

Vanberg, Viktor J.

Working Paper

Privatrechtsgesellschaft und ökonomische Theorie

Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik, No. 07/5

Provided in Cooperation with:

Institute for Economic Research, University of Freiburg

Suggested Citation: Vanberg, Viktor J. (2007) : Privatrechtsgesellschaft und ökonomische Theorie, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik, No. 07/5, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Institut für Allgemeine Wirtschaftsforschung, Abteilung für Wirtschaftspolitik, Freiburg i. Br.

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/4375>

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.



**Privatrechtsgesellschaft
und ökonomische Theorie**

Viktor J. Vanberg
07/5

Freiburger
Diskussionspapiere
zur Ordnungsökonomik

Freiburg
Discussion Papers
on Constitutional Economics



**Privatrechtsgesellschaft
und ökonomische Theorie**

Viktor J. Vanberg
07/5

**Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik
Freiburg Discussionpapers on Constitutional Economics**

07/5

ISSN 1437-1510

Walter Eucken Institut, Goethestr. 10, D-79100 Freiburg i. Br.
Tel.Nr.: +49 +761 / 79097 0; Fax.Nr.: +49 +761 / 79097 97
<http://www.walter-eucken-institut.de>

Institut für Allgemeine Wirtschaftsforschung; Abteilung für Wirtschaftspolitik;
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, D-79085 Freiburg i. Br.
Tel.Nr.: +49 +761 / 203 2317; Fax.Nr.: +49 +761 / 203 2322
<http://www.vwl.uni-freiburg.de/fakultaet/wipo/>

Privatrechtsgesellschaft und ökonomische Theorie*

Viktor J. Vanberg

1. Einleitung

In Franz Böhms Konzept der Privatrechtsgesellschaft als einer Gesellschaft von „Gleichfreien und Gleichberechtigten“ (Böhm 1980b: 140) bündeln sich in prägnanter Weise die theoretischen und politischen Kernvorstellungen des rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Forschungsprogramms der von ihm mitbegründeten Freiburger Schule. Es ist daher besonders geeignet, die Stellung deutlich zu machen, die dieses Forschungsprogramms im Kontext der heutigen Ökonomik einnimmt.

Obschon der unmittelbarer Einfluss der Freiburger Schule in der Profession recht begrenzt blieb, kann ihr die Bedeutung der institutionellen und rechtlichen Rahmenbedingungen des Wirtschaftens betonender Denkansatz doch für sich in Anspruch nehmen, theoretische Entwicklungen um Jahrzehnte vorweggenommen zu haben, die erst in jüngerer Zeit in der Ökonomik zunehmend Gehör finden. Allein aus sprachlichen Gründen international kaum wahrgenommen stand das von Walter Eucken, Franz Böhm und Hans Großmann-Doerth entwickelte Forschungsprogramm auch in der deutschsprachigen Wirtschaftswissenschaft lange im Schatten des das Fach dominierenden neoklassischen Modelldenkens, dem die Freiburger ordnungstheoretische und ordnungspolitische Sichtweise fremd war und fremd geblieben ist. Erst eine Reihe von Theorieansätzen, die sich – in kritischer Distanz zum „Modellplatonismus“ (Albert 1963) der Neoklassik – in den letzten Jahrzehnten unter dem Sammelnamen „Neue Institutionenökonomik“ formiert haben, konnten den Blick wieder schärfen für die paradigmatische Bedeutung der Verbindung von rechtswissenschaftlicher und

* Beitrag zur Tagung „Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und europäischen Recht“, Bochum 19.-21. April 2007.

wirtschaftswissenschaftlicher Sichtweise, wie sie in den 30er Jahren des vergangenen Jahrhunderts von den Freiburgern entwickelt wurde.

Der Freiburger Ansatz, für den sich die Bezeichnung *Ordnungsökonomik* eingebürgert hat, teilt mit den verschiedenen Strömungen der Neuen Institutionenökonomik – dazu zählen die Neue Institutionenökonomik (New Institutional Economics) im engeren Sinne, die Neue Politische Ökonomie (Public Choice Theorie), die Theorie der Eigentumsrechte (Property Rights Theorie) und die ökonomische Theorie des Rechts (Law and Economics) – die analytische Fokussierung auf die Wirkungszusammenhänge zwischen den institutionell-rechtlichen Rahmenbedingungen und den Funktionseigenschaften der sich darin entfaltenden wirtschaftlich-sozialen Prozessabläufe. Besonders deutliche Gemeinsamkeiten teilt die Ordnungsökonomik Freiburger Prägung jedoch mit dem Forschungsprogramm der *konstitutionellen Ökonomik* (*Constitutional Economics*), das – unabhängig von dem Freiburger Vorbild – im Rahmen der sogenannten Virginia School der Public Choice Theorie entwickelt worden ist (Vanberg 2000). Was beide Forschungsprogramme auszeichnet, ist ihre dezidiert *konstitutionelle Perspektive*, die systematische Ausrichtung ihrer Fragestellungen an der kategorialen Unterscheidung zwischen konstitutioneller und subkonstitutioneller Entscheidungsebene, zwischen Entscheidungen über die Regelordnung oder Verfassung, der sich Menschen gemeinsam unterwerfen, und Entscheidungen, die im Rahmen der eingegangenen Regelbindungen getroffen werden.

Im vorliegenden Beitrag wird es darum gehen, anhand des Böhmschen Konzepts der Privatrechtsgesellschaft die Gemeinsamkeiten der Freiburger Ordnungsökonomik und des Forschungsprogramms der konstitutionellen Ökonomik näher in Augenschein zu nehmen.

2. Freiburger Ordnungsökonomik und konstitutionelle Ökonomik

Im Sinne der ihnen gemeinsamen *konstitutionellen Perspektive* gehen die Freiburger Ordnungsökonomik und die konstitutionelle Ökonomik von den folgenden Grundgedanken aus:

Erstens dem Gedanken, dass alles wirtschaftliche und, allgemein, soziale Handeln stets im Rahmen von informellen und formellen Regeln stattfindet, und dass der jeweilige

Charakter der *Regelordnung* oder ‚Verfassung‘ den Charakter der sich in ihrem Rahmen herausbildenden *Handelnsordnung* bestimmt.¹

Zweitens, dem Gedanken, dass die *wählbaren* Regeln des Rechts das wesentliche Instrument sind, mit dem ein politisch organisiertes Gemeinwesen die Bedingungen des Zusammenlebens systematisch gestalten kann, wobei eine ‚zweckmäßige‘ Regelgestaltung die dem zu ordnenden Handlungsbereich inhärenten Funktionsprinzipien zu beachten hat.

Im Sinne dieser gemeinsamen Grundgedanken verbinden beide Forschungsprogramme ein auf theoretische Analyse und Erklärung ausgerichtetes Erkenntnisinteresse mit einer auf die Lösung praktischer Ordnungsprobleme zielenden Anwendungsorientierung. Einerseits geht es ihnen darum, die faktischen Wirkungszusammenhänge zwischen Regel- oder Rechtsordnung einerseits und *Handelnsordnung* andererseits aufzuklären. Andererseits geht es ihnen darum, im Lichte dieser Wirkungszusammenhänge Aussagen darüber zu machen, welche Art von *Regelordnung* zweckmäßig ist, wenn bestimmte Wirkungseigenschaften erwünscht sind.

Das im Konzept der *Wirtschaftsverfassung* konkretisierte Freiburger Projekt der Verbindung rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Analyse² zielt darauf ab, deutlich zu machen, dass wirtschaftliche Sachzusammenhänge nicht los gelöst von ihrem rechtlich-institutionellen Bedingungsrahmen zu verstehen sind, und dass die Steuerungswirkungen rechtlicher Regelungen nicht ohne Kenntnis der Eigengesetzlichkeiten des wirtschaftlichen Realitätsbereichs, den sie ordnen sollen, beurteilt und abgeschätzt werden können. In diesem Sinne ist es auch zu verstehen, wenn Franz Böhm (1933: IX) von seiner 1933er Habilitationsschrift „Wettbewerb und Monopolkampf“³ als einen Versuch spricht, „das Lehrgebäude der klassischen Wirtschaftsphilosophie aus der Sprache der Nationalökonomie in die Sprache der

¹ Das Begriffspaar ‚Regelordnung‘ und ‚Handelnsordnung‘ wird hier in Anlehnung an F.A. (1967/2003a) benutzt.

² D.J. Gerber (1994: 44): „The ordoliberals added a ‘constitutional’ dimension to their analysis of economic problems. ... This concept of an economic constitution was the means by which the ordoliberals integrated legal and economic thought.”

³ K.W. Nörr (1994a: 114) zählt sie „zu den bahnbrechenden Werken der deutschen Rechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts“.

Rechtswissenschaft zu übersetzen.“ Um eine ‚Ökonomisierung des Rechts‘⁴ kann es dabei nur in dem Sinne gehen, dass Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an die Notwendigkeit erinnert werden sollen, bei der Gestaltung und Anwendung rechtlicher Regelungen die Sachgegebenheiten des zu ordnenden Realitätsbereichs in Rechnung zu stellen. So bezeichnet Böhm denn auch seine 1937er Schrift über „Die Ordnung der Wirtschaft“ ausdrücklich als eine „*rechtswissenschaftliche* (Arbeit), die in erheblichem Maße an die *Ergebnisse der Wirtschaftstheorie* anknüpft“ (Böhm 1937: 14), und bemerkt an anderer Stelle: „Wir Juristen bedürfen dann also einer außerjuristischen Wissenschaft, um den Tatbestand, mit dem wir uns zu beschäftigen haben, soweit zu verstehen, dass wir ihn juristisch beurteilen können, ihn juristisch in den Griff bekommen. Wir müssen ihn nationalökonomisch aufbereiten, um ihn verfassungsrechtlich zu meistern“ (Böhm 1960b: 50).⁵

Mit seinem Hinweis auf die bei Bemühungen rechtlicher Gestaltung in Rechnung zu stellenden Eigengesetzlichkeiten des zu ordnenden Handlungsbereichs steht Böhm ganz in der Tradition prominenter Vertreter der von ihm angesprochenen klassischen Wirtschaftsphilosophie. So haben etwa Adam Smith und John Stuart Mill zwar in anderen Worten, aber in der Sache ganz ähnlich argumentiert, als sie davon sprachen, dass die Akteure in der Gesellschaft – anders als die Figuren auf einem Schachbrett – ihren eigenen Bewegungsgesetzen folgen, die der Gesetzgeber zu berücksichtigen hat,⁶

⁴ F. Rittner (1996: 197) vermerkt kritisch zu Böhms Beitrag: „Wer das Rechtsdenken so konsequent verläßt und zu einer anderen Wissenschaft übergeht, verliert nicht nur zwangsläufig den Zusammenhang mit der Rechtsordnung und ihren Grundideen, sondern gerät auch in Gefahr, das Recht zu ökonomisieren und zu instrumentalisieren.“

⁵ F. Böhm, W. Eucken, H. Großmann-Doerth (1937:XIX): „Die Aufgabe aber, die Rechtsordnung als Wirtschaftsverfassung zu begreifen und zu formen, ist nur lösbar, wenn sich der Jurist der Ergebnisse wirtschaftswissenschaftlicher Forschung bedient.“

⁶ A. Smith (1926: 396) spricht vom „man of system“ der sich einzubilden scheint, „dass er die verschiedenen Glieder einer Gesellschaft mit ebensolcher Leichtigkeit anordnen kann, als die Hand die verschiedenen Figuren auf dem Schachbrett anordnet. Er bedenkt nicht, dass die Figuren auf dem Schachbrett kein anderes Bewegungsprinzip besitzen als jenes, welches die Hand ihnen auferlegt, das aber auf dem großen Schachbrett der Gesellschaft jede Figur ein eigenes Bewegungsprinzip besitzt, das durchaus von demjenigen verschieden ist, welches der Gesetzgeber nach seinem Gutdünken auferlegen möchte. Wenn diese beiden Prinzipien zusammenfallen und in der gleichen Richtung wirken, dann wird das Spiel der menschlichen Gesellschaft leicht und harmonisch vonstatten gehen und wahrscheinlich glücklich und erfolgreich sein. Wenn sie einander entgegengesetzt oder auch nur voneinander abweichend sind, dann wird das Spiel sehr schlecht vorwärts gehen und die Gesellschaft muss sich dann jederzeit in höchster Unordnung und Verwirrung befinden.“

und feststellten, dass Nationen zwar die Macht besitzen, ihre Institutionen zu wählen, aber nicht bestimmen können, wie sie sich auswirken.⁷

3. Die Metapher des Spiels

Ebenso wie in der konstitutionellen Ökonomik (Buchanan 2001a: 44f.; 2001b: 314f.) wird auch von Franz Böhm (1980b: 118, 126, 158) die Metapher des Spiels benutzt, um zentrale Grundgedanken der konstitutionellen Perspektive herauszustellen.⁸ Bei gewöhnlichen Gesellschaftsspielen, etwa einem Kartenspiel, oder sportlichen Wettbewerben, wie etwa dem Fußballspiel, wird die Unterscheidung zwischen den *Spielregeln* und den im Rahmen der Spielregeln zulässigen *Spielzügen* besonders augenfällig. Wir können die *kollektiven* Entscheidungen, die die beteiligten Parteien bezüglich der Spielregeln treffen, denen sie sich gemeinsam unterwerfen wollen, eindeutig gegenüber den *separaten* Strategiewahlen abgrenzen, die die einzelnen Beteiligten je für sich im Rahmen der vereinbarten Spielregeln treffen. Wir können den systematischen Zusammenhang zwischen der Beschaffenheit der Regelordnung und dem

⁷ J. St. Mill (1966: 21): “But though governments or nations have the power of deciding what institutions shall exist, they cannot arbitrarily determine how those institutions shall work. The conditions on which the power they possess ... is dependent ... are as much a subject of scientific enquiry as any of the physical laws of nature.” – Den Hinweis auf das Mill-Zitat entnahm ich W. Meyer (2002: 121). Meyer (ebd.: 321f.) verdanke ich ebenfalls den Hinweis auf einen höchst interessanten Aufsatz zum Verhältnis von „Wirtschaft und Recht“ (Andreas Voigt 1911), in dem der Autor von der Pflicht spricht, „zu betonen, dass die Volkswirtschaft nicht bloß den normativen Gesetzen des Rechtes, sondern auch zwingenden Gesetzen, ähnlich denen der Natur unterworfen ist. – Die Natur macht der Mensch durch die Technik sich untertan, das Wirtschaftsleben sucht er durch die normativen Gesetze des bürgerlichen Rechtes und der Wirtschaftspolitik zu beherrschen. In beiden Fällen setzen die immanenten Gesetze der entsprechenden Gebiete dem Willen des Menschen unübersteigbare Schranken. Diese zu erkennen und zu beachten, ist in beiden Fällen Vorbedingung zweckmäßiger Maßnahmen; sie unbeachtet zu lassen, straft sich hier wie dort“ (A. Voigt 1911: 456).

⁸ Böhm (1937: 123): „Aus diesem Grunde muss die Rechtsverfassung dem Wettbewerb eine Ordnung setzen, d.h. sie muss darüber bestimmen, welche Einsätze erlaubt sind, und welche nicht. Eine solche Ordnung nennen wir auf dem Gebiete des Sports und des Spiels eine Spielregel, und dieser Begriff kennzeichnet denn auch aufs genaueste den Charakter der Vorschriften, die die Ordnung des gewerblichen Kampfverlaufs zu gewährleisten bestimmt sind.“ - G. Brennan und J.M. Buchanan (2000: 8): „When the word ‚rules‘ is mentioned, perhaps the most familiar association is with ‚games.‘ And it will be useful to discuss rules in ordinary games – parlor games such as bridge, or sports such as tennis or basketball. All games have rules that define the parameters within which play takes place. ... In discussing ordinary games, we have little difficulty in distinguishing between the *rules* of the game as such and *plays* of the game within these rules. ... Rules provide the framework for the playing of the game, and many different patterns of play may take place within given rules. ... In a sociopolitical context, the same distinctions apply between rules of social interaction and the patterns of behavior that take place within those rules. The distinction here is often more difficult to make than in ordinary games, and the discussion of the latter is helpful in precisely this respect.”

Charakter des sich darunter einstellenden Spielverlaufs relativ leicht erkennen.⁹ Und wir können klar zwischen der von Schiedsrichtern wahrzunehmenden Aufgabe der *Regeldurchsetzung* und der der Spielergesamtheit bzw. ihren Vertretungsorganen vorbehaltenen Autorität zur *Regeländerung* unterscheiden.

Wenn die Spielmetapher zur Analyse wirtschaftlicher und sozialer Prozesse herangezogen wird, so ist selbstverständlich zu bedenken, dass Unterhaltungsspiele in vielerlei Hinsicht von den ungleich ernsteren und komplexeren Vorgängen in Wirtschaft und Gesellschaft grundlegend verschieden sind.¹⁰ Es kann nur darum gehen, bestimmte strukturelle Gemeinsamkeiten hervorzuheben, die im Sinne ihrer *konstitutionellen* Perspektive für das Freiburger Forschungsprogramm und die konstitutionelle Ökonomik von besonderer Bedeutung sind. Dies betrifft vor allem zwei Aspekte.

Zum einen den Umstand, dass – ebenso wie bei gewöhnlichen Spielen – in Fragen der Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Regel- oder Verfassungsentscheidungen systematischen Vorrang haben vor sub-konstitutionellen Entscheidungen,¹¹ und dass daher Argumente, die für die Geltung von Regeln sprechen, Priorität genießen vor Argumenten, die auf der sub-konstitutionellen Ebene – oder, in der Sprache der Spielmetapher, im Spielverlauf – für oder gegen die Zweckmäßigkeit oder Vorzugswürdigkeit bestimmter Handlungen oder Maßnahmen vorgebracht werden können. Auf der sub-konstitutionellen Ebene dürfen Zweckmäßigkeitsargumente nur über die Wahl von im Rahmen der Regeln zulässige Strategieoptionen (Spielzüge) entscheiden, aber nicht über die Geltung der Regeln. Die Frage der Geltung oder Modifikation von Regeln ist auf der *konstitutionellen Ebene* mit Argumenten zu klären, die auf die Zweckmäßigkeit potentieller alternativer Regelungen abstellen.

⁹ So wird man beispielsweise erwarten können, dass etwa ein Verzicht auf die Abseitsregel im Fussball den Charakter des auf dem Feld zu beobachtenden Spielverlaufs in systematischer Weise verändern würde.

¹⁰ Als irreführend kritisiert F. Rittner (1998: 526) den Vergleich der wirtschaftlichen Wettbewerbsordnung mit den Spielregeln sportlichen Wettbewerbs. – Eine Antwort auf Vorbehalte gegen die Verwendung des Begriffs der Spielregel in wirtschaftsrechtlicher Analyse gibt Böhm (1980b: 126, Fn. 3). – Allgemein zur Frage des Verhältnisses von „Recht und Spielregeln“ siehe A. von Arnould (2003a).

¹¹ Böhm, Eucken, Großmann-Doerth (1937: XVIIIff.): „Die Behandlung aller konkreten rechts- und wirtschaftspolitischen Fragen muss an der Idee der Wirtschaftsverfassung ausgerichtet sein. ... Gerade auch der praktische Jurist darf diese wirtschaftsverfassungsrechtliche Erfassung des Rechts nie ignorieren. ... Ebenso muss er sich auch bei der gesetzgeberischen Weiterentwicklung des Rechts stets die Grundgedanken der Wirtschaftsverfassung gegenwärtig halten.“

Der zweite Aspekt, den die Spielmetapher deutlich machen kann, betrifft die Frage der Legitimation von Regelordnungen bzw. die Frage nach den Kriterien, an denen ihre ‚Zweckmäßigkeit‘ zu messen ist. Die Teilnehmer an einem Spiel begegnen sich als ‚gleich freie und gleichberechtigte‘ Akteure. Was in Fragen der Regelwahl als ‚zweckmäßig‘ gelten kann, ist nicht ‚von außen‘ vorgegeben sondern an den von den Beteiligten selbst angestrebten Zielen zu messen.¹² Die Legitimation der Regeln, denen sie unterworfen sind, gründet sich in der freiwilligen Zustimmung der Beteiligten. Durch ihre freiwillige Entscheidung zur Teilnahme an einem Spiel drücken sie ihre Zustimmung zur Spielverfassung aus, und ihr freiwilliger Verbleib im Spiel kann als Ausdruck ihrer fortdauernden Zustimmung gewertet werden.

Gerade im Hinblick auf die legitimatorische Dimension der Spielmetapher sind die offenkundigen Unterschiede in Rechnung zu stellen, die zwischen dem expliziten oder impliziten ‚Spielvertrag‘, der die Regelordnung in einer Spielergemeinschaft legitimiert, und den ‚Sozial-‘ oder ‚Gesellschaftsverträgen‘ bestehen, auf denen – explizit oder implizit – die Regelordnungen der diversen sozialen Verbände beruhen, zu denen Menschen sich zusammenschließen. Dies gilt vor allem für den besonderen Verband ‚Staat‘, auf den die traditionellen Gesellschaftsvertragstheorien abzielen.¹³ Seit David Humes (1963: 462) bissiger Kritik der Sozialvertragstheorie ist das Argument hinlänglich bekannt, dass bei staatlichen Verbänden – abgesehen vom Fehlen eines expliziten ‚Gesellschaftsvertrages‘ – weder im Hinblick auf die Modalitäten des Mitgliedschaftserwerbs noch im Hinblick auf die Austrittsmöglichkeiten von jener Freiwilligkeit die Rede sein kann, die wir für die Teilnehmer an Spielen typischerweise unterstellen können. Dieses Argument besagt aber nicht mehr, als dass – neben anderen Umständen – die Bedingungen des Beitritts zu und des Austritts aus Verbänden zu

¹² Das schließt ein, dass – wie etwa beim professionellen Sport – nicht nur die unmittelbare Attraktivität für die Spieler sondern auch der Unterhaltungswert für die Zuschauer dafür maßgeblich ist, welche Regeln von den den regelsetzenden Verband bildenden Personen als ‚zweckmäßig‘ beurteilt werden.

¹³ A. von Arnould (2003a: 52, 55): „Wenn zuvor in diesem Band das Mikro-System Spiel mit dem Makro-System Gesellschaft verglichen wurde, liegt es nahe, den ‚Spielvertrag‘ zu dem Modell eines Gesellschaftsvertrages in Bezug zu setzen, wie es in der Philosophie der Aufklärung als Erklärungsmuster für soziale und politische Ordnungen entwickelt wurde. ... Ironischerweise ist es der Spielvertrag, der den Gesellschaftsvertrag in seiner gewissermassen reinen Form abbildet: Hier begeben sich die Partner freiwillig in das Spielgeschehen; sie fügen sich für die Dauer ihrer Mitgliedschaft, die sie jederzeit beenden können, den Regeln des Spieles. Es ist nicht nur der Austritt aus dem sozialen Mikrosystem Spiel jederzeit frei (und nicht bloß theoretische Möglichkeit wie vielfach im Falle der Auswanderung), sondern insbesondere auch beim Eintritt in das System.“

berücksichtigen sind, wenn es um die Frage geht, inwieweit man unterstellen kann, dass die in ihnen geltende Regelordnung sich der freiwilligen Zustimmung der Betroffenen erfreut (Vanberg 1994a: 229). Offenkundig weisen in dieser Hinsicht vorfindbare politische Gemeinwesen – wie auch andere soziale Verbände – relevante Unterschiede auf.¹⁴ All dies spricht jedoch nicht dagegen, dass man die freiwillige Zustimmung der Betroffenen als das *normative Referenzkriterium* für Regelordnungen betrachten kann, die das Zusammenleben von ‚gleich freien und gleich berechtigten‘ Personen ordnen sollen. Für einen Verband, der sich an dem Anspruch messen lässt, ein Zusammenschluss gleich freier und gleich berechtigter Personen zu sein, kann es letztendlich kein anderes Legitimationsprinzip als die freiwillige Zustimmung der Mitglieder zur Verbandsverfassung geben, auch wenn die Bedingungen für eine möglichst weitgehende Freiwilligkeit der Zustimmung zur Verfassungsordnung beim Verband ‚Staat‘ wesentlich schwerer zu sichern sind und deutlich bescheidener ausfallen müssen, als dies bei Spielergemeinschaften der Fall ist.¹⁵

4. Die Privatrechtsgesellschaft als Ordnungsideal

Das rein analytische-erklärende Interesse an der Untersuchung der Wirkungszusammenhänge zwischen Regelordnung und Handlungsordnung – oder, in der Sprache der Spielmetapher, zwischen Spielregeln und Spielverlauf – ist normativ ‚neutral‘ in dem Sinne, dass es sich etwa der Frage nach den Steuerungsprinzipien, die in einem totalitären Staat oder in einem Zwangsverband wirken, ebenso zuwenden kann wie der Frage nach den Ordnungsprinzipien einer freiheitlich Gesellschaftsordnung. Als theoretische Disziplin ist auch die konstitutionelle Ökonomik in diesem Sinne offen für die Analyse der Funktionseigenschaften jeglicher empirisch vorfindbarer Regelordnung. Als *angewandte* Sozialwissenschaft, d.h. im Hinblick auf den Beitrag, den sie zur Lösung praktischer Ordnungsprobleme zu leisten bestrebt ist, wird ihr analytischer Fokus jedoch durch eine normative Vorgabe bestimmt.

¹⁴ Selbst die Teilnahme an Spielen mag nicht immer unter Bedingungen erfolgen, die die Unterstellung einer freiwilligen Zustimmung aller Beteiligten zu den Spielregeln rechtfertigen.

¹⁵ In diesem Sinne spricht A. von Arnould (2003a: 53) davon, dass zwar die Idee des Vertrages angesichts der faktisch „weitgehend unfreiwilligen Mitgliedschaft in der jeweiligen Gesellschaft ... in erheblichem Maße“ zu relativieren ist, dass aber dennoch „das Vertragsdenken in der Abstraktion als Grundlage freiheitlich-demokratischer Staatsentwürfe nach wie vor Einsichten zu vermitteln“ (ebd.: 55) vermag.

Im Sinne eines *normativen Individualismus*, der die Einzelpersonen als Letztsouveräne in sozialen Angelegenheiten betrachtet, geht die konstitutionelle Ökonomik davon aus, dass die Bewertungen der betroffenen Individuen den Maßstab für die Beurteilung der Regelordnungen abgeben, denen sie unterworfen sind, und dass die freiwillige Zustimmung aller Beteiligten als das letztendliche Legitimationskriterium anzusehen ist. Sie sieht sich damit ausdrücklich in der Tradition der Gesellschaftsvertragstheorie, und sie verwendet die Spielmetapher bewusst in ihrer oben erläuterten legitimatorischen Dimension. Ihr Forschungsinteresse bei der Analyse von Ordnungsproblemen und der Suche nach Problemlösungen gilt primär zwei – auf unterschiedlichen Ebenen angesiedelten – Fragen. Dies ist zum einen die Frage, welche Regelungen den gemeinsamen Interessen der jeweils betroffenen Personen dienen und daher für sie konsensfähig sein könnten. Und dies ist zum andern die Frage, welche Verfahren der Regelwahl die besten Voraussetzungen dafür bieten können, dass konsensfähige, den gemeinsamen Interessen aller Beteiligten förderliche Regelungen zur Geltung kommen. Während es bei der ersten Frage um den *Inhalt* konsensfähiger Regeln geht, zielt die zweite auf die *Prozeduren* ihrer Generierung (Vanberg 2007).

Zwar nimmt Franz Böhm bei seinem Konzept der Privatrechtsgesellschaft keinerlei expliziten Bezug auf die Denkfigur des Gesellschaftsvertrages, doch ist die ihn beschäftigende Frage nach der für eine Gesellschaft gleich freier und gleichberechtigter Personen angemessenen Regelordnung nicht sehr weit entfernt von der in Gesellschaftsvertragstheorien thematisierten Frage nach der Art von Regelordnung, auf die Menschen sich freiwillig einigen können. Von Privatrechtsgesellschaft ist bei Böhm in einem doppelten Sinne die Rede. Einerseits nimmt er damit auf eine historisch zu verortende reale Gesellschaftsordnung Bezug, andererseits – und dem gilt das Interesse des vorliegenden Beitrages – bezeichnet er damit ein allgemeines Ordnungsideal, an dem real existierende Gesellschaftsordnungen gemessen werden können. In historischer Sicht gab es, so Böhms Argument, in allen Gesellschaftsordnungen immer schon „Privatrechtsnischen“ im Sinne von Rechtsräumen, in denen Menschen sich als gleichberechtigte, nur durch freiwillig eingegangene Verpflichtungen gebundene Personen begegneten. Die Privatrechtsgesellschaft trat als historische Realität in dem Maße in Erscheinung, in dem die in solchen Rechtsräumen geltenden Ordnungsprinzipien

privilegienrechtliche Beziehungen verdrängten und zur *allgemeinen Norm* für die Regelung der gesellschaftlichen Beziehungen wurden (Böhm 1980b: 105ff., 130; 1980d: 246).¹⁶

Im vorliegenden Zusammenhang sind Böhms historische, die Rolle der Französischen Revolution betonende Bemerkungen zur „Verwandlung der Feudal- und Privilegiengesellschaft in eine Zivilrechtsgesellschaft“ (Böhm 1980b: 108) nur insofern von Belang als sie das Konzept der Privatrechtsgesellschaft in seiner hier vornehmlich interessierenden Bedeutung als *Ordnungsideal* betreffen. Wenn Böhm (1980c: 196f.) auf „die Beschränkung und Kontrolle der politischen Exekutivgewalt im Interesse der Menschenrechte und die Abschaffung aller feudalen Vorrechte und aller Privilegien im Verhältnis zwischen den Mitgliedern der Gesellschaft“ als Hauptanliegen der Französischen Revolution verweist,¹⁷ so benennt er damit zugleich die beiden Grundanliegen des Ideals einer Gesellschaft von Gleichfreien und Gleichberechtigten: die Sicherung gleicher Mitwirkungs- und Freiheitsrechte in der Ordnung des Staates sowie die Sicherung einer privilegien- und diskriminierungsfreien Rechtsordnung in Wirtschaft und Gesellschaft. Der normative Individualismus, von dem die konstitutionelle Ökonomik ausgeht, ist auch im Ordnungsideal der Privatrechtsgesellschaft impliziert. Ihm liegt als normativer Maßstab das Prinzip der *individuellen Autonomie* zugrunde, das Postulat, dass die freiwillige Zustimmung der Beteiligten die letztendliche Quelle der Legitimation sozialer Transaktionen und gesellschaftlicher Regelungen darstellt. Dieser Maßstab findet seinen offenkundigen Ausdruck im Konzept der Privatautonomie und des „die Beziehungen, die Befugnisse und den Verkehr zwischen Gleichberechtigten“ (Böhm 1980b: 105) regelnden Privatrechts.¹⁸ Dort, wo es um die politische Ordnung unter Gleichfreien und Gleichberechtigten geht, muss dieser Maßstab aber fraglos auch für die Legitimation der Staatsverfassung gelten,¹⁹ auch wenn auf dieser Ebene eine sinnvolle

¹⁶ Dabei ging es, in Böhms (1980b: 108) Worten, darum „die Privatrechtsordnung aus ihrem Aschenbrödel-dasein ... zu erlösen, sie zur Gesellschaftsordnung zu erheben, ihr die Lenkung einer Gesellschaft frei und autonom planender Individuen und der von ihnen auf der Grundlage der Freiwilligkeit errichteten Gesellschaften und Korporationen privaten Rechts anzuvertrauen.“

¹⁷ Zur Bedeutung des Prinzips der Privilegienfreiheit im Umfeld und im Gefolge der Französischen Revolution siehe Klippel 1999.

¹⁸ Der Begriff der Privatautonomie wird in diesem Beitrag allgemein im Sinne der im Rahmen des Privatrechts bestehenden Handlungs- und Vertragsfreiheit verstanden.

¹⁹ Böhm (1960a: 34): „Für den Verkehr zwischen gleichberechtigten Privaten ist Legalisierung des Rechtsakts durch freie Willensbetätigung des Tauschpartners notwendig.“ Im Rechtsstaat tritt, so Böhm

Operationalisierung des Kriteriums der freiwilligen Zustimmung wesentlich größere Schwierigkeiten aufwirft, als dies im Kontext der Privatrechtsordnung der Fall ist.

In der konstitutionellen Ökonomik wird die Übertragung des Postulats der individuellen Autonomie von der Ebene privatrechtlicher Beziehungen auf die Ebene kollektiv-politischen Handelns – also des öffentlichen Rechts – mit der Generalisierung des Tauschparadigmas verdeutlicht. Ebenso wie der privatrechtliche Tausch der Besserstellung der beteiligten Parteien dient, so können Menschen auch dadurch wechselseitige Vorteile realisieren, dass sie sich – im Sinne eines ‚Austauschs‘ von Verpflichtungen – gemeinsam an bestimmte Regeln binden. Als Privatrechtssubjekte tun sie dies überall dort, wo sie sich zu privatrechtlichen ‚Verbänden‘ zusammenschließen. Als Mitglieder-Bürger eines politischen Gemeinwesens tun sie dies, indem sie sich gemeinsam – im Sinne eines Austauschs von Verpflichtungen – an dessen Regelordnung, also die Staatsverfassung, binden. In jedem Fall geht es darum, auf der subkonstitutionellen Ebene Entscheidungsfreiheit aufzugeben, um in den Genuss der durch gemeinsame Regelbindung zu erlangenden Vorteile zu kommen.²⁰ Ebenso wie bei privatrechtlichen Vertragsbeziehungen die freiwillige Zustimmung der Beteiligten das entscheidende Legitimationskriterium und der einzige Indikator für wechselseitigen Vorteil ist, so kann es, aus der Perspektive eines normativen Individualismus, auch im Falle des politischen Verbandes ‚Staat‘ letztendlich keine andere Quelle der Legitimation und keinen anderen Indikator für wechselseitigen Vorteil geben als die freiwillige Zustimmung der Beteiligten zur Verbandsverfassung, so schwierig auf dieser Ebene die angemessene Operationalisierung des Kriteriums der freiwilligen Zustimmung auch sein mag (Vanberg 2005).

Das im hier erläuterten Sinne als Ordnungsideal verstandene Konzept der Privatrechtsgesellschaft soll im folgenden im Hinblick auf seine beiden Anwendungsbereiche, die Privatrechtsordnung bzw. Wirtschaftsverfassung einerseits und die politische Verfassung andererseits, näher untersucht werden.

(ebd.) „an die Stelle der Legalisierung durch den Willen der Partner die Legalisierung durch Gesetz, also durch den Willen der Allgemeinheit.“

²⁰ In der Terminologie der konstitutionellen Ökonomik kann man zwischen den „mutual gains from trade“ und den „mutual gains from joint commitment“ unterscheiden, den durch „freiwillig abgeschlossene Verträge und freiwillig übernommene Bindungen“ (Böhm, 1960a: 38) zu realisierenden gemeinsamen Vorteilen.

5. Die Privatrechtsordnung als Wirtschaftsverfassung

Bereits in seinem 1928 in der Zeitschrift *Die Justiz* erschienenen Aufsatz „Das Problem der privaten Macht – Ein Beitrag zur Monopolfrage“ (Böhm 1960a) hat Franz Böhm seine Vorstellung von den verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wirtschaftsordnung in großer Klarheit dargelegt. Er setzt sich darin kritisch mit der seinerzeit herrschenden kartellfreundlichen Rechtsprechung und Rechtslehre auseinander, der er vorwirft, sie verkenne, dass die Entscheidung für die Gewerbefreiheit²¹ auf der Grundlage einer privilegienfreien Privatrechtsordnung die Entscheidung für eine wettbewerblich-marktwirtschaftliche Wirtschaftsverfassung beinhaltet, und dass diese Wirtschaftsverfassung als öffentlich-rechtliche Institution gegen staatliche und private Übergriffe ebenso zu schützen sei, wie dies für die politische Verfassung gelte.²²

Zum Verständnis der Böhmischen Position ist es zweckmäßig, sich die besondere Akzentsetzung zu vergegenwärtigen, die die von den Freiburgern vertretene Ausprägung des Liberalismus, den *Ordoliberalismus*, auszeichnet. Franz Böhm ebenso wie Walter Eucken sahen sich mit ihren Auffassungen dezidiert in der liberalen Tradition, mit der sie die Überzeugung von der Vorzugswürdigkeit einer sich selbst steuernden Marktwirtschaft gegenüber realisierbaren alternativen Wirtschaftsordnungen uneingeschränkt teilten. Ihnen lag aber daran, sich gegenüber einem ‚laissez faire Liberalismus‘ abzugrenzen, der verkennt, dass die Marktwirtschaft zwar eine *sich selbst steuernde* aber nicht eine *sich selbst generierende* Ordnung in dem Sinne ist, dass man darauf vertrauen könnte, dass sich die für ihr wohltätiges Wirken erforderlichen institutionellen Voraussetzung selbsttätig einstellen und erhalten. So ist es zu verstehen, wenn Böhm (1937: 120) davon spricht, „dass der Wettbewerb kein Naturereignis, sondern eine Veranstaltung der Rechtsordnung ist“, und „dass man eine freie

²¹ Die Gewerbeordnung von 1869, auf die Böhm sich bezieht, sagt in § 1 Abs. 1 (der ursprünglichen, wie auch der heute geltenden Fassung): „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind.“

²² Böhm (1960a: 39ff.) – Böhm (1933: 107): „Verfassungsrechtlich gesehen, handelt es sich bei dem System der Gewerbefreiheit um eine Verfassung des Wirtschaftslebens im positiven Sinne; die Einführung dieses Systems bedeutet infolgedessen eine ‚Gesamtentscheidung‘ über Art und Form des wirtschaftlich-sozialen Kooperationsprozesses.“ – Böhm (1937: 40): „Die Einführung der Gewerbefreiheit bedeutete also eine grundsätzliche *wirtschaftsverfassungsrechtliche Gesamtentscheidung*.“ – S.a. Böhm (1960a: 39f.). Die Frage der fachjuristischen Bewertung Böhms rechtshistorischer Analyse (siehe dazu etwa K.W. Nörr 1994a: 105f., 110f., 115) kann hier dahingestellt bleiben. Im vorliegenden Zusammenhang ist allein seine systematisch-theoretische Sicht von der Rolle der Wirtschaftsverfassung von Interesse.

Wirtschaftsverfassung mit viel größerem Recht als das Musterbeispiel eines politisch-rechtlichen Kunstprodukts bezeichnen könnte“ (ebd.: 74). Dabei mag die von Böhm gewählte Formulierung „dass der Staat „Wettbewerb veranstaltet“ (ebd.: 105), zu Missverständnissen Anlass geben, wie von Kritikern moniert worden ist. So bemerkte K.F. Goerdeler (1938) in seiner ansonsten wohlwollenden Besprechung des 1937er Buches von Böhm, der Wettbewerb sei „nichts, was erst durch eine Gesetzgebung künstlich zu veranstalten ist, sondern etwas Naturnotwendiges.“ In ähnlichem Sinne hat F. Rittner (1988: 120) kritisch angemerkt, der Wettbewerb sei „ein menschliches Urphänomen“, und warte nicht darauf „als Steuerungsmittel eingesetzt (ebd.: 119) zu werden.²³

So verständlich solche Kritik als Reaktion auf die von Böhm gewählte Formulierung sein mag, berücksichtigt man den Kontext seiner Argumentation, so muss man ihr entgegenhalten, dass sie den Kern seines Anliegens verfehlt. Dass Wettbewerb *per se* ein Urphänomen ist und in einer Welt der Knappheit unvermeidbar bleiben muss (Vanberg 1994b), ist eine Einsicht, der sich Böhm kaum verschlossen haben dürfte. Wettbewerb kann jedoch auf sehr unterschiedliche Weise ausgetragen werden, und für das Problem der Ordnung menschlichen Zusammenlebens ist die Frage zentral, welche Formen des Wettbewerbs sich eher destruktiv, Werte vernichtend und welche sich eher sozial produktiv, in einer den Interessen aller Beteiligten dienenden Weise auswirken. Wenn Böhm von der Ordnung einer freien Wettbewerbswirtschaft als einem „politisch-rechtlichen Kunstprodukt“ spricht, so geht es ihm um diese Frage. Es geht darum, dass man zwar darauf rechnen kann, dass sich Wettbewerb ganz von selbst überall dort einstellen wird, wo Menschen nach kappen Belohnungen streben, dass man aber nicht darauf vertrauen kann, dass dieser Wettbewerb von Natur aus stets in sozial produktiven Formen ablaufen wird. Um dies sicherzustellen, bedarf es bewusster Anstrengung zur Einrichtung und Sicherung einer geeigneten Regelordnung für den Wettbewerb. Dass man in diesem Sinne zwischen dem ‚Urphänomen Wettbewerb‘ und einem durch bestimmte Regeln ‚eingehegten‘ Wettbewerb unterscheiden muss, sehen wohl auch Böhms Kritiker, wenn sie etwa davon sprechen, dass Menschen entscheiden können, „ob sie diesen Kampf ordnen oder wild ausfechten wollen“ (Goerdeler 1938: 492), oder dass

²³ Siehe auch Rittner (1998: 521)

sich das Naturphänomen Wettbewerb „wohl regeln, vielleicht sogar ein wenig organisieren, niemals aber ausschalten lässt“ (Rittner 1998; 33).²⁴ Böhm jedenfalls macht unmissverständlich deutlich, dass für ihn nicht das Urphänomen Wettbewerb sondern der Wettbewerb als „Veranstaltung der Rechtsordnung... eine Einrichtung des öffentlichen Rechts“ (1937: 121) ist.²⁵ Öffentlich rechtlichen Charakter hat die *Regelordnung*, unter der der wirtschaftliche Wettbewerb stattfinden soll, eine Regelordnung, die dem Wettbewerb wünschenswerte, den Interessen aller Beteiligten dienende Funktionseigenschaften geben soll. Das Leitmotiv für eine solche Regelordnung des Wettbewerbs umschrieben Böhm und seine Freiburger Kollegen mit dem Begriff des *Leistungswettbewerbs*.²⁶

Die Vorstellung, dass wirtschaftlicher Wettbewerb „nach den Spielregeln eines rechtlich geordneten Leistungswettbewerb“ (Böhm 1980a: 70) ablaufen sollte, zielt auf die Schaffung von rechtlich-institutionellen Rahmenbedingungen, unter denen wirtschaftlicher Erfolg möglichst nur dadurch zu realisieren ist, dass man seine Wettbewerber durch attraktivere Leistungsangebote an die Marktgegenseite übertrifft, und nicht etwa dadurch, dass man sie durch direkt schädigende Maßnahmen in der Ausübung ihrer Geschäfte behindert.²⁷ Allgemeiner formuliert kann man diese Ordnungsvorstellung auch so umschreiben, dass es darum geht, den Markt als eine institutionell gesicherte Arena freiwilligen Tausches und freiwilliger Kooperation zu etablieren und zu bewahren. Dazu gehört ganz offensichtlich die Sicherung einer

²⁴ Wenn F. Rittner (1998: 33) davon spricht, „dass jeder spezielle Wettbewerb stets dazu neigt, sich über Regeln und Grenzen hinwegzusetzen und so wieder ganz offen zu werden“, so kann dies wohl kaum als Kapitulationserklärung für jeglichen Versuch gemeint sein, Wettbewerb durch geeignete Regeln in sozial wünschenswerte Bahnen zu lenken.

²⁵ Böhm (1937: 125): „Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungsweise hat sich indessen nicht mit der Untersuchung und Beschreibung des tatsächlichen Wettbewerbs, sondern mit der Ermittlung und Ausdeutung der rechtlichen Ordnung zu befassen, der der gewerbliche Wettbewerb zu unterstellen ist, wenn das Ziel erreicht werden soll, mittels Wettbewerb eine freie Verkehrswirtschaft zu ordnen.“

²⁶ Böhm (1937: 137): „Das oberste und einzige Rechtsprinzip der Wettbewerbsordnung ist das Leistungsprinzip.“ – Für Verwirrung hat gesorgt, dass in der Freiburger Schule das Leitbild der ‚vollständigen Konkurrenz‘ neben dem des Leistungswettbewerbs als Richtschnur für die Wettbewerbspolitik vertreten wurde. Zum Unterschied zwischen beiden Konzepten siehe Vanberg (1997: 719f.).

²⁷ D. Geber (1994: 53) weist darauf hin, dass Böhm und andere Ordoliberaler an die in einem Aufsatz von H.C. Nipperdey („Wettbewerb und Existenzvernichtung“, Kartellrundschaue 1930) getroffene „distinction between ‚performance competition (Leistungswettbewerb)‘ and ‚impediment competition (Behinderungswettbewerb)‘ anknüpfen konnten. Siehe dazu auch Rittner (1998: 527).

Rechtsordnung, die Gewalt und Betrug ausschließt.²⁸ Doch dazu gehören aus der Sicht der Freiburger Ordoliberalen aber auch rechtliche Vorkehrungen gegen weniger offenkundige Formen der Ausübung wirtschaftlichen Zwangs, die mit den Ordnungsprinzipien des Marktes als Arena freiwilligen Austausches in Widerspruch geraten. Ziel der „Spielregeln des Leistungswettbewerbs“ (Böhm 1980a: 72) ist es, den Einsatz von Wettbewerbsstrategien auszuschließen, die Zwang als „rechtswidriges Mittel der Willensbeeinflussung“ (Böhm 1960a: 32) nutzen.²⁹

Gegen das Konzept des Leistungswettbewerbs ist etwa von F. Rittner (1988: 117) kritisch eingewandt worden, damit werde das „unausrottbare menschliche Urphänomen“ Wettbewerb auf „eine ‚organisierte Ausleseveranstaltung‘, dem ‚Preisausschreiben, Staatsexamen oder Sportwettkampf‘ vergleichbar“, reduziert.³⁰ Nun mögen in der Tat die Formel von den „Spielregeln“ des Wettbewerbs und der Vergleich mit den sportlichen Wettkämpfen insofern irreführend sein, als die von den Behinderungsstrategien abzugrenzende Leistung im Sport in der Regel sehr eng definiert ist, während wirtschaftlicher Wettbewerb als wesentlich offenere Veranstaltung zu verstehen ist (Rittner 1998: 526, 530). Doch auch hier lässt der Kontext des Böhmischen Arguments eine weniger kritikanfällige Interpretation zu. Danach zielen die Freiburger Ordoliberalen mit ihrem Konzept des Leistungswettbewerbs nicht darauf ab, eine *Positivliste* dessen zu erstellen, was als ‚Leistung‘ im wirtschaftlichen Wettbewerb zählen kann. Es geht ihnen vielmehr um eine negative Abgrenzung, darum, aus der offenen Menge möglicher

²⁸ Böhm (1937: 105): „Der Grundgedanke der freien Wirtschaftsverfassung besteht also darin, dass der Staat nur den Tausch (bzw. den freiwilligen Vertragsschluss) als Mittel, die wirtschaftliche Mitwirkung anderer zu erlangen, zulässt, d.h. dass er Gewalt (Raub, Erpressung, Nötigung), Eigenmacht (Diebstahl, Unterschlagung) und List (Betrug) als Wirkungsmethoden ausschließt.“ - In direktem Anschluss an dieses Zitat heißt es bei Böhm, „und dass er zweitens unter den Anbietern und Nachfragenden aller erdenklichen Wirtschaftsleistungen Wettbewerb veranstaltet.“ - Es war diese Formulierung, die den Anlass für die oben erwähnte Kritik von Goerdeler und Rittner bot.

²⁹ Das Prinzip des zum Leistungswettbewerb in Widerspruch stehenden Behinderungswettbewerbs beruht, so Böhm (1937: 153) „nicht auf der Überflügelung des Gegners mittels besserer eigener Leistung, sondern der Schädigung des Gegners mittels Störung seiner Geschäftsbeziehungen.“ Behinderungsstrategien „beruhen nicht auf dem Gedanken der Verbesserung der eigenen Leistung, sondern auf dem der Verschlechterung der Konkurrenzleistung; ihr Wirkungsmittel ist nicht das Anbieten von Vorteilen, sondern die Zufügung von Nachteilen“ (Böhm 1960a: 29). Eben solche Zufügung oder Androhung von Nachteilen macht aber nach Böhm (1960a: 32) das Wesen von Zwang aus: „In der Möglichkeit als schlechterer Anbieter den Partner von der Annahme besserer Angebote abzuhalten oder ihn für deren Annahme zu bestrafen, beruht das Wesen der wirtschaftlichen Macht; in der Ausnützung dieser Möglichkeit aber das Wesen des wirtschaftlichen Zwangs.“

³⁰ Siehe auch Rittners (1998: 526); 2004: 319 kritische Bemerkungen zur „Chimäre des Leistungswettbewerbs“.

Wettbewerbsstrategien Handlungsweisen auszuschließen, die mit den Ordnungsprinzipien einer auf freiwilligem Austausch beruhenden Wettbewerbswirtschaft unverträglich sind.³¹ Wie in diesem Sinne die ‚Spielregeln‘ des Wettbewerbs am angemessensten zu definieren sind, ist keineswegs immer offensichtlich, sondern erfordert eine ordnungsökonomische Analyse der faktischen Wirkungseigenschaften der in Frage stehenden Regeln.³² Das Freiburger Konzept des Leistungswettbewerbs ist daher auch nicht als fertige Rezeptur für die Ordnung der Wirtschaft zu verstehen, sondern als ein offenes Forschungsprogramm für eine durch ordnungsökonomische Analyse informierte Gestaltung der Wirtschaftsverfassung in einer sich wandelnden Welt.³³

Für das, was die Freiburger Ordoliberalen als Leistungswettbewerb umschreiben hat sich in der Ökonomik der Begriff der Konsumentensouveränität eingebürgert. Beiden Konzepten liegt der - von Adam Smith (1981: 660) als selbstverständlich unterstellte³⁴ - Gedanke zugrunde, dass Produktion nicht Selbstzweck ist, sondern der Befriedigung von Konsumentenwünschen dient, und dass deshalb die Wirtschaftsordnung so eingerichtet werden sollte, dass – wie Franz Böhm (1980a: 90) es in plastischer Bildsprache ausgedrückt hat – „der Konsument als Organist unmittelbar am Manual der

³¹ Dass in diesem Sinne einer negativen Abgrenzung gegenüber unzulässigen Strategien der „Gedanke des ‚Leistungswettbewerbs‘ in der Tat etwas weiter(hilft)“ (Rittner 1998: 529), räumt auch Rittner ein, wenn er feststellt, dass „wir Handlungen definieren und vor allem in Tatbeständen erfassen können, die *negativ* auf den Wettbewerbsprozess einwirken“ (ebd.), und dass sich für die Abgrenzung „des Behinderungswettbewerbs vom erlaubten Wettbewerb ... in der Tat der (Nicht-) Leistungswettbewerbs-Gedanke als heuristische Formel (empfiehlt)“ (ebd.: 529f.). – Siehe dazu auch Rittner (2004: 319).

³² Böhm, Eucken, Grossmann-Doerth (1937: xx): „Wie die Grenze zwischen unlauterem und erlaubtem Wettbewerb zu ziehen ist, wo freier Wettbewerb vorliegt und wo nicht, ... wann Leistungswettbewerb und wann Behinderungswettbewerb gegeben ist, ... kann nur auf Grund der Untersuchungen der verschiedenen Wirtschaftsverfassungen entschieden werden, welche die Wirtschaftswissenschaft durchführt.“ – Im unmittelbaren Anschluss an seine oben erwähnten kritischen Bemerkungen zum Konzept des Leistungswettbewerbs und zum Wettbewerb als „menschliches Urphänomen“ stellt Rittner (1988: 12) fest: „Um etwas durch Tausch zu erwerben, muß man ein anderes anbieten, eine eigene, möglichst begehrenswerte Leistung, sodaß der erhoffte Partner für sie möglichst viel hingeben wird. Dieser Leistungszwang auf der Anbieterseite lässt die Menschen zu Unternehmern werden, die deswegen ebenso wenig auszutilgen sind wie der Wettbewerb selbst, einigermaßen entwickelte Verhältnisse vorausgesetzt.“ – Mit dem anschließenden Verweis auf „einigermaßen entwickelte Verhältnisse“ tut Rittner beiläufig das Problem ab, um das es beim Freiburger Konzept des Leistungswettbewerbs geht, nämlich welche rechtlichen Verhältnisse gegeben sein müssen, um sicherzustellen, dass nur das Angebot besserer Leistung im Wettbewerb zum Erfolg führt.

³³ Eine solche, auf die allgemeinen Wirkungseigenschaften von Regeln abstellende *ordnungsökonomische* Beratung der Rechtsgestaltung unterscheidet sich deutlich von der – von Rittner (2005: 23ff.) zurecht kritisierten – Programmatik eines auf die Analyse der ‚Wohlfahrtswirkungen‘ im Einzelfall abstellenden ‚more economic approach‘, wie er etwa im europäischen Wettbewerbsrecht in Mode gekommen ist.

³⁴ Siehe dazu Vanberg (2005: 39).

Wirtschaftsorgel“ sitzt.³⁵ Das Verdienst der klassischen Nationalökonominnen lag, wie Böhm bemerkt, darin, die diesbezüglichen Leistungseigenschaften des freien Wettbewerbs entdeckt zu haben, dessen Wirkungsweise sie in den ‚Privatrechtsnischen‘ beobachten konnten, die sich im Rahmen der überkommenen Sozialstruktur entwickelt hatten.³⁶ Ihr Verdienst war es, mit ihrer theoretischen Analyse des marktwirtschaftlichen Koordinationsmechanismus die Klugheitsgründe deutlich gemacht zu haben, die es für die Mitglieder eines Gemeinwesens empfehlenswert sein lassen, die Regeln der Wettbewerbsfreiheit zum allgemeinen Verfassungsprinzip für die Ordnung ihres Wirtschaftslebens zu machen.

6. Die Konstitutionalisierung der Privatautonomie

Der besondere Akzent des Freiburger Ordoliberalismus liegt auf dem Gedanken, dass die wünschenswerten Funktionseigenschaften einer marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung nicht das Produkt ‚naturwüchsigen‘ Wettbewerbs sind, sondern nur in dem Maße zum Tragen kommen, in dem geeignete Spielregeln, eben Regeln des *Leistungswettbewerbs*, gesetzt und durchgesetzt werden.³⁷ Die Wettbewerbsfreiheit, der die Marktwirtschaft ihre Produktivität verdankt, ist eine durch die Regelordnung des Leistungswettbewerbs definierte Handlungsfreiheit, ‚definiert‘ nicht im Sinne einer Positivliste zulässiger Strategien, sondern im Sinne des Verbots unzulässiger Handlungsweisen. Im Rahmen der Wettbewerbsordnung ist es den einzelnen überlassen, ihre Privatautonomie in Verfolgung ihrer eigenen Interessen wahrzunehmen. Ihre ‚soziale‘ Verantwortung liegt darin, dies im Rahmen der ihnen durch die Regelordnung auferlegten Beschränkungen zu tun, nicht darin, die Förderung des Gemeinwohls zum Maßstab ihrer Entscheidungen zu machen.

³⁵ Wenn, wie Rittner (1988: 119) mit kritischem Unterton vermerkt, „das traditionelle Verständnis der Wirtschaft als einer der Deckung menschlicher Bedürfnisse dienenden Einrichtung den Blick der Wirtschaftswissenschaften leicht auf den *Menschen als Verbraucher* ... beschränkt,“ so hat dies seinen Grund in den erläuterten Überlegungen.

³⁶ Böhm (1980c: 236,238): „Man kann sagen, die Marktwirtschaft ist von Menschen und Völkern praktisch angewendet, aber nicht von ihnen erfunden worden ... Die Entdeckung der Ordnungsstruktur des marktwirtschaftlichen Systems ist seiner praktischen Anwendung um viele tausend Jahre *nachgefolgt*. Erst in der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts ist sie gemacht worden. Sie gehört in der Tat zu den *größten und wichtigsten wissenschaftlichen Leistungen der Menschheit*.“ – S. auch Böhm (1980b: 196ff.).

³⁷ Miksch, L. (1947: 220): „Das ist das, was uns vom Wirtschaftsliberalismus des 19. Jahrhunderts trennt, dass wir gelernt haben, *laissez faire und Wettbewerb zu unterscheiden*, dass wir sehr entschieden eine Ordnung gestalten wollen und dass wir in Wirtschaftsverfassungen denken.“

Die Aufgabe, dafür zu sorgen, dass aus dem Zusammenspiel der privatautonomen Bestrebungen eine den Interessen aller Beteiligten dienende Handlungsordnung resultiert, liegt bei der Regelordnung.³⁸ Und die Verantwortung dafür, dass eine Regelordnung, die dies leistet, etabliert und wirksam durchgesetzt wird, ist politischer Natur. Sie ist die gemeinsame Verantwortung aller Mitglieder/Bürger eines Gemeinwesens, die sie über den politischen Prozess, repräsentiert durch Agenten, wahrzunehmen haben. Die besondere Leistungsfähigkeit einer wettbewerblichen Wirtschaftsverfassung liegt gerade darin, dass sie bei geeigneter Definition der Spielregeln, die einzelnen in ihren Handlungsentscheidungen von der Verantwortung für das ‚Allgemeinwohl‘ entlastet und die Motivationsenergie, die Talente und das Wissen zur Entfaltung bringt, die dort zum Tragen kommen, wo es Menschen freisteht, ihre eigenen Interessen zu verfolgen, im Rahmen von Regeln, die ihre Verantwortung auf von ihnen überschaubare Umstände beschränken.³⁹

Dass angesichts der Komplexität der sozialen Welt die Wahrung des Allgemeinwohls eine Frage der Regeln des menschlichen Zusammenlebens ist, und nicht eine Sache individueller Handlungsverantwortung sein kann, ist gerade von F.A. Hayek in einer die Freiburger Lehre fruchtbar ergänzenden Weise betont worden. Wie Hayek dargelegt hat, erfordert unsere beschränkte Kenntnis all der Faktoren, von denen die Konsequenzen unseres Handelns in einer komplexen Welt abhängen, dass wir uns auf erprobte Regeln stützen, die unsere Handlungsverantwortung - und damit unsere Aufmerksamkeit – auf Aspekte der Problemumwelt konzentrieren, die wir überschauen

³⁸ Böhm (1937: 27): „Die Aufgabe, den einzelnen zu veranlassen, von dieser Freiheit einen im Allgemeininteresse liegenden Gebrauch zu machen, wurde von der klassischen Lehre nicht der Freiheit überlassen, sondern diese Aufgabe hatten gewisse Kontrolleinrichtungen – nämlich vor allen die Konkurrenz und ein strenges Schuldrecht zu versehen.“

³⁹ In diesem Sinne sagt Nörr (1994a: 104) zurecht über „die von der Wettbewerbsfreiheit geprägte Wirtschaftsordnung“, ihr komme „es auf die Motive und Ziele des Wettbewerbs (besser wohl: der Wettbewerber, V.V.) überhaupt nicht an, wenn nur die Methoden des Leistungswettbewerbs befolgt werden.“ Allerdings scheint Nörr darin gerade ein ethisches Defizit der von Böhm vertretenen Konzeption zu sehen, wenn er feststellt: „Freiheit ohne Verantwortung im Wettbewerbs- und Marktgeschehen: eine folgenschwere Singularisierung des Markt- und Wirtschaftsraums, weil er von anderen freiheitsbezogenen Handlungsräumen des Menschen abgesondert wird und durch die Freistellung von individueller Verantwortung entscheidend an Legitimität verliert. ... Ist die ‚Entlastung‘ von Verantwortung das Elend des institutionellen Denkens? ... Kant hätte es der Institution nie zugestanden, das Individuum, sobald es in ihre Dienste tritt, von Verantwortung loszusprechen, den Menschen, wenn er wirtschaftet und sich dem Wettbewerb stellt, gewissermaßen zu entsittlichen.“ (Nörr 1994a: 119). – Nörr lässt bei seiner kritischen Bewertung außer Betracht, dass die ‚Entlastung von Verantwortung‘, um die es hier geht, eine an die Respektierung der Spielregeln gebundene Entlastung ist.

und kontrollieren können.⁴⁰ Die Aufgabe, die auf die Verfolgung eigener Interessen ausgerichteten Handlungen der einzelnen mit den gemeinsamen Interessen aller Beteiligten in Einklang zu bringen, liegt bei den gesellschaftlichen Spielregeln und dort wo – bzw. in dem Maße, in dem – diese Regeln bewusster Gestaltung unterliegen ist diese Aufgabe Gegenstand politischer, verfassunggebender Verantwortung.⁴¹ Bei der Etablierung einer Ordnung des Leistungswettbewerbs geht es, in den Worten Böhms (1960b: 61), darum, „einen Automatismus in Vollzug zu setzen, dem die Aufgabe obliegt, Individualinteresse und Gesamtinteresse gleichzuschalten, und der gleichzeitig die Funktion eines *Wegweisersystems* und *Sanktionssystems* versieht.“

Der Umstand, dass mit dem von Böhm vertretenen Verständnis der Wettbewerbsordnung die *Wettbewerbsfreiheit* der Legitimation durch eine systematisch vorgelagerte – und notwendigerweise politische – Verfassungsentscheidung über die Ordnung des Wirtschaftslebens unterworfen wird,⁴² hat zu kritischen Kommentaren Anlass gegeben. So fragte etwa K.W. Nörr (1993: 10), ob durch die damit vollzogene Konstitutionalisierung der wirtschaftlichen Freiheitsrechte nicht das „klassische Modell des Wirtschaftsliberalismus ... vollständig von seinen Wurzeln gelöst, seiner philosophischen und moralischen Substanz beraubt“ werde. Wenn „die freiheitliche Wirtschaftsverfassung dem Ermessen der politischen Ordnung anheimgegeben“ sei, würden – so folgert Nörr (ebd.: 8) – „die wirtschaftlichen Freiheitsrechte dem politischen Ermessen“ ausgesetzt, verlören sie „durch Institutionalisierung und Relativierung jeden überpersönlichen Wert.“⁴³ In der von Böhm und den Ordoliberalen vertretenen Ordnungsvorstellung hat das Individuum laut Nörrs (ebd.: 18) kritischer Bewertung, als

⁴⁰ Dazu Hayek (1945/2002: 15f., 19f.). – Siehe auch Hayek (1966/2002: 76): „Verhaltensregeln können vom Individuum nur verlangen, daß es diejenigen Konsequenzen seiner Handlungen berücksichtigt, die es selbst vorhersehen kann.“ – A. von Arnould (2003b: 201): „Regeln weisen nicht bloß Verantwortungsbereiche zu, sie nehmen dem Normadressaten auch Verantwortung ab und entlasten ihn. Der Gedanke ist einfach: Jede Regel nimmt positiv wie negativ aus dem unerschöpflichen Bereich des Möglichen das Gesollte heraus und überführt es in das spezifische System, das sie steuert.“

⁴¹ Mestmäcker (1975: 383): „Aus den Voraussetzungen, unter denen Wettbewerb dahin tendiert, privatwirtschaftliches und öffentliches Interesse vereinbar zu machen, lassen sich Regeln für das Verhalten der am Wettbewerb Beteiligten ableiten (Spielregeln des Leistungswettbewerbs). Diese Regeln stehen nicht zur Disposition der Beteiligten, sondern sind Teil der Wirtschaftsverfassung.“

⁴² Böhm (1980b; 164) spricht von „der verfassungspolitischen *Grundentscheidung*, die mit der Option für das marktwirtschaftliche System und die privilegienlose Zivilrechtsgesellschaft getroffen worden ist.“

⁴³ Nörr (1993: 9): „Durch die Institutionalisierung nehmen die Freiheitsrechte am Schicksal der Institution teil; wenn also der Staat die Entscheidung für die herrschaftsfreie Ordnung des Wettbewerbs widerruft, laufen die wirtschaftlichen Freiheitsrechte leer. Nichts hindert den Staat an dieser Entscheidung, denn die wirtschaftliche Freiheit ist ihm nicht vor-, sondern nachgeordnet.“

„Quelle und Träger des Privatrechts ... keinen selbstständigen Ort ... sondern es ist untrennbar verknüpft mit der Privatrechtsgesellschaft und dem Marktmechanismus“, seine Privatautonomie „beruht letztlich auf der politischen Entscheidung des Systems“.⁴⁴ Nun folgt zwar aus der ordoliberalen Vorstellung der Konstitutionalisierung von Wirtschaftsfreiheit und Privatautonomie zwangsläufig deren kontingenter Charakter, ihre Abhängigkeit von vorgängigen Verfassungsentscheidungen. Doch ist die faktische Abhängigkeit individueller Freiheitsrechte von politischen Verfassungsentscheidungen ein nicht zu übersehender Tatbestand, dessen Auswirkungen nicht dadurch zu umgehen sind, dass man – etwa im Sinne naturrechtlicher Annahmen – den konstitutionellen Entscheidungen vorgängige Rechte unterstellt.⁴⁵ Was immer der rechtsphilosophische Status solch ‚vorgängiger‘ Rechte sein mag, sie vermögen den post-konstitutionellen Freiheitsrechten keine sicherere Grundlage zu bieten, als es die faktische Verfassungswahl tut, geschehe diese Verfassungswahl nun auf gewohnheitsrechtlichem oder auf statuarischem Wege.⁴⁶

Es kann zur Klärung der eigentlichen Problematik, um die es bei der Frage der Relativierung individueller Freiheitsrechte durch ihre Konstitutionalisierung geht, beitragen, wenn man zwischen zwei Konzepten individueller Freiheit bzw. *individueller Autonomie* unterscheidet, nämlich zwischen *Privatautonomie* und dem, was man als *konstitutionelle Autonomie* bezeichnen könnte.⁴⁷ Privatautonomie umfasst die individuellen Handlungsrechte, die durch die in einem Gemeinwesen geltende Regel-

⁴⁴ „Die Verfassungsentscheidung für den freien Wettbewerb bedeutet dann folgerichtig auch die Verfassungsentscheidung für das Privatrecht als Regelwerk der vom Wettbewerb gestalteten Wirtschaftsordnung. Auch die Institution des Privatrechts beruht somit auf dem Willensentschluß des pouvoir constituant.“

⁴⁵ Nörr (1995: 64): „Denn Böhm betrachtet die herrschaftsfreie Wirtschaftsordnung zwar als eine vom Staat unterschiedene, nicht aber als eine ihm vorgegebene Ordnung im Sinne etwa eines naturrechtlichen Postulats, einer *ordre naturel*. Vielmehr bedarf es des Staats als eines Verfassungsgebers zur Entscheidung über die Errichtung – oder nicht – einer herrschaftsfreien Wirtschaftsordnung auf seinem Gebiet.“

⁴⁶ Böhm (1980b: 124f.): „Die Aufstellung privatrechtlicher Normen ist ein *Akt der Rechtssetzung*. Ob dieser Akt in der Form der Beschlussfassung über ein Gesetz oder aber in der Form der *Gewohnheitsrechtsbildung* vollzogen wird, ist ohne Belang. ... Die Befugnis, allgemein verbindliche Normen aufzustellen, ist eine ihrem Wesen nach *politische* Befugnis.“

⁴⁷ Entsprechend kann man zwischen zwei Bedeutungen des Konzepts der „Freiheit und Selbstbestimmung des Menschen“ unterscheiden, nämlich der Selbstbestimmung des Privatrechtssubjekts im Rahmen der Privatrechtsordnung und der konstitutionellen Selbstbestimmung des einzelnen, seine Freiheit der Wahl der Regelordnung, unter der er in Vereinbarung mit anderen leben möchte. – Die beiden Bedeutungen der Freiheit und Selbstbestimmung mögen bei der Frage der „Doppeldeutigkeit des Privatrechtsbegriffs“ eine Rolle spielen, die F. Rittner (1996: 194f.) unter Bezug auf K.-W. Nörr diskutiert.

oder Verfassungsordnung definiert und konstituiert werden. In ihrer Wahrnehmung dieser Rechte im Rahmen der Privatrechtsgesellschaft sind die einzelnen gegen Eingriffe durch andere Private ebenso wie durch den Staat geschützt.⁴⁸ Im Unterschied zur in *individueller* und *separater* Entscheidung wahrnehmbaren Privatautonomie ist die Entscheidung über die in einem Gemeinwesen geltende Regelordnung zwangsläufig eine Angelegenheit *kollektiver Wahl*. Bei der Frage der Wahrung individueller Freiheit und Autonomie auf dieser *konstitutionellen* Ebene kann es daher nur darum gehen, ob und inwieweit bei dieser kollektiven Wahl die Entscheidungsfreiheit des einzelnen als Vertragspartner des Verfassungspaktes gewahrt wird. Ebenso wie im Rahmen der Privatrechtsordnung soziale Verpflichtungen dadurch begründet und Regelbindungen dadurch legitimiert werden, dass die Beteiligten ihnen freiwillig zustimmen,⁴⁹ so kann – geht man vom normativen Maßstab individueller Freiheit und Autonomie aus – auch der die Regelordnung der Privatrechtsgesellschaft konstituierende Verfassungspakt letztendlich nur daraus seine Legitimation schöpfen, dass er auf der freiwilligen Zustimmung der Beteiligten beruht. Oder anders gesagt, seine Legitimation ist daran zu messen, inwieweit er als Ausdruck der konstitutionellen Autonomie der Beteiligten gelten kann. Angesichts der Besonderheiten des staatlichen Gemeinwesens als einem Territorial- und Intergenerationenverband liegt es in der Natur der Sache, dass die einzelnen in der Ausübung ihrer konstitutionellen Autonomie auf dieser Ebene wesentlich stärkeren Beschränkungen unterliegen als dies beim analogen Vorgang privatrechtlicher Verbandsbildung der Fall ist.

Die hier vorgenommene Unterscheidung zwischen individueller Autonomie im Sinne der privatrechtlichen Wahrnehmung von Handlungsrechten im Rahmen einer geltenden Rechtsordnung und individueller Autonomie im Sinne der – naturgemäß nur kollektiv wahrzunehmenden – Souveränität der betroffenen Individuen in der Verfassungswahl mag der von Nörr (1994a: 116; 1995: 64f.) kommentierten Böhmischen

⁴⁸ Wie Böhm (1961: 12) es in der ihm eigenen bildreichen Sprache ausdrückt: „Selbst die Träger der Staatsgewalt müssen ihre Macht und Autorität in der Garderobe abgeben, wenn sie sich im Bereich der Privatrechtsgesellschaft etwa als Käufer, Verkäufer, Eigentümer oder Patentinhaber bewegen wollen.“

⁴⁹ Böhm (1960a: 26) spricht von der Privatrechtsordnung, die „nur Gleichberechtigte und mithin für die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen zwei Rechtssubjekten grundsätzlich nur den zweiseitigen Rechtsakt, den freiwilligen Vertrag kennt.“ – Siehe auch Böhm (1980b: 201): „Die marktwirtschaftliche Ordnung ist ... eine *Koordinationsordnung*. Das heißt, die Beteiligten sind einander *gleichgeordnet*. Verpflichtungen und Ansprüche zwischen den Beteiligten können *nur aufgrund von Verträgen* entstehen.“

Unterscheidung zwischen Menschenrechten, die „vor und gegen die Gemeinschaft und den Staat“ bestehen, und wirtschaftlichen Freiheitsrechten, die „in und durch Gemeinschaft und Staat“ bestehen, zugrunde liegen.⁵⁰ Die *konstitutionelle Autonomie* der einzelnen, ihre Freiheit in der Wahl der Regelordnung, an die sie sich gemeinsam mit anderen binden wollen, muss in der Tat als ein unbedingtes, dem Staat vorgeordnetes ‚Menschenrecht‘ angesehen werden, während die *Privatautonomie* und die durch sie definierten wirtschaftlichen Freiheitsrechte in dem Sinne kontingenter Natur sind, dass sie ihre Legitimation durch die freiwillige Zustimmung derjenigen beziehen, die sich der sie konstituierenden Verfassungsordnung unterwerfen. Mit der Konstitutionalisierung der Privatautonomie geht zwar, wie E.-J. Mestmäcker (1995: 128) in Antwort auf die Sichtweise Nörrs⁵¹ feststellt „eine Relativierung der wirtschaftlichen Freiheitsrechte einher, zugleich gewinnen sie damit jedoch eine neue Legitimation.“⁵²

Erhalten die wirtschaftlichen Freiheitsrechte ihre ‚neue Legitimation‘ aus der Zustimmung der Beteiligten zu der sie konstituierenden Wirtschaftsverfassung, so kann die Zustimmung zu dieser Verfassung ihre Klugheitsbegründung darin finden, dass sie den gemeinsamen Interessen aller dienlicher ist als realisierbare alternative Ordnungen der Wirtschaftslebens. Insofern sind die Argumente, die Ordo-Liberale zugunsten der marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung vorbringen, keine Implikationen eines unbedingten Freiheitspostulates, sondern an souveräne Bürger adressierte Klugheitsgründe dafür, warum es in ihrem gemeinsamen Interesse liegt, sich auf eine solche Regelordnung zu einigen.

⁵⁰ Nörr (1994a: 120): „Man kann in der Welt des Wettbewerbs, wie sie von Böhm gestaltet wird, die antiindividualistischen Züge nicht übersehen; von den Menschenrechten geschieden werden die wirtschaftlichen Freiheitsrechte der Institution preisgegeben, in deren Fesseln geschlagen.“

⁵¹ Nörr (1994a: 155): „Unter dem Gesichtspunkt des Privatrechts müssen wir festhalten, dass Böhm einen entindividualisierten und soziologisierten Privatrechtsbegriff vertrat. ... Das Individuum als Quelle und Träger des Privatrechts und der Privatrechtsinstitute hat keinen selbständigen Ort, keine Bedeutung um seiner selbst willen, sondern ist untrennbar verknüpft mit der Privatrechtsgesellschaft und dem Mechanismus des Marktes, ist bloßes Element der Koordination.“

⁵² Mestmäcker (1975: 392): „Altliberale mögen geneigt sein, in der Frage nach den Rechtsbedingungen der Gewerbefreiheit Kleinmut am Werke sehen, weil die Freiheit ihre Richtigkeitsgewähr in sich selbst tragen sollte; eine Auffassung, welche die Zivilrechtswissenschaft im Hinblick auf die Privatautonomie über ein Jahrhundert mit verschiedenen Begründungen geteilt hat.“ Die „Lehre von der Wirtschaftsverfassung“, so fügt Mestmäcker (ebd.) hinzu, „eröffnet den Ausweg aus dem fatalen Zirkel von Privatnützlichkeits der Freiheit und dem öffentlichen Interesse an ihrer Einschränkung.“

7. Privatrechtsgesellschaft und Demokratie

Ihre konstitutionelle Autonomie, ihre Freiheit in der Wahl der Regelordnungen, unter denen sie leben möchten, können Menschen *individuell* und *separat* allein durch Mobilität *zwischen Verbänden* ausüben, eine Mobilität, die aus verschiedenen Gründen im Falle staatlicher Gemeinwesen mit größeren Schwierigkeiten verbunden ist als im Falle privatrechtlicher Verbände. *Innerhalb eines Verbandes* können sie ihre konstitutionelle Autonomie zwangsläufig nur gemeinsam mit den übrigen Verbandsmitgliedern ausüben, auf dem Wege *kollektiver Entscheidung*, verbunden mit den spezifischen Problemen, die kollektiven Entscheidungen inhärent sind, Probleme, die mit zunehmender Verbandsgröße bedeutsamer werden und bei staatlichen Gemeinwesen besonders schwerwiegend sind (Vanberg 2005: 41 ff.). Demokratie im Sinne der genossenschaftlich-mitgliederbestimmten Organisation politischer Gemeinwesen kann man als institutionelle Operationalisierung des Prinzips konstitutioneller Autonomie betrachten (Vanberg 2007).

Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft bilden ein sich selbst organisierendes soziales System, dessen Koordinationsleistung darauf beruht, dass die einzelnen Akteure ihre Handlungen im Rahmen allgemeiner Spielregeln und gesteuert durch Preissignale wechselseitig aneinander anpassen. Als ein auf spontaner Selbstorganisation beruhendes Ordnungsgefüge ist die Privatrechtsgesellschaft kein handlungs- und entscheidungsfähiges Gebilde.⁵³ Sie ist selbst-organisierend, aber nicht selbst-genügsam. Zur Pflege ihrer Funktionsvoraussetzungen, der Setzung und Durchsetzung einer geeigneten Regelordnung, bedarf es einer zu kollektiven Entscheidungen und kollektivem Handeln fähigen Organisation, eben des Staates. Der demokratische Staat kann in diesem Sinne als genossenschaftlicher Verband angesehen werden, zu dem sich die ‚Mitglieder‘ der Privatrechtsgesellschaft⁵⁴ zusammenschließen, um ihre gemeinsamen, nur durch kollektives Handeln zu realisierenden Interessen wahrzunehmen. Der demokratische Staat ist, um es mit anderen Worten zu sagen, das

⁵³ Böhm (1980b: 115):“ Die Privatrechtsgesellschaft ist ... kein Phänomen, das selbst plant und handelt... Was im Bereich der Zivilgesellschaft geplant und getan wird, das wird von den Mitgliedern der Gesellschaft und von ihren freiwillig geschaffenen Verbänden geplant und getan.“

⁵⁴ In seiner üblichen Bedeutung legt der Begriff der Mitgliedschaft die Vorstellung eines Verbandes nahe, dem die Mitglieder angehören. Da die Privatrechtsgesellschaft eine spontane Ordnung ist, kann man bei ihr nur im übertragenen Sinne von Mitgliedern sprechen.

Exekutivorgan der per se handlungsunfähigen Gesellschaft (Böhm 1980b: 110,111), er fungiert als „Inhaber der politischen Machtapparatur der körper- und willenlosen Privatrechtsgesellschaft“ (ebd.: 114).⁵⁵

Privatrechtsgesellschaft und demokratischer Staat stehen, wie Böhm (1961: 14; 1980b: 148) betont, in einem komplementären Verhältnis zueinander. So wie sich die Beteiligten in der Privatrechtsgesellschaft als gleichfreie und gleichberechtigte begegnen, so wirken sie im staatlichen Gemeinwesen als gleichberechtigte Mitglieder des politischen Verbandes zusammen.⁵⁶ Wenn Böhm (1961: 13) davon spricht, dass es darum gehe, „die Prinzipien der politischen Verfassung und die Prinzipien, die die Privatrechtsgesellschaft konstituieren, als eine umfassende funktionale Einheit zu begreifen“, so kann diese ‚funktionale Einheit‘ darin gesehen werden, dass beide das Prinzip der *individuellen Autonomie* zur Geltung bringen, als *Privatautonomie* im Rahmen der Privatrechtsordnung und als *konstitutionelle Autonomie* im öffentlich-rechtlichen Bereich staatlichen Handelns.⁵⁷ Dabei ergänzen sich Privatrechtsgesellschaft und Demokratie auch deshalb in zweckmäßiger Weise, weil die Nutzung der Selbststeuerungskräfte privatrechtlich-marktwirtschaftlicher Ordnung des Wirtschaftslebens es möglich macht, die durch den Staat wahrzunehmenden Aufgaben so weit einzuschränken, dass die Kontrolle der Ausübung politischer Entscheidungsgewalt wirksamer gestaltet werden kann, als dies bei einer stärkeren Ausweitung der staatlichen Zuständigkeiten möglich ist.⁵⁸ Die Rolle, die dem Staat im Gesamtvollzug der Privatrechtsordnung zufällt, so formuliert es Böhm (1980b: 156f.), ist „inhaltlich so beschaffen, dass sie dem politischen *Ermessen* sehr enge Grenzen setzt. Wenn die

⁵⁵ Böhm (1980b: 114): „Ohne Obrigkeit kann auch eine Privatrechtsgesellschaft nicht auskommen Das bloße Funktionieren ihres eigenen Kreislaufs bedarf einer Wartung, die sie nicht aus sich selbst heraus bewerkstelligen kann. Die Funktion dieser Wartung aber, eine zwar durchaus nur dienende, aber ihrer Natur nach obrigkeitliche Funktion, wird vom Staat wahrgenommen.“

⁵⁶ Böhm (1980a: 87): „So qualifiziert sich denn die Wettbewerbsordnung als ein geradezu idealer sozialer Unterbau für eine demokratische Staatsordnung, denn sie beruht auf dem Gedanken, die Möglichkeit des Koordinierens freier Menschen“ auszunutzen.

⁵⁷ Böhm (1961: 14): „Herrschaft des Volks im Staat, Herrschaft des Privatrechts in der Gesellschaft und rechtsstaatliche Verknüpfung von Gesellschaft und Staat, das sind die drei großen Prinzipien, die in ihrer Zusammenfassung die moderne Demokratie im westlichen Sinne konstituieren.“

⁵⁸ Böhm (1980: 89): „Die Wettbewerbsordnung ist mit einer demokratischen Staatsverfassung nicht nur deshalb vereinbar, weil sie die Staatsaufgaben in höchst ökonomischer Weise auf ein Minimum beschränkt und den Bürgern ein Optimum von konsumtiver und produktiver Planungsfreiheit einräumt, sondern sie fügt sich auch deshalb aufs Vollkommenste in eine politische Demokratie ein, *weil sie in sich selbst ein demokratischer Vorgang ist.*“

politische Entscheidung zugunsten dieses Systems fällt, so ist damit zugleich auch die Entscheidung darüber gefallen, was der Gesetzgeber zu dekretieren, die Regierung anzuordnen und nach welchen obersten Prinzipien die Gerichte das Gesetz auszulegen haben.... Auf diese Weise und im Rahmen der hier sich eröffnenden Möglichkeiten bietet sich für das Volk der Regierten eine effektive Chance, seine Souveränität zu behaupten und praktisch auszuüben, obwohl es sich natürlich fürs nächste darauf beschränken muss, Abgeordnete zu wählen, die ihrerseits kooperativ die gesetzgebende Gewalt ausüben und die Regierung ... ernennen und kontrollieren.“⁵⁹

8. Die Wettbewerbsordnung als „pflegebedürftige Parklandschaft“

Menschen nehmen in der Regel sowohl auf der Konsumenten- als auch auf der Produzentenseite am Wirtschaftsleben teil. Die marktwirtschaftliche Wettbewerbsordnung ist ein Regelsystem, in dem sich die Beteiligten in ihrer Eigenschaft als Produzenten – als Arbeitnehmer, Investoren, Unternehmer, Aktienbesitzer, etc. – dem Wettbewerb unterwerfen, um gemeinsam in ihrer Eigenschaft als Konsumenten in den Genuss der Vorteile zu kommen, die eine Wettbewerbswirtschaft zu bieten vermag. Während sie in ihrer Eigenschaft als Konsumenten die Früchte des Wettbewerbs einhellig begrüßen, empfinden sie seine Anforderungen dort, wo sie ihm in ihrer Eigenschaft als Produzenten ausgesetzt sind, als ungeliebte Bürde. Im Unterschied zu ihren Konsumenteninteressen, die sie in konsensfähiger Weise durch die Etablierung einer Wettbewerbsordnung realisieren können, sind ihre auf den Schutz vor Wettbewerb gerichteten Produzenteninteressen miteinander konfligierende Partikularinteressen. Diese Interessen sind nicht auf einen für alle Beteiligten gleichermaßen geltenden Wettbewerbsschutz gerichtet, sondern auf die Begünstigung bestimmter Produzentengruppen, eine Begünstigung, die zwangsläufig mit Nachteilen für andere Gruppen einhergeht (Vanberg 2005: 49ff.).

⁵⁹ Mit der Entscheidung für die privatrechtlich-marktwirtschaftliche Ordnung des Wirtschaftslebens wird das „Aufstellen und Realisieren von Betriebsplänen (und von Konsumplänen) in die Zuständigkeit der privatautonen Entscheidung der Gesellschaftsmitglieder“ (Böhm 1980b: 127) verwiesen, „die Aufgabe, den *Ordnungsrahmen*, bereitzustellen, dem *Staat*“ (ebd.) zugeordnet. Durch die Entscheidung, „die wirtschaftlichen Abläufe mittels eines *rechtlich geordneten Verfahrens* ... mittelbar zu beeinflussen“ (Böhm 1960b: 55), legt sich der Staat „von vornherein ganz bestimmte, in der Logik des jeweils gewählten Verfahrens begründete Beschränkungen auf“ (ebd.)

Im Sinne der geschilderten Interessenkonstellation kann man die marktwirtschaftliche Wettbewerbsordnung als eine Art Sozialpakt betrachten, in dem sich die Beteiligten wechselseitig verpflichten, sich um der dadurch zu realisierenden gemeinsamen Vorteile willen den Anforderungen des Wettbewerbs auszusetzen, und eine wesentliche Rolle des Staates „als Hüter der Wettbewerbsordnung“ (Eucken 1990: 327) kann entsprechend darin gesehen werden, die Einhaltung dieses Paktes sicherzustellen.⁶⁰ Die Schwierigkeiten seiner Durchsetzung ergeben sich aus dem Umstand, dass es für alle Beteiligten Anreize gibt, die Früchte einer ansonsten wettbewerblichen Ordnung zu genießen, sich selbst aber die Bürden des Wettbewerbs zu ersparen. Dies können sie, wie Böhm (1980b: 158f.) es plastisch umschreibt, grundsätzlich auf zwei Wegen versuchen. Zum einen, indem sie als Teilnehmer am ‚Spiel‘ des Marktwettbewerbs versuchen „*durch Spielregelverletzung Vorteile zu erlangen*“, zum anderen in dem sie als Teilnehmer am politischen Prozess versuchen, Ausnahmeregelungen zu ihren Gunsten zu erwirken.⁶¹

Sieht man das Kennzeichen ethischer Systeme darin, dass sich die Beteiligten zu ihrem gemeinsamen Vorteil wechselseitig an Regeln binden, deren Einhaltung ihnen im Einzelfall durchaus Opfer abverlangen kann, (Vanberg 2002), so liegt die ethische Qualität der marktlichen Wettbewerbsordnung in dem sie konstituierenden ‚Sozialpakt‘.⁶² Während sie in ihrem *internen* Funktionieren die Anforderung an den Gemeinsinn der Beteiligten minimiert, indem sie es ihnen ausdrücklich freistellt, *im Rahmen der Spielregeln* ihre eigenen Interessen am Spielerfolg zu verfolgen, liegt die entscheidende

⁶⁰ Böhm (1980b: 158): „Der verfassungsgemäße, partiturmäßige, systementsprechende Auftrag an Gesetzgeber und Regierung lautet hier, den Ordnungsrahmen zu schaffen, zu pflegen und zu handhaben, der das Funktionieren des marktwirtschaftlichen Lenkungsmechanismus gewährleistet. ... Das entspricht nicht bloß dem Verfassungsauftrag, sondern es liegt auch im Interesse des Volks, im Interesse aller Mitglieder der Privatrechtsgesellschaft und somit aller Staatsbürger, dass sich die Regierung streng an diesen Auftrag hält.“

⁶¹ Böhm (1980b: 164f.): „Die Sünde, von der hier die Rede ist, besteht nun darin, dass die Wirtschaftsbeteiligten der Versuchung erliegen, die Einkommenserwartungen, die sie bei ordnungskonformer Handhabung des Systems haben, dadurch zu verbessern, dass sie – soweit ihnen das objektiv möglich ist – für ihre eigene Person *ordnungsinkonform* handeln, oder dass sie ihre politischen Mitbestimmungsrechte und ihren politischen Einfluss verwerfen, um die amtierende Staatsgewalt zu veranlassen, zugunsten einer bestimmten Gruppe von Bürgern eine *ordnungsinkonforme Ausnahme zuzulassen, und dass die amtierende Staatsgewalt diesem Einfluss nachgibt*.“

⁶² Eingehender dazu Vanberg (2002: 61ff.). – Müller-Armack (1976: 256) spricht den hier in Frage stehenden Sachverhalt an, wenn er darauf hinweist, „dass der Wettbewerb nicht nur eine gelegentlich unzweifelhaft unbequeme Sache für denjenigen ist, der zum Objekt des Wettbewerbs wird, sondern dass in ihm auch eine solidarische Funktion liegt, dass nämlich alle, auch diejenigen, die unter dem Wettbewerb seufzen, letztendlich von anderen Leistungen des Wettbewerbs her wesentliche Vorteile bekommen.“

ethische Anforderung der Wettbewerbsordnung darin, dass sie für ihr *gemeinwohldienliches* Funktionieren sowohl auf die Fairness der Beteiligten im Sinne strikter Regeltreue und des Verzichts auf Privilegien als auch auf ihren ‚konstitutionellen‘ Gemeinsinn angewiesen ist, auf ihre Bereitschaft, an der Gemeinschaftsaufgabe der Pflege der Regelordnung mitzuwirken.⁶³ Dies ist gemeint, wenn Böhm (1980c: 200) vom Selbststeuerungssystem der Marktwirtschaft als „einer ziemlich hochgezüchteten sozialen Parklandschaft“ spricht, die das „Vorhandensein und die dauernde Pflege und Verbesserung einer ganzen Reihe von politischen, rechtlichen, sozialen, zivilisatorischen Vorbedingungen“ erfordert.⁶⁴

In einer einigermaßen funktionierenden Rechtsordnung kann man davon ausgehen, dass die offensichtlichen Formen der Spielregelverletzung wie Betrug, Raub u.ä., in erträglichen Grenzen gehalten werden. Die besondere Aufmerksamkeit Böhms und seiner Freiburger Kollegen galt den weniger offensichtlichen Verstößen gegen die Spielregeln einer Wettbewerbsordnung, die darin liegen, dass die Beteiligten die Instrumente des Privatrechts zum Zwecke der Wettbewerbsbeschränkung benutzen.⁶⁵ Der verhängnisvolle „Rechtsirrtum“, den das Reichsgericht aus Böhms Sicht mit seinem 1897er Urteil im Fall des sächsischen Holzstoff-Kartells begangen hatte, lag darin, verkannt zu haben, dass die „eigenmächtige Außerkraftsetzung der Wettbewerbsordnung durch die Wirtschaftsbeteiligten“ (Böhm 1960: 63), wie sie bei Kartellvereinbarungen

⁶³ Böhm (1980c: 200): „Obwohl das System an das Vorhandensein von Gemeingeist bei den Teilnehmern am Wirtschaftsverkehr ziemlich geringe Anforderungen stellt, setzt es bei denjenigen, die sich für seine Pflege und Verbesserung verantwortlich fühlen, das heißt bei uns allen in unserer Eigenschaft als Bürger unseres Landes, ein ungewöhnliches Maß von Gemeingeist voraus. Das bedarf der Betonung, denn leider erzeugt eine automatisch arbeitende Ordnung bei allen ihren unschätzbaren Vorzügen kein besonders günstiges Sozialklima für die Entfaltung von Gemeingeist. Aber das ist ein Problem, kein Schicksal.“

⁶⁴ Böhm (1950: xxxv): „Die Wettbewerbswirtschaft wiederum ist ein kulturelles Wunderwerk, das auf ein hohes Maß von pflegehafter Verwaltungskultur, einsichtiger Grundsatzfestigkeit, Achtung vor der individuellen Freiheit, Liebe zur individuellen Freiheit, Willen, diese Freiheit zu behaupten, und von Rechtsbewusstsein angewiesen ist, das also nur bei hochgespannter Daueranstrengung eines politisch geschulten, freiheitsliebenden Volkes vor Verfall geschützt werden kann“. – Der „entscheidende Fehler der Klassiker“, so Böhms (ebd.: LII) Urteil, lag darin, „den Anteil der bewussten sozialen Kulturleistung an der Entfaltung der vorgegebenen Ordnungsmöglichkeiten weit unterschätzt“ zu haben.

⁶⁵ Böhm (1980b: 158): „Auch in der Marktwirtschaft besteht die Möglichkeit, das Mogeln zu einer Einnahmequelle zu machen. Die Teilnehmer oder Teilnehmergruppen können z.B. versuchen, bereits im Raum der Privatrechtsgesellschaft eigenmächtig und sozusagen privatim, d.h. durch unmittelbaren Missbrauch ihrer Privatautonomie zu mogeln, sei es in der anrühigeren Form von unlauterem Wettbewerb, Wucher und Betrug, sei es in der honorigeren, aber schädlicheren Form des Versuchs einer Monopolisierung der Märkte, etwa durch Kartellbildung.“ – Zu Hans Großmann-Doerths kritischer Sicht des „selbstgeschaffenen Rechts der Wirtschaft“ siehe U. Blaurock, N. Goldschmidt, A. Hollerbach (Hrsg.) 2005.

gegeben ist, einen Verstoß gegen den „institutionellen Gebotsgehalt“ und den „Baugedanken“ (Böhm 1980c: 235) der mit der Gewerbeordnung von 1869 etablierten Wirtschaftsverfassung darstellt.⁶⁶ Im Kernpunkt geht es bei der Argumentation Böhms darum, dass die konstitutionelle Entscheidung für eine wettbewerbliche Wirtschaftsverfassung⁶⁷ systematischen Vorrang hat vor den im Rahmen der Verfassung wahrzunehmenden privatrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten und ihrer richterlichen Beurteilung. Die Abwägung, welche unter möglichen alternativen Wirtschaftsverfassungen – oder Spielregelordnungen des Wirtschaftslebens – den Vorzug verdient, ist auf der *konstitutionellen Ebene* durch die im betreffenden Gemeinwesen zur Verfassungswahl autorisierte Instanz vorzunehmen. Ist die Entscheidung für eine marktwirtschaftliche Wettbewerbsordnung gefallen, so sind dem privatrechtlichen Prinzip der Vertragsfreiheit und den richterlichen Kompetenzen in ähnlicher Weise verfassungsrechtliche – nämlich *wirtschaftsverfassungsrechtliche* – Grenzen gesetzt wie dies für die Staatsverfassung als Regelordnung der Politik gilt. Ebenso wenig wie die privatrechtliche Vertragsfreiheit dazu genutzt werden darf, die durch die Staatsverfassung gesetzten Regeln außer Kraft zu setzen, darf sie, so Böhms Argument, dazu genutzt werden, die durch die Wirtschaftsverfassung gesetzten Ordnungsprinzipien aufzuheben.⁶⁸ Und ebenso wie die Rechtsprechung gehalten ist, die Staatsverfassung gegen privatvertragliche Verletzungen zu schützen, so ist sie in entsprechender Weise gehalten, die wettbewerbliche Wirtschaftsverfassung gegen Bemühungen zu schützen, den Wettbewerb mit privatrechtlichen Mitteln zu beschränken (Böhm 1960a: 37,42f.).

Ein noch wirksamerer Weg als der der Spielregelverletzung, den organisierte Gruppen nutzen können, um sich den Anforderungen des Wettbewerbs zu entziehen, liegt

⁶⁶ Böhm (1937: 150f.): „Die Entscheidungen des Reichsgerichts, die zum ersten Mal Kartellverträge ... für zulässig erklärten..., beruhten auf Rechtsirrtum und waren unrichtig.“ – Ausführlich dazu Böhm 1948.

⁶⁷ Die rechtswissenschaftlich zu klärende Frage, inwieweit die Gewerbeordnung von 1869 in der Tat, wie Böhm dies unterstellt, als Akt der (Wirtschafts-) Verfassungswahl zu interpretieren ist, kann für die Zwecke des vorliegenden Beitrages offen gelassen werden.

⁶⁸ Böhm (1960a: 40f.): Die „Einführung der Gewerbebefreiheit ... dient vielmehr einzig und allein dem Zweck, ... dass dem einzelnen die freie Ordnung *seiner*, nicht aber *der* Wirtschaft gewährleistet ist. Ist dem aber so, so kann der Staat, nicht aber der Private, die anarchische Wirtschaftsordnung beseitigen und durch eine andere ersetzen... Es folgt weiter, dass der Versuch Privater, die anarchische Verfassung zu beseitigen, einen Übergriff der Privaten in die Prärogative des Staates in sich schließt, den abzuwehren der Staat berechtigt und verpflichtet ist. ... Der Staat befindet sich nach dieser Auffassung gegenüber privaten, mit Machtmitteln geführten Angriffen auf seine Wirtschaftsordnung in einer ähnlichen Stellung, wie gegenüber privaten ... Angriffen auf seine politische Verfassung.“ – Siehe auch Böhm (1960a: 26; 1960c: 168).

darin, sich durch Einflussnahme auf den politischen Prozess Sonderbehandlungen in Form von Schutz vor Wettbewerb (Protektion) oder Kompensation für Wettbewerbsfolgen (Subvention) zu sichern. Dabei geht es in den Worten Böhms (1980b: 159) „um eine im Wettstreit mit rivalisierenden Interessengruppen betriebene, nach allen Regeln der Kunst ausgeübte Einwirkung auf die Bildung von Staatswillen (*volonté générale*) zugunsten von Gruppen von Wirtschaftsbeteiligten, die sich um ein *partikulares Einkommensinteresse* kristallisiert und organisiert haben (*volonté particulière*).“

Im Problem der Bemühung von Interessengruppen um Sonderbehandlung und der Bereitschaft der Politik, dem durch die Gewährung von Privilegien entgegenzukommen, sieht Böhm (1980b: 166) „eine ernstzunehmende Systemschwäche“ der marktwirtschaftlichen Privatrechtsgesellschaft, eine Systemschwäche, die angesichts des unverzichtbaren (Privat-) Rechts der Verbandsbildung und des ebenso unverzichtbaren (Bürger-) Rechts demokratischer Mitwirkung nicht leicht zu heilen ist (ebd.: 160).⁶⁹ Auf die wechselseitige Kontrolle der verschiedenen Interessengruppen kann man dabei, wie Böhm betonte, ebenso wenig vertrauen, wie auf den Willen der Regierung, Ordnungsprinzipien durchzusetzen, „von denen dispensiert zu werden *jede* Interessengruppe im ganzen Staatsgebiet hofft“ (ebd.: 163).⁷⁰ Und auch dem „Gegengewicht“, das er sich von der Gruppe der Wissenschaftler erhoffte, „deren berufliches Interesse auf die Einsicht in *Ordnungszusammenhänge*, d.h. auf die *ordnungspolitische Seite der Politik* gerichtet ist“ (ebd.: 161), traute Böhm aufgrund eigener Erfahrung mit dem politischen Beratungswesen nur begrenzte Wirksamkeit zu.⁷¹ Die entscheidende Antwort auf die Frage, wie man „der *verfassungspolitischen Grundentscheidung*, die mit der Option für das marktwirtschaftliche System und die

⁶⁹ Ausführlich dazu Grosseckler (1999: 64ff.).

⁷⁰ Böhm (1980b: 165f.): „Mit starken Gegentendenzen anderer Interessenverbände ist deshalb nicht zu rechnen, weil jeder dieser anderen Interessenverbände ebenfalls an Interventionen interessiert ist, freilich an Interventionen mit anderen Vorzeichen... Es wurde schon erwähnt, dass auch für die Regierung stets eine erhebliche Versuchung vorliegt, den Wünschen nach sich überschneidenden Interventionen einer Vielheit von Interessenverbänden zu entsprechen, weil es nämlich unmöglich ist, sich durch gleichzeitige Berücksichtigung einander widerstrebender Gruppeninteressen auch nur annähernd so unbeliebt zu machen wie durch Festhalten an Grundsätzen. So waschen sich nicht nur die Verbände gegenseitig die Hände, sondern auch die Verbände und die Regierung.“

⁷¹ Böhm (1980b: 162): „Den Mitgliedern der Beiräte bleibt oft nur die innere Genugtuung, die sie beim späteren Wiederlesen ihrer Gutachten empfinden, wenn sie sehen, wie die Dinge gelaufen sind, und zu rekonstruieren versuchen, wie sie gelaufen sein würden, wenn die Regierung in der Lage gewesen wäre, die Ratschläge zu befolgen.“

privilegienlose Zivilrechtsgesellschaft getroffen worden ist“ (ebd.: 164), nachhaltig Geltung sichern kann, muss man wohl in der oft missverstandenen Freiburger Formel vom „starken Staat“ suchen. Dahinter steht der Gedanke, dass es gerade die von ihm usurpierte Macht zur Gewährung von Ausnahmeregelungen ist, die den Staat zur Zielscheibe der Einflussnahme privilegiensuchender Interessengruppen macht und ihn in der Wahrnehmung seiner eigentlichen Ordnungsaufgabe, der Sicherung eines den gemeinsamen Interessen aller Beteiligten dienenden Regelrahmens, schwächt. In der Transformation des liberalen Staates des 19. Jahrhunderts zum aktivistisch intervenierenden „Wirtschaftsstaat“ ihrer Zeit erkannten Eucken und Böhm die paradoxe Mischung von wachsender staatlicher Entscheidungskompetenz einerseits und abnehmender faktischer Autorität in der Gestaltung der Wirtschaftsordnung andererseits.⁷²

Im Sinne dieser Diagnose ist die Behebung der „Systemschwäche“ eine Aufgabe der Staatsverfassung, der Regelordnung für die Politik. In den Worten Euckens (1990: 331): „Die Ordnung des Staates ist ebenso eine Aufgabe wie die Ordnung der Wirtschaft. ... Denn es ist auch die ordnungspolitische Frage zu stellen: Wie kann ein leistungsfähiger Rechtsstaat aufgebaut werden?“⁷³ Und das zentrale Problem, das dabei zu lösen ist, liegt in der *wirksamen Beschränkung der Macht* von Regierung und Gesetzgeber, die Wünsche privilegiensuchender Interessengruppen zu bedienen.⁷⁴ Wie die Spielregeln der Politik zu diesem Zwecke verbessert werden können, ist eine Frage,

⁷² Eucken (1932: 307): „Die Umwandlung des liberalen Staates zum Wirtschaftsstaat bedeutet für das staatliche, wie für das wirtschaftliche Leben sehr viel. Dass mit diesem Prozess die Größe des Staatsapparates wächst, dass sein Etat mächtig anschwillt, dass er ... mit seinen stark gestiegenen Steuerungsansprüchen ... eine entscheidende Expansion der Staatstätigkeiten vollzieht, ist oft geschildert worden. Solche Tatsachen dürfen aber nicht eine andere Seite der Sache übersehen lassen; diese Expansion nämlich ... bedeutet nicht etwa eine Stärkung, sondern ganz im Gegenteil eine Schwächung des Staates... Seine Handlungen werden abhängig vom Willen der wirtschaftlichen Gruppen, denen er mehr und mehr als Werkzeug dient.“ – Böhm (1980d: 258): „Was sich ereignen wird, ist etwas ganz anderes, nämlich der *schwache Staat, der sich in alles mischt*, der schwache Staat, der zum Spielball rivalisierender organisierter Gruppeninteressen wird.“ – Siehe dazu auch die Verweise bei Nörr (1994a: 122f.).

⁷³ Eucken (1990: 338): „So falsch es ist, im vorhandenen Staat einen allweisen und allmächtigen Betreuer allen wirtschaftlichen Geschehens zu erblicken, so unrichtig ist es auch, den faktisch vorhandenen, von Machtgruppen zersetzten Staat als Datum hinzunehmen und dann – folgerichtig – an der Möglichkeit der Bewältigung des wirtschaftspolitischen Ordnungsproblems zu verzweifeln. Die Interdependenz von Staatsordnung und Wirtschaftsordnung zwingt dazu, den Ordnungsaufbau von beiden in einem Zuge in Angriff zu nehmen.“

⁷⁴ F.A. Hayek (2003b: 322): „Wir können die Regierung nur daran hindern, Sonderinteressen zu bedienen, indem wir ihr die Macht nehmen, dabei Zwang anzuwenden, und das heißt, wir können die Macht von Interessenverbänden nur durch Beschränkung der Macht des Staates beschränken.“

der eine in der Freiburger Tradition stehende *Ordnungstheorie der Politik* ihre Aufmerksamkeit zu widmen hat (Wohlgemuth 2005).

9. Schluss: Privatrechtsgesellschaft und Sozialstaat

Nimmt man das Böhmsche Konzept der privilegierten Privatrechtsgesellschaft zum Maßstab für die Entwicklung, die die Wirtschaftsordnung der Sozialen Marktwirtschaft in den sechs Jahrzehnten ihres Bestehens genommen hat, so kann man sich schwerlich der Einsicht verschließen, dass die Betonung der sozialstaatlichen Komponente als Legitimationsformel für einen „Sozialprotektionismus“ (Müller-Armack 1976: 314) gedient hat, der politisch einflussreichen Gruppen das Privileg der Abschirmung gegenüber den Anpassungszwängen des Wettbewerbs zugestand – zu Lasten anderer Gruppen und mit der Folge zunehmender Schwächung der Flexibilität und Anpassungsfähigkeit des marktwirtschaftlichen Steuerungsmechanismus. Dieser Prozess der Erosion der für eine funktionsfähige Marktwirtschaft konstitutiven privilegierten Privatrechtsordnung ist nicht nur durch das Zusammenspiel von privilegiensuchenden Interessengruppen und privilegiengewährender Politik vorangetrieben worden, er ist auch maßgeblich durch eine Rechtsprechung begünstigt worden, die das Verständnis für die inhärente Ethik einer Wettbewerbsordnung zu fehlen scheint, deren Gerechtigkeitsgehalt davon abhängt, dass sich alle Beteiligten den Anforderungen einer solchen Ordnung aussetzen, um gemeinsam in den Genuss ihrer Früchte zu kommen.⁷⁵ Dass der Wunsch, von diesen Anforderungen dispensiert zu werden, und die Gewährung solcher Dispens kein Ausdruck besonders hochherziger Sozialgesinnung sind, sondern auf die Verletzung des systemtragenden Sozialpakts hinauslaufen,⁷⁶ wird von einer Rechtsprechung übersehen, die systematisch dazu tendiert, den durch Wettbewerbskräften bedrohten Interessen besonderen Schutz zu gewähren, zu Lasten derjenigen Interessen, die die

⁷⁵ Böhm (1980c: 260) moniert, „dass die Richter in freien Staaten zwar die Einrichtung des demokratischen Wahlrechts verstehen, dass es ihnen aber offenbar Mühe macht, die verfassungsrechtliche, ordnungspolitische *Bedeutung des Wettbewerbs* im System einer Marktwirtschaft zu begreifen... Ein gewisses Ressentiment der Gerichte und Juristen gegen die Wirtschaftsfreiheit ist mindestens seit den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts unschwer nachzuweisen.“

⁷⁶ Böhm (1980b: 164): „Voraussetzung für den vernünftigen und ordnungsentsprechenden Ablauf ist, dass *alle* Gesellschaftsmitglieder dem gleichen Lenkungsmechanismus in gleicher Weise unterworfen sind, dass keine Ausnahme, keine Vorgaben, keine Handicaps, keine begünstigenden und keine odiosen Privilegien gewährt oder auferlegt werden.“

notwendigen Anpassungen in einer sich ständig wandelnden Welt ins Werk setzen. Eine solche systematische Tendenz ist jedoch von vielen Beobachtern gerade für die Rechtsprechung der Bundesrepublik diagnostiziert worden, für maßgebliche Urteile des Bundesverfassungsgerichts zur Auslegung der sozialstaatlichen Vorgaben des Grundgesetzes ebenso wie für die sonstige Rechtsprechung, insbesondere in den Bereichen des Arbeits- und Mietrechts.⁷⁷

Wenn die Dynamik fortschreitender Globalisierung heute die Notwendigkeit einer Stärkung der marktwirtschaftlichen Komponente der Sozialen Marktwirtschaft zunehmend deutlich macht, so werden die auf eine ‚Erneuerung der Sozialen Marktwirtschaft‘ zielenden Reformen wohl nur dann nachhaltige Wirkung zeigen können, wenn sich in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis ein angemesseneres Verständnis der Ordnungsprinzipien und der inhärenten Ethik der Wettbewerbswirtschaft durchsetzt. In diesem Sinne hat das Projekt, das Franz Böhm und seine Freiburger Kollegen mit der Verbindung von wirtschaftswissenschaftlicher und rechtswissenschaftlicher Denkweise in Angriff genommen haben, nichts an Aktualität verloren. Die in diesem Projekt liegende Herausforderung, sich als Gesprächspartner im Diskurs um Fragen der rechtlich-institutionellen Gestaltung unseres Gemeinwesens anzubieten, könnte durchaus auch einer Ökonomik gut tun, die bisweilen in Gefahr scheint, den Bezug zu realen Ordnungsproblemen zu verlieren.

⁷⁷ Mit Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt K.-H. Ladeur (2004: 24) fest: „Die starke Akzentuierung eines durch den Staat zu realisierenden ‚Schutzgedankens‘ ist selbst Ausdruck der Selbstblockierung einer stationär gewordenen Gesellschaft, die sich primär am Staat als dem vermeintlichen Garanten der bestehenden Zustände orientiert und die mit der Selbsttransformation der Gesellschaft ... verbundenen Zwänge als Ungerechtigkeit wahrnimmt.“ – F. Rittner (1998: 531) stellt fest: „Den ‚Schutz des Schwächeren‘ haben zudem Gerichte und Gesetzgeber im Privatrecht ständig weiter ausgebaut, sodaß er manchen Autoren sogar die eigentliche Aufgabe des Privatrechts zu verdunkeln droht.“ – Siehe in diesem Zusammenhang auch Kersting (2002: 29ff.); Grossekketeler (1999: 73ff.); von Weizsäcker (1998: 269ff.).

Literatur

- Albert, Hans 1963: „Modell-Platonismus. Der neoklassische Stil des ökonomischen Denkens in kritischer Beleuchtung“, in: F. Karrenberg und H. Albert (Hrsg.), *Sozialwissenschaft und Gesellschaftsgestaltung. Festschrift für Gerhard Weisser*, Berlin: Duncker & Humblot, 45-76.
- Arnauld, Andras von 2003a: „Vom Spielvertrag“, in: Ders. (Hrsg.), *Recht und Spielregeln*, Tübingen: Mohr Siebeck, 51-56.
- 2003b: „Verantwortung in Recht und Spiel“, in: Ders. (Hrsg.), *Recht und Spielregeln*, Tübingen: Mohr Siebeck, 191-206.
- Blaurock, Uwe, Nils Goldschmidt, Alexander Hollerbach (Hrsg.) 2005: *Das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft – Zum Gedenken an Hans Großmann-Doerth (1894-1944)*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Böhm, F. 1933: *Wettbewerb und Monopolkampf -- Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Berlin: Carl Heymann. (Wiederabdruck 1964).
- 1937: *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Bd. 1 der *Ordnung der Wirtschaft*, hrsg. von F. Böhm, W. Eucken, and H. Großmann-Doerth, Stuttgart and Berlin: W. Kohlhammer.
- 1948: „Das Reichsgericht und die Kartelle, Eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Kritik an dem Urteil des RG vom 4. Febr. 1897, RGZ. 38/155“, *ORDO*, Bd. 1, 197-213 (wiederabgedruckt in Böhm 1960, S. 69ff.).
- 1950: "Die Idee des Ordo im Denken Walter Euckens," *ORDO* 3, XV--LXIV.
- 1960: *Reden und Schriften. Über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung*, hrsg. von Ernst-Joachim Mestmäcker, Karlsruhe: C.F. Müller.
- 1960a [1928]: „Das Problem der privaten Macht“ in Böhm 1960, 25-45 (Erstveröffentlichung in *Die Justiz*, Bd. III, 1927/28, 324-345).
- 1960b: „Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung“, in Böhm 1960, 46-68.

- 1960c: „Die Forschungs- und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten an der Universität Freiburg in den dreißiger und vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts“, in Böhm 1960, 158-175.
- 1961: „Demokratie und ökonomische Macht“, in *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, Beiträge zur Internationalen Kartellrechts-Konferenz in Frankfurt a.M., Juni 1960, Karlsruhe: C.F. Müller, 1-24.
- 1980: *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik Bd. 60, hrsg. von Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden: Nomos.
- 1980a: „Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung“, in Böhm 1980, 53-103.
- 1980b [zuerst 1966]: „Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft“, in Böhm 1980, 105—168 (Erstveröffentlichung in *ORDO*, Bd. 17, 1966, 75-151).
- 1980c: "Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft," in Böhm 1980, 195-209.
- 1980d: „Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit“, in Böhm 1980, 233-262.

Böhm, Franz, Walter Eucken und Hans Großmann-Doerth (1937), *Unsere Aufgabe*, in: F. Böhm (1937), S. VII-XXI.

Brennan, Geoffrey und James M. Buchanan 2000: *The Reason of Rules – Constitutional Political Economy*, The Collected Works of James M. Buchanan, Bd. 10, Indianapolis: Liberty Fund.

Buchanan, James M. 2001a: „Constitutional Restrictions on the Power of Government“, in: Ders.: *Choice, Contract, and Constitutions*, The Collected Works of James M. Buchanan, Bd. 16, Indianapolis: Liberty Fund, 42-59.

--- 2001b: „Fairness, Hope, and Justice“, in: Ders.: *Moral Science and Moral Order*, The Collected Works of James M. Buchanan, Bd. 17, Indianapolis: Liberty Fund, 311-349.

Eucken, Walter 1932: „Staatliche Strukturwandlungen und die Krise des Kapitalismus“, *Weltwirtschaftliches Archiv* 36, 297-323.

--- 1990: *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 6. Aufl., Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

Gerber, David J. 1994: „Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the ‚New‘ Europe“, *The American Journal of Comparative Law* 42, 25-84.

- Goerdeler, K.F. 1938: „Die Ordnung der Wirtschaft – Wirtschaftspolitische Bemerkungen zu dem Buch von Franz Böhm“, *Finanzarchiv* 5, 489-497.
- Grossekettler, Heinz 1999: „Kritik der Sozialen Marktwirtschaft aus der Perspektive der Neuen Institutionenökonomik“, in: K.W. Nörr und J. Starbatty, Hrsg., *Soll und Haben – 50 Jahre Soziale Marktwirtschaft*, Stuttgart: Lucius & Lucius, S. 53-81.
- Hayek, F.A. 1945/2002: „Wahrer und falscher Individualismus“, in: Hayek, F.A., *Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung: Aufsätze zur Politischen Philosophie und Theorie*, Gesammelte Schriften in deutscher Sprache A5, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 3-32.
- 1966/2002: „Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung“, in: Hayek, F.A., *Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung: Aufsätze zur Politischen Philosophie und Theorie*, Gesammelte Schriften in deutscher Sprache A5, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 69-87.
- 1967/2003a: „Rechtsordnung und Handelsordnung“, in: Hayek, F.A., *Rechtsordnung und Handelsordnung: Aufsätze zur Ordnungsökonomik*, Gesammelte Schriften in deutscher Sprache A4, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 35-73.
- 2003b: *Recht, Gesetz und Freiheit*, Gesammelte Schriften in deutscher Sprache B4, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hume, David 1963: *Essays – Moral, Political and Literary*, London: Oxford University Press.
- Kersting, Wolfgang 2002: *Kritik der Gleichheit – Über die Grenzen der Gerechtigkeit und der Moral*, Weilerswist: Velbrück Wissenschaft.
- Klippel, Diethelm 1999: „Das Privileg in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts“, in: Barbara Dölmeyer und Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), *Das Privileg im europäischen Vergleich*, Bd. 2, Frankfurt a.M.: Vittorio Klostermann, 285-308.
- Ladeur, Karl-Heinz 2004: *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Bd. 170 der *Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim 1975: „Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung“, in: H. Sauer mann und E.-J. Mestmäcker, Hrsg., *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung: Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), S. 383-419.

- 1995: „Wirtschaftsordnung und Geschichtsgesetz“, in: *Wirtschaftsordnung als Aufgabe*, zum 100. Geburtstag von Franz Böhm, Ludwig-Erhard-Stiftung, Krefeld: Sinus-Verlag, 111-136
- Meyer, Wilhelm 2002: *Grundlagen des ökonomischen Denkens*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Miksch, Leonhard 1947: *Wettbewerb als Aufgabe*, Godesberg: Verlag Helmut Küpper.
- Mill, John Stuart 1966: *Principles of Political Economy*, J.M. Robson (Hrsg.), Collected Works of John Stuart Mill, Bd. II, Toronto: University of Toronto Press.
- Müller-Armack, Alfred 1976: *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik – Studien und Konzepte der Sozialen Marktwirtschaft und zur Europäischen Integration*, Zweite, unveränderte Auflage, Bern und Stuttgart: Verlag Paul Haupt.
- Nörr, Knut Wolfgang 1993: *An der Wiege deutscher Identität nach 1945: Franz Böhm zwischen Ordo und Liberalismus*, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin Heft 129, Berlin – New York: Walter de Gruyter.
- 1994a: *Die Leiden des Privatrechts – Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- 1994b: A Symbiosis with Reserve: Social Market Economy and Legal Order in Germany, 1948-1989, in: Takayuki Shiibashi (Hrsg.), *Toward Comparative Law in the 21st Century*, Tokyo: Chuo University Press, 235-260.
- 1995: „Franz Böhm, ein Wegbereiter des Privatrechtsgedankens“, in: *Wirtschaftsordnung als Aufgabe, zum 100. Geburtstag von Franz Böhm*, Ludwig-Erhard-Stiftung, Krefeld: Sinus-Verlag, 53-70.
- Rittner, Fritz 1988: „Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb“, *Archiv für die civilistische Praxis* 188, 101-139.
- 1996: „Über die privatrechtlichen Grundlagen des Kartellrechts“, *Zeitschrift für das gesamt Handels- und Wirtschaftsrecht* 160, 180-201.
- 1998: „Drei Grundfragen des Wettbewerbs“, in: G. Hönn, H. Kinzen, P. Kreutz (Hrsg.), *Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag*, Neuwied: Luchterhand, 519-536.
- 2004: „Der ‚Leistungswettbewerb‘ als wirtschaftspolitisches Programm“, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht* 2, 305-322.

- 2005: „Wettbewerbsrecht und Ökonomik“, in: J. Schwarze (Hrsg.), *Recht und Ökonomie im Europäischen Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden: Nomos, 17-27.
- Smith, Adam 1926 [1759]: *Die Theorie ethischer Gefühle*, Bd. II, hrsg. Von Walter Eckstein, Hamburg.
- Smith, Adam 1981 [1776]: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Indianapolis: Liberty Classic (reprint of the Oxford University edition of 1976).
- Vanberg, Viktor J. 1994a: *Rules and Choice in Economics*, London und New York: Routledge.
- 1994b: „Ordnungspolitik und die Unvermeidbarkeit des Wettbewerbs“, in: Hans-Hermann Francke (Hrsg.), *Ökonomischer Individualismus und freiheitliche Verfassung, Gedenkakademie für Friedrich August von Hayek*, Freiburg 1995, S. 187-211.
- 1997: „Die normativen Grundlagen von Ordnungspolitik“, *ORDO – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft* 48, 707-726.
- 1998: „Freiburg School of Law and Economics“, in: Peter Newman (Hrsg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Bd. 2, London: MacMillan, 172-179.
- 2000: „Der konsensorientierte Ansatz der konstitutionellen Ökonomik“, in: Helmut Leipold und Ingo Pies (Hrsg.), *Ordnungstheorie und Ordnungspolitik – Konzeptionen und Entwicklungsperspektiven*, Schriften zu Ordnungsfragen der Wirtschaft, Bd. 64, Stuttgart: Lucius & Lucius, 252-276.
- 2001: „Konstitutionenökonomische Überlegungen zum Konzept der Wettbewerbsfreiheit“. *ORDO – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft* 52, 37-62.
- 2002: „Constitutional Economics and Ethics – On the Relation Between Self-Interest and Morality“, in: Brennan, Geoffrey, Hartmut Kliemt, Robert D. Tollison (Hrsg.), *Methods and Morals in Constitutional Economics – Essays in Honor of James M. Buchanan*, Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, 485-503.
- 2005: „Market and state: the perspective of constitutional political economy“. *Journal of Institutional Economics* 1, 23-49.

- 2007: „Democracy, Citizen Sovereignty and Constitutional Economics“, in:
Pedro Schwarz und Jose Casas Pardo (Hrsg.), *Public Choice and the
Challenges of Democracy*, Edward Elgar, 101-120.
- Voigt, Andreas 1911: „Wirtschaft und Recht“, *Zeitschrift für Sozialwissenschaft*,
N.F. II, 439-456.
- Weizsäcker, Christian von 1998: „Das Gerechtigkeitsproblem in der Sozialen
Marktwirtschaft“, *Zeitschrift für Wirtschaftspolitik* 47, S. 257-288.
- Wohlgemuth, Michael (Hrsg.) 2005: *Spielregeln für eine bessere Politik,
Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern*, Freiburg:
Herder.

Freiburger **Diskussionspapiere** zur Ordnungsökonomik
Freiburg **Discussion Papers** on Constitutional Economics

- 07/5** **Vanberg, Viktor J.:** Privatrechtsgesellschaft und ökonomische Theorie
- 07/4** **Goldschmidt, Nils / Rauchenschwandtner, Hermann:** The Philosophy of Social Market Economy: Michel Foucault's Analysis of Ordoliberalism.
- 07/3** **Fuest, Clemens:** Sind unsere sozialen Sicherungssysteme generationengerecht?
- 07/2** **Pelikan, Pavel:** Public Choice with Unequally Rational Individuals.
- 07/1** **Voßwinkel, Jan:** Die (Un-)Ordnung des deutschen Föderalismus. Überlegungen zu einer konstitutionenökonomischen Analyse.
-
- 06/10** **Schmidt, André:** Wie ökonomisch ist der „more economic approach“? Einige kritische Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht.
- 06/9** **Vanberg, Viktor J.:** Individual Liberty and Political Institutions: On the Complementarity of Liberalism and Democracy.
- 06/8** **Goldschmidt, Nils:** Ein „sozial temperierter Kapitalismus“? – Götz Briefs und die Begründung einer sozialetisch fundierten Theorie von Markt und Gesellschaft. Veröffentlicht in: Freiburger Universitätsblätter 42, Heft 173, 2006, S. 59-77.
- 06/7** **Wohlgemuth, Michael / Brandi, Clara:** Strategies of Flexible Integration and Enlargement of the European Union. A Club-theoretical and Constitutional Economics Perspective.
- 06/6** **Vanberg, Viktor J.:** Corporate Social Responsibility and the “Game of Catallaxy”: The Perspective of Constitutional Economics.
- 06/5** **Pelikan, Pavel:** Markets vs. Government when Rationality is Unequally Bounded: Some Consequences of Cognitive Inequalities for Theory and Policy.
- 06/4** **Goldschmidt, Nils:** Kann oder soll es Sektoren geben, die dem Markt entzogen werden und gibt es in dieser Frage einen (unüberbrückbaren) Hiatus zwischen ‚sozialetischer‘ und ‚ökonomischer‘ Perspektive? Veröffentlicht in: D. Aufderheide, M. Dabrowski (Hrsg.): Markt und Wettbewerb in der Sozialwirtschaft. Wirtschaftsethische Perspektiven für den Pflegesektor, Berlin: Duncker & Humblot 2007, S. 53-81.
- 06/3** **Marx, Reinhard:** Wirtschaftsliberalismus und Katholische Soziallehre.
- 06/2** **Vanberg, Viktor J.:** Democracy, Citizen Sovereignty and Constitutional Economics.
- 06/1** **Wohlgemuth, Michael:** Demokratie und Marktwirtschaft als Bedingungen für sozialen Fortschritt. Veröffentlicht in: R. Clapham, G. Schwarz (Hrsg.): Die Fortschrittsidee und die Marktwirtschaft, Zürich: Verlag Neue Zürcher Zeitung 2006, S. 131-162.
-
- 05/13** **Kersting, Wolfgang:** Der liberale Liberalismus. Notwendige Abgrenzungen. In erweiterter Fassung veröffentlicht als: Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik Nr. 173, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.
- 05/12** **Vanberg, Viktor J.:** Der Markt als kreativer Prozess: Die Ökonomik ist keine zweite Physik. Veröffentlicht in: G. Abel (Hrsg.): Kreativität. XX. Deutscher Kongress für Philosophie. Kolloquiumsbeiträge, Hamburg: Meiner 2006, S. 1101-1128.
- 05/11** **Vanberg, Viktor J.:** Marktwirtschaft und Gerechtigkeit. Zu F.A. Hayeks Kritik am Konzept der „sozialen Gerechtigkeit“. Veröffentlicht in: Jahrbuch Normative und institutionelle Grundfragen der Ökonomik, Bd. 5: „Soziale Sicherung in Marktgesellschaften“, hrsg. von M. Held, G. Kubon-Gilke, R. Sturn, Marburg: Metropolis 2006, S. 39-69.

- 05/10 Goldschmidt, Nils:** Ist Gier gut? Ökonomisches Selbstinteresse zwischen Maßlosigkeit und Bescheidenheit. Veröffentlicht in: U. Mummert, F.L. Sell (Hrsg.): Emotionen, Markt und Moral, Münster: Lit 2005, S. 289-313.
- 05/9 Wohlgemuth, Michael:** Politik und Emotionen: Emotionale Politikgrundlagen und Politiken indirekter Emotionssteuerung. Veröffentlicht in: U. Mummert, F.L. Sell (Hrsg.): Emotionen, Markt und Moral, Münster: Lit 2005, S. 359-392.
- 05/8 Müller, Klaus-Peter / Weber, Manfred:** Versagt die soziale Marktwirtschaft? – Deutsche Irrtümer.
- 05/7 Borella, Sara:** Political reform from a constitutional economics perspective: a hurdle-race. The case of migration politics in Germany.
- 05/6 Körner, Heiko:** Walter Eucken – Karl Schiller: Unterschiedliche Wege zur Ordnungspolitik.
- 05/5 Vanberg, Viktor J.:** Das Paradoxon der Marktwirtschaft: Die Verfassung des Marktes und das Problem der „sozialen Sicherheit“. Veröffentlicht in: H. Leipold, D. Wentzel (Hrsg.): Ordnungsökonomik als aktuelle Herausforderung, Stuttgart: Lucius & Lucius 2005, S. 51-67.
- 05/4 Weizsäcker, C. Christian von:** Hayek und Keynes: Eine Synthese. In veränderter Fassung veröffentlicht in: ORDO, Bd. 56, 2005, S. 95-111.
- 05/3 Zweynert, Joachim / Goldschmidt, Nils:** The Two Transitions in Central and Eastern Europe and the Relation between Path Dependent and Politically Implemented Institutional Change. In veränderter Fassung veröffentlicht in: Journal of Economic Issues, Vol. 40, 2006, S. 895-918.
- 05/2 Vanberg, Viktor J.:** Auch Staaten tut Wettbewerb gut: Eine Replik auf Paul Kirchhof. Veröffentlicht in: ORDO, Bd. 56, 2005, S. 47-53.
- 05/1 Eith, Ulrich / Goldschmidt, Nils:** Zwischen Zustimmungsfähigkeit und tatsächlicher Zustimmung: Kriterien für Reformpolitik aus ordnungsökonomischer und politikwissenschaftlicher Perspektive. Veröffentlicht in: D. Haubner, E. Mezger, H. Schwengel (Hrsg.): Agendasetting und Reformpolitik. Strategische Kommunikation zwischen verschiedenen Welten, Marburg: Metropolis 2005, S. 51-70.
- 04/15 Zintl, Reinhard:** Zur Reform des Verbändestaates. Veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 183-201.
- 04/14 Blankart, Charles B.:** Reform des föderalen Systems. Veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 135-158.
- 04/13 Arnim, Hans Herbert von:** Reformen des deutschen Parteiensystems. Veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 87-117.
- 04/12 Goldschmidt, Nils:** Alfred Müller-Armack and Ludwig Erhard: Social Market Liberalism.
- 04/11 Vanberg, Viktor J.:** The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism.
- 04/10 Vanberg, Viktor J.:** Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy. Veröffentlicht in: Journal of Institutional Economics, Vol. 1 (1), 2005, p. 23-49.
- 04/9 Goldschmidt, Nils / Klinckowstroem, Wendula Gräfin v.:** Elisabeth Liefmann-Keil. Eine frühe Ordoliberale in dunkler Zeit. Veröffentlicht in: N. Goldschmidt (Hrsg.): Wirtschaft, Politik und Freiheit. Freiburger Wirtschaftswissenschaftler und der Widerstand, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, S. 177-204.
- 04/8 Albert, Hans:** Wirtschaft, Politik und Freiheit. Das Freiburger Erbe. Veröffentlicht in: N. Goldschmidt (Hrsg.), Wirtschaft, Politik und Freiheit. Freiburger Wirtschaftswissenschaftler und der Widerstand, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, S. 405-419.
- 04/7 Wohlgemuth, Michael / Sideras, Jörn:** Globalisability of Universalisability? How to apply the Generality Principle and Constitutionalism internationally.
- 04/6 Vanberg, Viktor J.:** Sozialstaatsreform und ‚soziale Gerechtigkeit‘. Veröffentlicht in: Politische Vierteljahresschrift, Jg. 45, 2004, S. 173-180.

- 04/5 Frey, Bruno S.:** Direct Democracy for a Living Constitution. In deutscher Übersetzung veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 26-86.
- 04/4 Commun, Patricia:** Erhards Bekehrung zum Ordoliberalismus: Die grundlegende Bedeutung des wirtschaftspolitischen Diskurses in Umbruchszeiten.
- 04/3 Vanberg, Viktor J.:** Austrian Economics, Evolutionary Psychology and Methodological Dualism: Subjectivism Reconsidered. Veröffentlicht in: R. Koppl (ed.): Evolutionary Psychology and Economic Theory (Advances in Austrian Economics, Vol. 7), Amsterdam et al.: Elsevier 2004, p. 155-199.
- 04/2 Vaubel, Roland:** Reformen der europäischen Politikverflechtung. Veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 118-134.
- 04/1 Wohlgemuth, Michael:** The Communicative Character of Capitalistic Competition. A Hayekian response to the Habermasian challenge. Veröffentlicht in: The Independent Review, Vol. 10 (1), 2005, p. 83-115.
- 03/10 Goldschmidt, Nils:** Zur Theorie der Sozialpolitik. Implikationen aus ordnungsökonomischer Perspektive. Veröffentlicht in: N. Goldschmidt, M. Wohlgemuth (Hrsg.): Die Zukunft der Sozialen Marktwirtschaft. Sozialethische und ordnungsökonomische Grundlagen, Tübingen: Mohr Siebeck 2004, S. 63-95.
- 03/9 Buchanan, James M:** Same Players, Different Game: How Better Rules Make Better Politics. In deutscher Übersetzung veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 25-35.
- 03/8 Dathe, Uwe / Goldschmidt, Nils:** Wie der Vater, so der Sohn? Neuere Erkenntnisse zu Walter Euckens Leben und Werk anhand des Nachlasses von Rudolf Eucken in Jena. Veröffentlicht in: ORDO, Bd. 54, 2003, S. 49-74.
- 03/7 Vanberg, Viktor J.:** The Status Quo in Contractarian Constitutionalist Perspective. Veröffentlicht in: Constitutional Political Economy, Vol. 15, 2004, p. 153-170.
- 03/6 Vanberg, Viktor J.:** Bürgersouveränität und wettbewerblicher Föderalismus: Das Beispiel der EU. Veröffentlicht in: W. Schäfer (Hrsg.): Zukunftsprobleme der europäischen Wirtschaftsverfassung, Berlin: Duncker & Humblot 2004, S. 51-86.
- 03/5 Pelikan, Pavel:** Bringing Institutions into Evolutionary Economics: Another View with Links to Changes in Physical and Social Technologies. Veröffentlicht in: Journal of Evolutionary Economics, Vol. 13, 2003, p. 237-258.
- 03/4 Nau, Heino Heinrich:** Reziprozität, Eliminierung oder Fixierung? Kulturkonzepte in den Wirtschaftswissenschaften im Wandel. Veröffentlicht in: G. Blümle u.a. (Hrsg.): Perspektiven einer kulturellen Ökonomik, Münster: Lit-Verlag 2004, S. 249-269.
- 03/3 Vanberg, Viktor J.:** The Rationality Postulate in Economics: Its Ambiguity, its Deficiency and its Evolutionary Alternative. Veröffentlicht in: Journal of Economic Methodology, Vol. 11, 2004, p. 1-29.
- 03/2 Goldschmidt, Nils / Berndt, Arnold:** Leonhard Miksch (1901–1950) – A Forgotten Member of the Freiburg School. Veröffentlicht in: American Journal of Economics and Sociology, Vol. 64, 2005, p. 973-998.
- 03/1 Vanberg, Viktor J.:** Die Verfassung der Freiheit: Zum Verhältnis von Liberalismus und Demokratie. Veröffentlicht in: N. Berthold, E. Gundel (Hrsg.): Theorie der sozialen Ordnungspolitik, Stuttgart: Lucius & Lucius 2003, S. 35-51.

- 02/8** **Fischer, Christian:** Europäisierung der nationalen Zivilrechte – Renaissance des institutionellen Rechtsdenkens?
- 02/7** **Wohlgemuth, Michael:** Schumpeterian Political Economy and Downsian Public Choice: Alternative economic theories of democracy. Veröffentlicht in: A. Marciano, J.-M. Josselin (eds.): Law and the State. A Political Economy Approach, Cheltenham: Edward Elgar 2005, p. 21-57.
- 02/6** **Schnellenbach, Jan:** The Evolution of a Fiscal Constitution When Individuals are Theoretically Uncertain. Veröffentlicht in: European Journal of Law & Economics, Vol. 17, 2004, p. 97-115.
- 02/5** **Vanberg, Viktor J.:** Rationalitätsprinzip und Rationalitätshypothesen: Zum methodologischen Status der Theorie rationalen Handelns. Veröffentlicht in: H. Siegenthaler (Hrsg.): Rationalität im Prozess kultureller Evolution. Rationalitätsunterstellungen als eine Bedingung der Möglichkeit substantieller Rationalität des Handelns, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, S. 33-63.
- 02/4** **Märkt, Jörg:** Zur Methodik der Verfassungsökonomik. Die Aufgabe eines vertrags-theoretisch argumentierenden Ökonomen.
- 02/3** **Märkt, Jörg:** Armutsexternalitäten: Verfassungsökonomische Rechtfertigung einer kollektiven Grundsicherung. Veröffentlicht in: Analyse & Kritik 25, 2003, S. 80-100.
- 02/2** **Pelikan, Pavel:** Why Economic Policies Need Comprehensive Evolutionary Analysis. Veröffentlicht in: P. Pelikan, G. Wegner (eds.): The Evolutionary Analysis of Economic Policy, Cheltenham, Northampton: Elgar 2003, p. 15-45.
- 02/1** **Vanberg, Viktor J.:** F. A. Hayek und die Freiburger Schule. Veröffentlicht in: ORDO, Bd. 54, 2003, S. 3-20.

<http://www.walter-eucken-institut.de/publikationen/diskussionspapiere.htm>