügbares Einkommen sofort ausgibt oder als Sparer Konsum in die Zukunft verlagern will. Statt dessen kann er auch einen Kredit aufnehmen und damit einen Teil seiner künftigen Einnahmen bereits heute ausgeben. Die Marktwirtschaft überlässt ihm, in welchen Abständen er seine Wirtschaftspläne aufstellt und ändert. Seine neue Nachfrage kann er also jederzeit befriedigen, nicht erst in der nächsten Planperiode²⁷⁶. Ihm bleibt frei, welche Risiken er eingehen möchte und welche er durch offene oder verdeckte Versicherungsverträge auf andere, risikofreudigere Personen verlagern möchte.

Nicht ganz so frei sind die Produzenten. Niemand kann auf Dauer an jedem Bedarf vorbeiwirtschaften. Will niemand mehr Schreibmaschinen, müssen die bisherigen Schreibmaschinenhersteller auf ein neues Produkt umsteigen oder ihren Betrieb schließen. Trotzdem ist auch

271 MERTENS, KIRCHNER und SCHANZE *Wirtschaftsrecht* 1978, 204.

272 Grundlegend OLSON *Collective Action* 1965.

273 EPSTEIN *Simple Rules* 1995, 176-179, s.auch 187 und 192.

274 BVerfG 16.2.2000, R 51; s. auch BVerfGE 50, 290, 342 f. und 348; PENNER *UCLA Law Review* 1996, 800.

275 VON HAYEK in von Hayek 1976, 25 f.

276 STREIT *Wirtschaftspolitik* 1991, 34.

die Freiheit der Anbieter in einer Marktwirtschaft erheblich. Jeder kann seinen Beruf frei wählen. Niemand ist außerdem gezwungen, sein Lebenseinkommen zu maximieren. Kein vorzüglicher junger Jurist muss in eine Rechtsfabrik eintreten, nur weil dort die höchsten Gehälter gezahlt werden. Er kann auch Richter werden oder Geschäftsführer von Greenpeace.

4. Identität

Auch Identität ist nicht individualistisch gedacht, sondern personal. Wie einen die anderen achten, bewegt einen offensichtlich nur dann, wenn einem die anderen nicht gleichgültig sind. Auch Selbstachtung ist bei näherem Zusehen also ein soziales Konzept. Ein homo oeconomicus kommt gar nicht auf die Idee. Er ist Materialist. Er kennt nur Interessen. Selbstachtung setzt dagegen eine Idee davon voraus, wie eine achtenswerte Person beschaffen sein sollte. Ideen sind aber immer sozial. Selbstachtung unterscheidet sich von Fremdachtung bei näherem Zusehen also nur durch die Instanz, der das Urteil anvertraut ist. Man ersetzt oder ergänzt das Urteil der anderen durch das eigene Urteil²⁷⁷.

Eigentum ist Anhalt und Zeichen der Achtung, die einer Person geschuldet ist. Es ist ein „Statussymbol“²⁷⁸. Für breite Schichten der Bevölkerung hat das eigene Auto über Jahrzehnte den Eintritt ins Erwachsenenalter markiert²⁷⁹. Für viele hat später im Leben das eigene Haus noch einmal die gleiche Bedeutung.

5. Sozialisierung

Freiheit und Identität sind analytisch sozial, weil sie ein Personkonzept voraussetzen. Auf dieser analytischen Grundlage geht es normativ dann aber um das Individuum. Es verlangt von Gesellschaft und Staat die Achtung seiner Freiheit und seiner Identität. Das Konzept der Sozialisierung ist dagegen auch normativ sozial. Die Gesellschaft will die Individuen so formen, dass sie zu nützlichen Gliedern des Ganzen werden. Sozialisierung geschieht natürlich auf viele Arten und an vielen Orten. Auch Eigentum und Markt tragen aber zu der Zivilisierung der Menschen bei²⁸⁰. Schon *Adam Smith* hat darauf hingewiesen, dass der Markt die Menschen dazu erzieht, auf Reputation zu achten, Beziehungen zu pflegen und die Bedürfnisse anderer zu entdecken²⁸¹. Auf verblüffende Weise liefert die Anthropologie nun auch einen empirischen Beleg für die These.

277 Diese Zusammenhänge hat bereits ADAM SMITH hellseherhaft herausgearbeitet, SMITH *Moral Sentiments* 1790, Part III Chapter I und passim.

278 PENNER *UCLA Law Review* 1996, 800; zur Dogmengeschichte des Gedankens s. PEARSON in Backhaus 1999, 511.

279 RIFKIN *Access* 2000, 73.

280 KIRCHHOF in Kirchhof und Isensee 1996, R 85.

281 SCHUCK *Limits* 2000, 436.

Die experimentellen Ökonomen haben das folgende Spiel ersonnen: zwei Personen spielen miteinander. Der Spielleiter gibt ihnen eine Summe Geldes, die sie untereinander aufteilen können. Der eine Spieler erhält das Recht, dem anderen jede beliebige Aufteilung vorzuschlagen. Der zweite Spieler hat nur die Wahl, diesen Vorschlag anzunehmen oder abzulehnen. Nimmt er an, erhält jeder der beiden Spieler den vorgeschlagenen Betrag. Lehnt er ab, geht das Geld an den Spielleiter zurück. Würden sich beide Spieler als *homines oeconomici* verhalten, müsste der erste dem zweiten Spieler eine Aufteilung nach dem Schlüssel 99:1 vorschlagen. Der zweite Spieler müsste annehmen. Tatsächlich tendieren die Spieler in Experimenten aber sehr viel stärker zur Mitte²⁸². Dieses Experiment haben Anthropologen nun in 15 primitiven Gesellschaften wiederholt. Sie stellen nicht nur fest, dass die Ergebnisse zwischen diesen Gesellschaften stark streuen. Offensichtlich hat die jeweilige Kultur also erheblichen Einfluss auf die Abweichungen vom Rationalmodell. Vielmehr findet sich das kooperativste Verhalten gerade in den Gesellschaften, die ihre Wirtschaft marktwirtschaftlich organisiert haben²⁸³.

6. Rechtsstaat

Zu den Staatsfundamentalprinzipien des Grundgesetzes gehören Rechtsstaatlichkeit, Grundrechte und Rechtsschutz gegen staatliches Handeln. Diese Prinzipien vertragen sich nur mit einer Marktwirtschaft, nicht mit einer Planwirtschaft²⁸⁴. Denn in einer Planwirtschaft ist alles Wirtschaftsrecht Verfahrensrecht. Materiellrechtlich muss es eine Fachaufsicht über Unternehmen geben²⁸⁵. „Ein Konflikt zwischen ökonomischer Zweckmäßigkeit und Legalität wird begrifflich ausgeschlossen“²⁸⁶. Die Berufung auf ein subjektives Grundrecht würde das gesamte Plangefüge zur Disposition stellen. Man kann es auch so sagen: die dezentrale richterliche Unabhängigkeit ist mit dem Wesen einer zentralen Planung unvereinbar. Auch wo formal Grundrechte bestehen, gewährt die Rechtssprechung der planenden Zentrale deshalb so große Gestaltungsspielräume, dass die Grundrechte stumpf werden²⁸⁷. Nur in einer Marktwirtschaft kann Recht aus Regeln bestehen. Die Normen brauchen nicht den Einzelfall zu steuern, sondern können „von den oft widersprüchlichen Erwartungen, Motiven und Zielen der Beteiligten abstrahieren“²⁸⁸. Erst dadurch wird es auch möglich, zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung zu trennen. In einer Marktwirtschaft sind die Gerichte nicht Befehlsempfänger der Zentrale, sondern eine selbständige Staatsgewalt. Weil das so ist, kann schließlich auch nur in einer Marktwirtschaft das Recht selbst seine steuernde Funktion erfüllen. In einer Planwirtschaft gibt es nur Befehle. Die filigrane Verbindung von Festigkeit und Offenheit, die elegan-

282 Grundlegend GÜTH, SCHMITTBERGER und SCHWARZE *Journal of Economic Behavior and Organization* 1982.

283 HENRICH und BOYD *Economic Man* 2001.

284 MESTMÄCKER in Mestmäcker 1993b, 26.

285 FIKENTSCHER *Wirtschaftsrecht* 1983, II 465 FN 99.

286 MESTMÄCKER in Mestmäcker 1993d, 102.

287 Das hat WINFRIED VEELKEN eindrucksvoll für Frankreich nachgewiesen, VEELKEN *Industriepolitik* 1991, 248-398.

288 MESTMÄCKER in Mestmäcker 1993d, 104.

te Differenziertheit des Steuerungsmechanismus, die permanente Anpassung an veränderte Umstände²⁸⁹ – all das gibt es nur in einer Marktwirtschaft.

7. Demokratie

Franz Böhm hat einmal gesagt: der Wettbewerb ist das genialste Entmachtungsinstrument der Geschichte²⁹⁰. In einer Marktwirtschaft gibt es keine dauerhafte gesellschaftliche Macht. Vorsprungsgewinne vernichtet der imitierende Wettbewerb. Wer heute Marktführer ist, kann diese Stellung morgen schon durch Geschicklichkeit und Erfindungsreichtum eines aktuellen oder potentiellen Wettbewerbers einbüßen. Macht ist in einer Marktwirtschaft folglich immer prekär.

Weil die Marktwirtschaft gesellschaftliche Macht im Zaum hält, sichert sie zugleich die Gewaltenteilung zwischen Staat und Gesellschaft²⁹¹. Es gelingt ihr in den Worten von *Ernst-Joachim Mestmäcker*, „die Wirtschaft zu ordnen, ohne den Staat zu ihrem Herrn oder Knecht zu machen“²⁹², also „die Machtverhältnisse in der Gesellschaft so zu steuern, dass keine Gruppe in der Lage ist, ihre Interessen als Interessen der Allgemeinheit absolut zu setzen“²⁹³. Den Unternehmen ist es also verwehrt, „rechtlich geregelte Konflikte auf die Ebene der Politik zu heben und sie dadurch der Regelung des geltenden Rechts faktisch zu entziehen“²⁹⁴. Umgekehrt verhindert die Marktwirtschaft, dass staatliche Mangelverwalter persönliche Macht gewinnen und missbrauchen, wie das in der DDR bei der Zuteilung von Wohnungen und Autos häufig der Fall war²⁹⁵.

Eine Marktwirtschaft schützt die Gewaltenteilung im Staat. Die Gründe haben uns bereits aus der Perspektive des Rechtsstaatsprinzips beschäftigt. Die Aufstellung eines Plans kann nur einer differenzierten Bürokratie gelingen. Nur diese Bürokratie ist im Stande, ihn einigermaßen schnell und flexibel an veränderte Umstände anzupassen. In einer Planwirtschaft bleibt den Gerichten deshalb aus Staatsraison und wirtschaftlicher Vernunft kaum etwas anderes übrig, als der Planbehörde ein praktisch unkontrolliertes Ermessen einzuräumen. Nachträgliche Kontrollen, selbst solche, die sich auf die Einhaltung der Verfahrensregeln beschränken, können bestenfalls bei exorbitanten Regelverletzungen greifen. Der planlose Zustand, zu dem ein erfolgreicher Rechtsstreit führen müsste, ist in einer Planwirtschaft noch schwerer erträglich als ein rechtswidriger Plan. Auch vorbeugender oder begleitender Kontrolle auf Einhaltung des Verfahrensrechts sind enge Grenzen gesetzt. Denn der alte Plan kann nur mit hohen Kosten über die ursprüngliche Planperiode hinaus praktiziert werden.

289 Näher zu diesen und weiteren Leistungen von Recht als Steuerungsinstrument ENGEL in Rengeling 2001d.

290 BÖHM in 1961, 22.

291 MESTMÄCKER in Mestmäcker 1993a, 71.

292 MESTMÄCKER in Mestmäcker 1993d, 108.

293 MESTMÄCKER in Mestmäcker 1984, 23.

294 ebd.in, 25.

295 WELFENS Wirtschaftspolitik 1995, 458.

Aus nahe verwandten Gründen gewinnt die Exekutive in einer Planwirtschaft auch ein Übergewicht gegenüber dem Parlament²⁹⁶. Das Parlament könnte der Planbehörde die Macht nur um den Preis entreissen, selbst zur Planbehörde zu werden. Dafür ist es regelmäßig schon nicht mit dem nötigen Personal ausgestattet. Vor allem ist die Struktur eines Parlaments für exekutivische Aufgaben aber nicht geeignet. Ein paar Hundert Abgeordnete können nicht sinnvoll darüber entscheiden, wie leistungsfähig ein Unternehmen ist, welche Rohstoffe es benötigt, ob es investieren, seine Produktion auf ein anderes Produkt umstellen oder die Vertriebswege ändern sollte. Auch die Frage, welche Wünsche der Haushalte vom Wirtschaftssystem erfüllt werden soll, ist viel zu detailreich und komplex, als dass das Parlament sie bewältigen könnte.

8. Staatlichkeit

Schließlich dient das Eigentum auch dem Staat selbst. Denn der Eigentümer braucht den Staat zur Sicherung seiner Eigentumsrechte. Es liegt also in seinem eigenen Interesse, dass der Staat nicht geschwächt wird. Eigentum ist außerdem ein gut sichtbarer und fassbarer Anhalt für staatliche Interventionen. Die Eigentümer sind deshalb ein gutes „regulatory target“, wo der Staat intervenieren muss. Schließlich partizipiert der Staat durch die Steuern am Wohlstand seiner Bürger²⁹⁷. Es liegt also in seinem Interesse, dass Eigentum und Markt den Bürgern zu viel mehr Wohlstand verhelfen, als das jede alternative Wirtschaftsordnung könnte.

IV. Soziale Dysfunktion von Eigentum?

Nicht nur die Anhänger, auch die Widersacher des Eigentums argumentieren mit sozialen Wirkungen. Mit diesen Einwänden müssen wir uns nun auseinandersetzen. Der lauteste Einwand ist verteilungspolitisch (1). Auch der Wunsch nach Unveräußerlichkeit wird aber geltend gemacht (2). Dem Eigentum wird mangelnde Fairness vorgeworfen (3). Schließlich wird auf Präferenzen für alternative institutionelle Arrangements hingewiesen (4). All diese Einwände lassen sich zwar schwächen, aber nicht vollständig beseitigen. Deshalb stehen Überlegungen zur Koexistenz fundamental unvereinbarer normativer Positionen am Ende (5).

1. Verteilung

Der älteste Vorwurf gegen die Marktwirtschaft lautet, sie bewältige die soziale Frage nicht. Das Eigentum zementiere die sozialen Unterschiede. Es lasse zu, dass die Reichen immer reicher werden, und die Armen immer ärmer. Wenn man das Argument aus individualisti-

296 Den Nachweis erbringt VEELKEN Industriepolitik 1991, 191-226 für Frankreich.

297 VON MANGOLDT, KLEIN und STARCK Das Bonner Grundgesetz I 1999, -Depenheuer Art. 14 GG, R 1.

scher Perspektive durchdenkt, geht es um Verteilung. Jedes Individuum hat den verständlichen Wunsch, ein möglichst großes Vermögen zu haben. Der Markt führt zu einer Verteilung nach Leistung. Wer besonders viel leistet, hat auch ein besonders hohes Einkommen. Was Leistung ist, wird dabei nach einem einfachen Maßstab bestimmt: es kommt darauf an, die Präferenzen der Nachfrager bestmöglich zu erfüllen.

Das ist an sich kein ungerechtes Prinzip. Es verhindert Nichtleistungsgewinne. Auch der Vorsprungsgewinn aus einer Innovation und der Arbitragegewinn aus dem Aufspüren einer Marktlücke werden auf diese Weise schnell sozialisiert²⁹⁸. Die Folgen von Erfolg und Misserfolg werden dem zugeordnet, der sie zu verantworten hat²⁹⁹. An dieser Beurteilung ändert sich auch dann nichts, wenn der Erfolg im Einzelfall auf Fortune oder Glück beruht³⁰⁰. Was auf den ersten Blick wie ein Element von Spiel und Wette erscheinen mag³⁰¹, ist nichts als die Prämie dafür, dass dieser Unternehmer bereit war, ein besonders hohes Risiko einzugehen³⁰². Hätte es sich realisiert, hätte der Unternehmer umgekehrt auch den hohen Verlust tragen müssen.

Das Bild ändert sich allerdings, wenn man die Ausgangsverteilung einbezieht. Damit ist die Ausstattung an Gütern gemeint, die ein Individuum in dem Moment besitzt, in dem es in das Wirtschaftsleben eintritt³⁰³. Der einzelne kann von der Natur mit zahlreichen Gaben ausgestattet worden sein. Er kann im Elternhaus, Schule und Studium intensiv gefördert worden sein. Er kann ein Vermögen geerbt haben. Wer derart bevorzugt ausgestattet ist, hat größere Chancen, es in seinem Leben zu noch größerem Reichtum zu bringen, als sein Nachbar, der gleichsam bei Null anfangen muss.

Normativ lässt sich eine staatliche Verteilungspolitik deshalb im Prinzip rechtfertigen³⁰⁴. Daraus folgt aber kein prinzipielles Argument gegen das Eigentum oder den Markt. Denn auch für den umverteilenden Staat gilt: er kann nur das ausgeben, was er zuvor eingenommen hat. Gerade wenn er umverteilen will, muss er darauf achten, dass die Verteilungsmasse ausreichend groß ist. Gerade der umverteilende Staat ist deshalb auf das Wachstumspotential der Marktwirtschaft angewiesen. In keiner anderen Wirtschaftsordnung wird der Kuchen auch nur annähernd so groß, von dem die Verteilungspolitik anschließend ein paar Stücke außer der Ordnung vergeben kann.

Zwischen beidem besteht im übrigen ein innerer Zusammenhang. Je mehr der Staat den Marktteilnehmern anschließend über Steuern und Abgaben wieder wegnimmt, desto geringer ist ihr Anreiz zur Leistung. Auch hierauf passt das Konzept der Verdünnung von Verfügungsrechten. Wer mit einem Steuersatz von 50 % belastet ist, dem gehört sein Einkommen wirt-

298 STREIT Wirtschaftspolitik 1991, 39.

299 MERTENS, KIRCHNER und SCHANZE Wirtschaftsrecht 1978, 196.

300 STREIT Wirtschaftspolitik 1991, 87.

301 So die plastische Formulierung von MESTMÄCKER in Mestmäcker 1993c, 661.

302 ebd.in, 662.

303 Das ist ein zentrales Anliegen von WOLFGANG FIKENTSCHER, s. etwa FIKENTSCHER in Fikentscher 1992, 50.

304 Das ist ein zentrales Anliegen von WOLFGANG FIKENTSCHER, s. etwa ebd.in .

schaftlich auch nur zur Hälfte. Es ist für ihn nur noch halb so interessant, sich mehr anzustrengen, erfinderisch oder risikofreudig zu sein. Verteilungspolitik muss deshalb mit Umsicht betrieben werden. Sie sägt notwendig an dem Ast, auf dem sie sitzt.

In Deutschland ist der Staat mit weitem Abstand die wichtigste Verteilungsagentur. Blickt man in die Vergangenheit oder ins Ausland, wird deutlich, dass das nicht so sein muss. Die Wohlhabenden können es auch als selbstverständliche Pflicht empfinden, denen etwas abzugeben, die in Not sind. Auch Stiftungen für gemeinnützige Zwecke haben anderen Orts ein viel größeres Volumen als in unserem Lande. Nimmt man das in den Blick, wird eine weitere soziale Funktion des Eigentums sichtbar. Erst, wer für sich selbst genug hat, wird frei zur Freigiebigkeit³⁰⁵. Das ist ein Gedanke, der sich schon bei *Aristoteles* findet³⁰⁶.

2. Unveräußerlichkeit

Am Markt hat jedes Gut einen Preis, im letzten also auch das Leben und die Würde des Menschen³⁰⁷. Hier wird allerdings viel geheuchelt. Ein einziges Beispiel soll genügen: die Rechtsordnung lässt zu, dass wir Auto fahren. Dabei belegen die Verkehrsstatistiken, wie ausgesprochen hoch das Risiko ist, bei dieser Gelegenheit zu sterben oder zumindest verletzt zu werden. Mobilität geht also letztlich über Leben und Gesundheit. Wie sehr, lässt sich manchmal sogar auf Heller und Pfennig angeben. So verzichten viele auf technisch durchaus mögliche Sicherungen wie Airbag, ABS oder seitlichen Aufprallschutz. Sie könnten sich sonst nämlich gar kein Auto leisten, oder sie wollen das Geld lieber für etwas anderes ausgeben.

Trotzdem wird man der Rechtsordnung die Befugnis kaum absprechen können, einzelne Güter „extra commercium“ zu stellen. Das hat etwa das Bundesverwaltungsgericht getan, als es Peep-Shows verboten hat. In der „Atmosphäre eines mechanisierten und automatisierten Geschäftsvorganges [werde] der Anblick der nackten Frau wie die Ware eines Automaten durch Münzeinwurf verkauft [...]. Die Isolation [...] des allein in der Kabine befindlichen Zuschauers und das damit verbundene Fehlen einer sozialen Kontrolle [verdingliche die] als Lustobjekt zur Schau gestellte Frau vor im Verborgenen bleibenden Voyeuren“³⁰⁸.

In diesem konkreten Fall fällt der Rechtsordnung die Entscheidung deshalb relativ leicht, weil eine Gesellschaft auch gut ohne Peep-Shows existieren kann. Deshalb fällt normativ nicht ins Gewicht, dass das Knappheitsproblem nun schlechter gelöst wird. Im Gegenteil will die Rechtsordnung ja gerade, dass die Showgirls ihr Geld auf andere Weise verdienen. Die Entscheidung wird viel schwerer, wenn auch an der Bewältigung des Knappheitsproblems ein erhebliches soziales Interesse besteht. Ein beinahe schon tragisches Beispiel sind menschliche

305 KIRCHHOF in Kirchhof und Isensee 1996, R 85.

306 ARISTOTELES Politik 1989, II:II.9-10.

307 Darauf machen etwa aufmerksam CALABRESI und MELAMED Harvard Law Review 1972; BEHRENS Ökonomische Grundlagen 1986, 101-104, 195-198; RADIN Harvard Law Review 1987; BIEDENKOPF in Immenga, Möschel und Reuter 1996; RIFKIN Access 2000, 96.

308 BVerwGE 64, 274; kritisch GUSY Deutsches Verwaltungsblatt 1982.

Organe, die transplantiert werden sollen. Das Transplantationsgesetz stellt sie extra commercium. Man kann seine Organe nur verschenken, nicht verkaufen. Entsprechend lang sind die Wartelisten. Viele Kranke müssen lange leiden, bevor ein Spenderorgan verfügbar ist. Manche sterben sogar vorher. Würde die Rechtsordnung den Organhandel freigeben, wäre das Problem vermutlich schnell gelöst. Aber wäre es erträglich, wenn jemand seine Schulden mit seiner Niere bezahlt³⁰⁹?

3. Fairness und Ethik

Ebenso schwer fällt die Entscheidung über einen weiteren Einwand. Eigentum und Marktwirtschaft verfolgen eine Leistungsethik³¹⁰. Das hat nicht nur die Billigung des Bundesverfassungsgerichts gefunden³¹¹, sondern auch die der katholischen Soziallehre³¹². Der Gedanke reicht bis zu Aristoteles zurück³¹³.

Viele erheben gleichwohl ethische Einwände. *Wolfgang Fikentscher* hat den Einwand auf den Punkt gebracht: die Marktwirtschaft verfolgt eine Ethik der Präferenzen, keine Ethik des Aufwands³¹⁴. Was damit gemeint ist, zeigt ein Blick in die Familie. Kann ein Familienmitglied die Aufgabe nicht erfüllen, die es ursprünglich einmal übernommen hatte, so werden die anderen darüber zunächst hinwegsehen. Schließlich werden sie nach den Gründen forschen. Die anderen werden einspringen, wenn sich zeigt, dass sich jemand redlich bemüht, nur wegen Krankheit, Alter, Überforderung im Beruf oder vorübergehenden Unmuts nicht zur Erfüllung seiner Aufgaben in der Lage ist. Zu den im Zusammenleben einer Familie ja reichlich vorhandenen Sanktionen werden die anderen erst greifen, wenn sie feststellen, dass sich jemand nicht redlich bemüht hat. Hat ein Kind das Schneiden des Rasens übernommen, damit aber mehr an unseren Nerven als an den Grashalmen gesägt und schließlich ein schiefwinkliges Ergebnis abgeliefert, so werden wir es für seinen Einsatz loben und unauffällig nachbessern, um es nicht zu kränken. Wer am Markt die versprochene Leistung nicht erbringt, wird dagegen auf Erfüllung oder Schadensersatz verklagt. Ob der Misserfolg daran liegt, dass ein Rohstoff plötzlich nicht mehr verfügbar war oder die Arbeiter gestreikt haben, ist dem Abnehmer gleichgültig. Der Anbieter hat seine Leistung zu einem vorbestimmten Zeitpunkt versprochen. Erfüllt er nunmehr nicht, muss er dem Nachfrager zumindest den entgangenen Gewinn ersetzen.

Dass wir im ersten Fall ganz anders reagieren als im zweiten, hat einen einfachen soziologischen Grund. Man kann das Zusammenleben in einem Volk von 80 Millionen nicht nach den

309 S. aus der reichen Literatur nur HÖFLING und RIXEN Transplantationsmedizin 1996.

310 S. nur LEISNER in Isensee und Kirchhof 2001, R 85-89.

311 „eigene Leistung als besonderer Schutzgrund für die Eigentümerposition“, BVerfGE 50, 290, 340 mit Nachweisen aus der älteren Rechtsprechung.

312 Enzyklika *Rerum Novarum* Nr.8, s. auch Nr. 35, zit.n. LANTZ Eigentumsrecht 1977, 126 und 129.

313 ARISTOTELES Politik 1989, II:II.2.

314 FIKENTSCHER Wirtschaftsrecht 1983, II 11.

Grundsätzen einer Familie organisieren³¹⁵. Die Ethik muss in einer offenen Gesellschaft eine andere sein, als in einer geschlossenen³¹⁶. Eine Ethik des Aufwands kann nur dann zur Grundlage sozialer Beziehungen gemacht werden, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind: man muss den anderen kennen. Nur dann kann man abschätzen, ob die Behauptung zutrifft, er habe sich redlich bemüht. Nur dann kann man beurteilen, ob das bloß ein Vorwand für die Umverteilung der Lasten in der Gruppe ist. Außerdem verlangt eine Aufwandsethik von dem Nachfrager, dass er notfalls auf die versprochene Leistung verzichtet. Das kann ihm nur angemessen werden, wenn er berechtigt auf Gegenseitigkeit hoffen darf. Zumindest wird er erwarten, dass auch ihm unverschuldetes Versagen nachgesehen würde. Das scheidet am Markt oft schon deshalb aus, weil sich dieser Anbieter und dieser Nachfrager gar nicht wieder begegnen. Außerdem fällt es Menschen schwer, dafür eine glaubwürdige Zusage abzugeben, wenn sie sonst nichts miteinander zu tun haben.

Dieselben Überlegungen passen auch auf einen verwandten Einwand. Er wird aus den Fairnesskonzepten abgeleitet. Fairness definiert Glück nicht absolut, sondern relativ. Entscheidend ist dann nicht, wie viel oder wie wenig jemand besitzt. Entscheidend ist vielmehr, wie er sich im Verhältnis zu denen behandelt fühlt, die ihn umgeben. Die experimentelle Ökonomik belegt eindrucksvoll, wie tief die Fairnessvorstellungen in uns verankert sind³¹⁷. Sie müssen nicht unbedingt zu formaler Gleichheit führen. Aber wir haben doch ein ziemlich sicheres Gefühl dafür, wann ein Verteilungsergebnis unangemessen wird, außer Verhältnis steht. Auch Fairness eignet sich als Maßstab für überschaubare Verhältnisse aber viel besser als für eine ganze Volkswirtschaft. Sicher hat die Politik in der Vergangenheit immer wieder nach Mitteln Ausschau gehalten, um die Unterschiede zwischen den Menschen einzuebnen. Doch die Kosten solch einer Politik sind hoch. Der Volkswirtschaft entgehen nicht nur Wachstum und Innovationen. Vielmehr lohnt es nunmehr gerade für die Egoisten, in die Einwirkung auf politische Entscheidungen zu investieren. Durch den Schlachtruf: „Beseitigt die Ungleichheit“, ist das eigene Einkommen viel schneller und bequemer zu mehren als durch Anstrengung. Man kann den Unterschied auch so charakterisieren: je aktiver der Staat solch eine Politik betreibt, desto attraktiver macht er unproduktiven Aufwand. Wer im Markt dagegen mehr haben will, muss immer zugleich auch den Nachfragern zu Willen sein.

4. Präferenzen für Institutionen

Der Markt ist ein unbequemer Steuerungsmechanismus. Er legt Leistungsfähigkeit und Leistungswillen schonungslos bloß. Wer Fehler macht, wird gnadenlos bestraft. Der Markt hängt seine Sanktionen selbst dann, wenn jemand in bester Absicht gehandelt hat. Am Markt spielt jeder gegen die Natur, nicht gegen andere Menschen, die ein Einsehen haben könnten.

315 Auf die Unterscheidung von Kleingruppe und Großgruppe hebt ab MESTMÄCKER in Mestmäcker 1993a, 71.

316 HEUB Ordo 1987, 5.

317 S. etwa HOVENKAMP Northwestern University Law Review 1994; FREY in Frey 1999; KAPLOW und SHAVELL American Law & Economics Review 1999; FEHR und SCHMIDT Fairness and Reciprocity 2000.

Der Markt misst alles in Geld, auch die zartesten Empfindungen und die höchsten Ziele. Am Markt sind alle gleich. Jeder zählt nur, was er leistet. Wo er herkommt ist ebenso irrelevant wie sein gesellschaftlicher Status. Das ist keine angenehme Umgebung. Wenn man die Menschen fragen würde, hätten gewiss viele den Wunsch, dieser rauen Umgebung nicht ausgesetzt zu sein.

Für das normative Nachdenken ist das aber ein problematischer Einwand. In ökonomischer Sprache sind das nämlich Präferenzen für Institutionen, nicht für Güter³¹⁸. Dass man damit das ökonomische Modell sprengt, mag nur die Analytiker beunruhigen. Nun sind nämlich plötzlich die Restriktionen auf der Seite der Präferenzen. Sieht man näher hin, ist der analytische Einwand jedoch zugleich auch ein normativer. Denn die Institutionen sind ja kein Wert an sich. Es gibt sie überhaupt nur deshalb, weil sie ein soziales Problem lösen helfen. Sinnvoll kann man auf den Einwand deshalb nur dann antworten, wenn man die scheinbare Präferenz für Institutionen in eine Präferenz für Güter übersetzt.

Hat man die Frage einmal so formuliert, wird deutlich, dass der Einwand nicht zur Abkehr von Eigentum oder Marktwirtschaft nötig ist. Er kann und sollte vielmehr im marktwirtschaftlichen Rahmen berücksichtigt werden. Ein offensichtliches Beispiel ist der Arbeitsvertrag. Ökonomisch gesprochen ist ein Arbeitnehmer ein Anbieter von Dienstleistungen, die er mit seinen Fähigkeiten erbringt. Die Ökonomen nennen diese Fähigkeiten Humankapital³¹⁹. Die meisten Arbeitnehmer haben nur diesen einen Vermögensgegenstand, um daraus ein Einkommen zu erzielen. Deshalb fällt es ihnen schwer, das Absatzrisiko zu tragen. Ihr Einkommen soll also nicht mit den Erträgen schwanken, die der Arbeitgeber aus ihrem Tun zieht. Vielmehr möchten sie zumindest ein konstantes, womöglich ein stetig steigendes Einkommen erzielen. Der Arbeitsvertrag ist eine Institution, mit der sich die Arbeitnehmer diesen verständlichen Wunsch erfüllen können. Der Arbeitgeber verspricht einen festen Lohn. Das Arbeitsverhältnis darf er nur unter restriktiven Voraussetzungen lösen. Eine vorübergehende Schwankung beim Absatz seiner Produkte genügt dafür nicht. Im Austausch erhält der Arbeitnehmer nicht den vollen Gegenwert seiner Leistungen. Der Rest verbleibt dem Arbeitgeber als Risikoprämie³²⁰.

5. Koexistenz fundamental unvereinbarer normativer Positionen

Für das Eigentum und für den Markt streiten sehr viele gute Gründe. Das Eigentum ist also eine sozial in höchstem Maße nützliche Institution. Auch viele der Einwände lassen sich erheblich abschwächen. Aber auch das angestrengteste Nachdenken über das Eigentum kann die fundamentale Relativität normativer Positionen nicht aus dem Weg räumen. Wer hierarchisch denkt, wird sein Unbehagen gegenüber so viel im Einzelfall unkontrollierten Wirkun-

318 Anregend dazu FREY und OBERHOLZER-GEE in Frey 1999.

319 Grundlegend BECKER Human Capital 1993.

320 Näher SESSELMEIER und BLAUERMEL Arbeitsmarkttheorien 1998; s. auch ENGEL Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 2000.

gen behalten. Wer egalitär denkt, wird seine Skepsis gegenüber einer Ordnung behalten, die den individuellen Egoismus prämiert. Und wer fatalistisch denkt, wird das Eigentum immer bei den anderen vermuten³²¹. Letztlich müssen sich die guten Gründe für das Eigentum deshalb im normativen Diskurs mit den Skeptikern durchsetzen. Dabei werden sie Federn lassen. Der Wissenschaftler kann diese verfassungspolitische Entscheidung nicht ersetzen. Er kann aber den Argumentationshaushalt anreichern und darauf dringen, dass die sozialen Kosten einer Schwächung des Eigentums nicht übersehen werden. Das war das Anliegen dieser Untersuchung.

V. Management von Verfügungsrechten ohne Recht

Nach der sozialen Funktion des Eigentums hat schon *Aristoteles* gefragt. Sicher sehen Wirtschaft und Gesellschaft mittlerweile anders aus. Erst recht haben die Sozialwissenschaften seither eine Vielzahl neuer konzeptioneller Instrumente geschaffen. Wir konnten deshalb neue und differenziertere Antworten auf die alte Frage finden. Doch zum Schluss müssen wir nun auch die Seiten der Frage betrachten, die sich so erst in unserer Zeit stellen. Dem Staat entgleitet das Monopol für die Aufrichtung von Verfügungsrechten immer stärker. Außerdem ersetzen die Wirtschaftsteilnehmer das absolute Eigentum an Sachen immer häufiger durch bloß relative Verfügungsrechte³²². Hier soll es zunächst um die erste Frage gehen. Die Mechanismen zur privaten Aufrichtung von Verfügungsrechten sind zahlreich (1). Ihre Bewertung ist lebhaft umstritten (2).

1. Mechanismen

Wir haben gezeigt, dass von staatlichem Eigentum erhebliche verhaltenslenkende Wirkungen ausgehen. Man kann deshalb auch sagen: das Eigentum ist ein Steuerungsinstrument. In dieser Formulierung sollte nicht mehr verwundern, dass immer mehr private Substitute für das staatliche Eigentum entstehen. Denn auch sonst wandert Steuerung ja vom Staat weg³²³. In der Praxis dominieren dabei hybride Institutionen, also Mischungen aus privaten und staatlichen Steuerungselementen³²⁴. Das ist beim Eigentum nicht anders.

Wenn jemand um ein Stück Land einen Zaun zieht und wenn er hinter dem Zaun seinen scharfen Wachhund postiert, hat er an dem Grundstück ein privates Verfügungsrecht geschaffen. In unserer Rechtsordnung hat er dann zugleich aber auch eine ganze Serie von Gesetzen gebrochen. Niemand wird der Rechtsordnung die Befugnis absprechen wollen, sich solcher Übergriffe zu erwehren. Oft braucht der Inhaber das Recht aber nicht zu brechen, wenn er

321 Diese drei Gegenpositionen würde die Kulturtheorie dem individualistisch gedachten Markt gegenüberstellen, s. erneut THOMPSON, ELLIS und WILDAVSKY *Cultural Theory* 1990.

322 Dazu sogleich VI.

323 Zu den verfassungsrechtlichen Folgefragen s. ENGEL *Private Governance* 2001b.

324 Zu deren verfassungsrechtlicher Beurteilung s. ENGEL *European Business Organisation Law Review* 2001e.

seine Verfügungsrechte selbst schützen will. Das prominenteste Beispiel sind Copyright Management Systems. Der Grundgedanke lässt sich an dem weit verbreiteten Acrobat Reader illustrieren. Er sorgt nicht nur dafür, dass Texte und Grafiken alle Empfänger in genau der gleichen äußeren Form erreichen. Vielmehr kann der Absender das Dokument auch so einstellen, dass der Empfänger es nur am Bildschirm lesen oder nur ausdrucken kann³²⁵. Die technischen Möglichkeiten von Copyright Management Systems gehen noch viel weiter. Der Urheber kann etwa festlegen, dass das Dokument nur ein einziges Mal gelesen wird, dass es nur auf einem genau bestimmten Computer benutzt werden kann oder dass es nur an eine begrenzte Zahl von Personen verschickt werden kann³²⁶. Geschützt ist auf diese Weise natürlich nur die digitale Aufbereitung des Inhalts. Hat der Urheber zugelassen, dass der erste Nutzer das Dokument ausdruckt, kann dieser es auch fotokopieren. Selbst wenn der Urheber nur das einmalige Lesen am Bildschirm zugelassen hat, kann der erste Nutzer es abschreiben. Private Nutzer werden sich diese Mühe normalerweise nicht machen. Ein kommerzieller Raubdrucker mag schon eher auf den Gedanken kommen. Der private Schutz des Verfügungsrechts am geistigen Eigentum ist deshalb nicht absolut, aber doch sehr wirkungsvoll. Das gilt erst recht für elektronisch aufbereitete Werke der bildenden Kunst, der Musik oder des Films. Jede analoge Kopie ist hier nämlich mit erheblichem Qualitätsverlust verbunden.

Copyright Management Systems sind für den Urheber aber nicht nur deshalb interessant, weil er sich dadurch vom staatlichen Recht emanzipiert. So weit ihr Schutz reicht, ist er vielmehr zugleich auch sehr billig und sehr sicher. Der Urheber braucht keinen Verletzungen seines Verfügungsrechts mehr nachzujagen. Er braucht auch kein Gerichtsverfahren zur Durchsetzung seines Rechts mehr anzustrengen. Beides erledigt die Technik für ihn³²⁷.

Das Programm, um Dokumente so zu verschlüsseln, dass sie nur mit dem Acrobat Reader gelesen werden können, kann man beim Hersteller kaufen. Es ist aber nur eine Frage der Geschäftspolitik des Software-Entwicklers, ob er sein Programm verkauft. Statt dessen kann er den Urhebern auch Verschlüsselungsdienstleistungen anbieten. Die Urheberrechts-Management Systeme illustrieren deshalb auch eine weitere Gestaltungsmöglichkeit. Der Inhaber überlässt in dieser Konstellation die Aufrichtung des Verfügungsrechts einem Schutzintermediär.

In einer dritten Konstellation findet sich eine gesellschaftliche Gruppe zusammen, um Verfügungsrechte zu schaffen und durchzusetzen. Ein anschauliches Beispiel kann man an jedem Bahnhof beobachten. Die Taxifahrer achten mit Argusaugen darauf, dass keiner vorprescht. Es gilt ein striktes Prioritätsprinzip. Die nächsten Taxikunden bedient, wer am längsten gewartet hat. Versucht ein Taxifahrer, sich nicht an die Regeln zu halten, werden seine Kollegen notfalls sogar handgreiflich. Ökonomisch gesprochen schafft die Gemeinschaft der Taxifahrer auf diese Weise ein Verfügungsrecht an Marktchancen. *Elinor Ostrom* hat gezeigt, dass dies kein Einzelfall ist. Die Gemeinschaft der Nutzer natürlicher Ressourcen hat an vielen Orten

325 Näher <http://www.adobe.com/products/acrobat/readstep.html> (3.1.2002).

326 Umfassend BECHTOLD Digital Rights Management 2002.

327 Grundlegend LESSIG Code 1999.

der Welt kunstvolle private Verfügungsrechte geschaffen. Sie verhindern die Übernutzung und erlauben der Gemeinschaft, die Ressourcen optimal auszubeuten³²⁸.

Auch wo es den Privaten nicht gelingt, ein volles Verfügungsrecht zu schaffen, können sie oft doch relativ wirksame Substitute bereitstellen. So schafft Geheimhaltung kein absolutes Recht an der Information. Ein Interessent kann versuchen, sich die gleiche Information aus anderer Quelle zu besorgen³²⁹. Aber das Beispiel Coca Cola zeigt, dass die bloße Geheimhaltung manchmal doch für Jahrzehnte ausreicht. Ähnlich liegt es bei der Fernsehübertragung von Sportereignissen. Ein gewerbliches Schutzrecht des Veranstalters gibt es im deutschen Recht nicht. Die Veranstalter behelfen sich aber mit dem Hausrecht am Stadion. Ein klassisches Substitut für Verfügungsrechte ist die Herrschaft über ein Territorium. Schon die Beutetiere verteidigen ja ihre Reviere³³⁰. Die Wirtschaftszonen auf Hoher See nutzen das gleiche Prinzip³³¹. Private können ihr Grundeigentum in der gleichen Weise einsetzen. Das geschieht etwa in den amerikanischen „gated communities“. Auf der Grundlage des Grundstückseigentums bildet der Betreiber ein ganzes Kommunalrecht nach³³².

2. Bewertung

Die Juristen stehen privat geschaffenen Verfügungsrechten beinahe feindselig gegenüber. Das Recht müsse sich wehren gegen „die anarchische Behauptung von Eigentumsrechten“³³³. Eigentum sei notwendig „normgeprägt“³³⁴. Das geistige Eigentum gehöre zu den „gesetzlich erst zu bestimmenden Gütern“³³⁵.

Das Bundesverfassungsgericht ist vorsichtiger. Der „Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG [umfasst] *jedenfalls* diejenigen vermögenswerten Rechtspositionen, die das Bürgerliche Recht einem privaten Rechtsträger als Eigentum zuordnet“³³⁶. „Das Grundgesetz wollte [in Art. 14 GG] das Rechtsinstitut des Eigentums, so wie es das Bürgerliche Recht *und die gesellschaftlichen Anschauungen* geformt haben, schützen“³³⁷. „Art. 14 GG schützt gegenüber hoheitlichen Eingriffen der Bundesrepublik Deutschland selbst solches Eigentum, das aufgrund einer fremden Rechtsordnung besteht, sofern diese Rechtsordnung insoweit nicht der deutschen öffentlichen Ordnung widerspricht (Vorbehalt des *ordre public* der Bun-

328 S. erneut OSTROM *Governing the Commons* 1990.

329 DRUEY *Information* 1995, 97.

330 Die Parallele stellt ZYWICKI *Evolutionary Psychology* 2000, 24 her.

331 BREYER und KOLMAR *Wirtschaftspolitik* 2001, 97.

332 Näher RIFKIN *Access* 2000, 115-123.

333 VON MANGOLDT, KLEIN und STARCK *Das Bonner Grundgesetz I* 1999, Depenheuer Art. 14 GG, R 29.

334 ebd. *Das Bonner Grundgesetz I*, Depenheuer Art. 14 GG, R 29-49.

335 LEISNER in Isensee und Kirchhof 2001, R 69, s. aber dort R 67, wo zumindest die Möglichkeit von „Eigentum an natürlich abgegrenzten Gütern“ anerkannt wird.

336 BVerfGE 70, 191, 199 – Hervorhebung nicht im Original.

337 BVerfGE 1, 264, 278 – Hervorhebung nicht im Original.

desrepublik Deutschland)³³⁸. Eigentum im Sinne von Art. 14 GG ist auch die bloß „zur Patenterteilung angemeldete Erfindung“³³⁹.

Zu solcher Vorsicht besteht in der Tat Anlass. Zunächst macht es keinen Sinn, die Existenz privater Verfügungsrechte zu leugnen. Es kann allenfalls darum gehen, ob die Rechtsordnung sie anerkennt. Ob von privaten Verfügungsrechten Rechtswirkungen ausgehen sollten, wird man nur von Fall zu Fall entscheiden können. Das Recht müsste zu diesem Zweck den privaten Akteuren Handlungsmacht verleihen, auf die Ergebnisse ihres Handelns verweisen oder ein Tatbestandsmerkmal des Rechts damit ausfüllen. Auch wenn das Recht nichts davon tut, besteht aber doch kein Anlass, private Verfügungsrechte aktiv zu bekämpfen. Ebenso wenig sollte das Verfassungsrecht dem Staat freie Hand bei der Intervention in solche Befugnisse geben. Sie sollten mit anderen Worten als Eigentum im Sinne von Art. 14 GG anerkannt werden.

Denn für die sozialen Funktionen macht es keinen Unterschied, ob ein Verfügungsrecht staatlichen, privaten oder hybriden Ursprung hat. Je vollständiger es definiert ist, desto präziser steuert es die Allokation. Auch von privaten Verfügungsrechten gehen Innovationsanreize aus. Die Selektion erfolgt nach Maßgabe der sozialen Nützlichkeit von Neuerungen. Good fences make good neighbours, ob an ihnen nun das Etikett „staatlich geprüft“ hängt oder nicht. Private Verfügungsrechte gewähren den Menschen nicht weniger Freiheit als staatliche. Auch sie können Identität stiften. Auch sie regen zu sorgsamem Umgang an und tragen dadurch zur Sozialisierung bei. Auch private Verfügungsrechte werden dezentral gehandelt. Das schont den Rechtsstaat und die Demokratie. Schließlich sind private Verfügungsrechte kein schlechteres regulatory target als staatliche, wo die Intervention in privates Handeln im Einzelfall denn geboten ist.

Auch ein weiterer Einwand trägt nicht. Es liege „aber bereits im Begriff der Eigentumsordnung, dass nur eine einzige solche Ordnung gültig sein kann“³⁴⁰. Denn diese Aussage ist nur für den einzelnen Eigentumsgegenstand richtig. Für verschiedene Eigentumsgegenstände können sehr wohl unterschiedliche Eigentumsordnungen gelten. Werden die Eigentumsordnungen gar zu zahlreich oder vielfältig, kann schließlich allerdings ein Transaktionskostenargument greifen. Denn Eigentum verlangt ja immer auch von Dritten Beachtung. Sind die möglichen Eigentumsrechte standardisiert, fällt den Dritten diese Aufgabe leichter³⁴¹. In den praktisch relevanten Fällen ist das aber kein beachtlicher Einwand gegen private Verfügungsrechte. Wer solche Rechte aufrichtet, muss ja selbst für die Durchsetzung sorgen. Er wählt entweder gleich eine Regelungstechnik, die das Vollzugsproblem minimiert. So liegt es etwa bei den Copyright Management Systems. Oder er beschränkt sich auf einen Gegenstand, bei dem es lohnt, die Adressaten zu erziehen. So liegt es etwa bei den privaten Regimes für den

338 BVerfGE 45, 142, 169.

339 BVerfGE 36, 281, 290; vgl. auch BVerfGE 18, 85, 90 und siehe zum Ganzen ENGEL Archiv des öffentlichen Rechts 1993, 193-201.

340 BREYER und KOLMAR Wirtschaftspolitik 2001, 93.

341 Vgl. MERRILL und SMITH Yale Law Journal 2000.

Abbau natürlicher Ressourcen. Sie werden regelmäßig gerade von der Gruppe geschaffen, die von der Übernutzung auch in ihrer beruflichen Existenz betroffen wäre.

Richtig ist allerdings, dass der Rechtsordnung nicht gleichgültig sein kann, wie private Verfügungsrechte durchgesetzt werden. Vor gelegentlichen Raufereien unter den Taxifahrern am Bahnhof mag die Rechtsordnung noch die Augen verschließen. Mit der Gemütlichkeit ist es aber spätestens vorbei, wenn Fischer einem Eindringling die Netze durchschneiden. Erst recht darf die Rechtsordnung keine Mafia tolerieren, auch wenn sie das Eigentum noch so wirksam schützt. Daraus folgt aber kein genereller Einwand gegen private Verfügungsrechte. Denn das staatliche Gewaltmonopol ist nur ein Monopol physischer Gewalt. Die eingangs geschilderten Beispiele zeigen, dass es auch viele andere Möglichkeiten zur Durchsetzung privater Verfügungsrechte gibt.

Richtig ist weiter, dass private Verfügungsrechte dort problematisch sind, wo sie nicht Märkte eröffnen, sondern Marktversagen stabilisieren. So sollen die alten Schweizer Kartelle die Kartelldisziplin dadurch gesichert haben, dass sie einander Blankowechsel ausstellten. Solch ein abstraktes, von seinem schuldrechtlichen Grund gelöstes Schuldversprechen ist an sich eine nützliche Einrichtung. Denn dadurch werden Forderungen verkehrsfähig. Im konkreten Fall wurde es nur zu einem Zweck eingesetzt, der den Wettbewerb als den Steuerungsmechanismus der Marktwirtschaft aufhebt. Wieder folgt daraus aber kein prinzipieller Einwand gegen private Verfügungsrechte. Vielmehr genügt es, wenn die Rechtsordnung verhindert, dass sie zur Herstellung oder Festigung von Marktversagen eingesetzt werden.

Die Abwehr vieler Juristen gegen private Verfügungsrechte hat in Wahrheit denn wohl auch einen anderen Grund. Man will die Ausgestaltung von Eigentumsrechten als Instrument zur Einwirkung auf die sozialen Verhältnisse behalten³⁴². Die bloße Erhaltung von Politikfreiräumen ist aber kein zureichender Grund zur staatlichen Beschränkung privater Freiheit. Der Staat muss schon genauer sagen können, welche sozialen Wirkungen er verhindern will. Der Einwand trifft also private Verfügungsrechte nicht als solche. Er betrifft nur den Zuschnitt einzelner privater Rechte. Die wirtschaftspolitisch wichtigste Frage nach dem Zuschnitt wird uns sogleich beschäftigen.

VI. Absolutes oder relatives Eigentum?

1. Einleitung

In den USA ist ein Buch zur Eigentumspolitik zum Bestseller geworden. *Jeromy Rifkin* hat einen Schwanengesang auf das Eigentum geschrieben. Wir sind auf einem Weg in das Zeitalter bloßer Zugangsrechte, lautet seine Botschaft. Und das Werturteil steht gleich im Untertitel

342 Deutlich BÖHMER in Baur 1988, 61 f.: wenn Menschen in einer Gemeinschaft leben, ist die Aufgabe nicht getan, wenn „Mein“ und „Dein“ geschieden sind; auch das „Wir“ muss bestimmt sein; „keine Theorie und kein Gesetzgeber kann daran vorbeigehen, dass das menschliche Zusammenleben gewisse Beschränkungen des Eigentümers erfordert“ (65).

des Buchs: „Die neue Kultur des Hyperkapitalismus, in der alles Leben zur bezahlten Dienstleistung wird“³⁴³. *Rifkin* betritt mit seinem Buch vermintes dogmengeschichtliches Gelände. Wer die Auseinandersetzungen des 19. Jahrhunderts um das Ober- und Untereigentum noch im Gedächtnis hat, formuliert etwa markig: „Das Grundgesetz verbietet [...] eine Aufspaltung des einheitlichen Eigentumsrechts an einem bestimmten Gut in mehrere selbständige Berechtigungen“³⁴⁴. Das Bundesverfassungsgericht ist viel vorsichtiger: „Voraussetzung des Schutzes ist dabei nicht, dass über die Rechte uneingeschränkt verfügt werden kann, diese insbesondere auch beliebig übertragbar sind [...]. Es besteht kein sachlicher Grund, derart ausgestaltete Rechte vom Schutz der Eigentumsgarantie auszunehmen“³⁴⁵. Zu solcher Besonnenheit besteht Anlass. Ob die Rechtsordnung eine Aufspaltung des Eigentums in relative Rechte verhindern, tolerieren oder gar fördern sollte, kann nur eine vergleichende Analyse der sozialen Funktion ergeben. Sie fördert allerdings viele gute Gründe für absolutes Eigentum zutage (4). Auch für das Gegenteil gibt es aber gute Gründe (5). Die Frage kann deshalb nicht ein für alle Mal entschieden werden. Für die Zukunft wird Eigentumpolitik deshalb zu einer wichtigen Aufgabe (6). Bevor wir uns diesen Argumenten widmen können, müssen wir aber einen Blick auf die reichhaltige Praxis werfen (2) und das Phänomen analytisch einordnen (3).

2. Praxis

Seit es Eigentum gibt, haben seine Inhaber Zugangsrechte vergeben. Die feudalen Herrscher gaben ihren Vasallen ein Lehen. Es fiel am Ende der vereinbarten Nutzungszeit an den Herrn zurück. Er oder seine Erben konnten es neu vergeben³⁴⁶. Der Grundherr verkaufte das Land nicht an seine Bauern, sondern räumte ihnen als Untereigentümer ein bloßes Nutzungsrecht ein³⁴⁷. Der Grundeigentümer verkauft seinen Wald nicht an den Jäger, sondern räumt ihm bloß das Jagdausübungsrecht ein³⁴⁸. Der Hauseigentümer verkauft die Wohnung nicht, sondern räumt dem Mieter bloß ein Nutzungsrecht ein. Der Urheber kann sein Urheberrecht nach deutschem Recht überhaupt nicht wirksam übertragen. Er kann Dritten bestenfalls eine Lizenz erteilen. Sie ermächtigt den Dritten nur zu den dort festgelegten wirtschaftlichen Nutzungen. Das Urheberpersönlichkeitsrecht bleibt untrennbar beim Urheber.

Die Rechtstechnik ist in jedem Fall zwar eine ganz eigene. Immer liegen hinterher aber einzelne oder gar alle Nutzungsbefugnisse nicht mehr beim Eigentümer. Der von *Rifkin* beobachtete Wandel ist also kein prinzipieller, sondern ein bloß gradueller. In immer mehr Fällen räumen die Eigentümer auch dort bloß Nutzungsrechte ein, wo bislang die Übertragung des Volleigentums der wirtschaftliche Normalfall war. Da wandelt sich der Hersteller von Tep-

343 RIFKIN Access 2000. Die wissenschaftliche Diskussion des Buchs ist erstaunlich zurückhaltend; s. aber HERDEGEN in Geis und Lorenz 2001.

344 LEISNER in Isensee und Kirchhof 2001, R 51, s. auch VON MANGOLDT, KLEIN und STARCK Das Bonner Grundgesetz I 1999, Depenheuer Art. 14 GG, R 33 FN 98, R 41, 46, 52.

345 BVerfGE 83, 201, 209; s. auch BVerfGE 89, 1.

346 MITTEIS Lehnrecht 1933.

347 HATTENHAUER in Baur 1988.

348 S. im einzelnen oben I 2 g.

pichfußböden zum Oberflächendienstleister, der seinen Kunden Ausstattung, Pflege und regelmäßigen Ersatz garantiert³⁴⁹. Die Menschen kaufen keine Autos mehr, sondern greifen auf einen Car-Sharing-Pool zurück. Die Bibliotheken kaufen keine Zeitschriften mehr, sondern erwerben das Recht, von den Bibliothekscomputern aus auf die Datenbank des Verlags zuzugreifen. Das bürgerlich-rechtliche Eigentum an diesen Sachen verschwindet dabei natürlich nicht. Es bleibt aber beim Hersteller, oder es liegt bei dem Anbieter der Zugangsrechte³⁵⁰.

3. Analytische Einordnung

Wir besitzen bereits die analytischen Instrumente, um den Wandel präzise zu beschreiben. Das bürgerlich-rechtliche Eigentum enthält ökonomisch ein ganzes Bündel von Verfügungsrechten. Die Inhaber schnüren dieses Bündel nun auf. Wir hatten diesen Vorgang bereits als die Aufspaltung von Verfügungsrechten an einer Sache bezeichnet³⁵¹. Diese Aufspaltung geschieht in der Weise, dass dem Bündel einzelne Nutzungsbefugnisse entnommen werden. Alle übrigen Befugnisse bleiben beim ursprünglichen Eigentümer. Die Ökonomen nennen diesen Rest das Residualeigentum³⁵². Man kann diesen Wandel auch noch mit einem anderen Begriffspaar beschreiben. Vorher handelten die Hersteller mit Waren. Nun gehen sie zum Dienstleistungshandel über³⁵³. Spielbildlich kann man den Vorgang auch aus der Sicht der Nachfrager beschreiben. Letztlich ging es ihnen immer um einen bestimmten Nutzen. Sie wollten sich etwa unabhängig, schnell und sicher von einem Ort zu einem anderen bewegen. Diesen Wunsch können sie sich erfüllen, wenn sie den Träger des Nutzens zu Eigentum erwerben. Wenn die Hersteller Fahrzeuge auch zum Leasing anbieten, ist das für die Nachfrager aber nicht mehr die einzige Möglichkeit zur Verwirklichung ihrer Präferenz. Sie können den Nutzen nunmehr auch isoliert erwerben, ohne zugleich Eigentümer seines physischen Trägers werden zu müssen³⁵⁴.

4. Soziale Funktion von absolutem Eigentum

Soll die Rechtsordnung diese Veränderungen geschehen lassen, soll sie sie gar befördern, oder soll sie sich ihnen entgegenstellen? Die Antwort muss von den Wirkungen abhängen, die diese Veränderung auf die soziale Funktion des Eigentums ausübt. Während wir bislang ganz allgemein nach der sozialen Funktion des Eigentums gefragt haben, müssen wir nun spezifischer werden. Welche dieser Funktionen hängen gerade daran, dass das Bündel der Verfügungsrechte nicht aufgeschnürt wird? Die Liste ist lang. Absolutes Eigentum hat andere allokativen Wirkungen als relatives (a). Relatives Eigentum verschärft das Anticommons-Problem

349 LOVINS, LOVINS und HAWKEN Harvard Business Review 1999.

350 RIFKIN Access 2000, 4/56 und passim.

351 S. oben I 2 g.

352 S. etwa BREYER und KOLMAR Wirtschaftspolitik 2001, 88.

353 PENNER UCLA Law Review 1996, 717; RIFKIN Access 2000, 7 und passim.

354 Der Gedanke geht zurück auf LANCASTER Journal of Political Economy 1966; s. auch AYRES und KNEESE American Economic Review 1996.

(b). Es kann dazu eingesetzt werden, den Wettbewerb zu beschränken (c). Absolutes Eigentum nötigt seinen Inhaber, Leistungen für die Allgemeinheit zu erbringen, ob er das will oder nicht (d). Der Wechsel zum relativen Eigentum hat Verteilungseffekte (e). Er kann psychologische Nachteile haben (f). Er verändert die Anreize für die Evolution (g) und schafft einen neuen Konfliktherd (h). Zu diskutieren sind auch die Wirkungen für Freiheit (i), Identität (j), Sozialisierung (k), den Rechtsstaat (l) und die Demokratie (m).

a) *Allokation*

Wird das Bündel der Verfügungsrechte an einer Sache aufgeschnürt, bleiben die Verfügungsrechte immer noch präzise definiert. Die Aufspaltung der Verfügungsrechte ist also etwas kategorial anderes als deren Verdünnung³⁵⁵. An sich ist aus der Perspektive der Allokation deshalb alles in Ordnung. Jeder kennt aus eigener Anschauung jedoch den Unterschied zwischen dem eigenen Haus und der gemieteten Wohnung. Natürlich will auch der Mieter eine angenehme Umgebung haben. Er streicht deshalb die Wände, verlegt vielleicht auch neue Fußböden oder renoviert das Badezimmer. Die meisten Mieter überlegen sich das aber viel länger als ein Eigentümer. Je größer die Investition, desto eher unterbleibt sie ganz. Das ist durchaus rational. Denn der Aufwand nutzt dem Mieter ja nur solange etwas, wie er selbst in der Wohnung bleibt³⁵⁶. Dass er bloß ein Nutzungsrecht hat, verkürzt also seinen Zeithorizont³⁵⁷. Weil er den Residualgewinn nicht behalten kann, sinkt seine Investitionsbereitschaft.

Den Kauf eines Gegenstands kann man rationaltheoretisch auch als Investitionsentscheidung beschreiben. Die Zahlungsbereitschaft des Käufers leitet sich aus dem aggregierten erwarteten Nutzen ab, den er aus der Sache ziehen will. Der Verkäufer erhält den gesamten Gegenwert sofort. Wenn der Nachfrager stattdessen ein befristetes Nutzungsrecht erwirbt, behält er das Kapital. Er kann es gewinnbringend anlegen. Wenn sie nur ihr Einkommen maximieren würden, wäre deshalb schwer einzusehen, warum so viele Menschen Autos und Häuser kaufen. Werden sie Eigentümer, sorgen sie zugleich aber auch für die Zukunft vor. Eigentum vermittelt seinen Inhabern deshalb noch einen weiteren, einen Versicherungsnutzen³⁵⁸. Dieser Gesichtspunkt ist beim eigenen Haus besonders ausgeprägt. Viele erwerben es gerade in der Lebensspanne, in der sie am besten verdienen. Sie vermindern dadurch die Kosten für Wohnraum im Alter. Das ist vernünftig, weil Wohnraum in unserer Gesellschaft das teuerste Konsumgut der meisten Haushalte ist.

355 Zu der Unterscheidung s. oben I 2 f) und g.

356 Ganz richtig ist das in der Praxis nicht. An den Regeln des BGB vorbei hat sich die Übung herausgebildet, dass der bisherige Mieter von seinem Nachmieter „Abstand“ verlangt. Dann setzt er ein bloß sozial oder bloß im Zusammenwirken mit dem Vermieter geschütztes Verfügungsrecht an seinem Erhaltungsaufwand durch.

357 Näher DIETL Institutionen und Zeit 1993; der Gedanke findet sich auch in der päpstlichen Enzyklika *Rerum Novarum* Nr. 5, zit.n. LANTZ Eigentumsrecht 1977, 123.

358 KIRCHHOF in Kirchhof und Isensee 1996, R 85. VON MANGOLDT, KLEIN und STARCK Das Bonner Grundgesetz I 1999, -Deppenheuer Art. 14 GG, R 14.

Eine dritte Leistung von absolutem Eigentum lässt sich ebenfalls am eigenen Haus illustrieren. Es vermittelt, was die Ökonomen einen Optionswert nennen³⁵⁹. Nur die wenigsten von uns feiern ständig rauschende Feste. Die Zahl derjenigen, die im Garten einen Dachsbau anlegen wollen, ist auch nicht viel größer. Auch die Zeit der Saunen im Keller ist wohl eher vorbei. Aber der Eigentümer darf all das, ohne irgendjemanden fragen zu müssen. Der Mieter steht dagegen unter der Kuratel des Eigentümers.

Zum Ziel der Allokation gehört nicht nur, dass knappe Güter zum besten Wirt wandern, das soll auch noch mit möglichst geringem Aufwand geschehen. Ist ein Nutzungsrecht vom Eigentum abgespalten, wird das jedenfalls schwieriger. Die Schwierigkeiten lassen sich am Mietrecht illustrieren. Der Mieter darf sein Nutzungsrecht nur weiterreichen, wenn ihm die Befugnis zur Untervermietung ausdrücklich eingeräumt ist. Andernfalls kann er nur kündigen. Der Vermieter kann das Haus zwar verkaufen, ohne den Mieter zu fragen. Kauf bricht aber nicht Miete. Der neue Eigentümer muss das Mietverhältnis erst kündigen, wenn er den Wohnraum selbst nutzen will. Eine Kündigung mit dem Ziel, die Wohnung teurer an Dritte zu vermieten, schließt das deutsche Recht sogar praktisch aus. Zumindest steigen die Transaktionskosten der Reallokation also. Unter Umständen sind sie sogar prohibitiv.

b) Anticommons-Problem

Das letzte Beispiel kann man zugleich auch als Illustration für einen weiteren typischen Nachteil der Aufspaltung des Eigentums verwenden. Vermietete Eigenheime sind noch relativ gut verkäuflich. Der Käufer kann ja Eigenbedarf geltend machen. Er braucht allerdings einen langen Atem, um Räumungsklage und Vollstreckung durchzustehen. Der Markt für vermietete Mehrfamilienhäuser ist dagegen ausgesprochen klein. Den wirklichen wirtschaftlichen Wert des Hauses könnte sich ein Käufer nämlich nur dann zueigen machen, wenn er alle Nutzungsrechte in seine Hand bekommt. Wegen des sozialen Mietrechts ist das allenfalls denkbar, wenn es ihm gelingt, die Mieter durch eine Prämie zum Auszug zu bewegen. Je mehr Mieter es sind, desto größer die Gefahr, dass zumindest einer mit Geld nicht zu locken ist. Die Aufspaltung der Verfügungsrechte führt deshalb zu dem, was wir bereits als Anticommons-Problem kennen gelernt haben³⁶⁰. Das Problem ist geradezu sprichwörtlich für Eigentumswohnungen. Auch das ist eine Form der Aufspaltung der Verfügungsrechte. Im Gegensatz zur Miete liegt das Residualeigentum hier nur nicht bei dem einen Vermieter, sondern bei der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Selbst die gesetzlich vorgeschriebene Möglichkeit der Mehrheitsentscheidung verhindert oft nicht, dass alles beim Alten bleibt.

359 Das Konzept spielt vor allem in der Umweltpolitik eine Rolle. Auch derjenige, der von der Verbesserung der Umweltqualität fern von seinem Wohnort keinen unmittelbaren Nutzen zieht, kann doch Zahlungsbereitschaft dafür haben. Denn er will sich die Option offen halten, diesen Ort später einmal zu besuchen oder gar dort hin zu ziehen. In den USA versucht man sogar, das Ausmaß dieser Zahlungsbereitschaft zu messen, s. dazu PORTNEY *Journal of Economic Perspectives* 1994.

360 S. oben II 6 b.

c) *Wettbewerb*

Wenn sich das Anticommons-Problem realisiert, ist das Gut nicht am Markt. Für dieses eine Gut stellt sich die Frage nach der Kontrolle wirtschaftlichen Handelns durch den Wettbewerb dann gar nicht mehr. Wird die Aufspaltung der Verfügungsrechte an dem Gut zu einem Massenphänomen, hat das auch wettbewerbspolitisch unerfreuliche Rückwirkungen. Denn der Markt für die wenigen Güter, die überhaupt noch gehandelt werden, verkleinert sich. Damit sinkt der Wettbewerbsdruck.

Zu einer systematischen Schwächung des Wettbewerbs kommt es auch dann, wenn ein Hersteller seine Vertriebsstrategie ändert und künftig nur noch ad personam Nutzungsrechte vergibt. Bei lagerfähigen Gütern geht nämlich nicht nur von dem Angebot der Konkurrenz ein Wettbewerbsdruck aus. Vielmehr machen dem Hersteller auch seine eigenen Produkte Konkurrenz, sobald er sie einmal veräußert hat. Die Ökonomen nennen das den produktinternen Wettbewerb³⁶¹. Seine disziplinierende Wirkung zeigt sich in der Praxis insbesondere dann, wenn ein Hersteller versucht, sein Produkt an verschiedenen Orten zu verschiedenen Preisen zu verkaufen. Diese Form der Preisdiskriminierung ist ökonomisch durchaus rational. Ist das durchschnittliche Einkommen höher, kann ein Haushalt auch mehr Geld für ein Auto ausgeben. Werden die Medikamente von der Krankenkasse bezahlt, ist der Druck auf die Preise geringer, als wenn sie der Patient aus der eigenen Tasche bezahlen muss. Wenn immer mehr deutsche Kunden ihre Autos und Medikamente über das Internet im Ausland kaufen, müssen die Hersteller aber schließlich auch die Preise im Inland senken. Wenn der Autohersteller stattdessen spanischen Kunden niedrigere Leasingraten einräumt als deutschen, hat er das Problem nicht mehr. Denn nun kann er dem spanischen Kunden im Leasingvertrag verbieten, die Leasingbeziehung auf einen deutschen Kunden zu übertragen.

Der Wettbewerb auf dem Markt für die abgespaltenen Nutzungsrechte könnte an sich durchaus unbehindert sein. Jeder Autohersteller kann Leasingverträge anbieten. Denkbar ist sogar, dass außenstehende Dritte bei den Herstellern Autos kaufen und in Konkurrenz zum Hersteller Leasingverträge anbieten. Die Einräumung eines Nutzungsrechts an fremden Sachen unterscheidet sich von der Übertragung des absoluten Eigentums aber noch in einer weiteren Hinsicht. Beim Kauf ist die Geschäftsbeziehung punktuell³⁶². Der Hersteller kann allenfalls versuchen, den Käufer über Wartungsverträge oder kleine Vergünstigungen auf längere Zeit an sich zu binden. Durch die Einräumung eines Nutzungsrechts entsteht dagegen automatisch eine langfristige Geschäftsbeziehung³⁶³. Es fällt dem Anbieter nun leicht, Informationen über seinen Kunden zu sammeln. Weil beide in regelmäßigem Kontakt stehen, hat er auch eine gute Chance, Vertrauen aufzubauen.

Beides kann er nutzen, um dem Kunden kein Produkt von der Stange mehr zu bieten, sondern eine maßgeschneiderte Leistung³⁶⁴. Für den Anbieter hat das einen angenehmen Nebeneffekt.

361 S. etwa FINSINGER Wettbewerb 1991, 26 f.

362 RIFKIN Access 2000, 9.

363 ebd., 19/85 und passim.

364 ebd., 98; s. auch DERTOUZOS What Will Be 1997, 114, 127-130 und passim.

Sein Kunde wird sich den Wechsel zu einem anderen Anbieter auch dann überlegen, wenn dessen Angebot deutlich billiger ist. Denn dort müsste er ja ein Produkt von der Stange nehmen. Zumindest würde es wieder eine Weile dauern, bis der neue Anbieter all die Sonderwünsche seines Kunden kennt und dafür passende Lösungen gefunden hat. Ökonomen nennen diese Situation monopolistischen Wettbewerb. Sie wollen dadurch zum Ausdruck bringen, dass der Anbieter eines maßgeschneiderten Produkts ein Stück Monopolmacht hat. Sie ist nicht ganz so unüberwindlich wie bei einem wirklichen Monopol. Bietet ein Konkurrent eine sehr viel bessere oder sehr viel billigere Lösung, wechselt der Kunde vielleicht doch. Aber durch das Maßschneidern werden die Substitutionslücken zwischen den Produkten größer. Wettbewerb reduziert sich auf Substitutionswettbewerb³⁶⁵.

d) Hege

„Der Eigentümer ist erster Diener seines Eigentums“³⁶⁶. Dieser emphatisch klingende Satz hat einen harten, rationaltheoretisch bestimmaren Kern. Er lässt sich an einem scheinbar weit hergeholtten Gegenstand am besten illustrieren. Abfall ist ein klassisches umweltpolitisches Problem. Verwesende Abfälle ziehen Ungeziefer an. Von ihnen gehen Krankheitserreger und üble Gerüche aus. Werden Abfälle gelagert, kann Sickerwasser das Grundwasser verseuchen. Das Stoffgemisch einer Müllhalde setzt toxische Gase frei. Auf einer ehemaligen Mülldeponie will so recht niemand wohnen³⁶⁷. All diese Gefahren entstehen aus den Inhaltsstoffen der zu Abfall gewordenen Produkte. Das Gefahrpotential besteht also nicht erst, wenn das Produkt zu Abfall wird. Es ist von Anfang an in dem Produkt enthalten. Trotzdem beschränkt sich die Rechtsordnung ganz weitgehend auf ein Abfallrecht. Nur für ganz wenige, besonders gefährliche Stoffe macht das Stoffrecht auch Vorgaben für das Inverkehrbringen und die bestimmungsgemäße Nutzung. Ein Beispiel sind Pflanzenschutzmittel.

Diese Zurückhaltung der Rechtsordnung ist wohl begründet. Denn solange der Käufer das Produkt selbst nutzen will, realisiert sich die Stoffgefahr für gewöhnlich nicht. Der Nutzer würde sich oder seine Familie gefährden, wenn er sorglos mit dem Produkt umgeht. Außerdem vermittelt das Produkt den gewünschten Nutzen oft nur dann, wenn der Nutzer es auch pflegt. Durch seinen Aufwand für die Pflege des Guts nützt der Eigentümer aber nicht nur sich selbst. Er verhindert vielmehr zugleich auch all die Gefahren, die sich realisieren, wenn das Gut auf den Abfallpfad gerät. Ökonomisch gesprochen ist die Pflege eine positive Externalität, eigentlich also ein Fall des Marktversagens. Der Markt funktioniert trotzdem, weil der Erwerber den Nutzen des Produkts nur im Paket mit der Bereitschaft zu Erhaltungsaufwendungen bekommt. Marktversagen löst sich durch Bündelung³⁶⁸.

365 Grundlegend CHAMBERLIN *Monopolistic Competition* 1933; für eine moderne Darstellung s. etwa TIROLE *Industrial Organisation* 1988, 287-289.

366 VON MANGOLDT, KLEIN und STARCK *Das Bonner Grundgesetz I* 1999, -Deppenheuer Art. 14 GG, R 27.

367 Näher zu den Regelungsanliegen des Abfallrechts ENGEL *Abfallrecht* 2002a, 35-37.

368 Näher ebd., 47-49.

Diese Beobachtung lässt sich verallgemeinern. Wer Güter nur gebündelt erhalten kann, erwirbt nicht nur Bestandteile, die ihm gleichgültig sind. Ist der gewünschte Nutzen groß genug, nimmt er vielmehr auch zusätzliche Lasten in Kauf. Auf diese Weise werden technische positive Externalitäten möglich, die anderenfalls durch Regulierung erzwungen werden müssten.

Hat man diesen Zusammenhang einmal erkannt, wird noch ein weiterer sozial günstiger Effekt von absolutem Eigentum verständlich. Der Gedanke findet sich wiederum schon bei *Aristoteles*. Die Menschen pflegen die Dinge besser, die ihnen gehören, heißt es dort³⁶⁹. Dabei spielt sicher auch das Gefühl der Verantwortung für die Güter eine Rolle, die einem gehören³⁷⁰. Aber die Beobachtung lässt sich auch rationaltheoretisch erklären. Denn absolutes Eigentum verlängert ja den Zeithorizont³⁷¹.

e) *Verteilung*

Der Übergang von der Übertragung absoluten Eigentums zur Einräumung bloßer Nutzungsrechte ist eine Form des institutionellen Wandels. Rationaltheoretiker erwarten, dass institutioneller Wandel von dem Streben nach Verteilungsgewinnen getrieben ist³⁷². Die Erwartung bestätigt sich in unserem Fall. Wenn die Nutzer kein Eigentum mehr erwerben müssen, bekommen sie den gewünschten Nutzen nicht nur ohne Investition. Vielmehr erhalten sie auch die Chance, sich von den bislang unvermeidlichen begleitenden Leistungen zugunsten der Allgemeinheit zu befreien. Gelingt das, ist der institutionelle Wandel ein Geschäft zu Lasten Dritter.

Zu Verteilungseffekten kommt es bei diesem Wandel aber vor allem im Verhältnis zwischen Anbietern und Nachfragern. Der Anbieter schwächt die Kontrolle durch den Wettbewerb. Das erlaubt ihm, einen höheren als den Marktpreis in Rechnung zu stellen. Genauer: weil er nur noch von substitutivem Wettbewerb kontrolliert ist, wird Preisdifferenzierung einfacher. Er kann den Preis in die Nähe der individuellen Zahlungsbereitschaft seines Kunden treiben. An einem Markt für standardisierte Güter könnte er auch von Kunden mit höherer Zahlungsbereitschaft nur den Durchschnittspreis erzielen. Denn diese Kunden würden sich sonst bei anderen Abnehmern eindecken. Es käme also zu den Arbitragegeschäften, die wir bereits als produktinternen Wettbewerb charakterisiert haben. Der Hersteller könnte auch nicht einfach allen Kunden den höchst erzielbaren Preis in Rechnung stellen. Denn dann könnte er ja nur noch eine sehr kleine Menge absetzen³⁷³.

369 ARISTOTELES Politik 1989, II:I.10; s. auch den Hinweis von LANTZ Eigentumsrecht 1977, 55 auf einen ähnlichen Gedanken bei THOMAS VON AQUIN.

370 Das ist das zentrale Argument von ARISTOTELES Politik 1989, II:I.17.

371 S. oben a.

372 Grundlegend KNIGHT Institutions and Social Conflict 1992.

373 Näher KNEIPS Wettbewerbsökonomie 2001, 205-242.

f) *Psychologische Vorzüge*

Wir hatten uns klargemacht, dass die motivierende Wirkung des Eigentums über den Anreiz zur Maximierung des Nutzens hinausreicht³⁷⁴. Die meisten dieser Effekte bleiben auch dann erhalten, wenn der Nachfrager bloß noch ein Nutzungsrecht erhält. Er hantiert dann allerdings ständig mit fremdem Eigentum. Gegenstände, die zu seinem physischen Herrschaftsbereich gehören, sind ihm rechtlich nicht vollständig zugeordnet. Der Eigentümer kann ihm in den vertraglich bestimmten Grenzen in die Nutzung hineinreden.

Ein weiterer psychologischer Nachteil tritt ein, wenn der Staat die Hege des Guts nun mit Rechtsregeln erzwingen muss. Psychologisch muss er dann nämlich vom Handel zum Befehl wechseln. Das ist sehr viel voraussetzungsvoller³⁷⁵.

g) *Evolution*

Auch aus evolutorischer Perspektive kann der Wechsel vom absoluten zum bloß relativen Eigentum ein Nachteil sein. Zunächst werden die Innovationsanreize beim Nachfrager kleiner. Weil er bestenfalls über sein Nutzungsrecht verfügen kann, lohnt sich Innovation für ihn weniger. Das ist bei Konsumgütern allerdings kein gewichtiger Einwand. Auch wenn der Nachfrager sie kauft, liegt ihre Fortentwicklung doch praktisch ausschließlich beim Hersteller.

Schon eher kann sich die Tatsache nachteilig auswirken, dass es nun zu einem langfristigen Vertragsverhältnis zwischen Hersteller und Abnehmer kommt. Der Hersteller hat nun nämlich viel bessere Chancen, seinen Kunden langfristig zu behalten. Weil der Wettbewerbsdruck sinkt, braucht er sich auch weniger um die Entwicklung seines Produkts zu kümmern. Solange seine Konkurrenten kein radikal besseres Produkt bieten, werden ihm seine Kunden trotzdem nicht weglaufen.

h) *Konflikt*

Good fences make good neighbors. Das gilt an sich auch für bloß relative Verfügungsrechte. Auch aus der Perspektive der Konfliktvermeidung wirkt sich der langfristige Charakter der Geschäftsbeziehung aber nachteilig aus. Käufer und Verkäufer brauchen nur ein einziges gemeinsames Interesse: das Gut gegen Geld zu tauschen. Danach gehen sie wieder auseinander. Was der Käufer mit dem Gut anstellt, kümmert den Verkäufer nicht. Ebenso wenig kümmert den Käufer, wofür der Verkäufer den Kaufpreis verwendet. In der langfristigen Beziehung zwischen dem Eigentümer und dem Nutzer eines Guts ist das anders. Hier kümmert den Eigentümer sehr wohl, wie sein Kunde die Sache nutzt. Geht er sorglos mit ihr um, vermindert das nämlich auch den Wert der Verfügungsrechte, die beim Eigentümer geblieben sind. Umgekehrt ist auch dem Nachfrager nicht gleichgültig, wie sich der Anbieter verhält. Droht er, in

374 S. oben II 8 a.

375 S. oben II 8 d.

Konkurs zu fallen, gerät auch das Nutzungsrecht in Gefahr. Vernachlässigt er die Erhaltung der Sache, wird auch das Nutzungsrecht weniger wert. Die langfristige Beziehung ist also ein beachtlicher zusätzlicher Konfliktherd. Das Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter illustriert das zusätzliche Konfliktpotential. Die Aufspaltung des absoluten Eigentums macht die Aufgabe der Friedensbewahrung also anspruchsvoller.

i) *Freiheit*

Der historisch mächtigste Einwand gegen die Aufspaltung des Eigentums war ein freiheitlicher. Er war den Vätern des BGB so wichtig, dass sie ihn sogar gegen den Eigentümer durchsetzen wollten³⁷⁶. „Denn Freiheit ist ihrem Wesen nach Mobilität. Diese Beweglichkeit im Sachbesitz wie im Sachgebrauch kann nur durch die unauflösliche Verschmelzung von Nutzungs- und Verfügungsrecht gewährleistet werden“³⁷⁷. Der Gesetzgeber hatte das Eigentum auf körperliche Sachen beschränkt, weil nur an ihnen „reale Macht“ ausgeübt werden könne³⁷⁸. Die Eigentumsordnung des BGB war zugleich als Instrument der Bauernbefreiung gedacht³⁷⁹.

Die Aufspaltung des Eigentums und die Aufteilung der Verfügungsrechte auf verschiedene Personen gibt dem Residualeigentümer notwendig Einblick in das Nutzungsverhalten der Nutzer. In Grenzen bekommt er auch Kontrolle darüber. Der Nutzer kann die Einwirkung Dritter nur aus der schwachen Position des berechtigten Besitzes abwehren. Im übrigen hängt er von der Zustimmung des Residualeigentümers ab.

Schließlich kann das Band zwischen Freiheit und Verantwortung durch die Aufspaltung des Eigentums in Verfügungsrechte elastisch werden³⁸⁰. Der Eigentümer ist nicht mehr Besitzer. Dadurch wird es schwerer, ihn augenfällig an seine Verantwortung zu erinnern. Unter Umständen kann er sich auch damit exkulpieren, die sozial problematische Handlung falle in den Verantwortungsbereich des Nutzers. Um zuzurechnen, müssen die Sphären von Anbieter und Nutzer also getrennt werden. Rechtlich ist Gesamtschuld natürlich möglich. Eine Gesamtschuld des Nutzers ist in der Regel aber weder nützlich noch praktisch. Umgekehrt kann sich der Residualeigentümer auch dort Einfluss verschaffen, wo er nicht mehr (voll) haftet. Ein anschauliches Beispiel ist eine Franchise. Der Franchisegeber bestimmt zwar die Unternehmenspolitik der Franchisenehmer. Die Haftung für den Geschäftserfolg liegt dagegen bei den Franchisenehmern³⁸¹.

376 S. oben I 3 b.

377 HATTENHAUER in Baur 1988, 96.

378 BÖHMER in Baur 1988, 57 FN 12 unter Hinweis auf MUGDAN III 1 f.

379 BAUR in Baur 1988, 8.

380 Vgl. RIFKIN Access 2000, 44: „outsourcing ownership“.

381 ebd., 60/63.

j) Identität

In einer Gesellschaft, die auf absolutes Eigentum gegründet ist, ist Besitz ein sichtbares Statussymbol. Wer besitzt, ist ja auch der Eigentümer. Er hat es also offensichtlich zu etwas gebracht. Dieser Schluss ist bei jemandem weit weniger berechtigt, der sich bloß auf begrenzte Zeit das Nutzungsrecht verschafft hat. Er erscheint wie der arme Schlucker, der all sein Geld zusammenkratzt, um einen Tag im Rolls Royce vorfahren zu können. Vor allem weiß der Nutzer aber selbst, dass sein Haus nun nicht mehr seine Burg ist, und sein Auto nicht mehr sein rollender Tresor³⁸².

k) Sozialisierung

Ähnlich verhält es sich mit den sozialisierenden Effekten. Der Eigentümer ist der stolze friesische Freibauer. Er lernt, für das Seine zu sorgen. Er versteht, dass er Gesellschaft und Staat als Garanten seines Eigentums braucht. Der Inhaber eines bloßen Nutzungsrechts ist dagegen ein Abhängiger. Er lernt nicht zu wirtschaften, sondern Forderungen zu stellen, vielleicht auch den Eigentümer zu übervorteilen.

l) Rechtsstaat

Bei der Aufspaltung des Eigentums werden die Verfügungsrechte nicht weniger dezentral gehandelt als bei der Übereignung. Der Rechtsstaat scheitert deshalb nicht an den Funktionsnotwendigkeiten zentraler Planung. Auch das Innenverhältnis zwischen Residualeigentümer und Nutzungsberechtigten kann zum Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten werden. Das Mietrecht gehört ja zu den wichtigsten Aufgaben der Amtsgerichte.

Auch hier gilt aber: die Gerichte können nur verifizierbare Informationen verwerten. Mit bloß beobachtbarer Information können sie nichts anfangen³⁸³. Viele Fragen, die für das Verhältnis von Eigentümer und Nutzungsberechtigten Bedeutung haben, fallen in diese Kategorie. Wie will der Vermieter gerichtsfest beweisen, dass der Mieter keine Gelegenheit auslässt, seine Nachbarn zu reizen? Und wie will der Mieter beweisen, dass der Vermieter die Handwerker immer gerade dann schickt, wenn es besonders ungelegen kommt? Selbst wenn solche Tatsachen mit viel Mühe zu beweisen sind, kommt Rechtsschutz außerdem leicht zu spät. Und wenn sich die beiden Parteien erst vor Gericht streiten, ist das Vertrauensverhältnis meist ohnehin zerstört. Aus all diesen Gründen tun die Parteien gut daran, ihre Konflikte, wo irgend möglich, ohne die Rechtsordnung auszutragen.

m) Demokratie

Auch relative Verfügungsrechte werden an den Märkten gehandelt. Auch durch diesen institutionellen Wandel kommt es deshalb nicht zu Gefährdungen der Demokratie, wie sie für eine

382 ebd., 130.

383 S.oben II 3 f).

Planwirtschaft charakteristisch sind. Der intervenierende Staat kann auf relative Verfügungsrechte auch nicht leichter zugreifen als auf absolute. So bleiben nur zwei schwache Einwände. Das Innenverhältnis zwischen Residualeigentümer und Nutzungsberechtigtem ist konfliktträchtig. Es ruft deshalb nach Regulierung. Damit erhält der Staat einen weiteren Grund, sich in das gesellschaftliche Leben einzumischen. Das Mietrecht belegt, dass er davon auch beherzt Gebrauch macht. Außerdem hatten wir die Versicherungsfunktionen des Eigentums hervorgehoben. Wenn einem Honoratiorenpolitiker des 19. Jahrhunderts der politische Kurs nicht mehr schmeckte, konnte er sich grollend auf seine Güter zurückziehen. Diese Freiheit haben die Politikfunktionäre unserer Tage für gewöhnlich nicht mehr. Hält man das für ein wichtiges Unterpfand des Amtsethos, braucht man aber nicht die Latifundien wiederzube-gründen. Es genügt, wenn ein Politiker die Chance behält, in seinen erlernten Beruf zurück-zukehren.

5. Sozialer Nutzen von relativem Eigentum

Die bisherigen Überlegungen mögen sich wie eine Philippika gegen die Aufspaltung des Eigentums lesen. Doch es gibt nicht nur viele gute Gründe für das absolute Eigentum. Auch die Gründe haben Gewicht, die für die Möglichkeit zur Aufspaltung streiten. Vor allem werden die Verfügungsrechte so präziser (a). Die Aufspaltung kann sogar ein ziemlich elegantes Regulierungsinstrument sein (b). Auch aus evolutorischer Perspektive kann diese Entwicklung vorteilhaft sein (c). Schließlich gibt es verteilungspolitische Gründe (d) und das staatliche Geschäft der Steuerung anderer wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Vorgänge kann einfacher werden (e).

a) Präzisere Verfügungsrechte

Wer absolutes Eigentum erwirbt, muss ein ganzes Paket auf einmal kaufen. Er kauft auch die bauplanungsrechtliche Befugnis, sein Haus um einen Wintergarten zu erweitern, auch wenn er daran gar kein Interesse hat. Mit dem Haus kauft er eine Sicherheit für einen relativ hohen Kredit, auch wenn er dafür bei seinem Einkommen gar keinen Bedarf hat. Er kauft als Eigentümer eines Waldstücks den Anteil an einer Jagdgenossenschaft, obwohl er als Vegetarier das Töten von Tieren verabscheut. Sind auch einzelne Nutzungsrechte im Handel, kann sich der Nachfrager auf das beschränken, was er wirklich will. Knappe Güter wandern noch präziser zum besten Wirt. Die Allokation verbessert sich. Auch neue Formen der Arbeitsteilung werden auf diese Weise möglich. Man braucht als Franchisenehmer etwa keine eigene Geschäftsidee mehr zu haben. Man muss auch nichts von Marketing, Reputationsaufbau und Qualitätskontrolle verstehen. Es genügt, wenn man sich zutraut, den Betrieb ordentlich zu führen. Aus allokativer Perspektive wirkt der Vorgang also ganz harmlos. Durch institutionelle Innovation

und technischen Fortschritt ist es möglich geworden, die Verfügungsrechte präziser zuzuschneiden³⁸⁴. Wie die Praxis zeigt, scheint der zusätzliche Aufwand auch zu lohnen.

b) Aufspaltung der Verfügungsrechte als Regulierungsinstrument

Der Staat kann manchmal Marktversagen sogar gerade dadurch korrigieren, dass er die Aufspaltung der Verfügungsrechte anordnet. Das anschaulichste Beispiel ist wiederum der Abfall. Wir hatten gesehen, dass die Stoffgefahr solange kein soziales Problem darstellt, wie der Eigentümer die Sache nutzen will. Dieser Gedanke lässt sich fortspinnen. Zur Stoffhege wird der Eigentümer auch dann bereit sein, wenn ein funktionierender Markt für gebrauchte Gegenstände dieser Art besteht. Dann wirft der Eigentümer das Gut nicht mehr weg, wenn er es durch ein neues ersetzt. Vielmehr verkauft er es weiter. Von nun an übernimmt der Käufer die Stoffhege. Irgendwann erreichen aber fast alle beweglichen Sachen das Ende ihrer Nutzungsdauer. Die Abfallpolitik hört hier jedoch noch nicht auf. Selbst dann will sie die Beseitigung des Gegenstands möglichst vermeiden. Sie zieht es vor, wenn er wiederaufbereitet wird oder wenn die Inhaltsstoffe weiter verwertet werden. Auch dafür könnten grundsätzlich Märkte entstehen. Den Lumpensammler, der durch die Straßen zieht, hat es in vergangenen Zeiten ja schon gegeben.

Eine andere Lösung ist aber zugleich eleganter und sicherer. Sie verpflichtet die Hersteller von Gütern mit einem hohen Risiko auf dem Abfallpfad, den Nachfragern nur noch ein Nutzungsrecht einzuräumen. Am Ende der Nutzungsdauer gelangt das Gut dann von selbst in den Herrschaftsbereich des Herstellers zurück. Weil bei ihm Güter in großer Menge anfallen, hat er auch einen viel stärkeren Anreiz, für Wiederaufbereitung oder Verwertung zu sorgen. Die Lösung hat noch einen weiteren Effekt, der der Abfallpolitik angenehm ist. Der Hersteller wird antizipieren, dass er schließlich für die Bewältigung des Abfallrisikos zu sorgen hat. Deshalb hat er einen Anreiz zur Innovation. Vielleicht findet er schon andere Ausgangsstoffe, die das Abfallrisiko vermindern. Vielleicht gelingt es ihm auch, sein Produktionsverfahren so zu ändern, dass er die zurückgenommenen Produkte als Rohstofflager verwenden kann. Die Abfallpolitik nennt das emphatisch Produktverantwortung³⁸⁵.

c) Evolution

Auch aus evolutorischer Perspektive ist die Möglichkeit zur Abspaltung einzelner Nutzungsbefugnisse zunächst einmal ein Vorzug. Sie spornt die Anbieter nicht nur zu institutioneller Kreativität an. Sie werden also nicht nur nach Gestaltungen suchen, um dem Wunsch der Nachfrager nach dem Erwerb isolierter Nutzungsrechte zu entsprechen. Vielmehr lohnt es nun erst überhaupt, nach Verwendungs- und Vermarktungsmöglichkeiten für einzelne Nutzungsrechte zu forschen.

384 Vgl. BREYER und KOLMAR Wirtschaftspolitik 2001, 89.

385 Näher zu diesem Steuerungsinstrument ENGEL Abfallrecht 2002a, 52-69.

d) Verteilung

Vor allem streitet für die Möglichkeit zur Abspaltung von Nutzungsrechten aber ein verteilungspolitisches Argument. Nicht einmal das eiserne liberale 19. Jahrhundert war ja so weit gegangen, die Vermietung von Wohnraum zu verbieten. Der Mieter ist zwar freier als ein Bauer, der an der Scholle des Grundherrn klebt. Er kann das Mietverhältnis lösen. Das wird er insbesondere dann tun, wenn er an einem anderen Ort Arbeit findet. Vielleicht zieht er auch schon dann um, wenn er eine größere oder schönere Wohnung findet oder die ständigen Einmischungen des Vermieters nicht länger ertragen will. Jeder Mieter weiß aber, wie aufwendig und kostspielig ein Umzug ist. Auch ein bloßes Mietverhältnis schafft deshalb eine erhebliche, für gewöhnlich langfristige Bindung. Vor allem bleibt es aber während der Dauer des Mietverhältnisses bei allen beschriebenen Nachteilen.

Ein Verbot des Vermietens von Wohnraum wäre aber schon im 19. Jahrhundert sozial unerträglich gewesen. Die Kinder hätten so lange im Haus der Eltern bleiben müssen, bis sie das Geld für ein eigenes Haus zusammen hatten. Der Staat hätte mit einer zivilrechtlichen Regel zumindest die Großfamilie erzwungen. Er hätte die Frauen auf Dauer in die Rolle der Mutter gedrängt, denn die biologische Uhr tickt nun einmal. Solange eine Frau noch Kinder bekommen kann, wird sie aus eigener Kraft aber nur selten das Geld für ein Haus zusammen haben. Sollten überhaupt noch Kinder geboren werden, hätten die Männer also erheblich älter sein müssen. Geheiratet hätte man erst, wenn der Mann ein Haus finanzieren kann.

Auch sonst sind wertvollere Güter für breite Kreise der Bevölkerung überhaupt erst dann erschwinglich, wenn man die Gesamtkosten nicht vom ersten Tag der Nutzung an aufbringen muss. Wer sein Auto leaset, bekommt es sofort. Er steht sich dabei typischerweise auch besser, als wenn er das Auto kauft und den Kauf durch einen Kredit finanziert. Derselbe soziale Gedanke gilt auch für manche unternehmerischen Tätigkeiten. Als Franchisenehmer von McDonalds braucht man viel weniger Kapital, als wenn man das Produkt selbst am Markt einführen müsste. Ein drittes Beispiel ist das Wohnungseigentum. Es ist, wie wir gesehen haben, eine noch viel größere Sünde wider den Geist des absoluten Eigentums als die Miete. Denn hier liegt ja auch das Residualeigentum in der Hand der Eigentümergemeinschaft. Erst durch diese Konstruktion wird für breite Kreise der Bevölkerung das selbstgenutzte Wohneigentum aber erschwinglich.

e) Staatliche Steuerung

Schließlich kann sich durch den Wechsel zur Vergabe von Nutzungsrechten auch die staatliche Steuerung privaten Verhaltens erleichtern, wo sie denn erforderlich ist. Denn diese Aufspaltung bewirkt tendenziell, dass sich das Residualeigentum bei einer kleineren Zahl darauf spezialisierter Rechtsträger sammelt. Sie sind für den regulierenden Staat einfach zu erreichen. Er kann ihnen auferlegen, das Regulierungsanliegen gegenüber den Nutzern durchzusetzen. Wir können den Gedanken noch einmal am abfallpolitischen Beispiel illustrieren. Wenn die Hersteller ein Produkt nicht mehr verkaufen, kann der Staat ihnen auch aufgeben,

das Nutzungsverhalten zu kontrollieren. Er kann etwa darauf drängen, dass Güter nicht erst in einem Moment zum Hersteller zurückkommen, zu dem die Stoffgefahr wegen Abnutzung sehr groß geworden ist.

6. Ziele einer Eigentumspolitik

Dass die Grundentscheidung für ein starkes Eigentum richtig ist, konnten wir zwar nicht wissenschaftlich beweisen. Wir konnten aber doch sehr viele gute Gründe für diese Entscheidung ins Feld führen. Diese Gründe müssen sich zwar im Diskurs mit den Gegnern durchsetzen. Es fällt aber leicht, sie mit großer Überzeugungskraft zu vertreten. Die Entscheidung zwischen dem Handel mit absolutem Eigentum und der Vergabe einzelner Nutzungsrechte fällt viel schwerer. Eine generelle rechtspolitische Empfehlung lässt sich hier nicht formulieren. Der Staat kommt um eine bewusste Eigentumspolitik nicht herum. Durch Abwägung zwischen den widerstreitenden, inkommensurablen Belangen muss entschieden werden, was die bessere Lösung ist. Diese Abwägung wird nicht für alle Eigentumsgegenstände gleich ausfallen. Mit wissenschaftlicher Autorität kann man nur Gesichtspunkte formulieren, die bei dieser Entscheidung bedacht werden sollten.

Zunächst einmal ist der tatsächliche institutionelle Wandel gar nicht so selten die ungewollte Nebenfolge staatlichen Handelns. Insbesondere vom Steuerrecht gehen starke Impulse aus. Denn das Entgelt für das Nutzungsrecht ist genau definierter Aufwand. Wie die Investitionskosten für den Erwerb der Sache steuerrechtlich geltend gemacht werden können, hängt dagegen von den Abschreibungsmöglichkeiten ab. Deren Ausgestaltung nutzt der Staat immer wieder zur Feinsteuerung seiner Einnahmen.

Eine staatliche Restitutionspolitik wird sich nur selten rechtfertigen lassen. Sind die Verfügungsrechte einmal abgespalten, muss der Staat auch Eingriffe in das abgespaltene Recht vor Art. 14 GG rechtfertigen können³⁸⁶. Die zwangsweise Wiedervereinigung in der Hand eines einzigen Rechtsträgers wird sich noch am ehesten dann rechtfertigen lassen, wenn das Anti-commons-Problem gravierend ist. Leichter würde es dem Staat fallen, für die Zukunft die Abspaltung bestimmter Verfügungsrechte vom Eigentum zu verhindern. Tatsächlich tut das Sachenrecht das mit dem Numerus Clausus der sachenrechtlichen Befugnisse ja auch. Auch hier ist aber Vorsicht geboten. Denn zugleich beschränkt der Staat dadurch ja die institutionelle Innovation. Wo der wirtschaftliche Druck groß genug ist, bahnt sich die Praxis nach aller Erfahrung schließlich doch einen Weg. Das bekannteste Beispiel ist die Sicherungsübereignung. Sie setzt sich offen über die Entscheidung des BGB gegen das besitzlose Pfand hinweg.

Nachdenkenswert ist aber vor allem eine Eigentumspolitik, die den gesellschaftlichen Wandel hin zu bloß relativen Verfügungsrechten begleitet. Fallen soziale Leistungen aus, die das absolute Eigentum bislang ohne weiteres erbracht hat, muss der Staat nach Substituten Aus-

386 BVerfGE 83, 201, 209.

schau halten. Auf Dauer wird er auch nicht an einem Regulierungsrahmen für das Innenverhältnis vorbeikommen. Bei den altgedienten Aufspaltungen des Eigentums gibt es solche Regeln ja auch längst. Paradigmatisch kann das Mietrecht stehen. Ob es des Guten zu viel tut, ist hier nicht zu entscheiden. Auf Dauer werden sich aber auch jüngere Gestaltungsmöglichkeiten diesem Sog nicht entziehen können. Genauer: die Erwartung staatlicher Regulierung setzt einen starken Anreiz, dass die Beteiligten selbst zu adäquaten Lösungen finden. Die privaten Regeln entstehen dann „im Schatten der staatlichen Intervention“. Dadurch findet die Eigentumspolitik Anschluss an die Politik der regulierten Selbstregulierung, die auch immer mehr andere Regelungsanliegen erfasst³⁸⁷. Das sollten auch die Eigentümer bedenken, bevor sie sich auf diesen Weg begeben. Vielleicht ist es ihnen dann schon im Eigeninteresse lieber, bei der Veräußerung von absolutem Eigentum zu bleiben.

387 Zum konzeptionellen Hintergrund näher ENGEL Staatswissenschaften und Staatspraxis 1998c; ENGEL Die Verwaltung 2001f.

Literatur

- ACHESON, JAMES M. (1988). *The Lobster Gangs of Maine*. Hanover, NH, University Press of New England.
- ÅKERMAN, NORDAL (1998). *The Necessity of Friction*. Boulder, Colo., WestviewPress.
- ALBERT, HANS (1978). *Traktat über rationale Praxis*. Tübingen, Mohr.
- ALEXY, ROBERT (1985). *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft.
- ARISTOTELES (1989). *Politik. Schriften zur Staatstheorie*. Stuttgart, Reclam.
- ARROW, KENNETH JOSEPH (1995). *Barriers to Conflict Resolution*. New York, W.W. Norton.
- AYRES, ROBERT U. und ALLEN V. KNEESE (1996). "Production, Consumption and Externalities." *American Economic Review* **59**: 282-297.
- BAIRD, DOUGLAS G., ROBERT H. GERTNER, et al. (1994). *Game Theory and the Law*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- BAUR, JÜRGEN F. (1988). *Zum Thema der Tagung. Das Eigentum*. J. F. Baur. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht: 7-9.
- BECHTOLD, STEFAN (2002). *Vom Urheber- zum Informationsrecht. Implikationen des Digital Rights Management*. München, Beck.
- BECKER, GARY STANLEY (1976). *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago, University of Chicago Press.
- BECKER, GARY STANLEY (1993). *Human Capital: a Theoretical and Empirical Analysis, With Special Reference to Education*. Chicago, University of Chicago Press.
- BECKMANN, MARTIN und KREKELER (1997). "Andienungspflichten für Abfälle zur Verwertung unter dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz." *Umwelt- und Planungsrecht*: 214-221.
- BEHRENS, PETER (1986). *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts: politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz*. Tübingen, J.C.B. Mohr.
- BENTHAM, JEREMY (1988). *The Principles of Morals and Legislation*. Buffalo, N.Y., Prometheus Books.
- BIEDENKOPF, KURT (1996). *Arbeitsmarkt, Arbeitslosigkeit, Ordnungspolitik und gesellschaftliche Integration*. Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker. U. Immenga, W. Möschel und D. Reuter. Baden-Baden, Nomos: 101-118.

- BLANKART, CHARLES BEAT (2001). *Öffentliche Finanzen in der Demokratie. Eine Einführung in die Finanzwissenschaft.* München, Vahlen.
- BÖHM, FRANZ (1961). *Demokratie und ökonomische Macht. Kartelle und Monopole im modernen Recht I.* Karlsruhe, Müller: 1-24.
- BÖHM, MONIKA (1996). *Der Normmensch. Materielle und prozedurale Aspekte des Schutzes der menschlichen Gesundheit vor Umweltschadstoffen.* Tübingen, Mohr.
- BÖHMER, WERNER (1988). *Eigentum aus verfassungsrechtlicher Sicht. Grundfragen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Eigentums in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Das Eigentum.* J. F. Baur. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht: 39-82.
- BÖRZEL, TANJA A. und THOMAS RISSE (2001). *Die Wirkung internationaler Institutionen. Von der Normanerkennung zur Normeinhaltung. Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter Bonn 2001/15.*
- BREYER, FRIEDRICH und MARTIN KOLMAR (2001). *Grundlagen der Wirtschaftspolitik.* Tübingen, Mohr.
- BROCKER, MANFRED (1992). *Arbeit und Eigentum: der Paradigmenwechsel in der neuzeitlichen Eigentumstheorie.* Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- BUCHANAN, JAMES M. und GORDON TULLOCK (1962). *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy.* Ann Arbor, University of Michigan Press.
- CALABRESI, GUIDO und A. DOUGLAS MELAMED (1972). "Property Rules, Liability Rules and Inalienability. One View of the Cathedral." *Harvard Law Review* **85**: 1089-1128.
- CASSEL, DIETER (1986). "Funktionen der Schattenwirtschaft im Koordinationsmechanismus von Markt- und Planwirtschaften." *Ordo* **37**: 73-104.
- CHAMBERLIN, EDWARD (1933). *The Theory of Monopolistic Competition.* Cambridge, Harvard University Press.
- COHEN, MORRIS (1927). "Property and Sovereignty." *Cornell Law Quarterly* **13**: 8-30.
- CORNES, RICHARD und TODD SANDLER (1996). *The Theory of Externalities, Public Goods and Club Goods.* Cambridge, Cambridge University Press.
- COSMIDES, LEDA und JOHN TOOBY (1994). "Better than Rational. Evolutionary Psychology and the Invisible Hand." *American Economic Association Papers and Proceedings* **84**: 327-332.

- COWAN, ROBIN, PAUL A. DAVID, et al. (2000). "The Explicit Economics of Knowledge Codification and Tacitness." *Industrial and Corporate Change* **9**: 211-253.
- DAM, KENNETH W. und HERBERT LIN (1996). *Cryptography's Role in Securing the Information Society*. Washington, DC, National Academy Press.
- DE ALESSI, LOUIS (1980). "The Economics of Property Rights. A Review of the Evidence." *Reserach in Law and Economics* **2**: 1-47.
- DE ALESSI, LOUIS (1990). "Development of the Property Rights Approach." *Journal of Institutional and Theoretical Economics* **146**: 6-11; 19-23.
- DERTOUZOS, MICHAEL (1997). *What Will Be. How the New World of Information will Change our Lives*. San Francisco, Harper Edge.
- DIETL, HELMUT (1993). *Institutionen und Zeit*. Tübingen, Mohr.
- DOWNS, ANTHONY (1957). *An Economic Theory of Democracy*. New York, Harper.
- DRUEY, JEAN NICOLAS (1995). *Information als Gegenstand des Rechts. Entwurf einer Grundlegung*. Zürich, Schulthess.
- DWORKIN, R. M. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press.
- EGGERTSSON, THRAINN (1990). *Economic Behavior and Institutions*. Cambridge England; New York, Cambridge University Press.
- EICHENBERGER, REINER (2002). *Wissen und Information in ökonomischer Perspektive. Wissen, Nichtwissen, Unsicheres Wissen*. C. Engel, J. Halfmann und M. Schulte. Baden-Baden, Nomos: im Erscheinen.
- ELEFThERiADiS, PAVLOS (1996). "The Analysis of Property Rights." *Oxford Journal of Legal Studies* **16**: 31-54.
- ENGEL, CHRISTOPH (1992). *Planungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt*. Tübingen, J.C.B. Mohr.
- ENGEL, CHRISTOPH (1993). "Eigentumsschutz für Unternehmen." *Archiv des öffentlichen Rechts* **118**: 169-236.
- ENGEL, CHRISTOPH (1994a). "Legal Responses to Bounded Rationality in German Administration." *Journal of Institutional and Theoretical Economics* **150**: 145-162.
- ENGEL, CHRISTOPH (1994b). "Rundfunk in Freiheit." *Archiv für Presserecht*: 185-191.
- ENGEL, CHRISTOPH (1998a). "Die privatnützige Enteignung als Steuerungsinstrument." *Die Verwaltung* **31**: 543-558.

- ENGEL, CHRISTOPH (1998b). Nebenwirkungen wirtschaftsrechtlicher Instrumente. Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung. Die Begegnung der deutschen Staatsrechtslehre mit der Konstitutionellen Politischen Ökonomie. C. Engel und M. Morlok. Tübingen, Mohr: 173-206.
- ENGEL, CHRISTOPH (1998c). "Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung." Staatswissenschaften und Staatspraxis **9**: 535-591.
- ENGEL, CHRISTOPH (2000). "Arbeitsmarkt und staatliche Lenkung." Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer **59**: 56-98.
- ENGEL, CHRISTOPH (2001a). The Constitutional Court – Applying the Proportionality Principle – as a Subsidiary Authority for the Assessment of Political Outcomes. Preprints aus der Max-Planck Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter Bonn 2001/10.
- ENGEL, CHRISTOPH (2001b). A Constitutional Framework for Private Governance. Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter Bonn 2001/4.
- ENGEL, CHRISTOPH (2001c). "Delineating the Proper Scope of Government: A Proper Task for a Constitutional Court?" Journal of Institutional and Theoretical Economics **157**: 187-219.
- ENGEL, CHRISTOPH (2001d). Die Grammatik des Rechts. Instrumente des Umweltschutzes im Wirkungsverbund. H.-W. Rengeling. Baden-Baden, Nomos: 17-49.
- ENGEL, CHRISTOPH (2001e). "Hybrid Governance Across National Jurisdictions as a Challenge to Constitutional Law." European Business Organisation Law Review **2**: 569-584.
- ENGEL, CHRISTOPH (2001f). "Institutionen zwischen Staat und Markt." Die Verwaltung **34**: 1-24.
- ENGEL, CHRISTOPH (2001g). "Offene Gemeinwohldefinitionen." Rechtstheorie **32**: 23-52.
- ENGEL, CHRISTOPH (2002a). Abfallrecht und Abfallpolitik. Baden-Baden, Nomos.
- ENGEL, CHRISTOPH (2002b). Verhandelter Netzzugang. Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter Bonn 2002/4. Bonn.
- ENGEL, CHRISTOPH und GÜNTER KNEIPS (1998). Die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes über den Zugang zu wesentlichen Leistungen. Eine juristisch-ökonomische Untersuchung. Baden-Baden, Nomos.
- ENSTE, DOMINIK und FRIEDRICH SCHNEIDER (1998). Increasing Shadow Economies all over the World – Fiction or Reality? A Survey of the Global Evidence of their Size and of their Impact from 1970 to 1995. Bonn, Germany, IZA.

- EPSTEIN, RICHARD ALLEN (1995). *Simple Rules for a Complex World*. Cambridge, MA, Harvard University Press.
- ERDMANN, KARL DIETRICH (1988). *Eigentum, Partnerschaft, Mitbestimmung. Zur Theorie des Sozialstaats in Österreich und der Bundesrepublik Deutschland*. *Das Eigentum*. J. F. Baur. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht: 11-38.
- FARNSWORTH, WARD (2000). *Do Parties to Nuisance Cases Bargain After Judgement? A Glimpse into the Cathedral*. *Behavioral Law and Economics*. C. R. Sunstein. Cambridge, Cambridge University Press: 302-322.
- FEHR, ERNST und KLAUS M. SCHMIDT (2000). *Theories of Fairness and Reciprocity – Evidence and Economic Applications*. CESifo Working Paper Series No. 403. Munich.
- FIKENTSCHER, WOLFGANG (1983). *Wirtschaftsrecht*. München, C.H. Beck.
- FIKENTSCHER, WOLFGANG (1992). *Das Verhältnis von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs im deutschen und europäischen Recht*. *Recht und wirtschaftliche Freiheit I. Die Freiheit des Wettbewerbs*. W. Fikentscher. Tübingen, Mohr: 50-79.
- FIKENTSCHER, WOLFGANG (1993). *Rechtstechnische Aspekte der französischen Planification in wettbewerblicher Sicht*. *Recht und wirtschaftliche Freiheit II, Transnationales Marktrecht*. W. Fikentscher. Tübingen, Mohr: 92-113.
- FINSINGER, JÖRG (1991). *Wettbewerb und Regulierung*. München, VVF.
- FREEMAN, RICHARD B. (1998). *Divergent Performances. Job Creation and Income Determination in the EU and the U.S. Arbeitsmärkte in den USA und Deutschland*. Drittes Öffentliches DAAK Symposium. Deutsch-Amerikanisches Akademisches Konzil. Bonn/Mannheim, DAAK: 51-84.
- FREY, BRUNO (1999). *The Price System and Morals. Economics as a Science of Human Behaviour. Towards a New Social Science Paradigm*. B. Frey. Boston: 159-175.
- FREY, BRUNO und FELIX OBERHOLZER-GEE (1999). *Natural Environment. Fair Siting Procedures*. *Economics as a Science of Human Behaviour*. B. Frey. Boston: 23-48.
- FRITSCH, MICHAEL, THOMAS WEIN, et al. (1999). *Marktversagen und Wirtschaftspolitik. Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns*. München, Vahlen.
- FURUBOTN, EIRIK GRUNDTVIG und SVETOZAR PEJOVICH (1972). "Property Rights and Economic Theory. A Survey of Recent Literature." *Journal of Economic Literature* **10**: 1137-1162.
- GEBHARDT, HANS-PETER (1994). *Der Zuliefervertrag*. Köln, Heymanns.

- GELLERMANN, MARTIN (2000). Grundrechte in einfachgesetzlichen Gewande: Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte. Tübingen, Mohr Siebeck.
- GIERKE, OTTO VON (1889). Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Frankfurt.
- GIGERENZER, GERD (2000). How to Make Cognitive Illusions Disappear. Adaptive Thinking. Rationality in the Real World. G. Gigerenzer. Oxford, Oxford University Press: 241-266.
- GIGERENZER, GERD, PETER M. TODD, et al. (1999). Simple Heuristics that Make us Smart. New York, Oxford University Press.
- GOLDSTEIN, WILLIAM M. und ROBIN M. HOGARTH (1997). Research on Judgment and Decision Making. Currents, Connections, and Controversies. Cambridge, Cambridgeshire; New York, Cambridge University Press.
- GUSY, CHRISTOPH (1982). "Sittenwidrigkeit im Gewerberecht." Deutsches Verwaltungsblatt **97**: 984-989.
- GÜTH, WERNER, ROLF SCHMITTBERGER, et al. (1982). "An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining." Journal of Economic Behavior and Organization **3**: 367-388.
- HARDIN, GARRETT (1968). "The Tragedy of the Commons." Science **162**: 1243-1248.
- HATTENHAUER, HANS (1988). Über vereintes und geteiltes Eigentum. Das Eigentum. J. F. Baur. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht: 83-101.
- HEGEL, GEORG FRIEDRICH WILHELM (1821). Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse.
- HELLWIG, MARTIN (1997). Systemische Risiken im Finanzsektor. Finanzmärkte im Spannungsfeld von Globalisierung, Regulierung und Geldpolitik. D. Duwendag. Berlin, Duncker & Humblot: 123-150.
- HENRICH, JOSEPH und ROBERT BOYD (2001). 'Economic Man' in Cross-Cultural Perspective. Behavioral Experiments in 15 Small-Scale Societies.
- HERDEGEN, MATTHIAS (2001). "Access" im Verfassungsrecht. Zugang zu Netzwerken und zu geistigen Ressourcen. FS Hartmut Maurer. M. E. Geis und D. Lorenz. München, Beck: 137-143.
- HÉRITIER, ADRIENNE (1999). Policy-making and Diversity in Europe. Escaping Deadlock. Cambridge, UK; New York, Cambridge University Press.
- HERMES, GEORG (1998). Staatliche Infrastrukturverantwortung. Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und

Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa. Tübingen, Mohr.

HEUB, ERNST (1987). "Gerechtigkeit und Marktwirtschaft." *Ordo* **38**: 3-19.

HOBBS, THOMAS (1651). *Leviathan, or, The matter, forme, & power of a common-wealth ecclesiasticall and civill*. London, Printed for Andrew Ckooke i.e. Crooke at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard.

HOFFMANN, ELIZABETH, KEVIN MCCABE, et al. (1998). "Behavioral Foundations of Reciprocity. *Experimental Economics and Evolutionary Psychology*." *Economic Inquiry* **36**: 335-355.

HÖFLING, WOLFRAM und STEPHAN RIXEN (1996). *Verfassungsfragen der Transplantationsmedizin. Hirntodkriterium und Transplantationsgesetz in der Diskussion*. Tübingen, Mohr.

HOMANN, KARL und ANDREAS SUCHANEK (2000). *Ökonomik. Eine Einführung*. Tübingen, Mohr.

HOVENKAMP, HERBERT (1994). "The Limits of Preference-Based Legal Policy." *Northwestern University Law Review* **89**: 4-91.

JAKOBS, GÜNTHER (1999). *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. Berlin, Duncker & Humblot.

JOLLS, CHRISTINE, CASS R. SUNSTEIN, et al. (2000). *A Behavioural Approach to Law and Economics. Behavioural Law and Economics*. C. R. Sunstein. Cambridge, Cambridge University Press: 13-58.

KAHNEMAN, DANIEL, JACK L. KNETSCH, et al. (2000). *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion and Status Quo Bias. Choices, Values, and Frames*. D. Kahneman und A. Tversky. Cambridge, Cambridge University Press: 159-170.

KAHNEMAN, DANIEL, PAUL SLOVIC, et al. (1982). *Judgment under Uncertainty. Heuristics and Biases*. Cambridge; New York, Cambridge University Press.

KAHNEMAN, DANIEL und AMOS TVERSKY (2000). *Choices, Values, and Frames*. New York Cambridge, UK, Russell sage Foundation; Cambridge University Press.

KANT, IMMANUEL (1795). *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*. Königsberg, F. Nicolovius.

KAPLOW, LOUIS und STEVEN SHAVELL (1999). "The Conflict between Notions of Fairness and the Pareto Principle." *American Law & Economics Review* **1**: 63-77.

- KELLY, GAVIN, DOMINIC KELLY, et al. (1997). Stakeholder Capitalism. Houndmills, Basingstoke England, New York, Macmillan Press; St. Martin's Press.
- KELLY, KEVIN (1998). New Rules for the New Economy. 10 Radical Strategies for a Connected World. New York, N.Y., Viking.
- KERBER, WOLFGANG (1997). Wettbewerb als Hypothesentest. Eine evolutorische Konzeption wissenschaftlichen Wettbewerbs. Dimensionen des Wettbewerbs. Seine Rolle in der Entstehung und Ausgestaltung von Wirtschaftsordnungen. K. v. Delhaes und U. Fehl. Stuttgart: 29-78.
- KERSTING, WOLFGANG (1994). Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- KERSTING, WOLFGANG (1997). Moralphilosophie, Dezisionismus und pragmatische Rationalität. Recht, Gerechtigkeit und demokratische Tugend. Abhandlungen zur praktischen Philosophie der Gegenwart. W. Kersting. Frankfurt: 353-396.
- KERSTING, WOLFGANG (2000). Probleme der politischen Philosophie des Sozialstaats. Politische Philosophie des Sozialstaats. W. Kersting. Weilerwist, Velbrück: 17-92.
- KIRCHGÄSSNER, GEBHARD (1991). Homo Oeconomicus. Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften. Tübingen, Mohr.
- KIRCHHOF, PAUL (1996). Mittel staatlichen Handelns. Handbuch des Staatsrechts III. P. Kirchhof und J. Isensee. Heidelberg, Müller: § 59.
- KNIEPS, GÜNTER (2001). Wettbewerbsökonomie. Regulierungstheorie, Industrieökonomik, Wettbewerbspolitik. Berlin, Springer.
- KNIGHT, JACK (1992). Institutions and Social Conflict. Cambridge England; New York, N.Y., Cambridge University Press.
- KÖHLER, HELMUT (1980). "Vertragsrecht und "Property Rights"-Theorie. Zur Integration ökonomischer Theorien in das Privatrecht." Zeitschrift für Handelsrecht **144**: 589-609.
- KRAUS, OTTO (1988). Territorien, Ressourcen und Objektbesitz aus soziobiologischer Sicht. Das Eigentum. J. F. Baur. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht: 165-179.
- LAFFONT, JEAN-JACQUES und JEAN TIROLE (1990). "The Politics of Government Decision Making. Regulatory Institutions." Journal of Law, Economics and Organization **6**: 1-31.
- LANCASTER, KEVIN (1966). "A New Approach to Consumer Theory." Journal of Political Economy **74**: 132-157.

- LANTZ, GÖRAN (1977). Eigentumsrecht, ein Recht oder ein Unrecht?: eine kritische Beurteilung der ethischen Argumente für das Privateigentum bei Aristoteles, Thomas von Aquino, Grotius, Locke, Hegel, Marx und in den modernen katholischen Sozialenzykliken. Uppsala, Stockholm, Univ.; Almqvist & Wiksell international (distr.).
- LEISNER, WALTER (2001). Eigentum. Handbuch des Staatsrechts VI Freiheitsrechte. J. Isensee und P. Kirchhof. Heidelberg, C.F.Müller: § 149.
- LESSIG, LAWRENCE (1999). Code and other Laws of Cyberspace. New York, Basic Books.
- LOCKE, JOHN (1690). Two Treatises of Government. London, A. Churchill.
- LOVINS, AMORY B., L. HUNTER LOVINS, et al. (1999). "A Road Map for Natural Capitalism." Harvard Business Review: 145-158.
- MACKEAN, MARGARET A. (1986). Management of Traditional Common Lands (Iriaichi) in Japan. Proceedings of the Conference on Common Property Resource Management. National Research Council. Washington, National Research Council: 533-589.
- MARX, KARL (1859). Zur Kritik der politischen Ökonomie. Berlin, F. Duncker.
- MARX, KARL (1873). Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie. Hamburg, Meissner.
- MERLI, FRANZ (1995). Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch. Wien, Springer.
- MERRILL, THOMAS W. und HENRY E. SMITH (2000). "Optimal Standardization in the Law of Property. The Numerus Clausus Principle." Yale Law Journal **110**: 1-70.
- MERTENS, HANS-JOACHIM, CHRISTIAN KIRCHNER, et al. (1978). Wirtschaftsrecht. Eine Problemorientierung. Reinbek bei Hamburg, Rowohlt.
- MESTMÄCKER, ERNST JOACHIM (1984). Macht – Recht – Wirtschaftsverfassung. Recht und ökonomisches Gesetz. E. J. Mestmäcker. Baden-Baden, Nomos: 15-32.
- MESTMÄCKER, ERNST JOACHIM (1991). "Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts." Rechtshistorisches Journal **10**: 177-192.
- MESTMÄCKER, ERNST JOACHIM (1993a). Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts. Recht in der offenen Gesellschaft. E. J. Mestmäcker. Baden-Baden, Nomos: 60-73.
- MESTMÄCKER, ERNST JOACHIM (1993b). Regelbildung und Rechtsschutz in marktwirtschaftlichen Ordnungen. Recht in der offenen Gesellschaft. E. J. Mestmäcker. Baden-Baden, Nomos: 26-47.
- MESTMÄCKER, ERNST JOACHIM (1993c). Wettbewerb in der Verteilungsgesellschaft. Recht in der offenen Gesellschaft. E. J. Mestmäcker. Baden-Baden, Nomos: 661-672.

- MESTMÄCKER, ERNST JOACHIM (1993d). *Wirtschaftsrecht. Recht in der offenen Gesellschaft.* E. J. Mestmäcker. Baden-Baden, Nomos: 101-121.
- MEYER, WILLI (1983). *Entwicklung und Bedeutung des Property Rights-Ansatzes in der Nationalökonomie. Property Rights und ökonomische Theorie.* A. Schüller. München, Vahlen: 1-44.
- MITTEIS, HEINRICH (1933). *Lehnrecht und Staatsgewalt. Untersuchungen zur mittelalterlichen Verfassungsgeschichte.* Weimar, II. Bohlaus nachf.
- MONTESQUIEU, CHARLES LOUIS DE SECONDAT (1748). *De l'esprit des loix.* n. p.,.
- MORGENTHALER, GERD (1999). *Freiheit durch Gesetz: der parlamentarische Gesetzgeber als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte.* Tübingen, Mohr Siebeck.
- MÜLBERT, PETER (1986). "Ausländische Eingriffsnormen als Datum." *IPRax*: 140-142.
- MÜLLER, CHRISTIAN und MANFRED TIETZEL (1999). *Property Rights and their Partitioning. The Elgar Companion to Law and Economics.* J. G. Backhaus. Cheltenham, Elgar: 40-52.
- MÜLLER, ROLF (1997). *Die kommerzielle Nutzung von Körpersubstanzen. Rechtliche Grundlagen und Grenzen.* Berlin, Duncker & Humblot.
- NELL-BREUNING, OSWALD VON (1980). *Gerechtigkeit und Freiheit: Grundzüge katholischer Soziallehre.* Wien; München; Zürich, Europaverl.
- NELSON, RICHARD R. (1995). "Recent Evolutionary Theorizing about Economic Change." *Journal of Economic Literature* **33**: 48-90.
- NELSON, RICHARD R. und SIDNEY G. WINTER (1982). *An Evolutionary Theory of Economic Change.* Cambridge, MA., Harvard University Press.
- NORTH, DOUGLASS CECIL (1981). *Structure and Change in Economic History.* New York, Norton.
- NORTH, DOUGLASS CECIL (1990). *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance.* Cambridge; New York, Cambridge University Press.
- OLSON, MANCUR (1965). *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups.* Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- OSTROM, ELINOR (1990). *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action.* Cambridge; New York, Cambridge University Press.
- PARISI, FRANCESCO (2001). *Entropy in Property.* George Mason University Law and Economics Working Paper 01-14. Arlington, VA.

- PEARSON, HEATH (1999). Thorstein Veblen. The Elgar Companion to Law and Economics. J. G. Backhaus. Cheltenham, Elgar: 509-514.
- PENNER, JAMES E. (1996). "The "Bundle of Rights" Picture of Property." *UCLA Law Review* **42**: 711-820.
- PFÄHLER, WILHELM (1986). Markt und Staat. Ökonomische Begründungen der Staatstätigkeit. Handbuch Marktwirtschaft. R. Vaubel und H. D. Barbier. Pfullingen: 52-66.
- PILDES, RICHARD H. und CASS R. SUNSTEIN (1995). "Reinventing the Regulatory State." *University of Chicago Law Review* **62**: 1-129.
- PINDYCK, ROBERT S. und DANIEL L. RUBINFELD (2001). *Microeconomics*. Upper Saddle River, N.J., Prentice Hall.
- PIPES, RICHARD (1999). *Property and Freedom*. New York, Alfred A. Knopf.
- PORTNEY, PAUL R. (1994). "The Contingent Valuation Debate. Why Economists Should Care." *Journal of Economic Perspectives* **8**: 3-17.
- POSNER, RICHARD A. (1980). "A Theory of Primitive Society, with Special Reference to Law." *Journal of Law and Economics* **23**: 1-53.
- POSNER, RICHARD A. (1993). *Recht und Ökonomie. Eine Einführung. Ökonomische Analyse des Rechts*. H.-D. Assmann, C. Kirchner und E. Schanze. Tübingen, Mohr: 79-98.
- PRIEBE, REINHARD (1996). *Agrarrecht. Öffentliches Wirtschaftsrecht Besonderer Teil 2*. R. Schmidt. Heidelberg, Springer: 225-290.
- PROUDHON, PIERRE JOSEPH (1867). *Qu'est-ce que la propriété?* Paris, Librairie Internationale.
- RACHLINSKI, JEFFREY J. (2000). *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*. Behavioral Law and Economics. C. R. Sunstein. Cambridge, Cambridge University Press: 95-115.
- RADIN, MARGARET JANE (1987). "Market-Inalienability." *Harvard Law Review* **100**: 1849-1937.
- RICARDO, DAVID (1819). *On the Principles of Political Economy, and Taxation*. Georgetown, D.C., Washington city, J. Milligan; J. Gideon junior print.
- RICHTER, RUDOLF (1993). "Ökonomische Theorie des Privateigentums. Thema und Variationen." *Jahrbuch für Sozialwissenschaft* **44**: 311-347.
- RICHTER, RUDOLF und EIRIK FURUBOTN (1999). *Neue Institutionenökonomik. Eine Einführung und kritische Würdigung*. Tübingen, Mohr.

- RIFKIN, JEREMY (2000). *The Age of Access. The New Culture of Hypercapitalism, Where all of Life is a Paid-for Experience.* New York, J.P. Tarcher/Putnam.
- ROBBINS, LIONEL CHARLES ROBBINS (1932). *An Essay on the Nature & Significance of Economic Science.* London, Macmillan & co. limited.
- ROUSSEAU, JEAN-JACQUES (1755). *Discours sur l'origine & les fondements de l'inégalité parmi les hommes.* Amsterdam, M. M. Rey.
- SCAHILL, EDWARD M. (1991). *What is a Free Good?* Pennsylvania Economic Association. Proceedings of the Sixth Annual Meeting. S. G. Long. Johnstown, University of Pittsburgh: 546-552.
- SCHARPF, FRITZ WILHELM (1997). *Games Real Actors Play. Actor-centered Institutionalism in Policy Research.* Boulder, Colo., Westview Press.
- SCHUCK, PETER H. (2000). *The Limits of Law. Essays on Democratic Governance.* Boulder, Colo., Westview Press.
- SCHULTZE, WOLFGANG (2001). *Methoden der Unternehmensbewertung.* Düsseldorf, Institut der Wirtschaft.
- SCHULZ, NORBERT, FRANCESCO PARISI, et al. (2000). *Duality in Property: Commons and Anticommons.* George Mason Law & Economics Research Paper 00-32. Arlington, VA.
- SCHUMPETER, JOSEPH ALOIS (1942). *Capitalism, Socialism, and Democracy.* New York, London, Harper & Brothers.
- SCHWEIZER, URS (1999). *Vertragstheorie.* Tübingen, Mohr.
- SESSELMEIER, WERNER und GREGOR BLAUERMEL (1998). *Arbeitsmarkttheorien. Ein Überblick.* Heidelberg, Physica.
- SIEBERT, HORST (1996). *Institutionelle Arrangements für die Zuweisung von Opportunitätskosten.* Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker. U. Immenga, W. Möschel und D. Reuter. Baden-Baden, Nomos: 309-320.
- SIMON, HERBERT ALEXANDER (1982). *Models of Bounded Rationality.* Cambridge, Mass., MIT Press.
- SMITH, ADAM (1776). *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations.* London, Printed for W. Strahan; and T. Cadell...
- SMITH, ADAM (1790). *The Theory of Moral Sentiments, or, An Essay Towards an Analysis of the Principles by which Men Naturally Judge Concerning the Conduct and Character,*

- First of Their Neighbours, and Afterwards of Themselves. To which is Added, a Dissertation on the Origin of Languages. London, Strahan.
- SMITH, VERNON L. (1998). Property Rights as a Natural Order. Reciprocity, Evolutionary and Experimental Considerations. Who Owns the Environment? P. J. Hill und R. E. Meiners: 55-80.
- SPIECKER GEN. DÖHMANN, INDRA (2001). Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit: Juristische und ökonomische Vorgaben. Gentechnik im nicht-menschlichen Bereich – was kann und was sollte das Recht regeln? J. Lege. Berlin, Arno Spitz: 51-88.
- STREIT, MANFRED E. (1991). Theorie der Wirtschaftspolitik. Düsseldorf, Werner.
- STRÖBELE, WOLFGANG (1987). Rohstoffökonomik. Theorie natürlicher Ressourcen mit Anwendungsbeispielen Öl, Kupfer, Uran und Fischerei. München, Vahlen.
- SUNSTEIN, CASS R. (2000). Behavioral Law and Economics. Cambridge England; New York, Cambridge University Press.
- TETTINGER, PETER J. (1995). Recht des Bergbaus. Öffentliches Wirtschaftsrecht Besonderer Teil 1. R. Schmidt. Heidelberg, Springer: 745-766.
- THIBAUT, ANTON FRIEDRICH JUSTUS (1814). Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland. Heidelberg, Mohr und Zimmer.
- THOMPSON, M., RICHARD ELLIS, et al. (1990). Cultural Theory. Boulder, Colo., Westview Press.
- THORMANN, MARTIN (1996). Abstufungen in der Sozialbindung des Eigentums. Zur Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums nach Art. 14 Absatz 1 Satz 2 GG im Spannungsfeld von Eigentumsfreiheit und Gemeinwohl. Stuttgart, Boorberg.
- TIETZEL, MANFRED (1981). "Die Ökonomie der Property Rights. Ein Überblick." Zeitschrift für Wirtschaftspolitik **30**: 207-243.
- TIROLE, JEAN (1988). The Theory of Industrial Organization. Cambridge, Mass., MIT Press.
- TURNER, MARK (2001). Cognitive Dimensions of Social Science. New York, Oxford University Press.
- TVERSKY, AMOS und DANIEL KAHNEMAN (2000). Rational Choice and the Framing of Decisions. Choices, Values and Frames. D. Kahneman und A. Tversky. Cambridge, Cambridge University Press: 209-223.
- UNRUH (1997). Die Zulässigkeit landesrechtlicher Andienungspflichten für Sonderabfälle.

- UTZIG, SIEGFRIED (1989). "Die Rolle des Rechts in der modernen ökonomischen Theorie. Ergebnisse neuerer institutionenökonomischer Forschung." *Archiv für civilistische Praxis* **189**: 158-178.
- VANBERG, VICTOR und JAMES M. BUCHANAN (1989). "Interests and Theories in Constitutional Choice." *Journal of Theoretical Politics* **1**: 49-62.
- VEELKEN, WINFRIED (1991). *Normstrukturen der Industriepolitik: eine vergleichende Untersuchung nach deutschem und französischem Wirtschaftsrecht*. Baden-Baden, Nomos.
- VON DANWITZ, THOMAS (2002). *Eigentumsschutz in Europa und im Wirtschaftsvölkerrecht. Bericht zur Lage des Eigentums*. T. von Danwitz, O. Depenheuer und C. Engel. Berlin, Springer: 215-318.
- VON HAYEK, FRIEDRICH-AUGUST (1945). "The Use of Knowledge in Society." *American Economic Review* **35**: 519-530.
- VON HAYEK, FRIEDRICH-AUGUST (1969). *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*. Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze von Friedrich-August von Hayek. F.-A. von Hayek. Tübingen, Mohr: 249-265.
- VON HAYEK, FRIEDRICH-AUGUST (1976). *Wahrer und falscher Individualismus. Individualismus und wirtschaftliche Ordnung*. F.-A. von Hayek. Salzburg: 9-48.
- VON MANGOLDT, HERMANN, FRIEDRICH KLEIN, et al. (1999). *Das Bonner Grundgesetz I*. München, Beck.
- VON WEIZSÄCKER, CARL CHRISTIAN (1999). *Logik der Globalisierung*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht.
- WEBER, MAX (1967). *Wissenschaft als Beruf*. Berlin, Duncker & Humblot.
- WEIGEND, A (1994). *On Overfitting and the Effective Number of Hidden Units*. Proceedings of the 1993 Connectionist Models Summer School. M. C. Mozer. Hillsdale, New Jersey, LEA: 335-342.
- WELFENS, PAUL J.J. (1995). *Grundlagen der Wirtschaftspolitik*. Berlin.
- WELZEL, HANS (1962). *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht.
- WENCKSTERN, MANFRED (1992). "Die englische Floating Charge im deutschen internationalen Privatrecht." *RabelsZ* **56**: 624-695.
- WILLIAMSON, OLIVER E. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*. New York London, Free Press; Collier Macmillan.

- WITT, ULRICH (2001). *Evolutionary Economics. An Interpretative Survey*. Evolutionary Economics. Program and Scope. H. Dopfer. Boston, Kluwer.
- WOHLGEMUTH, MICHAEL (2000). "Political Entrepreneurship and the Bidding for Political Monopoly." *Journal of Evolutionary Economics* **10**: 273-295.
- YEE, ALBERT S. (1996). "The Causal Effects of Ideas on Policies." *International Organization* **50**: 66-108.
- ZYWICKI, TODD (2000). *Evolutionary Psychology and the Social Sciences*. George Mason University School of Law. Law and Economics Working Paper 00-35: 28.