



## **Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie**

Preprints  
aus der Max-Planck-Projektgruppe  
Recht der Gemeinschaftsgüter  
Bonn  
1998/4

“Hindrängen” zur Ordnung und “Entdeckung” des Rechts:  
Fragen zur kulturellen Evolution  
von  
Stefan Okruch

# “Hindrängen” zur Ordnung und “Entdeckung” des Rechts: Fragen zur kulturellen Evolution\*

Stefan Okruch

## 1 Einleitung

“Auch wenn eine Gesellschaft dem Naturgesetz ihrer Bewegung auf die Spur gekommen ist..., kann sie naturgemäße Entwicklungsphasen weder überspringen noch wegdekretieren. Aber sie kann die Geburtswehen abkürzen oder mildern”

*Karl Marx, Das Kapital I*

Als “letzten Endzweck” seines Hauptwerks betrachtete es Marx (1977, 15f.), dieses Naturgesetz gesellschaftlicher Bewegung, als “... das ökonomische Bewegungsgesetz der modernen Gesellschaft zu enthüllen”. Seine Lösung verband bekanntlich eine historizistische These bezüglich der ökonomischen Evolution mit jener “Umstülpung” Hegelscher Dialektik, mit der die rechtliche Ordnung der Wirtschaft nicht mehr als der reflexhafte Überbau der Produktionsverhältnisse ist (Marx 1981, 8). Rechtliche oder moralische Normen können in dieser Perspektive wirtschaftliche Handlungsmöglichkeiten kurzfristig begrenzen, sind aber gleichwohl langfristig von der ökonomischen Eigendynamik determiniert. Bewußte Regelgestaltung kann folglich nur in dem Maße sinnvoll sein, wie dadurch der erforderliche Gleichschritt zwischen der Evolution von Basis und Überbau hergestellt wird. Im Wege einer organologischen Analogie interpretiert Marx die Produktionsverhältnisse als Fortsetzung des menschlichen Stoffwechsels: So wie die Notwendigkeit der (stofflichen) Existenzsicherung die menschliche Freiheit begrenzt, genau so liegen das ökonomische

---

\* Der vorliegende Text bildete die Grundlage für einen Vortrag auf dem Habilitanden-Workshop „Ordnungsökonomie und Recht“, der im September 1998 im elsässischen Otrott von Prof. Dr. Viktor J. Vanberg mit Unterstützung der Hanns-Martin-Schleyer-Stiftung veranstaltet wurde. Für zahlreiche nützliche Hinweise und Kommentare danke ich dem Veranstalter und den Teilnehmern an dem Workshop, namentlich dem Korreferenten Rolf Ackermann sowie Martina Eckardt, Wolfgang Kerber und Erich Schanze.

System und seine Wechselwirkung zur rechtlichen Ordnung in der Sphäre der Notwendigkeit (1979, 828)<sup>1</sup>.

Der Charme und die Anziehungskraft dieser (wie jeder anderen) Utopie liegt in ihrer Heilsgewißheit begründet. Die Untersuchung konkreter Wandlungsprozesse und der darin auftretenden Akteure erscheint angesichts des sicheren Ziels der Geschichte als überflüssig. Sobald aber die Vorstellung eines Geschichtsgesetzes als unhaltbar aufgegeben wird, müssen Antworten auf die Fragen nach dem "richtigen Recht" für eine dynamische Wirtschaft notwendig komplexer werden – sofern das vertrackte Wechselspiel zwischen Ökonomie und Recht nicht einfach wegdefiniert wird, indem es als historisch singulär und nicht generalisierbar betrachtet oder aber Ökonomie in einem institutionellen Vakuum betrieben wird.

Für die ordnungsökonomische Tradition ist klar, daß beide Scheinlösungen der "großen Antinomie" (Eucken 1989, 15ff.) vermieden werden müssen, daß (historisch variable) Institutionen aus einer ökonomischen Betrachtung nicht ausgeblendet werden können. Weit weniger Konsens besteht freilich hinsichtlich der Frage, wie die Institutionen entstehen, in welchem Umfang sie gestaltet werden können oder sollen. Da die "Ordnung der Wirtschaft" formale Institutionen wesentlich beinhaltet, stellt sich damit auch eine interdisziplinäre Frage für Rechts- und Wirtschaftswissenschaft, wenn vermutet werden kann, daß das Problem über die einmalige Verabschiedung einer Wirtschaftsverfassung und Privatrechtsordnung hinausgeht.

Im folgenden sollen Argumente zur Bedeutung, zur Entstehung und zum Wandel rechtlicher Ordnungsregeln nachgezeichnet werden, um letztlich die Frage zu untersuchen, ob die Dynamik des Rechts darin ausreichend berücksichtigt ist. Damit geht es, anders gewendet, um die Antriebskräfte und Wege der Ordnungs-Evolution.

---

<sup>1</sup> "Die Freiheit in diesem Gebiet kann nur darin bestehen, daß [die Menschen] diesen ihren Stoffwechsel mit der Natur rationell regeln, unter ihre gemeinschaftliche Kontrolle bringen, statt von ihm als von einer blinden Macht beherrscht zu werden. (...) Aber es bleibt immer ein Reich der Naturnotwendigkeit".

## 2 Ordnung: Ergebnis zentraler Planung oder dezentralen Experiments?

### 2.1 Der Staat als ordnende Potenz im geschichtlichen Werden

Der Ausgangspunkt der ordnungstheoretischen und -politischen Fragestellung ist für Eucken (1990) die rasant gestiegene Dynamik der "industrialisierten Wirtschaftsprozesse", für deren Lenkung die Wirtschaftsordnung entscheidend wird (6). Es gibt nun theoretisch und historisch zwei idealtypische Möglichkeiten, der wirtschaftspolitischen Herausforderung größerer Komplexität und Dynamik zu begegnen. Beide sind falsch: Einerseits kann den Änderungen der Wirtschaftsordnungen, die sich "im raschen Tempo" (23) vollziehen, nicht mit einem Laissez-faire begegnet werden, das auf eine naturwüchsige Entwicklung vertraut (55ff.). Andererseits ist auch eine zentralverwaltungswirtschaftliche Reaktion, als Gesamtkonstruktion einer Ordnung, verfehlt<sup>2</sup>.

Bei dem "mittleren Weg" der Ordnungspolitik muß folglich das Spannungsverhältnis zwischen gewachsener und gesetzter Ordnung beachtet werden. Das unbeabsichtigte Wachstum von Wirtschaftsordnungen wird, mit einem Leitbild der "Ordnung der Wirtschaft", prinzipiengebunden durch gesetzte Ordnungselemente kanalisiert.

Bei der Umsetzung einer solchen Konzeption stellt sich die zentrale Frage "*Wer soll diese Ordnung verwirklichen?*". Trotz einer skeptischen Grundhaltung gegenüber dem Staat werden beispielsweise Selbstverwaltungskörperschaften oder berufsständische Organisationen als mögliche ordnende Potenzen verworfen (145ff.; 325f.). Es ist dann doch der Staat, der als "Setzer" und Hüter einer Wettbewerbsordnung auftreten muß. Dabei wird die Verbindung zwischen Wettbewerbsordnung und demokratischem Rechtsstaat über die individuelle Freiheit hergestellt, die Gemeinsamkeit der Machtbegrenzung durch Wettbewerb auf Märkten und im Rechtsstaat unterstrichen (52f.; 180 ff.; 250), gleichwohl aber mit Deutlichkeit gefordert, daß es eines "stabilen Staatsapparates" bedürfe, "der genug Macht besitzt, um bestimmte, genau umschriebene Ordnungsaufgaben zu erfüllen" (331). Die ordnungspolitische Kompetenzzuweisung wird also mit der Forderung nach einem "anderen" Staat verkoppelt (327ff.). Ein solcher Staat muß seine Glaubwürdigkeit und "Stärke" sichern, seine Autorität also nicht durch eine zu starke Ausweitung seiner Zuständigkeit unterminieren (Subsidiarität). Voraussetzung dafür ist die Unabhängigkeit von Parti-

---

<sup>2</sup> Zur zusammenfassenden Kritik, auch an den übrigen Formen der "Wirtschaftspolitik der Experimente", 149ff.

kularinteressen, die es der staatlichen Wirtschaftspolitik auch erlaubt, jede Maßnahme unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftsordnungspolitischen Gesamtentscheidung (Systemkonformität) treffen (304ff.).

Durch die Befolgung der "einfachen Prinzipien" der Wirtschaftspolitik soll die Verwirklichung der Wettbewerbsordnung gelingen – dies um so müheloser, als daß "in der Geschichte ein starker Zug..., der auf ihre Realisierung hindrängt" (325) wirksam sei. Eine solche Aussage läßt, nach der deutlichen Ablehnung eines Geschichtsgesetzes, aufhorchen. Wenig Klärung bringt in diesem Zusammenhang die Aussage, daß die wünschenswerte Ordnung in einem Sinne "keine natürliche", in einem anderen Sinne aber doch "eine natürliche Ordnung oder Ordo" sei (373f.). Weil die Wettbewerbsordnung sich nicht von alleine verwirkliche, wenn "gewisse Prinzipien des Rechts" gesichert sind, sei sie einerseits kein *ordre naturel*. Andererseits bringe sie "die starken Tendenzen zur Wirkung, die auch in der industriellen Wirtschaft zur vollständigen Konkurrenz drängen". Damit sind die Ordnungsformen, die besagte Tendenzen wirksam machen, das, "was der Natur der Sache und des Menschen entspricht". Wichtig ist, noch anders gewendet, daß "die Planung der Ordnungen... nicht im Gegensatz zum geschichtlichen Werden (geschieht), sondern die Setzung der Ordnung geschieht, indem aus den geschichtlichen Tendenzen..., Ordnungsprinzipien gewonnen werden" (374).

Im Gegensatz zu Marx wird somit die Gestaltbarkeit von Ordnungen betont, was die Frage nach der ordnenden Potenz aufwirft (325). Die "funktionsfähige und menschenwürdige Ordnung" ist theoretisch bestimmbar, der Rechtsstaat mit ihrer Realisierung beauftragt: Der Wunsch, die Wettbewerbsordnung "verwirklicht zu sehen, genügt nicht – ebensowenig, wie die Bejahung des Rechtsstaates und die bloße Hoffnung, er werde kommen, ihn entstehen lassen. Ein Haus ist zu bauen, und sein Grundriß zu entwerfen" (250). Die besondere Leistung der frühen Ordnungstheorie ist es unzweifelhaft, für das "Haus der Wettbewerbsordnung" (252) auch die Statik entwickelt zu haben. Einziger "Baumeister" zur Sicherung dieser Statik ist freilich der Staat, dessen innerer Aufbau nicht betrachtet wird (252; 332). Damit bleiben die konkreten Bauprozesse im Ergebnis doch sehr abstrakt, noch mehr die laufende "Instandhaltung". Die Ordnung wird weniger perspek-

tivisch gedacht, sondern als Gleichgewichtslösung, die von den Tendenzen der Geschichte vorgegeben und in einem konstitutionellen Augenblick zu implementieren ist<sup>3</sup>.

## 2.2 Der Staat als Gefahr im Prozeß kultureller Evolution

Der Ansatzpunkt der Theorie der kulturellen Evolution v. Hayeks steht der oben geschilderten ordnungstheoretischen Frage sehr nahe. Wieder steht die Diagnose größerer Komplexität moderner Wirtschaftssysteme am Anfang der Argumentation. Für die Lenkung einer solchen Katalaxie gewinnen Regeln und ihre Eigenschaften eine entscheidende Bedeutung (1980, 68). Denn mit unterschiedlichen Arten von Regeln korrespondieren verschiedene Arten der Ordnung (1980, 59). Regeln, die Ausdruck eines einheitlichen Planes sind, wirken als “Befehl” auf die Bildung einer “Organisation” hin. Nur Regeln, die universell gültig sein können, sind dagegen als “Gesetz” im eigentlichen Sinne anzusehen und ermöglichen die Bildung einer “spontanen Ordnung” (1969c, 209ff.). Mit den idealtypischen Ordnungsformen sind zwei Wege eröffnet, der wirtschaftspolitischen Herausforderung größer Komplexität zu begegnen. Nur eine ist richtig – jeder andere Versuch zum Scheitern verurteilt. Die Lenkung der spontanen Marktordnung gelingt einzig durch die *nomoi*, wogegen die Gesamtkonstruktion einer Ordnung im Hinblick auf einen kollektiven Zweck an unüberwindliche Grenzen des Wissens stößt (1980, 75; 14). Entscheidend ist nun, daß beim Beschreiten eines “mittleren Weges” bereits jede punktuelle Verabschiedung zweckgerichteter Befehle Interventionsspiralen auslöst. Immer neue und kumulative Eingriffe werden notwendig und drohen, die spontane Ordnung schleichend in eine starre Organisation zu verwandeln (1969b, 187ff).

Bei der Herkunft der allgemeinen Regeln der Gerechtigkeit, die die Bildung einer spontanen Ordnung erlauben, betont v. Hayek (1979) jene zwischen Instinkt und Vernunft angesiedelte Ebene von Regeln, die in kulturellen Lernprozessen erworben werden. Charakteristisch für diese kul-

---

<sup>3</sup> Die innere Verbundenheit der wirtschaftsordnungspolitischen und der staatsordnungspolitischen Grundsätze (337) resultiert aus der Suche nach der passenden sozialen Statik in beiden Bereichen (252). Die folgende Feststellung dürfte sich somit auf beide Ordnungen beziehen lassen: “Die Aufgabe bleibt immer die gleiche: die Herstellung einer *funktionsfähigen* und *gerechten* Ordnung... Die Funktionsfähigkeit ist eine Frage des Gleichgewichts. Nicht weniger ist es... die Gerechtigkeit. Dem Gleichgewicht kommt also mehr als eine bloß ökonomisch-technische Bedeutung zu” (166).

turell erworbenen und “implizit gelernten” Regeln ist, daß sie mehr Erfahrung und mehr Wissen integrieren können, als jemals einem Einzelverstand zugänglich sein könnte. Ein wettbewerblicher Prozeß von Versuch und Irrtum einer großen Zahl von Wissensträgern bringt Regeln hervor, die insgesamt “vorteilhaft” sind und als “Weisheit der Kultur” (1979, 17) gelten können.

Den Anwendungsbereich seiner Theorie kultureller Evolution will v. Hayek denkbar breit verstanden wissen: Die “auf Eigentum aufgebaute Friedensordnung”, ja das gesamte Rechtssystem ist demnach als Ergebnis eines solchen Prozesses entstanden. Demgegenüber ist die Notwendigkeit staatlicher Setzung von Ordnungen und Regeln relativ begrenzt, zumal die richtig verstandene Legislative “immer nur auf die Verbesserung einer gewissermaßen schon in Gang befindlichen Seinsordnung abzielen” könne (1969b, 180). An dieser Stelle setzt die Kritik an der formalisierten Gesetzgebung in einer unbeschränkten Demokratie ein, indem die allgemeinen Regeln der Gerechtigkeit “in etwa” dem Privat- und Strafrecht zugerechnet werden, wogegen die Befehle die Normen des öffentlichen Rechts, als Verfassungs- und Verwaltungsrecht, bildeten (1969c, 213). In der Lesart v. Hayeks ist die zunehmende Verdrängung von Gesetzen im eigentlichen Sinne durch öffentlich-rechtliche Befehle eine historische Tatsache, mit der notwendigen Konsequenz, daß die Spontaneität der resultierenden Ordnungen zunehmend bedroht wird. Anstatt sich auf die Korrektur der “ausweglosen Situationen”, die im Prozeß der kulturellen Evolution durchaus entstehen können, zu beschränken, schafft der Staat durch die Überausweitung seiner Kompetenzen beständig neue Sackgassen der Evolution (1980, 123ff.).

v. Hayek füllt mit seiner Betrachtung die Leerstelle staatlicher Entscheidungsmechanismen, die bei Eucken offenbleibt. Der Staat kann in einer unbeschränkten Demokratie kein Akteur sein, der sich auf die Verabschiedung und Sicherung von Prinzipien und allgemeinen Regeln beschränkt. Mit dem Nachweis der notwendigen Überausweitung staatlicher Kompetenzen erschließt v. Hayek eine dynamische Dimension, doch sein Vertrauen auf die Entstehung freiheitssichernder Regeln im Verlauf der kulturellen Evolution denkt die notwendige Ordnung wiederum seltsam statisch und als vorgegebenen Endpunkt.

### 2.3 Das Rechtssystem als Medium kultureller Evolution?

Die Ablehnung eines Geschichtsgesetzes, die Skepsis gegenüber dem Staat und historische Tendenzaussagen gehen hier offenbar eine ganz eigentümliche Verbindung ein – und das sowohl in der Freiburger wie in der Österreichischen Schule. Durch beide Thesen schimmert eine Vorstellung vom notwendigen Gang der Geschichte, und in bewußter Überspitzung ließe sich mit den Worten von Marx der Unterschied so kennzeichnen, daß Eucken es für möglich hält, “Geburtswehen der Gesellschaft” abzukürzen oder zu mildern, wogegen v. Hayek dies für unmöglich hält, weil die Gesellschaft dem “Naturgesetz ihrer Bewegung” nicht ausreichend genau auf die Spur kommen kann und folglich das geschichtliche Werden möglichst ungestört zu verlaufen hat. Das Gewicht, das v. Hayek auf die gesetzte Ordnung legt, ist folglich sehr viel geringer, und er erweitert das Spektrum zwischen “hindrängender” Ordnung und “ordnender Potenz” um einen neuen und ganz wesentlichen Aspekt: Die Bedeutung des Richters.

Die Bedeutung der Judikative und ihrer zentralen Figur ist kaum zu überschätzen: Der Begriff und der Schutz individueller Freiheit hat sich, v. Hayek zufolge, nur in solchen Rechtssystemen herausbilden können, in denen es ganz überwiegend die Aufgabe eines Richters war, “die Prinzipien als allgemeine Regeln zu finden” (1969d, 202; 1969c, 214). Durch eine solche “Entdeckung von Regeln” (1969a, 113f.) wird der Richter seiner Aufgabe gerecht, die darin bestehe, “ein System von Regeln zu sichern, die bereits befolgt werden” (1980, 135). Mit dieser Interpretation der Entscheidung, die am Ende des Verfahrens gefällt wird, wird das Verfahren selbst nicht als Verletzung von Regeln, verstanden als *Rechtsvorschriften*, betrachtet, sondern durch die Enttäuschung von legitimen (durch die ständige Befolgung gebildeten) Erwartungen verursacht (1980, 136). Die richterliche Regelfindung vereinigt in sich die notwendige Gewißheit und die erforderliche Flexibilität der Regeln (1980, 148). Ein fest umrissener “Normkatalog” schneide dagegen die Möglichkeit schöpferischer Regelfortbildung ab (1980, 146f.; 157ff.).

Die Entwicklung von Regeln innerhalb des Rechtssystems dient der Konkretisierung der Evolutionsprozesse, wobei der Richter die Ordnung in ihrem Gleichgewichtszustand verlässlicher Erwartungsbildung hält. Letztlich fragt sich aber, ob damit nicht nur das uneinholbare Ideal des weisen Staats gegen dasjenige (ebenso unmögliche) eines “schöpferischen Automaten” ausgetauscht wird.

## 2.4 Kritische Würdigung

Die zentrale Bedeutung von rechtlichen Institutionen ist die unverkennbare Gemeinsamkeit der beiden Positionen, und je komplexer die zu ordnenden wirtschaftlichen Zusammenhänge werden, desto größer wird diese Bedeutung. Dynamische Volkswirtschaften benötigen eine adäquate Ordnung, doch bleibt Dynamik des institutionellen Rahmens selbst eigenartig unterbelichtet. Ein institutioneller Wandel wird zwar für wahrscheinlich gehalten, aber offenbar nicht unbedingt für wünschenswert. Diese skeptische Haltung gegenüber den Wandlungsprozessen der Regeln und Institutionen ist auch die Folge einer nur skizzenhaften Behandlung des Problems: Durch die Idealisierung des Staates oder des Richters werden die konkreten Vorgänge ausgeblendet, mit der Folge, daß die entstehenden Regeln als starr und gewiß erscheinen müssen, und praktisch schon durch den Gang der Geschichte vorgezeichnet. Ein definitives Ziel der Geschichte ist die zu verwirklichende Ordnung dadurch nicht, daß dem Staat oder Richter ein (kleiner) Spielraum zugestanden wird, um die Ordnung und ihre Regeln möglichen neuen Anforderungen anzupassen.

Um die beanstandete Vernachlässigung der konkreten Prozesse der Normentstehung und –veränderung lassen sich auch die bekannten Punkte empirischer und theoretischer Kritik gruppieren<sup>4</sup>.

#### *2.4.1 Das ungelöste Problem der Staatsordnung*

So ist die Euckensche Hoffnung der staatlichen Unterstützung des Hindrängens zu einer Wettbewerbsordnung empirisch enttäuscht, weil offenbar eine Prinzipienbindung keine ausreichende Zähmung des Leviathan sichern kann. Theoretisch besteht also ein Staatsordnungsdefizit, das nur ausgefüllt werden kann, wenn die staatlichen Akteure samt ihren Anreizen konkret in den Blick genommen werden<sup>5</sup>. Daß der Staat, der sich in Selbstbescheidung und ordnungspolitischer Orthodoxie übt, vor einem solchen Hintergrund eine unhaltbare Fiktion ist, machen selbst die grundlegendsten Ansätze der Neuen Politischen Ökonomie plausibel.

Löst man die anonyme Handlungseinheit Staat auf, betrachtet eigennützige Politiker und ihr Verhalten als Stimmenmaximierung auf dem Markt für Wählerstimmen, so wird deutlich, daß an einer konformen Wirtschaftspolitik wenig Interesse bestehen kann. Die Sicherung einer marktwirtschaftlichen Ordnung gleicht der Produktion eines öffentlichen Gutes, während prozeßpolitische

---

<sup>4</sup> Vgl. unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarkeit beider Ansätze Vanberg (1994a), Geue (1997).

Maßnahmen spürbare Wirkungen für bestimmte Gruppen haben, die als Wähler genau solche Sondervorteile nachfragen. Somit besteht die Tendenz, zum einen ordnungspolitische Maßnahmen zu vernachlässigen und zum anderen, den Zuständigkeitsbereich der Politik nach Möglichkeit zu vergrößern. Auf dem politischen Marktplatz wird nicht Prinzipientreue, sondern es werden großzügige Wahlgeschenke belohnt.

Ein weiteres Problem besteht in der Einflußmöglichkeit von Interessengruppen, die die Gewährung bestimmter Vorteile im Tausch gegen Wählerstimmen nachfragen. Den Politikern wird ein besonderer Stellenwert ihres Anliegens bei den Wählern suggeriert, gleichzeitig werden die Wähler ihrerseits von den Lobbyisten auf die besondere Dringlichkeit der Maßnahme eingeschworen. Durch das Ausnutzen von Informationsdefiziten auf beiden Seiten des Wählerstimmenmarktes gelangen also Interessenverbände zu Einfluß auf den politischen Entscheidungsprozeß. Da außerdem die Organisation wirklich gesamtgesellschaftlicher Interessen schwierig und kostspielig ist, haben kleine Gruppen einen Organisationsvorteil, und bei der Nachfrage nach Renten können sie den politisch Verantwortlichen plausibel machen, daß die Überwälzung der Kosten für spezielle Vorteilen auf die Allgemeinheit für diese kaum spürbar und deshalb auf dem Wählerstimmenmarkt unwirksam ist.

Auch die Bürokratie in den gewachsenen Institutionen wird eine Informationsasymmetrie ausnutzen können. Über die Verzerrung von Informationen kann sie die Maximierung ihres Budgets und Ansehens betreiben und wirkt somit ebenfalls auf ein stetiges, inkonformes Wachstum der Staatstätigkeit hin.

#### *2.4.2 Offene Probleme für die Theorie kultureller und rechtlicher Evolution*

Gegen den legalen Evolutionismus v. Hayekscher Prägung liegt die Frage nahe, welche empirische Bedeutung die vorgestellten Evolutionsmechanismen haben und ob die vorgeschlagenen empirischen Kriterien zur Beurteilung der "Vorteilhaftigkeit der Regeln" überzeugen (Vanberg 1984, 102f.). Damit lassen sich die kritischen theoretischen Nachfragen verbinden, ob sich überhaupt alle Arten von Regeln für eine (kollektiv vorteilhafte) Fortentwicklung durch individuelles "Experimentieren" eignen (Vanberg 1994b, 33ff.), ob also individuelle und kollektive Ebene bei

---

<sup>5</sup> Vgl. zusammenfassend Cassel/Rauhut (1998), für die Sozialpolitik Oberender/Okruh (1997).

der Theorie kultureller Evolution nicht zu sehr verschwimmen und im Ergebnis nur eine funktionalistische Erklärungsskizze geliefert wird: Aus der "Notwendigkeit" überlebenssichernder Regeln wird ohne weiteres deren tatsächliche Entstehung im Evolutionsprozeß gefolgert (Sugden 1993, 399ff.; Vanberg 1986, 81ff.). Auch wenn versucht wird, diese unvollständige Erklärung individualistisch aufzufüllen, verabsolutiert v. Hayek das Muster der unsichtbaren Hand und versäumt es, den Rückkopplungsmechanismus zwischen individuellen Anreizen und kollektiv vorteilhaften Regeln zu spezifizieren (Vanberg 1984, 95ff.). Die Unvollständigkeit der Erklärung wird durch die Unbedingtheit, mit der Evolutionsgedanke gebraucht wird, noch wesentlich verschärft. Ebenso wenig wie die positiven Wirkungen der Katallaxie unabhängig von den sie begrenzenden Regeln sind, sowenig kann die kulturelle Evolution unabhängig von einer bestimmten Umwelt vorteilhafte Ergebnisse haben (Vanberg 1994b, 37f.). Damit wird die Problematik der möglicherweise unerläßlichen, konstruktivistischen Regelsetzung um eine Ebene verschoben. Diese Problematik ließe sich abermals nur mit einer genaueren Analyse des Normwandels lösen.

Im Ergebnis gelingt es somit nicht, die weitestgehende Zurückhaltung des Staates bei der Regelsetzung durch eine evolutionsoptimistische Theorie zu legitimieren (Buchanan 1984, 237; Gordon 1981, 476ff.; Vanberg 1981, 24ff.). Die Figur des Richters, der statt dessen die notwendige Flexibilität in einem System allgemeiner, abstrakter aber gewisser Regeln sichern soll, ist der zentrale Agent für dieses Evolutions-Urvertrauen und wird, im Gegensatz zum maßlosen und konstruktivistischen Staat, in ein überaus idealisiertes Licht getaucht. Auch hiergegen lassen sich empirische und theoretische Einwände erheben, die wiederum um die zentrale Frage kreisen, ob mit der von v. Hayek entwickelten Theorie ein ausreichend genaues Abbild des Institutionenwandels im Rechtssystem gezeichnet wird. Empirisch fragwürdig ist das Postulat eines kategorialen Unterschieds zwischen Herrscher und Richter, wobei jener einen Zweck verwirkliche, wogegen dieser nur Konflikte schlichte. Die Trennung von Herrscher und Richter ist allerdings keineswegs so ursprünglich, wie v. Hayek behauptet, sondern vielmehr eine historisch relativ junge Erscheinung<sup>6</sup>. Außerdem kann mühelos der Nachweis gelingen, daß es Rechtsgebiete gibt, bei denen der Einfluß richterlicher Rechtsfortbildung keineswegs zur Formulierung freiheitssichernder Regeln geführt,

---

<sup>6</sup> Vgl. die Kritik bei Mettenheim (1984), 71, Anm. 5 sowie die historische Darstellung bei Eder (1980), 164f.; für den englischen Rechtskreis Teubner, W. (1974), 26ff. Grundlegend zur Entstehung der westlichen Rechtstradition Berman (1991).

sondern im Gegenteil den (wirtschaftlichen und rechtlichen) Handlungsspielraum der Akteure stark eingeschränkt hat (Sosnitza 1995).

Doch auch theoretisch ist die Überhöhung der Rechtsprechung zur Quelle und Hüterin von freiheitssichernden Regeln problematisch. v. Hayek bezieht – sehr überzeugend – Stellung gegen einen Gesetzespositivismus, der Rechtsfortbildung nur als Akt des Gesetzgebers begreifen kann, und er stellt den Prozeß der fortlaufenden Rechtsentwicklung durch die Gerichte in den Vordergrund. In seiner Furcht vor der allumfassenden Neukonstruktion einer Ordnung durch einen allzuständigen Staat verdrängt er allerdings voreilig den Gedanken, daß auch im Prozeß der Gesetzgebung Entwicklungschancen liegen können<sup>7</sup>.

Bei seiner Kritik dieses Positivismus übernimmt er freilich genau jene strikte, positivistische Zweiteilung zwischen (idealerweise lückenlosem) positivem Recht und der bloßen richterlichen “Rechtsanwendung”, interpretiert sie aber originell um. Die Lückenlosigkeit und Konsistenz des Rechts wird alleine durch den Prozeß kultureller Evolution gesichert, in deren Verlauf der Richter das richtige Recht, als gleichzeitig allgemein-abstrakte, aber auch gewisse Verbote, entdeckt oder offenbart. Im Ergebnis wird also der Gesetzespositivismus nur durch einen “Richterpositivismus” (Rüthers 1991, 476) ersetzt, was aber gänzlich unproblematisch ist, denn der Richter findet stets diejenigen Regeln, die im v. Hayekschen Sinne “Vernunftrecht” sind. Gemäß seiner Explikation des Vernunftbegriffs (1969c, 218f.) muß darunter nämlich zuerst die Angemessenheit der Verhaltensregeln verstanden werden, weniger die seit der rationalistischen Revolution überbetonte Kenntnis von Ursache-Wirkungs-Zusammenhängen. Selbst wenn man im Rahmen dieser Interpretation bleibt, so muß erstens zugestanden werden, daß auch der Richter bei der Erforschung der “richtigen” Vernunft irren kann. Die Feststellung solcher “angemessener Verhaltensregeln” ist keineswegs so problemlos, wie von v. Hayek unterstellt. Offensichtlich sind Richter zweitens nicht davor gefeit, die “falsche” Vernunft der Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge für die Regelfortbildung heranzuziehen. Diese Zusammenhänge können ihrerseits “falsch” sein. v. Hayek reduziert für seine Argumentation die Komplexität der Rechtsfortbildung, die ein “Entdeckungsverfahren<sup>8</sup> ist,

---

<sup>7</sup> ”Der Richter kann weise sein; ich sehe aber keinen prinzipiellen Grund, warum der Gesetzgeber dies nicht auch sein könnte”: Weinberger (1992), 270. Zur Möglichkeit “konstruktivistischer” Inputs in den evolutorischen Prozeß auch Vanberg (1994b), 39f.

<sup>8</sup> So die Übertragung des Hayekschen Begriffs auf die Evolution des Rechts bei Schmidt (1993), 87.

das nicht nur schon irgendwie “seiende” Regeln offenlegt<sup>9</sup>. Die Begründung der Regeln durch die tatsächliche Übung und die “legitimen” Erwartungen, die in diesem Zusammenhang eine wesentliche Rolle spielt, ist in unverkennbar zirkulär (Schmidt 1993, 87). Der Regelbegriff wird bei v. Hayek das eine Mal als faktische Verhaltensregelmäßigkeit expliziert (“Seinsordnung”), um das andere Mal doch die in der Norm ausgedrückte Verhaltensbewertung oder -vorschrift zu betonen. Hintergrundannahme scheint an dieser Stelle die “normative Kraft des Faktischen” (Jellinek 1959) zu sein, was als Grundlage für den gesamten Rechtskorpus ungeeignet ist<sup>10</sup>.

### 3 Die Juristische Perspektive für die “Entdeckung des Rechts”

Die Vernachlässigung von Normwandlungsprozessen resultiert in beiden Ansätzen aus der Vorstellung, die einmal festgelegte Wirtschaftsverfassung, die relativ spannungsfreie kulturelle Evolution und die richterliche Entdeckung des Rechts stellten anwendungsbereite, in den Handlung- oder Rechtsfolgen sichere und gewisse Regeln bereit. Im folgenden gilt es zu untersuchen, welchen Stellenwert eine solche gesetzes- oder richterpositivistische Position in der rechtswissenschaftlichen Diskussion noch hat.

#### 3.1 Richterliche Entscheidung als Subsumtion oder als Rechtserzeugung?

Ausgangspunkt dieses Streifzugs durch die rechtswissenschaftliche Ideenlandschaft ist der Ort, an dem die Vorstellung von objektiv gegebenen Regeln am stärksten verankert sein müßte, also bei den professionellen Normanwendern, den dogmatisch arbeitenden Juristen. Dabei wird tatsächlich erkennbar, daß das Subsumtionsideal *prima vista* in der kontinentaleuropäischen Methodenlehre des Rechts noch immer vorherrschend ist. Das Ideal beschreibt solche objektiven

---

<sup>9</sup> Kritisch Weinberger (1992), 270. Schon für v. Jhering (1965, 314) war das Vertrauen auf die “Emanation” des Rechts “das Faulkissen der Wissenschaft”, weil “diese Theorie... gleichbedeutend (ist) mit dem Verzicht auf jede Fragestellung nach dem Warum”.

<sup>10</sup> Die gedankliche Figur der normativen Kraft des Faktischen führt dann zu jener “grotesken Überbewertung von Gewohnheitsrecht”, die Teubner, G. (1989, 73) bemängelt.

Normen, als alle möglichen Fälle abstrakt umfassenden Regeln, die dann nur mit den Merkmalen des einzelnen Falls *lege artis* verbunden werden müssen, um die vom Gesetz beabsichtigte Rechtsfolge mit Sicherheit ableiten zu können. Nur Lücken im Gesetz oder die Unbestimmtheit der Gesetzessprache zwingt zu Abweichungen vom Ideal, die durch die entwickelten Methoden der Auslegung zu meistern sind. Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung wird als *ultima ratio* für Zeiten extremer Rechtsunsicherheit vorbehalten<sup>11</sup>.

Zwischen methodischem Ideal und tatsächlicher Übung klafft aber offenbar nicht nur in der Ökonomie bisweilen eine ziemliche Lücke. Juristische Ausbildung beginnt typischerweise nicht mit Kursen in formaler Logik zur Einübung des deduktiven Arbeitsstils, sondern macht den Anfänger mit Arbeitsmitteln vertraut, die in einem strengen Subsumtionsmodell eigentlich überflüssig sind, namentlich Kommentare, Fundstellenverzeichnisse und Entscheidungssammlungen. Auch im kontinentalen System der Normkataloge haben also Präjudizien eine große Bedeutung, auch wenn ihr methodischer Stellenwert ein anderer ist als im anglo-amerikanischen Rechtskreis, den v. Hayek bei seiner Betrachtung vor allem im Blickfeld gehabt haben dürfte (Kriele 1976, 164ff., 244).

Entscheidend ist aber, daß weder die Präjudizien noch das Gesetz die richterliche Entscheidung vollständig vorgeben. Dies könnte nur der Fall sein, wenn das Recht oder der Korpus der Entscheidungen tatsächlich lückenlos und vollkommen, die Rechtsentwicklung bereits vollendet ist. Diese begriffsjuristische Anschauung eines zwar geschichtlichen Rechts, dessen Entwicklung aber in und mit der Gegenwart abgeschlossen ist, steht somit “mit dem Rücken zur Zukunft”<sup>12</sup> – und erinnert an die oben diagnostizierte Ambivalenz ordnungstheoretischer Überzeugungen zur Historizität von Institutionen.

Wenn das Recht dagegen perspektivisch gedacht wird, so muß es als “offenes System”<sup>13</sup> erscheinen, und gerade sein Wandel wird zu einem spannenden Untersuchungsgegenstand. Rechtsmethodisch ist die Konsequenz, daß die Subsumtion Wertungen enthalten muß, um so die Anpassung des Rechts an einen veränderten Zweck und gewandelte Interessen zu ermöglichen. Damit wird die Vorstellung vom Richter als “Mund des Gesetzes” aufgegeben und die “normerzeugende, rechtspolitische Tätigkeit” der Gerichte offengelegt (Rüthers 1991, 476). Mit dieser Überlegung wird der Gesetzespositivismus nicht nur abstrakt negiert und bloß zu einem Richterpositivismus

---

<sup>11</sup> Vgl. die kritisch gefärbten Darstellungen bei Engisch (1983), Kap. III und ff. Kritisch auch Schmidt (1993), 82f. mit weiteren Nachweisen.

<sup>12</sup> So Fikentscher (1977, 72) mit Blick auf die Begriffsjurisprudenz v. Savignys.

umgedeutet, der zwar den Prozeß der Rechtsfindung analytisch trennt, aber das positivistische Verständnis der Norm als etwas “Fertiges, Vergangenes, Unbewegliches, Statisches” (Isay 1970, 25) beibehält<sup>14</sup>. Das hat zur Folge, daß die Rechtsanwendungslehre endgültig verabschiedet und eine “Rechtserzeugungslehre” (Christensen 1987, 80) an deren Stelle treten muß. Demzufolge ist der Rechtserzeugung neben dem Sachverhalt nicht die Rechtsnorm sondern nur der Normtext vorgegeben<sup>15</sup>. Bevor also der Subsumtionsvorgang, den der Gesetzespositivismus in seiner Bedeutung verabsolutiert, überhaupt einsetzen kann, müssen unter Anwendung des eingeübten Vorverständnisses “Normtexthypothesen” formuliert und das “Normprogramm” sowie der “Normbereich” festgelegt werden<sup>16</sup>.

Eine solche juristische Theorie kann also die Notwendigkeit schöpferischen richterlichen Handelns offenlegen und darüber hinaus diese Kreativität *innerhalb* einer Rechtsnormentheorie diskutieren. Eine solche Theorie muß also Rechtsschöpfungen nicht in den Bereich des Unkontrollierbaren und Unwissenschaftlichen verbannen oder zum gesondert zu behandelnden Ausnahmefall erklären: “Die schöpferische Komponente praktischer Rechtsarbeit ist... der dem Gesetz nicht fremde Regelfall” (Christensen 1987, 82). Der allgemeine Zusammenhang, der jene kreative Bildung der Rechtsnorm bedingt, ist die Unmöglichkeit, jeden konkreten Sachverhalt mit einer abstrakten Regel zu umklammern<sup>17</sup>. Die richterliche Erzeugung des Rechts ergibt sich somit immer im “Hin- und Herwandern des Blicks”<sup>18</sup> zwischen Lebenssachverhalt und Rechtsnorm.

Man mag nun einwenden, daß richterlichen Innovationen in den einzelnen Rechtsgebieten eine systematisch verschiedene, unterschiedliche große Bedeutung zukommen wird. So ist bekanntlich im Strafrecht die Formulierung von Normhypothesen im Wege der Analogie untersagt, gleichwohl sind aber auch in diesem sensiblen Bereich zum Teil kühne Kreationen nachweisbar.

---

<sup>13</sup> Zum “offenen System des Rechts” grundlegend Esser (1956, 44ff.).

<sup>14</sup> Vgl. die Kritik von Christensen (1987), 76ff.

<sup>15</sup> Müller (1994), 270 (Hervorhebung im Original): “Was *der Gesetzgeber gibt*, sind tatsächlich nur die *Wortlaute* von Gesetzen; der *Legislator setzt Normtexte*”. Ähnlich auch Esser (1956), 253f.

<sup>16</sup> Vgl. Christensen (1987), 81f.: “Die Rechtsnorm muß... in einem... strukturierten Vorgang erst erzeugt werden. Daher ist richterliche Tätigkeit in jedem Normalfall schon schöpferisch oder normerzeugend. Weil eben die Rechtsnorm mehr und anderes ist als der bloße Normtext, beinhaltet jede Anwendung des Rechts grundsätzlich eine inhaltliche Anreicherung und Fortbildung” Vgl. zu den Begriffen und zum Vorgang der Rechtserzeugung im einzelnen Müller (1994), 250ff.

<sup>17</sup> Vgl. Christensen (1987): “'Richterrecht' bezeichnet insoweit nichts anderes als den für eine realistische Analyse trivialen Zusammenhang, daß nicht der Text des Gesetzes als automatisches Subjekt den Konkretisierungsvorgang durchführt... Der Normtext kann dabei den Akt der Konkretisierung nicht nach allen Seiten hin binden. Weil das Konkrete im Abstrakten nie vollständig enthalten ist”.

<sup>18</sup> So die vielzitierte bildhafte Formel von Engisch (1963), 15.

Das Zivilrecht dürfte unstreitig das Gebiet sein, in dem die größten Spielräume für Norminterpretationen bestehen<sup>19</sup>. Begrenzungen finden allzu freie Deutungen u. a. in den kodifizierten zivilrechtlichen Grundsätzen, teilweise aber auch im Verfassungsrecht. Dabei wäre es aber wiederum irreführend, Verfassungsnormen nur als unwandelbare Restriktionen für den Normwandel in anderen, einfachgesetzlichen Vorschriften zu sehen. Wenn etwa die grundgesetzliche Eigentumsgarantie das Rechtsgut in der Form, in der es “vom Bürgerlichen Gesetzbuch und den gesellschaftlichen Anschauungen geformt wurde”<sup>20</sup>, schützt, so wird klar, daß es auch Rückkopplungen geben kann, die von Interessen und einfachen Gesetzen ausgehen und auf die konstitutionelle Ebene wirken.

### 3.2 Kreativität im Recht: Die allgemeine Möglichkeit von Norminnovationen

Wenn selbst bei der richterlichen Entscheidung ein breiter Spielraum für Innovationen verbleibt, so können Regeln noch weniger als objektive und starre Größen angesehen werden, wenn man das gesamte Spektrum “höherer Jurisprudenz”, wie Gestaltungspraxis und die eigentliche Rechtswissenschaft, betrachtet. Im Bereich höherer Jurisprudenz, die nach v. Jhering jede Rechtsanwendung jenseits der bloßen Interpretation umfaßt, wird ebenfalls mit neuartigen, kreativen Reinterpretationen der Norm experimentiert. Solche Interpretationen, die durchaus einigen Umfang erreichen und eigene Rechtsinstitute bilden können, mögen ein übereinstimmendes Interesse von Vertragspartnern abbilden, dem im Korpus gesetzlicher Normen so nicht entsprochen wird. Somit gibt es bei einem gemeinsamen Bedürfnis des Rechtsverkehrs die Möglichkeit einer spannungsfreien Diffusion solcher kreativen Norminterpretationen oder Norminnovationen. Es gibt also einen Bereich der so verstandenen Stabilität der Ordnung, in dem Interaktionen nicht im Konflikt enden (Hayek 1983, 271). Das liegt jedoch gerade nicht, wie v. Hayek schlußfolgert, an der starren Gewißheit von Regeln. Umgekehrt kann dann auch nicht behauptet werden, das Auftreten von Konflikten ist pathologisch für die Ordnung oder stets ein Zeichen mangelnder Qualität der Regeln. Die richterliche Entscheidung wird ja gerade dadurch

---

<sup>19</sup> Schmidt (1993, 85f.) bemerkt, daß die “Gesetzesverfasser, blickten sie nach einem Jahrhundert auf die gegenwärtige Praxis, ihr BGB kaum wiedererkennen würden, dies aber nicht, weil sich diese Praxis in beständigem Rechtsbruch übt, sondern weil die Kodifikation ihr diese Entwicklungsfähigkeit läßt”.

notwendig, daß sich Norminterpretationen und die darauf gestützten Erwartungen nicht decken. Damit wird die von v. Hayek postulierte, spannungsfreie Vereinbarkeit von Gewißheit und abstrakter Allgemeinheit verworfen, gleichzeitig aber sein evolutorischer Ansatz gleichzeitig konsequent erweitert.

Ganz allgemein formuliert ist es die logische Fortsetzung “konstitutioneller” Unwissenheit und ebenso konstitutiver Kreativität, daß auch die Wahrnehmung von Regelgehalten nur subjektiv gefärbt sein kann. Die begrenzte Rationalität ermöglicht und erzwingt regel-individualistisches Verhalten und bedingt zugleich die begrenzte Objektivität von Normen, was Raum für Wandlungsprozesse eröffnet, weil auch regelgeleitetes Verhalten schöpferisch ist. Damit ist die individuelle Kreativität der Motor des Hindrängens, der Evolution von Ordnungen. Die richterliche Entscheidung ist dann bereits ein Endpunkt der Diffusion, die Selektion in einem wettbewerblichen Prozeß unterschiedlicher Norminnovationen.

### 3.3 Begrenzungen des Diffusion von Norminnovationen im Rechtssystem

Ganz entscheidend ist nun, dieser Wettbewerb zwischen Norminnovationen, oder, wenn man so will, Regelexperimenten, im System der westlichen Rechtstradition ein regelgebundener Prozeß ist. Richterrecht ist also nicht schon a priori “gut”. Es ist auch nicht in dem Sinne “effizient”, als daß der Richter als Auktionator auf dem Markt für Urteilssprüche aufträte, wobei sich dann als Konsequenz unterschiedlichen Ressourceneinsatzes der Parteien ein “Gleichgewicht” einstelle.

Die “richterlichen Innovationen” (Koch/Trapp 1980) sind vielmehr vor dem Hintergrund des gesamten Systems begründungsbedürftig und werden mit dem gesamten, nicht nur im positiven Recht niedergelegten juristischen Erfahrungswissen konfrontiert (Esser 1956, 85). Damit wird die Theorie der Rechtserzeugung auch zu einer Theorie der Rechtsentwicklung<sup>21</sup>, weil der Strom richterlicher Innovationen durch prinzipienbildende Verallgemeinerung systematisch eingefafßt und

---

<sup>20</sup> So die Position der Bundesverfassungsgerichts.

<sup>21</sup> Vgl. Esser (1956, 7): “So wiederholt sich in allen Rechtskulturen ein Kreislauf zwischen Problemdeckung, Prinzipienbildung und Systemverfestigung. Was sich nach einem landläufigen Methodenstreit als ein vermeintlicher Wettkampf zwischen 'offenem', problematischen und 'geschlossenem', begrifflich-deduktivem Denken darstellt, ist weithin ein notwendiger und schubweiser Stoffwechsel zwischen den Neuerfahrungen der Fallpraxis und den Formkräften der Schule”.

innerrechtlich beschränkt wird. Es entstehen damit ganz allgemein ausgedrückt “rechtsstaatliche Schranken der grundsätzlich anerkannten schöpferischen Komponente praktischer Rechtsarbeit” (Christensen 1987, 82).

Diese Bindungen der Rechtserzeugung sind einerseits methodisch, andererseits “philosophisch” (Fikentscher 1977, 279ff.). Beide treten außerdem in einer systematischen sowie, um die Offenheit des Rechts zu ermöglichen, in einer zeitbezogenen Dimension auf.

Die methodische Gebundenheit der betrifft zuerst die Entscheidung unter Berücksichtigung der (statischen) Rechtssystematik<sup>22</sup>. In einem offenen System des Rechts ist folglich die methodisch-zeitbezogene Dimension als zweite Bindung angelegt, und die Grenze zwischen beiden Dimensionen ist notwendig fließend: “Das System ist die praktisch vorteilhafteste Form des *positiv gegebenen* Stoffs – und: es ist die Quelle *neuen* Stoffs” (v. Jhering 1883, 383).

Neben die methodische Dimension tritt eine rechtsphilosophische, die nach der Gerechtigkeit als des “Rechtens-Sein” der Entscheidung fragt. In logischer Fortsetzung der Ablehnung des Gesetzespositivismus muß sich die Rechtsphilosophie auf die Suche nach dem “richtigen Recht” begeben<sup>23</sup>. Für die richterliche Rechtserzeugung entsteht damit auch das Problem einer möglichen “gesetzesändernden” oder “gesetzesübersteigenden” Rechtsfortbildung. Auch dieser Dimension begegnet man in einer systematischen und einer zeitbezogenen Fassung. Die erste philosophische Komponente läßt sich als “Natur-der-Sache-Kriterien” oder als “Zweck” auffassen (Fikentscher 1977, 280), philosophisch-zeitbezogen wird dagegen das geschichtliche Herkommen der Zwecke untersucht (Fikentscher 1977, 280 und 282f.). Im ersten Zugriff werden also mit letztlich vernunftrechtlichem Ansatzpunkt Kriterien der “Sachgerechtigkeit” formuliert. Da nicht mehr der Anspruch erhoben werden kann, ehern gültige Gerechtigkeitsmaßstäbe zu finden, muß im zweiten Schritt ein “werdendes” oder “geschichtliches” Naturrecht als “zeitgerechtes Recht” entwickelt werden, kurz: “Naturrecht mit wechselndem Inhalt” (Oeser 1990, 200 und 41). Trotz des metaphysischen Letztbezug dieser Gerechtigkeitstsdimensionen, können sie juristisch konkretisiert werden<sup>24</sup>. Wesentliches Hilfsmittel dabei sind Bündelungen von Gerechtigkeitsaussagen zu Prinzipien (Fikentscher 1977, 212). Diese Prinzipien korrespondieren mit einigen der von v. Hayek vorgestellten Grundsätzen. So wird durch Prinzipien eine unbekannte Vielzahl künftiger Fälle im

---

<sup>22</sup> In den Bereich dieser methodischen Bindungen gehören die herkömmlichen Methoden der Auslegung und der Füllung “planwidriger Lücken” durch juristische Analogien, Induktionen und Konstruktionen.

<sup>23</sup> Vgl. zusammenfassend Fikentscher (1977), 639ff.

Hinblick auf die Sach- und Gleichgerechtigkeit (Allgemeinheit) abstrakt umfaßt. Man denke nur an Prinzipien wie Verschuldens- und Gefährdungshaftung, den Vertrauensgrundsatz oder das strafrechtliche “nulla poena sine lege”<sup>25</sup>. Nur werden diese Forderungen nicht an jede Regel gerichtet, sondern sie dienen als Hilfsmittel bei der Entscheidung konkreter Konfliktfälle, wenn sich die Gewißheit von Regeln schon als unmöglich erwiesen hat. Der Konflikt mag außerdem durch des Übertreten eines Verbotes entstanden sein, doch lassen auch Gebote oder Befehle einen Interpretationsspielraum, so daß die kreativer Normwandel nicht auf Verbotsnormen beschränkt werden kann<sup>26</sup>. Es ist, anders ausgedrückt, auch keinesfalls die einzige oder auch nur die vorrangige Aufgabe des Richters, negativ formulierte Regeln zu finden, denn im Konfliktfall muß die Regel positiv gefüllt werden, etwa im Sinne der Festsetzung von Schadensersatz oder der Strafzumessung. Auch den Korpus der eigentlichen Gesetze des Zivil- und Strafrechts als Verbote zu konzipieren, erscheint damit als zu enge Interpretation.

Bei der Frage, wie sich die Prinzipien ihrerseits in unterschiedlichen Rechtskreisen entwickelt haben (Fikentscher et al. 1980), ist die Anwendung der gedanklichen Figur “Ergebnis menschlichen Handelns aber nicht menschlichen Entwurfs” sicherlich fruchtbar (Coing 1980). Es ist jedoch offenbar unmöglich, das gesamte Recht auf solche Prinzipien zu reduzieren, oder aus der richterlichen Anwendung solcher allgemeiner Grundsätze abzuleiten. Das gilt auch für den für v. Hayek im rezipierten anglo-amerikanischen Rechtskreis: “General propositions do not decide concrete cases”<sup>27</sup>. Im Wechselspiel zwischen konkretem Fall (“case”), verallgemeinerter rechtlicher Norm (“rule”) und “principle” ist eine Konfliktentscheidung zu treffen. Es ist, mit anderen Worten unzulässig, zwischen principle und rule “kurzzuschließen”<sup>28</sup>, wobei selbst die rule nicht strikt gewiß sein kann: “Hard cases make bad law”<sup>29</sup>. Möglicherweise resultiert dieser “Kurzschluß” aus einer Besonderheit der älteren englischen Gerichtsbarkeit: Dort konnte auch die Entscheidung der “harten” Fälle in den Verfahren “at law” nach einer strikten Regel erfolgen – Billigkeit, als Einzelfallgerechtigkeit war nämlich lange Zeit einer konkurrierenden Instanz zugeordnet. So entsteht leicht der Eindruck strikter Gewißheit, wenn nicht auch die Verfahren “in equity” berücksichtigt werden.

---

<sup>24</sup> Vgl. die Charakterisierungen und Beispiele bei Fikentscher (1977), 189.

<sup>25</sup> Vgl. zu den Beispielen Esser (1956), S. 48 und Fikentscher (1977), 212.

<sup>26</sup> Zu den kreativen Reaktionen auf prozeßpolitische “Befehle” vgl. Wegner (1996), 176ff.

<sup>27</sup> So Holmes, zitiert bei Fikentscher (1977), 217.

<sup>28</sup> So der treffende Begriff bei Fikentscher (1977), 215.

### 3.4 Möglichkeiten und Grenzen des Normwandels im Rechtssystem

Ausgangspunkt der bisherigen Analyse war der von v. Hayek betrachtete Fall legaler Evolution im Rechtssystem. Rechtswissenschaftlich unterstützt kann nachgewiesen werden, daß die Vorstellung von Rechtsnormen als Garanten einer unwandelbaren Statik nicht trägt. Damit rücken die Rückkopplungen zwischen kreativer Normanwendung und weiterer Normierung durch die Gerichte in den Blick, oder allgemeiner: Interdependenzen zwischen unterschiedlichen Rechtsebenen. Letztlich verschwimmt damit die Grenze zwischen gewachsenen und gesetzten Regeln. Dieser wettbewerbliche Prozeß innerhalb einer Jurisdiktion konnte, unter Rückgriff auf die Methodenlehre des Rechts (in der westlichen Tradition) als regelgebundener Wettbewerb konzipiert werden. Damit ist die besondere Leistungsfähigkeit des Normwandels im Rechtssystem auf die Wettbewerbsregeln zurückgeführt – und nicht auf die Person des weisen Richters. Sie ist außerdem nicht mit einer undurchführbaren Trennung nach verschiedenen Regeltypen verbunden, noch mit einem fragwürdigen Normkonzept.

Bei der abschließenden Frage, wo die Grenzen der wettbewerblichen Rechtserzeugung im Rechtssystem liegen, kann der Bogen zurückgespannt werden zur Euckenschen Ordnung der Wirtschaft. Der naheliegende Gedanke, die Judikative mit der Kontrolle und Fortentwicklung einer Wirtschaftsverfassung exklusiv zu beauftragen, stößt auf Schwierigkeiten, weil bei einer solchen Entscheidung keine Beschränkung auf die entwickelten rechtsinternen Bindungen möglich ist. Bei der Bearbeitung wirtschaftsverfassungsrechtlicher Probleme wird Ökonomie als rechtsexterne Theorie benötigt, die nicht ohne weiteres ins Rechtssystem einzuspeisen ist, wenn es nicht überstrapaziert werden soll<sup>29</sup>.

In diesem Sinne ist es unmöglich, die Ergebnisse der Ökonomischen Analyse des Rechts einfach ins Recht zu reimportieren<sup>31</sup> oder “Effizienz als Rechtsprinzip” (Eidenmüller 1995) überzeugend zu installieren. Das liegt zum einen an der notwendigen methodischen Bindung: Effizienz müßte den entsprechenden Normen direkt eingeschrieben sein. Selbst wenn dies gelingt, so wer-

---

<sup>29</sup> Vgl. dazu Esser (1956), 209.

<sup>30</sup> Vgl. Engel (1998), Tontrup (1998). Eine derartige Überstrapazierung dürfte die obene angesprochenen “Wettbewerbsbeschränkungen durch Richterspruch” erklären helfen.

den zum anderen für Entscheidungen auf dieser Grundlage rechtsexterne (und wahrscheinlich höchst kontroverse) Überlegungen notwendig. Der Richter muß sich dann für eine der möglichen Argumentationen entscheiden und sie damit normativieren<sup>32</sup>. Dazu fehlen aber die juristischen Maßstäbe. Wenn also in alle möglichen Konflikte eine Effizienzdimension hineininterpretiert würde, so verstieße das gegen die Bindung an die *ratio scripta*. Wenn der Richter allerdings zu Effizienzentscheidungen vom Gesetzgeber aufgerufen wird, so muß er letztlich politisch wirken, wozu ihm im demokratischen Rechtsstaat die Legitimation fehlt. Beide Wege heben also die von der Gewaltenteilung vorgegebene Arbeitsteilung zwischen Legislative und Judikative auf und wirken in Richtung einer “unbeschränkten Jurisprudenz”.

Der Richter ist also nicht die berufene Instanz im Wettbewerb wirtschaftspolitischer Konzeptionen. Zwar kann die Judikative legislative Verfehlungen korrigieren, soweit sie mit wichtigen Teilen des Rechtskorpus in Konflikt stehen: “Dem Verdammungsurtheil der Juristen ist auf Dauer kein Gesetz gewachsen”<sup>33</sup>. Diese Korrektur kann sich aber immer nur in dem vorgegebenen juristischen Rahmen bewegen, wird möglicherweise unerträglich lange Zeit benötigen und ist primär eine Negativauslese<sup>34</sup>.

#### **4 Regeln für den Wettbewerb von Norminnovationen außerhalb des Rechtssystems**

---

<sup>31</sup> So der Ansatz von Behrens (1986).

<sup>32</sup> Vgl. den Ansatz von Albert (1978).

<sup>33</sup> v. Jhering (1883), 465. In direktem Anschluß an das wiedergegebene Zitat findet sich die folgende Passage, die die Möglichkeiten, aber auch den Zeitbedarf solcher Korrekturen eindrucksvoll schildert: “Absichtlich oder unabsichtlich wird die Hand des Richters läßig, der Arm der Gerechtigkeit erlahmt, und der Scharfsinn des Exegeten bietet alle Mittel auf, das Gesetz zu durchlöchern und zu unterminieren, Voraussetzungen hineinzutragen, von denen das Gesetz nichts weiß, die Worte, je nachdem es Noth thut, im weitern oder engern Sinn zu deuten, und wie durch stillschweigende Verschwörung finden auch die erzwungenen Deductionen Eingang und willigen Glauben – *auch die Logik fügt sich dem Interesse*”.

<sup>34</sup> Zu den verbleibenden dogmatischen Grenzen des elaborierten Ansatzes von Mestmäcker (1984) vgl. Tontrup (1998), 92ff.

Wenn sich ein soziales Gleichgewicht sich nicht rechtlich festzurren läßt, ist es zweitrangig, ob die Regeln von Rechtsentscheidern gefunden oder vom wohlwollenden Staat verabschiedet werden. Der nicht gänzlich zu schließende Interpretationsspielraum von Rechtsnormen macht es dann auch unmöglich, ein für allemal die Wettbewerbsordnung und den logisch dazugehörenden “gezähmten” Staat durch einen konstitutionellen Akt zu sichern. Eine Sammlung von Prinzipien oder ein enumerativer Katalog von Staatsaufgaben ist, mit der oben entwickelten Logik, auch der kreativen Interpretation der staatlichen Akteure zugänglich.

Wenn das Rechtssystem nur ein partiell wirkendes Korrektiv sein kann, so ist man auf das Euckensche Problem zurückgeworfen, den Staat für die positive Gestaltung der Ordnung zu benötigen, ihm aber auch gründlich zu mißtrauen. Dieses Mißtrauen läßt sich aber immerhin konstruktiv zur Frage umformulieren, wie der Wettbewerb zwischen politischen Regelinnovationen des Staates auf andere Weise so geregelt werden kann, daß die Ergebnisse als wünschenswert gelten können. Ausgehend von der Diagnose der NPÖ müssen somit Regeln für den politischen Wettbewerb gefunden werden, die denen der unbeschränkten repräsentativen Demokratie überlegen sind, die also den Staat jenseits des zweiten staatsordnungspolitischen Grundsatzes Euckens beschränken. Wenn außerdem klar ist, daß insbesondere Interessengruppen wegen Informationsdefiziten auf seiten der Wähler und Politiker ihren Einfluß geltend machen können, so kann die Lösung dieses Problems nicht nur in einer Verpflichtung des Staates auf den ersten der Euckenschen Staatsgrundsätze bestehen.

Es geht, politikwissenschaftlich gesprochen, um alternative Entscheidungsverfahren bzw. um prozedurale Ergänzungen der repräsentativen Demokratie; ökonomisch formuliert um Lösungen für das Problem unvollkommenen politischen Wettbewerbs. Analog zur Wettbewerbspolitik für Güter- und Faktormärkte, könnte diese Lösung einer “Gegengiftthese” folgen, auf “Als-ob-Wettbewerb” zielen – oder den Wettbewerb durch Abbau von Beschränkungen intensivieren.

Das weitere Abrücken von einem Ideal funktionsfähigen Wettbewerbs in der Demokratie kann beispielsweise so aussehen, daß politischen Akteuren ein zusätzlicher, nicht wettbewerblich kontrollierter Entscheidungsspielraum zugestanden wird. Der Erfolg solcher charismatischen Herrschaft ist damit freilich von der Qualität der Personen abhängig. Auch wenn sich durchaus ordnungsökonomisch positiv zu bewertende Erfahrungen mit solchen Befreiungsschlägen unter (recht weitgehender) Ausschaltung parlamentarischer Kontrolle nachweisen lassen, läßt sich dieses Vor-

gehen wohl kaum zu einer allgemeinen Empfehlung verallgemeinern<sup>35</sup>. Zudem wird, sofern die Kehrtwende nur in der Abschaffung übermäßiger Regulierungen besteht, nur ein Wechselspiel zyklischer Deregulierungen und Reregulierung geschaffen. Soweit die Anreize und die Defizite im politischen Wettbewerb weiterbestehen, ist der Wiederaufbau von Sonderregeln für Partikularinteressen vorgezeichnet.

Eine weitere Variante der Gegengiftthese will den unvollkommenen politischen Wettbewerb dadurch korrigieren, daß eine Herrschaft der Experten institutionalisiert wird. Damit verbunden ist regelmäßig die Vorstellung einer rationalen Als-ob-Korrektur.

Diese Konzeption des Als-ob-Wettbewerbs ist allerdings mit der Schwierigkeit belastet, daß die Simulation von Wettbewerb, wenn er als Entdeckungsverfahren aufgefaßt wird, scheitern muß. Wenn der Sinn des Wettbewerbs darin besteht, nicht zentralisierbares Wissen, im politischen Bereich also die Bürgerpräferenzen aufzudecken, so kann dieser Prozeß nicht einfach durch ein expertokratisches Regime ersetzt werden<sup>36</sup>. Für eine judizielle Als-ob-Entscheidung fehlen die juristischen Maßstäbe, und auch einem Gremium nicht gewählter Sachverständiger mangelt das trennscharfe Kriterium zur Beurteilung alternativer Vorschläge<sup>37</sup>.

Was als allgemeine Lösung verbleibt, ist die Intensivierung des politischen Wettbewerbs, einerseits des Binnenwettbewerbs innerhalb einer Jurisdiktion, aber auch der Ermöglichung der Substitutionskonkurrenz zwischen koexistierenden Jurisdiktionen. Während die erste Möglichkeit, als Aufnahme direktdemokratisch-plebiszitärer Elemente, ein jüngerer ordnungsökonomischer Untersuchungsgegenstand zu sein scheint, hat die zweite Variante, als eines überwiegend als Standortkonkurrenz konzipierten Wettbewerbs der Systeme, inzwischen schon eine längere Tradition<sup>38</sup>. Da beide Verfahren kostspielig sind, stellt sich die Frage, ob sich beispielsweise direkte Demokratie in

---

<sup>35</sup> Für einen Überblick zu den Erfahrungen in Neuseeland Okruch (1998).

<sup>36</sup> Für einen Lösungsvorschlag, der das Problem mangelnder demokratischer Legitimation entschärft und vor allem die Anpassungsoffenheit eines solchen expertokratischen Systems sichert, indem das Vermutungswissen der Sachverständigen nicht direkt auf die Gesetzesinhalte wirken, aber den Zeitraum der Wirksamkeit der Gesetze beschränken kann, vgl. Daumann (1998).

<sup>37</sup> Vgl. Tietzel (1998, 697), der mit Blick auf den Vorschlag von Leschke (1993) ausführt: "In der Praxis wäre das Kontrollorgan allerdings eine ‚Partei der parteilosen Experten‘, die stets ein informelles, aber besonders einflußreiches Mitglied einer jeden Regierungskoalition wäre. Man könnte eine andere Politik erwarten, nicht unbedingt aber eine solche, die die Präferenzen der Bürger in höherem Maße erfüllt". Zu den politikwissenschaftlichen Forschungen zu politischem Wettbewerb in "Mehr-Ebenen-Systemen" und "Policy-Netzwerken", die eine ähnlich veränderte, aber nicht unbedingt wünschenswerte Politik erwarten lassen, vgl. Héritier (1998); Héritier (1993).

<sup>38</sup> Vgl. Vanberg/Kerber (1994); Daumann (1995); Mussler/Wohlgemuth (1994); Kerber (1998).

bestimmten Bereichen durch Direktwahl eines Kontrollgremiums substituieren läßt<sup>39</sup>. Ausgehend von dem Gedanken einer “Abstimmung mit den Füßen” kann außerdem beim Wettbewerb der Systeme untersucht werden, inwieweit sich der exit “virtualisieren” läßt. Ein Sezessionsrecht untergeordneter Einheiten in einem System des (funktionalen) Föderalismus wirkt in diese Richtung<sup>40</sup>. Allgemein geht es um einen Wettbewerb der Jurisdiktionen, bei dem nicht die Faktoren wandern, sondern die anzuwendende Jurisdiktion wählbar ist. “Bessere” Jurisdiktionen können sich dann nicht nur über Faktorimporte, sondern auch über Regelexporte im Wettbewerb bewähren. Entlang dieser Argumentationslinie, die vor allem für das Öffentliche Recht brisant sein dürfte, ergeben sich vielfältige Forschungsperspektiven für interdisziplinäre Forschung zwischen Ordnungsökonomie und Recht.

---

<sup>39</sup> So Tietzel (1998), 705.

<sup>40</sup> Vgl. Frey (1997), Kerber (1998).

## Literatur

- Albert, Hans (1978), *Traktat über rationale Praxis*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Behrens, Peter (1986), *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts. Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Berman, Harold J. (1991), *Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition*, 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Buchanan, James M. (1984), *Die Grenzen der Freiheit. Zwischen Anarchie und Leviathan* (Titel der Originalausgabe: *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, Chicago/London 1975), Tübingen: Mohr Siebeck.
- Cassel, Dieter/Rauhut, Siegfried (1998), Soziale Marktwirtschaft. Eine wirtschaftspolitische Konzeption auf dem Prüfstand, in: Cassel, Dieter (Hrsg.), *50 Jahre Soziale Marktwirtschaft. Ordnungstheoretische Grundlagen, Realisierungsprobleme und Zukunftsperspektiven einer wirtschaftspolitischen Konzeption*, Stuttgart: Lucius u. Lucius, 3-31.
- Christensen, Ralph J. (1987), Das Problem des Richterrechts aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. LXXIII, 75-92.
- Coing, Helmut (1980), Die Bedeutung des Rechts in der neueren Geschichte Europas, in: Fikentscher, Wolfgang/Franke, Herbert/Köhler, Oskar (Hrsg.), *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, Freiburg/München: Alber Verlag, 755-783.
- Daumann, Frank (1995), Faktormobilität, Systemwettbewerb und die Evolution der Rechtsordnung, in: Oberender, Peter/Streit, Manfred E. (Hrsg.), *Europas Arbeitsmärkte im Integrationsprozeß*, Baden-Baden: Nomos, 53-69.
- Daumann, Frank (1998), *Die Einflußnahme der Interessenverbände auf den politischen Prozeß und Möglichkeiten zu deren Beschränkung. Eine Analyse auf Grundlage der Neuen Politischen Ökonomie*, unveröff. Habilitationsschrift.
- Eder, Klaus (1980), *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften. Ein Beitrag zu einer Theorie sozialer Evolution*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Eidenmüller, Horst (1995), *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Engel, Christoph (1998), Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft nach der Öffnung der Rechtsordnung für sozialwissenschaftliche Theorie, in: Engel, Christoph (Hrsg.) *Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter*. Baden-Baden: Nomos, Vol.1, 11-40.
- Engisch, Karl (1963), *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Aufl., Heidelberg: C.Winter Universitätsverlag.
- Engisch, Karl (1983), *Einführung in das juristische Denken*, 8. Aufl., Stuttgart u. a.: Kohlhammer.
- Esser, Josef (1956), *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Eucken, Walter (1989), *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, 9. Aufl., Berlin u. a.: Springer.
- Eucken, Walter (1990), *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 6. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck.
- Fikentscher, Wolfgang (1977), *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. IV: Dogmatischer Teil, Tübingen: Mohr Siebeck.

- Fikentscher, Wolfgang/Franke, Herbert/Köhler, Oskar (Hrsg.) (1980), *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, Freiburg/München: Alber Verlag.
- Frey, Bruno S. (1997), *Ein neuer Föderalismus für Europa. Die Idee der FOCJ*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Geue, Heiko (1997), *Sind ordnungspolitische Reformanstrengungen mit Hayeks Evolutionismus vereinbar?*, Diskussionspapier Philipps-Universität Marburg (erscheint in: *ORDO*, Bd. 49, 1998).
- Gordon, Scott (1981), The political economy of F. A. Hayek, in: *Canadian Journal of Economics/Révue canadienne d'Economique*, Vol. XIV, 470-487.
- Hayek, Friedrich A. von (1969a), Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung, in: Hayek, Friedrich A. von, *Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze*, Tübingen: Mohr Siebeck, 108-125.
- Hayek, Friedrich A. von (1969b), Rechtsordnung und Handlungsordnung, in: Hayek, Friedrich A. von, *Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze*, Tübingen: Mohr Siebeck, 161-198.
- Hayek, Friedrich A. von (1969c), Die Sprachverwirrung im politischen Denken. Mit einigen Vorschlägen zur Abhilfe, in: Hayek, Friedrich A. von, *Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze*, Tübingen: Mohr Siebeck, 206-231.
- Hayek, Friedrich A. von (1969d), Die Verfassung eines freien Staates, in: Hayek, Friedrich A. von, *Freiburger Studien: Gesammelte Aufsätze*, Tübingen: Mohr Siebeck, 199-205.
- Hayek, Friedrich A. von (1979), *Die drei Quellen der menschlichen Werte*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hayek, Friedrich A. von (1980), *Recht, Gesetzgebung und Freiheit*, Bd. 1: Regeln und Ordnung, München: Moderne Industrie.
- Hayek, Friedrich A. von (1983), *Die Verfassung der Freiheit*, 2. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck.
- Héritier, Adrienne (Hrsg.) (1993), *Policy-Analyse: Kritik und Neuorientierung*, PVS-Sonderheft 24, Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Héritier, Adrienne (1998), Second-Order Institutionalization in Europe: How to solve collective action problems under conditions of diversity, in: *Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie*, Nr. 3.
- Isay, Hermann (1929/1970), *Rechtsnorm und Entscheidung*, Neudruck der Ausgabe Berlin 1929, Aalen: Scientia Verlag.
- Jellinek, Georg (1959), *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Darmstadt: Genter Verlag.
- Jhering, Rudolf von (1852/1883), *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, zweiter Theil, zweite Abtheilung, 4. Aufl., Leipzig: Breitkopf u. Härtel.
- Jhering, Rudolf von (1872/1965), Über Aufgabe und Methode der Rechtsgeschichtsschreibung, in: Jhering, Rudolf von, *Der Kampf ums Recht. Ausgewählte Schriften*, hrsg. von Rusche, Christian, Nürnberg: Glock u. Lutz, 401-444.
- Kerber, Wolfgang (1998), Zum Problem einer Wettbewerbsordnung für den Systemwettbewerb, Manuskript (erscheint in: *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*).
- Koch, Hans-Joachim/Trapp, Rainer (1980), Richterliche Innovation: Begriff und Begründbarkeit, in: Harenburg, Jan/Podlech, Adalbert/Schlink, Bernhard (Hrsg.), *Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung. Beiträge zu einer Entscheidungstheorie der richterlichen Innovation*, Darmstadt: Toeche-Mittler, 83-121.
- Kriele, Martin (1976), *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsin-terpretation*, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.

- Leschke, Martin (1993), *Ökonomische Verfassungstheorie und Demokratie. Das Forschungsprogramm der Constitutional Economics und seine Anwendung auf die Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Marx, Karl (1867/1977), *Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie*, 1. Bd., in: Marx, Karl/Engels, Friedrich, Werke, Bd. 23, 12. Aufl., Berlin: Dietz.
- Marx, Karl (1867/1979), *Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie*, 3. Bd., in: Marx, Karl/Engels, Friedrich, Werke, Bd. 25, 10. Aufl., Berlin: Dietz.
- Marx, Karl (1859/1981), *Zur Kritik der Politischen Ökonomie*, in: Marx, Karl/Engels, Friedrich, Werke, Bd. 13, 9. Aufl., Berlin: Dietz.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim (1984), *Recht und ökonomisches Gesetz*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Mettenheim, Christoph von (1984), *Recht und Rationalität*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Müller, Friedrich (1994), *Strukturierende Rechtslehre*, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.
- Mussler, Werner/Wohlgemuth, Michael (1995), Institutionen im Wettbewerb. Ordnungstheoretische Anmerkungen zum Systemwettbewerb in Europa, in: Oberender, Peter/Streit, Manfred E. (Hrsg.), *Europas Arbeitsmärkte im Integrationsprozeß*, Baden-Baden: Nomos, 9-45.
- Oberender, Peter/Okruch, Stefan (1997), Die Entwicklung der Sozialpolitik aus ordnungspolitischer Sicht, in: *ORDO. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, Bd. 48, 465-482.
- Oeser, Erhard (1990), *Evolution und Selbstkonstruktion des Rechts. Rechtsphilosophie als Entwicklungstheorie der praktischen Vernunft*, Wien/Köln: Böhlau.
- Okruch, Stefan (1998), Kehrtwende in Wohlfahrtsstaat und Staatswirtschaft: Die Politische Ökonomie von Reformen und das Beispiel Neuseeland (erscheint im Tagungsband "Junge Wissenschaft und Wirtschaft" der Hanns-Martin-Schleyer-Stiftung).
- Rüthers, Bernd (1991), *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 4. Aufl., Heidelberg: Verlag C. F. Müller.
- Schmidt, Karsten (1993), Jherings Geist in der heutigen Rechtsfortbildung. Ein Streifzug durch den "Geist des römischen Rechts" aus heutiger Sicht, in: Behrends, Okko (Hrsg.), *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken*, Köln: Verlag Otto Schmidt, 77-109.
- Sosnitzka, Olaf (1995), *Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung. Erscheinungsformen und Ursachen auf dem Gebiet des Lauterkeitsrechts*, Baden-Baden: Nomos.
- Sugden, Robert (1993), Normative Judgements and Spontaneous Order. The Contractarian Element in Hayek's Thought, in: *Constitutional Political Economy*, Vol. 4, 393-424.
- Teubner, Gunther (1989), *Recht als autopoetisches System*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Teubner, Werner (1974), *Kodifikation und Rechtsreform in England: Ein Beitrag zur Untersuchung des Einflusses von Naturrecht und Utilitarismus auf die Idee einer Kodifikation des englischen Rechts*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Tietzel, Manfred (1998), Politischer Wettbewerb als Aufgabe. Konstitutionelle Voraussetzungen der Sozialen Marktwirtschaft, in: Cassel, Dieter (Hrsg.), *50 Jahre Soziale Marktwirtschaft. Ordnungstheoretische Grundlagen, Realisierungsprobleme und Zukunftsperspektiven einer wirtschaftspolitischen Konzeption*, Stuttgart, 679-710.
- Tontrup, Stephan (1998), Ökonomik in der dogmatischen Jurisprudenz, in: Engel, Christoph (Hrsg.) *Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter*. Baden-Baden: Nomos, Vol.1, 41-120.

- Vanberg, Viktor (1981), *Liberaler Evolutionismus oder vertragstheoretischer Konstitutionalismus? Zum Problem institutioneller Reformen bei F. A. von Hayek und J. M. Buchanan*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Vanberg, Viktor (1984), Evolution und spontane Ordnung: Anmerkungen zu F. A. von Hayeks Theorie der kulturellen Evolution, in: Albert, Hans (Hrsg.), *Ökonomisches Denken und soziale Ordnung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 83-111.
- Vanberg, Viktor (1986), Spontaneous Market Order and Social Rules. A Critical Examination of F. A. Hayek's Theory of Cultural Evolution, in: *Economics and Philosophy*, Vol. 2, 75-100.
- Vanberg, Viktor (1994a), Hayek's Legacy and the Future of Liberal Thought. Rational Liberalism versus Evolutionary Agnosticism, in: *The Cato Journal. An Interdisciplinary Journal of Public Policy Analysis*, Vol. 14, 179-199.
- Vanberg, Viktor (1994b), *Kulturelle Evolution und die Gestaltung von Regeln*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Vanberg, Viktor/Kerber, Wolfgang (1994), Institutional Competition Among Jurisdictions. An Evolutionary Approach, in: *Constitutional Political Economy*, Vol. 5, 193-219.
- Wegner, Gerhard (1996), *Wirtschaftspolitik zwischen Selbst- und Fremdsteuerung - ein neuer Ansatz*, Baden-Baden: Nomos.
- Weinberger, Ota (1992), Ökonomismus im politischen Denken, in: Weinberger, O./Fischer, M. (Hrsg.), *Demokratie und Rationalität. Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, Wien, 259-276.