



universität  
wien

# DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

Die Erfindung der ökonomischen Rechtswissenschaft.  
Von Jhering zu Posner.

verfasst von / submitted by

MMag. Stephan Vesco LL.M.

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of  
Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2020 / Vienna 2020

Studienkennzahl lt. Studienblatt /  
degree programme code as it appears on the student  
record sheet:

UA 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /  
field of study as it appears on the student record sheet:

Rechtsphilosophie

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek

# Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung – Überblick über die maßgeblichen Thesen .....	1
2. Jhering: Von der Rechtsdogmatik zum Utilitarismus.....	12
2.1. Einleitung.....	12
2.1.1. Rudolph von Jhering: So antiquarisch wie der Blick des Rezipienten.....	12
2.1.2. These: Der Niederschlag des gesellschaftlichen Führungswechsels im Recht .....	13
2.1.3. Explikation der Untersuchung: Drei verschiedene Zustände der Bewegung des Rechts .....	15
2.2. Teleologische Selbstbewegung des Rechts.....	19
2.2.1. Selbständigkeitstrieb und Selbstkritik des Rechts.....	19
2.2.2. Die Bedeutung der juristischen Technik .....	21
2.2.3. Das Recht als autonomes System in autonomen Umwelten: Annäherungen mit Luhmann.....	23
2.2.3.1. Operative Geschlossenheit des Rechts.....	24
2.2.3.2. Offenheit qua Geschlossenheit I: Einwirken der Umwelt in das Rechtssystem .....	24
2.2.3.3. Offenheit qua Geschlossenheit II: Einwirken des Rechtssystems in die Umwelt.....	25
2.2.3.4. Selbstreferentielle Autonomie gleichrangiger Subsysteme.....	26
2.2.3.5. Zur Adäquanz einer modernen Auslegung Jherings .....	27
2.2.3.6. Zur Adäquanz einer luhmannschen vor einer kantischen Auslegung .....	28
2.2.4. Probleme der Autonomiekonzeption.....	31
2.2.4.1. Die Dogmatik als Blendung und Verdrehung des Verhältnisses zum Leben .	31
2.2.4.2. Die nicht gewährleistete Abstimmung unter Subsystemen.....	32
2.3. Rettung der Selbstbewegung: Das Recht als Regelkreis .....	33
2.3.1. Die Rechtskonzeption des „Kampfs ums Recht“ .....	34
2.3.2. Abgrenzung zur Ethik Kants .....	35
2.3.3. Der Regelkreis .....	38
2.3.3.1. Keine Theorie des sozialen Wandels .....	39
2.3.3.2. Rasender Stillstand: die bürgerliche Gesellschaft im Equilibrium .....	41

2.4. Rettung der Teleologie: Das Recht als Maschine des „Lebens“ und Instrument des Nutzens .....	44
2.4.1. Die Rechtskonzeption des Zwecks im Recht: zwischen Teleologie und Kausalität bzw. Leben und Recht .....	44
2.4.1.1. Causa efficiens und causa finalis .....	45
2.4.1.2. Causa finalis: die gesellschaftliche „Glückserlangung“ über die „Stufenleiter“ des Rechts.....	45
2.4.1.3. Causa efficiens: die Impulsverarbeitung in der Maschine des Rechts .....	46
2.4.1.4. Der Zusammenhang von Mechanik (Maschine) und Teleologie („Stufenleiter“) .....	48
2.4.2. Trendelenburg als maßgebliche Referenz .....	49
2.4.2.1. Irreduzibilität von Zweckursachen auf Kausalursachen .....	50
2.4.2.2. Unverzichtbarkeit von Zweckursachen zur „Plausibilisierung“ des spinozistischen Monismus.....	50
2.4.2.3. Die Teleologie als Mittlerin zwischen Mechanik und Vitalismus in der Biologie .....	51
2.4.2.4. Jhering, ein Darwinist?.....	52
2.4.3. Das Recht als lebendige Maschine oder „Maschinenpflanze“ .....	53
2.4.4. Verschiebung im Rechtsbegriff: vom Wille zum Interesse.....	54
2.4.4.1. Grundsätzliche Relevanz der Verschiebung .....	55
2.4.4.2. Frage ihres tatsächlichen Gehalts .....	56
2.4.5. Ökonomische Artikulation der „Zweck“-Konzeption: Utilitarismus und Marginalismus .....	58
2.4.5.1. Utilitarismus .....	58
2.4.5.2. Spencer und Mill .....	62
2.4.5.3. Marginalismus.....	63
2.4.5.4. „Oligarchische“ Gerechtigkeitskonzeption .....	65
2.4.6. „Aufklärerische“ Grundierung der Interessentheorie nur im Sinne Adornos und Horkheimers, als totale Ökonomisierung .....	66
Überleitung: <i>Koinzidenz von Utilitarismus mit freiheitlichen Prämissen?</i> .....	70
3. Hayek: Rückkehr zum Liberalismus? .....	72
3.1 Einleitung.....	72

3.1.1. Friedrich August von Hayek: Ein Ökonom als Rechtstheoretiker .....	72
3.1.2. These: Der Versuch einer liberalen Grundierung der ökonomischen Rechtswissenschaft und ihr Scheitern .....	73
3.1.3. Explikation der Untersuchung: Von der rationalistisch-utilitaristischen „Negativfolie“ über den klassischen Liberalismus zum „wahren“ Hayek .....	74
3.2. Überblick zu Hayeks Rechtskonzeption .....	76
3.2.1. Ausgangslage.....	76
3.2.1.1. Beschränktheit des Wissens .....	76
3.2.1.2. Kosmos und Taxis .....	77
3.2.2. Rechtskonzeption.....	79
3.2.2.1. Rule of Law .....	79
3.2.2.2. Regel, nicht Befehl .....	81
3.2.2.3. Abstraktheit der Regeln.....	82
3.2.2.4. „Negativismus“ .....	83
3.2.2.5. Nomos, nicht Thesis .....	84
3.2.2.6. Bevorzugung des „Common Law“ vor dem „Civil Law“.....	84
3.2.2.7. Bevorzugung des Privatrechts vor dem öffentlichen Recht .....	85
3.2.2.8. Faktizität des Rechts.....	86
3.2.2.9 Evolutionismus.....	87
3.2.2.10. Nicht natürlich, nicht künstlich .....	90
3.2.2.11. Spielregeln für den Wettbewerb.....	91
3.2.2.12. Liberalismus vor Demokratie.....	92
3.2.2.13. Markt vor Sozialstaatlichkeit .....	94
3.3. Theoretische Rekonstruktion des „Ausgangspunkts“ des hayekschen Rechts .....	94
3.3.1. Hayeks Bewusstseinstheorie.....	95
3.3.2. Kritik an rationalistischen und utilitaristischen Rechtstheorien .....	97
3.3.3. Gründe für die „Abstoßung“ vom Ausgangspunkt.....	100
3.3.3.1. Ordnung und Wachstum.....	100
3.3.3.2. Individuelle Freiheit .....	100
3.4. Hayeks vom „klassischen“ Liberalismus ausgehendes alternatives Gesellschaftskonzept .....	101

3.4.1. Hayeks Traditionslinien.....	101
3.4.2. Fremdbestimmte Rechtsordnung ohne inhaltliche Zwecke.....	102
3.4.3. Das Individuum und dessen Selbstbestimmung als angebliches Ziel der Rechtsordnung.....	103
3.4.4. Wechselseitiges Aufeinanderverweisen beider Ebenen; „chiastische“ Struktur... 105	
3.4.5. Gleiche abstrakte Struktur des hayekschen Rechts wie des utilitaristischen Jherings .....	106
3.5. Der klassische Liberalismus Smiths in einer genaueren Lektüre .....	106
3.5.1. Einführung und Rezeptionsweise durch Hayek.....	107
3.5.2. Das Naturverständnis Smiths.....	110
3.5.3. Das Gesellschaftsverständnis Smiths: Aufteilung auf mehrere Ebenen.....	112
3.5.3.1. Individuum und Gesellschaft .....	112
3.5.3.2. Moral, Wirtschaft und Recht .....	115
3.5.4. Zwecke und Bestimmungsinstanzen auf individueller und gesellschaftlicher Ebene .....	117
3.5.4.1. Individuelle Ebene.....	118
3.5.4.2. Gesellschaftliche Ebene .....	124
3.5.4.3. Individuum und Gesellschaft: Resultat der Gesamtüberprüfung bei Smith..	126
3.6. Vergleich des klassischen Liberalismus mit Hayek.....	127
3.6.1. Ordnung.....	128
3.6.2. Ordnungen und ihr Verhältnis .....	130
3.6.2.1 Ende der Geschichte versus Zwischenzustand.....	131
3.6.2.2. Ausweitung und Verstärkung versus Bruch und Überschreibung .....	131
3.6.2.3. Fehlen der „Sympathie“ bei Hayek.....	132
3.6.2.4. Unterschiedliche Ebenen in der horizontalen Dimension und ihr Verhältnis	132
3.6.3. Wachstum als zusätzliches Telos bei Hayek .....	136
3.6.4. Nachordnung des Individuums.....	137
3.6.5. Das kantische Argument.....	139
3.6.5.1. Die Bezüge Hayeks zu Kant.....	139
3.6.5.2. Verortung der hayekschen Bezugnahmen auf Kant und Frage ihrer Deckung .....	141
3.6.5.3. Kritik am kantischen Liberalismus und alternative Lesart Kants .....	143

3.6.5.4. Ergebnis für die Einordnung der kantischen Bezüge Hayeks in dessen Rechtskonzeption .....	146
3.6.6. Selbstbestimmung der Produzenten bzw. Anbieter? .....	147
3.6.7. Selbstbestimmung durch die Konsumenten?.....	149
3.6.7.1. Die Neukonzeption der Politik als Marktdemokratie; der „souveräne Konsument“ .....	150
3.6.7.2. Der Elitismus des subjektiven (marginalen) Wertverständnisses .....	152
3.6.7.3. Ergebnis für die individuelle Selbstbestimmung qua Konsumententscheidung bei Hayek .....	154
3.7. Erneute Gesamtrekonstruktion der hayekschen Gesellschaftskonzeption.....	156
3.7.1. Gesellschaftliche Ebene.....	156
3.7.2. Individuelle Ebene.....	157
3.7.3. Resultat .....	158
<i>Überleitung: Die Unterscheidung von „internen“ und „externen“ Rekonstruktionen des Rechts .....</i>	<i>162</i>
4. Posner, law & economics: Rückkehr des „Utilitarismus“ als neue (ökonomische) Dogmatik .....	164
4.1. Einleitung.....	164
4.1.1. Beginn in der Ökonomik; Richard Posner: Ein Rechtstheoretiker als Ökonom ...	164
4.1.2. These: Ökonomische Aufschlüsselung der Rechtstheorien Jherings und Hayeks, Austausch der rechtlichen durch die ökonomische Rationalität.....	165
4.1.3. Explikation der Untersuchung: Vom positiven Selbstverständnis über deren normative Implikationen zur philosophischen Verortung .....	167
4.2. Law & Economics als erklärende und normative Rechtstheorie .....	168
4.2.1. Erklärung bestehenden Rechts (positive These).....	169
4.2.2. Tatsächliche Bestimmung und Gestaltung des Rechts nach ökonomischen Kriterien (normative These).....	171
4.2.2.1. Positive Prämissen: Das Verhalten und die Bedingungen des homo oeconomicus.....	171
4.2.2.2. Erklärungsprinzip und normatives Ziel: Effizienz .....	176
4.2.2.3. Der homo oeconomicus und die Normen.....	194
4.2.2.4. Anforderungen an das Recht (und darüber hinaus).....	204
4.2.2.5. Anwendung von law & economics zur rechtlichen Falllösung.....	206
4.3. Die philosophische Verortung der Reichtumsmaximierung bei Posner .....	211

4.3.1. Reichtumsmaximierung als bessere Alternative zum Utilitarismus? .....	212
4.3.2. Konsenstheoretische Begründung .....	214
4.3.2.1. Ex-ante Kompensation als Begründungskonzept.....	215
4.3.2.2. Exkurs: Unterschiede zu den Theorien von Rawls und Hayek.....	216
4.3.3. Pragmatische Begründung.....	219
4.3.3.1. Vereinbarkeit mit verschiedenen philosophischen Traditionen und Verankerung im Alltag.....	219
4.3.3.2. Produktivität als tatsächlicher moralischer und politischer Kern von Posners „Pragmatismus“ .....	222
4.3.3.3. Deckungsgleichheit von Moral, Recht und Wirtschaft .....	223
4.4. Die philosophische Verortung von law & economics im Verhältnis zu den Modellen Jherings und Hayeks .....	224
4.5. Law & Economics als neue Dogmatik.....	227
4.5.1. Teleologie und Selbstbestimmung des Rechts als Wirtschaft.....	227
4.5.2. Grundsätze dieser Dogmatik .....	227
4.5.3. „Zusichselbstkommen“ des Privatrechts als wirtschaftliche Effizienz .....	228
5. Conclusio und Ausblick .....	229
Literaturverzeichnis.....	242
Anhang .....	262

## 1. Einleitung – Überblick über die maßgeblichen Thesen

Die vorliegende Arbeit untersucht die *Entwicklung im Rechtsdenken vom Formalismus zum „Ökonomismus“*, das heißt der wirtschaftlichen Betrachtungsweise (*law & economics*), anhand der Konzeptionen Jherings, Hayeks und Posners. Meine These dabei ist, dass ein *innerer Zusammenhang* zwischen Formalismus und „Ökonomismus“ besteht, der Letztere bereits im Ersteren angelegt war, sich aus ihm bzw. einem dort auftretenden Problem in schlüssiger Weise entwickelt hat. Der Punkt des Umschlags zwischen beiden Konzeptionen ist bereits bei Jhering selbst zu rekonstruieren. In der begrifflich-autonomen Rechtskonzeption der „ersten Phase“ sieht er gerade durch die Autonomie des Rechts (seinen „festen, unbeugsamen Regeln“) die meisten Vorteile für Verkehr und „Leben“ gewährleistet. Auch diese Konzeption ist latent ökonomisch.

Aber sie stellt die These auf, dass der Ökonomie durch ein autonomes Rechtsverständnis am besten gedient sei. In seiner „zweiten Phase“ gibt Jhering diese Vermutung auf bzw. macht sie widerlegbar. Die ökonomische Zielvorgabe des Rechts wird nun selbst herangezogen, um das Recht und seine Formen zu hinterfragen, gegebenenfalls umzuformen („Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen, möge es logisch deduzierbar oder unmöglich sein“<sup>1</sup>). Die in der Folge bei Jhering entwickelten Modelle können genau wie jene Hayeks und Posners als Versuche der Rekalibrierung der durch ihre ökonomische Hinterfragung destabilisierten Dogmatik rekonstruiert werden.

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts intensiviert die *Ökonomie* ihre gesellschaftliche Gestaltungskraft und erlangt eine *unzweifelhafte Führungsrolle*. Diese Epoche beispiellosen Wirtschaftswachstums wird oft als *die „Blütezeit“*<sup>2</sup> des Kapitalismus

---

<sup>1</sup> Jhering, Geist III (8. Aufl.), 321.

<sup>2</sup> Hobsbawm datiert die „Blütezeit“ des Kapitals mit den Jahren 1848-1873 (vgl. *ders.*, Die Blütezeit des Kapitals 1848-1875). 1848 ereignet sich die letzte allgemeine Revolution im Westen, ab ca. 1850 beginnt die neue Welt der Konjunkturzyklen und des exponentiellen Wirtschaftswachstum (vgl. *ebd.*, 45 ff.) 1873 kam es zum Börsenkrach in Wien, der sich über die Länder der damals industrialisierenden Welt ausbreitete. Die Zeit in den Folgejahren wurde zunächst als „Große Depression“ bezeichnet, was allerdings nicht den Tatsachen entspricht und in der Folgezeit auch wieder zurückgenommen (und für die Zeit der 1930er Jahre reserviert) wurde. Denn erholte sich die Wirtschaft vor allem in Deutschland, wo die Industrialisierung ja gerade erst begonnen hatte, bereits ab 1877 rasch und beschleunigte sich diese Gesundung in den 1890er Jahren durch die Entwicklungen in Elektroindustrie (vgl. *Dobb*, Entwicklung des Kapitalismus, 310 f.). In den USA waren

schlechthin bezeichnet (die „Gründerzeit“ in Deutschland und Österreich-Ungarn<sup>3</sup>, aber auch die sogenannte „gilded age“ in den USA). In ihr ereignen sich nicht nur die ersten Weltausstellungen, die großen Ingenieurbauten und Erfindungen, sondern beginnt sich auch die *Ökonomik* als selbständige, um die Paradigmen der Effizienz und Maximierung gebaute und technisch-mathematisch ausformulierte Wissenschaft zu etablieren. Durch den marginalen Utilitarismus bzw. die Grenznutzenschule<sup>4</sup> erfährt sie entscheidende Prägungen.<sup>5</sup> Den *Niederschlag dieser ökonomischen Intensivierung und Führungserlangung*<sup>6</sup> in der theoretischen Konzeptualisierung von Recht zu rekonstruieren, ist wesentlicher Anspruch meines Projekts. Dabei ist ein weiterer Faktor entscheidend. Parallel zu seiner realhistorischen Ausweitung kommt es zur „Enttabuisierung“ des Ökonomischen. Wenn Bourdieu recht hat, sind bereits die Stammesgesellschaften wirtschaftlich umfassend vom Tauschprinzip geprägt, das allerdings unter einem Tabu steht und permanent rituell verschleiert wird. Dieses Tabu fällt mit dem Siegeszug des Kapitalismus. Die Gesellschaft wird „zynisch“, hat kein Problem mehr damit, die ökonomische Bestimmung ihrer Beziehungsstrukturen zu zeigen.<sup>7</sup> Auch der Niederschlag der kapitalistischen Ökonomie im Rechtsdenken, so meine These, zeigt sich als schrittweises Fallen dieses Tabus – bei Jhering ist das Ökonomische noch rituell in den

---

die „Erweiterung der Grenzen“, welche Möglichkeiten für Investitionen und Märkte bot, sowie eine durch Einwanderung und Bevölkerungswachstum große Arbeitsreserve, aber auch der Eisenbahnbau und sonstige Entwicklungen der Technik und Ingenieurskunst, maßgebliche Faktoren für ein nachhaltiges, je nur kurz unterbrochenes, Wachstum (vgl. *Dobb*, Entwicklung des Kapitalismus, 311; zur „gilded age“ (ca. 1870 bis 1900) und der dort vorherrschenden Begeisterung für die „Wunderwerke“ der Ingenieurskunst und die Idee des physikalischen Gleichgewichts, vgl. auch *Hovenkamp*, *The Opening of American Law. Neoclassical Legal Thought, 1870-1970*, 30 f.). Entsprechend wird mit „Blütezeit“ hier der ganze Zeitraum der, insgesamt von hohen Wachstumsraten und technischen Entwicklungen geprägten, zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und noch des frühen 20. Jahrhunderts verstanden (die freilich schwierige Bestimmung eines Endpunkts könnte man mit dem Beginn des ersten Weltkriegs vornehmen, als Zeitenwende, die schließlich in die erste wirkliche große Depression der 1930er führt; der von Hobsbawm unterschiedene Zeitraum des „imperialen Zeitalters“ (vgl. Hobsbawm, *Das imperiale Zeitalter, 1875-1914*) würde dann noch in die „Blütezeit“ miteingerechnet).

<sup>3</sup> Zum „pulsierenden“ Charakter Wiens während des Aufenthalts Jherings zwischen 1868 bis 1872 vgl. *Kunze*, Rudolf von Jhering – ein Lebensbild, 18.

<sup>4</sup> Die von Jevons (vgl. *ders.*, *Theory of Political Economy*, siehe dort insb. das 2. Kapitel, *Theory of Pleasure and Pain*, 28 ff. und das 3. Kapitel, *Theory of Utility*, 37 ff.), Menger (vgl. *ders.*, *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre*, siehe dort insb. das 3. Kapitel, *Die Lehre vom Werthe* 77 ff.), Walras (vgl. *ders.*, *Elements of Pure Economics* (frz. Originaltitel: *Éléments d'économie politique pure*), siehe dort insb. das 8. Kapitel, *Utility Curves or Want Curves. The Theorem of Maximum Utility of Commodities* 115 ff. und das 36. Kapitel, *The Marginal Productivity Theorem. Expanding Output. The Law of General Movements in a Progressive Economy*, 382 ff. sowie die Folgekapitel) und anderen begründet wurde.

<sup>5</sup> Vgl. etwa *Hovenkamp*, *The Opening of American Law*, 34 f., 77 f.

<sup>6</sup> Vgl. auch die These eines Führungswechsels von Politik auf Wirtschaft bei *Luhmann*, *Ausdifferenzierung des Rechts*, 32; siehe dazu unten 2.1.2.

<sup>7</sup> Vgl. *Bourdieu*, *Entwurf einer Theorie der Praxis*. Vgl. auch bereits *Marx* und *Engels* zur historischen Kraft der Bourgeoisie, die eine Enthüllung der ökonomischen Beziehungen und diesbezügliche Ernüchterung bewirken würde, „Manifest der kommunistischen Partei“, 22 f.

rhetorischen Begeisterungspathos des jungen Deutschland gekleidet, bei Posner dringt umgekehrt der ökonomische *calculus* auch noch in den Bereich des rechtlich und ethisch (vormals) Tabuisierten vor.

Diese Rekalibrierung des Rechtsdenkens seit Jhering lässt sich, so meine weitere These, wesentlich entlang zweier Kriterien nachverfolgen. Es handelt sich dabei um die abstrakten Eigenschaften, die Jhering selbst dem Recht in der Konzeption seiner „ersten Phase“ zuschreibt, und zwar jene der *Selbstbestimmtheit* und der *Teleologie*. Selbstbestimmtheit ist hier die *Autonomie* des Rechts und seiner Begriffe, mit welcher der liberalen Gesellschaftskonzeption autonomer Sphären vorgedacht ist. Diese selbstbestimmte Bewegung ist weiters *teleologisch* gedacht, und zwar sowohl in Bezug auf das Recht selbst, insofern jeder neu entwickelte Begriff als Aktualisierung eines bereits im Recht inhärenten Potentials gedacht wird, als auf die externen Wirkungen, insofern der Rechtsentwicklung eine Art Intentionalität für die bestmögliche Realisierung individueller und gesellschaftlicher Bedürfnisse, im Wesentlichen private Willkürfreiheit und die wirtschaftliche Gedeihlichkeit, zugeordnet wird.<sup>8</sup> Der normative Zielanspruch dieses Rechtsmodells besteht ausschließlich in der Entfaltung der rechtlichen Begriffe selbst und der ihnen angeblich inhärierenden Zweckgehalte. Dieses formalistisch verstandene Privatrecht wurde jüngst durch den kanadischen Rechtswissenschaftler Ernest Weinrib revitalisiert, wobei er genau dessen Autonomie und ausschließliche Zweckausrichtung auf die Hervorbringung der eigenen begrifflichen Formen als die entscheidenden Merkmale hervorhebt,<sup>9</sup> und steht aktuell im Zentrum transatlantischer Debatten.<sup>10</sup>

Genau dieses Modell (*I.I.*) gerät allerdings bereits bei Jhering in eine Krise, die eben mit der Intensivierung, unzweifelhaften Dominanzerlangung und dem „Zynischwerden“ des Ökonomischen erklärt werden kann, und deren Bewältigungsversuch bei Jhering selbst

---

<sup>8</sup> Dieses Rechtsmodell entwickelt Jhering vor allem im zweiten Teil seines „Geists des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung“, siehe Geist II/I und Geist II/II; vgl. dazu unten 2.2.

<sup>9</sup> Vgl. Weinrib, *The Idea of Private Law*. Siehe dazu unten, 2.2.3.6.

<sup>10</sup> Ein weiterer, ebenfalls in Kanada lehrender, Vertreter dieses „Privatrechtsidealismus“ neuerer Schule ist Arthur Ripstein, vgl. etwa zuletzt erschienen *ders.*, *Private Wrongs* (vgl. kritisch dazu Gardner, *Private Authority in Ripstein's Private Wrongs*, 52 ff.) In seiner erst 2015 erschienenen Habilitationsschrift hat Rödl nicht nur eine Darstellung von Weinribs und Ripsteins Hauptthesen unternommen, sondern auch versucht, unter Berücksichtigung der Debatten in Deutschland, deren dortige Rezeption einzuleiten, vgl. Rödl, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen* (siehe dazu auch die durchaus kritischen Besprechungen von Kähler, *Pluralismus und Monismus in der normativen Rekonstruktion des Privatrechts*, 118-136; Arnold, *Freiheit, ausgleichende Gerechtigkeit und die Zwecke des Privatrechts*, 137-150; Lomfeld, *Der Mythos vom unpolitischen Privatrecht*, 151-169; sowie Zumbansen, *Wessen Herzschlag höre ich da?*, 170-177). Eine affirmative Verarbeitung der Thesen kommt weiters von den in Israel lehrenden Hanach Dagan und Avihay Dorfman vgl. etwa Dagan/Dorfman, *Just Relationships*, 1395 ff.

anhand von Modifikationen der erwähnten Kriterien und entsprechenden normativen Ansprüche rekonstruierbar ist, wobei jeweils das eine Kriterium zugunsten des anderen aufgegeben wird. Einem Modell, das auf *reine Stabilisierung* und Rettung der selbstbewegten Form ausgerichtet ist (*I.II.*)<sup>11</sup>, steht ein durchaus klassisch *utilitaristisches* entgegen (*I.III.*)<sup>12</sup>, das die rechtliche Form der reinen Teleologie der gesellschaftlichen Wohlfahrt opfert.

Hayeks Projekt (*Modell II.*)<sup>13</sup> lässt sich fast nahtlos an die Rekalibrierungsversuche Jherings knüpfen. Es wendet sich unter anderem direkt gegen dessen drittes, utilitaristisches Modell, versucht zu dessen erstem Modell, der tradierten Rechtsdogmatik, zurückzukehren und operiert dabei mit den erwähnten Kriterien. Es nimmt darauf ebenfalls eine Modifikation vor, die zum einen darin besteht, dass die *Dogmatik* sich nicht selbst bestimmt, sondern durch eine evolutionäre Kraft *bestimmt wird*, zum anderen, dass sie zwar einen *teleologischen Gehalt* bewahrt, dieser aber auf eine einzige, außerhalb dem Recht selbst liegende normative Zwecksetzung reduziert wird, nämlich auf die angebliche (sich vor allem wirtschaftlich zeigende) *Selbstbestimmung des Individuums*. Durch die Wahrnehmung der Letzteren und die sich dadurch aktualisierenden Marktprozesse trägt das Individuum umgekehrt zur Stabilisierung der Ordnung bei.<sup>14</sup> Mein Versuch ist es nun, und zwar unter Rekurs auf die Wurzeln des hayekschen Modells im schottischen Liberalismus, zu zeigen, wie auch diese Modifikation an ihren eigenen Ansprüchen scheitert, weil im hayekschen Modell tatsächlich die Ausrichtung auf die Reproduktion der etablierten Rechts- und Wirtschaftsordnung sowie die *Generierung von Wirtschaftswachstum* die *maßgebliche* ist. Insofern *kippt* auch die liberal gerechtfertigte Dogmatik Hayeks letztendlich *in eine Art Utilitarismus*. Es ist allerdings nicht mehr der klassische Utilitarismus Jherings, sondern jener, der bereits das Kriterium der Messbarkeit und Vergleichbarkeit von Nutzwerten aufgegeben hat, und zwar zugunsten einer sich bloß je subjektiv zeitigenden und in Tauschvorgängen äußernden wirtschaftlichen Bewertung,

---

<sup>11</sup> Welches hier wesentlich in Jherings Vortrag „Der Kampf ums Recht“ verortet wird. Siehe dazu unten 2.3.

<sup>12</sup> Welches Jhering in seinem zweibändigen Spätwerk „Der Zweck im Recht“ entwickelt, siehe dazu unten 2.4.

<sup>13</sup> Die umfassendste Darstellung einer Rechtstheorie hat Hayek im ursprünglich in drei Teilen erschienenen „Recht, Gesetz und Freiheit“ vorgenommen. Es ist aber Anspruch meiner Studie bzw. des Kapitels zu Hayek, dessen Rechtskonzeption möglichst aus seinem Gesamtwerk und dessen verschiedenen (auch Evolutionstheorie und Psychologie enthaltenden) Versatzstücken zu rekonstruieren. Siehe dazu unten 3.

<sup>14</sup> In anderen Worten könnte man das so ausdrücken, dass die Menschen nach einer *latenten*, ihnen selbst fremd bleibenden, Teleologie handeln bzw. durch ihr Eigenhandeln *funktionell* die gesellschaftliche Harmonie und das wirtschaftliche Wohlgedeihen bewirken.

deren angezielte *Maximierung* eben dann erreicht ist, *wenn alle je individuell gewünschten Tauschvorgänge getätigt* wurden. Es ist der Utilitarismus in der Fassung der *Paretoeffizienz*<sup>15</sup>, der sich bei Hayek noch unter einem selbstbestimmt-liberalen Antlitz versteckt. Er stellt letztendlich nicht nur das Kollektiv bzw. die Ordnung vor das Individuum, sondern, das wird zu zeigen sein, ist auch noch von antiegalitärem Charakter, indem er den vermögenden Privatiers eine besondere Gestaltungsmacht einräumt.

*Law & economics* schließlich expliziert und formuliert das bereits bei Hayek qua Dogmatik angelegte Effizienzdenken in ökonomischen Termini aus (*Modell III.*)<sup>16</sup>. Damit kehrt diese Schule letztendlich zum utilitaristischen Modifikationsversuch Jherings zurück.<sup>17</sup> Mit der ökonomischen Ausformulierung des Privatrechts geschieht gleichermaßen das endgültige Zurücklassen der alten Rechtsdogmatik wie auch des Tauschprinzips. Beide gelangen nun wirklich in den prüfenden Blick ökonomischer Effizienz und können ihm nicht standhalten. Insofern hat Posner recht, wenn er schreibt, dass das Tauschprinzip und die freie Zustimmung nur die operationale, aber nicht die theoretische Basis der *Paretoeffizienz* sind.<sup>18</sup> Sobald sich ein anderes, für die ökonomische Maximierung besseres Prinzip findet, ist die Grundierung in Tauschvorgängen hinfällig. Dieses Prinzip stellt das *Kaldor/Hicks-Kriterium* dar. Diesem entsprechend gilt eine Maßnahme dann als effizienzsteigernd, wenn sie zwar monetäre Nachteile für gewisse Personen hat, aber die *Möglichkeit* bestünde, diese zu entschädigen, und nach der Entschädigung noch ein Restvorteil übrigbliebe. Die *tatsächliche* Entschädigung ist keinesfalls erforderlich.<sup>19</sup> Worauf es ankommt, ist die geldwerte Reichtumsmaximierung<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> Paretoeffizienz, in der kürzestmöglichen Definition, beurteilt jede Veränderung, die jemanden besser stellt, *ohne jemand anderen schlechter zu stellen*, als ökonomische Verbesserung (vgl. *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 49). Als solche kann sie aber insofern eng mit den Bedingungen eines idealen Marktes verknüpft werden (und wird sie tatsächlich), als angenommen wird, dass „freie“ Tauschverträge zu einer Verbesserung der Position der Tauschenden führen würden (ansonsten würden diese den Tauschvertrag ja nicht eingehen), ohne dass sich dadurch die Position der anderen verschlechtern würde, vgl. ebd., 51. Dazu und den damit verbundenen problematischen Implikationen siehe unten 4.2.2.2., dort den Unterabschnitt: Verknüpfung mit den Bedingungen eines idealen Marktes.

<sup>16</sup> Das heißt im Endergebnis in jenen des Kaldor/Hicks-Kriteriums bzw. der Reichtumsmaximierung. Das Recht soll nun explizit und ausschließlich nach diesen erklärt und gestaltet werden. Die Hauptreferenz hier sind Richard Posners Ansätze. Siehe dazu gleich im Fließtext und unten 4.

<sup>17</sup> Insofern sie die ökonomische „Bearbeitung“ und Durchbrechung rechtsbegrifflicher Formen und damit verbundener privatautonomer Schutzzonen zur Maximierung eines Gesamtwerts ermöglicht. Dies tut sie im Wesentlichen qua Anwendung des Kaldor/Hicks-Kriteriums, vgl. *Fletcher*, Basic Concepts of Legal Thought, 161 f; siehe auch gleich im Fließtext.

<sup>18</sup> Vgl. *Posner*, The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication, 490.

<sup>19</sup> Vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 51.

<sup>20</sup> Das ist im Grunde lediglich Posners Bezeichnung für die Kaldor/Hicks-Effizienz (vgl. auch *Posner*, Economic Analysis of Law, 12). Zu einer ausführlichen Besprechung des Reichtumsmaximierungsprinzips

(durch die Verengung auf den Geldwert unterscheidet sich dieses Kriterium wiederum auch vom Gesamtnutzenkonzept des klassischen Utilitarismus).<sup>21</sup>

Wie verhält sich dieses Rechtsmodell nun zu den ursprünglichen Kriterien Jherings? Lässt es sich überhaupt durch diese beschreiben? Allerdings, zum einen ist es in seiner Ausrichtung auf die *Reichtumsmaximierung* klar *teleologisch*. Zum anderen ist es auch selbstbestimmt. Die Instanz, welche sich *selbst bestimmt*, ist nur nicht länger das Recht, sondern *die Ökonomie*. Bei Jhering und Hayek nimmt die Dogmatik die Impulse der sich intensivierenden ökonomischen Vorherrschaft noch als externe auf und versucht, sie in interne Modifikationen zu übertragen. Bei *law & economics* bzw. Posner *internalisiert* das *Recht* diese Impulse hingegen in sich selbst und macht sie, eben als *wirtschaftliche Effizienz* im Sinne des Kaldor/Hicks-Kriteriums, zu seinem eigenen „Geist“ bzw. normativen Inhalt. Dadurch kann es wieder die abstrakten Kriterien der Dogmatik annehmen und kommt die Rekalibrierung des Rechts seit der „Krise“ Jherings zum Abschluss. Im Unterschied zur rechtsformalen Dogmatik duldet sie allerdings keine autonomen Systeme neben sich, sondern ist umfassendes Erklärungsprinzip.

Damit zeigt sich auch der tatsächliche normative Gehalt der Kriterien von *Selbstbestimmung und Teleologie*. Sie sind *dem Recht und der Ökonomie jeweils selbst zugeordnet*, sie sind es, die sich je selbst bestimmen und auf die Verfolgung ihnen inhärierender Zwecke ausgelegt sind. Die *Selbstbestimmung der Individuen* spielt eine lediglich *nachgereichte, instrumentelle* Rolle. Auch ist, in der hier untersuchten Entwicklung von Rechtsmodellen, *gegenüber der Selbstbestimmung insgesamt* das *teleologische Moment* als das *letztendlich entscheidende* auszuweisen. Die erstere hat je durchaus liberale Implikationen, in Jherings autonomem Rechtsmodell, insofern es einen Vorläufer des komplexen Liberalismus von Luhmanns Gesellschaftstheorie je selbständiger (autopoietischer) Subsysteme<sup>22</sup> darstellt<sup>23</sup>, oder Explikationen, in der Anknüpfung von Hayeks Gesellschaftsmodell am „klassischem“ Liberalismus<sup>24</sup>, die politische Zurückhaltung mit individueller Freiheit zu verbinden beansprucht. Die

---

bei Posner vgl. etwa *ders.*, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, 119-127 und *Wealth Maximization Revisited*, 85-89.

<sup>21</sup> Vgl. *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 181 ff., 187; siehe weiters *Mestmäcker*, *A Legal Theory without Law*, 21; vgl. Auch *Kelman*, *A Guide to Critical Legal Studies*, 149.

<sup>22</sup> Vgl. *Luhmann*, *Soziale Systeme*.

<sup>23</sup> Als solcher wird die Systemtheorie hier jedenfalls von mir, quasi mit der Brille Walzers, verstanden, wengleich Luhmann selbst mit dieser Zuschreibung freilich seine Probleme hätte, sie für ihn wohl die Beschreibung der Systemtheorie aus der politischen Teilperspektive und in ihrer Semantik bedeuten würde.

<sup>24</sup> Vgl. nur *Hayek*, *Liberalism*.

Teleologie als Wesensmerkmal des Rechts steht hingegen bereits *ex definitione* (wegen seines Konsequentialismus) dem Utilitarismus nahe. Und jener ist es, welcher spätestens am Ende der Rekonstruktion bei *law & economics* bereits in den Vorstufen sichtbar und als das eigentliche Entscheidende auszuweisen ist. Die drei Stufen der Rekonstruktion lassen sich letztendlich als drei Ausprägungen des Utilitarismus fassen: Jherings Modell bzw. seine Zweckkonzeption als klassischer, auf die Gesamtmaximierung gesellschaftlichen Nutzens abzielender, Utilitarismus, Hayeks Modell als rechtsimmanent argumentierte „Vorwegnahme“<sup>25</sup> der Paretoeffizienz, *law & economics* als um das Kaldor/Hicks-Kriterium bzw. die Reichtumsmaximierung gebaute ökonomische Dogmatik. Entgegen den egalitären Gehalten von begrifflicher Rationalität, Selbstbestimmung und Liberalismus kommt ein in Wahrheit nicht- bis antiegalitäres Modell der wirtschaftlichen Maximierung zum Vorschein.

Ziel meiner Studie ist es somit auch, den Zusammenhang zwischen dem privatrechtlichen Formalismus und dem Utilitarismus von *law & economics* systematisch herauszuarbeiten. Mit dieser Systematisierung soll nicht nur eine wechselseitige Erhellung des Verständnisses von Formalismus und *law & economics* erreicht werden, sie läuft auch auf die These hinaus, dass Letzteres im Grunde das konsequent zu Ende gedachte Privatrecht sei. Es gibt seit der „Krise“ Jherings freilich andere Versuche einer systematischen Rekonzeptualisierung des Rechts, die sich aber größtenteils kritisch gegen und außerhalb die bzw. der privatrechtlichen Dogmatik situieren und von klassisch marxistischen Ansätzen<sup>26</sup> zu den dekonstruktiv geschulten *critical legal studies*<sup>27</sup> reichen. Es gibt seit Ende des 19. Jahrhunderts überhaupt die mit Robert von Mohl<sup>28</sup> und anderen<sup>29</sup> ansetzende Wissenschaft des öffentlichen Rechts. Das alles muss für diese Studie weitgehend ausgespart werden,

---

<sup>25</sup> Die später als „Paretokriterium“ bekanntgewordene Effizienzbestimmung Vilfredo Paretos (vgl. *Pareto, Mind and Society*, IV, sec. 2127 -2129., pp. 1465-67) stammt freilich schon aus den 1910er Jahren (die Übersetzung der erwähnten Schrift aus den 1930er Jahren). Für die Rechtstheorie erlangte sie indessen erst mit *law & economics* eine explizite Bedeutung. Hayek schließt zwar einerseits die Berücksichtigung von *bestimmten* Kriterien wirtschaftlicher Effizienz für das Recht aus, wie und weil er eine durch einen technokratischen Gesetzgeber vorzunehmende Umgestaltung des Rechts insgesamt ausschließt, andererseits kann seine These, dass das aus reinen Eigentums- und Tauschregeln bestehende Recht, im Endeffekt ohnehin das effizienteste sei, sehr wohl als implizite Artikulation genau der Paretoeffizienz rekonstruiert werden. Vgl. dazu das 3. Kapitel, siehe dort insb. 3.7.3.D.

<sup>26</sup> Vgl. etwa grundlegend *Paschukanis*, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus.

<sup>27</sup> Siehe etwa *Kelman*, *A Guide to Critical Legal Studies*. Auf die dort (114 ff und 151 ff.) enthaltene kritische Analyse von *law & economics* wird im dritten Teil dieser Arbeit noch Bezug zu nehmen sein.

<sup>28</sup> Siehe etwa *Mohl*, *Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats und ders., Staatsrecht des Königreichs Württemberg*. Vgl. die Fn 460.

<sup>29</sup> Nämlich insbesondere Carl Friedrich von Gerber und Otto Mayer, vgl. die Fn 461 und 462.

weil sie zwar einen allgemeinen, das Privatrecht inhaltlich übersteigenden, Wandel im Rechtsdenken als ihren Gegenstand beansprucht, diesen aber *allein im und aus dem Privatrecht rekonstruieren möchte*. In ihrer 2014 veröffentlichten Habilitationsschrift „Der privatrechtliche Diskurs der Moderne“ unterscheidet Marietta Auer zwei unterschiedliche Möglichkeiten, den „Einbruch“ in die klassische Rechtsdogmatik eines Äußeren, das sie im „Sozialen“ oder „Öffentlichen“ verortet, konzeptuell zu verarbeiten. Die eine Möglichkeit bestünde in der theoretischen Ausklammerung oder Marginalisierung, die andere in der Umwandlung der Dogmatik und ihrer Begriffe selbst.<sup>30</sup> Auer erläutert das beispielhaft anhand des Eigentums und dessen seit dem 19. Jahrhundert zunehmenden Beschränkungen, die zum einen, etwa durch den Begriff des Gesetzesvorbehaltes, in klassischer Weise aus der privatrechtlichen Eigentumsdogmatik ausgeklammert würden,<sup>31</sup> zum anderen, beginnend mit Jherings Forderung eines anderen, „gesellschaftlichen“ Eigentumsbegriffs<sup>32</sup> zu Begriffsverschiebungen innerhalb der Dogmatik führen würden.<sup>33</sup> Mein Anspruch ist es, mich ganz auf die zweite Perspektive und Verarbeitungsweise, die – um es wieder mit Auers Worten zu sagen – „Entgrenzung von innen“<sup>34</sup>, zu fokussieren, freilich mit dem Anspruch, dass sich darin die „Entgrenzung von außen“<sup>35</sup> gespiegelt finde. Auch die Schule Kelsens wird hier höchstens punktuell in den Blick kommen, weil sie, jedenfalls nach hier vertretener Auffassung, im Großen und Ganzen eine Fortsetzung des autonom-begrifflichen Rechtsmodells darstellt, von deren Krise als unhintergehbarem Faktum diese Studie ja ausgeht. Genauer gesagt, wäre sie als Ausweitung der Begriffsdogmatik ins öffentliche Recht hinein zu begreifen, die von Hayek, aufgrund ihrer angeblich totalitären Züge,<sup>36</sup> abgelehnt, von Posner aber mit der folgenden Überlegung begrüßt wird: Indem Kelsen das Recht minimal, als System zwangsbewehrter Normen, begriffen und die Gültigkeit von Normen nur aufgrund ihrer rechtmäßigen Erzeugungsweise bestimmt habe, habe er einen „reinen“ bzw. leeren Raum geschaffen, der

---

<sup>30</sup> Vgl. Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 130 ff.

<sup>31</sup> Vgl. Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 131, 136.

<sup>32</sup> Vgl. Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 133; siehe Jhering, Zweck I, 519, 523, 526 f.; siehe dazu unten, 2.4.4.2.

<sup>33</sup> Vgl. Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 142.

<sup>34</sup> Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 165.

<sup>35</sup> Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 166.

<sup>36</sup> Hayeks Argument ist, dass die kelsensche Rechtstheorie dem Gesetzgeber keine qualitative Schranke auferlege, sondern alles, was im ordnungsgemäßen Verfahren beschließe, für zulässig erkläre (vgl. Hayek, Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs, 185). Dieser Auffassung liege ein Verständnis von Gesellschaft ganz als Produkt bewusster Anordnung für bestimmte Zwecke und nicht als spontane Ordnung zugrunde, das sich letztendlich nicht von jenem Schmitts unterscheide (vgl. Hayek, Rechtsordnung und Handlungsordnung, 69 f.).

gerade zur Befüllung mit ökonomischen Inhalten eigne.<sup>37</sup> Insofern wäre hier die kelsensche Rechtslehre an einer Schnittstelle positioniert, an der gerade ihr formaler und positivistischer Charakter (sozusagen) die Aufnahme und Verarbeitung ökonomischer Impulse gewährleistet. Diese Zusammenhänge auszuerzählen, bedürfte allerdings, zumal in Wien, einer eigenen Studie. *Diese* Studie geht indessen davon aus, dass die Ökonomisierung des Rechts einschlägiger und anschaulicher anhand der hier untersuchten theoretischen Zugänge, die allesamt Stationen eines Bruchs und einer Überarbeitung des begrifflich-autonomen Rechtsmodells darstellen, zu rekonstruieren und nachzuerzählen ist.

Eine Rolle als „abwesender Anwesender“ spielt hier hingegen der Rechtsrealismus. Er ist, idealtypisch gesprochen, die Artikulation als Bewegung des von Jhering zuerst ausgerufenen Unzureichens der Dogmatik.<sup>38</sup> Die mit ihm nachgerade bewirkte „Entleerung“ des tradierten Rechtsdenkens ist gleichzeitig die Grundlage für *law & economics*, das umgekehrt und vor allen anderen neuen Schulen und Bewegungen, so meine These, die Füllung dieser Leere („filling the void“, in Mercurios und Medemas Worten<sup>39</sup>) mit einer neuen Dogmatik bewirkt und, indem es seine von vornherein gegebene Ein- und Ausrichtung in bzw. auf ökonomische(n) Umwelten in sich selbst aufnimmt, das Privatrecht schlüssig zu Ende denkt. Auer wünscht sich eine Rechtstheorie, die dem „Prinzipienwandel von Autonomie zu objektiver Zurechnung“ gerecht würde.<sup>40</sup> Wenn man unterstellt, dass das Attribut „objektiv“ in Wahrheit den Gehalt ökonomischer Effizienz hat, lässt sich *law & economics* durchaus als das Gesuchte Auers begreifen.

Den Anspruch meiner Studie könnte man zum einen als „Wissen, woran man ist“ im durchaus materialistischen Sinne einer über die ökonomische Aufschlüsselung des Privatrechts zu erlangenden Klarwerdung über dessen Charakter und Funktionsweise sowie deren normative und politische Implikationen bezeichnen. Sie soll den politischen Charakter des Privatrechts sichtbar machen, und zwar als einen, der nicht bloß Leben lässt, indem er abstrakte Freiheitsräume schafft, sondern der auch *Leben macht*<sup>41</sup>, das heißt Gesellschaft proaktiv auf bestimmte normative Ziele hin gestaltet. Diese Ziele sind freilich

---

<sup>37</sup> Vgl. Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy*, 251, 254 ff.

<sup>38</sup> Vgl. grundlegend Holmes, *The Path of the Law*, 457-478 und klassisch Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 809-849.

<sup>39</sup> Mercurio & Medema, *Economics and the Law, From Posner to Post-Modernism and Beyond* (2. Aufl.), 17 ff.

<sup>40</sup> Vgl. Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 165 f.

<sup>41</sup> Vgl. Foucault, *Der Wille zum Wissen. Sexualität und Wahrheit* 1, 165: „Man könnte sagen, das alte Recht [des Souveräns, meine Anmerkung], sterben zu machen oder leben zu lassen, wurde abgelöst von einer Macht, leben zu machen oder in den Tod zu stoßen.“

nicht gleichbleibend, sondern verschieben sich mit der je unterschiedlichen Anknüpfung an das Ökonomische bzw. spezifischen Definition des Effizienzkriteriums. Die Rekonstruktion dieser Verschiebung im Rechtsdenken will sich in aller Bescheidenheit auch als Studie über die *Widerspiegelung das Recht übersteigender Veränderungen im Rechtsdenken* begreifen. Damit ist eine Denktradition aufgerufen, die eine sich im 19. und vor allem 20. Jahrhundert zeitigende Verschiebung vom Privatrecht zum öffentlichen Recht konstatiert und mit einer von Freiheit zu sozialer Verantwortung führenden Entwicklung erklären möchte.<sup>42</sup> In ihrer erwähnten Habilitationsschrift hat Auer diesen Ansatz einer Aktualisierung unterzogen, welcher sie die moderne Privatrechtsentwicklung wesentlich als (das ist ihre eigentliche These) rechtsimmanente *Reflexivität des Privatrechts auf seine eigenen Grundlagen* begreifen lässt. Die Entwicklung des Privatrechts wird dabei als diskursiver Prozess der Aufklärung gedacht, in welchem sich das Autonomieprinzip und seine Durchbrechungen wechselseitig ergänzen.<sup>43</sup> Nicht zuletzt liegt dieser Rekonstruktion auch das Narrativ vom Aufstieg des Sozialstaats zugrunde. Allein, die historische Entwicklung geht in eine andere Richtung, in der wohlfahrtsstaatliche Errungenschaften sich im Abbau befinden und deren Hohezeit in den *Trente Glorieuses* sich im Rückblick fast nur als Zwischenspiel auf dem seit spätestens den 1850er Jahren angestoßenen gigantischen Prozess kapitalistischer Ökonomisierung und Akkumulierung ausnimmt. Meine Studie möchte sich an diesen halten bzw. selbst den Nachweis führen, dass sich die Privatrechtsentwicklung in ihrer reflexiven Dimension als Widerspiegelung desselben plausibler und für das kritische Interesse gewinnbringender auserzählen lässt als durch ihre (mehr oder weniger) idealisierende Zurichtung.

Insofern ist es zum anderen auch ein Anliegen dieser Studie, an das kritische und progressive Erbe des Rechtsrealismus anzuknüpfen. „You see how the vague circumference of the notion of duty shrinks and at the same time grows more precise when we wash it with cynical acid and expel everything except the object of our study, the operations of the law“ hatte Holmes 1897 in „The Path of the Law“ geschrieben<sup>44</sup> und damit, als deren Vorreiter, die Grundlagen für die Bewegung des *american legal realism* gelegt. Durch einen sehr nüchternen Blick auf das Recht, den Holmes berühmterweise mit

---

<sup>42</sup> Vgl. klassisch etwa *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft. Vgl. dazu auch *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 1, 4 f., 135 ff.

<sup>43</sup> Vgl. *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, insb. 46 f., 60 ff.

<sup>44</sup> *Holmes*, The Path of the Law, 461 f.

jenem eines „bad man“<sup>45</sup> bezeichnet hat, wird es möglich, seine Unterwerfung unter selbiges von normativen Überfrachtungen zu lösen und auf ein Mindestmaß zu reduzieren. Diese Sichtweise auf das Recht ist bereits bei Holmes von inhärent ökonomischem Charakter: Der „bad man“ hält sich nur dann und insofern an das Recht, wenn sich das eher rechnet, als ihm die Gefolgschaft zu versagen.<sup>46</sup> Wäre es nicht unter Umständen möglich, *law & economics* als Fortsetzung dieser Tradition (gar mit ihren progressiven Implikationen und Ansprüchen) zu begreifen?

Diese Frage ist noch verfrüht. Zu beginnen ist hier in der Hohezeit der pandektistischen Dogmatik, tief im 19. Jahrhundert. Jhering hat in der Folge Puchtas an dieser mitgeschrieben, ihr drei Teile (bzw. vier Bände)<sup>47</sup> zum „Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung“ gewidmet, als ihn im Winter 1858 eine veritable akademische Krise ereilt. Es gelingt ihm nicht, die logische Deduktion von kaufrechtlichen Prinzipien mit ihrer praktischen Bedeutung in Einklang zu bringen. Jhering ist in heller Gemütsaufregung. Eine gerechte Strafe für seine theoretischen Verirrungen? So fragt er sich selbst.<sup>48</sup> Von dieser „Krise“ aus, die sich in den weiteren Schriften Jherings niederschlägt, sollen die hier untersuchten Verschiebungen im Privatrechtsdenken lesbar gemacht werden. Aber der Reihe nach.

---

<sup>45</sup> Vgl. *Holmes*, *The Path of the Law*, 459-461.

<sup>46</sup> Vgl. *Holmes*, *The Path of the Law*, 459. Auf die Verwandtschaft zwischen *homo oeconomicus* und „bad man“ hinweisend, vgl. auch *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 36.

<sup>47</sup> Siehe gleich unten, Fn 51.

<sup>48</sup> Vgl. *Jhering*, *Über den Sinn des Satzes: Der Käufer trägt die Gefahr*, mit besonderer Beziehung auf den Fall des mehrfachen Verkaufes, 291 ff (293). Vgl. auch die Darstellung bei *Behrends*, *Rudolph von Jhering (1818-1892). Der Durchbruch zum Zweck*, 253 f. Anlassfall war ein Gutachten, das Jhering für seine Fakultät zur Frage eines Doppelverkaufs mit Untergang der Sache verfassen musste. Das logische Deduzierte, nämlich die zweifache Leistung des Kaufpreises ohne jegliche Gegenleistung(en), empfand Jhering als praktisch nicht vertretbar.

## 2. Jhering: Von der Rechtdogmatik zum Utilitarismus

### 2.1. Einleitung

#### 2.1.1. Rudolph von Jhering: So antiquarisch wie der Blick des Rezipienten

Der Frage des in Historie und Theorie des Privatrechts Unbedarften, wer denn Rudolph von Jhering war, könnte der nostalgisch befangene Emphatiker entgegen: ein „großer Rechtsdenker.“<sup>49</sup> „Größe“ in diesem Sinne mag ein Begriff des 19. Jahrhunderts sein. Jhering hatte sie jedenfalls, was die Weitläufigkeit seines Schrifttums und die Höhe dessen Anspruchs betrifft. In erster Linie war er, der hauptsächlich in der deutschen Provinz, in Gießen und Göttingen, und zwischendurch in Wien lehrte, wohl Romanist, Zivilist (so geht beispielsweise die Entwicklung der *culpa in contrahendo* auf ihn zurück<sup>50</sup>) und Privatrechtstheoretiker, von dieser Grundlage aus aber versuchsweise auch Soziologe, Naturwissenschaftler, Ökonom und Philosoph. Das trifft vor allem für seine Monographien und dort insbesondere für das Spätwerk zu. Der in Gießen in drei Teilen bzw. vier Bänden<sup>51</sup> verfasste „Geist des römischen Rechts“ (1852–1865) war noch dogmatisch, die wichtigsten Inspirationsquellen seine „Lehrer“ Savigny und Puchta<sup>52</sup>, der in Göttingen ausgearbeitete zweibändige „Zweck im Recht“ (1877/1883) dann, entsprechend der Abwendung von der Dogmatik bzw. eigentlich dem Rechtsdenken selbst, an anderen Disziplinen orientiert, vornehmlich den Naturwissenschaften (vor allem der erste Band) und der Ökonomie wie Soziologie (vor allem der zweite Band). Beide Monographien sollten, trotz oder gerade wegen ihrer Weitläufigkeit und Veröffentlichung in mehreren Bänden, aber auch wegen gedanklicher Umbrüche, (immerhin) eindrucksvolle Torsi bleiben.<sup>53</sup> Sie werden hier neben Jherings noch in Wien gehaltenem Vortrag „Der Kampf ums Recht“ (1872) im Zentrum stehen. Dieser avancierte, wohl auch aufgrund

---

<sup>49</sup> Vgl. auch noch die entsprechende Diktion des Klassikers von *Wolf*: Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte. Siehe dort: Rudolf von Jhering, 622–668.

<sup>50</sup> *Jhering*, *Culpa in contrahendo* oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, 1-112.

<sup>51</sup> Die Gliederung mit Erscheinungsjahren der Erstauflagen ist wie folgt: Geist I (1852), Geist II/I (1854), Geist II/II (1858), Geist III/I (1865). Die in den Veröffentlichungen verwendete Terminologie ist die von Teilen (I-III) und Abteilungen (II/I bzw. II/II). Die ursprünglich geplante Abteilung III/II ist nicht mehr erschienen. Hier soll dieser Terminologie im Wesentlichen gefolgt werden, wenn vom zweiten Teil die Rede ist, sind daher die Bände II/I und II/II gemeint. Wenn ausnahmsweise von Bänden die Rede ist, gilt eine fortlaufende und einzelne Zählung (mit dem zweiten Band ist dann der Band II/I gemeint).

<sup>52</sup> Zu deren, vor allem Savignys, Einfluss auf Jhering vgl. *Behrends*, *Rudolph von Jhering* (1818-1892). Der Durchbruch zum Zweck, 246-252.

<sup>53</sup> Vgl. dazu *Kunze*, *Rudolf von Jhering – ein Lebensbild*, 20 f.

seiner schon im Titel anklingenden darwinschen Inspiration<sup>54</sup>, schnell zu seinem populärsten Text, wurde in viele Sprachen übersetzt und machte Jhering zu einem der berühmtesten Rechtswissenschaftler seiner Zeit.<sup>55</sup>

Allerdings korreliert die Weitläufigkeit der Zusammenhänge bei Jhering mit der Hastigkeit ihrer Ausarbeitung, so dass man meist deren letzte Gründlichkeit und Konsequenz misst.<sup>56</sup> Doch muss man nicht, wie Wieacker, Vergil herbeizitieren, um ihn zu retten. Ein tröstliches *Magna voluisse magnum* („Großes gewollt zu haben, ist groß genug“)<sup>57</sup> wäre nämlich sicher nicht in seinem Sinn gewesen, der seine theoretischen Konstrukte ja, nicht erst in seinem Spätwerk, gerade auf ihre Lebensnähe und Praxistauglichkeit hin entwarf. Auch sind eventuelle Defizite Jherings für die Zwecke dieser Arbeit ohne Relevanz. Ihr ist es um die Rekonstruktion einer Verschiebung im Rechtsdenken des 19. Jahrhunderts zu tun, die über die Krise und schließlich *Aufgabe* eines *Modells teleologischer Eigendynamik* des Rechts zum Versuch seiner, im Wesentlichen und letztendlich *ökonomischen, Rekonzeptualisierung* führt. Diese lässt sich, wie zu beweisen sein wird, anhand und innerhalb der jheringschen Rechtstheorie durchführen, wenn auch nur fürs Erste, denn die ökonomische Neubestimmung gelingt oder gelangt hier noch keinesfalls (zum Abschluss). Darin zeigt sich jedenfalls die Empfänglichkeit der jheringschen Rechtstheorie für die großen Umbrüche der Zeit.<sup>58</sup> Jherings Texte sind nur so „antiquarisch“<sup>59</sup> wie der Blick des Rezipienten. Gegengelesen mit damaligen und heutigen Texten wissen sie mehr als ihr Verfasser.<sup>60</sup>

### **2.1.2. These: Der Niederschlag des gesellschaftlichen Führungswechsels im Recht**

Ein großer Teil der Forschung zu Jhering befasst sich mit der Frage der Einteilung seines Werks. Gestritten wird darum, ob er die konstruktivistisch-rechtsdogmatische Konzeption,

---

<sup>54</sup> Vgl. dazu etwa *Wieacker*, Jhering und der „Darwinismus“, 74 f.

<sup>55</sup> Vgl. etwa *Kunze*, Rudolf von Jhering – ein Lebensbild, 20 f.

<sup>56</sup> In diese Richtung fast durchgehend die Wertung in der einschlägigen Literatur, siehe z.B. den der bereits zitierten Vergil-Stelle vorangehende Passus in *Wieacker*, Rudolph von Jhering, 36, vgl. weiters *Wolf*, Grosse Rechtsdenker, 663 f. (zum von lexikalischer Vielwisserei, intellektueller Betriebsamkeit und naturwissenschaftlichem Enthusiasmus geprägten geistigen Klima der Epoche siehe auch ebd., 622 ff.) sowie *Klenner*, Jherings Kampf ums Recht, 146 f. Teilweise wird der Höhepunkt des Werks Jherings auch in dessen „Geist“ konstatiert und von dort an ein Abfallen der Schaffenskraft konstatiert, vgl. *Pleister*, Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings, 338 f.

<sup>57</sup> Vgl. *Wieacker*, Rudolph von Jhering, 36.

<sup>58</sup> Wieacker spricht gar von „seismographischer Sensibilität“ Jherings, siehe *Wieacker*, Jhering und der „Darwinismus“, 65.

<sup>59</sup> Vgl. *Helfer*, Rudolf von Jhering als Rechtssoziologe, 52.

<sup>60</sup> Vgl. auch *Schelsky*, Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht. Ein wissenschaftsgeschichtlicher Beitrag, 148.

die für seine früheren Schriften<sup>61</sup> maßgeblich war, zugunsten einer in den späteren Schriften<sup>62</sup> verfolgten „darwinistischen“ Rechtstheorie aufgegeben habe.<sup>63</sup>

Meines Erachtens ist die Frage *als solche* nicht entscheidend bzw. insofern unvollständig und verfrüht, als ihr Erkenntniszweck nicht ersichtlich ist. Entscheidend ist vielmehr, ob es einen nachvollziehbaren *Grund* gibt, diesen Bruch anzunehmen. Nur dieser kann Maßstab für das Vorliegen oder Nichtvorliegen des Bruchs und erst dieser kann Grundlage für die Charakterisierung der verschiedenen „Phasen“ von Jherings Denken sein.<sup>64</sup>

Gibt es diesen Grund? Auch das ist keine empirische Frage. Aber meiner These zufolge lässt sich ein Bruch im jheringschen Rechtsdenken am besten dann plausibel und intelligibel machen, wenn man ihn mit dem gesellschaftlichen „Führungswechsel“<sup>65</sup> von Politik auf Wirtschaft, der sich freilich schrittweise vollzieht, aber spätestens in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts unzweifelhaft wird,<sup>66</sup> in Verbindung bringt. Karzustellen ist, dass es dabei weniger um die exakte Rekonstruktion externer historischer Entwicklung<sup>67</sup> und deren Auswirkung auf das Recht geht, sondern vielmehr um die *Rekonstruktion eines historischen Umbruchs aus internen Verschiebungen im jheringschen System selbst*. In ebendiesem scheint es mir (bereits in dieser Einleitung angekündigte) ganz wesentliche Modifikationen zu geben, die auf ihre historische Signifikanz hin auszulesen sind.

Der „Führungswechsel“ wird sich dabei, so viel sei vorweggenommen, als Thema und Problem der *Bewegung* bzw. Entwicklung des Rechts zeitigen. Er ist der

---

<sup>61</sup> Zu nennen sind insbesondere die 4 Bände des „Geists des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung“ (1852-1865).

<sup>62</sup> Zu nennen sind insbesondere „Der Kampf ums Recht“ (1872) und „Der Zweck im Recht“ (1877/1883).

<sup>63</sup> Für eine Übersicht über die entsprechenden Positionen, vgl. *Somek*, Die Kaserne des Egoismus, 58 f.

<sup>64</sup> Erst dann lässt sich auch die Frage, ob Jhering irgendwann Darwinist war, in sinnvoller, nämlich spezifisch kontextualisierter, Weise beantworten. Vgl. dazu unten, 2.4.2.4.

<sup>65</sup> *Luhmann*, Ausdifferenzierung des Rechts, 32.

<sup>66</sup> Vgl. oben 1., siehe insb. die Fn 2.

<sup>67</sup> Wollte man dennoch Eckdaten haben, so wären das etwa als „externe Daten“: 1848 als letzte allgemein Revolution im Westen und Beginn der neuen Welt der Konjunkturzyklen mit einem exponentiellen Wirtschaftswachstum ab ca. 1850; die Weltausstellung 1873 in Wien als besonderer Höhepunkt dieser Zeit (Jhering war da schon in Göttingen), aber auch der Börsenkrach im selben Jahr, auf den dennoch bald weiteres Wachstum folgt (vgl. in der Fn 2); an wirtschaftswissenschaftlichen, für den Marginalismus und die moderne Ökonomik grundlegenden, Publikationen: Mengers „Grundsätze der Volkswirtschaftslehre“ und Jevons „Theory of Political Economy“, beide 1871; an sonstigen (für Jhering) wichtigen Veröffentlichungen: Darwins „Entstehung der Arten“, 1859; Trendelenburgs „Logische Untersuchungen“ von 1862; Spencers Tatsachen der Ethik von 1879; an eigenen Veröffentlichungen Jherings: der dritte Teil des „Geists des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung“, in dem Jhering seine „Krise“ artikuliert und den Wandel von Recht und Wille hin zu „Leben“ und „Interesse“ bereits vollzieht, 1865; der Vortrag „Der Kampf ums Recht“, 1872; die Bände des „Zwecks im Recht“ von 1877 und 1883.

Verbindungspunkt, der innere Zusammenhang zwischen den verschiedenen Konzeptionen des Rechts bei Jhering. Auf diesen wird die Bewegung des Rechts in ihrer Ausrichtung und Bestimmung im Hinblick auf seine Zwecke immer neu gefasst. Im Ergebnis sind drei verschiedene, aber miteinander verbundene Rechtskonzeptionen zu unterscheiden.

### ***2.1.3. Explikation der Untersuchung: Drei verschiedene Zustände der Bewegung des Rechts***

Der – im folgenden Unterkapitel genauer zu erörternde – Ausgangspunkt der Untersuchung ist die erste, nämlich formalistische und konstruktivistische, Rechtstheorie Jherings, die er insbesondere in seinem mehrbändigen „Geist des römischen Rechts“ entfaltet hat. Mit dem juristischen Formalismus ist eine stark deduktiv<sup>68</sup> verfahrenende Denkweise bezeichnet. Historisch entsprechen ihr die an der römischen Pandektistik angelehnten großen systematischen bürgerlichen Rechtskodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts, die das Recht als ein System von logischen Begriffen konzipieren. Der Rechtsanwender und -theoretiker hat deren Beziehungen *more geometrico* zu rekonstruieren. Wenn dies in der konkreten Applikation gelingt, ergibt sich die zwingend richtige Falllösung.<sup>69</sup> Inhaltlich ist mit dem Formalismus die Vorstellung von Beziehungen „freier Willkür“ zwischen Individuen verbunden, deren Gestaltung das Recht durch Formen der freien Rechtssetzung zu ermöglichen hat.<sup>70</sup> Konstruktivismus hingegen bedeutet eine bestimmte Methode oder Technik des formalen Rechtsdenkens, die im Wesentlichen im Zerlegen eines Sachverhalts in seine Bestandteile und der neuerlichen Konstruktion jedes Teils in juristischen Begriffen besteht.<sup>71</sup> Der Konstruktivismus Jherings freilich ist ein ganz spezifischer, in drei juristischen Grundoperationen bestehender, wobei die „Konstruktion“ den letzten und

---

<sup>68</sup> Vgl. *Somek*, Rechtstheorie, 40.

<sup>69</sup> Vgl. *Grey*, Langdell's Orthodoxy.

<sup>70</sup> Vgl. *Somek*, Rechtstheorie, 37.

<sup>71</sup> Über die genauen Details des Konstruktionsbegriffs herrschte allerdings, vor allem dadurch, dass er in einem immer weiteren Sinne verwendet wurde, bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts Unklarheit, vgl. dazu *Rümelin*, Zur Lehre der juristischen Konstruktion, 343 ff. Rümelin versucht hier unter anderem, ebendiese Unklarheit zu beseitigen und möchte eine „im wesentlichen übereinstimmende Grundvorstellung in der Richtung feststellen [...], daß man unter Konstruktion die Einordnung einer Einzelercheinung in das System unter Analyse und Synthese ihrer Begriffselemente versteht (ebd., 346). Zum Konstruktivismus und zu dessen terminologischer Aufweichung vgl. auch *Somek*, Rechtssystem und Republik, 171 ff, insb. 175.

eigentlich schöpferischen Vorgang bezeichnet, welche die vorhergehenden Schritte vollendet.<sup>72</sup>

Zentral für die Zwecke dieser Arbeit ist, wie schon angedeutet, der dieser formalen und konstruktivistischen Rechtskonzeption entsprechende Bewegungsmodus des Rechts. Das formal-konstruktivistische Rechtsverständnis impliziert wesentlich eine autonome bzw. autopoietische<sup>73</sup> Bewegung des Rechts, die von Jhering auch als „Selbständigkeitstrieb“<sup>74</sup> des Rechts bezeichnet wird. Gleichzeitig impliziert es eine teleologische Ausrichtung dieser Bewegung. Es liegt ihr die Vorstellung eines inhärenten Potentials im Recht zugrunde, das sich stufenweise entfaltet. Ziel ist zunächst die sich in intelligiblen Begrifflichkeiten zeitigende Entfaltung dieses Potentials selbst. Daran „angekoppelt“ sind Zwecke der Ausübung und Stabilisierung privatautonomer Willkürfreiheit (genauer der englische Ausdruck: „freedom of choice“)<sup>75</sup>, gleichzeitig aber der Erfüllung der Bedürfnisse des „Lebens“<sup>76</sup>, das heißt des ökonomischen Verkehrs<sup>77</sup>, denen, so die Auffassung Jherings auf dieser Konzeptionsstufe, am besten gerade durch die „Bestimmtheit, Sicherheit, Gleichmäßigkeit, Ruhe, Festigkeit des Rechts“<sup>78</sup> gedient sei. Die These der bestmöglichen Befriedigung gesellschaftlicher Bedürfnisse, Probleme und Konflikte durch die weitestmögliche Autonomie ihrer Subsysteme ist hier vorgedacht (siehe gleich noch unten).

Die diesem Stadium entsprechende erste (I) Rechtskonzeption Jherings besteht sohin in der *teleologischen Selbstbewegung* des Rechts, in ihrer miteinander verschränkten (1) *Ausrichtung auf inhärente Ziele* und (2) *Bestimmung aus sich selbst* heraus. Dieser, den Ausgangspunkt dieses Kapitels bildende, Zustand, lässt sich in Jherings „Geist“ und dort insbesondere in dessen zweitem Teil rekonstruieren und durch Bezugnahmen auf Luhmanns System- und Rechtstheorie weiter erhellen.<sup>79</sup> Das Recht entfaltet sich hier qua Selbständigkeitstrieb und äußert sich im Medium der Gesetzesform, insbesondere aber der

---

<sup>72</sup> Vgl. dazu unten 2.2.2.

<sup>73</sup> Vgl. z.B. *Luhmann*, Soziale Systeme, 60 ff.

<sup>74</sup> *Jhering*, Geist II/I (1. Aufl.), 23.

<sup>75</sup> Vgl. *Somek*, Legal Formality and Freedom of Choice, 59; siehe auch Jherings zu diesem Zeitpunkt bereits kritisch gewordene Rekonstruktion der Rechtslehre seiner Zeit um den Begriff des Willens, *Jhering*, Geist III, 330 f.

<sup>76</sup> *Jhering*, Geist II/I (1. Aufl.), 33.

<sup>77</sup> Vgl. *Jhering*, Geist II/I (1. Aufl.), 70.

<sup>78</sup> *Jhering*, Geist II/I (1. Aufl.), 33.

<sup>79</sup> Dies deshalb weil sich im ersten, die Verselbständigungstendenz des Rechts akzentuierenden, jheringschen Modell im Grunde – freilich in viel einfacheren Termini – die luhmannsche Ausdifferenzierungsthese bereits andeutet. Dies wird unter 2.2.3. noch genauer auszuarbeiten sein.

begrifflichen Dogmatik. In seiner Festigkeit und Bestimmtheit verschließt und öffnet es sich den Anforderungen seiner Umwelt zugleich. Dadurch lässt es Handlungsmöglichkeiten zu und stabilisiert diese, stellt im Ergebnis Problemlösungskapazitäten bereit. Die entsprechende Gesellschaftsform ist bereits die ausdifferenziert-moderne, die aus autonomen und gleichrangigen Subsystemen besteht.

Meine These zu Jhering besagt, wie bereits angedeutet, dass das Thema seiner Rechtstheorie sich im Wesentlichen um die *Krise* dieses begriffsdogmatischen Rechtsmodells dreht. Diese lässt sich bei Jhering als „subjektive“ Reaktion auf einen historischen Prozess rekonstruieren, der im erwähnten „Führungswechsel“ unter den gesellschaftlichen Teilsystemen besteht: Nicht länger ist die Politik das maßgebliche, auf die anderen Subsysteme einwirkende und die gesellschaftliche Entwicklung antreibende, Teilsystem. Deren Rolle wird zusehends von der Wirtschaft übernommen.<sup>80</sup> Diese trägt dauernde Problemanforderungen und Änderungsmöglichkeiten ins Recht und bewirkt dessen „Positivierung“, das heißt hier, die alte Dogmatik wird zunehmend von Einzelgesetzen aufgrund wirtschaftlicher Vorgaben und Zielsetzungen abgelöst<sup>81</sup>, die kein Konsistenzinteresse mehr vertreten.<sup>82</sup>

Jherings Rechtstheorie ist nach meiner These so zu lesen, dass dieser Führungswechsel die latente soziale Ursache für ihre Weiterentwicklung darstellt, er ihn, jedenfalls implizit, registriert und darauf zu reagieren versucht. Er tut dies zum einen, indem er sein erstes autonom-teleologisches Rechtsmodell verwirft: Der „Geist“ bleibt Torso, in dessen drittem Abschnitt erklärt er die begrifflich-logische Rekonstruktion des Rechts explizit für gescheitert.<sup>83</sup> Er tut dies zum anderen, indem er selbiges modifiziert und dadurch zu retten versucht. Aus diesem Versuch lassen sich Jherings zweite (II) und dritte (III) Rechtskonzeption herleiten.

Die Modifikationen knüpfen dabei spezifisch an der Krise des Rechts als Krise im (1) teleologischen, (2) selbstbestimmten Modus seiner Bewegung an. Die Rettungsversuche lassen sich entsprechend so rekonstruieren, dass sie die Verschränkung von Teleologie und Selbstbestimmung lösen und je das eine Bewegungsmoment zugunsten des anderen opfern:

---

<sup>80</sup> Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, 32, 151.

<sup>81</sup> Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, 150 f.

<sup>82</sup> Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 279.

<sup>83</sup> Vgl. Jhering, *Geist III*, 318.

Der eine lässt die Teleologie zugunsten der Selbstbestimmung fahren. Der andere gibt die Selbstbestimmung für die Teleologie hin.

Der eine – im Wesentlichen in Jherings „Kampf ums Recht“ zu verortende (Konzeption II) – belässt dem Recht seine autonome Bewegung, aber hindert deren Überschießen, indem er sie in sich rückbindet. Diese Rückbindung erfolgt durch eine Regelkreis-Konzeption des Rechts, in welcher sich konkretes (subjektives) und abstraktes (objektives) Recht jeweils „Leben“<sup>84</sup> und „Kraft“<sup>85</sup> zuführen und sich dadurch wechselseitig stützen und stabilisieren. Die Bewegung des Rechts wird unter Absehung von sonstigen Zwecken auf die bloße Reproduktion der Rechtsordnung gerichtet. Diese zweite Konzeption Jherings ist im dritten Unterkapitel dieses Abschnitts zu rekonstruieren. Sie lässt sich als „defensive“ Strategie begreifen, die die Autonomie des Rechts angesichts des Führungswechsels retten möchte.

Der andere – im Wesentlichen in Jherings „Zweck im Recht“ zu verortende (Konzeption III) – Rettungsversuch belässt dem Recht seine zweckbestimmt-fortschreitende Entfaltung, aber hindert deren Überschießen, indem er sie an einen anderen Träger und Ursprungsort bindet: die bürgerliche Gesellschaft. Mit „Überschießen“ ist hier ein Hinausreichen (Jhering spricht von „Hinaufschrauben“<sup>86</sup>) des Rechts über die gesellschaftlichen Erfordernisse gemeint, die dadurch verfehlt werden. Diese Möglichkeit ergibt und stellt sich erst dann als Problem, wenn Jhering mit der ersten Konzeption auch die Annahme einer immer schon vorliegenden Passgenauigkeit der selbständigen Rechtsdogmatik auf die Lebens- und Wirtschaftserfordernisse aufgibt. Die immanenten Zwecke des Rechts werden daher nun direkt durch jene externen der bürgerlichen Gesellschaft ersetzt. Diese ist teleologisch konzipiert, und zwar so, dass sie sich nach ihrem Dasein und Wohlsein<sup>87</sup> hin, das heißt im Wesentlichen zu utilitaristischer Maximierung, entfaltet. Das Recht absorbiert die Lebensimpulse der Gesellschaft in kausaler Weise, in Jherings Bildsprache als Maschine, qua „Hebel“<sup>88</sup> und „Triebfedern“<sup>89</sup>. Mit anderen Worten, es wird durch die Zwecke der Wirtschaft instrumentalisiert. Diese „allopoietische“<sup>90</sup> dritte Konzeption wird im vierten Unterkapitel dieses Abschnitts nachzuzeichnen sein. Sie lässt sich als

---

<sup>84</sup> Jhering, *Der Kampf ums Recht* (21. Aufl.), 47.

<sup>85</sup> Jhering, *Der Kampf ums Recht* (21. Aufl.), 47.

<sup>86</sup> Jhering, *Geist* III, 321.

<sup>87</sup> Vgl. Jhering, *Zweck* I, 443.

<sup>88</sup> Jhering, *Zweck* I, 95.

<sup>89</sup> Jhering, *Zweck* I, 94.

<sup>90</sup> Maturana, *Autopoietische Systeme*, 186.

„offensive“ Strategie begreifen, die das Recht aktiv an den Führungswechsel anpassen möchte.

## ***2.2. Teleologische Selbstbewegung des Rechts***

Das erste bei Jhering anzutreffende Evolutionsmodell des Rechts ist jenes einer *teleologischen Eigenentwicklung* des Rechts. Diese äußert sich in der Herausbildung der modernen Rechtsdogmatik, die im 18. und 19. Jahrhundert gipfelt und der es um begriffliche Systematik und historische Kohärenz zu tun ist.<sup>91</sup> Jhering war im Hinblick auf diese „Selbstentwicklungstheorie“<sup>92</sup> des Rechts freilich nicht Originator, sondern konnte in den 1850er Jahren auf die positivistische Denkweise, welche die Rechtswissenschaft von der Sozialwissenschaft und Philosophie abgekoppelt und auf Rechtsdogmatik reduziert hatte, aufbauen. Diese war vor allem von Puchta, den Jhering auch als seinen „großen Meister“ sah, qua Extraktion und Applikation von Prinzipien aus dem damals geltenden römischen Recht vorangetrieben worden.<sup>93</sup>

Jhering selbst hat die „Selbstentwicklungstheorie“ vor allem in seinem „Geist des römischen Rechts“ und dort insbesondere im zweiten Teil weiter auszuarbeiten versucht.

### ***2.2.1. Selbständigkeitstrieb und Selbstkritik des Rechts***

In dessen erstem Abschnitt spricht Jhering von „zwei äußersten Punkte[n], zwischen denen das Recht [...] beständig oscillir[en]“ würde: „[dem] Extrem der Unselbständigkeit auf der einen, [dem] Extrem der Selbständigkeit auf der andern Seite.“<sup>94</sup> Während das Recht leicht zum ersten Punkt hingezogen würde, sei die Hinneigung zu zweiterem, die darin „bestehen [würde], dass das Recht sich von seiner natürlichen Abhängigkeit vom Leben loszumachen, sich auf sich selbst zurückzuziehen und sich bloß aus sich selbst zu bestimmen versuchte“ „weniger zu besorgen“,<sup>95</sup> das heißt weniger wahrscheinlich, aber auch mit weniger Risiken verbunden und daher wünschenswerter.

---

<sup>91</sup> Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 273 f.

<sup>92</sup> *Klenner*, Jherings Kampf ums Recht, 137.

<sup>93</sup> Vgl. *Klenner*, Jherings Kampf ums Recht, 136.

<sup>94</sup> *Jhering*, Geist II/I (1. Aufl.), 21.

<sup>95</sup> *Jhering*, Geist II/I (1. Aufl.), 22.

Die erste Tendenz würde das Recht nämlich roher Gewalt und Willkür ausliefern und damit an den „Abgrund [seiner] Selbstvernichtung“ führen.<sup>96</sup> Zweitere sei hingegen nur die „Uebertreibung einer Eigenschaft, die den Adel und die Hoheit des Rechts ausmach[e]“<sup>97</sup>. „Festigkeit, unerschütterliche Ruhe“<sup>98</sup>, „Rücksichtslosigkeit gegen die Interessen und Bedürfnisse der Gegenwart“<sup>99</sup> seien nachgerade „Cardinaltugenden des Rechts“<sup>100</sup>.

„[D]er Fortschritt des Rechts“ bestehe folglich „in der Zerstörung jenes natürlichen Zusammenhanges [zwischen Recht und Gesellschaft]<sup>101</sup> und in unausgesetzter Trennung und Isolierung.“<sup>102</sup> Diese Selbständigkeit des Rechts werde von ihm diesem durch seine „innere Organisation, [...] Technik und Methode [...] sicherzustellen [ge]sucht“.<sup>103</sup>

An anderer Stelle hebt Jhering entsprechend hervor, dass die Weiterentwicklung von Rechtsgebieten nicht durch einen „Umschwung im modernen Rechtsgefühl“ (also Wendungen im sittlichen Empfinden bzw. einen allgemeinkulturellen Paradigmenwechsel) bewirkt, sondern aus Einrichtungen und Grundsätzen des bestehenden Rechts selbst hervorgebracht werde.<sup>104</sup>

Jhering bezeichnet dies auch als „Kritik des Rechts durch sich selber“: Diese führe dazu, dass das Recht „aus halben Wahrheiten ganze“ mache, also aus seiner eigenen begrifflichen Konsequenz gegen inhärente Inkonsistenzen vorgehe.<sup>105</sup> An wiederum anderer Stelle illustriert Jhering diese „Selbstkritik“ in drastischeren Bildern: Das Recht sei der Saturn, der seine eigenen Kindern verspeise. Es könne sich nur dadurch verjüngen, dass es mit seiner eigenen Vergangenheit aufräume. Das gewordene Recht (möge es auch als „wohlerworben“ gelten) habe dem neu werdenden Recht zu weichen.<sup>106</sup> Hier wird

---

<sup>96</sup> Jhering, Geist II/I (1. Aufl.), 22.

<sup>97</sup> Jhering, Geist II/I (1. Aufl.), 23.

<sup>98</sup> Jhering, Geist II/I (1. Aufl.), 23.

<sup>99</sup> Jhering, Geist II/I (1. Aufl.), 22 f.

<sup>100</sup> Jhering, Geist II/I (1. Aufl.), 23.

<sup>101</sup> Ein von Jhering anhand archaischer Völker und des dort vorherrschenden Gewohnheitsrechts vorgestellter Zustand, vgl. *ders.*, Geist II/I (1. Aufl.), 26 f.

<sup>102</sup> Jhering, Geist II/I (1. Aufl.), 27.

<sup>103</sup> Jhering, Geist II/I (1. Aufl.), 23.

<sup>104</sup> Vgl. Jhering, Aufgabe und Methode, 426.

<sup>105</sup> Vgl. Jhering, Aufgabe und Methode, 426.

<sup>106</sup> Diesen Gedanken samt des Saturn-Bildes bringt Jhering erstmals in der 1869 erschienenen 2. Auflage des Teils II/I des Geists zum Ausdruck, vgl. Jhering, Geist II/I (2. Aufl.), 66 f. Im drei Jahre später gehaltenen und erschienenen Vortrag „Der Kampf ums Recht“ rekurriert er darauf, um ihn (in der oben zusammengefassten Weise) genauer auszuformulieren, vgl. Jhering, Der Kampf ums Recht (21. Aufl.), 8 f.;

bereits eine Verschiebung sichtbar, die Jhering von seiner statisch-autonomen Konzeption des Rechts abbringen, von einer „Selbstkritik“ zu einer Selbstabschaffung des Rechts in seiner dogmatisch-autonomen Konzeption führen wird.

Wichtig für die selbständige Entwicklung des Rechts in der hier rekonstruierten ersten Konzeption ist jedenfalls die Gesetzesförmigkeit des modernen Rechts. Durch diese würde das Recht zwar eine „gewisse Einbuße [erleiden], [an] Flüssigkeit und Beweglichkeit [verlieren]“<sup>107</sup>. „[Diese] Einbuße“ würde aber „in keinem Verhältnis zu dem Gewinn, d. i. der Zunahme des Rechts an Festigkeit, Bestimmtheit, Gleichmäßigkeit, kurz an Selbständigkeit, [stehen]“<sup>108</sup>.

Auch der privatrechtliche Verkehr habe sich „festen, unbeugsamen Regeln unter[z]uordnen“, [...] „sich in denselben stereotypen Formen [zu] beweg[en]“<sup>109</sup>. Dies sei, was er im Grunde selbst erstrebe, je genauer seine Bahnen vorgezeichnet seien, desto vorteilhafter wäre es für ihn.<sup>110</sup>

Dies ist hier die Linie der Argumentation: Je stärker der „Selbständigkeitstrieb“<sup>111</sup> des Rechts, desto besser für „das Leben“<sup>112</sup>. Die weitest mögliche Autonomie des Rechts würde über Bestimmtheit und Sicherheit das Gedeihen seiner Umwelten (bei Jhering insbesondere der „Verkehrs“ bzw. der Wirtschaft) befördern. Die selbständige Entwicklung des Rechts wird durch seine Gesetzesförmigkeit unterstützt. Für jene noch wichtiger ist allerdings die juristische Technik bzw. Dogmatik. Jhering hat insbesondere im dritten Band (zweite Abteilung des zweiten Teils) des „Geists“ deren Wert zu charakterisieren versucht und ihn dabei hoch veranschlagt.

### **2.2.2. Die Bedeutung der juristischen Technik**

Ab einer bestimmten Entwicklungsstufe des Rechts würde dieses aus sich selbst heraus zwangsläufig eine spezifische Methodik entwickeln: „Die juristische Methode ist nicht etwas von außen ins Recht Hineingetragenes, sondern die mit innerer Nothwendigkeit durch das Recht

---

zur „Selbstkritik“ des Rechts vgl. auch *Schelsky*, Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht. Ein wissenschaftsgeschichtlicher Beitrag, 165.

<sup>107</sup> *Jhering*, Geist II/I (1. Aufl.), 33.

<sup>108</sup> *Jhering*, Geist II/I (1. Aufl.), 33.

<sup>109</sup> *Jhering*, Geist II/I (1. Aufl.), 42.

<sup>110</sup> Vgl. *Jhering*, Geist II/I (1. Aufl.), 42.

<sup>111</sup> *Jhering*, Geist II/I (1. Aufl.), 23.

<sup>112</sup> *Jhering*, Geist II/I (1. Aufl.), 44.

selbst gesetzte einzige Art und Weise einer sicheren praktischen Beherrschung des Rechts.“<sup>113</sup>

Das Recht drängt zu seiner Verwirklichung und verschafft sich hierfür die Methodik.<sup>114</sup> Diese wird wesentlich als *Technik* verstanden – und zwar sowohl im subjektiven Sinne einer Kunstfertigkeit in der Anwendung als auch im objektiven Sinne der von ihr vorgefundenen und für ihren Vollzug erforderlichen Einrichtung bzw. Strukturierung des Rechts.<sup>115</sup>

Die Technik insgesamt ist auf zwei Hauptzwecke hin angelegt: „die möglichste Erleichterung der subjektiven Beherrschung“<sup>116</sup>, also vereinfachende Erfassung und Systematisierung des Rechtsstoffes, und „die möglichste Erleichterung der Operation der Anwendung“<sup>117</sup> in praktischen Rechtsfällen. Beides könne eben nicht durch den gesunden Menschenverstand<sup>118</sup>, sondern nur durch mühsames Erlernen der juristischen Technik gewährleistet werden.<sup>119</sup>

Die Tätigkeit der Technik bestehe Jhering zufolge nun in drei „Fundamental-Operationen der juristischen Technik“, die hier nur überblicksmäßig wiedergegeben werden sollen: Erstens würde sie zur juristischen *Analyse*, das heißt der Zerlegung des vorgefundenen Rechtsstoffes in seine Grundbestandteile, geleiten. Darauf würde zweitens die logische *Konzentration*, das heißt die Integration der Grundbestandteile durch Induktion vom Besonderen aufs Allgemeine<sup>120</sup>, folgen. Verschiedene Massen an Rechtsstoffen würden so zusammengedrängt und abgesteckt.<sup>121</sup> Dritter und wichtigster Schritt der juristischen Technik ist die *juristische Konstruktion*, die Jhering explizit auch als „naturhistorische

---

<sup>113</sup> Jhering, Geist II/II, 324.

<sup>114</sup> Jhering, Geist II/II, 334.

<sup>115</sup> Vgl. Jhering, Geist II/II, 321 ff, sowie 339 f. Siehe erstaunlich ähnlich Weinrib, *The Idea of Private Law*, 14: „This twofold conception of internal intelligibility – of an understanding that is internal both to private law and to itself – suggests that private law is simultaneously explanandum and explanans, both an object and a mode of understanding. As an object of understanding, private law presents a set of features that are the focus of intellectual effort. As a mode of understanding, private law is an internal ordering of the features that compose it. To sum up this integration of the activity of understanding with the matter to be understood, we may say that private law is a self-understanding enterprise” (meine Hervorhebungen; zu Weinribs Konzeption siehe gleich unten, 2.2.3.6.).

<sup>116</sup> Jhering, Geist II/II, 340.

<sup>117</sup> Jhering, Geist II/II., 340.

<sup>118</sup> Auch wenn sie der „angesammelte und objectivirte Niederschlag des gesunde[n] Menschenverstand[es]“ (Jhering, Geist II/II, 332) sei.

<sup>119</sup> Vgl. Jhering, Geist II/II, 332, sowie bereits 321 ff.

<sup>120</sup> Vgl. Wieacker, Rudolph von Jhering, 19.

<sup>121</sup> Vgl. Wieacker, Rudolph von Jhering, 19; Fikentscher, *Methoden des Rechts* III, 224.

Methode“ oder „Anschauungsweise“ des Rechts bezeichnet.<sup>122</sup> Die durch die beiden vorangegangenen Schritte gewonnenen Rechtskörper würden nun in freier, schöpferischer Weise kombiniert.<sup>123</sup> Durch diese Kombination würde aus der niederen die höhere Jurisprudenz entstehen, der Rechtsstoff sich in einen höheren Aggregatzustand erheben.<sup>124</sup>

Was Jhering hier entwickelt, ist wohl sein vollendetster Versuch, das Recht unter Rekurs auf ein System von Begriffen zu rekonstruieren. Später wird er ihn selbst, allerdings mit einer verächtlichen Note, als Begriffsjurisprudenz bezeichnen.<sup>125</sup>

### **2.2.3. Das Recht als autonomes System in autonomen Umwelten: Annäherungen mit Luhmann**

Was ist aber der wesentliche und zentrale Gehalt dieses ersten Rechtsmodells Jherings? Man kann ihn durchaus mit der *Eigenentwicklung*, mit dem „Selbständigkeitstrieb“ des Rechts bezeichnen. Das Recht verselbständigt sich anhand seiner begrifflichen Logik und seiner technischen Operation, ist seinem Wesen nach *autonom*. Als *Zweck* verfolgt es in erster Linie seine *eigene Entfaltung*, jene weiteren der privaten Willkürfreiheit und des ökonomischen Verkehrs sind erst sekundär daran „gekoppelt“. Damit klingt im Grunde, freilich in viel einfacheren Termini, die luhmannsche Ausdifferenzierungsthese an.<sup>126</sup> Als Kennzeichen einer modernen Gesellschaft komme es zur Verselbständigung verschiedener Gesellschaftsbereiche, die sich voneinander entkoppeln und je autopoetische Systeme bilden. Im Recht äußere sich diese Entwicklung Luhmann zufolge insbesondere in „einer auf begriffliche Systematik und geschichtliche Kohärenz achtenden Rechtsdogmatik“<sup>127</sup>. Die durch die Dogmatik garantierte Konsistenz würde eine Stabilisierung und Restabilisierung des Rechts gewährleisten, das Rechtssystem trotz seiner dynamischen Veränderungen *als System* bewahren.<sup>128</sup> Die stabilisierende Dogmatik würde dabei ein Gegengewicht zur sich unter anderem aus der je einzelfallbezogenen Rechtsprechung

---

<sup>122</sup> Vgl. Jhering, Geist II/II, 384.

<sup>123</sup> Vgl. Wieacker, Rudolph von Jhering, 19.

<sup>124</sup> Vgl. Fikentscher, Methoden des Rechts III, 225; vgl. im Detail zu den drei Schritten: Jhering, Geist II/II, 341 ff. Siehe auch Somek, Legal Formality and Freedom of Choice. A Moral Perspective on Jhering's Constructivism, 52 ff.

<sup>125</sup> Vgl. Jhering, Ernst und Scherz, 347.

<sup>126</sup> Siehe auch die umgekehrte These Bourdieus, die Systemtheorie Luhmanns würde lediglich die alte formalistische Theorie der Entwicklung des Rechts aufgrund eigener, intrinsischer Gesetze unter neuem Namen darstellen, vgl. Bourdieu, The Force of Law, 816.

<sup>127</sup> Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 274

<sup>128</sup> Vgl. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 275 - Hervorhebung wie bei Luhmann.

ergebenden Variation bilden, in Luhmanns Worten komme es zu einer Differenzierung von Selektionsfunktion und Stabilisierungsfunktion.<sup>129</sup>

#### 2.2.3.1. Operative Geschlossenheit des Rechts

Das dermaßen stabilisierte Recht befindet sich in einem Zustand der operativen Geschlossenheit, in dem es sich autopoietisch selbst reproduziert. Diese Reproduktion des Rechts verfährt zirkulär. Erst durch diese Struktur geschlossener Zirkularität<sup>130</sup> wird Luhmann zufolge eine Evolution des Rechts, ein zu mehr bestimmter bzw. bestimmbarer<sup>131</sup> und stabilisierter<sup>132</sup> Komplexität des Rechtssystems führender historischer Prozess<sup>133</sup> ermöglicht.<sup>134</sup> Bis hierher liest sich die luhmannsche These wie eine Paraphrase auf die Jheringsche These des durch die Dogmatik unterstützten Selbständigkeitstrieb des Rechts.

#### 2.2.3.2. Offenheit qua Geschlossenheit I: Einwirken der Umwelt in das Rechtssystem

Die Parallele Jhering-Luhmann lässt sich fortführen: Bei Luhmann ermöglicht die operative Geschlossenheit nämlich erst die Offenheit des Systems, das heißt die produktive, lernende Aufnahme von Impulsen aus den Umwelten durch das Rechtssystem. Diese Aufnahme geschieht allerdings wiederum in geschlossenen Termini, das heißt in den eigenen normativen Elementen des Systems selbst. Luhmann bezeichnet das rechtliche System daher gleichzeitig als *normatives geschlossenes System* und *kognitiv offenes System*.<sup>135</sup> Dass die Geschlossenheit des Rechts bei Jhering keine hermetisch-absolute ist, lässt sich bereits dem oben geschilderten „Oscillieren“ des Rechts zwischen Abhängigkeit und Loslösung entnehmen. Das damit aufgerufene Bild des Hin- und Herspringens weicht allerdings von der modalen *Zugleich*-Verknüpfung bei Luhmann ab. Ihre Entsprechung findet man indes an anderer Stelle, und zwar wo Jhering im zweiten Band des „Geists“, wo Jhering von der „rechtliche[n] Produktivität der autonomen Bewegung des Vermögens-Verkehrs“<sup>136</sup> spricht, die „einen Niederschlag von abstract-

---

<sup>129</sup> Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 274 f.

<sup>130</sup> Die selbst gewisse gesellschaftliche Bedingungen, nämlich unter anderem gesicherten Frieden, voraussetzt, vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 281.

<sup>131</sup> Vgl. *Luhmann*, Sinn, Selbstreferenz und soziokulturelle Evolution, 273

<sup>132</sup> Vgl. *Luhmann*, Rechtssoziologie, 296 sowie 139.

<sup>133</sup> Vgl. *Luhmann*, Sinn, Selbstreferenz und soziokulturelle Evolution, 241.

<sup>134</sup> Vgl. *Luhmann*, Sinn, Selbstreferenz und soziokulturelle Evolution, 242

<sup>135</sup> Vgl. *Luhmann*, Rechtssoziologie, 356 f.

<sup>136</sup> *Jhering*, Geist II/I (1. Aufl.), 311.

rechtlichem Material zur Folge“<sup>137</sup> gehabt hätte. Interessant ist vor allem die Beschreibung des Modus dieser Produktivität, der Art und Weise, wie der privatautonome Vermögensverkehr in das Recht hineinwirkt:

„Die autonomische Thätigkeit des Verkehrs wird überall das abstracte Recht selbst bereichern, [...] indem sie Sätze, Begriffe, rechtliche Mittel und Wege auffindet, die nur von dem juristischen Bewußtsein in Besitz genommen zu werden brauchen. Es ist, so zu sagen, eine auf Veranlassung des praktischen Bedürfnisses unternommene Entdeckungsreise des Verkehrs auf dem Gebiete der Autonomie; was er hier findet, sind verborgene Parthien des Rechts selbst, die mit der Autonomie bereits gegeben sind.“<sup>138</sup>

In anderen Worten: Der privatautonome Verkehr wirkt in das Rechtssystem und seine Begriffsdogmatik hinein. Diese sind insofern *offen*, als sich über äußere Impulse (das „praktische Bedürfnis“) erschließen lassen. Sie sind insofern *geschlossen*, als das, was erschlossen wird, im Privatrecht – im Wesentlichen als Verkehrsfreiheit und in Form subjektiver Rechte – bereits in sich schlüssig anliegt. Diese verdoppelte Struktur, in welcher die Offenheit sich auf die Geschlossenheit stützt, ist genau die von Luhmann beschriebene.

#### 2.2.3.3. *Offenheit qua Geschlossenheit II: Einwirken des Rechtssystems in die Umwelt*

Die beschriebene Parallele besteht in der Durchlässigkeit, genauer in der *Art und Weise* der Durchlässigkeit des Rechtssystems für äußere Impulse. Eine weitere Parallele lässt sich in der umgekehrten Richtung, das heißt im Einwirken des Rechtssystems in die Umwelt, zeigen. Wie erwähnt, sieht Jhering im „Selbständigkeitstrieb“ des Rechts keine Loslösung zu Selbstzwecken, sondern eine Entwicklung, die gerade in der „Rücksichtslosigkeit [des Rechts] gegen die Interessen und Bedürfnisse der Gegenwart“<sup>139</sup>, in seiner Bestimmtheit und Festigkeit<sup>140</sup> einen Gewinn *für das Leben* bereithält.

Warum dem so ist, lässt sich mit Luhmann genauer beschreiben: Die spezifische Bedeutung des Rechts für „das Leben“ unter modernen Vorzeichen ergibt sich vor dem Hintergrund einer evolutionär gedachten Entwicklung der Gesellschaft. Diese ist nicht als

---

<sup>137</sup> Jhering, Geist II/I (1. Aufl.), 311.

<sup>138</sup> Jhering, Geist II/I (1. Aufl.), 312.

<sup>139</sup> Jhering, Geist II/I (1. Aufl.), 22 f.

<sup>140</sup> Vgl. Jhering, Geist II/I (1. Aufl.), 33.

Fortschritt im Sinne einer zunehmend besseren Verwirklichung von Tugend und Vernunft zu verstehen<sup>141</sup>, sondern als weitgreifende strukturelle Änderung der Gesellschaft, die im „Switch“ der Organisationsweise der Subsysteme von „segmentiert“ (Aufteilung nach Familien, Häusern oder Stämmen) auf „funktionell“ (Aufteilung nach verschiedenen Leistungen, Aufgaben, Kompetenzen) besteht<sup>142</sup> und sich wesentlich im vermehrten Zulassen von Handlungsmöglichkeiten äußert.<sup>143</sup> Das Recht ist aktiver und passiver Teil dieses „Switches“, passiv, insofern es auf die zunehmenden Handlungsmöglichkeiten reagieren muss, aktiv, insofern es sie miterzeugt und im praktischen Ergebnis, indem es Möglichkeiten sowohl zulassen als stabilisieren muss. Es bietet, kurzum, Problemlösungen für seine Umwelten (das „Leben“) im Kontext zunehmender Ausdifferenzierung und Komplexität<sup>144</sup> und ist dazu – wie von Jhering hervorgehoben – gerade aufgrund seiner „Selbständigkeit“ und „Festigkeit“, das heißt operativen Geschlossenheit, in der Lage.

#### 2.2.3.4. *Selbstreferentielle Autonomie gleichrangiger Subsysteme*

Der gesellschaftliche Zustand, den Luhmann und Jhering beide beschreiben, ist jener einer *selbstreferentiellen Autonomie* der einzelnen gesellschaftlichen Teilsysteme. Jedes System verfügt über ein ihm eigenes Medium (beispielsweise das Wirtschaftssystem über Geld, das das Funktionssystem Politik über Macht), qua welchem in ihm jeweils ausschließlich kommuniziert wird – andere Systeme und ihre Medien wirken allenfalls als Umweltimpulse in das betreffende System ein und werden bei ihrem Eintritt in dieses in dessen kommunikative Einheiten übersetzt.<sup>145</sup>

Die Autonomie der Systeme impliziert ihre prinzipielle Gleichrangigkeit: Die Unabhängigkeit der Systeme voneinander nimmt zu, auch wenn gleichzeitig ihre Abhängigkeit – in Form von Wechselbeziehungen zwischen den Funktionskreisen und Teilsystemen – steigt. Denn die daraus entstehenden Kombinations- und Abstimmungsprobleme können nicht durch Beherrschung (vonseiten eines Teilsystems) gelöst werden.<sup>146</sup> Es lässt sich kein Standpunkt mehr festlegen, der den adäquaten, begreifenden Blick auf das Ganze ermöglicht.<sup>147</sup>

---

<sup>141</sup> Vgl. Luhmann, Rechtssoziologie, 126.

<sup>142</sup> Vgl. Luhmann, Ausdifferenzierung des Rechts, 129.

<sup>143</sup> Vgl. Luhmann, Rechtssoziologie, 136 f.

<sup>144</sup> Vgl. Luhmann, Rechtssoziologie, 136.

<sup>145</sup> Vgl. Luhmann, Soziale Systeme, 624 f.

<sup>146</sup> Vgl. Luhmann, Rechtssoziologie, 325, 192.

<sup>147</sup> Luhmann, Soziale Systeme, 629

Die Einrichtung selbstreferentieller Autonomie in den gesellschaftlichen Teilsystemen wird von Luhmann im 17. und 18. Jahrhundert verortet und als dramatisches Ereignis beschrieben: Der „Explosivstoff Selbstreferenz“<sup>148</sup> habe die hierarchische Weltordnung gesprengt und die Funktionssysteme autonom gesetzt.<sup>149</sup> Dieser Zustand der Autonomie von Teilsystemen bei Fehlen eines absoluten bzw. beherrschenden Standpunktes und die darin implizierte Gleichrangigkeit ist genau jener, den Jhering zur Mitte des 19. Jahrhunderts noch vorzufinden und zu beschreiben scheint. Das Recht entfaltet sich darin qua Selbständigkeitstrieb und äußert sich im Medium der Gesetzesform, insbesondere aber der begrifflichen Dogmatik. In seiner Festigkeit und Bestimmtheit verschließt und öffnet es sich den Anforderungen seiner Umwelt zugleich. Es verschließt sich, insofern es sich den direkten Anforderungen seiner Umwelt verweigert. Es öffnet sich, indem es deren Impulse in neuen dogmatischen Figuren verarbeitet. Dadurch, und insbesondere durch die Abstrahierung und Differenzierung subjektiver Freiheiten, durch das Zulassen und die Stabilisierung von Handlungsmöglichkeiten, stellt es dieser seine Problemlösungskapazitäten bereit. Genau darin besteht das Telos der formalen Selbstbewegung des Rechts.

Im Ergebnis ist die erste Rechtskonzeption Jherings sohin als durchaus liberale rekonstruiert, und zwar gerade durch die Aufschlüsselung qua Luhmann. Vorausgesetzt ist dabei freilich, die Systemtheorie liberal, quasi durch die Brille Walzers, zu verstehen. Durch diese Brille zu schauen, impliziert freilich, dem (liberal verfassten) politischen Teilsystem eine implizite Vormachtstellung gegenüber den anderen einzuräumen (quasi als einem „primus inter pares“).<sup>150</sup>

#### *2.2.3.5. Zur Adäquanz einer modernen Auslegung Jherings*

Allerdings in keinster Weise soll hier insinuiert werden, dass Jhering die luhmannsche Rechtstheorie in ihrer Komplexität bereits vorweggenommen habe. Grundsätzlich zu Recht warnt Schelsky auch vor einer kurzschlüssig modernisierenden Deutung Jherings. Er identifiziert diese insbesondere mit einer Interpretation der jheringschen „Selbstkritik“ des

---

<sup>148</sup> Luhmann, *Soziale Systeme*, 656

<sup>149</sup> Vgl. Luhmann, *Soziale Systeme*, 624 f.

<sup>150</sup> Luhmann selbst hätte mit dieser Zuschreibung freilich seine Probleme, mir hingegen scheint die Theorie der differenzierten Gesellschaft am adäquatesten fassbar als Reinterpretation des bürgerlichen Liberalismus des 19. Jahrhunderts (vgl. dazu etwa *Koyama*, Niklas Luhmanns Begriff der funktional differenzierten Gesellschaft in einem ideengeschichtlichen Kontext), wofür der Argumentationsgang dieses Kapitels als Beleg gelten mag.

Rechts als kritische Reflexion des Rechts von einem externen Standpunkt aus, während die Richtpunkte der Kritik in diesem selbst lägen.<sup>151</sup> Letzteres Verständnis der „Selbstkritik“ bei Jhering ist das – wie sich aus meiner vorgehenden Erörterung zeigen sollte – an sich zutreffende. Genau dieses ist allerdings die Grundlage, die eine moderne Auslegung möglich und geradezu notwendig macht. Denn während Schelsky wohl damit recht hat, dass das geltende Recht in der (ersten) jheringschen Konzeption einen Gehalt an „Gerechtigkeit“ enthält<sup>152</sup>, ist es in seinen normativen Ansprüchen bereits besser nach funktionalen Gesichtspunkten lesbar. Eine Möglichkeit, diese These zu überprüfen, bietet sich anhand aktueller Ansätze zur Wiederbelebung des privatrechtlichen Formalismus, wie wir ihn etwa in der eben dargelegten Konzeption Jherings vorfinden.

#### 2.2.3.6. Zur Adäquanz einer luhmannschen vor einer kantischen Auslegung

Den wohl bedeutendsten derartigen Ansatz, jedenfalls gemessen daran, dass er aktuell im Zentrum transatlantischer Privatrechtsdebatten steht<sup>153</sup>, hat der kanadische Rechtswissenschaftler Weinrib in den 1990er Jahren mit „The Idea of Private Law“ vorgelegt. Ganz zentral für ein formalistisch verstandenes Privatrecht sind Weinrib zufolge seine Selbstbestimmtheit bzw. *Autonomie*<sup>154</sup> und die *Reduktion seiner Zwecke* darauf, *es selbst zu sein*: „If we must express this intelligibility in terms of purpose, the only thing to be said is that the purpose of private law is to be private law.“<sup>155</sup> Diese Intelligibilität begreift Weinrib auch nicht als durch die Juristen geschaffen, sondern als der Rechtsordnung selbst zukommend („systemisch“).<sup>156</sup> Weinribs Charakterisierung eines formal verstandenen Privatrechts scheint mir zunächst ganz zutreffend zu sein, hebt sie doch genau jene Wesensmerkmale hervor, die auch in der hier unternommenen Rekonstruktion der formalen Rechtskonzeption Jherings als die entscheidenden auszuweisen waren. Wenn die letztere korrekt ist, wird sie durch jene Weinribs bestätigt.

---

<sup>151</sup> Vgl. Schelsky, Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht, 165.

<sup>152</sup> Vgl. Schelsky, Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht, 165 f.

<sup>153</sup> Zentren der Debatte sind, neben Nordamerika, Isreal (vgl. die Beiträge von Hanach Dagan und Avihay Dorfman, siehe z.B. *Dagan/Dorfman*, Just Relationships) und Deutschland (vgl. die Habilitationsschrift von Rödl, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, die sich explizit dem Transfer der Thesen Weinribs über den Atlantik widmet) rezipiert und hat dort lebhaft Debatten angestoßen (siehe in Deutschland die durchaus kritischen Besprechungen von Rödl's Habilitationsschrift, Nachweise oben in Fn 10).

<sup>154</sup> Vgl. Weinrib, The Idea of Private Law, insbesondere 204 ff.

<sup>155</sup> Weinrib, The Idea of Private Law, 5; vgl. auch ebd., 21.

<sup>156</sup> Vgl. Weinrib, The Idea of Private Law, 16; siehe auch schon ebd., 14.

In seiner weiteren Ausarbeitung geht Weinrib allerdings doch in eine ziemlich andere Richtung. Diese, die hier freilich nicht im Detail dargelegt werden kann,<sup>157</sup> besteht wesentlich in einer Aufschlüsselung der internen Intelligibilität des Privatrechts in aristotelischen und kantischen Termini. Aristoteles' Konzept einer auf die Beseitigung transaktioneller Ungleichheiten gerichteten *ausgleichenden Gerechtigkeit* beschreibe genau die mathematisch konzipierte Gleichheit zwischen zwei Parteien, wie sie einem formal verstandenen Privatrecht zugrundeliege.<sup>158</sup> Diese Gleichheit sei ident mit jener der abstrakten Gleichheit freier, selbstbestimmter Wesen unter dem kantischen Rechtsbegriff.<sup>159</sup> Weinrib führt zwar aus, dass die Intelligibilität des formal verstandenen Privatrechts zunächst in ihm selbst liege bzw. aus seinen eigenen Begrifflichkeiten, und zwar ganz wesentlich als *einheitliches* und *kohärentes*<sup>160</sup> System, zu gewinnen sei, demgegenüber die aristotelisch-kantische Dimension sich erst durch ein Zurückarbeiten auf deren gemeinsame Grundstruktur und ihre normativen Vorannahmen ergebe.<sup>161</sup> Im Ergebnis scheint er sich aber doch dem anzunähern, wovor er an anderer Stelle warnt, nämlich einer Charakterisierung des Privatrechts über externe Zwecke auf moralischem Umwege.<sup>162</sup>

Davon unterscheidet sich die hier verfolgte Rekonstruktion des Formalismus, welche von der Autonomie und „Eigenteleologie“ des Privatrechts nicht zu individuellen Moralbezügen gelangt. Das heißt nicht zu behaupten, dass jene Weinribs falsch sei. Im Gegenteil stellt sie einen durchaus bestechenden Versuch dar, den Formalismus durch Herausarbeitung seiner Wesensmerkmale und impliziten Normativitäten gegen die herrschenden Trends der nordamerikanischen Jurisprudenz zu revitalisieren. Die kantische Grundierung Weinribs allerdings legt argumentierbar gleichzeitig mehr und weniger in das Privatrecht hinein, als in ihm ist; mehr, insofern sie immer schon die Kohärenz seiner verschiedenen Bestimmungen annehmen muss<sup>163</sup>; weniger, insofern, sie dessen politischen

---

<sup>157</sup> Für eine konzise Zusammenfassung und ausgewogene Besprechung vgl. aber etwa *Lucy*, *Philosophy of Private Law*, Kapitel 7 (249 ff.) und 8 (268 f.).

<sup>158</sup> Vgl. *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, 56 ff.; siehe auch *Weinrib*, *Corrective Justice in a Nutshell*, 349-356, dort insbesondere 349.

<sup>159</sup> Vgl. *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, 58, 84 ff.

<sup>160</sup> Vgl. *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, 32 ff.

<sup>161</sup> Vgl. *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, xvii.

<sup>162</sup> Vgl. *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, 49.

<sup>163</sup> Vgl. *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, 21: „What theoretical ideas must be implicit in the legal materials, if those materials are to be coherent?“

Charakter leugnet.<sup>164</sup> Insgesamt bestreitet sich aus ihr eine durchaus wertende, affirmative Relation der Rekonstruktion Weinribs zu ihrem Gegenstand, dem Privatrecht.

Das braucht hier aber deshalb nicht zu vertieft werden, weil der Gegenstand dieser Studie letztendlich ein eingeschränkterer ist – ihr es nicht um den Formalismus insgesamt, sondern nur um jenen der ersten Rechtskonzeption Jherings zu tun. Deren Charakter allerdings scheint mir eine kantische Grundierung eher zu verdunkeln.<sup>165</sup> Das vorgefundene Modell eines eigenrationalen, geschlossenen Systems autonomer Begriffe mit operativen Bezügen nach außen (Willkürfreiheit, wirtschaftlicher Verkehr) liegt meines Erachtens der Systemtheorie Luhmanns (*quod erat demonstrandum*) viel näher als dem Rechtskonzept Kants. Es ist nicht so, dass Weinrib in seiner Gesamtbetrachtung des Formalismus diese Bezüge nicht sehen würde. Mehrfach charakterisiert er das Privatrecht als „autonomous without being detached from social reality“<sup>166</sup> bzw. „the world“<sup>167</sup> und beschreibt auch noch, wie er sich den Bezug zwischen Privatrecht und sozialer Außenwelt vorstellt, nämlich als deren Wahrnehmung aus seiner eigenen Perspektive und Verarbeitung in seinen eigenen Begrifflichkeiten.<sup>168</sup> Ansätze einer systemtheoretischen Aufschlüsselung des Formalismus sind sohin vorhanden, aber unterbetont<sup>169</sup>, während die moralischen Bezüge überbetont erscheinen – nicht generell, aber, wie gesagt, aus einem auf die formale Konzeption des frühen Jhering fokussierten Blickwinkel.

Meine Studie bräuchte weiters gar nicht geschrieben werden, wenn sich das Privatrecht überzeugend durch Kant auserzählen ließe. Sie nimmt ja eben die historische Krise und

---

<sup>164</sup> Vgl. *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, 8, 45 ff., 204.

<sup>165</sup> Als Indiz mag auch gelten, dass explizite Bezüge Jherings auf Kant im eher am römischrechtlichen Quellenmaterial verfahrenen „Geist“ rar sind, mir ist überhaupt nur einer, allerdings ablehnender Natur, bekannt (siehe *Geist* II/II, 308: Kant und seine Schule seien über die äußere Erscheinungsform des Rechts, den Zwang, nicht hinausgekommen). Deutliche Kant-Bezüge enthält hingegen Jherings Vortrag „Der Kampf ums Recht“, die aber auf eine falsche Fährte führen, vgl. unten 2.3.

<sup>166</sup> Vgl. *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, xx, 204.

<sup>167</sup> Vgl. *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, 215.

<sup>168</sup> Vgl. *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, 214.

<sup>169</sup> Weinrib ist sich der systemtheoretischen Grundlage dieser Ansätze klarerweise genauso bewusst wie ihrer Unterbetonung. Siehe *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, Fn 12 auf 215: „That »the legal system is normatively closed and cognitively open« is a central insight of Niklas Luhmann’s »autopoietic« approach. [...] Luhmann’s dictum can be taken as expressing the formalist position if one understands the normative (as Luhmann does not) in terms of the coherent justificatory structure immanent in juridical relationships.“ Weinrib baut die systemtheoretischen Bezüge also deshalb nicht weiter aus, weil sie die normative Struktur juridischer Beziehungen nicht adäquat artikulieren würden. Er blendet dabei freilich aus, dass sie zwar keine normative Struktur im kantischen Sinn, aber, zumal in der hier vertretenen liberalen Ausdeutung der Systemtheorie, sehr wohl eine andere, nämlich jene der Abstimmung von Subsystemen zum Gesamtwohl bzw., konkret bei Jhering, des Rechts an die ökonomische Umwelt zum Ausdruck bringen.

den (jedenfalls in den USA) folgenden Rückzug des Formalismus zum Ausgangspunkt. Warum sollte es zum Bruch gekommen sein? Die Antworten finden sich bei Jhering selbst.

#### **2.2.4. Probleme der Autonomiekonzeption**

Es ist genau die Autonomiekonzeption des Rechts, welche bei ihm ab dem Winter 1858 problematisch wird. Anlässlich eines Gutachtens, das er für seine Fakultät zur Frage eines Doppelverkaufs mit Untergang der Sache verfassen muss, sieht er das logisch Deduzierte (zweifache Leistung des Kaufpreises ohne jegliche Gegenleistung(en)) vom praktisch Einleuchtenden (Zahlung des Preises nur durch einen Käufer) auseinanderfallen. Das versetzt ihn in eine Gemütsaufregung, die er als mögliche Strafe für seine „theoretischen Verirrungen“ empfindet.<sup>170</sup> Um diese zu sühnen, vollzieht er ab den letzten Seiten des 1865 erscheinenden dritten Teils des „Geists“ einen konsequenten Bruch mit der Dogmatik und versucht sich in der Folge an einer systematischen Rekalibrierung seines Rechtsdenkens.

##### *2.2.4.1. Die Dogmatik als Blendung und Verdrehung des Verhältnisses zum Leben*

Mit dem noch im „Geist“ erfolgenden Bruch ergibt sich zunächst eine neue Bewertung der Dogmatik. Nunmehr empfindet Jhering das Streben des Rechts, der Jurisprudenz nach möglichst weiter Autonomie gegenüber den „realen Mächten“<sup>171</sup> in dem Ausmaß, das es mittlerweile erreicht habe, als bedenklich, und zwar deshalb, weil es von den wahren Quellen und damit vom wahren Verständnis des Rechts ablenke.<sup>172</sup> Die juristische Begriffsdogmatik, der „Kultus des Logischen“<sup>173</sup>, würde sich anschicken, „die Jurisprudenz zu einer Mathematik des Rechts hinaufzuschrauben“<sup>174</sup>, und gerade dadurch das Wesen des Rechts verkennen und verfehlen.

Jhering empfiehlt dagegen: „Sprengen wir die Fesseln, in denen der Irrwahn uns gefangen hält. [...] Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da.

---

<sup>170</sup> Vgl. *Jhering*, Über den Sinn des Satzes: Der Käufer trägt die Gefahr, mit besonderer Beziehung auf den Fall des mehrfachen Verkaufes, 291 ff (293); vgl. auch die Darstellung bei *Behrends*, Rudolph von Jhering (1818-1892), 253 f.; siehe weiters *Kunze*, Rudolf von Jhering – ein Lebensbild, 16 f.

<sup>171</sup> *Jhering*, Geist III, 318.

<sup>172</sup> Vgl. *Jhering*, Geist III, 318.

<sup>173</sup> *Jhering*, Geist III, 321.

<sup>174</sup> *Jhering*, Geist III, 321. In ähnlichem Duktus hatte Bentham die Annahme allein von der Vernunft abgeleiteter Individualrechte als „nonsense upon stilts“ bezeichnet (vgl. *Bentham*, Anarchical Fallacies, 501); siehe dazu auch *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 55 f.

Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen, möge es logisch deduzierbar oder unmöglich sein.“<sup>175</sup>

Jherings Auswegsempfehlung werde ich mich in den weiteren Kapiteln genauer zuwenden. Hier ist noch mehr Klarheit über seine grundlegende Diagnose zu gewinnen, die sich in folgender Weise rekapitulieren lässt: Das Recht entwickelt sich – jedenfalls ab einer gewissen gesellschaftlichen Bildungsstufe<sup>176</sup> – selbsttätig-autonom. Diese Entwicklung ist zunächst von Vorteil für „das Leben“. Das Recht, das qua seiner Geschlossenheit Außenimpulse aus seinen Umwelten aufnimmt und verarbeitet, bietet Handlungsmöglichkeiten an und stabilisiert diese. Ab einem gewissen Grad des rechtlichen „Selbständigkeitstribs“, einem neuralgischen Punkt, der von Jhering als höchst bedenklich klassifiziert, aber sonst nicht näher bestimmt wird, schlägt die Vorteilhaftigkeit um. Wohin eigentlich? Zunächst fasst Jhering die Fehlstellung als epistemologische: Er illustriert sie in Termini der (logischen) Blendung und Täuschung, welche das wahre Verständnis des Rechts verwehren würde.<sup>177</sup> Einige Seiten später wird klar, dass die Fehlstellung auch in der praktischen Zwecksetzung besteht. Indem Jhering fordert, das Leben habe nicht der praktischen Begriffe wegen dazusein,<sup>178</sup> impliziert er, dass eben das Verneinte der nunmehr zu überwindende Fall sei. Genau dieser lässt sich als Resultat der Entwicklung des rechtlichen „Selbständigkeitstribs“ über den neuralgischen Punkt hinaus begreifen, nämlich als Entwicklung des Rechts zum primären System, das die Umwelt ihren begrifflichen Eigenzwecken unterworfen habe.

#### 2.2.4.2. *Die nicht gewährleistete Abstimmung unter Subsystemen*

Damit ist ein Grundproblem systemtheoretischer Konzeptionen (als deren Vordenker Jhering hier ja gesehen wird) bezeichnet. Die Verhältnisse der je autonomen Systeme zueinander sind in keiner Weise vorbestimmt, sondern unterliegen einem doppelten Wechselspiel variabler Umweltereignisse und variabler Antworten darauf.<sup>179</sup> Hier steht auch schon immer die relative Bedeutung und Rangordnung zwischen den Systemen auf dem Spiel. Abstimmung unter ihnen ist möglich<sup>180</sup>, aber nicht notwendig.

---

<sup>175</sup> Jhering, Geist III, 321.

<sup>176</sup> Jhering, Geist II/II, 324.

<sup>177</sup> Jhering, Geist III, 318.

<sup>178</sup> Jhering, Geist III, 318.

<sup>179</sup> Vgl. Helmut Willke, Systemtheorie I, 223.

<sup>180</sup> Durch eine „dritte“ Instanz oder über in die jeweiligen Subsysteme „eingebaute“ Mechanismen zur Berücksichtigung des Gesamtsystems, vgl. Helmut Willke, Systemtheorie I, 223; vgl. weiters 104.

Daraus folgt, dass ein System Überhand über seine Umwelten gewinnen kann. Jhering lokalisiert diese Gefahr in einem Übergreifen des Rechts, in der auf „das Leben“ überbordenden Begriffsdogmatik. Dass in Wahrheit wohl „das Leben“ auf das Recht übergreift, darauf finden sich bei Jhering selbst Hinweise, beispielsweise, wenn er auf die jederzeit bestehende Möglichkeit hinweist, die begriffliche Logik durch Einzelgesetzgebung auszuhebeln<sup>181</sup> oder das nachgiebige Zuhandensein logischer Schlussfolgerungen an das jeweilige praktische Bedürfnis<sup>182</sup> herausstreicht. Auf diese „Usurpierung“<sup>183</sup> des Rechts durch andere Systeme wird noch zurückzukommen sein.

Jhering selbst sieht das Problem des fehlenden Gleichgewichts unter den autonomen Subsystemen, wie gesagt, zunächst unter dem Aspekt der über sich selbst hinauschießenden Selbstbewegung des Rechts. Er schickt sich an, sie in dem zweiten bei ihm anzutreffenden Entwicklungsmodell zu retten, indem er an ihr festhält, sie aber zu bändigen versucht, indem er sie in einen Kreis zwingt.

### ***2.3 Rettung der Selbstbewegung: Das Recht als Regelkreis***

Das zweite jheringsche Entwicklungsmodell des Rechts lässt sich aus seinem 1872 in Wien abgehaltenen Vortrag „Der Kampf ums Recht“ erschließen. Meines Erachtens irreführend ist die Auffassung, Jhering hätte hier „in glitzernder Kleinmünze ausgeprägt“<sup>184</sup>, was er in „Der Zweck im Recht“ argumentativ und methodisch weiter entwickeln wird. Denn sie verfehlt die spezifische Eigenart des im Wiener Vortrag skizzierten Entwicklungsmodells, mögen sich im Detail auch Parallelen zum *Zweck* finden. Diese besteht eben in einem *kreisförmigen Konzept*, das auf Wahrung des rechtlichen Selbständigkeitstrieb bei Verbannung seines teleologischen Moments angelegt ist. Was in der ersten Rechtskonzeption im Hinblick auf Willkürfreiheit und Problemlösung als teleologische Selbstbewegung verschränkt war, wird nun in seine beiden Grundbestandteile aufgebrochen, um eines zu retten und das andere zu verwerfen. Gesamtziel ist die Rettung der zivilrechtlichen Dogmatik und des darauf aufbauenden Rechtssystems. Die Rekonstruktion der kreisförmigen Rechtskonzeption Jherings lässt sich gut herausarbeiten, indem man die Argumentation im „Kampf ums Recht“ zunächst von dem abhebt, was sie

---

<sup>181</sup> Vgl. Jhering, Geist III, 320.

<sup>182</sup> Vgl. Jhering, Geist III, 320.

<sup>183</sup> Luhmann, Rechtssoziologie, 244.

<sup>184</sup> Wieacker, Jhering und der Darwinismus, 76.

nicht ist. Diese „Negativfolie“ oder Referenz *ex contrario* für den Vortrag Jherings besteht im Wesentlichen in der kantischen Ethik bzw. insbesondere in dessen Tugendlehre. Jhering nimmt mehrmals explizit und oft in bejahender Weise darauf Bezug und sieht sich als ihren rechtswissenschaftlichen Schüler und Vollender. Indessen wird zu zeigen sein, dass die Struktur des von Jhering in seinem Vortrag verfolgten Rechtskonzepts gerade erst in der Unterscheidung von den referierten Ansätzen deutlich wird und als konsequente Modifikation und Bändigung des entfesselten Selbständigkeitstriebts klar hervortritt.

### ***2.3.1. Die Rechtskonzeption des „Kampfs ums Recht“***

Eingangs sei ein kurzer Überblick über die in „Der Kampf ums Recht“ entworfene Rechtskonzeption gegeben:

Jhering sieht hier die Idee und den Zweck des Rechts nur verwirklicht im Modus des Kampfes um selbiges. Die abstrakte rechtliche Verfasstheit einer Gesellschaft sei nicht genug, um die Herrschaft des Rechtszustands zu gewährleisten, sondern müssten sich ihre einzelnen Mitglieder kämpferisch für die Durchsetzung des Rechts einsetzen. Die Struktur von Jherings Argumentation ist dabei die folgende: Sie geht aus vom Motiv des Eigeninteresses, verläuft davon zum Gesichtspunkt der moralischen Selbsterhaltung der Person und mündet in die Mitwirkung an der Verwirklichung der Rechtsidee.<sup>185</sup>

#### A) Motiv des Eigeninteresses:

Zunächst sei jedem aus eigenem Interesse am Kampf um sein Recht gelegen, bzw. aus – auch materiellem – Interesse an den vom Recht geschützten Gütern. Allerdings verwahrt sich Jhering gegen die Preisgabe des Rechts aus Bequemlichkeit: Als Handlung eines Einzelnen unschädlich, würde sie, zur allgemeinen Maxime des Rechts erhoben, den Untergang des Rechts bedeuten.<sup>186</sup> Jhering lehnt daher ab, was er als den „krasse[n], nackte[n] Materialismus auf dem Gebiet des Rechts“<sup>187</sup> bezeichnet.

#### B) Gesichtspunkt der moralischen Selbsterhaltung der Person

Das Motiv des Eigeninteresses sei daher zu ergänzen um den Gesichtspunkt der „moralischen Selbsterhaltung“ der Person: Indem der einzelne um sein Recht kämpfe,

---

<sup>185</sup> Vgl. Jhering, *Der Kampf ums Recht* (21. Aufl.), 51, 67.

<sup>186</sup> Vgl. Jhering, *Der Kampf ums Recht* (21. Aufl.), 37.

<sup>187</sup> Jhering, *Der Kampf ums Recht* (21. Aufl.), 51, 67.

wahre er sein Dasein als rechtliche und moralische Person.<sup>188</sup> Wenn er es kontinuierlich fahren lasse, begeben er sich dadurch auch seiner Existenz als Person, wäre quasi nur mehr Bündel von Interessen oder Trieben. Jhering bezeichnet den Kampf ums Recht daher auch als „Pflicht des Berechtigten gegen sich selbst“<sup>189</sup> oder als „Poesie des Charakters“<sup>190</sup>.

### C) Mitwirkung an der Verwirklichung der Rechtsidee:

Die Behauptung des Rechts sei zugleich eine Pflicht gegen das Gemeinwesen. Durch die Behauptung des konkreten Rechts im Einzelfall würde sich auch das objektive, abstrakte Recht behaupten. Dabei werde sichtbar, dass das konkrete Recht nicht nur vom abstrakten abhängt, sondern das letztere genauso vom ersteren<sup>191</sup>. Die konkreten Rechte würden das Leben vom Gesetz erhalten und es wieder an dieses zurückgeben. Jhering vergleicht diesen *Kreislauf* mit jenem des Blutes vom und zum Herzen zurück.<sup>192</sup>

Der Behauptung des abstrakten Rechts komme nicht bloß ideales Interesse, sondern das reale, praktische einer Sicherung der festen Ordnung des Verkehrslebens zu.<sup>193</sup> Weil die einzelnen diese praktischen Segnungen genießen, sollen sie auch im Interesse der Gesellschaft für das Recht kämpfen.<sup>194</sup> „Dulde keine Unrecht!“ sei hierfür wichtiger als „Tue kein Unrecht!“<sup>195</sup>

### **2.3.2. Abgrenzung zur Ethik Kants**

Für eine Beeinflussung dieser Konzeption durch den deutschen Idealismus sprechen zunächst die nicht überhörbaren kantischen Anklänge: Als eindeutige Bezugnahme erscheint vor allem die in der Wahrnehmung der Rechte bestehende – als Pflicht gegen sich selbst gefasste – Pflicht zur „moralischen Selbsterhaltung“. In der Vorrede zu späteren Auflagen des Vortragstexts möchte sich Jhering dann auch explizit auf ein Wort Kants beziehen, das ihm allerdings erst nach Erscheinen der Schrift bekannt geworden sei<sup>196</sup>: „»[W]er sich zum Wurm macht, kann nachher nicht klagen, wenn er mit Füßen getreten

---

<sup>188</sup> Vgl. Jhering, Der Kampf ums Recht (21. Aufl.), 42.

<sup>189</sup> Jhering, Der Kampf ums Recht (21. Aufl.), 21.

<sup>190</sup> Jhering, Der Kampf ums Recht (21. Aufl.), 41.

<sup>191</sup> Vgl. Jhering, Der Kampf ums Recht (21. Aufl.), 47.

<sup>192</sup> Vgl. Jhering, Der Kampf ums Recht (21. Aufl.), 48.

<sup>193</sup> Vgl. Jhering, Der Kampf ums Recht (21. Aufl.), 49 f.

<sup>194</sup> Vgl. Jhering, Der Kampf ums Recht (21. Aufl.), 52.

<sup>195</sup> Jhering, Der Kampf ums Recht (21. Aufl.) 51.

<sup>196</sup> Vgl. Jhering, Der Kampf ums Recht (21. Aufl.), VIII.

wird«<sup>197</sup>, das Kant an anderer Stelle als „Wegwerfung seiner Rechte unter die Füße Anderer, Verletzung der Pflicht des Menschen gegen sich selbst«<sup>198</sup> paraphrasiere.<sup>199</sup> Jhering rechnet sich als (einziges) Verdienst an, diesen Gedanken systematisch begründet und ausgeführt zu haben.<sup>200</sup> Jhering, der sich nachweislich mit der Philosophie Hegels<sup>201</sup> und Kants<sup>202</sup> beschäftigte, fällt es schwer, zu glauben, die kantischen Termini der „Pflicht gegen sich selbst“<sup>203</sup> und der „moralischen Selbsterhaltung“<sup>204</sup> tatsächlich nicht gekannt (bzw. nicht einmal oberflächlich „aufgeschnappt“) zu haben, und zufällig zur selben Ausdrucksweise gelangt zu sein. Auf welchem Wege Jhering tatsächlich zu diesen Begrifflichkeiten kam, kann indessen dahingestellt bleiben.

Es interessiert vielmehr, was *systematisch* aus der Abgrenzung der jheringschen Pflichtenkonzeption von der kantischen für die Schärfung der ersteren zu gewinnen ist. Indem zunächst gezeigt wird, was das jheringsche Pflichtenkonzept jedenfalls *nicht* ist, kann man sich dem annähern, was es ist (bzw. als was in es plausiblerer Weise zu begreifen ist).

Vorauszuschicken ist, dass hier ein nicht bloß deontologisches, sondern in spezifischer Weise teleologisches Verständnis der kantischen Tugendlehre und Ethik insgesamt<sup>205</sup> vertreten wird. Diese Charakterisierung ist hier relevant, weil *ex contrario* gerade der antiteleologische Charakter des zweiten jheringschen Entwicklungsmodells herauszuarbeiten ist. Sie ist wie folgt kurz zu begründen: Deontologisch ist die kantische

---

<sup>197</sup> Jhering, *Der Kampf ums Recht* (21. Aufl.), VIII. Die zitierte Stelle siehe in *Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre* (die von Jhering verwendete 2. Auflage, Kreuznach 1800), 133.

<sup>198</sup> Jhering, *Der Kampf ums Recht* (21. Aufl.), VIII. Die zitierte Stelle siehe in *Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*, 185.

<sup>199</sup> Vgl. Jhering, *Der Kampf ums Recht* (21. Aufl.), VIII.

<sup>200</sup> Vgl. Jhering, *Der Kampf ums Recht* (21. Aufl.), IX.

<sup>201</sup> Vgl. Kunze, *Rudolf von Jhering – ein Lebensbild*, 13 f.; Schild, *Der rechtliche Kampf gegen das Unrecht*, 34 f.; Pleister, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, 150 ff.

<sup>202</sup> Vgl. Schild, *Der rechtliche Kampf gegen das Unrecht*, 34; Pleister, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, 31-36 sowie 41 ff.; für explizite Referenzen bei Jhering selbst siehe beispielsweise auch die Auseinandersetzung mit Kants kategorischem Imperativ im „Zweck“, vgl. Zweck I, 49 ff.

<sup>203</sup> Vgl. *Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*, z.B. § 4, 92 ff

<sup>204</sup> Vgl. *Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*, 94.

<sup>205</sup> Unter „kantischer Ethik“ werden hier, wie bei Bambauer, diejenigen moralphilosophischen Hauptthesen verstanden, welche Kant insbesondere in der „Grundlegung der Metaphysik der Sitten“, in der „Kritik der praktischen Vernunft“, in der „Metaphysik der Sitten“, der „Kritik der Urteilskraft“ und der „Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft“ vertritt (vgl. *Bambauer, Deontologie und Teleologie in der kantischen Ethik*, 21). Auf die Pflichtensystematik Kants und die darin bestehenden diffizilen Abgrenzungsprobleme kann hier leider nicht eingegangen werden, vgl. dazu aber sehr übersichtlich *Horn, Nichtideale Normativität*, 144 ff.

Ethik zwar, insofern es ihr für die Beurteilung von Handlungen nicht auf deren äußere Konsequenzen ankommt. Teleologisch ist sie aber, insofern sie auf die Vernunftteleologie der Autonomie<sup>206</sup> ausgelegt ist. In anderen Worten: Sie ist vollständig nicht bloß über einen deontischen Formalismus zu rekonstruieren, sondern bedarf zusätzlich der Bezugnahme auf übergeordnete teleologische Strukturen.<sup>207</sup> Diese liegen freilich nicht in im utilitaristischen Sinne vorteilhaften Konsequenzen, sondern in der Verwirklichung der menschlichen Existenz in Würde und Freiheit.<sup>208</sup> Die Wirkung nach dem Freiheitsbegriff wird von Kant selbst als Endzweck bezeichnet. Dessen Realisierung sei nur möglich, wenn die Natur selbst als zweckmäßige gedacht werde: „Die Wirkung nach dem Freiheitsbegriffe ist der Endzweck, der (oder dessen Erscheinung in der Sinnenwelt) existieren soll, wozu die Bedingung der Möglichkeit desselben in der Natur (des Subjekts als Sinnenwesens, nämlich als Mensch) vorausgesetzt wird.“<sup>209</sup> Die Teleologie ist bei Kant sohin als systematisch wichtige – und moralisch notwendige – Annahme des Übergangs zwischen Natur und Freiheit platziert.<sup>210 211</sup>

In dieser Ausrichtung der kantischen Ethik auf ein Leben nach dem Freiheitsbegriff liegt auch der Wertungsmaßstab bzw., kantischer gesprochen, „Prüfstein“ für bestimmte Verhaltensweisen. Jhering appliziert einen solchen Prüfstein nicht. Täte er dies, so würde das Nicht-Ahnden von Rechtsübertretungen in gewissen Fällen als legitim erscheinen: nämlich dann, wenn sie nicht als kriecheische Duldung, sondern als aufrichtige Versöhnung gemeint ist, die weder den im Recht Verletzten noch den Verletzer zu Mitteln herabsetzt, sondern beide je als Selbstzwecke achtet.<sup>212</sup> Es würde dies weiters dann tun,

---

<sup>206</sup> Vgl. *Bambauer*, Deontologie und Teleologie in der kantischen Ethik, 510.

<sup>207</sup> Vgl. die von Bambauer referierte These, *Bambauer*, Deontologie und Teleologie in der kantischen Ethik, 119.

<sup>208</sup> Vgl. die von Bambauer referierten Thesen, *Bambauer*, Deontologie und Teleologie in der kantischen Ethik, 122 ff.

<sup>209</sup> *Kant*, Kritik der Urteilskraft, 33 f.

<sup>210</sup> Vgl. *Düsing*, Die Teleologie in Kants Weltbegriff 1968, 109, 115. Vgl. auch die Argumentation unten bei 3.6.3.5.3.

<sup>211</sup> Während in den letzten Jahrzehnten die teleologischen Elemente in der kantischen Ethik zunehmend herausgestrichen wurde, bleibt deren Verhältnis zu deontologischen Komponenten und die Gesamtcharakterisierung freilich strittig. Anton Leist („Die gute Handlung“), Barbara Herman („The Practice of Moral Judgement“) und Paul Guyer („Kant on Freedom, Law, and Happiness“) werden von Bambauer als Vertreter einer stark teleologischen Charakterisierung angeführt, für die genauen Nachweise vgl. *Bambauer*, Deontologie und Teleologie in der kantischen Ethik, 122 ff. Bambauer selbst spricht sich im Ergebnis für eine schwach teleologische bzw. schwach deontologische Charakterisierung aus, was ihm zufolge auf das Gleiche hinausläuft, vgl. 507-513.

<sup>212</sup> Kant geht es in den die von Jhering referierten umgebenden Passagen (vgl. *Kant*, Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre, jeweils 129-133, 185) jeweils nur um die Vermeidung von (im Kriecheischen und „Allesdulden“ bestehende) *Übertreibungen* und *Fehlstellungen* der Demut und

wenn das Interesse an der materiellen Selbsterhaltung des Verletzten schwerer wöge als an der moralischen, also beispielsweise, wenn die Einlassung auf einen Rechtsstreit die materielle (und damit zwingend auch moralische) Existenz des Verletzten gefährdete. Es wäre – kantisch gesprochen – dann möglicherweise die Pflicht zur „animalischen“ Selbsterhaltung<sup>213</sup> verletzt. Jhering, der den für seine rechtliche Genugtuung alles (Besitz und Leben) opfernden *Michael Kohlhaas* als „Märtyrer seines Rechtsgefühls“<sup>214</sup> zelebriert, sieht diese andere und grundsätzlichere Ebene kantischer Pflichten gegen sich selbst nicht. Schon daran zeigt sich, dass die Ethikkonzeption Jherings keine kantisch-autonome ist: Sie weist als absolutes Postulat des „Dulde kein Unrecht“ immer schon aus der inneren Freiheit des moralischen Subjekts heraus, stößt sich von dessen Selbstzweck-Existenz ab, um es als Mittel zur Aktualisierung und Realisierung der abstrakten Rechtsordnung zu setzen.

### 2.3.3. *Der Regelkreis*

In seinem Aufsatz zu Jhering charakterisiert Schelsky das Jheringmodell aus dem „Kampf ums Recht“ (unter anderem) mit einem „Regelkreis“.<sup>215</sup> Diese Charakterisierung erscheint in mehrfacher Weise treffsicher. Sie ist adäquate Beschreibung der Funktionsweise des von Jhering verwendeten Modell des Blutkreislaufs und hebt genau das an ihm hervor, was für die gegenständliche Rechtskonzeption Jherings wesentlich ist:

Über Sympathikus und Parasympathikus wird die Herzaktivität bekanntermaßen just qua Entstehung von (negativ rückgekoppelten) Regelkreisen gesteuert. Abstrakt gesprochen bedeutet das, dass die maßgeblichen physikalischen Größen durch einen geschlossenen Wirkungsablauf kontrolliert und stabilisierend nivelliert werden. Negative Rückkopplung meint, dass der aktuelle Wert einer bestimmten Größe an den Regler rückgeführt und von diesem kontinuierlich einem Sollwert angenähert wird. Das Wachstum einzelner Größen wird dadurch beschränkt und stabilisiert.<sup>216</sup>

---

Versöhnlichkeit, welche als richtiges Verhältnis zum moralischen Gesetz selbst (nicht aber als Medialisierung oder Aufgabe der eigenen Persönlichkeit) völlig legitim sind (vgl. *Kant*, *Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*, 129-131; 184 f.). Zum moralischen Verbot der Medialisierung, die jemanden seiner „inneren Freiheit, der angeborenen Würde“ beraube, indem er sich selbst „zur Sache“ bzw. gerade seinen „moralischen Wert“ zum „Mittel“ (z.B. der Gunsterwerbung) herabsetze, siehe ebd., 96.

<sup>213</sup> *Kant*, *Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*, 95.

<sup>214</sup> *Jhering*, *Der Kampf ums Recht* (21. Aufl.), 64.

<sup>215</sup> Vgl. *Schelsky*, *Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht*, 186.

<sup>216</sup> Vgl. z.B. *Lutz/Wendt*, *Taschenbuch der Regelungstechnik*, 21 ff.

Daraus wird ersichtlich, worauf es der Jhering'schen Konzeption im Wesentlichen ankommt: Der Selbständigkeitstrieb des Rechts soll durch seine *Kreisbindung* beschränkt und stabilisiert werden. Diese Stabilisierung erfolgt über den Zusammenschluss zweier Momente (oder besser: Komplemente), die gerade nicht je wachsend konfligieren, sondern sich stabilisierend erhalten: das abstrakte (Sympathikus?) und das konkrete Recht (Parasympathikus?).

### 2.3.3.1. Keine Theorie des sozialen Wandels

Dies lässt sich aus einer kritischen Lektüre der Jhering-Interpretation Schelskys genauer entwickeln. So adäquat dessen Charakterisierung der gegenständlichen Rechtskonzeption Jherings als Regelkreis nämlich sein mag, so irrig ist seine präzisierende Deutung als vitalistische Theorie des sozialen Wandels unter Rekurs auf Maurice Hauriou. Plausibel ist allenfalls noch seine Rekonstruktion der hier interessierenden Rechtstheorie Haurious selbst: Dieser habe das Recht als Vermittler zwischen menschlicher Subjektivität und Objektivität betrachtet, indem er es als Medium einer Wechselwirkung, als einen Kreisprozess zwischen personaler Subjektivität (Gerechtigkeit) und sozialer Objektivität (Sicherheit, Frieden) verortet habe.<sup>217</sup>

In einem weiteren Schritt versucht Schelsky allerdings zu zeigen, was Hauriou falsch gemacht und Jhering diesem voraushabe. Jener habe die menschliche Subjektivität mit dem rechtsdogmatischen Begriff des subjektiven Rechts, die Objektivität mit jenem des objektiven Rechts kurzgeschlossen. Dadurch habe er beide Begriffe auf die geltende Rechtsordnung bezogen und den Gesichtspunkt der Veränderung des Rechts – der eben nur aus dem subjektiven Verlangen nach Gerechtigkeit, das noch nicht Recht ist, resultieren kann – verfehlt. Im Gegensatz dazu habe Jhering in seinem Vortrag diese Unterscheidung nicht herangezogen und damit ihre Bedeutungslosigkeit für seine Problemstellung bekunden wollen. Das jheringsche Modell würde damit ermöglichen, Stabilität und Veränderung zu kombinieren.<sup>218</sup>

Es lässt sich schnell zeigen, woran es der Schelsky'schen Interpretation gebricht: Jhering recurriert – entgegen der Behauptung Schelskys – mehrmals ausdrücklich auf die

---

<sup>217</sup> Schelsky, Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht, 178 f. Dieser Kreislauf bewirke gleichzeitig – über den Einfluss der Subjektivität – Veränderung und, indem Subjektivität im Rechtsniederschlag zu Ordnung gezwungen wird, Stabilität, vgl. ebd.

<sup>218</sup> Vgl. Schelsky, Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht, 180-182.

Unterscheidung zwischen subjektivem und objektivem Recht.<sup>219</sup> Noch öfter verwendet er die Unterscheidung zwischen konkretem und abstraktem Recht, die er explizit synonym zu subjektivem bzw. objektivem Recht verstanden haben möchte.<sup>220</sup> Die Unterscheidung steht zudem an systematisch zentraler Stelle, es sind die beiden Pole eben jenes – als Blutkreislauf vorgestellten – Kreislaufs. Auch die von Schelsky angeführte Stelle aus dem „Kampf ums Recht“ widerspricht dem nicht: Dass Jhering die Einforderung von Rechten auch bei geringfügigen materiellen Interessen postuliert, bedeutet nicht, dass hier mehr gemeint sei, als die „Wahrung der subjektiven Rechte“, sondern vielmehr, dass die Inanghaltung und Instandhaltung des Kreislaufs wichtiger ist als personale Interessen.<sup>221</sup>

Damit verhält es sich im Ergebnis genau umgekehrt wie in der Evaluation Schelskys<sup>222</sup>: In Haurios Rechtskonzeption mag neben Stabilität auch Platz für Veränderung sein. In Jherings Konzeption aus dem „Kampf ums Recht“ bleibt nur Stabilität.<sup>223</sup> Subjektivität hat hier nicht den Status und die Funktion, den sie als Gerechtigkeitsforderung und Herausforderung an die Rechtsordnung und in dieser Weise als Moment des sozialen Wandels an sich haben könnte. Im Gegenteil ist sie als subjektives Recht bloßes Komplement und Komplizin der geltenden Rechtsordnung. Der Zusammenhang „Recht und Ordnung“ steht hier eindeutig vor dem Zusammenhang „Recht und Gerechtigkeit“.<sup>224</sup>

Wiederum recht hat Schelsky damit, dass diese Konzeption Jherings handlungsappellativ ist<sup>225</sup>, sie auf eine Politikidee des Rechts baut<sup>226</sup>, das politische Handlungsprogramm des sozial-aktivistischen Liberalismus formuliert.<sup>227</sup> Aber dieses besteht lediglich in der Perpetuierung, Stabilisierung und allenfalls Beschleunigung des industriegesellschaftlichen

---

<sup>219</sup> Vgl. *Jhering*, *Der Kampf ums Recht* (21. Aufl.), 4 und 48.

<sup>220</sup> Vgl. *Jhering*, *Der Kampf ums Recht* (21. Aufl.), 4 und 48.

<sup>221</sup> Vgl. *Schelsky*, *Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht*, 184.

<sup>222</sup> Vgl. *Schelsky*, *Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht*, 184.

<sup>223</sup> Es mag freilich zutreffen, dass auf den Anfangsseiten des „Kampf ums Recht“ eine These der fort dauernden Verjüngung des Rechts vertreten wird, die über das „Zertreten“ bzw. Aufheben bestehender Interessen und Rechte führt. Auf die entsprechenden Passus (*Jhering*, *Geist II/I* (2. Aufl.), 66 f.; *ders.*, *Der Kampf ums Recht* (21. Aufl.), 8 f.) wurde bereits oben bei 2.2.1. verwiesen. Allerdings bilden die einschlägigen Seiten allenfalls die Einleitung zum „Kampf ums Recht“. In dem von Seite 13 bis 67 (21. Aufl.) entfalteten Hauptteil (jeweils durch Absatz und Trennlinie markiert) knüpft Jhering inhaltlich und systematisch im Wesentlichen nicht mehr an der Verjüngungsthese an, sondern verfolgt die eben geschilderte Kreislaufkonzeption. Dass diese die wesentliche These des Vortrags ist, lässt sich auch dadurch untermauern, dass die Drastik der Verjüngungskonzeption in späteren Auflagen des Vortrags einigermaßen zurückgenommen wird, vgl. die Seiten 1-9 der 21. Auflage mit den Seiten 7-16 der 1. Auflage und der Fassung des mündlichen Vortrags, *Jhering*, *Der Kampf ums Recht* (mündlicher Vortrag), 115 f.

<sup>224</sup> Vgl. *Schelsky*, *Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht*, 181.

<sup>225</sup> Vgl. *Schelsky*, *Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht*, 184.

<sup>226</sup> Vgl. *Schelsky*, *Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht*, 170.

<sup>227</sup> Vgl. *Schelsky*, *Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht*, 166.

*status quo* des 19. Jahrhunderts. Unter Rekurs auf Spencers affirmative Rekonstruktion der bürgerlichen Gesellschaft lässt sich das Verständnis des Kreislaufmodells insgesamt weiter erhellen.

### 2.3.3.2. *Rasender Stillstand: die bürgerliche Gesellschaft im Equilibrium*

Der heute nahezu in Vergessenheit geratene Herbert Spencer schaffte in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts den Aufstieg vom Ingenieur zum bedeutendsten Philosophen seiner Zeit, jedenfalls gemessen an seiner Popularität. Von der Physik über die Biologie zur Psychologie sowie Recht und Ethik, zu nahezu allem verfasste er mehrbändige und ausufernde Abhandlungen, mit dem Anspruch, alles aus einem technisch-physikalischen Blickwinkel erklären zu können. Hier ist seine Equilibriumstheorie von Bedeutung. Jhering nimmt zwar erst im zweiten Band des *Zwecks* an mehreren Stellen explizit Bezug auf Spencer und zwar auf dessen „Tatsachen der Ethik“,<sup>228</sup> doch ist davon auszugehen, dass dessen Theorien aufgrund ihrer Popularität dem wissbegierigen Jhering in den 1860er Jahren geläufig wurden, umso mehr er seit seiner „Krise“ 1858 dafür besonders empfänglich sein musste. In den „Tatsachen der Ethik“ jedenfalls beschreibt Spencer ein Entwicklungsgesetz, das Jherings Kreislaufkonzept des „Kampfs ums Recht“ gut Pate gestanden haben könnte.

Dieses führe zu immer größerer Individualisierung bei immer größerer wechselseitiger Abhängigkeit und sohin zur Austarierung zwischen individuellen Wesenszügen und sozialen Erfordernissen. Das erreichte Equilibrium bestehe darin, dass jeder, indem er die Bedürfnisse seines eigenen Lebens erfüllt, spontan die Erfüllung der Bedürfnisse anderer Leben unterstützt.<sup>229</sup> Für die in diesem Zustand der völligen Disziplinierung und Anpassung an die sozialen Verhältnisse qua Individualisierung und Egoismus herrschenden Verhaltensgrundsätze verwendet Spencer den Begriff der „absoluten Ethik“.<sup>230</sup>

Dieser Prozess der Equilibrierung, auf den Natur und Zivilisation evolutionär zustreben würden,<sup>231</sup> gehe insgesamt mit einer Zunahme an Integration von Materie und einer

---

<sup>228</sup> Jhering, *Zweck* II (6.-8. Aufl.), 75, 94 f., 106 und 134.

<sup>229</sup> Vgl. *Spencer*, *General Principles of Ethics* I, General Preface.

<sup>230</sup> Vgl. *Spencer*, *General Principles of Ethics* I, § 105, sowie *Spencer*, *General Principles of Ethics* II, § 260.

<sup>231</sup> Im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts lässt sich eine obsessive Begeisterung für die Idee des Equilibriums, das es überall herzustellen galt, belegen. Es war das goldene Zeitalter der Ingenieurie, mit Wunderwerken wie der Brooklyn Bridge und dem (freilich erst 1914 eröffneten, aber schon in den 1880er Jahren begonnen) Panama Kanal. Die Wirtschaftswissenschaftler teilten diese Begeisterung und legten ihre

Abnahme an Bewegung einher. Der evolutionäre End-Zustand wäre jener einer vollkommenen Integration und einer völligen Bewegungslosigkeit. Weil Spencer Bewegungslosigkeit mit dem Tod gleichsetzt, schließt er daraus, dass die evolutionäre Entwicklung letztlich in allen Bereichen in diesen führen muss.<sup>232</sup> Fast spinozistisch kommt die bürgerliche Gesellschaft im Ausgang spencerscher Dynamik damit als Stillleben sich vollendeter Kraftentfaltung zum Stehen, statisch in Geiste und Ausdehnung. Tatsächlich ist es der zweiten Jheringschen Rechtskonzeption gerade darum zu tun, übermäßiger Bewegung Einhalt zu gebieten und erreicht sie dies, indem sie das subjektive mit dem objektiven Recht im Regelkreis verschaltet, just durch einen integrativen Vorgang<sup>233</sup>. Allein, die Gesellschaft und Rechtsordnung will dadurch nicht zum völligen Stillstand kommen, sondern bedarf umso mehr ihrer laufenden Aktualisierung durch die um ihr Recht kämpfenden Rechtssubjekte. Die spencersche These ist mit Jhering daher so zu modifizieren, dass es zu einem Aufhören zwar von Entwicklung, nicht aber von Bewegung kommt. Der Versuch Jherings, die Rechtsordnung als autonome qua Kreisbindung zu retten, führt zu einer hohen integrativen „Verschaltung“ zwischen Subjekt und Objekt (die „Ideologie“ im Althusserschen Sinne) und dadurch zu einem Aufhören von Bewegung (nur) im Sinne von Entwicklung. An anderer Stelle bemerkt Spencer, dass die Bewegung eine zur Materie parallele Verwandlung durchlaufen würde. Jene würde diese bei ihrer Transformation von einem unbestimmten, inkohärenten zu einem immer bestimmteren, integrativeren Zustand begleiten.<sup>234</sup> Diese – in ihrer Parallelisierung der Kraftattribute wiederum spinozistische – Spekulation Spencers lässt sich für das Jheringsche Rechtsmodell so plausibilisieren, dass Bewegung hier eben nicht mehr (möglicherweise als Fortschritt) über sich hinauschießt, sondern gleichmäßig-stabilisierend über die Struktur des Kreises – quasi als dessen vektorielles Pendant – apportioniert ist.

Diese Bewegung ist jene eines „rasenden Stillstandes“ (© Paul Virilio<sup>235</sup>). Sie ergibt sich dort, wo die Funktion von Strukturen problematisch wird, als deren Not- und Fluchtstabilisierung. Sie begleitet die Entwicklung zu verflochteneren, integrativeren

---

Berechnungen (von Angebot und Nachfrage, Verteilung von Nutzen, Rekonstruktion von Preisen, etc.) allesamt auf ein zu erreichendes Equilibrium aus (vgl. *Hovenkamp*, *The Opening of American Law. Neoclassical Legal Thought, 1870-1970*, 30 f.).

<sup>232</sup> Vgl. *Spencer*, *First Principles*, 514.

<sup>233</sup> Vgl. auch *Schelsky*, *Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht*, 173 f.

<sup>234</sup> Vgl. *Spencer*, *First Principles*, 396.

<sup>235</sup> Vgl. den Essay Virilios mit diesem Titel („Rasender Stillstand“).

Strukturen – erstes Moment der Reaktion auf Funktionsentgleisungen – als deren zweites in der Kraftebene. Aus der Sorge über den sich in seiner steten Höherschraubung entfunktionalisierenden Selbständigkeitstrieb des Rechts entwickelt Jhering die Rechtsordnung als Stilleben, das seine Figuren – das abstrakte und die konkreten Rechte – stets selbst nachzeichnet. Der Impuls zur Nachzeichnung ist in ihrer wechselseitigen Verschränkung als *perpetuum mobile* fixiert. Er bewirkt letztendlich einen Zustand der vollständigen Integration und Abstimmung der gesellschaftlichen Teile aufeinander, in welchem die entsprechenden Kräfte nur mehr auf den über die geschichtliche Entwicklung verfestigten Bahnen verlaufen.<sup>236</sup> Es bewegt sich, aber entwickelt sich nicht mehr. Jhering entwirft in seinem Vortrag die bürgerliche Gesellschaft als Verwirklichung genau dieses „Endzustandes“. Er beschränkt sich auf die Rekonstruktion eines in sich geschlossenen Kreislaufs, aber rekonzipiert damit gleichzeitig die bürgerliche Gesellschaft in apologetischer Weise als vollendetes Kunstwerk. Dass dieses auf dauernde Reaktualisierung angewiesen ist, verrät möglicherweise, dass es etwas überdeckt, das schon nicht mehr ist.

Die Kreislaufkonzeption des Rechts wird von Jhering außerhalb des „Kampfs ums Recht“ auch nicht weiterverfolgt und sohin im Entwurfsstadium liegengelassen.

Warum dies der Fall ist, kann beantwortet werden, indem man die Kreislaufkonzeption eben als defensive Strategie zur Bewältigung der Krise der Dogmatik begreift, welche die Dogmatik bzw. ihre Selbständigkeit beibehalten möchte und die Abstimmungsprobleme mit der Umwelt (das „Überschießen“ des „Selbständigkeitstriebes“) durch Rückbindung der Zwecke der Dogmatik auf die eigene Reproduktion lösen möchte. Das „Überschießen“ wird verhindert, indem das Rechtsdenken und -handeln auf die Reproduktion des bereits Vorhandenen, die Weiterentwicklung zugunsten der Stabilisierung ausgeschlossen wird.

Wenn es allerdings zutrifft, dass eine fortschreitende Ökonomisierung der Hintergrund für die Modifikationen in Jherings Rechtstheorie ist, dann ist eine andere Strategie, die sich nicht gegen die äußeren Entwicklungen quasi in sich selbst zurückzieht, sondern sich diesen offensiv andient, wahrscheinlich erfolgreicher.

---

<sup>236</sup> Vgl. *Spencer*, *First Principles*, 396.

## ***2.4. Rettung der Teleologie: Das Recht als Maschine des „Lebens“ und Instrument des Nutzens***

Eine solche Strategie lässt sich anhand des von Jhering in seinem voluminösen Zweibänder „Der Zweck im Recht“ (1877/1883) entwickelten Rechtsmodells rekonstruieren. Jhering wird hier (in umgekehrter Weise zum Kreislaufmodell) das *Moment der Autonomie zugunsten des Zwecks- bzw. Entwicklungsmoments opfern*. Er wird das Entwicklungsmoment behalten, indem er es auf eine *andere Ebene* überträgt: auf jene des „Lebens“, der *äußeren Umwelten des Rechts* – im Wesentlichen dem *gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Nutzen*. Dort wird der selbsttätige, sich teleologisch entfaltende, seine inhärenten Potentialen offenlegende Bewegungstrieb nunmehr lokalisiert, während das Recht als Passivum rekonzeptualisiert wird, das nur mehr dessen Impulse empfängt.

### ***2.4.1. Die Rechtskonzeption des Zwecks im Recht: zwischen Teleologie und Kausalität bzw. Leben und Recht***

Ich werde eine kurze Zusammenfassung über die hier interessierenden Aspekte des *Zwecks* geben, um im Anschluss daran den spezifischen Charakter der jheringschen Konzeption einer Entwicklung des Rechts aus bzw. nach „Lebens“-Zwecken herauszuarbeiten.

Der Titel des Werks lässt es noch offen, ob der von Jhering im Recht verfolgte Zweck einen Aspekt des Rechts oder das Recht als Ganzes betrifft. Diese Offenheit wird mit dem Motto, unter welches Jhering seine Schrift stellt, apodiktisch beseitigt: „Der Zweck ist der Schöpfer des *ganzen* Rechts (meine Hervorhebung).“ Diese These wird er in der Argumentation des Werks anhand von Beobachtungen in der Realität von Recht und Gesellschaft (gelegentlich auch im Vergleich zu anderen Theorien) zu plausibilisieren und zu beweisen versuchen.<sup>237</sup>

Bereits in der Vorrede zum „Zweck“ sieht Jhering sich veranlasst, einen Gegensatz zu klären, der im Laufe der Argumentation wiederkehrt: den zwischen dem Wirken des Zwecks und dem Kausalitätsgesetz. Dieser sei in Wahrheit keiner, denn: „Es gibt nur eins von Beiden: entweder ist die Ursache die bewegende Kraft der Welt, oder es ist der Zweck.

---

<sup>237</sup> Die entsprechende Methode lässt sich auch als „hypothetischer Deduktivismus“ bezeichnen; man begegnet ihr auch bei Darwin und Spencer, die sie aus dem Whewell-Herschel-Mill'schen Kanon übernommen haben, vgl. Haines, Spencer, Darwin, and the Question of Reciprocal Influence, 425 f.

Nach meinem Glauben ist es der Zweck. Der Zweck vermag das Causalitätsgesetz aus sich zu entlassen, nicht aber das Causalitätsgesetz den Zweck.“<sup>238</sup>

#### 2.4.1.1. *Causa efficiens und causa finalis*

Dies bedeutet nicht, dass Jhering das Kausalitätsgesetz an den Rand drängen möchte. Er hält es vielmehr auch in seiner „strengsten“<sup>239</sup>, „unerbittlich zermalmend[en]“<sup>240</sup> Wirkweise, wie sie der Darwinismus lehre, für plausibel, aber vermutet hinter den Kausalverkettungen einen alles steuernden Gesamtzweck.<sup>241</sup> Mit dem Beispiel des Bildhauers, dessen Hand eine Statue nach den Gesetzen der Mechanik gestalte, aber sie doch aus seinem Geist heraus mit einem bestimmten Ziel gestalte<sup>242</sup>, ist freilich die Physik des Aristoteles und dessen Unterscheidung zwischen *causa efficiens* und *causa finalis* aufgerufen.<sup>243</sup> Kausalität und Finalität würden sich entsprechend nicht ausschließen, sondern lediglich verschiedene Aspekte der Betrachtung von Wirkzusammenhängen darstellen – allerdings in hierarchischer Anordnung: „Denn der Zweck heißt das Beste und Endziel des Uebrigen.“<sup>244</sup>

#### 2.4.1.2. *Causa finalis: die gesellschaftliche „Glückserlangung“ über die „Stufenleiter“ des Rechts*

Einen entsprechenden Finalzweck nimmt Jhering denn auch im bzw. hinter dem Recht an. Die zugrundeliegende Vorstellung ist im Grunde jene des Pflanzen- oder -baumsamens, der über verschiedene Stufen der Entwicklung austreibt und aufblüht, um schließlich seinen vollen Zweck zu entfalten.<sup>245</sup> Jhering legt sie in folgender Weise ins Recht: Der Zweck der individuellen *Selbsterhaltung* treibe das *Vermögen* hervor – denn ohne Vermögen gebe es keine gesicherte Zukunft des Lebens; der Zweck beider zusammen treibe weiter zum *Recht* – denn ohne Recht gebe es keine Sicherung des Lebens und Vermögens.<sup>246</sup> Die jeweils höhere Stufe ist also Bedingung der Sicherung der jeweils niederen. Das Recht wiederum würde aus dem Erfordernis seiner gesicherten

---

<sup>238</sup> Jhering, Zweck I, XII.

<sup>239</sup> Jhering, Zweck I, XII.

<sup>240</sup> Jhering, Zweck I, XII.

<sup>241</sup> Vgl. Jhering, Zweck I, XII f.

<sup>242</sup> Vgl. Jhering, Zweck I, XII f.

<sup>243</sup> Vgl. Aristoteles, Physik, 33-36

<sup>244</sup> Aristoteles, Physik, 33.

<sup>245</sup> Vgl. Jhering, Zweck I, 98.

<sup>246</sup> Vgl. Jhering, Zweck I, 65.

Verwirklichung schließlich zum *Staat* als seiner vollkommenen Form drängen.<sup>247</sup> Die von der menschlichen Selbsterhaltung ausgehende Evolution des Rechts verläuft hier sohin als notwendige Höherentwicklung in drei Schritten über *Vermögen* und *Recht* zu *Staat*.<sup>248</sup>

Anfangsprose dieser „Stufenleiter“<sup>249</sup> ist also die auf Selbsterhaltung bedachte Person, Endsprose der Staat. Als Zwischensprossen sind Sozietät und Verein eingelassen.<sup>250</sup> Das Moment, das alle Zwecke aus sich heraus treibt, ist das „*Lebensbedürfnis*“ der *Gesellschaft*. Sie werden solange vom Individuum selbst, so lange weiter vom Verein befördert, bis sie einen die jeweilige Hülle sprengenden Reifegrad erlangt haben und sich in die respektive höhere Form und damit schließlich in den Staat ergießen.<sup>251</sup> Am Ende der Geschichte wird der Staat alle Zwecke in sich aufgenommen haben.<sup>252</sup>

Das höchste Ziel ist dabei konsequent teleologisch die Glückserlangung: Das „Wohlsein, nicht blosses Dasein“.<sup>253</sup> Jhering möchte seine eigene Rechtskonzeption als *eudämonistische* verstehen, die allerdings nicht das *Glück* des Individuums, sondern der *Gesellschaft* zum Ziel habe<sup>254</sup> und von Jhering entsprechend auch als Ausdruck einer „gesellschaftlichen“ im Gegensatz zu einer „individuellen“ Sozialtheorie begriffen wird.<sup>255</sup> Das Wohlergehen, das Gedeihen der Gesellschaft sei sohin der Zweck, das „genetische Princip“<sup>256</sup> aller rechtlichen und sittlichen Normen.<sup>257</sup>

#### 2.4.1.3. *Causa efficiens: die Impulsverarbeitung in der Maschine des Rechts*

Wie eingangs erwähnt, ist Jhering zufolge im Recht neben einer teleologischen Kraft auch das Kausalitätsgesetz wirksam. Dieses äußert sich in Anstößen auf das Recht von außen, welche gerade von den Lebensbedürfnissen der Individuen und vor allem der Gesellschaft

---

<sup>247</sup> Vgl. Jhering, Zweck I, 73 f., 76.

<sup>248</sup> Vgl. Jhering, Zweck I, 76.

<sup>249</sup> Z.B. Jhering, Zweck I, 307.

<sup>250</sup> Vgl. Jhering, Zweck I, 300 ff.

<sup>251</sup> Vgl. Jhering, Zweck I, 306 f.

<sup>252</sup> Vgl. Jhering, Zweck I, 307; siehe auch 1. Aufl. 304 f., wo der Staat gar als der, der alle Zwecke der Gesellschaft verschlingt, bezeichnet wird.

<sup>253</sup> Vgl. Jhering, Zweck I, 443.

<sup>254</sup> Vgl. Jhering, Zweck II (6.-8. Aufl.), 106 f., 133 f.; vgl. auch unten, 2.4.5.1.

<sup>255</sup> Vgl. Jhering, Zweck II (6.-8. Aufl.), 122.

<sup>256</sup> Vgl. Jhering, Zweck II (1. Aufl.), 168.

<sup>257</sup> Vgl. Jhering, Zweck II (6.-8. Aufl.), 159. Siehe auch den von Jhering angestellten Vergleich der Ausrichtung des Sittengesetzes mit der Aufmerksamkeit eines militärischen Instructors bei der Ausbildung von Soldaten, „der nicht den einzelnen als solchen, sondern als Glied des höheren taktischen Ganzen“ im Auge hat, Jhering, Zweck II (6.-8. Aufl.), 113. Diese Abrichtung auf den Gesamtnutzen knüpft freilich gerade am Egoismus der Einzelnen an (siehe dazu noch unten), vgl. das von Somek verwendete Bild der „Kaserne des Egoismus“, Somek, Die Kaserne des Egoismus, 82 f.

kommen. Als Gesamtwille der Letzteren emergiert ihr größtmögliches Wohlergehen bzw. maximaler Nutzen. Dieser „gesellschaftliche Egoismus“<sup>258</sup> wirkt über vier „Hebel“<sup>259</sup> oder „Triebfedern“<sup>260</sup> auf die Einzelwillen ein, um sie sich dienstbar zu machen: Den Lohn, den Zwang, das Pflichtgefühl und die freie Selbstverleugnung. Der Lohn (das heißt die entgeltlichen Verträge im Privatrecht) und der Zwang (das heißt die Sanktionen insbesondere im Strafrecht) haben den Egoismus „zu ihrem Motiv und ihrer Voraussetzung“<sup>261</sup>: Sie haben deshalb praktische Realität, weil ihnen die Einzelmenschen aus Eigeninteresse nachgehen bzw. nachgeben. Der Lohn ist Bedingung für den „Verkehr“, das heißt den wirtschaftlichen Güteraustausch, der Zwang für Recht und Staat. Beide müssten gegeben sein, wo immer eine Gesellschaft besteht. Das Pflichtgefühl und die freie Selbstverleugnung werden von Jhering anfangs noch als unegoistische Triebfedern eingeordnet, im zweiten Band hingegen sieht er - in Form der öffentlichen Meinung - auch hier (psychologischen) Zwang am Werk.<sup>262</sup>

Das von Jhering hier verwendete Bild ist also jenes einer Maschine bzw. einer „social[e]n Mechanik“<sup>263</sup>, die über den kausalen Impuls gesellschaftlicher „Lebensbedürfnisse“ in Gang gesetzt und vermittels verschiedener Hebel betrieben wird.<sup>264</sup> Der kausale Gesamtstoß kommt vom Egoismus der Gesellschaft, die kausalen Einzelstöße von den Egoisten der Individuen. Diese meinen außerhalb des direkten Zwangs frei, im eigenen Interesse zu handeln, aber unterliegen auch vermittels der anderen Hebel der „zwingende[n] Kraft“<sup>265</sup> der Gesellschaft, die ihre Einzelwillen diszipliniert und bändigt<sup>266</sup>, deren „Widerstand [...] von innen heraus in [ihnen] selber überw[indet]“.<sup>267</sup> Der Egoismus der Gesellschaft dockt also an den Egoisten der Einzelnen an, spiegelt ihnen vor, frei und für sich selbst zu handeln, und beugt ihre Willen in Wahrheit dem ihrigen. Punkt der Andockung ist die Unterscheidung Lust/Schmerz. Durch diese Empfindungen bzw. die Tendenz des Einzelnen zur Lustvermehrung/Schmerzvermeidung, würde uns die

---

<sup>258</sup> Z.B. Jhering, Zweck I, 462.

<sup>259</sup> Jhering, Zweck I, 95.

<sup>260</sup> Jhering, Zweck I, 94.

<sup>261</sup> Jhering, Zweck I, 95.

<sup>262</sup> Vgl. Jhering, Zweck II (6.-8. Aufl.), 141; vgl. zu all dem 93-96.

<sup>263</sup> Vgl. Jhering, Zweck I, 94.

<sup>264</sup> Dieser Konzeption liegt freilich die Entwicklung der modernen Thermodynamik und spezifisch der Dampfmaschine zugrunde. Vgl. Vogl, Das Gespenst des Kapitals, 58 f. sowie Hovenkamp, The Opening of American Law, 31 (im Allgemeinen ist sie eine Anwendung des für jene Zeit besonders prägenden physikalischen Gleichgewichtstheorems, vgl. dazu ebd., 30 f.).

<sup>265</sup> Jhering, Zweck I, 95.

<sup>266</sup> Vgl. Jhering, Zweck I, 94.

<sup>267</sup> Jhering, Zweck I, 235.

Gesellschaft listig<sup>268</sup> in bestimmte Bahnen leiten, unsere Interessen mit ihren Zwecken verbinden. Dadurch würde die egoistische Gesinnung in die sittliche umschlagen.<sup>269</sup>

#### 2.4.1.4. Der Zusammenhang von Mechanik (Maschine) und Teleologie („Stufenleiter“)

Die Mechanik freilich erscheint als Gegenbegriff zur Teleologie. Während die Erstere die Bewegung eines Gegenstands als Reaktionen auf von außen erfolgende Stöße beschreibt, erklärt die Letztere sie allein aus dem Gegenstand selbst heraus, als Verwirklichung seines inhärenten Potentials. Diese Verwirklichung aus sich selbst heraus ist in der klassisch-aristotelischen Teleologie gleichzeitig eine lustbringende, während Zwang sie notwendig durchstreicht und mit Schmerz konnotiert ist.<sup>270</sup> Die tugendhaften Menschen des Aristoteles verwirklichen das „gute Leben“ frei aus sich heraus und werden dabei glücklich.<sup>271</sup> In der Jheringschen Konzeption hingegen handeln die Einzelnen gerade nicht frei. Zwang wirkt zum Teil – über die vollstreckende Staatsgewalt – direkt „mechanisch“<sup>272</sup> und zum (größeren) Teil psychologisch auf sie ein – mal, indem er sie positiv (über den Lohn) zu Handlungen motiviert, mal indem er sie negativ (über drohende Rechtssanktionen und die öffentliche Meinung) von Handlungen abhält. In allen Fällen wird der Willen der Einzelnen gebrochen oder zumindest gebogen. Auf dieser Ebene beschreibt Jhering sohin keine Zweckentfaltung, sondern reine Kausalverkettungen. Das *Zwecksubjekt*, das sich aus sich selbst heraus zur Erlangung der Eudämonie entfaltet, wird von ihm auf *eine Ebene darüber* verlegt: auf die *Gesellschaft*.<sup>273</sup> Diese Personifizierung<sup>274</sup>

---

<sup>268</sup> Siehe die Anmerkung bei *Jhering*, Zweck I, 214, wo Jhering von einer „List“ des Sittlichen spricht. Vorlage ist freilich Hegels „List der Vernunft“ (vgl. *Hegel*, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, 49). Als deren gedanklicher Vorläufer lässt sich wiederum Smiths „unsichtbare Hand“ begreifen (vgl. *Petersen*, Adam Smith als Rechtstheoretiker, 47; *Hirschman*, Leidenschaften und Interessen, 25 ff.). Zur „unsichtbaren Hand“ bei Smith vgl. unten bei 3.5.4.1.1., den Unterabschnitt: Die unsichtbare Hand.

<sup>269</sup> Vgl. *Jhering*, Zweck I, 35. Spezifisch zum Motiv des Umschlagens siehe die bereits erwähnte Stelle *Jhering*, Zweck I, 214 samt Anmerkung sowie *Jhering*, Zweck II (6.-8. Aufl.), 92 f. Auch für dieses liefert Hegel wiederum die Vorlage, siehe insbesondere *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 199 auf 353 (daran wird weiter unten ebenfalls noch anzuknüpfen sein). Die gesellschaftliche Entwicklung in ähnlicher Weise mit Lustanreizen für die Einzelnen in Verbindung setzend vgl. auch *Spencer*, The Principles of Ethics I, § 67. Die implizierte Idee des „sanften“ Paternalismus (die bei Jhering freilich von autoritären staatlichen Befugnissen flankiert ist, vgl. etwa *Jhering*, Zweck I, 420 ff.), der über das, was die Einzelnen rational bzw. aus Eigeninteresse ohnehin wollen müssen, zu dem allgemein Guten anleitet, hat zudem etwas gemeinsam mit dem modernen Konzept des „nudging“, vgl. prägend *Sunstein*, Nudging: A Very Short Guide. Siehe dazu auch unten, in der Fn 848 und in 5. (der Conclusio), dort auch die Fn 1122.

<sup>270</sup> Vgl. *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch III, 3, 1111a, 48; siehe auch schon, ebd. 1, 1110b, 45 f.

<sup>271</sup> Vgl. *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch I, 9, 1099a, 17 f.

<sup>272</sup> *Jhering*, Zweck I, 96.

<sup>273</sup> *Jhering*, Zweck II (6.-8. Aufl.), 159-161.

<sup>274</sup> Eben diese Personifizierung der Gesellschaft (vgl. etwa *Dworkin*, Is Wealth a Value?, 194, 200) bzw. die fehlende „separateness of persons“ (vgl. *Rawls*, A Theory of Justice (1999), 167 und *Nozick*, Anarchy, State, and Utopia (2001), 33) ist später der maßgebliche Kritikpunkt am Utilitarismus (siehe 2.4.5.1., dort auch die

und Hypostasierung ist tatsächlich teleologisch gedacht, entlässt Zwänge aus sich, aber ist selbst keinen unterworfen, sondern treibt nur aus sich heraus, was schon immer in ihr enthalten ist. Insofern impliziert sie eine „Apotheose“ der bürgerlichen Gesellschaft. Diese ist der Gott bzw. Geist der Maschine, aber steht nicht hinter diesem, sondern ist in ihm immanent. Teleologisch-„vitale“ Gesellschaft und kausale Maschine sind hier miteinander verwoben zur lebendigen, von Trieben überwachsenen Maschine oder, wenn man so will, zur fuhrwerkenden Pflanze. Ein wesentlicher Teil dieser Maschinenpflanze ist das Rechtssystem.

Eine weitere Erhellung dieser „Hybrid“-Teleologie sollte durch Erschließung der für den „Zweck“ maßgeblichen philosophischen Referenzen gelingen. Diese bestehen einerseits in der „Bewegungsphilosophie“ des Spätidealisten Trendelenburg und dessen Natur- und Biologieverständnis, andererseits in der ökonomisch und konsequentialistisch geprägten Philosophie des Utilitarismus. Die „Zweck“-Konzeption Jherings, so könnte man sagen, hat eine „biologiephilosophische“ und eine wirtschaftsphilosophische Fassung.

#### **2.4.2. Trendelenburg als maßgebliche Referenz**

Auf Trendelenburg nimmt Jhering selbst in seiner Vorrede zum ersten Band des „Zwecks“ direkt in folgender Weise Bezug: „Das Beste, was mir bei meinem Suchen [nach Erörterungen zum Zweckbegriff] begegnet ist, sind meines Erachtens die Ausführungen von Trendelenburg in seinen logischen Untersuchungen, meisterhaft nach Form und Inhalt.“<sup>275</sup>

Tatsächlich unternimmt Trendelenburg in den „Logischen Untersuchungen“ eine 95seitige Auseinandersetzung mit dem Zweckbegriff. Ihr zugrunde liegt eine Metaphysik der Bewegung. Wie Aristoteles im 8. Buch der Physik<sup>276</sup> begreift Trendelenburg die Realität wesentlich in der Kategorie der Bewegung, als von dieser permanent und ubiquitär durchwirkt.<sup>277</sup> Gleichwohl ist *Bewegung an sich* nicht hinreichend, sie muss um ein *Zusätzliches* ergänzt werden. Dieses Zusätzliches ist nichts anderes als der *Zweckbegriff*. Er

---

Fn 342, 2.4.6., siehe dort auch die Fn 393, sowie 3.6.5.2.2., dort auch die Fn 722) und an der Reichtumsmaximierung (siehe 4.2.2.1.2., dort die Fn 840, und 4.3.1., dort auch die Fn 1008).

<sup>275</sup> Jhering, *Zweck* I, VIII.

<sup>276</sup> Vgl. Aristoteles, *Physik*, 196 ff. sowie Beiser, *Late German Idealism*, 39.

<sup>277</sup> Vgl. Trendelenburg, *Logische Untersuchungen* I, 141-155.

ist aber nicht etwa ein nachträglich ordnendes Prinzip, sondern die *alles hervortreibende Kraft*.<sup>278</sup>

#### 2.4.2.1. Irreduzibilität von Zweckursachen auf Kausalursachen

Unter Bezugnahme auf Aristoteles versucht Trendelenburg sodann zu erklären, warum diese Zweckursache (*causa finalis*; Teleologie) nicht reduzierbar auf Kausalursachen (*causa efficiens*; Mechanik) ist.<sup>279</sup>

Erstens würde die Zweckursache die Idee des Ganzen geben, in einer Weise, dass wir, wenn wir etwas erklären, das Ganze zum *Explanans*, die einzelnen Handlungen oder Teile zum *Explanandum* machen.<sup>280</sup>

Zweitens würde die Zweckursache wirken ohne selbst bewirkt zu werden. Sie impliziert, dass ein Organismus selbst-bewegend, selbst-regulierend und selbst-organisierend ist.<sup>281</sup>

Drittens hätte die Zweckursache, obwohl sie chronologisch erst nach der Verkettung verschiedener Kausalursachen in Erscheinung tritt, als metaphysisches – den Grund, das „Weswegen“ eines Vorgangs erklärendes – Prinzip Vorrang vor den Kausalursachen.<sup>282</sup>

Hinter all diesen Auseinandersetzungen steht Trendelenburgs Grundthese, Bewegung, insbesondere jene fein abgestimmte der Organteile zueinander, lasse sich nicht auf bloße Kausalursachen reduzieren. Es brauche einen darüber hinausgehenden Grund, warum es überhaupt zu Bewegung komme.<sup>283</sup> Die Engführung von Bewegung und Teleologie als metaphysische Prinzipien verbindet Trendelenburg mit dem frühen Idealismus bzw. der Frühromantik und der darin erfolgten Spinoza-Rezeption.

#### 2.4.2.2. Unverzichtbarkeit von Zweckursachen zur „Plausibilisierung“ des spinozistischen Monismus

In der „Bewegungsphilosophie“ Trendelenburgs liegt nämlich auch der Lösungsanspruch von Problemen, die in der Philosophie Spinozas zutage treten. Diese bestehen in der

---

<sup>278</sup> Vgl. *Beiser*, Late German Idealism, 32; *Trendelenburg*, Logische Untersuchungen II, 22-23; siehe auch ebd., 109 f.

<sup>279</sup> Vgl. *Beiser*, Late German Idealism, 47; vgl. bei *Aristoteles* etwa Physik, 33-36 (siehe dazu auch schon oben bei 2.4.1.1.).

<sup>280</sup> Vgl. *Trendelenburg*, Logische Untersuchungen II, 20, 22.

<sup>281</sup> Vgl. *Trendelenburg*, Logische Untersuchungen II, 97-98.

<sup>282</sup> Vgl. *Trendelenburg*, Logische Untersuchungen II, 22-23; die Zusammenstellung der drei Unterscheidungsgründe habe ich geprüft von *Beiser* übernommen, vgl. *Beiser*, Late German Idealism, 47.

<sup>283</sup> Siehe bereits die Argumentation zu Beginn des zweiten Bandes, vgl. *Trendelenburg*, Logische Untersuchungen II, 1 ff., beispielsweise 6; siehe weiters ebd., 72-73, 75. vgl. *Beiser*, Late German Idealism, 50.

mangelnden Erklärung einerseits für die Trennung und gleichzeitige Parallelität der beiden Ordnungen von Denken und räumlicher Ausdehnung („Ordo, et connexio idearum idem est, ac ordo, et connexio rerum.“<sup>284</sup>), andererseits für das Entstehen endlicher, begrenzter Dinge aus der infiniten, göttlichen Substanz. Der Schlüssel für beide Probleme liegt Trendelenburg zufolge genau in der Annahme einer umfassenden produktiven Kraft, die sich teleologisch entfaltet. Zum einen nämlich kann Teleologie gerade als das gestalterische Durchdringen des Raumes durch den Geist verstanden werden, woraus sich die Parallelität der beiden Ordnungen ergeben würde.<sup>285</sup> Zum anderen sind Finalursachen wesentlich, um die Einheit und Identität individueller Dinge zu erklären, sie spielen eine wesentliche Rolle für das *principium individuationis*. Teleologische Kraft könne daher die bestimmten Objekte aus der Unbestimmtheit erwachsen lassen.<sup>286 287</sup>

#### 2.4.2.3. Die Teleologie als Mittlerin zwischen Mechanik und Vitalismus in der Biologie

Die Originalität der Thesen Trendelenburgs mag beschränkt erscheinen. Tatsächlich stammt die Zusammenführung von Kausalität und Finalität ja schon aus der antiken Philosophie, was Trendelenburg (und Jhering) in ihren Bezugnahmen auf Aristoteles<sup>288</sup> ja auch nicht unterschlagen. Auch war Trendelenburgs Denken zunächst (in den 1830er Jahren, als die erste Auflage der „Logischen Untersuchungen“ erschien) durchaus kompatibel mit den Trends der eigenen Zeit, mit der damals in der Biologie und Physiologie noch vorherrschenden „vital-materialistischen“ oder „teleomechanischen“ Tradition, die einen Mittelweg zwischen Mechanizismus und Vitalismus versuchte.

Allmählich verschob sich der Fokus dieser Wissenschaften allerdings vom Funktionellen zum Mechanischen und den chemischen Prozessen, die nun leichter messbar waren. In den

---

<sup>284</sup> Vgl. *Spinoza*, *Ethica*, Pars secunda, Propositio VII; vgl. *Beiser*, *Late German Idealism*, 36, siehe auch 52 f.

<sup>285</sup> Vgl. *Beiser*, *Late German Idealism*, 115; *Trendelenburg*, *Historische Beiträge zur Philosophie II*, 218, 221, 222.

<sup>286</sup> Vgl. *Beiser*, *Late German Idealism*, 53.

<sup>287</sup> Der Monismus Spinozas (*deus sive natura*) erschien allerdings schon Schelling und den Romantikern im Wesentlichen aufgrund derselben Probleme modifizierungsbedürftig und waren es auch bereits sie, die Spinoza dynamisierten und „teleologisierten“, indem sie dessen monistisches Weltbild mit einem *organistischen* verbanden. Schelling zufolge war Natur unaufhörliche Produktivität und Schöpfungskraft. In „Von der Weltseele“ hatte er argumentiert, dass Denken und Ausdehnung nur zwei verschiedene Organisationsgrade der Lebenskraft darstellten (das Denken den bewussteren, höheren derselben - in niedrigerer Form - auch in der Ausdehnung enthaltenen Substanz) und keine unterschiedlichen Ausdrücke Gottes (vgl. *Beiser*, *Late German Idealism*, 32-37).

<sup>288</sup> Bei Trendelenburg vgl. nur etwa *Logische Untersuchungen II*, 8, aber auch die kontinuierlichen Bezugnahmen auf Aristoteles in Band I, siehe etwa 151 ff.; bei Jhering siehe das erwähnte Bildhauerbeispiel im *Zweck I*, XII f.

1860er Jahren verstärkte sich dieser Fokus auf die Kausalursachen durch den nun hereinbrechenden Darwinismus. Hier nahm die Argumentation Trendelenburgs nun tatsächlich einen spezifischeren und streitbareren Charakter an, dem es um die Verteidigung des Finalprinzips angesichts der neueren Entwicklungen zu tun war. In der 3. Auflage der „Logischen Untersuchungen“ von 1870 konnte Trendelenburg nicht mehr umhin, sich mit dem Darwinismus in eigenen Exkurs auseinanderzusetzen, um die Frage zu untersuchen, „ob [seiner Untersuchung nunmehr] [...] [die] Basis des organischen Lebens entzogen sei.“<sup>289</sup> Das Hauptargument für die *Kompatibilität* seines *Zweckdenkens* mit dem *Darwinismus* bestand genau darin, dass die teleologische Erklärung nicht übernatürliche, in die natürlichen Kausalursachen eingreifende, Kräfte postulieren würde. Im Gegenteil würden die Zwecke gerade über Kausalursachen, als deren notwendige Mittel und Instrumente, wirken, sodass es eine Harmonie zwischen mechanischen Vorgängen und dem Reich der Zwecke gäbe. Die natürliche Auslese würde Finalursachen nicht nur zulassen, sondern voraussetzen, der Kampf ums Dasein könne nur deshalb wirken, weil die Organismen als Finalursache ein Streben nach Selbsterhaltung (und Vervollkommnung) in sich trügen.<sup>290</sup>

#### 2.4.2.4. Jhering, ein Darwinist?

Nicht nur bei Trendelenburg sind Darwin und der Darwinismus ein wichtiges Thema, auch Jhering bezieht sich explizit auf dieses. Der Gleichklang des Titels „Kampf ums Recht“ mit dem „Kampf ums Dasein“ ist nicht zu überhören – genau mit diesen Worten war Darwins „struggle for existence“ von Anfang an ins Deutsche übersetzt worden.<sup>291</sup> Aber auch in der Vorrede zum ersten Band des „Zwecks“<sup>292</sup>, in einzelnen Passagen des „Kampfs“<sup>293</sup> und anderen Schriften<sup>294</sup> referiert Jhering mehr oder weniger explizit auf die Evolutionstheorie.

---

<sup>289</sup> Trendelenburg, Logische Untersuchungen II, 79-93.

<sup>290</sup> Vgl. Beiser, Late German Idealism, 54; Trendelenburg, Logische Untersuchungen II, 79-93.

<sup>291</sup> Vgl. Klenner, Jherings Kampf ums Dasein, 140 sowie auch Wieacker, Jhering und der Darwinismus, 74 f. und ders., Rudolph von Jhering, 26. In ähnlicher Weise ließ Jhering mit dem „Geist des römischen Rechts“ Montesquieus „Esprit de lois“ anklingen (vgl. ders., Jhering und der Darwinismus, 75).

<sup>292</sup> Vgl. Jhering, Zweck I, XII-XIV.

<sup>293</sup> Vgl. Jhering, Der Kampf ums Recht (mündlicher Vortrag), 115-117 (der direkte Abdruck des Vortrags ist hier in der Schilderung deutlicher als die folgenden schriftlich erweiterten Fassungen, vor allem jene der späteren Auflagen).

<sup>294</sup> Vgl. etwa Jhering, Über die Entstehung des Rechtsgefühls, 30 (gesellschaftlich nützliche Einrichtungen, so Jhering hier, seien nicht aus einem angeborenen Trieb, sondern allmählich aus praktischen Erfordernissen entstanden, nachdem „man nach vielen misslungenen Versuchen endlich das Richtige gefunden“ habe) oder

War Jhering in seiner „Spätphase“ also – die Frage lässt sich nunmehr stellen<sup>295</sup> – Darwinist? Zunächst war dies wohl, unter Anschluss an Wieacker<sup>296</sup>, die nahezu kanonische Auffassung,<sup>297</sup> inzwischen wird sie in der Literatur fast durchgehend abgelehnt.<sup>298</sup> Selbst Wieacker zweifelt allerdings, ob und inwiefern sich Jhering selbst über die Evolutionstheorie unterrichtet habe. Es würde sich nämlich „vollends unserem Urteil entzieh[en]“, was er über Darwin gelesen habe.<sup>299</sup> Er vermutet letztendlich, Jhering habe sich nicht aus eigenem Studium über Darwins Gedankengang unterrichtet, sondern hauptsächlich über seinen Sohn Hermann, einen Zoologen, davon erfahren.<sup>300</sup>

Ein Blick in Trendelenburgs „Logische Untersuchungen“ hätte genügt, um zumindest eine Quelle Jherings für die darwinistische Evolutionstheorie „unserem Urteil“ zugänglich zu machen und diesen Eindruck zu widerlegen: Diese enthalten im erwähnten Exkurs zur Frage der Kompatibilität der eigenen Bewegungsphilosophie mit der darwinistischen Theorie auch eine relativ adäquate Kurzzusammenfassung der Letzteren.<sup>301</sup> Es ist anzunehmen, dass Jhering diese Stellen mit besonderer Aufmerksamkeit gelesen und damit jedenfalls ein Stück Sekundärliteratur zur Darwin studiert hat.

Wie ist die Frage dieses Unterabschnitts nun zu beantworten? Wohl so, dass Jhering Darwinist war, aber eben in der durch Trendelenburg vermittelten Weise, welche die kausalen Evolutionsvorgänge um Finalursachen ergänzt. Im Ergebnis ist Jhering damit freilich eher „Teleomechaniker“ als Vertreter der Evolutionstheorie.

#### **2.4.3. Das Recht als lebendige Maschine oder „Maschinenpflanze“**

Damit ist der Hintergrund von Jherings ins Recht gesetztem Zweckbegriff und der daran anknüpfenden dritten bei Jhering vorzufindenden Evolutionstheorie des Rechts umrissen: Es handelt sich um den Versuch einer „Rettung“ teleologischen Denkens angesichts des Bedeutungszuwachses der Naturwissenschaften und deren Fokussierung auf Quantifizierung und die Untersuchung von Kausalzusammenhängen, die um 1860 (unter

---

*Jhering*, Geist II/I (2. Aufl.), 66 f. (Jhering spricht hier von „äußeren Hüllen“ von Rechten, von Rechten, die kein Leben mehr in sich tragen und „tote Larven“ sind).

<sup>295</sup> Eingangs war sie noch als verfrüht abzulehnen, vgl. oben am Ende von 1. (Einleitung).

<sup>296</sup> Vgl. *Wieacker*, Jhering und der „Darwinismus“, dort insb. 75-77, 84-90.

<sup>297</sup> Vgl. *Somek*, Die Kaserne des Egoismus, 57 f.

<sup>298</sup> Vgl. *Fikentscher*, Methoden des Rechts III, 233-235, 240-241; *Behrends*, Das »Rechtsgefühl«, 144-156; *Hofmeister*, Jhering in Wien, 45.

<sup>299</sup> Vgl. *Wieacker*, Jhering und der Darwinismus, 70; vgl. weiters *Fikentscher*, Methoden des Rechts III, 232 f.

<sup>300</sup> Vgl. *Wieacker*, Jhering und der Darwinismus, 73.

<sup>301</sup> Vgl. *Trendelenburg*, Logische Untersuchungen II, insbesondere 81 f.

anderem) in der darwinistischen Abstammungslehre kumulierten, hinauslief. Um eine „Rettung“ war es auch Jhering zu tun, und zwar um jene eines Rechtssystems, das ihm in seiner Selbstbewegung, seines autopoietischen „Hinaufschraubens“ den (technischen, wirtschaftlichen, industriellen) Erfordernissen der Gesellschaft nicht mehr adäquat erschien. Diese Rettung konnte nur erfolgen, indem anstelle des logischen Begriffs (bzw. des ihn entwickelnden Geistes) ein neuer Zuordnungspunkt für die Teleologie im Recht geschaffen wurde: die bürgerliche Gesellschaft selbst. Das Zweckdenken wird sohin gerettet um den Preis des Austausches des Zwecksobjekts. Diesem Modell entsprechend sind die bürgerliche Gesellschaft und ihr Bedürfnis nach Überleben und Wohlfahrt Impulsgeber aller Entwicklung im Recht. Systemtheoretisch gesprochen kommt es zur Allopoiesis: Das Rechtssystem erzeugt durch sein Funktionieren etwas von sich selbst Verschiedenes,<sup>302</sup> nämlich die Vermehrung gesellschaftlichen Nutzens. Die Autonomie des Rechtssystems ist damit preisgegeben.

#### ***2.4.4. Verschiebung im Rechtsbegriff: vom Wille zum Interesse***

Die gerade rekonstruierte teleomechanische, „biologiephilosophische“ Fassung der Verschiebung in Jherings Rechtsdenken hat ein Pendant in seinem Rechtsbegriff selbst.

Im dritten Teil seines „Geists des römischen Rechts“ hatte Jhering nicht nur, wie bereits mehrfach erwähnt, den „Kultus des Logischen“ und die „Begriffsmathematik“ für beendet erklärt, um das Recht fürderhin dem „Leben“ und seinen Zwecken zu unterstellen, sondern auch gleich die Willenstheorie mit verabschiedet. Savigny sah den Grund rechtlicher Befugnisse noch in der „der einzelnen Person zustehende[n] Macht: ein[em] Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unsrer Einstimmung herrscht“<sup>303</sup> und jenen von Verträgen entsprechend darin, dass Mehrere „irgend Etwas, und zwar Beide dasselbe, bestimmt gewollt haben, [...] sich dieser Übereinstimmung bewußt geworden“<sup>304</sup> sind und sie auf die Begründung eines Rechtsverhältnisses gerichtet haben.<sup>305</sup> Demgemäß begriff er den Vertrag als die „Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden.“<sup>306</sup> Auf den letzten Seiten des dritten Teils des „Geists“ ließ Jhering nun die Willenstheorie „ihre Probe am positiven Recht

---

<sup>302</sup> Vgl. *Maturana*, Autopoietische Systeme, 186.

<sup>303</sup> *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts I, § 4, 7. Vgl. dazu auch *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 28 f.

<sup>304</sup> *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts III, § 140, 308.

<sup>305</sup> Vgl. *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts III, § 140, 308.

<sup>306</sup> *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts III, § 140, 309.

bestehen.<sup>307</sup> Über den Aufweis von Rechtsinstituten, in welchen rechtliche Dispositionen für bestimmte Personen vorgenommen werden, ohne dass sie durch diese vorgenommen, wie der Vormundschaft<sup>308</sup> gelangt er zur allgemeinen These: „Der Nutzen, nicht der Wille ist die Substanz des Rechts.“<sup>309</sup> und gleich darauf zur Definition von Rechten als „rechtlich geschützte Interessen“<sup>310</sup>, deren substantielles Moment bzw. Kern das faktische Interesse, deren formales Moment bzw. Hülle der Rechtsschutz, die Klage sei.<sup>311</sup>

Was genau aber, wenn überhaupt, verändert sich im Rechtsbegriff selbst durch diese von Jhering vorgenommene Verschiebung? In ihrer noch sehr aktuellen Habilitationsschrift „Der privatrechtliche Diskurs der Moderne“ versucht Auer, die Veränderungen in Theorie und Dogmatik des modernen Privatrechts als Aufklärung über sich selbst bzw. die eigenen konzeptionellen Grundlagen zu rekonstruieren und beschäftigt sich dabei auch mit Jherings Interessentheorie. Ihre Auswertung der Letzteren erscheint allerdings eher widersprüchlich. Zunächst vertritt sie die Einschätzung, „Wille“ und „Interesse“ seien „letztlich beide Chiffren für den normativ unangreifbaren Kern des modernen Rechtsdenkens“, denn „[d]as System subjektiver Rechte verweis[e] stets zurück auf die individuelle Entscheidungsbefugnis.“<sup>312</sup> Später schreibt sie hingegen, die Interessentheorie würde „bei konsequenter Durchführung letztlich zur Dekonstruktion des autonomiebasierten Rechtsbegriffs der ersten Moderne führen.“<sup>313</sup> Welches ist es nun?

#### 2.4.4.1. Grundsätzliche Relevanz der Verschiebung

Ich möchte zunächst die erste These widerlegen. „Wille“ und „Interesse“ sind von normativ grundverschiedenem Gehalt. Während es bei Ersterem tatsächlich um Entscheidungsbefugnis bzw. Willkürfreiheit geht, ist es bei Letzterem um individuellen und sozialen Nutzen zu tun. Es mag sein – um an Jherings Beispiel anzuknüpfen –, dass auch die Rechte von Kindern und geistig Unmündigen als subjektive Rechte zugeordnet und ausgestaltet sind (und von ihren Vertretern auch so wahrgenommen werden), aber ihre Zweckausrichtung kann jedenfalls nicht in der Willensausübung, sondern eben nur im Schutz von Leben und Gütern der Unmündigen bestehen. Worauf es ankommt, ist

---

<sup>307</sup> Jhering, Geist III, 332.

<sup>308</sup> Vgl. Jhering, Geist III, 332 ff.

<sup>309</sup> Jhering, Geist III, 338.

<sup>310</sup> Jhering, Geist III, 339.

<sup>311</sup> Vgl. Jhering, Geist III, 339.

<sup>312</sup> Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 44.

<sup>313</sup> Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 61.

tatsächlich das *Verhältnis* von Interesse, Wille und Recht, das, so Jhering deutlich in den späteren Auflagen des dritten „Geist“-Teils, ein gänzlich anderes sei als das von der Willenstheorie nahegelegte. Denn: „Das Recht ist nicht des Willens, sondern der Wille des Rechts wegen da“.<sup>314</sup> Das klingt allerdings noch leicht missverständlich nach der aus dem „Kampf um Recht“ bekannten Kreislaufkonzeption, als deren Zweck einzig die Erhaltung des Rechtssystems bleibt. In weiterer Folge stellt Jhering aber den Sinn dieser Aussage klar, und zwar, indem er den Vergleich eines sein Schiff in einen Hafen lenkenden Steuermanns bemüht. In einer korrekten, interessentheoretischen Rechtskonzeption sei der Wille der Steuermann, das Recht das Schiff, der Hafen aber eben das sich in bestimmten Nutzwerten, Gütern und Bedürfnissen<sup>315</sup> äussernde Interesse.<sup>316</sup> Anders gesprochen ist das Recht die Voraussetzung und sind die Interessen der Stoff, der Wille hingegen eine Art Medium, über den sie sich verwirklichen.<sup>317</sup> Wenn damit, Auers erster These entgegen, die grundlegende Relevanz der Unterscheidung einem willens- und interessensbasierten Rechtsbegriff bei Jhering belegt ist, gilt es immer noch, die Ursachen und Konsequenzen dieser Veränderung zu klären.

#### 2.4.4.2. Frage ihres tatsächlichen Gehalts

Auers oben zweitgenannter These zufolge besteht die Tragweite der Letzteren tatsächlich in der Dekonstruktion des autonomiebasierten Rechtsbegriffs. Sie formuliert diese auf Grundlage einer Einordnung der Interessentheorie und des „Antiformalismus“ überhaupt in den „übergreifenden ideengeschichtlichen Zusammenhang des über sich selbst aufklärenden Privatrechtsdiskurses der Moderne.“<sup>318</sup> Wie die Moderne im Allgemeinen ihre eigenen Grundlagen, das heißt im Wesentlichen die Konzeption einer subjektbasierten Vernunft, hinterfrage (und dadurch auch weiterentwickle), so auch das Privatrecht.<sup>319</sup> Die Entwicklung der Interessentheorie wird entsprechend als reflexiver<sup>320</sup> Vorgang im

---

<sup>314</sup> Jhering, Geist III, 331.

<sup>315</sup> Vgl. Jhering, Geist III, 336 ff.

<sup>316</sup> Vgl. Jhering, Geist III, 331.

<sup>317</sup> So lässt sich die weitere Argumentation auf S. 331 f. rekonstruieren.

<sup>318</sup> Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 55.

<sup>319</sup> Vgl. Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 46 f. Referenz ist Ulrich Becks Begriff einer zweiten Moderne, vgl. etwa Ulrich Beck, Das Zeitalter der Nebenfolgen und die Politisierung der Moderne (zu den genauen Stellen und weiteren Stellenangaben aus anderen Werken Becks, siehe Auer, ebd., 46, dort die Fn 1, 3 und 4).

<sup>320</sup> Das Verständnis von Reflexivität als Selbstreflexivität ist allerdings nicht von Beck, sondern (u.a.) von Habermas und Giddens verborgt, vgl. Auer, ebd., 47, dort die Fn 5 mit dem Verweis auf (u.a.) Habermas, Die Verschlingung von Mythos und Aufklärung: Horkheimer und Adorno, 141 (was Habermas bei Horkheimer und Adorno vorfindet ist allerdings eine fundamentalere Aufklärungskritik als die von Auer

Hinblick auf die individualistische Grundlage des Privatrechts verstanden.<sup>321</sup> Sie hinterfrage diese und öffne sie für die Allgemeinheit und das Soziale.<sup>322</sup>

Ist diese Kontextualisierung Auers wirklich überzeugend? Ist sie bei Jhering gedeckt oder weisen dessen Ausführungen nicht in eine ganze andere Richtung? Eine Klärung des Interessenbegriffs hat zunächst im dritten Teil des „Geists“ anzusetzen. Tatsächlich versucht Jhering hier, diesen anhand verschiedener Aspekte bzw. verwandter Begriff zu erörtern: Nutzen, Gut, Wert, Genuss, Interesse.<sup>323</sup> Der Maßstab für diese Begriffe sei nicht ein ausschließlich ökonomischer, inkludiere auch Güter „ethischer Art“ wie die Persönlichkeit, Freiheit oder Ehre.<sup>324</sup> Bis auf Selbstverständlichkeiten der Art, dass das Geld der ökonomische Wert- und Interessensmaßstab sei,<sup>325</sup> lässt sich hier sonst wenig gewinnen. Zuletzt scheint sich Jhering noch auf den positivistischen Standpunkt zurückzuziehen, dass rechtliche relevante Interessen eben all jene seien, die der Gesetzgeber für schutzfähig und schutzbedürftig anerkannt habe.<sup>326</sup>

Mehr Klarheit ist indessen aus dem „Zweck“ zu gewinnen. In der dort getätigten interessentheoretischen Neuformulierung des Eigentumsbegriffs tritt als Trägerin des Interesses am Eigentum hinter dem individuellen, nach seinem Vorteil handelnden Eigentümer *die Gesellschaft* hervor.<sup>327</sup> Weil diese bereits rechtsbegrifflich nichts dulden könne, was ihr zuwiderlaufe, sei es auch „nicht wahr, dass das Eigentum seiner »Idee« nach die absolute Verfügungsgewalt in sich schlösse“.<sup>328</sup> Die Enteignung sei entsprechend nicht als Abnormität in Bezug auf das Eigentum, sondern, wenn man es nur richtig, nämlich nicht individuell, sondern gesellschaftlich verstehe, als dessen begriffsnotwendiger Aspekt zu betrachten.<sup>329</sup> Dass sie in Wahrheit von *gesellschaftlichem* Charakter seien, gelte aber für alle Rechte des Privatrechts. Auch für die Zukunft sieht Jhering, und zwar angeblich so klar, dass er glaubt „kein Prophet“ sein zu müssen, eine

---

verstandene „Reflexivität“, vgl. dazu unten 2.4.6., siehe dort insb. die Fn 385) und *Giddens*, *The Consequences of Modernity*, 36 ff.

<sup>321</sup> Vgl. *Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 60 ff.

<sup>322</sup> Vgl. entsprechend zur interessentheoretischen Reformulierung des Eigentumsbegriffs, *Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 133 f. sowie im Allgemeinen zum „Einbruch des öffentlichen Rechts und der Sozialbindung“ als maßgebliche Entwicklung der „zweiten Moderne“ im Privatrecht, *Auer*, ebd., 130 ff.

<sup>323</sup> Vgl. *Jhering*, *Geist III*, 339 ff.

<sup>324</sup> Vgl. *Jhering*, *Geist III*, 339 f.

<sup>325</sup> Vgl. *Jhering*, *Geist III*, 342.

<sup>326</sup> Vgl. *Jhering*, *Geist III*, 343.

<sup>327</sup> Vgl. *Jhering*, *Zweck I*, 519.

<sup>328</sup> *Jhering*, *Zweck I*, 523.

<sup>329</sup> *Jhering*, *Zweck I*, 526 f.

Ausweitung der gesellschaftlichen Auffassung des Eigentums, die jenem schließlich eine ganz andere Gestalt geben werde.<sup>330</sup> Er ist damit freilich doch Prophet, sind doch konzeptuelle Verschiebungen im privatrechtlichen Denken, in dessen dogmatischem Zentrum ja der Eigentumsbegriff steht, inzwischen rechtsideengeschichtliche Tatsache und als solche genau Thema etwa dieser Studie.<sup>331</sup>

Wenn die Gesellschaft als Trägerin der Interessen identifiziert wurde, ist immer noch zu klären, worin diese gehaltsmäßig bestehen und in welcher Weise sie sich verwirklichen. Hier kann einerseits auf das bereits zur „biologiephilosophischen“ Fassung von Jherings fremdbestimmt-teleologischer Rechtskonzeption Ausgeführte rekurriert werden, andererseits gilt es, die entsprechende ökonomische Theorie zu erschließen. Erst das sich dann zeigende Ergebnis kann mit der These Auers abgeglichen werden.

#### ***2.4.5. Ökonomische Artikulation der „Zweck“-Konzeption: Utilitarismus und Marginalismus***

##### *2.4.5.1. Utilitarismus*

In der „biologiephilosophischen“ Rekonstruktion von Jherings Zweckkonzeption war der gesellschaftliche Eudämonismus als die *causa finalis* im maschinell vorgestellten Rechtssystem auszuweisen. Diese Konzeption will Jhering selbst – unter einem anderen, praktisch-konkreteren Blickwinkel betrachtet<sup>332</sup> – gleichzeitig unter den Begriff des „gesellschaftlich Nützlichen oder des gesellschaftlichen Utilitarismus“<sup>333</sup> fassen. Im Versuch, den Utilitarismus begrifflich zu klären, führt Jhering aus, dass dieser nicht auf das bloß vorübergehend, sondern *dauernd*<sup>334</sup> Nützliche gerichtet sei und notwendig die Rücksicht auf das *Ganze*<sup>335</sup> im Blick habe. Die Bevorzugung eines Teils der Bevölkerung sei entsprechend nicht grundsätzlich ausgeschlossen, aber nur eben dann zulässig, wenn sie dem Interesse der Gesamtheit entspreche.<sup>336</sup> Auf diesen Gesichtspunkt wird noch zurückzukommen sein.

---

<sup>330</sup> Jhering, Zweck I, 533

<sup>331</sup> Vgl. auch noch gleich unten zum Utilitarismus.

<sup>332</sup> Vgl. Jhering, Zweck II (6.-8. Aufl.), 161.

<sup>333</sup> Vgl. Jhering, Zweck II (1. Aufl.), 211; vgl. auch Jhering, Zweck II (6.-8. Aufl.), 165.

<sup>334</sup> Vgl. Jhering, Zweck II (6.-8. Aufl.), 164.

<sup>335</sup> Vgl. Jhering, Zweck II (6.-8. Aufl.), 164 f.

<sup>336</sup> Vgl. Jhering, Zweck II (6.-8. Aufl.), 165.

Wenn es nach Jhering selbst geht, ist das Attribut des „Gesellschaftlichen“ allerdings jenes, das seine Theorie vom Utilitarismus Benthams unterscheiden würde. Dieser nämlich habe Jhering zufolge das Moment *subjektiven* bzw. individuellen *Nutzens* zum entscheidenden *Kriterium der Bestimmung des gesellschaftlich Nützlichen* erhoben.<sup>337</sup> Jherings Behauptung ist jedenfalls insofern richtig, als der Utilitarismus Benthams tatsächlich den *individuellen Nutzen als Ausgangspunkt* nimmt, um das gesamtgesellschaftliche Wohl zu errechnen. Sie trifft zu als Beschreibung der Kalkulationsmethode, die mit individuellen Nutzeinheiten operiert.<sup>338</sup> Schon darin, in der gleichmäßigen Berücksichtigung der Interessen aller Einzelnen, liegt allerdings ein egalitärer Gehalt.<sup>339</sup> Auch war diese Gleichheitsausrichtung keine bloß abstrakte, sondern implizierte, dass grundlegende Lebensbedürfnisse schwerer wögen als andere, darüber hinausgehende. Daraus wurden ein aktives Einschreiten der Gesetzgebung und umverteilende Maßnahmen gefolgert.<sup>340</sup> Derartige Überlegungen findet man in Jherings „Zweck“-Konzeption tatsächlich kaum.<sup>341</sup>

---

<sup>337</sup> Vgl. *Jhering, Zweck II* (6.-8. Aufl.), 133 f., vgl. auch ebd., 106 f.; siehe weiters bereits die Vorrede, ebd., XIII f.

<sup>338</sup> „Was also ist das Interesse der Gemeinschaft?“, fragt Bentham in seiner „Einführung in die Prinzipien der Moral und der Gesetzgebung“, um zu antworten: „Die Summe der Interessen der verschiedenen Glieder, aus denen sie sich zusammensetzt“ (vgl. dort Kap. 1, Abs. 4).

<sup>339</sup> Das angebliche Diktum Benthams, dass „jeder als einer, aber niemand als mehr denn einer zählen soll“ („everybody to count for one and no one for more than one“) hat Mill Bentham zwar nur in den Mund gelegt (vgl. *Mill, Utilitarianism*, V/36, 112), den darin zum Ausdruck kommenden Gedanken hat dieser aber sehr wohl mehrfach artikuliert. Beispielsweise schreibt er, dass der Gesetzgeber das Glück eines Mitglieds der Gemeinschaft in *genau der gleichen Weise zu berücksichtigen* habe, wie das eines jeden anderen Mitglieds (vgl. *Bentham, Constitutional Code*, 6, für weitere Belegstellen bei Bentham vgl. auch *Postema, Bentham's Equality-Sensitive Utilitarianism*, 154 f.; siehe weiters *Crimmins, Jeremy Bentham*, 4.3. Universal Interest: „Related to this conception of the universal interest is the egalitarian commitment that in arriving at the appropriate law or policy the interests of each and all must count, and count equally“).

<sup>340</sup> Schon Bentham argumentiert entsprechend, dass die durch die Summe der Vermögensanteile erzeugte kollektive Glückssumme desto geringer sei, je weiter entfernt eine Gesellschaft von einer gleichen Vermögensverteilung sei (vgl. *Bentham, Leading Principles of a Constitutional Code*, 271). Diese distributive Dimension lässt sich als bereits im Nutzenprinzip Benthams angelegt begreifen, vgl. *Postema, Bentham's Equality-Sensitive Utilitarianism*, 153 f.; vgl. auch *Crimmins, Jeremy Bentham*, 6. Civil Law and Political Economy. Noch wesentlich expliziter wird diese Dimension bei Mill, der ausdrücklich eine Steuerfreiheit niedriger Einkommen und Einheitsbesteuerung von Einkommen über dem entsprechenden Grenzwert (siehe *Mill, The Principles of Political Economy*, insb. das fünfte Buch „On the Influence of Government“, dort die Kapitel „On the General Principles of Taxation, V.ii.1–3 (805 ff.)“ sowie of „Of Direct Taxes“, V.iii.3–5 (826 ff.)) sowie eine höhere Besteuerung von Vermögens- und Erbschaftseinkommen (siehe wiederum ebd., insb. im fünften Buch, dort die Kapitel „On the General Principles of Taxation“, V.ii.5 (819-821), „Comparison between Direct and Indirect Taxation“, V.vi.2 (868 f.), „Of the Ordinary Functions of Government, Considered as to Their Economical Effects“ (Continued), V.ix.1 (887-889)) forderte. Vgl. auch für weitere Belegstellen, *Brink, Mill's Moral and Political Philosophy*, 4.3 Liberal Democracy and the Common Good.

<sup>341</sup> Die Grundlage der von Jhering sehr wohl geforderten Eingriffe durch Gesetzgebung und Verwaltung sind viel mehr Sorgen um das „ökonomische Gleichgewicht“, siehe etwa Jherings (vom Börsenkrach 1873 veranlasste) kritische Ausführungen zum Aktienwesen (vgl. *Jhering, Zweck I*, 223 ff.); siehe auch die Fn 376 unten.

Aber stimmt die Behauptung Jherings der Maßgeblichkeit des subjektiven Moments bei Bentham auch, was die letztendliche Ausrichtung bzw. den Zweck von dessen Nutzenkalkulation betrifft? Hebt diese sich nicht im Ergebnis über die Bedürfnisse der je Einzelnen hinweg, zugunsten der Maximierung eines aggregierten Gesamtnutzens?<sup>342</sup> Die bekannte Formel Benthams lautet „das größtmögliche Glück für die größtmögliche Zahl“.<sup>343</sup> Allerdings hat Bentham diese im Laufe seines Lebens immer wieder modifiziert und den „größte Zahl“-Teil oft weggelassen<sup>344</sup>, woraus man schließen könnte, dass es nun nur mehr die totale Aggregation des Nutzens war (und nicht mehr die Berücksichtigung möglichst vieler Einzelner), auf die es ankommen sollte. Tatsächlich ist das Gegenteil der Fall, wollte Bentham durch das Weglassen doch gerade verhindern, dass die Bedürfnisse der Minderheit zugunsten der Mehrheit übergangen werden, und die Berücksichtigung der Bedürfnisse *aller* („an equal quantity of happiness for every one“<sup>345</sup>) als Normalfall postulieren. Hat Jhering also auch noch im Hinblick auf den subjektiven Letztzweck der Kalkulation recht? Nur vorläufig, denn wenn die Berücksichtigung aller *nicht möglich* sei, soll laut Bentham doch die Befriedigung zumindest möglichst vieler als Art Auffangbestimmung greifen.<sup>346</sup> Weil die Umstände dieser Unmöglichkeit aber unbestimmt sind, drohen sie, das subjektiv-egalitäre Grundprinzip zu absorbieren. In der Folge Benthams wurde diese Unbestimmtheit in der Zielausrichtung des Utilitarismus

---

<sup>342</sup> Siehe auch den Einwand der fehlenden „separateness of persons“ im Utilitarismus, vgl. *Rawls*, *A Theory of Justice*, 167 und *Nozick*, *Anarchy, State, and Utopia*, 33 (siehe auch unten 2.4.6., siehe dort auch die Fn 393, sowie 3.6.5.2.2., dort auch die Fn 722, 4.2.2.1.2., dort die Fn 840, und 4.3.1., dort auch die Fn 1008). Siehe freilich auch schon Kant: „[W]ehe dem! welcher die Schlangenwindungen der Glückseligkeitslehre durchkriecht, [...] nach dem pharisäischen Wahlspruch: »es ist besser, dass ein Mensch sterbe, als dass das ganze Volk verderbe«; denn, wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Wert mehr, daß Menschen auf Erden leben“ (*ders.*, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 155). Vgl. auch *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 134. Grundlegend vgl. auch *Hart*, *Between Utility and Rights*, 198-222.

<sup>343</sup> Siehe etwa *Bentham*, *A Fragment on Government*, 223: „*It is the greatest happiness of the greatest number that is the measure of right and wrong*“ (Hervorhebung im Original).

<sup>344</sup> Vgl. etwa *Bentham*, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Kap. 1/VI, 2: „An action then may be said to be conformable to the principle of utility, or, for shortness sake, to utility (meaning with respect to the community at large), when the tendency it has to augment the happiness of the community is greater than any it has to diminish it.“ Jhering kannte und verwendete (vgl. *Jhering*, *Zweck II* (6.-8. Aufl.), 133 f.) die freie deutsche Übersetzung der Introduction, nämlich aus dem ersten Band der im Dumont-Verlag erschienenen „Grundsätze der Zivil- und Kriminalgesetzgebung“.

<sup>345</sup> *Bentham*, *Parliamentary Candidate's proposed Declaration of Principles*, 7. Siehe auch *Bentham*, *Plan of Parliamentary Reform*, Section V, 452, wo das „*advancement of the universal interest*“ als „*comprehension of all distinguishable particular interests*“ (Hervorhebungen im Original) durch das zu reformierende Parlament gefordert wird.

<sup>346</sup> Vgl. *Bentham*, *Parliamentary Candidate's proposed Declaration of Principles*, 7.

weitgehend beseitigt, allerdings gerade auf Kosten der Empfänglichkeit für egalitäre Gehalte und zugunsten des Gesamtnutzenaggregats<sup>347, 348</sup>.

So setzt sich die Charakteristik des klassischen Utilitarismus letztlich aus beidem zusammen: der Annahme subjektiver, *individuell zuordenbarer Nutzenwerte* (mit durchaus egalitären Implikationen) *sowie* deren *Aggregation zu einem Gesamtnutzenwert*, der in der *Endbestimmung* der Sinnhaftigkeit einer Gesetzes- oder Rechtsmaßnahme doch maßgeblich ist. Im Hinblick auf die zweite Komponente ist Jherings „gesellschaftlicher“ Utilitarismus kompatibel. Räumt man seiner Kritik am subjektiven Moment des Utilitarismus eine Bedeutung ein, so muss sie vorrangig auf das erste Charakteristikum, also die Kalkulationsmethodik bezogen werden. Jhering bleibt allerdings den Nachweis schuldig, wie der gesamtgesellschaftliche Nutzen alternativ, das heißt unabhängig von individuellen Nutzwerten zu bestimmen wäre. In abstrakter Hinsicht kann man allerdings bereits eine Vorwegnahme des Kaldor/Hicks-Kriteriums<sup>349</sup> bzw. der Reichtumsmaximierung<sup>350</sup> erblicken, insofern diese eben nicht mehr der individuell nachweisbaren Präferenzbefriedigungen bedürfen.

Allerdings ist die individuelle Lustvermehrung in der jheringschen Konzeption doch wieder Anknüpfungspunkt. Das ergibt sich bereits aus der obigen Rekonstruktion der Rechtsordnung nach verschiedenen Zwecktypen in dieser Phase Jherings. Die individuellen Antriebe waren dort entsprechend als die *causae efficientes* zur Realisierung der gesellschaftlichen *causa finalis* auszuweisen.<sup>351</sup> Der Gesamtnutzen wird dieser Konzeption gemäß über den Egoismus als „praktische[n] Hebel“<sup>352</sup> realisiert, wobei dem Eigentum eine besondere Bedeutung zukommt. Sein Interesse führe den Eigentümer nämlich dazu, „regelmäßig denjenigen Gebrauch zu machen, der, wie dem eigenen, so zugleich auch dem Interesse der Gesellschaft entspricht.“<sup>353</sup> Das individuelle Eigentum wird so aufgrund seiner Nützlichkeit für legitim erklärt, aber eben nur solange, bis kein genuin „gesellschaftliches“ Eigentumskonzept entwickelt wurde.

---

<sup>347</sup> „[T]he greatest amount of happiness altogether“, wie es schon bei Mill heißt, vgl. *Mill*, *Utilitarianism*, II/9, 22.

<sup>348</sup> Die, aus meiner Sicht überzeugende, Argumentation stammt im Wesentlichen von *Postema*, *Bentham's Equality-Sensitive Utilitarianism*, 156-158.

<sup>349</sup> Vgl. unten 4.2.2.2.3. (siehe auch schon in 1.).

<sup>350</sup> Vgl. unten 4.2.2.2.4. und 4.2.2.3.4.

<sup>351</sup> Vgl. oben 2.4.1.3.

<sup>352</sup> Vgl. *Jhering*, *Zweck* II, 161 (6.-8. Aufl.); vgl. auch *ders.*, *Zweck* I, 95.

<sup>353</sup> Vgl. *Jhering*, *Zweck* I, 519.

Wie soll man nun aus Jherings Utilitarismus schlau werden? Sein Aggregierungsziel mag klar sein, aber wie wird dieses rechtstheoretisch angegangen? Welche Aggregierungsmethode ist die entscheidende? Hier kommt der erst im vierten Kapitel genauer zu besprechende Posner zur Hilfe. In einer Überlegung zur Paretoeffizienz hebt er hervor, dass die freie Zustimmung hier nur *operationale*, nicht aber *theoretische* Basis sei, sie folgerichtig entledigt werden könne, sobald eine effizientere Methode der Nutzenmaximierung gefunden sei.<sup>354</sup> Dies wirkt wie eine Jherings „Zweck“-Konzeption bzw. die sie umtreibenden Fragen zur Bestimmung des Nutzens insgeheim kommentierende Fußnote. Diese Konzeption gründet sich nämlich, wo sie doch „subjektive“ Bezüge herstellt, auf die willkürfreien Dispositionen, aber tut dies gerade nur behelfsmäßig, solange das Eigentum noch keine andere, nämlich durchgehend gesellschaftliche Gestalt erlangt habe.

Jhering ist in seinem Ausgangspunkt zum einen klassischer Utilitarist und hat mit Bentham mehr gemeinsam, als er sich selbst zugesteht. Er, so könnte man sagen, drückt das Bentham bereits bewusste Problem der (trotz aller Bewältigungsversuche in seinen Modifikationen der Nutzenformel) nicht zu gewährleistenden Vereinbarkeit des Utilitarismus mit der Berücksichtigung *aller als Einzelne* nur in akzentuierterer und affirmativer Weise aus. Jherings Zweifel, die Aggregierung des Nutzens betreffend, nehmen hingegen zum anderen *in nuce* den weiteren (von Hayek und der sich in dessen Rekonstruktion letztlich zeigenden Paretoeffizienz hin zum Kaldor/Hicks-Kriterium bzw. zur Reichthumsmaximierung) Verlauf dieser Studie vorweg.

#### 2.4.5.2. *Spencer und Mill*

Nun waren freilich weder Bentham, noch Kaldor oder Hicks Zeitgenossen Jherings und auch die Publikationen Paretos fallen in die Zeit nach dessen Tod. Was waren die aktuelleren ökonomischen Bezüge? Jhering selbst sieht Spencer als zeitgenössischen Vertreter des „subjektiven“ Utilitarismus Benthams.<sup>355</sup> Tatsächlich bestehen Affinitäten zwischen Jherings Rechtsdenken und Spencers Gesellschaftsmodell (und zwar mehr, als er wahrhaben möchte oder ihm bewusst sind). In letzterem führt die immer größere Individualisierung zu immer größerer wechselseitiger Abhängigkeit und darüber zur

---

<sup>354</sup> Vgl. *Posner*, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 490; vgl. auch unten 4.3.2. sowie 4.3.3.1.

<sup>355</sup> Vgl. *Jhering*, *Zweck II* (6.-8. Aufl.), 94 f., 106 und 134.

Austarierung zwischen individuellen Wesenszügen und sozialen Erfordernissen.<sup>356</sup> Auch bei Jhering ist es gerade der individuelle Egoismus, der, als „praktischer Hebel“, nicht nur mit dem „gesellschaftlichen Eudämonismus“ einhergeht, sondern gerade zu diesem führt.<sup>357</sup>

Eine noch naheliegendere Referenz für den zeitgenössischen Utilitarismus wäre John Stuart Mill gewesen. Jhering nimmt tatsächlich, und zwar schon im ersten Band des Zwecks, auf Mill Bezug, aber nicht auf seine utilitaristischen Überlegungen, sondern auf dessen Freiheitsschrift und zwar auch nur, um das dort explizierte Freiheits- bzw. Schadensprinzip<sup>358</sup> anzugreifen und zu verwerfen. Die Gründe seiner Ablehnung sind neben Abgrenzungsproblemen gerade auch Überlegungen der gesellschaftlichen Nutzenmaximierung, welche er als die für die konkrete Rechtsgestaltung (gegenüber der individuellen) eigentlich immer entscheidenden begreift.<sup>359</sup>

#### 2.4.5.3. *Marginalismus*

Auch noch in die Zeit Jherings, und zwar in genau jene der „Zweck“-Konzeption, fallen die heute als „Marginalismus“ bekannten Ansätze einer Weiterentwicklung des Utilitarismus, die von Jevons<sup>360</sup>, Menger<sup>361</sup>, Walras<sup>362</sup> und anderen begründet wurden. Erst mit diesen wurde der klassische Utilitarismus zu einer ökonomischen Schule geformt, die mit der Entstehung und dem Aufschwung der modernen Volkswirtschaftslehre überhaupt einherging. Die zentrale Innovation des Marginalismus bestand im neuen Wertverständnis. Der tatsächliche Wert eines Gutes wurde nicht länger aus der Arbeitszeit zu dessen Herstellung oder dem Gebrauchswert für praktische Anwendungen objektiv erschlossen,

---

<sup>356</sup> Vgl. *Spencer*, General Principles of Ethics I, General Preface; vgl. bereits oben, 2.3.3.2.

<sup>357</sup> Vgl. *Jhering*, Zweck II (6.-8. Aufl.), 161.

<sup>358</sup> Vgl. *Mill*, on Liberty, 51 f.: „The object of this Essay is to assert one very simple principle, as entitled to govern absolutely the dealings of society with the individual in the way of compulsion and control, whether the means used be physical force in the form of legal penalties, or the moral coercion of public opinion. That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant.“

<sup>359</sup> Vgl. *Jhering*, Zweck I, 544 ff.

<sup>360</sup> Vgl. v.a. *Jevons*, Theory of Political Economy, siehe dort insb. das 2. Kapitel, Theory of Pleasure and Pain, 28 ff. und das 3. Kapitel, Theory of Utility, 37 ff.

<sup>361</sup> Vgl. v.a. *Menger*, Grundsätze der Volkswirtschaftslehre, siehe dort insb. das 3. Kapitel, Die Lehre vom Werthe 77 ff.

<sup>362</sup> Vgl. v.a. *Walras*, Elements of Pure Economics, siehe dort insb. das 8. Kapitel, Utility Curves or Want Curves. The Theorem of Maximum Utility of Commodities 115 ff. und das 36. Kapitel, The Marginal Productivity Theorem. Expanding Output. The Law of General Movements in a Progressive Economy, 382 ff. sowie die Folgekapitel.

sondern aus dem Nutzen für bestimmte Individuen subjektiv spezifiziert. Diese Spezifikation erfolgte anhand dessen, wieviel ein bestimmter Konsument bei der jeweils zu treffenden nächsten Wahl (unter bestimmten, eingeschränkten Wahlmöglichkeiten) für ein bestimmtes Gut auszugeben bereit war. Ausgegangen wurde dabei von rationalen Personen, die zuerst wählten, was sie am meisten mochten, dann, was am zweitmeisten, und so fort.<sup>363</sup> Daraus ergab sich, dass bestimmte Grundgüter für manche Menschen einen viel höheren Nutzen als für andere aufwiesen und, jedenfalls zunächst bzw. im frühen Marginalismus<sup>364</sup>, die Annahme, dass der gleiche Vermögenswert für ärmere Menschen einen höhere Befriedigungswirkung hatte, sowie eine entsprechende Forderung nach progressiver, umverteiler Wirtschaftspolitik. Der Gesamtnutzen war dieser Schule zufolge dann maximiert, wenn die vorhandenen Ressourcen zur weitest möglichen Befriedigung der jeweiligen subjektiven Präferenzen führten, die es zu akkumulieren galt.<sup>365</sup>

Von Jherings dritter vorzufindender Entwicklungstheorie unterscheidet sich diese Schule zwar durch ihre zunächst progressiven, umverteilerischen Akzente. Ansonsten hat sie aber vieles mit ihr gemeinsam. Auch sie knüpft an bei den Individuen als rationalen Akteuren, das heißt egoistischen Nutzenbündlern und -kalkulatoren, verfolgt dabei aber die Akkumulation des Gesamtnutzens. Deren egoistische Mechanik wird als Schaltstelle verwendet, um die gesellschaftliche Gesamtentwicklung zu steuern. So forderten und entwickelten die englischen und amerikanischen Marginalisten, ausgehend von Benthams Straftheorie, Risikoverteilungs-, Haftungs- und Strafsysteme, die allesamt auf den marginalen Präferenzen rationaler Individuen „aufgehängt“ sind.<sup>366</sup> Wie die Individuen hier gerade in ihrer Eigenschaft als Konsumenten und in der Vorhersehbarkeit ihrer rationalen Präferenzentscheidungen sich der wirtschaftspolitischen Steuerung im Hinblick auf das Gemeinwohl andienen, werden sie bei Jhering als rezeptive Übertragungsinstanzen für die Impulse des „gesellschaftlichen Eudämonismus“ begriffen.

---

<sup>363</sup> Vgl. *Hovenkamp*, *The Opening of American Law*, 27. Grundlage war das von Gossen stammende Gesetz abnehmenden Grenznutzens (auch Erstes Gossensches Gesetz), vgl. *Gossen*, *Entwicklung der Gesetze des menschlichen Verkehrs*, 4 f.

<sup>364</sup> Ab spätestens den 1930er Jahren wurden die individuellen Wahlentscheidungen zunehmend von den Fragen ökonomischer Umverteilung abstrahiert und isoliert (vgl. *Hovenkamp*, *The Opening of American Law*, 109). Die ordinale Neukonzeption von Nützlichkeit, wie sie auch innerhalb des Wiener Kreises vorgenommen wurde, bedeutete die Zuspitzung ihrer subjektiven Charakterisierung, welche das Nützliche nur mehr als mentalen Zustand ohne Möglichkeit des interpersonalen Vergleichs zu erfassen erlaubte (vgl. *Hovenkamp*, *The Opening of American Law*, 111). Siehe dazu unten bei 3.6.6. sowie 4.2.2.2.1.

<sup>365</sup> Vgl. *Hovenkamp*, *The Opening of American Law*, 34, 77 f.

<sup>366</sup> *Hovenkamp*, *The Opening of American Law*, 34.

#### 2.4.5.4. „Oligarchische“ Gerechtigkeitskonzeption

Diesen Ökonomismus der „Zweck-Konzeption“ bringt Jhering auch in Begriffen der Gerechtigkeit zum Ausdruck. Deren praktisches Ziel sei die Herstellung der Gleichheit<sup>367</sup>, entscheidend dabei aber nicht die „äussere, absolute, arithmetische Gleichheit, sondern die innere, relative, geometrische, welche den Anteil bemisst nach dem, was jeder beisteuert[;] [...] nicht die Idee der abstrakten Gleichheit der einzelnen Individuen, sondern die des Gleichgewichts zwischen Einsatz und Gewinn“,<sup>368</sup> bzw. „Verdienst und Lohn“.<sup>369</sup>

Es ist also keinesfalls die ausgleichende Gerechtigkeit, die für Jhering maßgeblich ist (und in welcher Weinrib ja bereits den normativen, im Verhältnis als Gleiche bestehenden, Kern des Privatsrechtverhältnisses vorzufinden meint<sup>370</sup>), sondern die austeilende. Deren „geometrische“ bzw. „proportionale“ Konzeption, derzufolge sich die den Einzelnen zustehenden Güter nach je relativer Angemessenheit bzw. Würdigkeit bemessen, stammt direkt von Aristoteles<sup>371</sup>, ja dieser nennt sogar die Verteilung gemeinsamer Geldmittel nach dem Verhältnis, in dem die beigesteuerten Beiträge zueinander stehen, als Beispiel.<sup>372</sup>

Eine allgemeingültige inhaltliche Bestimmung dieser Angemessenheit ist Aristoteles zufolge allerdings bekanntermaßen nicht möglich, denn: „gerade unter dieser Angemessenheit verstehen nicht alle dasselbe: die Vertreter des demokratischen Prinzips meinen die Freiheit, die des oligarchischen den Reichtum, oder den Geburtsadel, und die Aristokraten den hohen Manneswert.“<sup>373</sup> Bei Jhering hingegen ist das Bestimmungskriterium ein eindeutig utilitaristisch-ökonomisches. Das zeigt sich aus den zitierten Stellen („Einsatz und Gewinn“, „Verdienst und Lohn“), aber auch der Gesamtausrichtung der „Zweck“-Konzeption. Wenn diese eben in der Aggregation von Gesamtnutzen besteht ist und das darin herrschende Gleichheitsmodell eines proportionaler Würdigkeit ist, dann kann der Maßstab nur in der jeweiligen ökonomischen Beitrag bestehen. Es ist dann nur folgerichtig, wenn Jhering aus dieser Konzeption keine Unzulässigkeit von gesellschaftlichen Privilegien, sondern umgekehrt deren mögliche

---

<sup>367</sup> Vgl. Jhering, Zweck I, 367; vgl. auch ebd., 533 f.

<sup>368</sup> Jhering, Zweck I, 371.

<sup>369</sup> Jhering, Zweck I, 367

<sup>370</sup> Vgl. oben, 2.2.3.6.

<sup>371</sup> Vgl. Aristoteles, Nikomachische Ethik, V, 6, 1131a, 101 sowie 1131b, 102 und 10, 1134b, 110.

<sup>372</sup> Vgl. Aristoteles, Nikomachische Ethik, V, 7, 1131b, 102.

<sup>373</sup> Aristoteles, Nikomachische Ethik, V, 6, 1131a, 101.

Gebotenheit folgert, nämlich dann, wenn sie dem (ökonomischen) Interesse der Gesamtheit entsprechen würden.<sup>374</sup>

Nach aristotelischer Definition würde es sich hierbei um eine oligarchische Bestimmung der Angemessenheit handeln. Im Unterschied zur aristotelischen Gesamtkonzeption von Gerechtigkeit spielt die ausgleichende Gerechtigkeit in der „Zweck“-Konzeption weiters keine Rolle, ja hat die austeilende Gerechtigkeit ganz deren Platz eingenommen. Es ist zudem bezeichnend, wenn Jhering gerade das „Äquivalent“ als die eigentliche Idee der letzteren begreift, welches ja bei Aristoteles umgekehrt in der ausgleichenden Gerechtigkeit, als regulative Idee in den Vertragsbeziehungen zwischen Tauschpartnern, seinen Platz hat.<sup>375</sup> Was genau ist daran bezeichnend? Dass, so scheint mir, in der „Zweck“-Konzeption Jherings als Maßstäbe „proportionaler“ Zuteilung nur mehr ökonomische bzw. genauer ökonomische Tauschbeziehungen denkbar sind, und dass weiters daraus genau *nicht* die Gleichrangigkeit der Tauschpartner gefolgert wird, sondern umgekehrt die Zulässigkeit von deren Ungleichheit gefolgert wird. Wofür bezeichnend? Für den Stellenwert der Gerechtigkeit in einer ökonomisch konzipierten Rechtswissenschaft, bin ich, auch mit Vorblick auf Hayek und Posner, geneigt, zu sagen.

#### **2.4.6. „Aufklärerische“ Grundierung der Interessentheorie nur im Sinne Adornos und Horkheimers, als totale Ökonomisierung**

Wie ist in diesem Lichte nun Auers These eines „sich über sich selbst aufklärenden Privatrechtsdiskurses“ zu beurteilen? Beispielhaft würde sich dieser ja, um kurz zu rekapitulieren, am Übergang von der Willens- zu Interessentheorie vollziehen, und zwar als „Dekonstruktion“ des autonomen Subjekts im Privatrecht zugunsten der Öffentlichkeit und des Sozialen.

Meine Antwort ist: leider als nicht ganz richtig, und zwar in doppelter Hinsicht. Erstens ist, was Jhering am privatautonomen Subjekt vornimmt, nicht dessen „Dekonstruktion“ im Sinne einer philosophischen Reflexionsübung zur Durchdringung des Subjektbegriffs (mit dem eigentlichen Ziel seiner Weiterentwicklung), sondern dessen tatsächliche Preisgabe. Zweitens ist das Ziel dieser Preisgabe, nicht – oder jedenfalls nicht in erster Linie<sup>376</sup> – ein

---

<sup>374</sup> Vgl. Jhering, Zweck II (6.-8. Aufl.), 165.

<sup>375</sup> Vgl. Aristoteles, Nikomachische Ethik, V, 7, 1131b und 1132a, 103.

<sup>376</sup> Jherings Bedenken gegen die Aktiengesellschaft und sein Aufruf zur diesbezüglichen Reglementierung etwa könnten freilich als durch Gedanken sozialer Gerechtigkeit (mit-)motiviert gelesen werden. Maßgeblich

„sozialeres“, im Sinne eines sozial gerechteren, Privatrechts. Die „Öffnung“ für außerrechtliche Anliegen vollzieht sich bei Jhering nämlich nahezu ausschließlich zur Aggregation und Akkumulation ökonomischen Nutzens.

Wenn im Sinne Auers etwas in der Interessentheorie Jherings als im Recht selbst situierte Fortentwicklung von Moderne und Aufklärung begriffen werden kann, dann müsste es also gerade die Fokussierung auf den ökonomischen Nutzen sein. *Aufklärung*, normativ und affirmativ (wie jedenfalls auch von Auer) verstanden, impliziert aber eine fortschrittliche Entfaltung der Werte Freiheit und Gleichheit und ein Intellegibelwerden der sozialen Institutionen nach eben diesen Werten.<sup>377</sup> Jherings „Zweck“-Konzeption kommt hingegen nicht nur ganz ohne diese Werte zurande, sie begreift sie recht eigentlich als ihre Gegensätze. Die „individualistische Theorie, welche das abstrakte Individuum als Zwecksobjekt und damit die Gleichheit aller Individuen als Prinzip proklamiert“, so Jhering an der oben bereits zitierten Stelle, sei „nicht imstande, die Statthaftigkeit der Privilegien zu deduzieren“, sondern könne „in ihnen nur einen völlig ungerechtfertigten Willkürakt der Staatsgewalt erblicken.“<sup>378</sup> Letztere aber müsse möglichst unbeschränkt bleiben<sup>379</sup> – das heißt implizit: möglichst uneingeschränkt auf individuelle Freiheitsräume zugreifen können. Die individuelle Dimension von Gleichheit und Freiheit wird damit, wo diese als Selbstzwecke<sup>380</sup> zutage treten, tatsächlich als zu beseitigender Gegensatz für die Durchsetzung der „Interessentheorie“ bzw. „Zweck“-Konzeption Jherings gesehen. Ohne individuelle Dimension ist aber kein aufklärerisches Projekt denkbar. Und selbst die gemeinschaftliche Dimension ist hier noch einseitig bestimmt, nämlich durch die Aggregation ökonomischen Nutzens.

Die aufklärerische Einbettung der Interessentheorie ist in diesem Sinne entschieden zurückzuweisen. Sie verbrämt idealisierend, worum es in dieser geht und verfehlt dadurch ihren eigentlichen Gehalt. Dabei findet sich in Auers Verweisen, mit denen sie ihr Verständnis der Interessentheorie (und anderer Entwicklungen im modernen Privatrecht) belegen möchte, eine durchaus zielführende Referenz zu ihrer adäquaten Einordnung:

---

scheint aber auch hier die Wahrung oder Wiederherstellung des, eben durch den Börsenkrach von 1873 erschütterten, „ökonomischen Gleichgewichts“ zu sein (vgl. *Jhering*, Zweck I, 223 ff.).

<sup>377</sup> Vgl. dazu Balibars Begriff der „Gleichfreiheit“, siehe *Balibar*, Gleichfreiheit, 91 ff.

<sup>378</sup> Vgl. *Jhering*, Zweck I, 165.

<sup>379</sup> Vgl. *Jhering*, Zweck I, 420 ff.

<sup>380</sup> Soweit die individuelle Freiheit sich als rationaler Eigennutzen der Aggregation des Gesamtnutzens dienlich macht, ist sie freilich willkommen, aber eben nur als dessen, und zwar auch nur provisorisches, Instrument (vgl. oben 2.4.5.1.).

Horkheimers und Adornos „Dialektik der Aufklärung“. Auer allerdings sieht darin einen „grundlegenden“<sup>381</sup> oder „klassischen“<sup>382</sup> Beleg für ihr Verständnis einer „reflexiven“ (sich kritisch zu sich selbst verhaltenden) Moderne, deren Ambivalenz zwischen Kritik und Affirmation.<sup>383</sup> Allein, Adornos und Horkheimers Bezug zur Aufklärung ist kaum ambivalent, jedenfalls nicht im Sinne einer unbestimmten Mitte<sup>384</sup> zwischen den Polen von Aufklärung und Kritik, sondern durchaus radikalkritisch.<sup>385</sup> Nicht von Selbstreflexion ist dort nämlich die Rede, sondern von „Selbsterstörung der Aufklärung“<sup>386</sup>, nicht von Kritik, sondern von „totale[r] Integration“<sup>387</sup>. Denn: „Aufklärung ist totalitär.“<sup>388</sup> Sie ist es deshalb, weil sie vom Prinzip der „zersetzenden Rationalität“<sup>389</sup> bestimmt ist, die noch ihre eigenen Grundlagen untergräbt. Diese Rationalität ist maßgeblich eine „kalkulierende“<sup>390</sup>, ökonomische, auf die „Steigerung der wirtschaftlichen Produktivität“<sup>391</sup> gerichtete. Diese würde „einerseits die Bedingungen für eine gerechtere Welt herstell[en]“, aber „andererseits dem technischen Apparat und den sozialen Gruppen, die über ihn verfügen,

---

<sup>381</sup> Vgl. Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 46, dort Fn 2.

<sup>382</sup> Vgl. Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 74, dort Fn 2. An dieser Stelle führt Auer zwar sehr wohl folgende eindeutige Passage aus der „Dialektik der Aufklärung“ an: „Seit je hat Aufklärung im umfassendsten Sinn fortschreitenden Denkens das Ziel verfolgt, von den Menschen die Furcht zu nehmen und sie als Herren einzusetzen. Aber die vollends aufgeklärte Erde strahlt im Zeichen triumphalen Unheils“ (Horkheimer/Adorno, Dialektik der Aufklärung, 15). Sie trifft aber für ihre letztendlich aufklärerisch-optimistische Darstellung keine Konsequenzen.

<sup>383</sup> Vgl. Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 7, 46.

<sup>384</sup> So aber anscheinend Hetzel, ihm zufolge würde „mit der Figur einer Dialektik der Aufklärung eine Art theoretische Mitte gegeben.“ (ders., Hetzel, Die Dialektik der Aufklärung, 412; differenzierter aber seine folgende Argumentation, vgl. auch die nächste Fn).

<sup>385</sup> Vgl. auch kritisch Habermas: „Die Kritik wird, indem sie sich gegen Vernunft als die Grundlage ihrer eigenen Geltung wendet, total“ (ders., Die Verschlingung von Mythos und Aufklärung; Horkheimer und Adorno, 144). Die Ideologiekritik würde dieser Einschätzung entsprechend „nichts zurück[behalten], woran sie appellieren könnte“ (ebd., 143). Gegen diese Kritik wurde an das negativistische Selbstverständnis (vgl. Theunissen, Negativität bei Adorno, 41-65) von Adorno erinnert. Statt abstrakte Kriterien für einen Vernunftbegriff zu formulieren, würde er die Geschichte einer Selbsterstörung der Vernunft rekonstruieren, der sich nicht einfach entkommen lässt, (vgl. Hetzel, Die Dialektik der Aufklärung, 416) und den aporetischen Charakter dieser Vernunft ausweisen (vgl. ebd., 417). Allerdings gibt es selbst noch positive Elemente in der Radikalkritik Horkheimers und Adorno. Indem sie die Kritik an der Aufklärung üben, soll ein „ein[] positive[r] Begriff von ihr vorbereite[t]“ werden (Horkheimer/Adorno, ebd., 12) (denn nur indem auf ihre Grundwidersprüche zurückgegangen wird (vgl. ebd., 10), kann sie „aus ihrer Verstrickung in blinde[] Herrschaft [ge]löst“ werden (ebd. 12)). Freiheit in der Gesellschaft ist vom aufklärenden Denken unabtrennbar, aber Letzteres muss in einer radikal *anderer* Weise konzipiert werden, damit sich Erstere zeitigt. Zentral ist hierbei der Begriff der »vollen Vernunft« (Adorno, Negative Dialektik, 310), der „auch leibliche, mimetische und ästhetische Aspekte einbegreifen soll und nicht hierarchisch verfasst wäre, sondern auf ein »Miteinander des Verschiedenen« (ebd., 151) abzielte. Diese Vernunft wäre nicht länger um das Konzept der Selbsterhaltung zentriert, sondern um einen Begriff von Erfahrung, in deren Vollzug das Subjekt vom Zwang der Selbsterhaltung ablassen kann.“

<sup>386</sup> Horkheimer/Adorno, Dialektik der Aufklärung, 9.

<sup>387</sup> Horkheimer/Adorno, Dialektik der Aufklärung, 5.

<sup>388</sup> Horkheimer/Adorno, Dialektik der Aufklärung, 18.

<sup>389</sup> Horkheimer/Adorno, Dialektik der Aufklärung, 18.

<sup>390</sup> Horkheimer/Adorno, Dialektik der Aufklärung, 48.

<sup>391</sup> Horkheimer/Adorno, Dialektik der Aufklärung, 11.

eine unmäßige Überlegenheit über den Rest der Bevölkerung [verleihen].“<sup>392</sup> Der Einzelne würde dadurch annulliert, aber gleichzeitig besser als je versorgt.<sup>393</sup>

Könnte das nicht als Beschreibung für Jherings Utilitarismus genommen werden? In der Reflexion des Zusammenspiels zwischen ökonomischer Rationalität, materiellem Wohlstand, der Stellung privilegierter Gruppen und jener der Einzelnen scheint mir diese Passage, so defätistisch sie auch sein mag, dessen oben rekonstruierten Charakter jedenfalls adäquater zu treffen als Auers diskurstheoretische Einordnung. Wenn man Jherings dritte Rechtskonzeption tatsächlich als „aufklärerisch“ verstehen möchte, dann wohl nur im jenen von Adorno und Horkheimer zu Ende gedachten Sinne. Man kann sie aber auch einfach als durch und durch ökonomisch, freilich mit allen rekonstruierten Konsequenzen für die individuelle Freiheit und Gleichheit, begreifen.

Sohin zeigt sich im Ausgang von Jhering eine Rechtstheorie, die viel von ihrem Zeitgeist, der „Blütezeit“ des Kapitalismus,<sup>394</sup> enthält, diesen einmal biologisch bzw. „biologiephilosophisch“ (vor allem im 1. Band des „Zwecks“), einmal als totale Ökonomisierung (hauptsächlich im 2. Band des „Zwecks“) artikuliert, aber in beiden Fällen unmissverständlich einen Maximierungsgedanken zum Ausdruck bringt, der zur Aufgabe der Autonomie nicht nur der rechtlichen Formen, sondern auch der menschlichen Individuen führt. Wie vom Recht zum „Leben“ übergegangen wird, so vom Wille zum „Interesse“.

---

<sup>392</sup> *Horkheimer/Adorno*, Dialektik der Aufklärung, 11.

<sup>393</sup> Vgl. *Horkheimer/Adorno*, Dialektik der Aufklärung, 11. Ähnlich, nur prosaischer, ist Rawls' und Nozicks Einwand formuliert, der Utilitarismus nehme die „separateness of persons“ nicht ernst (vgl. *Rawls*, A Theory of Justice, 167; *Nozick*, Anarchy, State, and Utopia, 33). Bei Nozick ist er zum Bild des „utility monsters“ zugespitzt, mit dem er aufzeigt, dass nach utilitaristischer Konzeption ein im höchsten (und im Vergleich zu allen anderen ganz vielfachen) Maße genuss- bzw. utilitätsfähiges Wesen letztendlich zur Opferung und Annihilierung aller anderen führen könnte (vgl. ebd., 41). Siehe auch oben 2.4.5.1., dort auch die Fn 342, sowie unten 3.6.5.2.2., dort auch die Fn 722, 4.2.2.1.2., dort die Fn 840 und 4.3.1., dort auch die Fn 1008).

<sup>394</sup> Vgl. dazu oben 1. (Einleitung), Fn 2.

## *Überleitung: Koinzidenz von Utilitarismus mit freiheitlichen Prämissen?*

Fast mit ehrfürchtigem Erstaunen stellt Auer eine, bis heute haltende, unerbittliche Resilienz der Willenstheorie, des autonomiebasierten Rechtsbegriffs fest. In ihrer praktischen Wirksamkeit sei Erstere niemals ernsthaft erschüttert,<sup>395</sup> die normative Tragkraft des Letzteren, als grundlegender Anspruch gegen die Rechtsordnung, habe selbst fundamentalen Angriffen widerstanden.<sup>396</sup>

Warum ist das aber so? Darauf gibt Auer keine direkten und eindeutigen Antworten. An einer Stelle schreibt sie, „dass zwischen sogenannten deontologischen und teleologischen Rechts- und Moraltheorien – also zwischen den autonomie- und rechtbasierten Entwürfen praktischer Philosophie in der kantischen Tradition einerseits sowie den konsequentialistischen bzw. utilitaristischen Gegenentwürfen Benthams, Mills und ihrer Nachfolger andererseits – ein echter philosophischer Gegensatz besteht.“<sup>397</sup> Wie ist es aber dann zu erklären, dass im interessenstheoretisch etc. geprägten Privatrecht, die Willenstheorie fortbesteht, diese Gegensätze also koexistieren?

Nur kurz später schreibt Auer, die Wirkungsgeschichte des Utilitarismus zeige, „dass dieser die Rechtslehren des Vernunftrechts und des deutschen Idealismus nicht nur nicht ablösen konnte, sondern bis heute etwa in Rechts- und Gesellschaftstheorien von John Rawls bis hin zur ökonomischen Analyse des Rechts mit den freiheitlichen Prämissen der letzteren koinzidiert.“<sup>398</sup> Wie ist dieses zunächst kontraintuitiv erscheinende Koinzidieren zu denken? Auer selbst gibt einen Hinweis, wenn sie an anderer Stelle darauf verweist, dass „der utilitaristische Wert der individuellen Willensäußerung selbstverständlich auch von der Interessentheorie berücksichtigt werde.“<sup>399</sup>

Darin aber liegt der Schlüssel zur Beantwortung der Frage, warum sich die Willenstheorie so hartnäckig hält. Sie befindet sich eben selbst in keinem notwendigen Gegensatz zum Utilitarismus, sondern lässt sich in diesen integrieren. Eine Methode der utilitaristischen Aggregation besteht in dem möglichsten Zulassen (und Ausweiten) von konsensual, das heißt willensmäßig, basierten Tauschverträgen.

---

<sup>395</sup> Vgl. Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 44.

<sup>396</sup> Vgl. Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 62.

<sup>397</sup> Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 61.

<sup>398</sup> Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 62.

<sup>399</sup> Vgl. Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 44.

Dieser Aggregationsmethode zufolge kommt es dann zu Wohlstandsmaximierung, wenn sich ein Tauschvorgang vollzieht, weil dann eine Sache dort hingelangt, wo ihr offenbar mehr Wert eingeräumt wird (wäre das nicht der Fall, so diese Theorie, würde der konsensuale Tauschvertrag nicht eingegangen). Damit ist auch schon die subjektive Wertverschiebung angedeutet. Nicht länger nämlich wird hier Wert als dem Gesetz abnehmenden Grenznutzens gemäß objektivierbar begriffen, was zu entsprechenden Umverteilungsmaßnahmen Anlass geben würde, sondern als ausschließlich im Tauschvorgang sichtbarer subjektiver Wille.

Damit aber ist die Theorie Hayeks aufgerufen.

### 3. Hayek: Rückkehr zum Liberalismus?

#### 3.1 Einleitung

##### 3.1.1. Friedrich August von Hayek: Ein Ökonom als Rechtstheoretiker

Friedrich August von Hayek ist für die Zwecke dieser Arbeit schon deshalb interessant, weil sich bei ihm (nicht unähnlich zu Jhering) genau jene Wissenschaftsstränge verbinden, deren Zusammenspiel ihr Forschungsgegenstand ist: In seiner Kindheit und Jugend entdeckt er über seinen Vater, einem der Botanik zugetanen Arzt, zunächst das Interesse für die Biologie, entscheidet sich dann aber – an der Universität Wien – für Studien der Rechtswissenschaften und Ökonomie.<sup>400</sup>

Nach Abschluss seiner Studien in den 1920er Jahren entwickelt Hayek unter dem Einfluss seines Lehrers Ludwig von Mises eine Konjunkturtheorie, welche Konjunkturzyklen auf die expansive Kreditvergabe von Zentralbanken und nicht auf strukturelle Probleme von Märkten zurückführte. Die damit begründete österreichische Konjunkturtheorie stand in direkter Konkurrenz zu jener durch Keynes um die These inhärenter Schwächen ungehinderter Märkte entwickelten.<sup>401</sup>

1931 wird Hayek von Lionel Robbins, der in ihm einen wichtigen Exponenten der „Österreichischen Schule“ sah, an die London School of Economics berufen.<sup>402</sup> Zur Wahrnehmung in der breiteren Öffentlichkeit gelangte Hayeks Werks indessen mit der 1944 publizierte Monographie „Der Weg zur Knechtschaft“ (engl.: „*The Road to Serfdom*“), wozu ihm wohl das polemische Argument verhalf, die Planwirtschaft führe direkt in den Faschismus.<sup>403</sup> Insgesamt richtet Hayek spätestens ab den 1940er Jahren den Fokus verstärkt auf rechtliche und staatsphilosophische Themen bzw. wird Rechts-, Staats- und Verfassungstheorie (neben der immer wichtigen Bewusstseinstheorie) überhaupt der Blickwinkel, unter welchem er wirtschaftliche und sonstige soziale Prozesse nunmehr überwiegend betrachtet. Weil Hayek die Wirtschaft als spontane Kraft begreift, die nicht steuerbar und als Gesamtprozess auch gar nicht für den Einzelverstand zu fassen sei, aber sehr wohl gewisser Rahmenbedingungen zu ihrer Entfaltung bedürfe, beginnt er sich

---

<sup>400</sup> Vgl. *Caldwell*, Hayek, Friedrich August von, 1.

<sup>401</sup> Vgl. *Boettke*, Friedrich A. Hayek, 301.

<sup>402</sup> Vgl. *Olsen*, The Sovereign Consumer, 48; siehe auch die Erfahrung seiner Berufung aus der Sicht Hayeks, *Hayek*, Der Strom der Güter und Leistungen, 130 f.

<sup>403</sup> Vgl. *Boettke*, Friedrich A. Hayek, 302.

konsequenterweise vom Versuch der Beschreibung dieser „Kraft“ selbst ab- und ihrer äußeren Rahmenbedingungen zuzuwenden, die er eben in der bestimmten rechtlichen und verfassungsmäßiger Strukturen gewährleistet oder aber verfehlt sieht. Insofern ist die hayeksche Theorie, jedenfalls ab den 1940er und 1950er Jahren in großen Teilen weniger eine ökonomische als eine genuin juristische. Slobodian hat insofern vollkommen recht, wenn er in seiner exzellenten historischen Studie „The Globalists“ schreibt: „[F]rom its beginnings Geneva School<sup>404</sup> neoliberalism [als deren Vertreter er Hayek begreift, meine Anmerkung] has been less a discipline of economics than a discipline of statecraft and law.“<sup>405</sup>

An besonders einschlägigen Schriften Hayeks zum Recht sind zum einen eine Reihe von Artikel, etwa „The Decline of the Rule of Law“ (1953), „Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung“ (1966), „Rechtsordnung und Handelsordnung“ (1967) sowie „Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs“ (1967) und Liberalismus (1973), zum anderen die Monographien „Die Verfassung der Freiheit“ (1960), „Recht, Gesetz und Freiheit“ (1979), quasi das *opus magnum* Hayeks zum Recht, und schließlich noch die Spätschrift „Die gefährliche Anmaßung“ (1988) zu nennen.

### ***3.1.2. These: Der Versuch einer liberalen Grundierung der ökonomischen Rechtswissenschaft und ihr Scheitern***

Am Ausgang von Jhering waren die antiliberalen bzw., um es mit Adorno und Horkheimer zu sagen, „total-integrativen“ Züge einer ökonomisch fundierten Rechtswissenschaft zu sehen. Genau von diesem Punkt her aber lässt sich die Rechtstheorie Hayeks rekonstruieren. Auch sie möchte Recht durch und durch wirtschaftlich konzipieren, aber mit dem Anspruch, es auf einer liberalen Grundlage zu tun. Man kann sie insofern als neuen Anlauf zu einer ökonomischen Rechtswissenschaft begreifen, die gleichzeitig zum Ausgangspunkt Jherings, der „Krise“ der Dogmatik, zurückkehrt. Wie verhält sie sich zu Letzterer? Könnte sie sprechen, um diese Frage zu beantworten, würde sie ungefähr sagen:

---

<sup>404</sup> Zum „Geneva School neoliberalism“ gehören Slobodian zufolge Mises, Hayek, Röpke, Haberler, Heilperin und weitere in deren Umkreis. Der von Slobodian kommende Vorschlag dieser Bezeichnung rührt daher, dass das Genfer „Institut de hautes études internationales et du développement“ (IHEID) bzw. Graduate Institute of International Studies in den 1930er Jahren zur wissenschaftlichen Heimat vieler dieser Ökonomen wurde oder als Veranstaltungsort von wichtigen Vorlesungen wurde (vgl. *Slobodian, The Globalists*, 7 ff.).

<sup>405</sup> *Slobodian, The Globalists*, 11. Auf die zu wenig beachtete rechtstheoretische Ausrichtung des hayekschen Projekts verweisend und ihr im Wesentlichen das folgende Buch widmend vgl. auch *Petersen, Freiheit unter dem Gesetz*, 1 ff.

„Die Krise liegt nicht in der privatrechtlichen Dogmatik, sondern im Versuch ihrer Überwindung durch das öffentliche Recht und politische Maßnahmen, aber auch durch den Utilitarismus. Ich setze die Dogmatik wieder in den Stand, weil sie das beste ökonomische Resultat zeitigt.“

Ist damit also nicht überhaupt eine Wiederholung der ersten Rechtskonzeption Jherings auf den Plan gerufen? Ja und nein. Ja, denn die begriffliche Rechtsdogmatik wurde ja auch bei Jhering deshalb für gut befunden wurde, weil sie für die bestmögliche Rechtskonzeption für das „Leben“, das heißt ihre (vor allem wirtschaftlichen) Umwelten gehalten wurde. Nein, denn diese Konzeptionen unterscheiden sich letztendlich maßgeblich in ihren normativen Zielansprüchen und ihrer Struktur. Die Recht in der Theorie Hayeks ist extern, von einer evolutionären Kraft bestimmt, und wesentlich auf einerseits individuelle Selbstbestimmung, andererseits Ordnung und Wachstum ausgerichtet, die Dogmatik wird in dieser Theorie nur mit ganz abstrakten Qualitäten beschrieben, nie operiert sie selbst wirklich innerhalb derselben. Das Recht in der „Zweck“-Konzeption Jherings ist hingegen selbstbestimmt und trägt seine Ziele zunächst in sich selbst, die äußerlichen Ziele sind nur qua „offener Geschlossenheit“ daran gekoppelt und vage beschrieben, die eigentlichen Operationen finden innerhalb der Dogmatik statt. Entsprechend ist der Schlüssel zum Verständnis der Funktionsweise von Hayeks Rechtstheorie auch nicht in der Systemtheorie, sondern im klassischen Liberalismus zu finden.

Gelingt dieser Versuch einer liberalen Grundierung der ökonomischen Rechtswissenschaft nun? Meine zu beweisende These ist, dass er scheitert und auch diese ökonomische Konzeptualisierung letztlich in eine Art Utilitarismus mit allerdings freiheits- und gleichheitsfeindlichen Zügen kippt.

### ***3.1.3. Explikation der Untersuchung: Von der rationalistisch-utilitaristischen „Negativfolie“ über den klassischen Liberalismus zum „wahren“ Hayek***

Zunächst möchte ich einen Überblick über das hayeksche Rechtsdenken geben, welcher dessen Ausgangslage in bestimmten Bewusstseins- bzw. Wissenstheorien und Ordnungskonzepten nachzeichnet und weiters dessen maßgebliche Begrifflichkeiten und Unterscheidungen wiedergibt. Dieser soll dann als Grundlage herangezogen werden, um das Wesen des hayekschen Rechts herauszuarbeiten, seine eigentliche Struktur offenzulegen.

Dabei ist zunächst der „Ausgangspunkt“ der hayekschen Rechtskonzeption zu rekonstruieren. Dieser besteht einerseits in einer bestimmten Theorie des menschlichen Bewusstseins, wie sie in Hayeks früher Studie „The Sensory Order“ artikuliert wird, andererseits in einer entsprechenden Kritik an rationalistischen, „konstruktivistischen“, aber auch utilitaristischen Rechtstheorien. Letztere bilden quasi die „Negativfolie“, von der sich Hayeks eigene Konzeption abhebt. Über die Probleme, die Hayek auf dieser „Negativfolie“ situiert, im Wesentlichen die Verzerrung von Ordnung und Unterdrückung von Wachstum zum einen, die Beschränkung individueller Freiheit zum anderen, soll zu seinem alternativen, im „klassischen“ bzw. „evolutionären“ Liberalismus der schottischen Aufklärung verankerten, Gesellschaftskonzept übergegangen werden. Eben dieses würde die erwähnten Probleme überwinden, neben besserer *Ordnung* und mehr *Wachstum* vor allem für *individuelle Freiheit und Selbstbestimmung* sorgen.

Die Rekonstruktion der hayekschen Rechtskonzeption ist zunächst entlang dieser von ihrem konzeptionellen Selbstverständnis gegebenen normativen Ziele vorzunehmen. Dabei wird ihre Struktur als über zwei Ebenen – Individuum samt Umkreis *und* Gesamtgesellschaft – aufgeteilte zum Vorschein kommen wird. Die so rekonstruierte Theorie ist daran zu messen, ob sie ihren erwähnten Ansprüchen auch nur konzeptionell bzw. strukturell genügt.

Im Hinblick darauf unterziehe ich den „klassischen“ Liberalismus Adam Smiths, auf den sich Hayek beruft, einer genaueren Lektüre mit der Fragestellung, ob dabei etwaige Unterschiede zu Hayeks Selbstverständnis des von ihm vertretenen Rechtsmodells sichtbar werden. Diese werden auf ihre Relevanz *für* und verborgene Inklusion noch *im* Rechtsmodell Hayeks auszulesen sein. Andererseits wird zu fragen sein, ob und, bejahendenfalls, durch welche Momente sich dieses doch von jenem seines „Ahnen“ bzw. Vorbilds unterscheidet. Dabei sind einerseits Anküpfungen in der kantischen Philosophie, andererseits im liberalen bzw. neoliberalen Diskurs für innovativ emanzipatorisch erachtete Selbstbestimmungsweisen, und zwar jene des Produzenten bzw. Anbieters im Wettbewerb sowie des auf diese mittels Wahlentscheidungen einwirkenden Konsumenten, zu prüfen.

Am Ende des Kapitels soll unter Berücksichtigung der im vorigen Schritt erzielten Ergebnisse eine erneute Gesamtrekonstruktion des hayekschen Rechtsmodells vorgenommen und damit gezeigt werden, dass die von ihm beanspruchte Lösung von dem Rationalismus und Utilitarismus zugeschriebenen Problemen nicht nur nicht gelingt,

sondern, wie schon angedeutet, diese in modifizierter Weise fortschreibt. Im Wirtschaftswachstum, dem sich die Einzelnen nach- und unterzuordnen haben, zeigt sich nämlich der „wahre“ Hayek.

Eine maßgebliche Art und Weise, diese Rekonstruktion samt Überprüfung vorzunehmen, besteht in der Anknüpfung an die Momente der Selbstbestimmung und Teleologie, wie sie in der ursprünglichen Rechtskonzeption Jherings vorlagen. Bei Jhering war die Verschiebung in seinem Rechtsdenken ja als Modifikation dieser Kriterien nachzuverfolgen, weil in ihnen (und zwar in der jeweiligen Modifikation) die je wesentlichen normativen Gehalte artikuliert waren. Das lässt sich für die hayeksche Rechtstheorie fortsetzen, in der das Recht wesentlich durch seine (evolutionäre bzw. wirtschaftliche) *Fremdbestimmung* und seine anscheinende „*Nicht-Instrumentalität*“ gekennzeichnet ist, gleichzeitig aber auf die *individuelle Selbstbestimmung* verweist. Entscheidendes wird hier aus dem Zusammenspiel dieser verschiedenen Elemente zu gewinnen sein.

## **3.2. Überblick zu Hayeks Rechtskonzeption**

### **3.2.1. Ausgangslage**

#### *3.2.1.1. Beschränktheit des Wissens*

Die Ausgangslage der hayekschen Wirtschafts- wie Rechtstheorie ist eine epistemologische<sup>406</sup>. Hayek vertritt die Auffassung, dass das *menschliche Wissen* über Tatsachen *notwendig und unüberwindbar beschränkt* sei. Einzelne hätten immer nur bestimmte Tatsachen im Blick und könnten niemals die Gesamtzusammenhänge überblicken, welche die Gesellschaft beeinflussen.<sup>407</sup> Jeder Akteur ist der Gesamtheit gegenüber blind.<sup>408</sup> Ein blinder oder beschränkter Geist könne aber auch keine Planung und Steuerung einer erstrebenswerten Gesellschaftsordnung vornehmen.<sup>409</sup>

---

<sup>406</sup> Und wird inzwischen üblicherweise als „knowledge problem“ referiert, vgl. *Vanberg*, Darwinian paradigm, cultural evolution and human purposes, 39.

<sup>407</sup> Vgl. *Hayek*, Recht, Gesetz und Freiheit, 13 ff.; siehe auch bereits *Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 30 ff. Eine systematische Ausarbeitung dieser These hat Hayek in seiner psychologischen Studie „The Sensory Order“ unternommen, auf die unten (3.3.1.) noch exkursweise einzugehen ist.

<sup>408</sup> Vgl. *Foucault*, Die Geburt der Biopolitik, Geschichte der Gouvernementalität II, 384. Foucault streicht hier das Element der Unsichtbarkeit an der Smith'schen Metapher der unsichtbaren Hand heraus.

<sup>409</sup> Vgl. *Hayek*, Recht, Gesetz und Freiheit, 16.

Hayeks Denken ist hier von Ernst Machs Bewusstseinstheorie und dem Wiener Kreis beeinflusst,<sup>410</sup> welche keine Wahrheiten abseits empirischer Beweise mehr zuließen und einen Rückzug aus dem Geist gleichermaßen als Beschreibungsobjekt und zwecksetzendes Zurechnungsobjekt dirigierte.<sup>411</sup> Von hier aus werden die hayekschen Attacken auf den cartesischen Rationalismus bzw. Konstruktivismus unternommen. Descartes und seine Anhänger hätten ihrem Modell der rationalen Überprüfung und Grundierung der Gesellschaftsordnung die Ausgangsannahme zugrunde gelegt, dass (einzelne) Menschen zur absoluten Bewusstwerdung des faktischen und sozialen Raums befähigt seien.<sup>412</sup> Sie hätten damit etwas angenommen, das gleichermaßen falsch und verhängnisvoll sei – Letzteres, weil die Anmaßung eines vollkommen wissenden Standpunkts durch Einzelne in ihrer in Wahrheit nicht zu überwindenden Defizienz und Partikularität eine Verzerrung des Wettbewerbs und der Ordnung bedeute.<sup>413</sup> Der Wettbewerb ist in der hayekschen Konzeption aber wiederum genau jene Instanz, welche über den (von Hayek als Entdeckungsverfahren bzw. „Katallaxie“<sup>414</sup> bezeichneten) laufenden Abgleich eigenen Wissens und eigener Talente mit dem qua (hoher) Preise indizierten gesellschaftlichen Bedarf die Ausweitung von Wissen vorantreibt. Das Recht hat in diesen Vorgang möglichst nicht einzugreifen, sondern nur seine Rahmenbedingungen sicherzustellen.

### 3.2.1.2. Kosmos und Taxis

In Zusammenhang mit dem gerade Geschriebenen unterscheidet Hayek zwei Grundtypen sozialer Ordnungen: Auf der einen Seite stehe das von Rationalisten postulierte Modell einer (durch bewusste Planung) „erzeugten Ordnung“ oder „*Organisation*“, auf der andere jenes einer „*spontanen Ordnung*“. Das erste wird von Hayek als „taxis“, das zweite als „kosmos“ bezeichnet.<sup>415</sup>

---

<sup>410</sup> Vgl. die Bezugnahmen in *Hayek, The Sensory Order*, vi (auf Mach, als Hauptquelle für diese Studie) und 51 (auf Carnap, der die Probleme der Qualitäten des Wahrnehmungsapparats in ähnlicher Weise gefasst hätte). Von beiden möchte sich Hayek gleichzeitig distanzieren, doch geht es dabei eher um Detailspekte (um Carnaps und Neuraths Konzept der „physikalischen Sprache“, das Hayek als (dennoch) metaphysisch verwirft, vgl. ebd., 192; um die Elementenlehre Machs, vgl. ebd., vi.) als um Grundsätzliches.

<sup>411</sup> Vgl. *Hovenkamp, The Opening of American Law*, 111.

<sup>412</sup> Vgl. *Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit*, 11-13.

<sup>413</sup> Vgl. bereits den Titel von Hayeks „Die verhängnisvolle Anmaßung“.

<sup>414</sup> Vgl. *Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit*, 222, 259 ff. Siehe auch *ders.*, *Competition as a Discovery Procedure*. Teilweise versteht Hayek darunter das Wettbewerbsspiel selbst (vgl. *Recht, Gesetz und Freiheit*, 222), teilweise die dadurch erzeugte spontane Ordnung (vgl. *Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit*, 259 ff. sowie *ders.*, *Competition as a Discovery Procedure*).

<sup>415</sup> Vgl. *Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit*, 39. Diese Unterscheidung erinnert an die schmittianische von den drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (vgl. *Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*), die Hayek freilich bekannt war (vgl. ebd., 73 f.). Ähnlich ist die

„Taxis“ bzw. die „erzeugte Ordnung“ beruht laut Hayek auf den falschen Prämissen epistemischer Allwissbarkeit und praktischer Allsteuerbarkeit. „Kosmos“ bzw. die „spontane Ordnung“ reflektiere die Beschränktheit des menschlichen Wissens hingegen adäquat.

Eine „erzeugte Ordnung“ wird von Hayek allenfalls noch dort für angemessen erachtet, wo der Kreis der Handelnden überschaubar ist und diese in gemeinsamer Absprache nach konkreten Zielen handeln können, wie es in Stammesgesellschaften der Fall gewesen sei.<sup>416</sup> In der „Großen“ oder „Offenen Gesellschaft“<sup>417</sup>, in der Millionen von Menschen zusammenwirken und Arbeitsteilung wie eine Aufsplitterung des Wissens herrsche<sup>418</sup>, sei sie hingegen vollkommen kontraproduktiv.

Eine solche Gesellschaft kann Hayek zufolge sinnvollerweise nur als spontane Ordnung funktionieren, ja er schlägt vor, die Bezeichnung von „Gesellschaft“ per se einer spontanen Ordnung vorzubehalten.<sup>419</sup> Gesellschaft im Sinne eines arbeitsteiligen Ordnungsgefüges<sup>420</sup> würde sich im Unterschied zur Sippe oder Stammesgruppe durch das Fehlen von Zielsetzungen auszeichnen.<sup>421</sup> Sie würde qua ökonomisch-marktwirtschaftlicher Prozesse den Einzelnen lediglich Möglichkeiten und Mittel an die Hand geben, um zu verwirklichen, was immer sie wollen.<sup>422</sup> Der gesellschaftliche Ordnungsprozess per se sei wie das Leben selbst ohne (inhaltlich-vorbestimmten) Zweck.<sup>423</sup>

---

inhaltliche Beschreibung der (vor allem) abgelehnten Arten und dabei insbesondere des normativistischen Typs. Das abstrakte Sollen normativer Regelungen wird wie bei Hayek abgewertet. Anders ist die mit dem bevorzugten Typus verbundene Zwecksetzung: Bei Schmitt geht es um die rassistisch aufgeladene Durchsetzung der für ein Volk je typischen „konkreten“ Ordnung, bei Hayek – letztendlich – um die Vermehrung des Güterstroms. Die Abhebung vom Schmittianischen Ordnungsdenken entspricht auch Hayeks eigener Wertung, in welcher er letzteres als geradezu unvermeidliches Ergebnis einer Entwicklung darstellt, welche die selbstordnenden Kräfte einer Gesellschaft ignoriert habe (vgl. 73 f.).

<sup>416</sup> Vgl. *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 16, 295.

<sup>417</sup> Diesen Begriff übernimmt Hayek explizit von Karl Popper bzw. dessen Werk „Die offene Gesellschaft und ihre Feinde“. Seinen Begriff der „Großen Gesellschaft“, der bereits seit dem 18. Jahrhundert gebräuchlich sei (Hayek nennt dafür Richard Cumberland und dessen „A Treatise of the Laws of Nature“ (dort Kap. 8., Abschn. 9) sowie Smith und Rousseau als Belege) möchte er synonym damit verwenden. Vgl. *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 16, Fn 11.

<sup>418</sup> Vgl. *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 16

<sup>419</sup> Vgl. *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 49.

<sup>420</sup> Vgl. *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 246.

<sup>421</sup> Vgl. *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 41.

<sup>422</sup> Vgl. *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 113.

<sup>423</sup> Vgl. *Hayek*, *Die verhängnisvolle Anmaßung*, 146.

### 3.2.2. Rechtskonzeption

Entsprechend seiner epistemologischen Grundthese und seinen Auffassungen zur Funktionsweise von Ordnungen entwickelt Hayek eine Rechtskonzeption, die anhand der folgenden Merkmale und Unterscheidungen wiedergegeben werden kann:

#### 3.2.2.1. Rule of Law

Die „Rule of law“ wird von Hayek selbst an den Grund seiner Rechtstheorie und -philosophie gelegt und durchzieht sein Werk als kontinuierliches Thema.<sup>424</sup> Sie verlangt ihm zufolge erstens die Universalität (ohne Bezugnahme auf persönliche, örtliche oder zeitliche Besonderheit), zweitens die Bestimmtheit und das Bekanntsein, sowie drittens die gleiche Anwendung auf alle von Rechtsregeln<sup>425</sup> – nicht von Gesetzen. Denn Hayek sieht in der modernen Interpretation der „rule of law“ als an das staatliche Handeln adressierte Forderung nach seiner Autorisierung durch die Gesetzgebung bereits eine Reduktion ihres ursprünglichen Gehalts. Aus seiner Sicht verkörpert sich diese Fehlentwicklung in Kelsens „Reiner Rechtslehre“ und der darin explizierten Lehre vom „Stufenbau der Rechtsordnung“<sup>426</sup> gleichermaßen wie in den Attacken der amerikanischen Rechtsrealisten gegen formale Rechtsprinzipien.<sup>427</sup>

Hayek knüpft sein Verständnis der „Rule of Law“ demgegenüber am antiken Konzept der Isonomie als Gleichheit der Polisbürger vor dem Gesetz an. Dieses sei nicht mit dem antiken Demokratieideal zu verwechseln, vielmehr hätten die Griechen bereits verstanden, dass beide Prinzipien auch, aufgrund eines möglichen Verstoßes demokratisch getroffener Gesetze gegen das Gleichheitsprinzip, in Konflikt miteinander geraten könnten. Die englischen Whigs des 17. Jahrhunderts hätten die Isonomie wiederentdeckt, Harrington gegen Hobbes das Prinzip einer Freiheit unter dem Recht als einem „government by laws and not by men“<sup>428</sup> verteidigt. Bei Burke<sup>429</sup> und Paley<sup>430</sup> sei diese Lehre des „government of law“ bereits zur im 19. Jahrhundert zur Selbstverständlichkeit gewordenen Doktrin der

---

<sup>424</sup> Vgl. *Ogus*, Law and Spontaneous Order: Hayek's Contribution to Legal Theory, 399 f.

<sup>425</sup> Vgl. *Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 270 ff.; siehe auch *Ogus*, Law and Spontaneous Order: Hayek's Contribution to Legal Theory, 400 sowie *Hamowy*, Freedom and the Rule of Law in F.A. Hayek.

<sup>426</sup> Vgl. *Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 303 ff. sowie *Recht, Gesetz und Freiheit*, 199 ff.

<sup>427</sup> Vgl. *Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 316. Vgl. *Ogus*, Law and Spontaneous Order: Hayek's Contribution to Legal Theory, 400.

<sup>428</sup> *Harrington*, The Commonwealth of Oceana, 2.

<sup>429</sup> Vgl. *Burke*, Speech on the Motion Made in the House of Commons, the 7th of February, 1771, 63–71.

<sup>430</sup> Vgl. *Paley*, The Principles of Moral and Political Philosophy, dort 308.

„Rule of Law“ entwickelt gewesen.<sup>431</sup> Über deren wesentliche Elemente, die bei den genannten Autoren bereits enthalten gewesen seien, führt Hayek weiter aus:

„The main point is that, in the use of its coercive powers, the discretion of the authorities should be so strictly bound by laws laid down beforehand that the individual can foresee with fair certainty how these powers will be used in particular instances; and that the laws themselves are truly general and create no privileges for class or person because they are made in view of their long-run effects and therefore in necessary ignorance of who will be the particular individuals who will be benefited or harmed by them. That the law should be an instrument to be used by the individuals for their ends and not an instrument used upon the people by the legislators is the ultimate meaning of the Rule of Law.“<sup>432</sup>

Wesentlich ist insbesondere der letzte Satz: Ein dieser Doktrin gemäß verstandenes Recht habe eine *von den Individuen* für ihre Belange anzuwendendes, *kein* von den Gesetzgebern *über sie* anzuwendendes Mittel zu sein. Aus dieser Unterscheidung ergibt sich für Hayek weiters:

„Since this Rule of Law is a rule for the legislator, a rule about what the law ought to be, it can, of course, never be a rule of the positive law of any land. The legislator can never effectively limit his own powers. The rule is rather a meta-legal principle which can operate only through its action on public opinion. So long as it is generally believed in, it will keep legislation within the bounds of the Rule of Law. Once it ceases to be accepted or understood by public opinion, soon the law itself will be in conflict with the Rule of Law.“<sup>433</sup>

Die „rule of law“ wird hier, ganz im Gegensatz zum kelsenschen Ansatz, als metalegales Prinzip außerhalb des positiven Rechts in der öffentlichen Meinung verankert. Sie ist nicht im zu beachtenden Stufenbau der Rechtsordnung inhärent (und gewährleistet dadurch die Rückbindung an die demokratische Willensbildung alles Rechts), sondern ist aller Gesetzgebung (auch und vor allem der demokratischen) als äußere Grenze und Prüfmaßstab vorgelagert.<sup>434</sup>

In seiner weiteren Argumentation verortet Hayek im Einräumen von Ermessensspielraum an Behörden sowie in der Verdrängung des Konzepts formeller zugunsten materieller Gleichheit Entwicklungen, welche die Verdrängung des angelsächsischen „rule of law“-

---

<sup>431</sup> Vgl. Hayek, *Decline of the Rule of Law* 1, 518 f.; *ders.*, *Die Verfassung der Freiheit*, 195 ff.

<sup>432</sup> Hayek, *Decline of the Rule of Law* 1, 520

<sup>433</sup> Hayek, *Decline of the Rule of Law* 1, 520.

<sup>434</sup> Vgl. in dieser Hinsicht auch Hayeks Verständnis von Kants Rechtsstaatstheorie: Nicht habe Kant diese, wie oft behauptet, aus dem kategorischen Imperativ entwickelt, sondern wahrscheinlich habe er den kategorischen Imperativ umgekehrt aus der „rule of law“ entwickelt, indem er letztere, die er bereits gebrauchsfertig vorfand, auf die Moral angewendet habe (Hayek, *The legal and political philosophy of David Hume*, 700). Siehe auch die weiter verbreitete Auffassung, Smiths „*impartial spectator*“ sei eine Vorstufe zum kategorischen Imperativ Kants gewesen, vgl. mit entsprechenden Nachweisen *Aßländer*, Adam Smith, 176.

Konzepts zugunsten eines (deutsch-)kontinentalen „Rechtsstaatlichkeit“-Prinzips bewirkt habe, dem nur mehr an der Rückführung alles staatlichen Handelns an die gesetzgeberische Willensbildung gelegen sei und das dadurch zum Anwachsen des bürokratischen Apparats und schließlich zum totalitären Staat geführt habe (sic!).<sup>435</sup>

Warum aber sieht Hayek in einer „Substantialisierung“ des Gleichheitsprinzips und einer Verschränkung der „rule of law“ mit dem Demokratieprinzip bereits Fehlentwicklungen? Diese Frage ist gleichbedeutend mit jener nach der Funktion der hayekschen „rule of law“. Ihre Beantwortung führt zurück an die oben skizzierte, in der Epistemologie und Ordnungstheorie verortete, Ausgangslage: Die „rule of law“ gewährleistet die Entfaltung der „Großen Gesellschaft“ als spontane Ordnung, indem sie die Anmaßung des Standpunkts ganzheitlichen Wissens durch Einzelne hintanhält und die Koordination partikularen Wissens ermöglicht und befördert, das heißt, sie soll auf der einen Seite die „Arrogation“ des partikularen Standpunkts durch die Regierung und Gesetzgebung verhindern, indem sie sich ihr als Grenze bzw. „Meta-Regel“ vorschreibt, und auf der anderen Seite ein System abstrakter „Regeln gerechten Verhaltens“<sup>436</sup> grundieren, das von den Individuen für ihre Belange angewendet werden und die Kombination ihres Einzelwissens ermöglichen soll. Ausgehend von dieser Grundierung des hayekschen Rechtsmodells in einem „(alt)liberalen“ Verständnis der „rule of law“ lassen sich dessen weitere Elemente und Kennzeichen entwickeln.

### 3.2.2.2. *Regel, nicht Befehl*

Hayek unterscheidet Regeln von Befehlen: Befehle würden regelmäßig auf bestimmte Ergebnisse abzielen und entsprechend bestimmte Handlungen festlegen.

---

<sup>435</sup> Hayek, *Decline of the Rule of Law* 2, 561 ff.

<sup>436</sup> Zum Begriff der Regeln gerechten Verhaltens vgl. etwa Hayek, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 6, 127 ff. oder auch bereits *ders.*, *Die Verfassung der Freiheit*, 81, 130. Zu deren Explikation und Kontextualisierung als im Kern der Rechtskonzeption Hayeks stehende abstrakte privatrechtliche Verhaltensregeln siehe dieses ganze Kapitel. Hayek hat den Begriff wohl von Smith übernommen („Many men behave very decently, and through the whole of their lives avoid any considerable degree of blame, who yet, perhaps, never felt the sentiment upon the propriety of which we found our approbation of their conduct, but acted merely from a regard to what they saw were the *established rules of behaviour*.“ (TMS, III.v.1., meine Hervorhebung)), auch wenn mir keine Stelle bekannt ist, wo der direkte Bezug auf diese Stelle hergestellt wird (siehe aber etwa die Fn 186:9 in Hayek, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 522, wo Smith – allerdings – neben Hume und Kant – als Gewährsmann für den Begriff der Regeln gerechten Verhaltens genannt wird).

Im Gegensatz hierzu würde sich eine Regel auf eine unbekannte Anzahl zukünftiger Fälle und auf die Handlungen einer unbekannt Anzahl von Personen beziehen. Sie würde lediglich gewisse Eigenschaften angeben, die jede solche Handlung aufzuweisen habe.<sup>437</sup>

Damit sind Regeln in der hayekschen Konzeption bereits kompatibler mit der spontanen Ordnung als es Befehle je sein könnten. Es muss aber ein weiteres Kriterium hinzukommen.

### 3.2.2.3. *Abstraktheit der Regeln*

Dieses sieht Hayek in der Abstraktheit. Es scheint ihm adäquat angelegt bereits in der klassischen juristischen Formel von der Anwendbarkeit einer Regel auf eine unbekannte Anzahl zukünftiger Fälle.<sup>438</sup> Er knüpft weitere Kriterien daran an: das bloße Verbot bestimmter Arten des Handelns statt deren Vorschreibens (ihre „Negativität“, siehe gleich unten); den Schutz von bestimmten Sphären, innerhalb deren jeder Einzelne nach Gutdünken handeln kann; die Überprüfung von Regeln auf ihre Verallgemeinerbarkeit hin.<sup>439</sup>

Die Hauptfunktion von abstrakten Regeln würde darin bestehen, „jedem zu sagen, womit er rechnen kann, welche Sach- oder Dienstleistungen er für seine Zwecke nutzen kann und welche Handlungsmöglichkeiten ihm offenstehen“<sup>440</sup>, und sohin auf die Einräumung der gleichen Entscheidungsfreiheit an alle gerichtet sein.<sup>441</sup>

Abstrakte Regeln eröffnen und stecken Handlungsräume ab, ohne dass sie selbst konkrete Zwecke vorgeben. Genauer: Sie ermöglichen Handlungsräume eben, indem sie diese frei von inhaltlichen Handlungsbestimmungen halten.<sup>442</sup> Die Nicht-Instrumentalität abstrakter Regeln zeigt sich auf gesamtheitlicher Ebene auch darin, dass als einziges Ziel kollektiven Bestrebens das Aufrechterhalten abstrakter Ordnung übrig bleibt.<sup>443</sup>

---

<sup>437</sup> Vgl. *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 164; siehe auch bereits *Hayek*, *Die Verfassung der Freiheit*, 178 ff.

<sup>438</sup> Vgl. *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 186, Fn 5. Siehe auch *Hayek*, *Rechtsordnung und Handlungsordnung*, 51 sowie die Fn 20 ebd.

<sup>439</sup> Vgl. *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 186.

<sup>440</sup> *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 187.

<sup>441</sup> Vgl. *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 187.

<sup>442</sup> Vgl. *Hayek*, *Rechtsordnung und Handlungsordnung*, 52. Hayek führt hier auch Kant als Gewährsmann in Treffen, siehe ebd., Fn 21. Die im Kontrast zu dieser Anknüpfung stehenden Differenzen zur kantischen Rechtsphilosophie sollen an späterer Stelle noch herausgearbeitet werden.

<sup>443</sup> Vgl. *Hayek*, *Rechtsordnung und Handlungsordnung*, 44.

#### 3.2.2.4. „Negativismus“

Das Wesen „abstrakten“ Rechts kann in seiner „Negativität“ gesehen werden: Es schreibt nicht Handlungen vor, sondern untersagt sie, gebietet nicht, sondern verbietet. Dies gilt sowohl im Hinblick auf das Handeln der Gesetzgebung als jenes der Privatakteure: Die Einschränkung von Ersterem gewährleistet und schützt die Entfaltung der spontanen Ordnung, jene von Zweitem die Handlungsräume der Einzelnen.

Entsprechend kam Hayek der Gedanke, seine Rechtsphilosophie unter den Leitbegriff des „Negativismus“ zu stellen. Karl Popper gegenüber kündigte er an, das Schlusskapitel seines nächsten Buches mit „The Three Great Negatives: Peace, Justice and Liberty“ (letztendlich dann: „Law, Legislation and Liberty“ bzw. „Recht, Gesetzgebung und Freiheit“ (1973-1979)) betiteln zu wollen. Tatsächlich verwendete er diese Formulierung als Fazit seines Vortrags „Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung“ (1966). „[...] [D]ie Beschränkung der „Zwangsgewalt der Regierung auf die Durchsetzung solcher (als abstrakter Regeln formulierter) Verbote“ sei erforderlich, damit sich die „drei großen Negative [...] Friede, Gerechtigkeit und Freiheit“ verwirklichen könnten.<sup>444</sup> Popper stimmte dem Vorschlag inhaltlich, aber nicht in der Art der Formulierung zu, weil er eine Fehlleitung der Leser befürchtete. Hayek ließ seinen Einfall daraufhin wieder in den Hintergrund treten und konzentrierte sich auf die Begriffe der „abstrakten Ordnung“ und der „Allgemeinheit des Gesetzes“,<sup>445</sup> die er vor allem in dessen Universalisierbarkeit sah.<sup>446</sup> Allerdings begriff er in der Folge dieses Kriterium, das er in der Verallgemeinerungsformel des kategorischen Imperativs Kants artikuliert fand,<sup>447</sup> explizit auch als „Negativ-Test“ für die „Gerechtigkeit“ von Gesetzesregeln, mit dem alle systemimmanenten Widersprüche und Unvereinbarkeiten – und das heißt vor allem auf soziale Gerechtigkeit zielende Bestimmungen – zu tilgen waren.<sup>448</sup>

---

<sup>444</sup> Hayek, Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung, 87; vgl. auch *ders.*, Rechtsordnung und Handlungsordnung, 52 sowie Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs, 186 und Recht, Gesetz und Freiheit, 193-195.

<sup>445</sup> Hennecke, Friedrich August von Hayek, 287 f.

<sup>446</sup> Vgl. etwa Hayek, Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung, 77; siehe auch unten 3.6.5.1.1.; vgl. auch Kläver, Die Verfassung des Marktes, 68.

<sup>447</sup> Vgl. Hayek, Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung, 77; vgl. auch *ders.*, Die Verfassung der Freiheit, 252 sowie; Recht, Gesetz und Freiheit, 178; siehe auch Kukathas, Hayek and Modern Liberalism, 168 f. Auf die kantischen Bezüge Hayeks wird noch zurückzukommen sein, vgl. unten 3.6.5.

<sup>448</sup> Vgl. Hayek, Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs, 186, siehe dort auch die Fn 20; sowie *ders.*, Recht, Gesetz und Freiheit, 193-195 (Unterkapitel mit dem Titel: „Die Bedeutung des negativen Charakters des Ungerechtigkeitsstests“). Hennecke unterschlägt uns diese Stellen und kommt zum überzogenen Schluss, Hayek habe „den Begriff des Negativismus wieder fallen[gelassen]“

### 3.2.2.5. *Nomos, nicht Thesis*

Durch das Kriterium der Universalisierbarkeit, wie sie von Hayek verstanden wird, wird seine Unterscheidung zwischen Befehl und Regel klarer: Unter Ersterem versteht er alles von der Staatsgewalt gesetzte Recht, das bestimmte Zwecke verfolgt. Er bezeichnet dieses auch als „thesis“. Unter einer Regel versteht er im Gegensatz dazu Verhaltensregeln, die den Bereich statthaften Handelns einschränken, ohne ein bestimmtes Handeln festzulegen.<sup>449</sup> Sie können durch den Gesetzgeber erlassen werden, aber auch (und primär) gewohnheitsmäßig zustande kommen. Hayek bezeichnet diese auch als „nomos“.<sup>450</sup>

### 3.2.2.6. *Bevorzugung des „Common Law“ vor dem „Civil Law“*

Aus dem zuvor Gesagten ergibt sich eine Bevorzugung des angelsächsischen „Common Law“ vor dem kontinentaleuropäischen „Civil Law“. Die richterliche Fortbildung des Rechts, die Arbeit mit Präjudizien würde eine evolutionäre Entwicklung des Rechts zu mehr Effizienz über lange Zeiträume ermöglichen und notwendig ein Recht mit Eigenschaften – insbesondere Abstraktheit im oben erwähnten Sinn – hervorbringen, die gesetztes Recht haben könne, aber nicht müsse. Dieses könne genauso versuchen, in den evolutionären Prozess einzugreifen und dadurch Effizienz mindern.<sup>451</sup>

---

(Hennecke, Friedrich August von Hayek, 288). Der Negativ-Test wurde zwar nicht, wie angekündigt, zu einem der „Zentralpunkte“ von „Recht, Gesetz und Freiheit“ (vgl. Hayek, Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs, 186 Fn 20), davon, dass er fallengelassen wurde, kann aber keine Rede sein. Auch auf diesen Negativ-Test wird noch zurückzukommen sein, vgl. unten 3.6.5.1.2. Die Ausrichtung dieses „Tests“ auf die Beseitigung nicht ins System passender Bestimmungen erinnert an das rechtswissenschaftliche Konzept der „Systemwidrigkeit“, das sich allerdings in der Regel auf ein bloßes Lamento beschränkt und nicht die Nicht-Anwendung oder Ungültigkeit einer gewissen Bestimmung zur Folge hat.

<sup>449</sup> In ganz ähnlicher Weise unterscheidet Michael Oakeshott zwischen Regel und Befehl und damit einhergehenden Ordnungstypen. Die „civil association“ ist dabei jene Gesellschaftsformation, die von Regeln bestimmt ist und dadurch die Freiheit ihrer Mitglieder von substantiellen kollektiven Zielen und Bedürfnissen gewährleiste, während die „enterprise association“ auf inhaltliche festgelegte Zwecke ausgerichtet ist, wie sie vor allem in Befehlsform zum Ausdruck kommen (zur Unterscheidung siehe Oakeshott, On Human Conduct, den zweiten Aufsatz bzw. Kapitel „On the Civil Condition“, 108 ff., siehe insb. 114 bzw. 122; siehe dazu weiters Nardin, Michael Oakeshott, dort 4. Civil Association; zum Begriff der „rule“ bzw. Regel siehe Oakeshott, ebd., 124 ff., zum davon abgegrenzten Begriff des „orders“ bzw. Befehls siehe ebd., 124 f.). Auch in der Abgrenzung Hayeks vom Rationalismus findet sich eine Parallele zu Oakeshott, vgl. dazu unten bei 3.3., Fn 512.

<sup>450</sup> Vgl. Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit, 129-131. Die Schmittianische Prägung dieses Begriffs ignoriert Hayek freilich nicht, er reklamiert allerdings für sich die originäre Bedeutung, während Schmitt eine Umdeutung des Ideals zur totalen, konkreten Ordnung vorgenommen habe, vgl. 73 f.

<sup>451</sup> Vgl. Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit, 88 f.

Für Rechtsordnungen des „Civil Law“ postuliert Hayek ein Zurücktreten des Gesetzgebers und eine größere Rolle des Juristenrechts.<sup>452</sup>

### 3.2.2.7. *Bevorzugung des Privatrechts vor dem öffentlichen Recht*

Parallel zur Bevorzugung des „Common Law“ vor dem „Civil Law“ stellt Hayek das Privatrecht vor das öffentliche Recht.<sup>453</sup> Idealerweise sollte es – Hayek knüpft hier auch an Franz Böhms Begriff der Privatrechtsgesellschaft an<sup>454</sup> – in einer liberalen Gesellschaft sogar nur privatrechtliche Verhaltensregeln und überhaupt kein öffentliches Recht geben. Ersteres entspreche einer spontanen *Ordnung* und reiche im Regelfall aus, um jener einen passenden Rahmen zu geben, mit ihr gemeinsam zu evolvieren. Letzteres hingegen korrespondiere der artifiziellen *Organisation* und sei im Normalfall auf die Organisation und Lenkung des Regierungsapparats oder die Strukturierung der auch bei Hayek in der öffentlichen Hand verbleibenden öffentlichen Kompetenzen etwa des Gerichts- und Polizeiwesens zu reduzieren.<sup>455</sup>

Nur in Ausnahmefällen, also in Krisensituationen, Kriegen oder Naturkatastrophen seien temporäre Verwandlungen der Ordnung in eine Organisation qua provisorischer Verdrängung des Privatrechts durch das öffentliche Recht notwendig.<sup>456</sup> Nichts allerdings hält Hayek davon, kontinuierlich durch korrigierende Zwecke in spontane Ordnungen einzuwirken und sieht entsprechende Entwicklungen einer „fortschreitenden Durchdringung und Verdrängung des Privatrechts durch das öffentliche Recht“<sup>457</sup> bzw. einer „Verdrängung der Verhaltensregeln durch Organisationsregeln“<sup>458</sup> mit Sorge.<sup>459</sup>

---

<sup>452</sup> Vgl. *Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit*, 129. Die Aufwertung des Juristenrechts gegenüber dem gesetzten Recht erinnert an die Rechtssoziologie Eugen Ehrlichs: Nach der Auffassung Ehrlichs war das Juristenrecht, dessen Funktion er in der Entnahme und ordnenden Sammlung bereits in den gesellschaftlichen Verhältnissen enthaltener Rechtsnormen sah (vgl. *Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 166), notwendig näher an besagten Verhältnissen, um deren natürliche Entwicklung zu fördern, als der von außen eingreifende Gesetzgeber (vgl. ebd., 163, 166). Darüber hinaus bewegt sich das „lebendige“ Rechtskonzept Ehrlichs freilich näher am schmittianischen Ordnungsdenken, als am Abstraktheitsgebot Hayeks.

<sup>453</sup> Dies bemerkt etwa auch Petersen, vgl. *Petersen, Freiheit unter dem Gesetz*, 42.

<sup>454</sup> Vgl. *Hayek, Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung*, 78; *Böhm, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, 75-151.

<sup>455</sup> Vgl. *Hayek, Rechtsordnung und Handlungsordnung*, 64 ff.; zu letzterem Punkt siehe *Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit*, 361-363; zur Unterscheidung zwischen Ordnung und Organisation siehe *Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit*, 39 sowie oben bei 3.2.1.2.

<sup>456</sup> Dazu vgl. auch *Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit*, 429-431.

<sup>457</sup> *Hayek, Rechtsordnung und Handlungsordnung*, 66.

<sup>458</sup> *Hayek, Rechtsordnung und Handlungsordnung*, 66 f.

<sup>459</sup> Vgl. *Hayek, Rechtsordnung und Handlungsordnung*, 64 ff.

Die Entstehung des öffentlichen Rechts als moderne rechtswissenschaftliche Disziplin zwischen etwa der Mitte und dem Ende des 19. Jahrhunderts, wie sie von Autoren wie Robert von Mohl<sup>460</sup>, Carl Friedrich von Gerber<sup>461</sup> und Otto Mayer<sup>462</sup> dokumentiert und mitvollzogen wird, spielt bei Hayek dementsprechend keine Rolle oder sollte am besten wieder rückgängig gemacht werden.

### 3.2.2.8. Faktizität des Rechts

Hayeks Abwertung des öffentlich steuernden, bewusst gesetzten Rechts reicht vor das Juristen- und Gewohnheitsrecht zurück: Recht sei ursprünglich in Form nichtverbalisierter,

---

<sup>460</sup> Dieser war insbesondere verantwortlich für die Verbreitung des Rechtsstaatsbegriffs in seiner liberalen Prägung. Mohl begreift den Rechtsstaat entsprechend so, dass er die Freiheit des Bürgers als obersten Grundsatz habe (vgl. *Mohl*, Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats 1, 8) und seine Legitimation aus allgemeiner Einstimmung beziehe (vgl. *ders.*, Staatsrecht des Königreichs Württemberg 1, 8 f.), wobei er freilich keine reine oder repräsentative Demokratie, sondern die konstitutionelle Monarchie bzw. „Einherrschaft durch Volksvertreter beschränkt“ für das angemessenste Modell erachtet (vgl. *ebd.*, 17, 21 (Fn 6)). Zur Spezifität einer Wissenschaft des öffentlichen Rechts und ihrer das Verhältnis von Staat und Einzelnem reflektierenden Terminologie hat er allerdings noch wenig beigetragen (so bleibt „Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften“ etwa (bereits, aber nicht nur, aufgrund ihres Charakters einer Monographiensammlung) mehr Stückwerk, und zwar aus rechtshistorischen, -philosophischen und -soziologischen Versatzteilen, denn systematische Darstellung (ähnlich auch die Selbsteinschätzung des Autors, vgl. *ders.*, Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften 1, v ff.)).

<sup>461</sup> Dieser artikulierte ein Ungenügen mit den seinerzeit bestehenden, aus seiner Sicht ausschließlich aus dem Privatrecht stammenden, Ansätzen des Verständnisses von Staatsrecht und forderte demgegenüber, ein gemeinsames deutsches Staatsrecht neu und überhaupt erst zu konstruieren (vgl. Vgl. *Gerber*, Über öffentliche Rechte, 3 ff., zu letzterem Punkt siehe *ebd.*, 11). Die Prinzipien eines solchen Staatsrechts bestimmte er (freilich auch in antiliberaler Ausrichtung, vgl. *Maack*, Gerber, Carl von, 251-253) insbesondere mit der Unterordnung der Einzelnen unter einen allgemeinen Willen (vgl. *ebd.*, 33), der Stellung des Ganzen als Zweck (vgl. *ebd.*, 31) und der Bedeutung von diesbezüglichen Verpflichtungen der Einzelnen (vgl. *ebd.*, 32). Im Unterschied zum Privatrecht gründe sich das Staatsrecht nicht auf die „unmittelbar freie Persönlichkeit“, stelle kein „System freier Möglichkeiten“ dar. Die öffentlichen Rechte seien zwar auch Willensäußerungen, aber solche der Volksverbindung als das Individuum beschränkende und es auf ihre Lebensform bindende Gemeinschaft (vgl. *ebd.*, 35 f.).

<sup>462</sup> Mayer sah seine Aufgabe unter anderem darin, das zu jener Zeit schon weiter fortgeschrittene französische Verwaltungsrecht und dessen Wissenschaft „ins Deutsche zu übersetzen“ (vgl. *Mayer*, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, viii). In der Einleitung der „Theorie des französischen Verwaltungsrechts“ versucht er, die maßgeblichen Begrifflichkeiten zu klären: Ganz allgemein versteht er das Verwaltungsrecht „als Inbegriff der allgemeinen Regeln, mit welchen der verwaltende Staat auf die Einzelnen einwirkt“ (*ebd.*, 17 (im Original in Sperrschrift)). Entscheidend für das Verhältnis zwischen Staat und Einzelnem ist das Verständnis der Verwaltungsrechtswissenschaft gerade *nicht* als System von Befugnissen, denn der Staat „übt nur die eine große Befugnis aus, die er als gesetzgebende und vollziehende Gewalt aus dem Verfassungsrechte mitbringt: die hoheitliche Macht über die Einzelnen“ (*ebd.*, 21). Der Einzelne sei (ähnlich gedacht wie Gerber) „demgegenüber der leidende Teil, dessen Verhältnis zum Staate von diesem einseitig bestimmt wird“ und habe „dem verwaltenden Staate gegenüber von Haus aus keine Befugnisse“ (je *ebd.*, 22). Im auf die erwähnte Schrift bauenden „Deutschen Verwaltungsrecht“ ist für die Verwaltungsrechtswissenschaft wenig darüber Hinausgehendes zu gewinnen, was wohl auch damit zu tun hat, dass Mayer nach wie vor die Rückständigkeit des deutschen Verwaltungsrechts beklagt, das nicht wie das französische, als Resultat einer revolutionären Neuschöpfung, aus einem Guss sei, sondern viele alte Versatzstücke in sich trage (siehe *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, vii; entsprechend allgemein sind die Definitionen von „Staat“ und „Verwaltung“ gehalten, siehe *ebd.*, 1).

unbewusster Verhaltensregeln wirksam gewesen. Damit negiert er die Grenze des Rechts zur bloßen Gewohnheit.

Nichtverbale Regeln würden nur in ihren faktischen Auswirkungen im Verhalten der Handelnden sichtbar. Sie wären einer von vielen faktischen Impulsen, die auf die Handelnden als Neigung oder Hemmung einwirken. Dies würde selbst noch für verbale Regeln gelten.<sup>463</sup>

Auch die Ablehnung des Schlusses vom Sein aufs Sollen wird von Hayek in Frage gestellt: Beide ließen sich jedenfalls konditional verknüpfen. Das Verknüpfungselement ist für ihn voluntativer Natur und hat die Form eines hypothetischen Imperativs: Sobald ein bestimmter faktischer Zustand gewollt wird, lässt er sich unter bestimmte Sollensvoraussetzungen als Mittel seiner Verwirklichung stellen („wenn du dies willst, musst du das tun“).<sup>464</sup>

#### 3.2.2.9 *Evolutionismus*

Die Normativität des Rechts besteht für Hayek allenfalls noch in der Unterscheidung regelgeleiteten Verhaltens zum zweckgerichteten Handeln und also im Voranstellen der Regelgeltung vor individuellen Zielen. Doch würden die Einzelnen auch hier nicht aus moralischen Gründen handeln, sondern nur das Überlebensgebot der Gruppe vollziehen: Regeln hätten sich gewohnheitsmäßig qua Selektion durchgesetzt, weil sie durch die Schaffung von Ordnung und Effizienz die Leistungsfähigkeit einer Gruppe gegenüber anderen erhöhen.<sup>465</sup> Hayek scheint sich damit als Vertreter der biologischen Gruppenselektion zu positionieren.<sup>466</sup>

Allerdings will Hayek sich selbst nicht als Soziobiologen verstanden wissen. Die Soziobiologie gehe nämlich von der irrigen Annahme aus, dass es nur zwei Arten

---

<sup>463</sup> Vgl. Hayek, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 82 f. Hayek ist hier nahe am *Legal Realism*.

<sup>464</sup> Vgl. Hayek, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 83.

<sup>465</sup> Vgl. Hayek, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 77, 83 f., 462. Das Recht erfüllt also eine Dienstleistung, indem es die Einzelnen zu ihrem eigenen Wohl zu effizientem Gruppenverhalten anleitet. Diese Konzeption erscheint als darwinistische Reduktion der Raz'schen Dienstleistungskonzeption des Rechts, derzufolge das Recht dann und dadurch legitim ist, wenn es den Einzelnen Verhaltensregeln vorgibt, die es wahrscheinlicher machen, dass die Einzelnen aus guten, moralischen Gründen handeln, als wenn sie in jeder Situation selbst eine Verhaltensregel aufstellen müssten (vgl. Raz, *The Morality of Freedom*, 53; siehe auch die Wiedergabe bei Marmor, *Philosophy of Law*, 60 ff.).

<sup>466</sup> Der Ablauf eines weiteren „Kampfs ums Dasein“ auf Gruppenebene war bereits von Darwin vermutet worden. Gruppen mit zur Kooperation und Aufopferung bereiten Individuen hätten einen Vorteil gegenüber anderen Gruppen. Nur so vermochte er, sich zu erklären, warum es Menschen mit altruistischen Charaktereigenschaften gibt (vgl. Darwin, *Die Abstammung des Menschen*, 169 f.).

menschlicher Werte, nämlich „primäre“ und „sekundäre“ gebe, wobei mit dem ersten Ausdruck die genetisch bestimmten und daher angeborenen, mit dem zweiten die Produkte rationalen Denken gemeint seien. Hayek zufolge würde darüber der Vorgang kultureller Evolution vergessen oder jedenfalls nicht adäquat erfasst.<sup>467</sup> Er begreift sie als „Tradition erlernter Verhaltensregeln, die niemals »erfunden« wurden und deren Funktionen die handelnden Personen für gewöhnlich nicht verstehen“<sup>468</sup> und die sich adäquat nur in einer dritten Kategorie erfassen ließen.<sup>469</sup>

Damit widerspricht Hayek aber seiner eigenen Verankerung der Evolution von Regeln in der genetischen Gruppenselektion. Tatsächlich vertritt er an anderer Stelle ein adäquateres Verständnis von einer nicht nach genetischen, sondern *nach eigenen Gesetzen ablaufenden Evolution des Rechts*. Als *kulturelle Evolution*, so führt Hayek unter Anknüpfung bei Julian Huxley zunächst aus, würde sie sich radikal von der biologischen Evolution unterscheiden, nach eigenen Gesetzen, Mechanismen und Modalitäten funktionieren. Als Unterschiede erwähnt er: Die Kulturentwicklung beruhe erstens auf einer Übertragung „erworbener Merkmale“, simuliere sohin einen in der Biologie mittlerweile ausgeschlossenen<sup>470</sup> Lamarckismus, bewirke zweitens die Übermittlung von Gewohnheiten und Informationen nicht nur der leiblichen Eltern, sondern einer unbestimmten Zahl von Vorfahren und vollziehe sich drittens ungleich rascher als die biologische Evolution.<sup>471</sup> Den zentralen Übertragungsmechanismus der kulturellen Evolution sieht Hayek dabei in der Imitation<sup>472, 473</sup>.

---

<sup>467</sup> Vgl. Hayek, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 460 f.

<sup>468</sup> Hayek, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 462

<sup>469</sup> Zu letzterem Punkt siehe gleich unten 3.2.2.10.

<sup>470</sup> Vgl. aber z.B.: N.N., Epigenetik, [https://www.wissensschau.de/genom/epigenetik\\_lamarck\\_evolution.php](https://www.wissensschau.de/genom/epigenetik_lamarck_evolution.php) (aufgerufen am 11.12.2018).

<sup>471</sup> Vgl. Hayek, *Die verhängnisvolle Anmaßung*, 22 f.; vgl. auch Hayek, *Nature v. Nurture Once Again*, 291.

<sup>472</sup> Vgl. Hayek, *Die verhängnisvolle Anmaßung*, 18.

<sup>473</sup> Was Hayek nicht klar sieht und worin vielleicht der Grund seiner inkonsequenten Vermischung von kultureller Evolution und biologischer Gruppenselektion besteht, ist der dem Konzept der kulturellen Evolution inhärente Evolutionsträger, das heißt die Einheit, für welche sich Vorteile im Hinblick auf ihre Reproduktion ergeben. Genauso wie die biologische Evolution konsequent zu Ende gedacht ihren eigentlichen Träger im Gen selbst hat, für welchen das stoffliche und vergängliche Lebewesen bloß das Instrument seiner (potentiell unendlichen) Reproduktion darstellt, so lässt sich der Träger der kulturellen Evolution als „Mem“ im Sinne einer „zweckmäßigen“ Kultureinheit begreifen, dem die Eigenschaften nicht nur der Langlebigkeit und Fruchtbarkeit (das heißt Reproduktionsmöglichkeit), sondern auch Wiedergabetreue zukommen (vgl. Dawkins, *Das egoistische Gen*, 321 ff.). Der Erfolg eines „Mems“, worunter man mit Hayek etwa das Privateigentum begreifen könnte, lässt sich an sich entkoppeln von jenem der nach ihm lebenden Organismen. Es ist nur darauf angewiesen, dass es im Vergleich zu anderen Memen und im Hinblick auf die vorherrschende Umwelt möglichst erfolgreich in seiner Verbreitung ist. Das impliziert zwar, dass möglichst viele Organismen nach ihm leben sollten, ihre Lebensdauer und ihr eigener Reproduktionserfolg ist aber an sich nicht maßgeblich.

Kompatibel mit dem skizzierten Verständnis kultureller Evolution Hayeks ist ein kybernetisches Modell der Rückkopplungsprozesse. Dieses vertritt Hayek an wiederum anderer Stelle, wo er den Selektionsdruck auf Regeln in erster Linie durch die bereits bestehende rechtliche Ordnung bewirkt sieht, welche einzelnen Regeln immer schon vorausgehe und in welcher sie sich zu bewähren hätten: „Neue Regeln werden sich stets innerhalb solch einer schon mehr oder weniger hinlänglich funktionierenden Ordnung bilden; und in jedem Stadium läßt sich die Brauchbarkeit einer einzelnen Regel nur als Teil solch eines funktionierenden Systems beurteilen.“<sup>474</sup>.

Interessant ist nun das Verhältnis der biologischen zur kulturellen Evolution. Dieses läßt sich bei Hayek tatsächlich so rekonstruieren, dass sich *aus beiden Mechanismen zueinander in Konflikt stehende Verhaltensweisen* entwickeln: Aus der biologischen Evolution entstünde kollektivistisches und durchaus altruistisches Verhalten, wie es sich in Generationen archaischer Stammesgesellschaften bewährt habe. Aus der kulturellen Evolution entwickle sich hingegen eigennütziges und rationales Verhalten, wie es das abstrakte Regelsystem der „Großen Gesellschaft“ erfordere. Die *zweite Evolution* „*überschreibt*“ und verdrängt nun die *erstere*<sup>475</sup>, initiiert einen Prozess, der für Menschen, die mit den konfligierenden Verhaltensimpulsen aus beiden Evolutionssystemen konfrontiert sind, durchaus schmerzhaft sei, insofern er, soll sich der zweite Prozess durchsetzen, zu einer Unterdrückung dessen führe, das wir schon genetisch in uns hätten: altruistische Impulse einer kollektivistischen Sozialmoral.<sup>476</sup> Wir würden „*durchaus [unseren] Wünschen zum Trotz sozialisiert*“<sup>477</sup>.<sup>478</sup>

---

<sup>474</sup> Hayek, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 173; zur Anknüpfung an der Kybernetik ebd., vgl. auch 465 f.

<sup>475</sup> Vgl. Naomi Beck, *Hayek and the evolution of capitalism*, 70.

<sup>476</sup> Vgl. Hennecke, Friedrich August von Hayek, 365 f.; vgl. Hayek, *Die verhängnisvolle Anmaßung*, 14 ff.

<sup>477</sup> Hayek, *Die Verfassung der Freiheit*, 475 (Hervorhebung durch Hayek).

<sup>478</sup> Damit lässt sich Hayeks Evolutionsverständnis des Rechts insgesamt aber durchaus in soziobiologischem Vokabular aufschlüsseln: In der Soziobiologie wird die Eigengesetzlichkeit kultureller Evolution(en) nämlich mitunter zugestanden. Hierbei könne es zu einem Wettkampf bzw. „arms race“ (Boyd/Richerson, *Culture and the Evolutionary Process*, 191) zwischen biologischer und kultureller Evolution kommen (vgl. ein diesbezügliches Modell, Boyd/Richerson, *Culture and the Evolutionary Process*, 194 ff.) der darüber entscheidet, welche Evolutionsmechanik die vorherrschende im Hinblick auf die Formung und Reproduktion von Strukturen ist. Die vorherrschende „versklavt“ dabei die unterlegene, das heißt, macht sich diese für die eigene Entwicklung zunutze, indem sie als selektierende Umwelt evolutionären Druck auf sie ausübt. In der hayekschen Theorie ist es eben die kulturelle Evolution, welche den Kampf gegen die natürliche für sich entschieden habe – und entscheiden solle. Sie operiert qua Eigentum und Tauschkontrakte und versucht, auf der einen Seite entgegenstehende rationale Konstrukte zu verdrängen, auf der anderen Seite, die biologischen Dispositionen zu „versklaven“ (zu Affinitäten und Unterschieden zwischen dem Modell Hayeks und dem soziobiologischen Boyds und Richersons, vgl. auch Naomi Beck, *Hayek and the evolution of capitalism*, 67, 70, 72, 74, 93, 110, 115).

Eigennütziges Verhalten ist diesem Evolutionsverständnis zufolge also kein Produkt der biologischen, sondern erst der sie verdrängenden kulturellen Evolution. Eine ganz maßgebliche Rolle nimmt dabei das Recht ein als System eben nicht inhaltlich-konkreter, sondern formal-abstrakter Verhaltensregeln ein. Es ist Bedingung der Möglichkeit, damit sich der Prozess einer *zu Eigennutzen und Rationalität drängenden evolutionären Abrichtung* vollziehen kann.<sup>479</sup>

Grund dafür, dass sich das Recht als abstrakte Ordnung evolutionär durchsetzt, ist also letztendlich seine *wirtschaftliche*<sup>480</sup> Vorteilhaftigkeit gegenüber anderen (inhaltlich bestimmten, gerechtigkeitsorientierten) Regelsystemen, wofür gerade die Abrichtung zu rationalen Verhaltensweisen entscheidend ist.

### 3.2.2.10. *Nicht natürlich, nicht künstlich*

Das Fazit Hayeks für das Wesen der Kultur aus ihrem evolutionären Verständnis aber lautet: „*Kultur ist weder natürlich noch künstlich, weder genetisch übertragen noch rational geplant.*“<sup>481</sup>

Damit ist auch das Wesen des Rechts als System abstrakter Verhaltensregeln bezeichnet: Weder hat es sich natürlich im Sinne einer biologischen Evolution entwickelt, noch wurde es künstlich im Sinne eines rationalen Artefakts entwickelt,<sup>482</sup> sondern fällt es in eine mittlere Kategorie ungeplanter Ordnungen und Regelmäßigkeiten.<sup>483</sup> Diese kommt Hayek zufolge adäquat in der Formel Fergusons zum Ausdruck, die Einrichtungen von Völkern seien „*Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs.*“<sup>484</sup> Der

---

<sup>479</sup> Vgl. auch Hayek, Die Verfassung der Freiheit, 76.

<sup>480</sup> Evolutionärer „Vorteil“, so Hayek, bedeute im Wesentlichen die „[höchstmögliche] Ökonomie des Mitteleinsatzes“, die „maximale Mittelverwendung“ (Hayek, Die verhängnisvolle Anmaßung, 11; Hayek zitiert hier selbst aus Howards Buch über Darwin (vgl. Howard, Darwin, 83) und stellt fest, dass das Kriterium wirtschaftlicher Effizienz für die kulturelle genauso wie die biologische gelte).

<sup>481</sup> Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit, 462 (Hervorhebung im Original).

<sup>482</sup> Vgl. Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit, 464.

<sup>483</sup> Vgl. Hayek, Die Ergebnisse menschlichen Handelns, 179; siehe auch Hennecke, Friedrich August von Hayek, 292, sowie weiters Ullmann-Margalit, Invisible-Hand Explanations, 124.

<sup>484</sup> Ferguson, An Essay on the History of Civil Society, 205. Mit diesem Zitat hat Hayek einen Aufsatz von 1967 betitelt. In diesem führt er die Schwierigkeiten in der adäquaten Wesensbeschreibung des Rechts bis in die Probleme mit den Verwirrungen um den Naturrechtsbegriff hinein auf die in der griechischen Antike durch die Sophisten getroffene dichotomische Unterscheidung aller Erscheinungen in „natürliche“ (*physei*) und „künstliche“ (*thesei oder nomō*) zurück, welche über die Vermittlung durch Aristoteles zu einem integralen Bestandteil europäischen Denkens geworden sei. Vgl. Hayek, Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs, 178.

Linguist Rudi Keller hat für derartige Einrichtungen den Begriff der „Phänomene dritten Art“ entwickelt.<sup>485</sup>

Das Wesen dieser Kategorie als einer mittleren, einer wesentlich *zwischen* den Kategorien des „Natürlichen“ und „Künstlichen“ liegenden, wird für die Erhellung von Hayeks Rechtstheorie noch fruchtbar zu machen sein.

### 3.2.2.11. *Spielregeln für den Wettbewerb*

Die dem Recht aufgrund seiner „nicht künstlichen“ Qualität im Sinne einer planvollen Steuerung nicht zukommende Normativität (sie beschränkt sich auf das Formale, das heißt die Absteckung von Handlungsbereichen) wird bei Hayek auf eine andere Instanz verlagert: den Preismechanismus. Er gibt an, wohin spezifisch die menschlichen Bemühungen gerichtet werden *sollen*, damit sie entsprechende Wünsche und Präferenzen abdecken und sich der Güterstrom vermehrt<sup>486</sup>, sich die zur Verteilung verfügbare Gesamtmenge vergrößert.<sup>487</sup> Durch das In-Aussicht-stellen von Gewinnmöglichkeiten leitet er das Spiel des wirtschaftlichen Wettbewerbs an. Dieser sei teils Geschicklichkeits-, teils Glücksspiel<sup>488</sup> und wird von Hayek als „Katallaxie“ bezeichnet.<sup>489</sup> Über seine Teilnahme daran begeben sich der Einzelne in ein Entdeckungsverfahren der Entwicklung und Anwendung seiner Fähigkeiten und Talente. Das Recht stelle nur die Rahmenbedingungen für dieses Wettbewerbsspiel zur Verfügung. Es habe – auch weil das

---

<sup>485</sup> Vgl. Keller, Sprachwandel. Von der unsichtbaren Hand in der Sprache, 87 ff. Als Fehlgriff ist es hingegen zu werten, wenn Hayek an Poppers „Welt 3“ anknüpfen möchte (vgl. Hayek, Einzelwissen und Gesamtordnung, 194; Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit, 464). Poppers Konzept (vgl. Popper, Three Worlds) stammt aus der von Gottlob Frege begründeten Drei-Welten-Lehre, in welcher neben die physikalische Welt und jene psychologisch zu fassender Bewusstseinsinhalte (Gefühle, Empfindungen, subjektive Vorstellungen) eine dritte objektiver Gedankengehalte gestellt wird (vgl. Frege, Der Gedanke, 30-53). Die letzte Kategorie, in welche etwa mathematische Sätze fallen, ist deshalb notwendig, weil ohne sie intersubjektive Verhältnisse zwischen Menschen nicht denkbar wären. Es geht sohin ersichtlich um eine völlig andere Problemstellung als bei Hayek. Bezeichnenderweise wäre der in seiner Kategorisierung der zweiten Welt zugeordnete Bezirk des Artifizialen und Rationalen in der Lehre von Frege und, ihm folgend, Popper, korrekterweise gerade der „Welt 3“ zuzuordnen.

<sup>486</sup> Vgl. Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit, 267.

<sup>487</sup> Vgl. Hayek, Rechtsordnung und Handlungsordnung, 43.

<sup>488</sup> Vgl. Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit, 222. Siehe auch Hayek, Rechtsordnung und Handlungsordnung, 43.

<sup>489</sup> Vgl. Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit, 222. An dieser Stelle ist es tatsächlich der Wettbewerb selbst, den Hayek mit diesem Begriff belegt. Siehe aber gleich unten Fn 498. Wohl jedenfalls nicht gemeint ist, wie es Petersen vorzubringen scheint, die Gesetzesfindung als Entdeckungsverfahren und eine darauf aufbauende Optimierung der Gesetzgebung (vgl. Petersen, Freiheit unter dem Gesetz, 26 ff.). Denn Hayeks Rechtskonzeption und das damit zusammenhängende Wettbewerbsspiel bauen gerade auf die Indisponibilität der bewährten Verhaltensregeln auf, siehe Hayek, The Legal and Political Philosophy of David Hume, 699 f.

Glücksmoment nicht zu tilgen sei – nicht Gerechtigkeit zu schaffen<sup>490</sup>, sondern lediglich den reibungslosen Ablauf des Spiels zu gewährleisten.<sup>491</sup>

Als Spiel ist der Wettbewerb kein Naturereignis,<sup>492</sup> sondern Kulturererscheinung.<sup>493</sup> Er bedarf daher der Kultivierung, eben der Einhegung<sup>494</sup> durch Regeln. Mit Hilfe dieser muss er nicht nur aufrechterhalten und gewährleistet,<sup>495</sup> sondern überhaupt erst in Gang gesetzt werden. Ohne abstrakte Verhaltensregeln gäbe es bei Hayek keinen Wettbewerb.<sup>496</sup> Erst diese führen weg vom vorgestellten kollektiven Urzustand. Wenn das Wettbewerbsspiel allerdings erstmal in Gang gesetzt und sein rechtlicher Rahmen stabil ist, sind Eingriffe möglichst zu vermeiden.<sup>497</sup> Die katallaktische bzw. spontane Ordnung<sup>498</sup> ist dann bereits daran, sich zu realisieren und dabei möglichst wenig zu stören.<sup>499</sup>

### 3.2.2.12. *Liberalismus vor Demokratie*

Die Abwicklung des von Hayek postulierten Wettbewerbsspiels setzt eine gewisse Staatskonzeption voraus. Sie besteht im Wesentlichen darin, das Prinzip individueller

---

<sup>490</sup> Vgl. *Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit*, 448.

<sup>491</sup> Die Auffassung des Rechts als System von Spielregeln ist freilich nicht auf Hayek beschränkt. Sie wird, jedenfalls als Analogie, beispielsweise von Marmor und Hart verwendet (vgl. Marmor, *Philosophy of Law*, 46, 82; siehe Hart, *The Concept of Law*, 9, 40). Mit Marmor teilt Hayek auch das Verständnis des Rechts als konstitutive und koordinierende Instanz, die das Spiel schafft und koordiniert (vgl. Marmor, *Philosophy of Law*, 79, 82). Während Marmor die Gründe für die Teilnahme am Spiel an moralisch-politische Erörterungen verweist (vgl. Marmor, *Philosophy of Law*, 82 f.), liegen sie bei Hayek in der Entdeckung von gesellschaftlich gefragten Fähigkeiten und die Vermehrung des Güterstroms. Normative Instanz ist eben nicht vorrangig das eigene Gewissen, sondern der gesellschaftlichen Nutzen indizierende Preismechanismus.

<sup>492</sup> Vgl. zutreffend auch *Mestmäcker, Gesellschaft und Recht bei David Hume und Friedrich A. von Hayek*, 96.

<sup>493</sup> Siehe grundlegend *Huizinga, Homo Ludens. Vom Ursprung der Kultur im Spiel*, 9.

<sup>494</sup> Slobodian verwendet den Begriff des „encasement“, vgl. *Slobodian, Globalists*, 13.

<sup>495</sup> Vgl. *Mestmäcker, Gesellschaft und Recht bei David Hume und Friedrich A. von Hayek*, 96.

<sup>496</sup> Aus dem Grund des Erfordernisses des Aufstellens, Erhaltens und Durchsetzens dieser Regeln hält Hayek den Begriff des „Laissez-faire“ auch für unpassend und bedenklich, weil irreführend (vgl. *Hayek, Der Weg zur Knechtschaft*, 111).

<sup>497</sup> Slobodian hat insofern nur bedingt recht, wenn er ausführt: „Dominium is not a space of laissez-faire or noninterventionism but is instead an object of constant maintenance, litigation, design, and care.“ (*Slobodian, Globalists*, 12). Richtig ist daran, dass Hayeks Rechts- und Gesellschaftskonzeption einer Rahmung durch abstrakte Verhaltensregeln bedarf und eine gewisse Revision und Korrektur durch die Gesetzgebung (vgl. *Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit*, 91, 420) erfolgen soll, die sich aber im Wesentlichen auf die Anwendung eines „Negativ-Tests“ im Hinblick auf die Systemkonformität der Regeln beschränkt (vgl. ebd., 91, 193-195). Denn letztere sind nicht etwa einer bewussten Gestaltung, etwa auf ihre wirtschaftliche Optimierung hin, zu unterziehen. Sie sind in ihrer genealogischen Rekonstruktion aus Gesichtspunkten wirtschaftlicher Effizienz und Maximierung zu erklären, aber nicht laufend durch diese zu modifizieren. Dieser Punkt unterscheidet, wie Mestmäcker richtig gezeigt hat, den Zugang Hayeks von jenem Posners (vgl. *Mestmäcker, A Theory without Law*).

<sup>498</sup> Vgl. *Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit*, 259 ff.; *Hayek, Competition as a Discovery Procedure*. An diesen Stellen versteht Hayek unter Katallaxie die durch das Wettbewerbsspiel entstehende Ordnung.

<sup>499</sup> Die „Planung zum Zwecke des Wettbewerbs“, von der Hayek einmal spricht (*Hayek, Der Weg zur Knechtschaft*, 66), beschränkt sich im Wesentlichen genau auf die Bereitstellung und Erhaltung des hier beschriebenen rechtlichen Rahmens. Vgl. dazu auch *Valderrama, Planning for Freedom*, 88-105.

Freiheit vor dem politischen Arrangement zu priorisieren.<sup>500</sup> Freiheitsrechte haben ihren Grund und Prüfmaßstab nicht im demokratischen Zustandekommen, sondern die Demokratie muss sich umgekehrt an ihrer Dienstbarkeit für die Verwirklichung individueller, privater (und das bedeutet hier vor allem: wirtschaftlicher) Freiheit messen lassen.<sup>501</sup>

Hayek spricht im Allgemeinen von „wohlerworbenen Rechten“ der Individuen, die von Übergriffen vonseiten des Staats zu schützen seien.<sup>502</sup> Darunter werden gemeinhin Rechte mit erhöhtem Bestandsschutz verstanden. Das staatliche Handeln hat sich auf die Abstimmung und Abgrenzung der damit gegebenen Freiheitssphären qua Verhaltensregeln zu beschränken.<sup>503</sup>

Explizit fordert Hayek auch eine Einschränkung der Demokratie.<sup>504</sup> Diese besteht unter anderem in der Schaffung eines zweiten Parlaments, deren auf Personen eines gewissen Alters und Renommées beschränkte Vertreter nur in langen Abständen von 15 Jahren gewählt werden können und das sich ausschließlich der Ordnung und Revision allgemeiner Verhaltensregeln anzunehmen sowie das erste, die Regierungsgeschäfte besorgende, Parlament zu kontrollieren hat.<sup>505</sup> Darüber hinaus fordert Hayek eine weitgehende Dezentralisierung der Entscheidungskompetenz zugunsten lokaler Instanzen, die zwar der Kontrolle des zweiten Parlaments unterliegen sollen, aber deren demokratisches Zustandekommen nicht als Kriterium genannt wird.<sup>506</sup> Die Einschränkungen der Demokratie begründet Hayek damit, dass sie zum bloßen Spielball von Gruppeninteressen, also Lobbyismus, verkommen sei.<sup>507</sup> Der sachliche Grund für die Beschränkung liegt indes

---

<sup>500</sup> Vgl. beispielsweise *Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit*, 458.

<sup>501</sup> Siehe auch *Hayek, Die Verfassung der Freiheit*, 125 ff. Damit ist allerdings nicht eine (zumindest als Prüfmaßstab dienende) historisch-tatsächliche Vorstellung eines liberalen Naturzustandes vor der Staatsgründung im Locke'schen Sinne („life, liberty, property“), wie sie auch in die amerikanische Verfassung übernommen wurde, aufgerufen. In der hayekschen und neoliberalen Theorie ist ein produktives, „marktpolitisches“ Moment angelegt, das erst zu Hervorbringung der marktwirtschaftlich handelnden Individuen führt. Auf dieses wird noch zurückzukommen sein.

<sup>502</sup> Vgl. *Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit*, 438.

<sup>503</sup> Vgl. *Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit*, 436.

<sup>504</sup> Vgl. *Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit*, 405.

<sup>505</sup> Vgl. *Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit*, 417 ff.

<sup>506</sup> Vgl. *Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit*, 439.

<sup>507</sup> Vgl. *Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit*, 405 f. Das Problem der Interessengruppen für die Demokratie wurde freilich nicht erst von Hayek bearbeitet. Berühmt ist die – sozusagen in den Geburtsjahren der modernen Demokratie abgefasste – Abhandlung Madisons im zehnten Essay der *Federalist Papers*. Die Schlussfolgerung ist allerdings eine ganz andere: Die moderne Demokratie sei den Interessengruppen nicht in verkommener Weise ausgeliefert, sondern behalte ihre eigenen Mittel bereit, um sich adäquat zur Wehr zu setzen: ein sich qua Ausleseverfahren (schon wieder Selektion!) aus Menschen mit solidem Wissen, ausreichender Erfahrung und Bereitschaft zur Deliberation zusammensetzendes Repräsentativsystem und

eher in der Sorge um mögliche für die Abwicklung des Wettbewerbs kontraproduktive Zielmaßnahmen vonseiten der Politik.<sup>508</sup>

### 3.2.2.13. Markt vor Sozialstaatlichkeit

Aus allen bereits abgehandelten Punkten der hayekschen Rechtskonzeption ergibt sich, was Hayek auch explizit klarstellt: Für sozialstaatliche Eingriffe aus Gerechtigkeitserwägungen ist kein Platz. Diese würden das Wettbewerbsspiel nur verzerren, die Einzelnen in falsche (vom gesellschaftlichen Nutzen abweichende) Bahnen führen und den Güterstrom behindern.<sup>509</sup>

In Verbindung damit bzw. eben aus Effizienzgründen tritt Hayek für eine fast allumfassende Privatisierung staatlicher Dienstleistungen ein: so der Bildung, des Nachrichtenwesens, der öffentlichen Versorgungsbetriebe, der Sozialversicherungen und auch der Geldschöpfung<sup>510</sup>. Lediglich die Wahrung und Durchsetzung des Rechts sowie Polizei und Militär sollen in der staatlichen Kompetenz verbleiben.<sup>511</sup>

## 3.3. Theoretische Rekonstruktion des „Ausgangspunkts“ des hayekschen Rechts

Nachdem die hayeksche Rechtskonzeption nun überblicksmäßig dargestellt wurde, ist zur Rekonstruktion ihrer maßgeblichen normativen Gehalte überzugehen. Bei Hayek gibt es zwar keine Transformation derselben innerhalb seines Werks wie bei Jhering, aber einen außerhalb desselben liegenden „Ausgangspunkt“. Dieser ist, in der Abgrenzung Hayeks davon, konstitutiv für die normativen Ansprüche des von ihm affirmativ vertretenen Theoriemodells. Er besteht in den rationalistischen, konstruktivistischen und utilitaristischen Staats- und Rechtstheorien<sup>512</sup>, die deshalb nach ihren von Hayek für falsch

---

eine die Bildung von zu engen Interessenklüngeln große flächenmäßige Ausdehnung (vgl. *Madison*, *Federalist No. 10*). Ob Madison zu optimistisch war, kann hier dahingestellt bleiben.

<sup>508</sup> Vgl. beispielsweise *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 448. Anderer Ansicht war Hayek hingegen noch im „Weg zur Knechtschaft“. Hier hielt er die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs für „sehr wohl vereinbar“ mit einem gar „ausgedehnten System der Sozialfürsorge“ (*ders.*, *Der Weg zur Knechtschaft*, 60).

<sup>509</sup> Vgl. die Argumentation bei *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 448.

<sup>510</sup> Ein kleiner Seitenhieb auf sich links wählende Enthusiasten der Cryptocurrency-Szene, die hiermit als Vollstrecker hayekscher Ideologie ausgewiesen sind, kann an dieser Stelle nicht unterdrückt werden.

<sup>511</sup> Vgl. *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 454.

<sup>512</sup> In ähnlicher Weise wie bei Hayek dient der Rationalismus auch der politischen Philosophie von Michael Oakeshott als Negativfolie, von der sie sich kritisch abhebt. Wie Hayek die „gefährlichen Anmaßung“ und den „falschen Individualismus“ des Rationalismus und Konstruktivismus, rügt er die rationalistische Moralität sich nur aus eigenen vernünftigen Entscheidungen ableitenden Menschen und Gesellschaften

erachteten Ansprüchen und Vorannahmen zu rekonstruieren sind. Eine ihrer wesentlichen Vorannahmen besteht Hayek zufolge in der Überschätzung menschlicher Vernunft und Planungsvermögens. Dieser setzt er seine eigene Bewusstseinstheorie gegenüber, weshalb hier mit einem kleinen Exkurs zu dieser beginnen ist.

### 3.3.1. Hayeks Bewusstseinstheorie

Noch als Student in den 1920er Jahren hatte Hayek, der sich zeitlebens für Psychologie interessierte und wohl auch als Ökonom für einen verkappten Psychologen hielt<sup>513</sup>, der sich für das falsche Fach entschieden hatte,<sup>514</sup> die oben schon erwähnte, mit „The Sensory Order“ betitelte, Studie zur Struktur und Ordnung des menschlichen Wahrnehmungsapparats verfasst.

Hayek vertritt in dieser einen strengen *Physikalismus*. Er begreift die Sinnesverarbeitung als rein physiologischen Prozess und möchte selbst die Bewusstseinsbildung als ganze allein aus diesem erklären.<sup>515</sup> Das Bewusstsein ist dabei, in der englisch-empirischen Tradition, als „tabula rasa“ gedacht.<sup>516</sup>

Hayek unterscheidet drei Ordnungen: Die physikalische der äußeren Welt, die neuronale der Nervenfasern des Gehirns und schließlich die mentale der Empfindungen. Die sich in der dritten Ordnung bildenden Bewusstseinsgehalte wären dabei immer schon Akte der Interpretation und Klassifikation,<sup>517</sup> ließen sich auf feststehende Qualitäten wahrer externer Realität genauso wenig zurückführen wie auf ihnen inhärente Eigenschaften und würden alleine durch ihre relative Position im System der neuronalen Verbindungen bestimmt.<sup>518</sup>

---

(„self-made man“ und „self-made society“) als „Idolatrie“. Ohne das sie umgebende Gallert der Erfahrungen und Traditionen würden moralische Ideale nämlich zu nutzlosen und willkürlichen Vernunftwahrheiten vertrocknen (vgl. *Oakeshott*, *Rationalism in Politics*, 1-36, siehe insbesondere 35 f.; siehe weiters auch *Nardin*, *Michael Oakeshott*, dort 3. Rationality and Rationalism).

<sup>513</sup> Quasi eine Parallele zu Nietzsche, dort der Philosoph als „Psycholog“ (vgl. z.B. *Ecce Homo*, 371: „Wer war überhaupt vor mir unter den Philosophen Psycholog [...]“?), hier der Ökonom als Bewusstseinstheoretiker. Zu Affinitäten zwischen Nietzsche und Hayek vgl. noch unten 3.6.7.2.

<sup>514</sup> „I chose economics, perhaps wrongly; the fascination of physiological psychology never quite left me“ (Hayek, *The Sensory Order after 25 Years*, 384; Mahoney/Weimer, *Friedrich A (1899–1992)*, 63; vgl. auch *Marsh*, *Hayek, Cognitive Scientist Avant la Lettre*, 130 f.).

<sup>515</sup> „In fact, sensory physiology and sensory psychology are to a great extent indistinguishable.“ (*Klüver*, *Introduction to The Sensory Order*, xvii)

<sup>516</sup> Vgl. schon *Locke*, *An Essay Concerning Human Understanding*, 104: „All ideas come from sensation or reflection. Let us then suppose the mind to be, as we say, white paper, void of all characters, without any ideas: – How comes it to be furnished? Whence comes it by that vast store which the busy and boundless fancy of man has painted on it with an almost endless variety? Whence has it all the materials of reason and knowledge? To this I answer, in one word, from experience.“

<sup>517</sup> Vgl. *Hayek*, *The Sensory Order*, 48; vgl. auch *Klüver*, *Introduction to The Sensory Order*, xviii.

<sup>518</sup> Vgl. *Hayek*, *The Sensory Order*, 53.

Das approximative Verhältnis der neuronalen Verbindungen (und der zu ihnen isomorphen Bewusstseinsgehalte) zur äußeren Realität hat Hayek auch mit einer Landkarte („map“) von sehr unvollständigem und dauernden Veränderungen und Anpassungen unterworfenem Charakter verglichen.<sup>519</sup>

Das lässt immerhin die Möglichkeit offen, dass die „Karte“ eine relative Vollständigkeit erreicht. Aber kann das einzelne Bewusstsein darauf hinwirken? Nein, denn: „The system of »The Sensory Order« leaves no apparent room for planning, for self-control and for the deliberate self-shaping of the conscious subject.“<sup>520</sup> In der kausalen Bewusstseinstheorie Hayeks sind die mentalen Prozesse ganz von den äußeren Reizen und Strukturen bestimmt. Was kann dann die Vervollständigung ihrer Gehalte bewirken? In der hayekeschen Konzeption nichts anderes als der Markt.<sup>521</sup> Die Tauschprozesse sind es, die hier das Bündeln und Kombinieren der singulären Bewusstseinsgehalte zur Vollständigkeit des „gesellschaftlichen Bewusstseins“<sup>522</sup> besorgen. Was man gemeinhin als subjektives Bewusstsein versteht, entsteht nämlich bei Hayek erst, allerdings als „subjektloses“ Bewusstsein,<sup>523</sup> auf dieser Ebene. Das individuelle Bewusstsein hat für dieses nur instrumentellen Wert.<sup>524</sup>

Das ist keinesfalls, wie von Forsyth behauptet, Ausdruck eines bizarren Liberalismus.<sup>525</sup> Im Gegenteil *ist* (wie im weiteren Verlauf dieser Arbeit auch noch zu sehen sein wird) der klassische Liberalismus, auf den sich Hayek beruft, tatsächlich ein Naturalismus<sup>526</sup> bzw. Physikalismus<sup>527</sup> und die hayeksche Bewusstseinstheorie als dessen nahezu perfektes Komplement in diesen integriert.

---

<sup>519</sup> Vgl. *Hayek*, *The Sensory Order*, 109 ff.

<sup>520</sup> *Barry Smith*, *The Connectionist Mind: A Study of Hayekian Psychology*, 233.

<sup>521</sup> Vgl. auch *Marsh*, *Hayek: Cognitive Scientist Avant la Lettre*, 130 (mit einer Fülle an Belegen aus der Sekundärliteratur): „That Hayek’s view of the mind and his view of the market have strong similarities and continuities has been noticed by many“.

<sup>522</sup> Vgl. *Hayek*, *Economics and Knowledge*, 52.

<sup>523</sup> Diese Charakterisierung verdanke ich einer Bemerkung von Prof. Somek. Zu einem ähnlichen Schluss kommt etwa *Slobodian* „The vanishing of the subject is consistent with system theory in general, where the system itself becomes the protagonist. As one scholar puts it, »the seat of causality« in Hayek’s framework is not the individual but »appears to be the entire web or network.« Another goes even farther, saying that »the only subject is at the level of the whole system of humanity and history«“ (*Slobodian*, *Globalists*, 232; bei den von *Slobodian* zitierten Stelle handelt es sich um *Fleetwood*, *Hayek’s Political Economy*, 112 bzw. *Dupuy*, *The Autonomy of Social Reality*, 79). Vgl. auch unten 3.6.4., dort auch die weitergehende Fn 704.

<sup>524</sup> Vgl. *Cheung*, *Beyond Complexity: Can the Sensory Order*, 236.

<sup>525</sup> Vgl. *Forsyth*, *Hayek’s bizarre Liberalism: A Critique*.

<sup>526</sup> Vgl. *Foucault*, *Die Geburt der Biopolitik*, 95; siehe dazu auch *Menke*, *Kritik der Rechte*, 204.

<sup>527</sup> Vgl. *Vogl*, *Das Gespenst des Kapitals*, 46 f.

### 3.3.2. Kritik an rationalistischen und utilitaristischen Rechtstheorien

Aus der rekonstruierten Bewusstseinstheorie heraus unternimmt Hayek nämlich auch seine Kritik an den rationalistischen und utilitaristischen Staats- und Rechtstheorien.

Die „konstruktivistische“ Theorie von Recht, Staat und Gesellschaft, so Hayek, sei aus der französischen Aufklärung und der Philosophie des Rationalismus entstanden und verlange eine Strukturierung des Staats ausschließlich und allein nach dem „Diktat der Vernunft“.<sup>528</sup> Was René Descartes in Frankreich, aber auch Thomas Hobbes in England begonnen, hätten Voltaire und Rousseau weitergeführt und habe schließlich in der französischen Revolution gegipfelt.<sup>529</sup> So reduktionistisch Hayek hier verfährt und so fragwürdig seine Schlussfolgerungen auch sein mögen, hat er insofern nicht unrecht, als die Gesellschaftsvertragstheorien ja tatsächlich als Maßstab für die bestehenden Staatsordnungen konzipiert waren, um sie eben danach zu überprüfen, ob sie einer rationalen Herleitung aus einem vorgestellten Naturzustand standhielten.

Hayek zufolge liegt dieser *Überprüfung, ob* gesellschaftliche Institutionen rationalen Prämissen genügen, nun die Überzeugung zugrunde, dass alles Handeln und sich die daraus entwickelnden Institutionen sich auch *tatsächlich* auf rationale Gründe zurückführen lassen, wenn in der Praxis nur die Postulate der Vernunft verfolgt werden.<sup>530</sup>

Neben dem französischen Rationalismus stößt sich Hayek von einem weiteren „klassischen“ Gesellschaftskonzept ab: dem englischen Utilitarismus. An diesem bemängelt er den falschen Begriff von Zweck als „konkrete, vorhersehbare Ergebnisse bestimmter Handlungen“<sup>531</sup>, womit die Grundlage für die Interpretation des Recht als Regeln einer zweckgerichteten Organisation, eines kollektiven Organismus mit bestimmten Ziel gelegt worden sei.<sup>532</sup> Als Gefolgsmann dieser Strömung und maßgeblichen Fehldeuter des Zweckbegriffs erwähnt Hayek tatsächlich (neben Bentham und Mill) auch Jhering.<sup>533</sup> In besonderer Weise sieht er in dessen Modell die Allmacht des

---

<sup>528</sup> Vgl. *Hayek*, Liberalismus, 88 f.; letzteres ist eines Spinoza-Zitat, vgl. *Spinoza*, Ethik IV, Beweis zum 67. Lehrsatz.

<sup>529</sup> Vgl. *Hayek*, Liberalismus, 89.

<sup>530</sup> Vgl. *Hayek*, Recht, Gesetz und Freiheit, 12.

<sup>531</sup> *Hayek*, Recht, Gesetz und Freiheit, 116.

<sup>532</sup> Vgl. *Hayek*, Rechtsordnung und Handlungsordnung, 58 f., dort vor allem Fn 33 auf S. 59.

<sup>533</sup> Vgl. eben die beiden zuletzt erwähnten Stellen und die nun folgenden. Vgl. weiters *Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 301.

Staats (und den modernen Sozialismus) angelegt und auch explizit gefordert.<sup>534</sup> Es wäre freilich bei Weitem zuviel gesagt, dass Hayeks Rechtstheorie ihren Ausgang direkt bei Jhering nimmt. Aber *Jhering und der Utilitarismus* sind für deren Konzeption *ex negativo* neben bzw. hinter dem für Hayeks Angriffe im Vordergrund stehenden Rationalismus *ein Element von systematischer Bedeutung*.

#### 3.3.2.1. *Integratives Verhältnis von Utilitarismus und Rationalismus*

Denn tatsächlich sind der (französische) Rationalismus und der (englische) Utilitarismus in der kritisierten Rechtstheorie, von der jene Hayeks ihren Ausgang nimmt, integrativ verbunden, gemeinsam bilden sie ihre „Negativfolie“. Wohl ist der Rationalismus die maßgebliche Strömung, der Utilitarismus ist bei Hayek quasi als ihr Sub- oder Anwendungsfall verstanden.

Die normativen Werte auf dieser „Negativfolie“ sind genau die *Selbstbestimmung von Politik und Recht* aus ihren rationalen Operationen heraus und die *Teleologie* als ein Vorschreiben und Anstreben bestimmter *Zwecke auf gesellschaftlicher Ebene*. Erstere bezieht sie ausschließlich vom Rationalismus, Letztere besonders vom Utilitarismus. Beide Gesichtspunkte erscheinen Hayek kritikwürdig: die kollektive Selbstbestimmung als „verhängnisvolle Anmaßung“, welche die Möglichkeiten der Vernunft maßlos überschätzt und, indem sie den partikularen Standpunkt nicht zu überwinden vermag, aber für alle zu sprechen meint, eine Störung der spontanen Ordnung und Unterdrückung ihres Wachstums bewirkt; die Teleologie als Vorschreibung bestimmter Zwecke, welche zur Unterdrückung von Einzelzwecken bzw. individueller Freiheit führt.

#### 3.3.2.2. *Situierung von Jherings dritter Rechtstheorie auf dieser „Folie“*

Möchte man die dritte Rechtstheorie Jherings nun auf dieser „Negativfolie“ situieren, so ist Folgendes vorzuschicken: In *Hayeks* Ausgangskonzeption ist alles aus *Perspektive der Politik* dargestellt. Die Politik ist es, die hier bestimmt und Zwecke setzt. Aus sich selbst heraus bestimmt sie das Recht, die Wirtschaft und vieles mehr, aus sich setzt sie auch die Zwecke, die meist utilitaristisch auf die Maximierung des Gesamtnutzens zielen.

*Jhering* geht hingegen nicht nur zunächst von der Autonomie des Rechts aus, sondern lassen sich die Kriterien der Teleologie und Selbstbestimmung auch in seinen folgenden

---

<sup>534</sup> Vgl. *Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, Fn 25 auf S. 306 mit Verweis auf *Jhering*, Zweck I, 421 f.; *ders.*, Rechtsordnung und Handlungsordnung, Fn 49 auf S. 70.

Konzeptionen noch aus der Perspektive bzw. nach dem *Maßstab* eines *selbstbestimmten Rechts* rekonstruieren.

Möchte man diese rechtsimmanente Perspektive nun in die hayeksche Ausgangsperspektive der Politik integrieren, muss sie folgerichtig eine Ebene darunter erscheinen, weil das Recht hier nur vom *Standpunkt der Politik* aus sichtbar wird. *Von diesem aus* erscheint das Recht aber als *selbst bestimmtes*, nur nicht eben durch seine eigenen Begriffe und Praktiken, sondern *durch jene der Politik*. In anderen Worten verhält sich das Recht zwar zu sich selbst als fremdbestimmtes, die Politik zum Recht aber als das sich in ihm selbst Bestimmende. Weiters zeigt sich aus dieser Perspektive, dass *in ihr* die eigentliche Teleologie bzw. Zwecksetzung stattfindet, während das Recht nur für diese instrumentalisiert wird. Graphisch ließe sich das Ergebnis etwa wie folgt darstellen:

	Teleologie (Instrumentalisierung)	Selbstbestimmung
(Rationalistische und utilitaristische) Politik in der Wahrnehmung Hayeks	✓ ↓	✓ ↓
Recht in der 3. (utilitaristischen) Konzeption Jherings	✓	X

Im Verhältnis zur dritten jheringschen Rechtskonzeption bedeutet diese Perspektive eine besondere Interpretation ihres Scheiterns, nämlich indem sie diese als inkonsequente Verabschiedung des rationalen Modells ausweist. Der Rationalismus ist in ihr in Wahrheit nicht verabschiedet, sondern nur aus dem Recht bzw. der Rechtsdogmatik auf eine dahinterliegende Ebene der Politik verlegt. Er ist dort immer noch abzulehnen. Aus welchen Gründen?

### 3.3.3. Gründe für die „Abstoßung“ vom Ausgangspunkt

#### 3.3.3.1. Ordnung und Wachstum

Die rationale Staats- und Rechtslehre würde der politischen Repräsentation einen vollkommen wissenden Standpunkt zuschreiben und ihr von dort aus die bestmögliche Strukturierung der öffentlichen Ordnung zuschreiben bzw. zutrauen.<sup>535</sup> Tatsächlich würde sie aber dadurch nur die nachteilige Besetzung des, in der hayekschen Konzeption, gewissermaßen leeren Zentrums abstrakter und marktmäßiger Ordnungsprinzipien bewirken. Denn Letztere, die Tausch- und Wettbewerbsmechanismen im Rahmen abstrakter Verhaltensregeln, seien nicht nur in der Strukturierungseffizienz überlegen, sondern würden auch noch Wachstum<sup>536</sup> von Wissen<sup>537</sup> und Gütern<sup>538</sup> ermöglichen. Der gestalterische Eingriff durch die *rationalistisch-utilitaristische Politik* würde diese *Ordnung verzerren* und das *Wachstum unterdrücken*.<sup>539</sup>

#### 3.3.3.2. Individuelle Freiheit

Die *kollektive Selbstbestimmung* des Volkes würde weiters die *individuelle Freiheit gefährden*. Letztere, als „Zustand [...], in dem alle ihr Wissen für ihre Zwecke gebrauchen dürfen und dabei nur durch allgemein gültige Regeln gerechten Verhalten eingeschränkt sind“ und dadurch die „besten Voraussetzungen zur Erreichung ihrer Ziele“ hätten, könnte gerade nur durch eine Einschränkung der politischen Gestaltungsmacht erreicht werden.<sup>540</sup>

Weiters ist es besonders der Utilitarismus, in dessen Postulat der Verwirklichung inhaltlich vorgebener Zwecke und der Nutzenmaximierung, wie oben erwähnt, aus Hayeks Sicht die Allmacht des Staates bis hin zur Abschaffung individueller Freiheiten angelegt sei. Nur in der Ablehnung vorbestimmter Zwecke könnte die Bedingung der Möglichkeit individueller Freiheiten geschaffen werden.

---

<sup>535</sup> Vgl. Hayek, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 11 ff.

<sup>536</sup> Vgl. beispielsweise Hayek, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 11.

<sup>537</sup> qua multiplizierender Aufsplitterung und katallaktischem Entdeckungsverfahren, vgl. beispielsweise Hayek, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 16, 222.

<sup>538</sup> Vgl. beispielsweise Hayek, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 267.

<sup>539</sup> Vgl. die Argumentation in Hayek, *Die gefährliche Anmaßung*.

<sup>540</sup> Vgl. Hayek, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 56.

### ***3.4. Hayeks vom „klassischen“ Liberalismus ausgehendes alternatives Gesellschaftskonzept***

Die Gründe für Hayeks Ablehnung der erwähnten Gesellschaftskonzepte sind auch die Gründe für die Konzeptualisierung seines alternativen Modells. Entsprechend entwickelt er, ausgehend vom Liberalismus der schottischen Aufklärung eine Gesellschafts- und Rechtskonzeption mit dem Anspruch, dass diese sowohl Ordnung und Wachstum als individuelle Freiheit ermöglichen würde. An diesem Anspruch wird diese Konzeption in der hier verfolgten Rekonstruktion auch zu messen sein.

#### ***3.4.1. Hayeks Traditionslinien***

Hier ist vorerst Hayeks Selbstverständnis entlang seiner ausdrücklichen Bezugnahmen auf die liberalen Philosophen des 18. Jahrhunderts, darunter insbesondere Smith und Hume, aber auch Ferguson und Mandeville und nicht zuletzt Kant zu entwickeln.

An zentraler Stelle sind Hayeks Aufsätze „Decline of the Rule of Law“ (1953), „The Legal and Political Philosophy of David Hume“ (1963), „Dr. Bernard Mandeville“ (1966) „Liberalism“ (1973) sowie „Adam Smith’s Message in Today’s Language“ (1976), weiters in seinen Monographien vor allem das IV. und XI. Kapitel von „Die Verfassung der Freiheit“ (engl.: „The Constitution of Liberty“, 1960) zu nennen.

In „Liberalism“ unterscheidet Hayek zunächst zwei Richtungen des Liberalismus: Die eine („evolutionäre“ bzw. „klassische“) sei von alter, bis in die Antike zurückreichender Tradition und hätte ihre moderne Gestalt im späten 17. und 18. Jahrhundert als Lehre der englischen Whigs erhalten. Die andere („konstruktivistische“) identifiziert Hayek, wie erwähnt, mit der französischen Aufklärung und der Philosophie des Rationalismus und zieht sie als Abgrenzungspunkt heran.<sup>541</sup>

Bei seiner affirmativen Anknüpfung an die erste Richtung geht Hayek nun so vor, dass er zunächst versucht, deren eigene Wurzeln freizulegen. Neben der oben bereits erwähnten griechischen Isonomia<sup>542</sup> führt er dabei vor allem die Stoa ins Treffen. Diese habe die im Mittelalter fortgesetzte Tradition der „Freiheit unter dem Gesetz“, eines Glaubens an ein außerhalb und überhalb der Regierung stehendes Recht, begründet, die in der spanischen

---

<sup>541</sup> Zur Unterscheidung vgl. *Hayek, Liberalismus*, 88-90.

<sup>542</sup> Vgl. oben bei 3.2.2.1.

Spätscholastik des 16. Jahrhunderts und schließlich in der schottischen Aufklärung des 18. Jahrhunderts als der wirklichen Entdeckung der liberalen Prinzipien der Politik gegipfelt habe.<sup>543</sup>

Worin sieht er nun die Essenz des Liberalismus eines David Hume und Adam Smith? Zunächst in der Beschränkung der Staatsgewalt, sowohl in der Legislative als auch in der Exekutive.<sup>544</sup> Diese quantitativ gedachte Beschränkung hat auch eine qualitative Dimension, insofern das Recht eben keine inhaltlichen Zwecke vorzugeben, sondern sich auf den Schutz, die Durchsetzung und allfällige Kompilierung und Nachbesserung abstrakter Verhaltensregeln zu begrenzen habe. Die darin bestehende abstrakte Ordnung ist „das einzige Ziel, das eigentlich als gemeinsames Ziel oder Gemeinwohl oder als öffentliches Interesse bezeichnet werden kann.“<sup>545</sup> Für diese inhaltliche Enthaltensamkeit des Rechts, den „zweckunabhängigen“ Charakter der Rechtsvorschriften, wird neben Hume auch Kant immer wieder als Gewährsmann angeführt.<sup>546</sup>

Ordnung, nicht erst als in der Reduktion des öffentlichen Raums auf ein Gerüst von Verhaltensregeln bestehendes Ergebnis einer Kritik und Beschränkung der Staatsgewalt, sondern überhaupt als Grund- und Ausgangsthema sieht Hayek spezifisch in den Philosophien Humes<sup>547</sup> und Smiths<sup>548</sup> in Angriff genommen, nämlich im Wesentlichen als Problem der Verbindung des Handelns der Einzelnen mit dem sozialen Gefüge bzw. als Frage, wie – durch welche Weise der Gestaltung oder Freigabe – Ersteres bestmöglich in einem kohäsiven Letzteren resultieren kann. Darauf ist noch im Detail zurückzukommen.

### ***3.4.2. Fremdbestimmte Rechtsordnung ohne inhaltliche Zwecke***

Aus der Verankerung des hayekschen Rechtsdenkens in diesen Traditionslinien ist nun dessen Funktionsweise, die in ihr enthaltenen Charakteristika und normativen Ansprüche herauszuarbeiten. Aus dem gerade Dargestellten ergibt sich ohne Weiteres eine, wenn auch

---

<sup>543</sup> Vgl. *Hayek, Liberalismus*, 90 f. Vgl. auch die Grundlegung der katallaktischen Konzeption als Mischung aus Geschicklichkeits- und Glücksspiel bei Smith und vor ihm anscheinend wieder den Stoikern, *Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit*, 222 (siehe dort auch die Fn 222:10 mit auf die Stoa referierenden Belegstellen bei Smith und Ferguson). Tatsächlich sind die Bezugnahmen auf die Stoa bei Smith nicht zu übersehen und haben schon zahlreiche wissenschaftliche Arbeiten eben jene gesammelt und auf ihren wirklichen Stellenwert hin untersucht, worauf unten (3.5.4.2.3.) noch zurückzukommen sein wird.

<sup>544</sup> Vgl. *Hayek, Liberalismus*, 93.

<sup>545</sup> *Hayek, Rechtsordnung und Handlungsordnung*, 44.

<sup>546</sup> Vgl. etwa *Hayek, Die Sprachverwirrung im politischen Denken*, 156, Fn 7; vgl. auch *Hayek, Rechtsordnung und Handlungsordnung*, 52.

<sup>547</sup> Vgl. *Hayek, The Legal and Political Philosophy of David Hume*, insb. 696.

<sup>548</sup> Vgl. *Hayek, Adam Smith's Message in Today's Language*, insb. 269.

recht beschränkte, *Teleologie* des Rechts, die eben im *Erhalten* des Rechts als *abstrakter Ordnung* besteht.<sup>549</sup> Eine Ausrichtung des Rechts auf *inhaltliche Zwecke* ist hingegen *ausgeschlossen*.<sup>550</sup>

Das zweite wesentliche Charakteristikum der Rechtsordnung besteht in ihrer Fremdbestimmtheit, die sich aus Hayeks „evolutorischem“ Konzept<sup>551</sup> von Recht, das er als Wesensmerkmal des Liberalismus des „englischen“ Typs sieht.<sup>552</sup> Die Konzeptionalisierung der *gesellschaftlichen Ebene* ist damit explizit in der *Tradition von Smith und Hume* verankert<sup>553</sup> (im Gegensatz zur Verankerung der individuellen Ebene (auch) in der kantischen Philosophie)<sup>554</sup>. Die Entfaltung der Rechtsordnung ist hier nicht als Realisierung eines rationalen Plans gedacht, sondern als Ergebnis eines „Aussonderungs- oder Siebungsvorganges“.<sup>555</sup> Entscheidend dabei ist der wirtschaftliche Nutzwert<sup>556</sup>, welcher Verhaltensregeln vor anderen begünstigt und *à la longue* zur Entstehung einer abstrakten Ordnung führe. Sie ist sohin *nicht* aus sich *selbst* heraus *bestimmt, sondern durch* ein ihr *nicht direkt immanentes*, nämlich wirtschaftliches *Kriterium* bestimmt.

### ***3.4.3. Das Individuum und dessen Selbstbestimmung als angebliches Ziel der Rechtsordnung***

Gleichzeitig, so Hayek, sei die abstrakte Ordnung „nur eine Art gemeinsames Vorziel, das den Einzelnen als Mittel für die Verfolgung ihrer verschiedenen individuellen Ziele

---

<sup>549</sup> Hier geht es wohlgerneht nur um das Rechts-Telos auf gesellschaftlicher Ebene. Die Freiheitsausrichtung wird unten (3.4.3.) gleich auf der individuellen Ebene zu rekonstruieren sein.

<sup>550</sup> Vgl. schon oben 3.2.2.2., die entsprechende Unterscheidung zwischen Regel und Befehl.

<sup>551</sup> Vgl. dazu im Allgemeinen oben bei 3.2.2.9.

<sup>552</sup> Vgl. *Hayek*, Liberalismus, 100. Hier spricht Hayek synonym von einem „englischen oder evolutorischen Typ des Liberalismus.“

<sup>553</sup> Hayek vermutet gar, dass Darwin die Idee seiner Evolutionstheorie über die Lektüre von Adam Smith und den dort vorhandenen Entwicklungsbegriff als eines langsamen, nicht bewusst gesteuerten Wachstumsprozesses von gesellschaftlichen Institutionen gekommen sei (vgl. *Hayek*, Einzelwissen und Gesamtordnung, 192; vgl. auch *Hayek*, Die verhängnisvolle Anmaßung, 158.).

<sup>554</sup> Siehe gleich unten, 3.4.3. Nicht nachvollziehbar ist allerdings die von Kukathas in seinem Buch „Hayek and Modern Liberalism“, das ansonsten das wohl philosophisch tiefendeste Werk zu Hayek darstellt, vertretene These, das hayeksche Projekt sei zu gleichen Teilen in der humeschen (sowie smithschen) und in der kantischen Philosophie verankert sei. Tatsächlich ist es ganz wesentlich (und das heißt hier vor allem: auf beiden Ebenen, der individuellen und gesellschaftlichen) in der humeschen Rechtsphilosophie verankert und nur partiell (auf der individuellen Ebene) auch in der kantischen; vgl. genau diese Nachrangigkeit Kants für Hayeks Rechtstheorie hervorhebend, die Rezension von *Livingstone*, Hayek as Humean, 159-176; ebenfalls auf diese Tatsache hinweisend vgl. auch die Buchbesprechungen von *Harpham*, The Humean and Kantian Hayek, 573 sowie von *Wenar*, Hayek and Modern Liberalism, 664. Im Übrigen siehe meine folgende Argumentation.

<sup>555</sup> *Hayek*, Recht, Gesetz und Freiheit, 462.

<sup>556</sup> *Hayek*, Die verhängnisvolle Anmaßung, 11.

dient,<sup>557</sup> das heißt, unter der beschriebenen Negation gemeinsamer inhaltlicher Zwecke kommt das Anstreben individueller Ziele hervor, präziser gesprochen ist die Negation der ersteren hier genau die Bedingung der Möglichkeit, damit letztere verfolgt werden können.

Das Telos der Rechtsordnung, das zunächst nur in deren eigenen Stabilisierung besteht und ohne Inhalt bleibt, verweist zur Erlangung eines Letzteren auf die Ziele der Individuen. Über diesen Verweis wird eine weitere Ebene neben der Rechtsordnung „aufgemacht“. Welche normativen Ansprüche werden hier lokalisiert?

Das hayeksche Freiheitskonzept ist zum einen nicht auf die Hervorbringung dem Individuum von Beginn an inhärierender Zwecke ausgelegt. Freiheit ist hier, wie Hayek sie aus der liberalen Tradition heraus verstehen möchte, im Wesentlichen eine negativ konzipierte<sup>558</sup>, die sich durch die Abwesenheit von Beschränkungen und von Zwang anderer Menschen<sup>559</sup> kennzeichnet. Diese Abwesenheit soll die Einzelnen zur nicht näher determinierten freien Selbstbestimmung ermächtigen: „Der Einzelne soll befähigt werden, seine Kenntnisse und Fähigkeiten für seine selbstgewählten Ziele einzusetzen.“<sup>560</sup> Von diesem Verständnis individueller *Freiheit unterscheidet* Hayek den Begriff der *Macht* im Sinne der physischen Möglichkeit, „»zu tun, was ich will«“<sup>561</sup> und dadurch meine Wünsche *tatsächlich* zu befriedigen.<sup>562</sup> Das hayeksche Verständnis von Freiheit ist sohin nicht nur ohne allgemeine inhaltliche Bestimmungen, sondern auch noch ohne Garantien der Umsetzung einer wie auch immer gearteten Materialisierung. Darin zeigt sich der *nicht teleologische* Charakter dieser Freiheit, den sie entsprechend als „Entdeckungsverfahren“ im Rahmen des durch die „abstrakten Verhaltensregeln“ gegebenen Handlungsrahmens vollzieht.

---

<sup>557</sup> Hayek, Rechtsordnung und Handelsordnung, 44

<sup>558</sup> Vgl. Hayek, Liberalismus, 101.

<sup>559</sup> Vgl. Hayek, Die Verfassung der Freiheit, 22.

<sup>560</sup> Hayek, Liberalismus, 101.

<sup>561</sup> Hayek, Die Verfassung der Freiheit, 21. Hayek zitiert hier Barbara Wootton, vgl. *dies.*, Freedom under Planning, 4: „For the purpose of this book, which is severely practical, freedom may be simply defined as ability to do what you want.“ Siehe weiters ebd., 5: „[F]reedom means freedom to do what I want, and not what anybody else wants me to want or else it has no meaning at all“ und 15: „All freedoms are simultaneously freedom to do what you want, and freedom from whatever prevents you from doing this.“ In diesem Buch argumentiert Wootton im Wesentlichen, dass die ökonomische Planung zur Verwirklichung dieser Freiheit(en) beitragen kann, und zwar dann und insofern, als sie den Abbau diesbezüglicher materieller Hindernisse bewirkt (vgl. etwa ebd., 20). Hayek sieht umgekehrt genau im Verständnis der Freiheit als materielle Macht die Grundlegung von Sozialismus und Planwirtschaft und damit, aus seiner Sicht, des totalitären Staats (vgl. Hayek, ebd., 21 f.).

<sup>562</sup> Vgl. Hayek, Die Verfassung der Freiheit, 21.

Allerdings sieht Hayek eine Anleitung dieser Selbstbestimmung durch die sich am Markt bildenden Preise, welche den gesellschaftlichen Bedarf eines Produkts oder einer Leistung signalisieren würden. So würden die Einzelnen dazu veranlasst, einen Beitrag zur Wohlfahrt zu leisten. Die „Selbstwahl“ der Individuen verweist also zurück auf die Ordnung, nicht nur um deren Stabilisierung zu unterstützen bzw. zu „verdoppeln“,<sup>563</sup> sondern um darüber hinaus das Wachstum von Wissen, aber vor allem des „Güterstroms“<sup>564</sup> in Produktions- und Tauschprozessen, anzustoßen.

#### 3.4.4. Wechselseitiges Aufeinanderverweisen beider Ebenen; „chiasmische“ Struktur

Damit ist in der hayekschen Rechtstheorie allerdings eine doppelte und wechselseitige Verweisstruktur enthalten. Das auf ihre eigene Erhaltung reduzierte Telos der Rechtsordnung verweist auf das Individuum und dessen Selbstbestimmung. Die Wahrnehmung derselben verweist umgekehrt zurück auf die Stabilisierung der Ordnung und die Generierung von Wachstum. Die Elemente des Teleologischen und der Selbstbestimmung sind also *chiasmisch* zueinander angeordnet: Das in der einen Ebene vorhandene Element ist in der anderen Ebene jeweils nicht vorhanden. Das je vorhandene Element ist dabei wechselseitig aufeinander verwiesen.

Graphisch ließe sich das Ergebnis der provisorischen, an seinem Selbstverständnis ausgerichteten Befragung des hayekschen Modells nach den beiden Kriterien wie folgt darstellen:

	Teleologie	Selbstbestimmung
Recht	✓ ↘	X
Individuum	X	↙ ✓

<sup>563</sup> Insofern hätte die Theorie eine Ähnlichkeit zum jheringschen Kreislaufmodell, vgl. oben 2.3.

<sup>564</sup> Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit, 266.

### ***3.4.5. Gleiche abstrakte Struktur des hayekschen Rechts wie des utilitaristischen Jherings***

Tatsächlich weist das Recht nach den für die hier verfolgte Rekonstruktion maßgeblichen Kriterien die gleiche Struktur des Teleologischen, aber Nicht-Selbstbestimmten wie das jheringsche der dritten Stufe auf. Im Vergleich zu diesem in der Betrachtung aus der oben rekonstruierten Perspektive Hayeks<sup>565</sup> ist hier aber, jedenfalls gemäß Hayeks Selbstverständnis, die Politik „entthront“<sup>566</sup>, das heißt genauer: fehlt die darüberliegende Bestimmung durch die Politik und ihre Zwecke. Dafür ist es um eine darunterliegende Ebene individueller Freiheit ergänzt. Inhaltlich ist es freilich von anderer Qualität, entspricht als System abstrakter Verhaltensregeln eher dem ersten, begriffsdogmatischen Rechtsmodell Jherings, hat aber nicht dessen rechtsimmanente Vernunftbestimmung. Ob damit nicht insinuiert ist, dass es sich auch bei jenem Hayeks letztendlich um eine Art utilitaristisches Modell handelt, nur dass sich in diesem der wirtschaftliche Nutzen gerade über die individuelle Selbstbestimmung auf Grundlage der abstrakten Verhaltensregeln zeitigt? Es wird noch darauf zurückzukommen sein.<sup>567</sup>

### ***3.5. Der klassische Liberalismus Smiths in einer genaueren Lektüre***

Adam Smith wird hier als Hayeks Hauptreferenz, was dessen Orientierung am klassischen Liberalismus betrifft, herausgegriffen. Er hat ihm nicht nur einen eigenen Artikel gewidmet, und zwar „Adam Smith’s Message in Today’s Language“ (1976), sondern bildet dieser, neben David Hume (dem er den Artikel „The Legal and Political Philosophy of David Hume“ (1963) gewidmet hat, aber auf den aus Gründen der Stringenz leider nur punktuell eingegangen werden kann), einen kontinuierlichen Bezugspunkt über sein ganzes Oeuvre.<sup>568</sup>

---

<sup>565</sup> Vgl. 3.3.2.2.

<sup>566</sup> Vgl. *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 455.

<sup>567</sup> Vgl. unten 3.7.3.E.

<sup>568</sup> Vgl. beispielsweise das IV. und XI. Kapitel in „Die Verfassung der Freiheit“, die Bezugnahmen auf die schottischen Aufklärer bereits im I. Kapitel in „Recht, Gesetz und Freiheit“, wo es um die evolutionäre Betrachtungsweise geht (vgl. 24 ff.) und über das ganze Buch verteilt, sowie auch den schon erwähnten Aufsatz „Liberalismus“. Daneben wären freilich, wie oben (vgl. oben 3.4.1.) geschehen, Mandeville, Ferguson oder auch Hutcheson zu nennen. Zu Mandeville hat Hayek auch den oben schon erwähnten Artikel („Dr. Bernard Mandeville“) geschrieben, nach einem Ferguson-Zitat („Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs“) hat er einen ebenfalls schon angeführten Artikel benannt (vgl. oben 3.2.2.10.). Allerdings beschränken sich Hayeks Anleihen hier auf Details (die in der Bienenfabel implizierte

Die Plausibilität von Hayeks liberalem Selbstverständnis soll durch einen genauen Vergleich mit Smith überprüft werden bzw. sollten die allenfalls hervorkommenden Unterschiede dazu verhelfen, die Eigenart der hayekschen Rechtstheorie klarer hervortreten zu lassen.

Dabei ist zunächst die Rechts- bzw. Gesellschaftstheorie Smiths nach ihren Vorannahmen und impliziten (wie expliziten) normativen Zielen zu rekonstruieren.

### **3.5.1. Einführung und Rezeptionsweise durch Hayek**

Adam Smith, wie Hume ein schottischer Aufklärer und „Newton des Seelenlebens“<sup>569</sup> bzw. „der Sozialwissenschaften“<sup>570</sup>, ist in seinen Schriften, vorrangig zu nennen die „Theorie der ethischen Gefühle“ (engl. „The Theory of Moral Sentiments“, 1759) und „Der Wohlstand der Nationen“ (engl. „The Wealth of Nations“, 1776), der Herausarbeitung einheitlicher Wirkungsprinzipien des menschlichen Handelns und, mehr als Hume, auch Wirtschaftens nachgegangen. Eine dritte zum Recht geplante Monographie wurde auf seine ausdrückliche letztwillige Verfügung hin verbrannt, sodass nur Vorlesungsmitschriften, die sogenannten „Lectures on Jurisprudence“ (aus den Jahren 1762-3 bzw. 1766) erhalten sind.

Was die Anknüpfungsweise Hayeks an Smith betrifft, zeitigt sich diese wie schon erwähnt kontinuierlich als allgemeine Referenz für sein eigenes Gesellschaftskonzept, ist Smith quasi Chiffre für den richtig verstandenen Liberalismus, die entsprechenden

---

Vorstellung des gesellschaftlichen Nutzens von Lastern bei Mandeville, bei Ferguson das Zitat und dessen Auslegung), die er bereits durch die Brille Smiths und Humes liest.

<sup>569</sup> Vgl. *Abländer*, Adam Smith, 13; vgl. auch Smiths „Lectures on Rhetoric and Belles“: Hier entwirft Smith Richtlinien bezüglich der Konzeption und Strukturierung wissenschaftlicher Arbeiten und unterscheidet dabei grundsätzlich zwei Modelle. Das eine verbindet er mit dem Namen Aristoteles. Diesem Modell zufolge werden zunächst die zu erklärenden Phänomene aufgezeigt, danach erfolgt die Darlegung einiger Prinzipien, die sie erklären sollen. Der Namensgeber für das zweite Modell ist Isaac Newton. Am Anfang wissenschaftlicher Arbeiten steht hier die Darlegung eines Prinzips bzw. einiger weniger Grundkräfte, von dem bzw. von denen ausgehend die zur Diskussion stehenden Phänomene und deren Relationen untereinander erklärt werden. Smith erachtet das newtonsche Modell als das unzweifelhaft philosophischste und weit geistreichere Modell, es sei für jede Wissenschaft – sei sie nun Humanwissenschaft oder Naturphilosophie – gewinnbringender als das andere. Entsprechend glaubt er in der Sympathie als allgemeine menschliche Grundkraft das gefunden zu haben, was für Newton die Gravitation im Bereich der Physik darstellt und baut seine ganze Theorie der moralischen Gefühle auf sie (vgl. *Andree*, Zur Natürlichkeit der Moralphilosophie Adam Smiths, 349).

<sup>570</sup> *Petersen*, Adam Smith als Rechtstheoretiker, 126 mit Verweis auf *Medick*, Naturzustand und Naturgeschichte der bürgerlichen Gesellschaft, 145 sowie *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit, 108.

Rechtskonzeptionen mit ihren Wesensmerkmalen der rule of law, Beschränkung der Staatsgewalt, Abstraktheit der Rechtsordnung, evolutionäre Betrachtungsweise, etc.<sup>571</sup>

An spezifischen Bezugnahmen ist zum einen die „unsichtbare Hand“<sup>572</sup> Smiths zu nennen, das „[being] led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention.“<sup>573</sup> Hayek referiert die Formel zwar nicht allzu häufig<sup>574</sup>, aber sie ist ihm doch ein Ausdruck (unter mehreren)<sup>575</sup> für etwas in seiner Theorie ganz Grundlegendes. Er versteht sie nämlich, Menger<sup>576</sup> folgend, als Beschreibung eines abstrakten Vorgangs, durch welches eine förderliche Sozialordnung als unbeabsichtigte Folge individueller menschlicher Handlungen entsteht<sup>577</sup> und der grundsätzlicher Gegenstand aller Sozialtheorien sei.<sup>578</sup> Hayek selbst findet die Formel zwar durch ihren antropomorphen Charakter irreführend<sup>579</sup>, aber macht darin letztendlich doch die „tiefe Einsicht“<sup>580</sup> ausfindig, welche das Überschreiten des Einzelhandelns und –wollens durch deren Gesamtergebnisse adäquat, nämlich als evolutionären Zufallsprozess,<sup>581</sup> begreifen und im Gegensatz zu den Theorien Comtes und Hegels ohne eine mysteriöse teleologische Grundkraft zurande kommen würde.<sup>582</sup> Smith, so Hayek, schien in seinem Motiv die spontan gebildete Ordnung zwar zu selbstverständlich als die beste aller möglichen anzusehen, im Großen und Ganzen hätte er die ordnungsschaffende Funktionsweise der je, mittels Arbeitsteilung, verfolgten Einzelinteressen aber richtig begriffen und keinesfalls

---

<sup>571</sup> Siehe nur *Hayek*, Liberalismus.

<sup>572</sup> Und zwar jene aus der „Wealth of Nations“. Zu den anderen beiden Verwendungen der Metapher bei Smith siehe unten 3.5.4.1.1., den Unterabschnitt: Die unsichtbare Hand.

<sup>573</sup> *Smith*, WN, IV.ii.,9 (gefolgt wird hier der im Wesentlichen an der 3. Auflage orientierten Glasgow Edition).

<sup>574</sup> Vgl. *Hayek*, Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs, 182 f.; *ders.*, The Trend of Economic Thinking, 130, sowie *ders.*, Comte and Hegel, 203 f. Montes führt an, im hayekschen Œuvre nicht mehr als diese drei Stellen gefunden zu haben, vgl. *Montes*, Is Friedrich Hayek Rowing Adam Smith's Book?, 27.

<sup>575</sup> Fergusons „Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs“ (*Ferguson*, An Essay on the History of Civil Society, 205; vgl. *Hayek*, Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs, vgl. auch oben Fn 484) oder Tuckers Postulat, die universale Antriebskraft der menschlichen Natur, die Eigenliebe, könne eine Richtung zur Förderung des öffentlichen Wohls einnehmen, welche impliziere, dass sie es nicht notwendig müsse (vgl. ebd., 183 mit Verweis auf *Tucker*, The Elements of Commerce, 59).

<sup>576</sup> Vgl. *Menger*, Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaft und der Politischen Ökonomie insbesondere, 182. Siehe auch bei *Hayek*, Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs, 182.

<sup>577</sup> Vgl. *Grampp*, What Did Smith Mean by the Invisible Hand?, 446; *Vaughn*, Invisible Hand, 2:997.

<sup>578</sup> Vgl. *Hayek*, Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs, 182.

<sup>579</sup> Vgl. *Hayek*, The Trend of Economic Thinking, 130.

<sup>580</sup> *Hayek*, Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs, 182.

<sup>581</sup> Vgl. *Hayek*, Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs, 183.

<sup>582</sup> Vgl. *Hayek*, Comte and Hegel, 203 f.

deren generelle und ursprüngliche Harmonie angenommen.<sup>583</sup> Diese Ausführungen Hayeks verraten wahrscheinlich mehr über seine eigenen Zweifel am teleologischen Gehalt der „unsichtbaren Hand“, als sie davon zu reinigen. Vielleicht ist Hayeks halb verlegener Bezug auf die Formel gar Ausdruck seiner Sorge, ein darin enthaltener Überschuss (an Harmonie, an Teleologie) könnte noch seine eigene Theorie affizieren?<sup>584</sup>

Einen jedenfalls affirmativen Bezug stellt Hayek zu eine anderen Stelle nicht aus der „Wealth of Nations“, sondern aus der „Theory of Moral Sentiments“ her, nämlich dem Schachbrettbeispiel. Er erwähnt es in seinem Aufsatz „Adam Smith’s Message in Today’s Language“:

The man of system, on the contrary, is apt to be very wise in his own conceit; and is often so enamoured with the supposed beauty of his own ideal plan of government, that he cannot suffer the smallest deviation from any part of it. He goes on to establish it completely and in all its parts, without any regard either to the great interests, or to the strong prejudices which may oppose it. He seems to imagine that he can arrange the different members of a great society with as much ease as the hand arranges the different pieces upon a chess-board. He does not consider that the pieces upon the chess-board have no other principle of motion besides that which the hand impresses upon them; but that, in the great chess-board of human society, every single piece has a principle of motion of its own, altogether different from that which the legislature might choose to impress upon it. If those two principles coincide and act in the same direction, the game of human society will go on easily and harmoniously, and is very likely to be happy and successful. If they are opposite or different, the game will go on miserably, and the society must be at all times in the highest degree of disorder.<sup>585</sup>

Damit allerdings ist meines Erachtens das Grundproblem Smiths in Hayeks Augen bezeichnet: die Herstellung von gesellschaftlicher Ordnung auf Grundlage zwei verschiedener, nämlich der gesamtheitlichen und der individuellen, Ebenen.<sup>586</sup> Das Problem besteht, weil beide nicht ohne Weiteres in Abstimmung miteinander zu bringen

---

<sup>583</sup> Vgl. *Hayek*, Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs, 183.

<sup>584</sup> Diese noch aufzunehmende Vermutung scheint mir, wenn sie denn zutrifft, jedenfalls weittragender und fruchtbringender zum Verständnis von Hayeks theoretischem Zugang zu sein, als seine verhaltene Bezugnahme auf die Formel einfach mit dem antiklerikalen Umfeld seines Aufwachsens (und Wirkens?) zu erklären (in diese Richtung siehe aber *Montes*, Is Friedrich Hayek Rowing Adam Smith’s Book?, 27 f.; diese Erklärung finde ich auch deshalb nicht einleuchtend, weil Hayek ja selbst des Öfteren affirmativ auf die Bibel und die in ihr angeblich enthaltenen Weisheiten rekurriert, vgl. *Hayek*, Die verhängnisvolle Anmaßung, 2, 76, 150; vgl. auch unten, 3.6.3.).

<sup>585</sup> *Smith*, The Theory of Moral Sentiments, VI.ii.2.17 (gefolgt wird hier der im Wesentlichen an der 6. Auflage orientierten Glasgow Edition); auch Hayek gibt die Stelle in seinem Artikel „Adam Smith’s Message in Today’s Language“ voll wieder, vgl. dort 269. In gekürzter Fassung zitiert er die Stelle auch im zweiten Kapitel („Kosmos und Taxis“) von Recht, Gesetz und Freiheit, wo dann gleich der zentrale Begriff der Ordnung expliziert wird., vgl. dort 37.

<sup>586</sup> Vgl. unten 3.5.3.1.

sind. Es lässt sich nicht einfach durch die Dekretierung und Umsetzung eines Systems von oben lösen, sondern muss die Eigenbewegung seiner Bestandteile als eigenen Faktor mitintegrieren.

Doch ist mit Eigenbewegung, nur weil diese sich in der smithschen Konzeption nicht ganz in über Pläne der Regierung steuern lässt, eine genuin eigenmächtige (und, wenn es sein müsste, eigensinnige und widerständige) gemeint? Gibt es nicht ein anderes Prinzip, das sie eventuell steuert?

### **3.5.2. Das Naturverständnis Smiths**

Die Beantwortung dieser Frage liegt in Smiths Naturverständnis. Tatsächlich begreift er die Natur als von einer ordnenden Kraft konzipiert und durchwirkt.<sup>587</sup> Diese Denkweise gründet allerdings weniger auf christliche Dogmen denn auf die Stoa und ihrer Lehre einer harmonischen kosmologischen Ordnung<sup>588</sup> und verbindet diese mit der newtonschen Physik zur Wissenschaftsreligion. Wie Descartes begreift Smith Gott als einen Uhrmacher, der gleichzeitig die Welt von außen konstruiert und in Gang setzt und in ihr enthalten ist.

An einer berühmten Stelle in der „Theorie der ethischen Gefühle“ (engl. „Theory of Moral Sentiments“) plädiert er dafür, *causae finales* und *causae efficientes* streng auseinanderzuhalten, und dass es keinen Bereich, auch nicht im menschlichen Handeln und Denken, gebe, der ohne erstere zureichend erklärt werden könne.<sup>589</sup> Die Stelle ist essentiell für das Verständnis von Smiths Denkweise. Auch eignet sie sich als Ausgangspunkt für die weitere Darstellung der smithschen Gesellschafts- und Rechtskonzeption. Daher soll sie hier ganz wiedergegeben werden:

In every part of the universe we observe means adjusted with the nicest artifice to the ends which they are intended to produce; and in the mechanism of a plant, or animal body, admire how every thing is contrived for advancing the two great purposes of nature, the support of the individual, and the propagation of the species. But in these, and in all such objects, we still distinguish the efficient from the final cause of their

---

<sup>587</sup> Vgl. Hill, The hidden theology of Adam Smith, 10.

<sup>588</sup> Vgl. Hill, The hidden theology of Adam Smith, 3 ff. Auf die stoischen Wurzeln der smithschen Philosophie wird unten (3.5.4.2.3.) noch zurückzukommen sein.

<sup>589</sup> Smith scheint dabei auf eine Stelle Humes Bezug zu nehmen, in welcher dieser behauptet, dass die Dinge ihre eigenen Ursachen und Kausalmechanismen in sich trügen, sich ganz ohne externe Faktoren allein aus sich selbst heraus bestimmen würden: „Ein Baum verleiht dem Baum, der aus ihm hervorgeht, Ordnung und Struktur. Gleiches gilt für ein Tier und seine Jungen.“ (Hume, Dialoge über natürliche Religion, 73). Hume schließt zwar die Möglichkeit einer finalen Ursache hinter allen Erscheinungen nicht aus, aber er verneint, dass die Menschen jemals dazu befähigt sein könnten, zu erkennen, ob und in welcher Weise diese existiert, geschweige denn sie für den eigenen Gebrauch nutzbar zu machen (vgl. Hill, The hidden theology of Adam Smith, 8).

several motions and organizations. The digestion of the food, the circulation of the blood, and the secretion of the several juices which are drawn from it, are operations all of them necessary for the great purposes of animal life. Yet we never endeavour to account for them from those purposes as from their efficient causes, nor imagine that the blood circulates, or that the food digests of its own accord, and with a view or intention to the purposes of circulation or digestion. The wheels of the watch are all admirably adjusted to the end for which it was made, the pointing of the hour. All their various motions conspire in the nicest manner to produce this effect. If they were endowed with a desire and intention to produce it, they could not do it better. Yet we never ascribe any such desire or intention to them, but to the watch-maker, and we know that they are put into motion by a spring, which intends the effect it produces as little as they do. But though, in accounting for the operations of bodies, we never fail to distinguish in this manner the efficient from the final cause, in accounting for those of the mind we are very apt to confound these two different things with one another. When by natural principles we are led to advance those ends, which a refined and enlightened reason would recommend to us, we are very apt to impute to that reason, as to their efficient cause, the sentiments and actions by which we advance those ends, and to imagine that to be the wisdom of man, which in reality is the wisdom of God.<sup>590</sup>

Absurderweise wurde aus dieser Stelle auf Smiths (an Hume orientierte)<sup>591</sup> Kritik an allen teleologischen Erklärungen geschlossen.<sup>592</sup> Sie sagt genau das Gegenteil. Nicht nur könnten die Bestandteile des körperlichen Stoffwechsels *nicht allein aus sich selbst* heraus, sondern letztlich zureichend nur durch eine Instanz, einen *Uhrmacher* erklärt werden, der sie ursprünglich ins Werk gesetzt habe, sondern verhalte es sich *genau so* noch mit den *bewusstseinsmäßigen Prozessen*. Der Mensch glaube nur, seiner eigenen Weisheit oder Vernunft entsprechend zu handeln, während ihn in Wahrheit die Weisheit Gottes über in ihn gesetzte, sich in gewissen Emotionen und Handlungsdispositionen äußernde, natürliche Prinzipien, anleite.<sup>593</sup>

---

<sup>590</sup> *Smith*, TMS, II.ii.3.5. Dieser Gedankengang wird bis II.ii.3.12 fortgesetzt. Es ist erstaunlich, dass Hume diese an ihn gerichtete Kritik in seiner Besprechung der TMS übergangen hat, umso mehr er es bei früherer Gelegenheit explizit abgelehnt hatte, Teleologie in seine eigene Moralanalyse einzuführen. In einem Brief an Hutcheson hatte er auf einen Kommentar desselbigen zu Buch drei seines „Treatise“ geantwortet: „I cannot agree to your Sense of Natural. Tis founded on final Causes; which is a Consideration, that appears to me pretty uncertain & unphilosophical. For pray, what is the End of Man? Is he created for Happiness or for Virtue? For this Life or for the next? For himself or for his Maker? Your Definition of Natural depends upon solving these Questions, which are endless, & quite wide of my Purpose.“ (*Hume*, The Letters of David Hume, I:33; siehe auch die Fn 66 bei *Kleer*, Final Causes in Adam Smith’s Theory of Moral Sentiments, 298 f.)

<sup>591</sup> Siehe eben die in Fn 589 zitierte Stelle (*Hume*, Dialoge über natürliche Religion, 73).

<sup>592</sup> Vgl. *Haakonsssen*, What Might Properly Be Called Natural Jurisprudence, 211; vgl. auch *Kleer*, Final Causes in Adam Smith’s Theory of Moral Sentiments, 297.

<sup>593</sup> Vgl. Auch *Hill*, The hidden theology of Adam Smith, 10.

Daraus kann man auch schließen: Die Menschen sind die Zahnräder im Uhrwerk der Welt, die *causae efficientes* ihrer Bewegung.<sup>594</sup> Gott ist der Uhrmacher bzw. die *causa finalis*. Dieses Nautverständnis scheint im Wesentlichen jenem Trendelenburgs zu entsprechen, auch wenn es freilich noch nicht die entstehende moderne Biologie und Evolutionstheorie zum Gegenstand hat. Auch das mag ein Hinweis auf eine latente innere Wesensverwandtschaft der hayekschen Rechtstheorie mit dem utilitaristischen „Zweck“-Konzepts Jherings sein.

### **3.5.3. Das Gesellschaftsverständnis Smiths: Aufteilung auf mehrere Ebenen**

#### *3.5.3.1. Individuum und Gesellschaft*

Damit zeigt sich erneut die bereits oben im Schachbrettbeispiel<sup>595</sup> sichtbar gewordene Aufteilung auch der smithschen Konzeption auf die *zwei Ebenen* von *Individuum* (und Umfeld) und *Gesamtplan*. Hill bezeichnet sie entsprechend als „*two-tiered model*“, als Zwei-Ebenen-Modell.<sup>596</sup>

Ausgangspunkt ist, wie bei Hume,<sup>597</sup> die Fähigkeit der Menschen zur Sympathie, welche für die Kohäsion im näheren Umkreis bestimmend ist. Allerdings unterscheidet sich Smiths diesbezügliches Konzept wesentlich. Während bei Hume Sympathien konkret-affektmäßig im Sinne eines tatsächlichen Einfühlens verstanden werden, werden sie bei Smith bereits abstrahiert zu den passenden, das heißt gesellschaftlich als passend geforderten, Emotionen für eine bestimmte Situation: „Sympathy [...] does not arise so much from the view of the passion, as from that of the situation which excites it.“<sup>598</sup>

Tatsächlich ist im System Smiths alles auf das möglichst gute Zusammenpassen und Aufeinanderabgestimmtsein ausgerichtet. So erklärt Smith die Nützlichkeit von ihrem Ende her als „the fitness of any system or machine to produce the end for which it was

---

<sup>594</sup> Siehe entsprechend auch *Smith*, TMS, II.ii.3.9: „But though it commonly requires no great discernment to see the destructive tendency of all licentious practices to the welfare of society, it is seldom this consideration which first animates us against them. All men, even the most stupid and unthinking, abhor fraud, perfidy, and injustice, and delight to see them punished. But few men have reflected upon the necessity of justice to the existence of society, how obvious soever that necessity may appear to be.“

<sup>595</sup> Vgl. oben bei 3.5.1.; zur Stelle bei Smith siehe TMS VI.ii.2.17.

<sup>596</sup> Vgl. *Hill*, *The hidden theology of Adam Smith*, 14: „Smith’s is a two-tiered model with the first tier represented by the individual goal level and the second by the social systems level.“

<sup>597</sup> Vgl. dazu etwa *Harman*, *Explaining Value*, 187.

<sup>598</sup> *Smith*, TMS, I.i.1.10. Smith unterscheidet damit zwischen dem Objekt der Sympathie – den Affekten eines anderen – und der Ursache der Sympathie – der Situation, welche die Affekte erweckt (vgl. *Haakonssen*, *The Science of a Legislator*, 46).

intended.“<sup>599</sup> Die Betrachtung der nützlichen Vorrichtung als solche und der alleinige Gedanke daran bereite dem Betrachter ästhetisches Vergnügen.<sup>600</sup> Eine derartige Vorrichtung ist für Smith auch die Gesellschaft mit ihrer bestehenden Ordnung und Rangverteilung.<sup>601</sup>

Wenn aber im smithschen Gesellschaftssystem alles schon passgenau aufeinander eingerichtet ist und dies auch noch in der als schön empfundenen Betrachtung der Einzelnen nachvollzogen wird, warum bedarf es dann überhaupt der Gesetze und Regeln?

Dies erschließt sich über Stellenwert und Funktionsweise des *impartial spectators* im smithschen System.<sup>602</sup> Im Wesentlichen lässt sich dieser als „soziale“ Gewissenskonzeption begreifen, in welcher das Gewissen zu jenen Haltungen und Handlungen anleitet, welche die soziale Wertschätzung genießen. Es ist ein in den Verhaltensweisen unserer Mitmenschen situierter<sup>603</sup> Spiegel des sozial Geltenden. Laut Smith bringen wir ihn in folgender Weise in Anwendung auf uns selbst:

We begin, upon this account, to examine our own passions and conduct, and to consider how these must appear to them, by considering how they would appear to us if in their situation. We suppose ourselves the spectators of our own behaviour, and endeavour to imagine what effect it would, in this light, produce upon

---

<sup>599</sup> *Smith*, TMS, IV.1.1.

<sup>600</sup> Das Zusammenpassen von Intention und Ergebnis einer Vorrichtung, so Smith, „bestows a certain propriety and beauty upon the whole, and renders the very thought and contemplation of it agreeable (*Smith*, TMS, IV.1.1.).“ Zu dieser Konzeption analog vgl. die Überlegungen Kants in der „Kritik der Urteilskraft“ zum Begriff des Schönen, die er wesentlich als innerlich vollzogene Vorstellung der formalen Zweckmäßigkeit eines Gegenstands begreift, welche mit einer ästhetischen Lust einhergehen würde (vgl. *Kant*, Kritik der Urteilskraft, 96 ff.). Vom *interesselosen* „Wohlgefallen, welches das Geschmacksurteil bestimmt“ (vgl. *ders.*, Kritik der Urteilskraft, 116 f.) unterscheidet Kant das mit Interesse verbundene „Wohlgefallen am Angenehmen“ (vgl. *ders.*, Kritik der Urteilskraft, 117 ff.). Als Kriterium für das Angenehme erwähnt Kant, dass das entsprechende Geschmacksurteil „durch Empfindung eine *Begierde nach dergleichen Gegenständen* rege macht (meine Hervorhebung, *ders.*, Kritik der Urteilskraft, 119)“. Es braucht hier letztlich nicht zu entschieden werden, in welche Kategorie die Betrachtung nützlicher Einrichtungen bei Smith fallen würde. Bei Betrachtung tatsächlich bestehender Einrichtungen wäre das erwähnte Kriterium aber wohl erfüllt, während es bei der Übertragung der kantischen Überlegungen auf die Betrachtung abstrakter Entitäten wie der Gesellschaft Im Ganzen (siehe den nächsten Satz im Fließtext) eher nicht vorliegen würde. Das Wohlgefallen an der Betrachtung wäre hier also eine interesselose, die Lust eine rein ästhetische.

<sup>601</sup> Die Bewunderung reicher Menschen und Aristokraten erklärt er mit ihrem Besitz vieler nützlicher Artikel und ihrer Daseinsbedingungen und Lebensweise überhaupt, welche die abstrakte Idee eines vollkommenen und glücklichen Zustands geradezu zu verkörpern scheinen würden (vgl. *Smith*, TMS, I.iii.2.2; siehe auch *Kleer*, Final Causes in Adam Smiths Theory of Moral Sentiments, 284).

<sup>602</sup> Die Denkfigur des *spectators* zur Identifikation von Tugenden stammt ursprünglich von Hutcheson und wurde von Hume weiter gebraucht, aber erlangte erst im smithschen System eine zentrale und spezifische (im Fließtext gleich zu erläuternde) Bedeutung, vgl. *Raphael*, The Impartial Spectator, 27 ff.

<sup>603</sup> Vgl. *Smith*, TMS, III.1.3.

us. This is the only looking-glass by which we can, in some measure, with the eyes of other people, scrutinize the propriety of our own conduct.<sup>604</sup>

Am Beginn steht ein Rollentausch: Wir tauschen die Rolle des Handelnden mit jener der Betrachtenden. Aus der Rolle des Betrachters beurteilen wir die eigene Handlung, als würde sie von einem Fremden vollzogen. Indem wir die Betrachterrolle beziehen, nehmen wir im Wesentlichen den Standpunkt der Gesellschaft ein, spiegeln ihre Maßstäbe des Tugendhaften. Die Selbstbeherrschung achtet peinlich darauf, sie nicht zu übertreten (oder zu unterschreiten).<sup>605</sup>

Die Funktion des Rechts besteht nun genau darin, die vom *impartial spectator* nach innen angeleitete „situational propriety“ nach außen hin festzuschreiben. Denn: Das gewissenhafte Handeln ist zwar tugendvoll, aber auf seine Umsetzung besteht kein Verlass. Diese wird erst durch das Recht als System präziser und umsetzbarer (bzw. auch tatsächlich umgesetzter) Regeln gewährleistet.<sup>606</sup> Dieser Funktion entsprechend versteht Smith die „Tugenden“ des Gesetzes als „natürliche“, weil sie das Übereinstimmen mit einem bereits *in der menschlichen Natur angelegten Impulses* des möglichsten Entsprechens an die sozialen Erwartungen verbürgen würden (und nicht wie Hume als „künstliche“).<sup>607</sup>

---

<sup>604</sup> Smith, TMS, III.1.5.

<sup>605</sup> Vgl. Raphael, *The Impartial*, 34 ff. Raphael argumentiert allerdings dafür, dass Smith im System der TMS auch Platz für die Abweichung des Gewissens vom sozial Approbierten gelassen haben soll. Er entwickelt diese Argumentation vor allem aus der teils affirmativen Replik Smiths auf eine diesbezügliche Kritik Gilbert Elliots (vgl. Letter 40 in *Smith, The Correspondence of Adam Smith*, 48-50) und einigen Änderungen in den späteren Auflagen der TMS. Ohne mich hier im Detail auf diese Argumentation einlassen zu können, wirkt sie doch einigermaßen konstruiert. In seinen Hauptbestandteilen, das ist aus den III.i.2-7 der TMS auch in den späteren Auflagen klar ersichtlich, erscheint das Gewissen als nichts Anderes denn als Extension des gesellschaftlich Anerkannten, eben als dessen Spiegel. Diese Funktion steht in einem zwingenden Zusammenhang mit der smithschen Gesamtkonzeption von Gesellschaft als von einer providentiellen Kraft durchwirkt, auf deren Reproduktion sich das Individuum im Wesentlichen zu richten hat. Die Möglichkeit des Abweichens aus „wahrer Güte“ erscheint demgegenüber als heroischer Akt ohne systematischen Wert.

<sup>606</sup> Vgl. Gavin Kennedy, *Adam Smith's lost legacy*, 63.

<sup>607</sup> Vgl. Smith, TMS, II.ii.3.7 ff; VI.ii.2 (introduction); vgl. Hume, *A Treatise of Human Nature*, 477 ff. Das Kriterium für die Zuordnung zur Künstlichkeit/Natürlichkeit ist freilich ein anderes: Während bei Smith, wie im Haupttext gerade skizziert, das angebliche *Vorliegen menschlicher Wesenszüge*, in welchen sich solche Konventionen grundieren ließen, entscheidend ist, ist bei Hume das *Vorliegen* einer menschlichen *Konvention* maßgeblich. Damit folge ich jedenfalls der herrschenden Auffassung in der Hume-Auslegung, wie sie etwa in der Stanford Encyclopedia of Philosophy (vgl. dort *Cohon, Hume's Moral Philosophy*, 9. Artificial and Natural Virtues), in *Mackie, Hume's Moral Theory* (siehe dort etwa S. 81, wo Mackie die Künstlichkeit an einer Kultivierung der zur Erfüllung von Pflichten geforderten Gefühle festmacht, welche nur auf der Basis von eben als künstlich verstandenen Regeln und Institutionen gedacht werden kann) oder auch bei *Kukathas, Hayek and Modern Liberalism* (vgl. 24 f.) vertreten wird.

Die naturgemäße Teleologie liegt bei Smith damit klar auf der Hand. Die Gesellschaft ist ein harmonisches Ganzes, das von einer schöpferischen Kraft durchwirkt wird. Das Individuum hat sich dieser nur noch einzufügen. Dennoch gibt es eine klare Trennung zwischen beiden Ebenen. Denn selbst wenn die Gesetze des providenziellen Wirkens der menschlichen Auffassung nicht gänzlich entzogen sind, bleibt ihr auch nur skizzenhaftes Erkennen den Wenigsten vorberhalten. Und das ist auch gut so. Denn die meisten würden durch ihre unzureichenden Verstandeskkräfte fehlgeleitet und täten besser daran, einfach ihren natürlichen Impulsen und Antrieben zu folgen: „To man is allotted a much humbler department, but one much more suitable to the weakness of his powers, and to the narrowness of his comprehension; the care of his own happiness.“<sup>608</sup> Durch das Sich-Sorgen um die eigenen Belange wirken sie als *causae efficientes* bereits der *causa finalis* der Gesamtgesellschaft zu.<sup>609</sup>

### 3.5.3.2. Moral, Wirtschaft und Recht

Die Ebene der Gesamtgesellschaft ist bei Smith in Wahrheit horizontal in drei geteilt. Sowohl in der Moral (bzw. in der „Theorie der ethischen Gefühle; engl. „Theory of Moral Sentiments“) als in der Wirtschaft (bzw. im „Wohlstand der Nationen; engl. „Wealth of Nations“) werden je Prinzipien und Funktionsweisen beschrieben, welche zur Kohäsion der Gesamtgesellschaft führen. Von der zum Recht geplanten Monographie sind nur die

---

<sup>608</sup> TMS VI.ii.3.6.

<sup>609</sup> Vgl. Hill, *The hidden theology of Adam Smith*, 14 f. Diese Konzeption hat Hirschman in seiner Studie „Leidenschaften und Interessen“ als (im Gegensatz zu bloßem Zwang und Repression stehende) politische Strategie der *Instrumentalisierung* von Affekten rekonstruiert (vgl. Hirschman, *Leidenschaften und Interessen*, 24 ff.). Von dieser unterscheidet er weiters die Strategie ihrer wechselseitigen *Neutralisierung*, deren Paradigma die im 17. Jahrhundert vorherrschende Doktrin einer Entschärfung der Leidenschaften durch die Verfolgung rationaler *Interessen* gewesen sei (vgl. Hirschman, *Leidenschaften und Interessen*, 28 ff.). So brillant diese Studie auch sonst ist, wirkt die letztere Unterscheidung etwas idealtypisch. Denn ist es schließlich auch bei Smith die „natürliche Anstrengung, seinen Zustand zu verbessern“, welche viele Torheiten, die von ihm vor allem im Politischen verortet werden, hintanhält (vgl. Smith, WN, IV.ix.28 und IV.v.b43, die Stellen werden von Hirschman selbst zitiert, vgl. ebd., 112). Richtig ist freilich, dass sich Smith zuweilen über das ökonomische Streben und dessen Beschränktheit zu erheitern scheint, so womöglich an obiger Stelle oder in seiner Schilderung der „Sucht“ von Grundherren nach Luxusgegenständen (vgl. die Argumentation bei Smith, WN, III.iv.10 ff.; siehe auch bis auf die Wertung richtige Wiedergabe bei Hirschman, ebd., 110 f., 114). Doch ist es falsch, gerade daraus den Schluss zu ziehen, dass er Zweifel an der ökonomischen Entwicklung *per se* gehabt hätte (so aber eben Hirschman, ebd.). Wenn die Grundherren sich in der Folge, um mehr Gelder für den Luxus zu lukrieren, von ihren Vasallen trennen und Pächter bestellen, die wesentlich mehr Freiheiten haben, und dadurch, ohne es zu wollen, das Ende ihrer Willkürherrschaft und den Übergang in eine geordnetere Regierungsweise einleiten, so zeugt das nämlich gerade davon, dass entgegen dem Anschein doch alles zum Besten eingerichtet ist. Das Belustigende kommt nur aus dem Kontrast zwischen dem vermeintlich Eigennützigem und seinem dieses gerade unterlaufenden, aber gesellschaftsförderlichen Resultats. Gelacht wird aus der Perspektive derjenigen, die weiß, dass letztendlich alles doch zu ihren Gunsten läuft: der stoischen Deität, die dem smithschen Modell letztlich zugrunde liegt (vgl. unten 3.5.4.2.3.).

erwähnten „Lectures on Jurisprudence“ erhalten, aus denen über die Funktion des Rechts nicht besonders viel zu gewinnen ist (siehe gleich unten).<sup>610</sup>

Die Wirtschaft ist im Eigennutzen grundiert und stiftet soziale Kohäsion über die dadurch angeregten Austauschverhältnisse, die Moral hingegen wirkt über die Sympathie und den *impartial spectator*. Der Zusammenhang zwischen Moral und Wirtschaft ist als einer komplementärer Systeme zu betrachten, in welchen die Menschen nach je unterschiedlichen Grundmotiven handeln und in deren Zusammenspiel sie die Kohäsion der Gesellschaft insgesamt herbeiführen,<sup>611</sup> wobei aber entgegen einem verbreiteten Missverständnis ein „Primat“ nicht des Ökonomisch-Rationalen, sondern des Moralischen besteht, insofern der *spectator* in letzter Instanz die soziale Kompatibilität des eigennutzbasierten Handelns kontrolliert.<sup>612</sup> Die Wirtschaft dient (wie schon bei Hume)<sup>613</sup> allerdings der Ausdehnung der nur im engeren Kreis starken Sozialbeziehungen,<sup>614</sup> sorgt auch außerhalb davon für gesittetes und behutsames Verhalten.<sup>615</sup> Die verschiedenen Ebenen sind dabei, was auch mit Smiths Naturverständnis zusammenhängt, von vornherein auf die harmonische Gesamtordnung hin verklammert.

---

<sup>610</sup> Siehe auch *Petersen*, Adam Smith als Rechtstheoretiker, 22.

<sup>611</sup> Vgl. *Aßländer*, Smith, 151; siehe auch *Petersen*, Adam Smith als Rechtstheoretiker, 35 f. Im 19. Jahrhundert wurde zwischen den verschiedenen Wirkweisen, vor allem in Deutschland, ein schwer zu lösender Widerspruch gesehen, den man als Adam-Smith-Problem bezeichnet hat. Vgl. dazu grundsätzlich etwa *Himmelfarb*, *The Moral Imagination*, 3 ff. oder auch *Petersen*, Adam Smith als Rechtstheoretiker, 32 ff. Heute hingegen wurde er zurecht als reines Pseudoproblem erkannt (vgl. *Raphael/Macfie*, *Introduction to TMS*, 20 ff; siehe auch *Aßländer*, Smith, 151 f.; vgl. auch schon *Hirschman*, *Leidenschaften und Interessen*, 118), eben aus der im Haupttext gerade geschilderten komplementären Betrachtungsweise.

<sup>612</sup> Vgl. *Sen*, *The Idea of Justice*, 185: „Smith is often wrongly thought to be a proponent of the assumption of the exclusive pursuit of self-interest, in the form of the so-called »economic man«. [...] A person's basic »sympathy« can, in many cases, make him or her do spontaneously things that are good for others, with »no self-denial« involved, since the person enjoys helping others. In other cases, he may invoke the »impartial spectator« [...] to guide »the principles of his conduct.«” Auch Hirschman beobachtet, dass Smith versucht, hinter ökonomischen Motiven nicht-ökonomische, nämlich das Streben nach Sympathie und Anerkennung, ausfindig zu machen, sieht darin aber gerade ein „Einmünden“ aller anderen Leidenschaften in den Trieb zur Vermehrung des Reichtums (vgl. *Hirschman*, *Leidenschaften und Interessen*, 117, er bezieht sich dabei auf eine Stelle bei TMS. I.iii.2.1: „From whence [...] arises the emulation which runs through all the different ranks of men and what are the advantages which we propose by that great purpose of human life which we call bettering our condition? To be observed, to be attended to, to be taken notice of with sympathy, complacency, and appreciation, are all the advantages which we can propose to derive from it. It is the vanity, not the ease or the pleasure, which interests us“).

<sup>613</sup> Vgl. *Pauer-Studer*, *Einführung in die Ethik*, 114 ff.

<sup>614</sup> Siehe dazu auch gleich unten 3.6.2.3.2., *Gesellschaftliche Ebene*, den Exkurs zur stoischen Philosophie.

<sup>615</sup> Hirschman hat diese im 17. und 18. Jahrhundert aufkommende Vorstellung entsprechend dem von ihm erbrachten Nachweisen bei Savary und Montesquieu, wo dem Handel eine die Sitten versüßende und besänftigende Wirkung bescheinigt wird, als „Lehre vom *doux commerce*“ bezeichnet (vgl. *Hirschman*, *Leidenschaften und Interessen*, 69; vgl. auch *Asbach*, *Politik, Handel und internationale Ordnung im Denken der Aufklärung*, 16). Hirschman sieht diese Lehre zwar bei Smith enden bzw. wesentlich modifiziert werden, vermag damit aber nicht zu überzeugen, vgl. oben Fn 609).

Was das Recht betrifft, so enthalten die „Lectures on Jurisprudence“ im Wesentlichen lediglich einen Überblick über die bestehenden Rechtsinstitute anhand damals üblicher Unterscheidungen.<sup>616</sup> Doch kann man das Recht als fehlendes (bzw. sich teilweise aus Stellen der vorhandenen Hauptwerke ergebendes)<sup>617</sup> Bindeglied zwischen der „Theory“ und der „Wealth“ begreifen, bei dem es um die Einhaltung von Regeln geht, die für das Bestehen von Gemeinschaft schlichtweg konstitutiv und unverzichtbar sind.<sup>618</sup> Sie schreiben das fest, was durch Moral und Wirtschaft bereits die Tendenz, aber noch ohne Verbürgung von Sicherheit ist. „Beneficence [...] is less essential to the existence of society than justice. Society may subsist, though not in the most comfortable state, without beneficence; but the prevalence of injustice must utterly destroy it.“<sup>619</sup>

In einem allgemeinen Sinn lässt sich das smithsche Projekt in seiner (nicht abgeschlossenen) Gesamtheit als rechtliches und staats(kunst)theoretisches begreifen, da es ja, wie sich auch aus der hier verfolgten Untersuchung zeigen soll, auf die Errichtung und Sicherung von gesellschaftlicher Ordnung und das Arrangement der dafür erforderlichen kohäsiven Kräfte ausgerichtet ist und dabei (auch, aber nicht nur im technischen Sinn juristische) Regeln entwickeln möchte, um deren angebliche Grundprinzipien in ein Verhältnis wechselseitiger Stabilisierung zu setzen.<sup>620</sup>

#### ***3.5.4. Zwecke und Bestimmungsinstanzen auf individueller und gesellschaftlicher Ebene***

An diesem Punkt nun lassen sich wieder die Kriterien von Selbstbestimmung und Teleologie aufgreifen, um die impliziten normativen Ansprüche der smithschen

---

<sup>616</sup> Smiths hier fehlende Originalität dementsprechend hervorhebend siehe etwa *MacCormick*, Adam Smith on Law, 246: „In drawing these distinctions, Smith was, of course, anything but original. As befitted a professor of moral philosophy giving lectures on justice, police, revenue and arms, he was simply expounding some distinctions common among civilian writers of the period.“

<sup>617</sup> In diesem Sinne vgl. etwa *Petersen*, Adam Smith als Rechtstheoretiker, 22 bzw. das Buch Petersens insgesamt als Versuch, die Rechtstheorie Adam Smiths zu rekonstruieren.

<sup>618</sup> Vgl. *Aßländer*, Smith, 151.

<sup>619</sup> *Smith*, TMS, II.ii.3.3. Zum Zusammenwirken der verschiedenen Ebenen und Kohäsionsprinzipien des smithschen Gesellschaftssystems vgl. auch *Gavin Kennedy*, Adam Smith's Lost Legacy, 61 ff.

<sup>620</sup> Diese Überzeugung scheint auch Petersens Untersuchung zugrundezuliegen, vgl. *Petersen*, Adam Smith als Rechtstheoretiker 1 ff. (siehe etwa bereits auf S. 1 den interessanten Hinweis, dass auf dem Titelblatt der Erstausgabe des „Wealth of Nations“ als LLD, also Doktor der Rechte, ausgewiesen ist, was auch damit zu tun hat, dass es die Nationalökonomie im Unterschied zur Jurisprudenz gar noch nicht als eigenständige akademische Disziplin gab; auf S. 2 das Zitat aus den Lectures on Jurisprudence, das Naturrecht sei „of all sciences by far the most important“ (LJ(A) i.1; LJ(B) p.5.); siehe weiters den Hinweis auf S. 15, Smith habe ursprünglich beabsichtigt, die Wirtschaft im Rahmen der Jurisprudenz abzuhandeln). Eine der (zutreffenden) Thesen von Slobodians Buch „Globalists“, dass „from its beginnings neoliberalism has been less a discipline of economics than a discipline of statecraft and law“ (ebd., 11), wäre sohin insofern zu ergänzen, als dies in Grundzügen bereits für den Liberalismus in seiner klassischen Form zugetroffen hat.

Gesellschafts- und Rechtstheorie klarer herauszuarbeiten und auf dieser Grundlage den Vergleich mit der hayekschen Theorie vornehmen zu können. Die Überprüfung soll dabei, entsprechend dem sowohl bei Smith als auch bei Hayek vorliegenden „Zwei-Ebenen-Modell“, je in Bezug auf Individuum und Gesellschaft vorgenommen werden.

#### 3.5.4.1. Individuelle Ebene

##### 3.5.4.1.1. Selbstbestimmung

Bei der Frage der *Selbstbestimmung* des smithschen *Individuums* kann die (bereits bei Hume maßgebliche)<sup>621</sup> Unterscheidung zwischen Willkürfreiheit und Handlungsfreiheit herangezogen werden. Auch die Funktionsweise der unsichtbaren Hand ist genau in diesem Kontext abzuhandeln.

##### Willkürfreiheit

Das menschliche Wollen hat sich zunächst und ganz vorrangig auf die Verwirklichung desjenigen zu richten, das die Menschen an natürlichen Antrieben schon in sich tragen.<sup>622</sup> Es ist insofern naturgesetzlich determiniert.<sup>623</sup> Gibt es einen darüber hinausreichenden Überschuss des Wollens bzw. der Vernunft? Das ergibt sich aus jener berühmten Stelle der „History of Astronomy“:

Philosophy, by representing the invisible chains which bind together all these disjointed objects, endeavours to introduce order into this chaos of jarring and discordant appearances, to allay this tumult of the imagination, and to restore it, when it surveys the great revolutions of the universe, to that tone of tranquillity and composure, which is both most agreeable in itself, and most suitable to its nature. Philosophy, therefore, may be regarded as one of those arts which address themselves to the imagination.<sup>624</sup>

Dies könnte man so verstehen, dass erst die Einbildungskraft Ordnung in das Chaos der äußerlichen Natur bringt. Aber dies entspricht nicht einer genauen Lektüre. Die „invisible chains which bind together“ existieren nämlich bereits vor der menschlichen

---

<sup>621</sup> Vgl. *Hume*, Eine Untersuchung in Betreff des menschlichen Verstandes, 86: „Man kann deshalb unter Freiheit nur die *Macht* verstehn, *zu handeln oder nicht zu handeln, je nach dem Beschluss des Willens*; d.h. wenn wir uns ruhn wollen, so können wir es, und wenn wir uns bewegen wollen, so können wir es auch. Diese bedingte Freiheit wird allgemein bei Jedem anerkannt, der nicht ein Gefangener und in Ketten ist (Hervorhebungen im Original).“ Zum Unterschied zwischen Willkürfreiheit und Handlungsfreiheit, *Klemme*, David Hume, 112.

<sup>622</sup> Vgl. TMS, III.6.

<sup>623</sup> Was Klemme über Hume schreibt – „Dieselben Naturgesetze, die bewirken, dass morgen die Sonne aufgeht, determinieren auch unser Wollen“ (*Klemme*, David Hume, 110) – gilt auch, ja fast mehr noch, bei seinem Schüler Smith. Siehe auch die einschlägige Stelle bei Hume: „Reason is, and ought only to be the slave of the passions, and can never pretend to any other office than to serve and obey them“ (*Hume*, A Treatise of Human Nature, 415); vgl. weiters *Kukathas*, Hayek and Modern Liberalism, 21.

<sup>624</sup> *Smith*, The History of Astronomy“, II.11.

Rekonstruktion. Sie sind lediglich unsichtbar. Die menschliche Vorstellungskraft ist deshalb gefordert, weil die natürliche *causa finalis* die menschliche Wahrnehmung tendenziell *überfordert*. Aber es ist möglich, ihr tatsächlich nachzuspüren.

So wie ein Moment an Willkürfreiheit nach außen hin besteht, das allerdings gleich in der Reproduktion der bestehenden Ordnung gerinnt, so besteht eines nach innen, auf die eigenen Antriebe gerichtetes, das als „self-command“, als Selbstbeherrschung sich über die bloße Naturalität der Impulse erhebt, allerdings auch wiederum nur im Hinblick auf die Verträglichkeit mit anderen und sohin das Gewährleisten einer möglichst harmonischen, friktionsfreien Ordnung.

### Handlungsfreiheit

Das für die Menschen zugänglichere Konzept von Freiheit ist bei Smith jenes der Handlungsfreiheit. Die Möglichkeit, den eigenen Handlungsimpulsen nachzugehen, steht ihnen immer offen, wenn sie nur durch das System natürlicher Freiheiten verbürgt ist. Ein solcher Impuls kommt vor allem von der „self-love“, vom Bedürfnis nach Erhaltung und Verbesserung der eigenen Position<sup>625</sup> her. Die von diesem Bedürfnis ausgehende Handlungsfreiheit ist im Wesentlichen eine wirtschaftliche, die sich im Halten, Verwalten und Akkumulieren von Eigentum vollzieht.<sup>626</sup>

Dass sie in ihrem Ursprung unfrei, von woanders her bestimmt ist, ergibt sich allerdings gleich aus mehreren Stellen im smithschen System:

Zum einen mag Smith eine natürliche Neigung der Menschen zum Tausch annehmen,<sup>627</sup> aus welcher er auch die Arbeitsteilung ableitet. Worin die letztendliche Ursache dieser Neigung besteht, stellt er allerdings in seinen „Lectures on Jurisprudence“ klar: „It is clearly the naturall inclination every one has to persuade.“ Das Anbieten eines Shilling sei in Wahrheit der Versuch, jemand anderen davon zu überzeugen, eine Handlung in seinem eigenen Interesse vorzunehmen. Diese interessante, aber seltsame Grundierung des Wirtschaftstreibens im Hang zum Überzeugenwollen anderer hat systematisch die

---

<sup>625</sup> Vgl. *Smith*, TMS, III.iii.4 f.

<sup>626</sup> Vgl. *Denis*, Was Adam Smith an Individualist?, 72.

<sup>627</sup> Vgl. *Smith*, WN, I.ii.1; vgl. auch *Elbe*, Entfremdete und abstrakte Arbeit, 3 Fn 9.

Bedeutung, dass sie den Handel eben von der „Sympathie“ als kohäsivem Sozialprinzip und nicht vom autonomen Eigeninteresse her bestimmt.<sup>628</sup>

Zum anderen mag der Glaube, im eigenen Interesse und aus eigener Bestimmung zu handeln, zwar im Bewusstsein der Menschen vorhanden sein und tatsächlich auch eine handlungsmotivierende Funktion einnehmen. Er tut dies aber nur als nützliche Illusion. Über diese kann die Naturordnung nämlich ihre *causa finalis* ins Werk setzen. *Indem sie den Menschen glauben lässt, in der Verfolgung seiner materiellen, wirtschaftlichen Interessen sich selbst zu bestimmen, bewirkt sie in Wahrheit die Reproduktion und Stabilisierung ihrer selbst.*

So beschreibt Smith das Leben eines ehrgeizigen Mannes, der keine Mühen scheut, in folgenden Worten:

The poor man's son, whom heaven in its anger has visited with ambition [...] admires the condition of the rich. [...] He is enchanted with the distant idea of this felicity [...] and, in order to arrive at it, he devotes himself for ever to the pursuit of wealth and greatness. [...] Through the whole of his life he pursues the idea of a certain artificial and elegant repose which he may never arrive at, for which he sacrifices a real tranquillity, that is at all times in his power, and which, if in the extremity of old age he should at last attain to it, he will find to be in no respect preferable to that humble security and contentment which he had abandoned for it. It is then, in the last dregs of life, his body wasted with toil and diseases, his mind galled and ruffled by the memory of a thousand in-juries and disappointments [...] that he begins at last to find that wealth and greatness are mere trinkets of frivolous utility.<sup>629</sup>

In fast schon böllschen Tönen<sup>630</sup>, würde man meinen, wird hier die Nichtigkeit menschlicher Ambitionen beschrieben. Die anscheinende Selbstbestimmung des Menschen zu äußerlichem Glück und Erfolg führt ihn genau in die entgegengesetzte Richtung. Durch sie wird hier gerade nicht der Zweckgehalt eines individuell gelungenen Lebens entfaltet. Allerdings nimmt die Passage bei Smith dann doch noch eine entscheidende Wendung: „And it is well that nature imposes upon in this manner. It is this *deception* which rouses and keeps in continual motion the industry of mankind.“<sup>631</sup>

Es ist also für die materielle Gesamteinrichtung der Menschheit gut, dass die Menschen als je Einzelne von ihren äußerlichen Begierden und Bestrebungen über ihr eigenes Glück

---

<sup>628</sup> Dass sich in der smithschen Wahrnehmung hinter ökonomischen Motiven in Wahrheit nicht-ökonomische (auf Sympathie und Anerkennung gerichtete) verbergen, beobachtet auch Hirschman, vgl. oben FN 612, siehe auch die dort wiedergegebene Stelle bei TMS, I.iii.2.1.

<sup>629</sup> *Smith*, TMS, IV.1.8.

<sup>630</sup> Vgl. *Böll*, Anekdote zur Senkung der Arbeitsmoral.

<sup>631</sup> Vgl. *Smith*, TMS, IV.1.10 (meine Hervorhebung).

getäuscht werden. Das illusorische Moment der Selbstbestimmung hat durchaus zentralen Wert. So kommt auch Denis in Bezug auf Smith zum Schluss: „God treats individual humans in an extremely cavalier manner, subjecting them to all sorts of *illusions* and deceptions, and other weaknesses and indignities, often with quite deleterious consequences to the individual in question, supposedly in the interest of maximizing human welfare“.<sup>632</sup> Entsprechendes stellt Slobodian bei Hayek fest: „To Hayek, the autonomous *individual is an illusory effect* dependent on its relation to the whole – which, in turn, is dependent on that illusory effect.“<sup>633</sup> Diese Konzeption ist, soviel lässt sich sagen, durchaus schon bei Smith angelegt.

Man könnte sie freilich auch in neutralere Begriffe übersetzen, und zwar so, dass die Menschen nach einer *latenten*, ihnen selbst fremd bleibenden, Teleologie handeln bzw. durch ihr Eigenhandeln *funktionell* die gesellschaftliche Harmonie und das wirtschaftliche Wohlgedeihen bewirken. Dass sie dabei aber ihr eigenes Glück verfehlen, eben weil sie darüber getäuscht sind, scheint mir dennoch maßgeblich. Dies sollte sich durch eine Auseinandersetzung mit Smiths bekanntestem Motiv, der „unsichtbaren Hand“, weiter erschließen.

### Die unsichtbare Hand

In Smiths Werk gibt es drei Stellen, in denen das Motiv der „unsichtbaren Hand“ verwendet wird.<sup>634</sup> In der „History of Astronomy“ erscheint sie zum ersten Mal und zwar in eigentümlicher Funktion, die im Zusammenhang mit der Beschreibung von Naturkräften steht. Sie wird hier gerade nicht als die gewöhnlichen Naturabläufe insgesamt steuernde providenzielle Kraft begriffen, sondern als Vorstellung polytheistischer Urvölker zur Beschreibung *irregulärer* Vorkommnisse, wie Blitz, Donner und Fluten, eben als unsichtbare Hand Jupiters, die er aus Zorn oder Wohlwollen in Bewegung bringt.<sup>635</sup>

Zum zweiten Mal, und in ganz anderer Weise, figuriert die unsichtbare Hand in der „Theory of Moral Sentiments.“ Weil die Konsumkapazitäten von Reichen begrenzt seien,

---

<sup>632</sup> Denis, Was Adam Smith an Individualist?, 83 (meine Hervorhebung). Die „deception by nature“ hervorhebend, siehe auch schon Vgl. *Raphael/Macfie*, Introduction to TMS, 8.

<sup>633</sup> Slobodian, Globalists, 213 (meine Hervorhebungen).

<sup>634</sup> Smith hat diesen Topos freilich nicht aus der Luft gegriffen. Es spricht viel dafür, dass er eher auf eine seinerzeit geläufige Formulierung zurückgegriffen hat. Im intellektuellen Milieu findet sich die Verwendung der „unsichtbaren Hand“ etwa bei Malebranche, Ferguson, Tucker und Burke (vgl. dazu *Petersen*, Adam Smith als Rechtstheoretiker, 209 ff.). Hier allerdings interessiert allein die spezifische Verwendung und Prägung durch Smith.

<sup>635</sup> Vgl. *Smith*, The History of Astronomy, III.2.

argumentiert Smith dort, würden sie einen großen Anteil von allem, das sie an Produkten erwirtschaften, den für sie Arbeitenden und Armen überlassen, und zwar nach folgendem Mechanismus:

„They are led by an *invisible hand* to make nearly the same distribution of the necessaries of life, which would have been made, had the earth been divided into equal portions among all its inhabitants, and thus *without intending it, without knowing it, advance the interest of the society*, and afford means to the multiplication of the species (sic!).“<sup>636</sup>

Hier ist, wie schon von MacFie bemerkt wurde,<sup>637</sup> die Funktion der Hand im Vergleich zur ersten Stelle genau umgedreht. Mit ihr wird nicht mehr das Außergewöhnliche, sondern gerade das Reguläre beschrieben.

Die letzte und gleichzeitig wichtigste (auch insofern ihre Rezeption ganz überwiegend von dieser Stelle her erfolgte) „unsichtbare Hand“ erscheint in der „Wealth of Nations“. Smith argumentiert dort gegen Restriktionen für Importe. Einheimische Monopole zu schützen sei gar nicht notwendig, denn würden die einzelnen Wirtschaftstreibenden bereits in folgender Weise zu ihren Gunsten handeln:

By preferring the support of domestic to that of foreign industry, he intends only his own security; and by directing that industry in such a manner as its produce may be of the greatest value, *he intends only his own gain, and he is in this, as in many other cases, led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention*. Nor is it always the worse for the society that it was no part of it. *By pursuing his own interest he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it.*<sup>638</sup>

Die Wirkweise der „unsichtbaren Hand“ ist hier dieselbe wie in der Stelle aus der „Theory“. Die Einzelnen gehen ihren eigenen Intentionen und Interessen nach. Indem sie dies tun, befördern sie im Resultat aber die Interessen der Gesamtgesellschaft.<sup>639</sup>

Die zweite und dritte Verwendung der „unsichtbaren Hand“ bei Smith können als die ausschlaggebenden rekonstruiert werden. Im Werk Smiths ist das Individuum nur Mittel für die Zwecke der Natur, deren Teil hier die menschliche Gesellschaft ist. Das ergibt sich

---

<sup>636</sup> Smith, TMS, IV.1.10 (meine Hervorhebungen, wie bei Montes, Is Friedrich Hayek Rowing Adam Smith's Book?, 20).

<sup>637</sup> Vgl. MacFie, The Invisible Hand of Jupiter, 595 f.

<sup>638</sup> Smith, WN, IV.II.9 (meine Hervorhebungen).

<sup>639</sup> Für einen Überblick über die Stellen, an welchen Smith die „unsichtbare Hand verwendet, vgl. etwa auch Emma Rothschild, Economic Sentiments, 116 ff. oder Montes, Is Friedrich Hayek Rowing Adam Smith's Book?, 25 ff.

nicht erst aus der Hand-Metapher,<sup>640</sup> es zeigt sich in ihr aber besonders klar, insbesondere im Hinblick auf das genaue Wesen der individuellen Selbstbestimmung. Diese lässt sich in ihr eben als bloße Illusion, als Täuschung ausweisen. Sie wird im wörtlichen Sinne als *Manipulation* des Individuums ausgeführt.<sup>641</sup>

Während dessen Selbstbestimmung somit letztendlich zu verneinen war, ist nun weiters zu fragen, ob das smithsche Individuum in seiner Handlungsweise und Lebensführung zumindestens als Entfaltung eigener, in ihm angelegter, Zwecke rekonstruiert werden kann.

#### 3.5.4.1.2. Teleologie

Dies lässt sich allerdings aus dem bisher Gesagten schnell beantworten. Zwar scheint das smithsche Individuum in zweierlei Hinsicht, in ihm angelegte Zwecke zu verwirklichen: zum einen, indem es Eigentum hält<sup>642</sup> und sich wirtschaftlich betätigt, seiner Selbstliebe nachgeht, zum anderen, indem es moralisch, nach seiner Sympathie handelt.

Doch werden diese Zwecke von zwei Richtungen zugerichtet und in bestimmte Bahnen gelenkt. Der „impartial spectator“ reguliert die Eigenimpulse von innen auf ein sozialverträgliches Maß, die „jurisprudence“ als negative Tugend<sup>643</sup> beschränkt sie nach außen. Letztendliches Telos ist damit nicht die Verwirklichung menschlicher Tugendgehalte, sondern die Kohäsion der sozialen Ordnung. Zu dieser ist nun überzugehen.

---

<sup>640</sup> Sondern eben aus zahlreichen anderen Stellen, siehe nur etwa die oben wiedergegebenen *Smith*, TMS, II.ii.3.5 und IV.1.8-10. Siehe auch *Denis*, Was Adam Smith an Individualist?, 71 ff.

<sup>641</sup> Es überrascht daher, wenn Ullmann-Margalit zur Auffassung gelangt: „When first introduced, this notion played a liberating role – in the name of light, reason, and progress – as against the religious outlook. However, within the secular outlook that came to prevail, the invisible hand is predominantly an instrument in the service of darker ideologies, conservative and counter-Enlightenment ones” (*dies.*, The Invisible Hand and the Cunning of Reason, 150). Sie bleibt allerdings jeden Nachweis schuldig, warum die „unsichtbare Hand“ in ihrer ursprünglichen Verwendung aufklärerisch-emanzipativen Gehalts gewesen sein soll. Wie in dieser Arbeit hoffentlich schon gezeigt werden konnte, mag die Gesellschaftswissenschaft Smiths sich zwar selbst als modern-wissenschaftlich im newtonschen Sinn begreifen, fusioniert die newtonsche Physik dabei aber mit Elementen einer Lehre von kosmologischer Ordnung und der Stoa (siehe gleich unten den Exkurs zur stoischen Philosophie) zur Wissenschaftsreligion und verhält sich im Allgemeinen affirmativ-apologetisch zur bestehenden Gesellschaftsordnung und den in ihr bestehenden Rangstufen und Ungleichheiten (siehe nur die zweite Verwendung der „unsichtbaren Hand“ bei Smith). Auch insofern wird hier die These einer wesentlichen Kontinuität in der Verwendung von Smith zu Hayek vertreten.

<sup>642</sup> Mit Denis lässt es sich tatsächlich als *Zweck* der smithschen Individuen rekonstruieren, *Eigentümer* zu sein, die ihre materiellen Interessen verfolgen und ihren entsprechenden sozialen Status schützen - aber eben nur, damit sich die soziale Gesamtordnung reproduziere (vgl. *Denis*, Was Adam Smith an Individualist?, 78 ff.).

<sup>643</sup> Vgl. *Gavin Kennedy*, Adam Smith, a moral philosopher, 68 f.

### 3.5.4.2. Gesellschaftliche Ebene

#### 3.5.4.2.1. Selbstbestimmung

Bei Smith hängt die Frage der *gesellschaftlichen Selbstbestimmung* mit seiner Vorstellung eines Uhrmachergottes zusammen.<sup>644</sup> Dieser konstruiert die Welt und setzt sie von außen in Gang. Nach diesem Akt vollziehen die Dinge ihr in sie gesetztes Programm. Er ist als *causa finalis* die Recht und Gesellschaft bestimmende Kraft, die menschlichen Institutionen sind hingegen von ihr bestimmte *causae efficientes*.

Diese theologische Grundierung seiner Gesellschaftstheorie, der ich mich in dieser Arbeit anschließe, ist jedenfalls die seit etwa 20 Jahren auf dem Vormarsch befindliche Auffassung in der Smith-Forschung.<sup>645</sup>

#### 3.5.4.2.2. Teleologie

Die Gesamtheit ist nicht sie bestimmender Träger, aber immerhin Adressat der providenziellen Zwecke.<sup>646</sup> Inhaltlich könnte man diese zusammenfassen als Selbsterhaltung, Ausbreitung der Spezies, soziale Ordnung, moralische Verbesserung und die größtmögliche Menge an Gesamtzufriedenheit.<sup>647</sup>

Die Etablierung und Erhaltung einer sich auf die Natur gründenden *harmonischen Ordnung* ist allerdings als *Gesamttelos* dieser verschiedenen Zwecke anzusehen. Dies ergibt sich aus den stoischen Wurzeln der smithschen Philosophie.

#### 3.5.4.2.3. Stoische Philosophie (Exkurs)

Raphael und MacFie zufolge ist die stoische Philosophie der wichtigste Einfluss überhaupt auf Smiths denken.<sup>648</sup> Sie war von Anfang an für die Konzeption insbesondere der TMS prägend. Besonders im „impartial spectator“ als Instanz zur Selbstbeherrschung kann eine stoische Tugend identifiziert werden. Tatsächlich hat Smith die Beschreibung dieser

---

<sup>644</sup> Vgl. *Smith*, TMS, II.ii.3.5 (die oben bei 3.5.2. wiedergegebene Stelle).

<sup>645</sup> Siehe dazu den maßgeblichen bereits zitierten Artikel von *Hill*, *The Hidden Theology of Adam Smith* sowie, von der anderen Richtung, der Unterlegenheit und dem Ausgeliefertsein der Individuen an diese höhere Kraft, argumentierend, den ebenfalls schon referierten Aufsatz von *Denis*, *Was Adam Smith an Individualist?*

<sup>646</sup> Vgl. *Denis*, *Was Adam Smith an Individualist?*, 71-86; *Kleer*, *Smith on Teleology: A Reply to Alvey*, 146.

<sup>647</sup> Vgl. *Kleer*, *Smith on Teleology: A Reply to Alvey*, 146.

<sup>648</sup> Vgl. *Raphael/Macfie*, *Introduction to TMS*, 5 ff.

Tugend (und der stoischen Passagen insgesamt) in der sechsten Edition der TMS noch beträchtlich ausgebaut.<sup>649</sup>

Auch im Motiv der „unsichtbaren Hand“ kann eine stoische Grundlage ausfindig gemacht werden, nämlich in der Lehre des Epictetus. Dieser führt in seinen „Dissertationes“ aus, dass der Mensch von Natur aus nichts für sich selbst machen könne, ohne dabei etwa für das Gemeinwohl beizutragen und es daher nicht als unsozial gelten dürfe, alles um seiner selbst willen zu unternehmen.<sup>650</sup>

Darüber hinaus lässt sich die moralische Grundierung der Selbsterhaltung mit dem stoischen Konzept der „Oikeiosis“ fassen: *Oiken* ist das Gegenteil von *allogtrion*, dem Fremden. Oikeiosis richtet sich auf das Vertraute und die Vertrautwerdung mit Dingen, besteht in Selbstliebe in einem aufgeklärten, moralisch guten Sinne.<sup>651</sup> In der Stoa leitet sie als Prinzip den Prozess moralischer und psychologischer Entwicklung, in dem das eigene Selbst und dessen rationale Natur erkannt und wertgeschätzt werden. Für das eigene Handeln bedeutet dies eine Ausrichtung nach dem Lebenserhaltenden und -förderlichen für sich und das eigene Umfeld.<sup>652</sup> Das damit aufgerufene Verhältnis zu anderen ist nach dem Muster konzentrischer Kreise vorgestellt, in deren Mittelpunkt die betreffende Person steht, innerhalb des sie direkt umziehenden innersten Kreises die engere Familie, im nächsten Kreis die weitere Sippschaft, dann das eigene Dorf und schließlich die ganze Welt. In der Tat hat Smith in der „Theory“ genau diese Lehre reproduziert.<sup>653</sup> Aus der „Wealth“ lässt sich die Wirtschaft und ihre Funktionsweise gerade als komplementäres bzw. kompensatorisches Mittel zur Stabilisierung und Verstärkung dieser nach außen hin nachlassenden Neigungen rekonstruieren.

#### 3.5.4.2.4. Fazit

Damit ist das Telos der smithschen Gesellschaft, ihres Rechts und Wirtschaftstreibens klar. Es besteht in der Etablierung und Stabilisierung von *Ordnung*. Die Selbsterhaltung und

---

<sup>649</sup> Vgl. *Vivenza*, Adam Smith and the Classics, 57.

<sup>650</sup> Vgl. *Epictetus*, Discourses, I.i. para 19-27, 13–14; *Vivenza*, Adam Smith and the Classics, 61. Vgl. auch *Furuya*, Beauty as Independence: Stoic Philosophy and Adam Smith, 83.

<sup>651</sup> Vgl. *Montes*, Is Friedrich Hayek Rowing Adam Smith's Book?, 12 f.

<sup>652</sup> Vgl. *Brown*, Adam Smith's Discourse, Kap. 4.4.

<sup>653</sup> „Every man, as the Stoics used to say, is first and principally recommended to his own care; [...] After himself, the members of his own family, those who usually live in the same house with him, his parents, his children, his brothers and sisters, are naturally the objects of his warmest affections“ (*Smith*, TMS VI.ii.1.1. f; dazu vgl. auch *Brown*, Adam Smith's Discourse, Kap. 4.4.). Grundlegend zum Konzept der Oikeiosis vgl. auch *Pohlenz*, Die Stoa I, 114 f.

Ausbreitung der Spezies, die moralische Verbesserung und die größtmögliche Menge an Gesamtzufriedenheit sind diesem Hauptzweck als Nebenzwecke beigelegt.

#### 3.5.4.3. Individuum und Gesellschaft: Resultat der Gesamtüberprüfung bei Smith

Unten steht das von seinen natürlichen Affekten bestimmte Individuum, unter welchen die „Sympathie“ (*sympathy*) es mit den anderen in seinem Umkreis kohäsiv verbindet und deren richtiges Ausmaß über den *impartial spectator* auf den je passenden Punkt gebracht wird.

Über den engeren Umkreis hinaus ist es der wirtschaftliche Eigennutzen (als lediglich andere Form der bei Smith überall wirksamen *self-love*), welcher die Individuen in ihrem Verhältnis zueinander bestimmt und über Handelsbeziehungen gesellschaftliche Kohäsion und Ordnung bewirkt. Dafür ist nicht nur die Gewährleistung ihrer praktischen Handlungsfreiheit, sondern auch die Illusion ihrer Willkürfreiheit als nützliche *Täuschung* erforderlich.

Das Recht mit seiner natürlichen Tugend des Respektierens von Eigentum und Einhaltens von Verträgen bildet (als Pendant zum *spectator* nach innen) die unerlässliche äußere Klammer, welche die Wirkweise der kohäsiven Mechanismen von Moral und Wirtschaft gewährleistet und absichert.

Die verschiedenen Teile des gesellschaftlichen Systems von Smith sind systematisch ausgearbeitet und punktgenau aufeinander abgestimmt. Dies hat seine Ursache in der übergeordneten Ebene, in welcher eine ordnende Instanz wirkt, die als Uhrmachergott, stoische Deität oder einfach hinter der unsichtbaren Hand wirkende Kraft begriffen werden kann. Deren *invisible chains* können durch die Philosophie nachgespürt werden. Die Einbildungskraft beschränkt sich auf die Reproduktion der ihr vorgängigen Ordnungsstrukturen.

Graphisch ließe sich das Ergebnis der Befragung des smithschen Modells nach den beiden Kriterien wie folgt auf vier Ebenen darstellen:

	Teleologie	Selbstbestimmung	
Kraft hinter der unsichtbaren Hand, Uhrmachergott, stoische Deität	✓ ●	✓ ↓	
Wirtschaft (WN)	✓ * ●	✗	* deception [✓ Willkürfreiheit] durch unsichtbare Hand
Moral (TMS)	✓ ** ●	✗	** impartial spectator
Individuum	✗		praktische Handlungsfreiheit [✗ allg. Willkürfreiheit]

-----Recht (U): natürliche Tugenden -----

Diagramm: Ein Kreis mit der Aufschrift "Philosophy" enthält die Begriffe "praktische Handlungsfreiheit" (mit ✓) und "[✗ allg. Willkürfreiheit]" (mit ✗). Ein gestrichelter Pfeil zeigt von "sympathy" (mit ✓) auf den Kreis, ein anderer von "Eigennutzen" (mit ✗) auf den Kreis. Ein dritter gestrichelter Pfeil zeigt von der "Wirtschaft (WN)"-Zelle auf den Kreis.

### 3.6. Vergleich des klassischen Liberalismus mit Hayek

Welche Bedeutung hat die hier erfolgte Rekonstruktion nun für Hayek? Inwiefern ist sein eigenes Projekt selbst von dieser Akzentuierung des Ordnungsmoments gezeichnet?

Vanberg stellt mit gewisser Verwunderung fest, dass Hayeks evolutionärer Zugang zum Recht völlig der liberalen Sorge um eine Welt, in der Menschen tatsächlich leben wollen, entbehre<sup>654</sup>, und führt mit kritischer Distanz jene Stellen aus dem hayekschen Werk an, welche die Irrelevanz des Glücks oder der Zufriedenheit der Einzelnen für die Selektion von Verhaltensweisen und Regeln belegen.<sup>655</sup> Vanberg kommt zum Schluss einer

<sup>654</sup> Vgl. Vanberg, Darwinian paradigm, cultural evolution and human purposes, 40 f.

<sup>655</sup> Vanberg, Darwinian paradigm, cultural evolution and human purposes, 40 f. Die zitierten Stellen vgl. Hayek, Die verhängnisvolle Anmaßung, 78 f., 66 f. Man bräuchte um weitere Stellen aus dem hayekschen Werk, welche die Irrelevanz individueller Glückserlangung herausstellen, nicht verlegen zu sein. „Jeden treffen Zufall und Zeit“ – so etwa Hayeks Quittierung der individuellen Gerechtigkeit mittels Bibelzitat (vgl. Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit, 278; die zitierte Stelle ist Das Buch Kohelet, 9, 11).

Inkonsistenz zwischen Hayeks „rationalem“ Liberalismus und seinem „evolutionären“ Agnostizismus.<sup>656</sup>

In Wahrheit ist Hayeks Liberalismus nicht nur durch und durch evolutionär, sondern auch ganz und gar ordnungsbezogen. Die Irrelevanz der Einzelnen und ihres Glücks steht nicht im Widerspruch zum Liberalismus, sondern erklärt sich gerade aus diesem, und zwar in seinen smithschen (und humeschen) Wurzeln.

### 3.6.1. *Ordnung*

Nicht nur dass, sondern auch, warum es in der hayekschen Theorie um *Ordnung als Letztzweck* geht, wird allmählich klarer. Individuelle Zwecke, so ergibt sich aus der Rekonstruktion des klassischen Liberalismus, haben zwar ihren systematischen Platz, sind als „Adressierungspunkte“ aber letztendlich Mittel, um gesellschaftliche Struktur zu schaffen. „Frei“ zu sein, das haben in erster Linie nicht die Individuen, sondern die Ordnung selbst in der Reproduktion ihrer angestammten Sitten und Verhaltensregeln. „What individualism teaches us is that *society is greater* than the individual only in *so far as it is free*. In so far as it is controlled or directed, it is limited to the powers of the individual minds which control or direct it“ – so Hayek bezeichnenderweise in „Individualism True and False“(1946).<sup>657</sup> Es ist die Freiheit *der Gesellschaft*, von der hier die Rede ist. In der Behauptung, dass die Gesellschaft nur größer als die Individuen sei, wenn sie nicht in deren Kontrolle stehe, ist die Forderung enthalten, dass sie auch tatsächlich größer sein *soll*. Liberale, richtig verstandene Freiheit ist hier also eine Freiheit des Wachstums von spontaner Ordnung. Je mehr Freiheit, desto mehr Ordnung, desto besser – für die Gesellschaft. Falls noch Zweifel bleiben sollten, stellt Hayek in folgender Weise klar: „The first thing that should be said [about true individualism] is that it is primarily a *theory of society*, an attempt to understand *the forces which determine the social life of man*, and only in the second instance a set of political maxims derived from this view of society.“<sup>658</sup>

---

<sup>656</sup> Vgl. Vanberg, Darwinian paradigm, cultural evolution and human purposes, 40.

<sup>657</sup> Diesen Artikel hat Hayek als erstes Kapitel in sein Buch „Individualism and Economic Order“ aufgenommen, aus dem ich in weiterer Folge zitieren werde, vgl. dort 1-32 (die zitierte Stelle bei 32, meine Hervorhebungen).

<sup>658</sup> Hayek, Individualism and Economic Order, 6 (meine Hervorhebungen, Hayek hebt lediglich „theory“ hervor); vgl. Weiters ders., Scientism and the Study of Society I, 284: „*The individuals are merely the foci in the network of relationships* and it is the various attitudes of the individuals towards each other (or their [...])

Aus „Individualism True and False“ ist in der Tat nicht wirklich zu eruieren, was denn eigentlich an Kerngehalt des „wahren“ Individualismus übrig bleibt. Denn dieser fordert Hayek zufolge gerade die Unterwerfung unter die angestammten Konventionen und Verhaltensregeln der „spontanen Ordnung“, auch und zuvörderst, wenn diese sich der rationalen Rekonstruktion durch den menschlichen Verstand entziehen.<sup>659</sup> An tatsächlichem Individualismus bleibt hier eigentlich nur mehr derjenige der Gesellschaft als Eigenart ihrer Tradition, ihrer sittlich-kulturellen Historie. Der persönliche „Individualismus“ wird auf den von der Gesellschaft und dem angestammten Recht vorgezeichneten Spielraum, die Freiheit *unter* dem Gesetz, beschränkt.

Folgerichtig kommt auch Slobodian in seiner Studie zum Schluss, dass für Hayek und die Neoliberalen die Idee des „Denkens in Ordnungen“<sup>660</sup> prägend gewesen sei, nicht in „konkreten“ Ordnungen freilich, sondern in kybernetisch-abstrakten,<sup>661</sup> welche das einzelne Auffassungsvermögen tendenziell überfordern würden, aus welchen aber (paradoxerweise) angeblich doch Prinzipien für die tatsächliche Strukturierung des sozialen Raums zu gewinnen seien. Dieser Ordnungsbegriff, auch darauf verweist Slobodian,<sup>662</sup> ist bereits in der Prägung des lateinischen *Ordo* durch Augustinus, auf den wiederum Hayek verweist,<sup>663</sup> angelegt. In dessen gleichnamigem Dialog beschreibt Augustinus die außergewöhnliche Komplexität des Universums als unbegreiflich für das einzelne Individuum und dessen Perspektive als eine immer schon verzerrte. Diese Verzerrung vergleicht er mit dem Blick eines Menschen auf ein Mosaik aus zu naher Distanz. Er sieht nur ungeordnete Teile, die Harmonie und Schönheit des Ganzen bleibt ihm entzogen.<sup>664</sup> Bezeichnenderweise führt die wichtigste Zeitschrift der Neoliberalen, von der her auch die Bezeichnung „Ordoliberalen“ stammt<sup>665</sup>, das Wort *Ordo* im Titel.

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch Pies in seiner Hayek und Eucken vergleichenden Studie<sup>666</sup>: Hayeks Theorie sei eine *ordnungspolitische* Konzeption<sup>667</sup>,

---

attitudes towards physical objects) which form the recurrent, recognisable and familiar elements of the structure“ (meine Hervorhebungen).

<sup>659</sup> Vgl. Hayek, Individualism and Economic Order, 22.

<sup>660</sup> Vgl. Slobodian, Globalists, 89; vgl. auch schon ebd., 4.

<sup>661</sup> Vgl. Slobodian, Globalists, 223 f.

<sup>662</sup> Vgl. Slobodian, Globalists, 268.

<sup>663</sup> Vgl. Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit, 493 (dort die Fußnote 37:2).

<sup>664</sup> Vgl. Augustinus, On Order [De Ordine], 5.

<sup>665</sup> Diese Zuordnung geht auf einen 1950 erschienenen Artikel Hero Moellers zurück, vgl. Moeller, Liberalismus, 224.

<sup>666</sup> Vgl. Pies, Eucken und von Hayek im Vergleich.

<sup>667</sup> Vgl. Pies, Eucken und von Hayek im Vergleich, 123 ff.

welche auf den Wettbewerb als Ordnungsrahmen ausgerichtet ist, ohne den Teilnehmern Gründe für ihre Unterwerfung darunter zu liefern. Pies sieht darin eine Argumentationslücke<sup>668</sup>, die er spieltheoretisch und im Ergebnis mit wirtschaftlichen Gewinnen qua kollektiver Selbstbindung zu schließen versucht. Bevor ich auf diesen Aspekt eingehe, möchte ich nun einen detaillierteren Blick auf etwaige Unterschiede im Ordnungskonzept und seinen Ebenen zwischen Hayek und dessen liberalen Ahnherrn werfen.

### **3.6.2. Ordnungen und ihr Verhältnis**

Hayek übernimmt von Smith (und Hume) ein auf mehrere Ebenen aufgeteiltes Ordnungsmodell. Unten stehen die Individuen, oben das gesellschaftliche Gesamtgefüge, dazwischen gibt es noch die Ebene der Sippe und Familie, der lokalen Gemeinschaft. Hayek scheint auch in dieser Hinsicht gefolgstreu, billigt er in „Individualism True and False“ den lokalen Gemeinschaften und der Einbettung des Handelns in Sitte und Brauchtum eine große Bedeutung zur Schaffung von Ordnung zu. Je mehr der Mensch bereit sei, sich den lokalen Verhaltensregeln zu unterwerfen, desto weniger zentralstaatliche Gesetzesherrschaft sei erforderlich, aber auch desto freier sei dieser mit dem lokalen Brauchtum verwachsene Mensch.

Wo bestehen nun aber die Unterschiede?

Tatsächlich hat Hayek die gerade wiedergegebene Position aus „Individualism True and False“ später nicht mehr vertreten. Die lokalen Gemeinschaften mit ihrer „Stammesmoral“ sieht er nun zunehmend als Problem. Er möchte die ihnen zugeschriebene kollektivistische Moral möglichst verdrängen und durch etwas Neues ersetzen. Dieses Neue sieht er in der „Offenen“ bzw. „Großen Gesellschaft.“ Jenseits davon glaubt er die Gefahr eines neuen, von der altruistischen Stammesmoral herrührenden, Kollektivismus zu bemerken: den Sozialismus.<sup>669</sup> Hayek kennt also (wie Smith in seiner „Vier-Stadien-Theorie“<sup>670</sup>) auch eine chronologische Abfolge von Ordnungen, in welcher er die mittlere bevorzugt und wieder in den Stand setzen möchte.

---

<sup>668</sup> Vgl. Pies, Eucken und von Hayek im Vergleich, 156 f.

<sup>669</sup> Vgl. Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit, 284 ff.

<sup>670</sup> Vgl. Smith, LJ(A), i.27-35; LJ(B), 149-150. Diese über die Stufen der Jägerei, des Hirtens und der Landwirtschaft zum Handel verlaufende Entwicklungstheorie wurde freilich nicht nur von Smith, sondern von weiteren Protagonisten der schottischen Aufklärung wie Adam Ferguson und William Robertson vertreten. Vgl. etwa Meek, Smith, Turgot, and „Four Stages“ Theory, 18-32.

### 3.6.2.1 Ende der Geschichte versus Zwischenzustand

Dies unterscheidet ihn von Smith und Hume. Für diese, vor allem für Smith, ist die liberale Handelsgesellschaft (die „commercial society“<sup>671</sup>) tatsächlich das Ende der Geschichte. Für Hayek ist sie ein *Zwischenzustand*, an dem es unbedingt festzuhalten gilt, ein durch die „Abstraktheit“ von rechtlichen Regeln vollzogenes und verbürgtes, auch in ihrer Charakterisierung durch Hayek als „weder natürlich, noch künstlich“ sich zeigendes, „Wegführen von“ (der atavistischen Stammesgesellschaft) *ohne ein „Hinführen zu“* (dem „konstruktivistischen“ Sozialismus). In Petronis trefflicher Formulierung: „[for Hayek] all progress is *progress from*, not *progress towards*.“<sup>672</sup>

### 3.6.2.2. Ausweitung und Verstärkung versus Bruch und Überschreibung

Ein weiterer Unterschied ergibt sich aus dem Modus des Verhältnisses der „Großen Gesellschaft“ Hayeks zu ihrem „Davor“ und „Danach“, genauer ihrer jeweiligen Kohäsionsprinzipien. Bei Smith (und Hume) verhalten sich die künstlichen Tugenden zu den natürlichen wie ein „Katalysator“, sie verstärken die natürlichen Neigungen, bzw. füllen den ihnen durch ihr konzentrisches Schwächerwerden entstehenden Fehlbetrag auf. Dabei ist dieses Verhältnis freilich in erster Linie kein chronologisches, sondern ein räumliches. Bei Hayek ist es eher ersteres, und zwar indem es sich nicht wie bei Smith als Ausweitung und Verstärkung, sondern als *Bruch und Überschreibung*<sup>673</sup> vollzieht. Dies ist der zweite wesentliche Unterschied. Das Kohäsionsprinzip der „Großen Gesellschaft“ Hayeks verhält sich nicht als „Katalysator“, sondern als Bruch zum Kohäsionsprinzip der „Stammesgesellschaft“. Der Bruch bedeutet, dass sie beide nicht (wie bei Smith) räumlich miteinander existieren können, sondern nur in einer temporalen Abfolge.

---

<sup>671</sup> Siehe etwa *Smith*, WN, I.iv.1.

<sup>672</sup> *Petroni*, What is right with Hayek's Ethical Theory, 95; Stelle gefunden bei *Hennecke*, Friedrich August von Hayek, 16. Völlig zutreffend ist Slobodians Feststellung, der Ausgangspunkt bzw. die Grundagenda der Neoliberalen sei eine im wörtlichen Sinne destruktive gewesen, ein Niederreißen von „Mauern“ (Zöllen, Arbeitsrechten, wirtschaftlichem Protektionismus, Grenzen im Allgemeinen), eine rein platzschaffende Räumung, vgl. *Slobodian*, *Globalists*, 54; vgl. das ganze erste mit „A World of Walls“ überschriebene erste Kapitel, 27-54). Nicht ganz richtig ist hingegen, wenn Slobodian später schreibt, die Gefahr für die gesellschaftliche Ordnung sei weniger das „Recht des Dschungels“ als das Recht der Ingenieure (siehe ebd., 232). Denn bei Hayek ist das „Dschungel-Recht“ gerade das kollektivistische der Stammesgesellschaft und jenes der Ingenieure von Utilitarismus und Sozialismus sein moderner Wiedergänger. Nach beiden Seiten, die im Grunde das gleiche Verhängnis der Unterdrückung (größerer) Ordnung und von Wachstum bedeuten, hat sich der Liberalismus zu hüten.

<sup>673</sup> Vgl. *Naomi Beck*, *Hayek and the Evolution of Capitalism*, 70.

### 3.6.2.3. Fehlen der „Sympathie“ bei Hayek

Dies erklärt ein Weiteres, nämlich das oft, meist mit Konsternation, festgestellte Fehlen der „Sympathie“ in Hayeks Gesellschaftstheorie. „It is really interesting that Hayek does not develop sympathy. Certainly he had read TMS. But sympathy, the impartial spectator and even the famous Adam Smith Problem were ignored by Hayek.“ So etwa Montes.<sup>674</sup> Mir scheint sich die Außerachtlassung der „sympathy“ aus dem Verhältnis der „Großen“ zur „Stammesgesellschaft“ als Überschreibung zu erklären. Sympathie wird hier als Kohäsionsprinzip der letzteren vom neuen Kohäsionsprinzip der Stammesgesellschaft nicht verstärkt und ausgeweitet, sondern verdrängt und als Atavismus zurückgelassen. Der neue Code ist der des Eigennutzens, des von Preissignalen gelenkten Menschen, welchem die altruistischen und kollektivistischen Neigungen ausgetrieben sind und der dadurch erst zum *homo oeconomicus* wird.<sup>675</sup> Smiths und Humes Problem war nicht eines des Fehlens, aber der Unzulänglichkeit von Tugend bzw. Sympathie aufgrund von Parteilichkeit.<sup>676</sup> Hayeks Problem besteht im Vorhandensein der Sympathie und ihrer Überwindung. Der hayeksche Mensch muss sich nicht nur (was man schon in der Vernunftskopsis Smiths und Humes angelegt sehen könnte) vor den „Anmaßungen“ des Intellekts hüten,<sup>677</sup> sondern auch vor den Anfechtungen des Gerechtigkeitsaffekts.<sup>678</sup>

### 3.6.2.4. Unterschiedliche Ebenen in der horizontalen Dimension und ihr Verhältnis

Das Fehlen der Sympathie bedeutet auch das Fehlen oder, besser, starke In-den-Hintergrund-Drängen der ganzen Ordnungsebene der Moral in der hayekschen Theorie. Betrachtet man die liberale Gesellschaftskonzeption nämlich nicht vertikal, in ihrem Zusammenspiel mit dem Individuum, sondern horizontal, so stellt sie sich als Zusammenspiel verschiedener Teilordnungen dar. Hier nämlich verhält es sich bei Smith

---

<sup>674</sup> Montes, Is Friedrich Hayek Rowing Adam Smith's Book?, 29; vgl. auch Farrant, Introduction, 2.

<sup>675</sup> Dieser letzte Punkt ist wichtig. Hayek hebt in die „Verfassung der Freiheit“ hervor, dass der *homo oeconomicus* nicht aus der britischen evolutionären Überlieferung stamme, sondern in den Augen von Hume und Smith, auf die er sich ja affirmativ bezieht, die Menschen von Natur eher faul, sorglos und verschwenderisch seien und erst durch gewisse Umstände dazu gebracht werden könnten, sich wirtschaftlich bzw. rational zu verhalten, vgl. Hayek, Die Verfassung der Freiheit, 76 f.

<sup>676</sup> Vgl. Deleuze, David Hume, 31.

<sup>677</sup> Vgl. Hayek, Die verhängnisvolle Anmaßung, 69 ff.

<sup>678</sup> Vgl. Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit, 286 ff. Vgl. auch die allgemeine Argumentation in „Die verhängnisvolle Anmaßung“, die immer wieder beide Aspekte betont, siehe etwa nur die Kapitelüberschriften „I. Zwischen Instinkt und Vernunft“, „IV. Der Aufstand von Instinkt und Vernunft.“ Die von beiden ausgehenden „Anfechtungen“ sind gleichermaßen abzuwehren zugunsten der neuen, marktwirtschaftlichen Moral der „Großen Gesellschaft“.

so wie oben dargestellt<sup>679</sup>, nämlich dass Moral, Recht und Wirtschaft ineinander greifen, sich nach ihren kohäsiven Prinzipien gegenseitig unterstützen und damit die Stabilität der Gesamtordnung gewährleisten, wobei der Standpunkt des unparteilichen Beobachters das entscheidende Kriterium zur Beurteilung eines Verhaltens ist. Von marktwirtschaftlichem Verhalten wird angenommen, dass es diesem Kriterium in der Regel genügt, es kann den „Test“ aber auch nicht bestehen und dann unzulässig sein. Der Markt muss hier also der Moral genügen. Das Recht schließlich kann als Brücke oder Bindeglied zwischen Moral und Wirtschaft gesehen werden.

#### 3.6.2.4.1. Wirtschaft als „Taktgeber“ und Gestaltungsprinzip

Wie stellt sich dies nun im Vergleich bei Hayek dar? Tatsächlich kann man in seinem System auch die Aufteilung der Gesellschaft in die drei Ebenen von Wirtschaft, Recht und Moral rekonstruieren, in denen grundsätzlich verschiedene Handlungsmotive und Funktionsweisen herrschen. Allerdings ist hier nun die Wirtschaft der „primus inter pares“, welcher den partnerschaftlichen Ebenen den Takt vorgibt. Sie tut dies über den Preismechanismus. Über die Verdienstaussicht erweckt dieser den Menschen aus seiner angeborenen Faulheit und Arbeitsunwilligkeit, Sorglosigkeit und Verschwendung<sup>680</sup> und führt ihn in seinen Handlungen und seinem Vermögenseinsatz dorthin, wo diese von der Gesellschaft am ehesten gebraucht werden.<sup>681</sup> Die Moral wird damit wirtschaftlich bestimmt und überprüft. Das Recht tritt wiederum als Bindeglied in Erscheinung. Es gewährleistet qua abstrakter Verhaltensregeln den Zugriff der Wirtschaft auf die Moral. Über diese werden die Einzelnen als Eigentümer, Tauschende und Wettbewerbsteilnehmer konstituiert und für wirtschaftliche Handlungsimpulse empfänglich gemacht. Indem sich das Recht auf diese formalen Regeln reduziert und sich inhaltlicher Gesichtspunkte und Gerechtigkeitserwägungen enthält, wird verhindert, dass umgekehrt die Moral auf das wirtschaftliche Handeln Einfluss nimmt. Das hier entscheidende Kriterium des höchsten zu erzielenden Einkommens führt wie jenes bei Smith (und Hume) maßgebliche des *spectators* in seiner Zielausrichtung ebenfalls zur Etablierung von Ordnung. Aber, hier wird ein interessanter Aspekt sichtbar, es führt über dieses Kriterium auch darüber hinaus,

---

<sup>679</sup> Vgl. 3.5.3.2.

<sup>680</sup> „It would be nearer the truth to say that in their view man was by nature lazy and indolent, improvident and wasteful, and that it was only by the force of circumstances that he could be made to behave economically or carefully to adjust his means to his ends.“ So Hayeks Verständnis von Hume und Smith in „Individualism and Economic Order“, vgl. ebd., 11.

<sup>681</sup> Vgl. Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit, 268 f.

und zwar auf das Telos des *Wachstums*. Bei Smith hingegen fehlt diese Dimension des „Naturzwecks“.<sup>682</sup> Die Diskrepanz lässt sich mit der Vorherrschaft der jeweils unterschiedlichen Leitebene und der in ihnen angelegten Zweckgehalte erklären. Wie die moralische Ebene Ordnung, so enthält die wirtschaftliche Ebene Wachstum als Zweck in sich.<sup>683</sup>

Im Ergebnis kommt es auch, hierin hatte Foucault recht, zu einer Umdrehung des Verhältnisses zwischen Recht bzw. Politik und Wirtschaft. Während bei den klassischen Liberalen Recht und Staat die Grenze der Wirtschaft bildeten, deren Raum und Überwachung nach eigenen Gestaltungsprinzipien regelten, wird im Neoliberalismus die Wirtschaft zur Grenze, das heißt auch zum Gestaltungsprinzip von Staat und Recht, diese müssen sich nun, genau dies ist bei Hayek der Fall, an marktwirtschaftlichen Kriterien

---

<sup>682</sup> In diesem Sinne siehe auch *Kleer*, *Smith on Teleology: A Reply to Alvey*, 146: „I know of no passage in which prosperity or material comfort are explicitly named as ends of nature.“

<sup>683</sup> Slobodian beschreibt die neoliberale Ordnungskonzeption grundsätzlich sehr zutreffend mit dem Begriff des „Encasements“, also der Umhüllung. Denn sei die Wirtschaft im Neoliberalismus nicht etwas Wildwucherndes, sondern durch die Rechts- und Staatsordnung Umhülltes, Eingehegtes. Entsprechend wäre von den Neoliberalen selbst ihr Ordnungskonzept, als doppelt strukturiertes, zwischen *imperium* und *dominium* aufgeteiltes begriffen worden. Diese Unterscheidung stammt von Carl Schmitt, der mit „Imperium“ die souveräne politische Gewalt über ein Territorium, mit „Dominium“ hingegen die nach dem Prinzip privaten Eigentums strukturierte Welt bezeichnet hatte (vgl. *Schmitt*, *Nomos der Erde*, 17; *Slobodian*, *Globalists*, 10). Röpke hatte sich affirmativ auf diese Unterscheidung bezogen, um die Angewiesenheit der Eigentums- und Marktordnung auf territoriale staatliche Gewalt hervorzuheben (vgl. *Röpke*, *Wirtschaftssystem und internationale Ordnung*, 277; *Slobodian*, *Globalists*, 10 f.) Tatsächlich lässt sich dieses Denken in zwei Ebenen, mit dieser These Slobodians stimmt mein eigener Fließtext überein, auch bei Hayek nachweisen. Die Wirtschaft benötigt für ihre Entfaltung zur katallaktischen Ordnung nicht nur die Umhüllung durch abstrakte, privatrechtliche Verhaltensregeln, diese selbst, auch das ist richtig, bedürfen einer gewissen „Kultivierung“ (vgl. *Hayek*, *Degrees of Explanation in Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Idea*, 19; *Slobodian*, *Globalists*, 226) bzw. Revision und Korrektur durch die Gesetzgebung (vgl. *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, 91, 420), die im Wesentlichen in der Anwendung eines „Negativ-Tests“ im Hinblick auf ihre Systemkonformität bestehen (vgl. ebd., 91, 193-195). Allerdings lässt sich Slobodian der Vorwurf machen, dass er Hayek und die eigentlichen Ordoliberalen Rüstow und Röpke nicht immer ausreichend auseinanderhält. Der „juridische Interventionismus“ (*Foucault*, *Die Geburt der Biopolitik*, 235, *Slobodian*, *Globalists*, 92) mag wohl die proaktive Rolle, welche die Letzteren dem Staat zur optimalen Gestaltung des Wirtschaftssystems und Aktivierung des Wirtschaftstreibens bis in unterstützende Maßnahmen für Kleinunternehmer im Sinne einer „Vitalpolitik“ (vgl. *Rüstow*, *Soziale Marktwirtschaft als Gegenprogramm*, 97-108; *Foucault*, *Die Geburt der Biopolitik*, 210) zugedacht hatten, adäquat reflektieren. Hayek mag auch nicht gerade ein „Paläoliberaler“ gewesen sein (vgl. *Slobodian*, *Globalists*, 87), dennoch ist seine Lehre, wie aus meiner eigenen Rekonstruktion zu zeigen war, tief im klassischen Liberalismus verwurzelt, beschränkt sich seine einmal erwähnte „Planung zum Zwecke des Wettbewerbs“ (*Hayek*, *Der Weg zur Knechtschaft*, 66) begrifflich auf das Zuverfügungstellen und Erhalten eines Systems abstrakter Verhaltensregeln (vgl. etwa *Hayek*, *Der Weg zur Knechtschaft*, 111) und sind für ihn (abgesehen von dem hier nicht interessierenden Frühwerk, vgl. *Gerhard Willke*, *Neoliberalismus*, 115) die staatliche Enthaltensamkeit und der Non-Interventionismus prägende, wenn auch nicht unnachgiebige Prinzipien (vgl. *Reinhoudt/Audier*, *Introduction in The Walter Lippmann Colloquium*, 24). Dieser Unterschied zeigt sich eben auch aus den Protokollen des gerade zitierten Walter Lippmann Kolloquiums, bei denen Rüstow, Röpke und Rougier einerseits und Mises und Hayek (dessen Interventionen beim Kolloquium sich allerdings in Grenzen hielt) andererseits durchaus kontroverse Positionen einnahmen.

messen lassen.<sup>684</sup> Das Recht als System abstrakter Verhaltensregeln mag die unabdingbare Voraussetzung dafür sein, damit sich die Wirtschaft entfalten kann, aber es ist von vornherein funktionell auf diese ausgerichtet und muss sich an ihren Kriterien messen lassen, ist also, in anderen Worten, von diesen begrenzt.

#### 3.6.2.4.2. Vom Tausch zum Wettbewerb?

Mit dem Begriff der Katallaxie als Wettbewerbsordnung klingt eine weitere These Foucaults an, nämlich, dass sich das Prinzip des Marktes zwischen Liberalismus und Neoliberalismus vom Tausch zum Wettbewerb verschiebt. Im 18. Jahrhundert sei der Markt auf Grundlage des Tausches, nämlich eines Äquivalenz zwischen Gütern zweier Partner herstellenden Tauschvorganges, beschrieben worden. Der Neoliberalismus hingegen würde, anknüpfend an einer ab dem Ende des 19. Jahrhunderts beginnenden Entwicklung, das Wesen des Marktes im *Wettbewerb*, das heißt nicht länger in der Äquivalenz, sondern der Ungleichheit begründen.<sup>685</sup>

Diese Behauptung hält keiner Überprüfung stand. Erstens betrachtete bereits Adam Smith den Markt auch in Begriffen des Wettbewerbs, etwa wenn er das Zustandekommen der Marktpreise beschreibt.<sup>686</sup> Dabei skizziert er den Zusammenhang zwischen Gütermenge, Nachfrage und Preis unter dem Gesichtspunkt des *zwischen Verkäufern einerseits und Käufern andererseits je zu- oder abnehmenden Wettbewerbs*.<sup>687</sup> Darin aber zeigt sich zweitens, was der Wettbewerb seiner genauen Funktionsweise nach ist: ein Verhältnis, das sich bei einem bestimmte Güter betreffenden Tauschmarkt, welche von mehreren<sup>688</sup> Personen sowohl angeboten als auch nachgefragt werden und die jeweils keine Kooperationsabkommen miteinander getroffen haben, jeweils zwischen den Anbietern und den Abnehmern ergibt.<sup>689</sup> Der Wettbewerb ist sohin die mit Tauschmechanismus unter

---

<sup>684</sup> Vgl. *Foucault*, Die Geburt der Biopolitik, 167 f.

<sup>685</sup> Vgl. *Foucault*, Die Geburt der Biopolitik, 170 f.

<sup>686</sup> Vgl. *Smith*, WN, I.vii.9 ff.

<sup>687</sup> Vgl. *Smith*, WN, I.vii.10 f.

<sup>688</sup> Bei Hayek ist hier allerdings der Vorbehalt zu machen, dass er die Beschränkung von Monopolen zwar in einem gewissen Weise für wünschenswert hält, aber sie letztendlich doch aus dem Grund ablehnt, dass damit eine (staatliche) Instanz die Macht zur Beurteilung über die Qualifikation eines Monopols und die Art und Weise seiner Abwicklung erhalte, die allerdings nur über ein partikulares bzw. subjektives, dem Marktmechanismus unterlegenes Wissen verfüge, sodass man letztendlich doch besser damit aufgehoben sei, jenen Mechanismus gewähren zu lassen und gewisse, unter anderem durch Monopole verursachte, Verwerfungen zu dulden, bis der Markt seine eigenen Gegenkräfte aufbiete (vgl. *Hayek*, Recht, Gesetz und Freiheit, 383-385).

<sup>689</sup> Vgl. *Pies*, Eucken und von Hayek im Vergleich, 154 ff. (das mit „Zur demokratischen Legitimation des Wettbewerbsprinzips: Konkurrenz als Instrument gesellschaftlicher Kooperation“ betitelte Kapitel 4.2.).

bestimmten Bedingungen verknüpfte Folge. Sein Prinzip ist in Wahrheit nichts anderes, als was sich ergibt, wenn klassischen Tauschvorgängen ohne Kooperationsabsprachen zum Durchbruch verholfen wird.

Insofern ist die hayeksche Konzeption nur auf die weitestmögliche Implementierung von Tauschmärkten bzw. die Gewährleistung von Rahmenbedingungen für deren weitestmögliche Abwicklung gerichtet. Neu daran ist wohl nur die Verknüpfung zwischen dieser Gewährleistung nicht gesteuerter oder kartellierter Märkte und dem *Wachstumsgedanken*, der bei Hayek aber überhaupt erst neu hinzutritt (siehe gleich unten). In seiner Befragung des Zwecks der Wettbewerbsordnung in den Konzeptionen Hayeks und Euckens versucht Pies, genau diese Verknüpfung als Argument der zu gesellschaftlichen Kooperationsgewinnen<sup>690</sup> führenden kollektiven Selbstbindungen<sup>691</sup> zu rekonstruieren. Indem ein „freier Wettbewerb“ durchgesetzt würde, würden die einzelnen Anbieter bestimmter Güter zur Konkurrenz mit anderen Anbietern gezwungen. Ihnen selbst geht es so womöglich schlechter, als wenn sie einen staatlich garantierten Preis erzielen oder branchinterne Abmachungen treffen könnten, aber die Effizienz und der Output in der Güterherstellung insgesamt würden gesteigert.

### **3.6.3. Wachstum als zusätzliches Telos bei Hayek**

Der Punkt, an dem das Telos der hayekschen Theorie jenes der smithschen übersteigt, lässt sich in Hayeks „Die verhängnisvolle Anmaßung“ gut rekonstruieren.

„Seid *fruchtbar*, und *vermehrt* euch, bevölkert die Erde, unterwerft sie euch.“ So Hayek mehrfach aus der Genesis zitierend.<sup>692</sup> Und weiter aus dem Johannes-Evangelium: „Nicht ihr habt mich erwählt, sondern ich habe euch erwählt und dazu bestimmt, daß ihr euch aufmacht und *Frucht* bringt und daß eure *Frucht* bleibt.“<sup>693</sup>

Hayek sieht in diesen Bibelgeboten über das menschliche Verständnis hinausreichende „symbolische Wahrheiten“<sup>694</sup>, deren Befolgung durch die Übernahme evolutorisch selektierter Handlungsweisen (nämliche die abstrakten Verhaltensregeln) ermöglicht worden sei.<sup>695</sup> Letztere zusammengenommen aber ergeben die erweiterte Ordnung der

---

<sup>690</sup> Vgl. Pies, Eucken und von Hayek im Vergleich, 204.

<sup>691</sup> Vgl. Pies, Eucken und von Hayek im Vergleich, 168.

<sup>692</sup> Gen. 1,28; vgl. Hayek, Die verhängnisvolle Anmaßung, 2, 150 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>693</sup> Joh. 15,16; vgl. Hayek, Die verhängnisvolle Anmaßung, 76 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>694</sup> Hayek, Die verhängnisvolle Anmaßung, 150.

<sup>695</sup> Vgl. Hayek, Die verhängnisvolle Anmaßung, 150.

„Großen Gesellschaft“. Mit dieser ist es noch nicht getan, sondern bringt sie in ihrem Resultat die „Frucht“ und die Vermehrung hervor. Das heißt aber nichts anderes, als dass die Ordnung bei Hayek in ihrem Endzweck über sich selbst auf Wachstum und Produktion hinausweist.

Was ist es, das bei zu wachsen hat? Zum einen die Menschen in ihrer Anzahl selbst. Hayek nimmt hier die Bibel wörtlich, sieht im Wachstum der Zahl ein Zeichen von gesellschaftlicher Blüte bzw., darwinistischer gewendet, eben das Resultat eines erfolgreichen Regel- und verhaltenssystems, das eine Gruppe gegenüber anderen begünstigt.<sup>696</sup> Zum anderen sind es die produzierten und getauschten Güter, die es zu vermehren gilt.

Wettbewerb, so Hayek etwas prosaischer in „Recht, Gesetz und Freiheit“, sei ein wohlstandsschaffendes Spiel, das die *Vergrößerung des Güterstroms* und die Verbesserung der Aussichten aller Teilnehmer auf Befriedigung bewirke.<sup>697</sup> Dass die letzteren aber nicht maßgeblich sind, sondern letztendlich Mittel zur „Befütterung“ der Ordnung und ihres Wachstums, das sollte aus der gesamten bisherigen Erörterung dieses Kapitels zu gewinnen gewesen sein.

#### **3.6.4. Nachordnung des Individuums**

An einer oben erwähnten Stelle<sup>698</sup> beschreibt Hayek die abstrakte Ordnung als das einzige gemeinsame Ziel des Kollektivs, diese sei allerdings gleichzeitig „nur eine Art gemeinsames Vorziel, das den einzelnen als Mittel für die Verfolgung ihrer verschiedenen individuellen Ziele dient.“<sup>699</sup> Die individuelle Ebene verweist zweckmäßig nicht nur auf die gesellschaftliche Ordnung, sondern die letztere umgekehrt auch auf die individuelle Selbstbestimmung. Aus der Rekonstruktion des klassischen Liberalismus ergab sich allerdings, dass der Verweis von der individuellen Ebene auf die gesellschaftliche der im Vergleich zum umgekehrten maßgebliche ist, sich wie der Zweck zum Mittel verhält.

---

<sup>696</sup> Vgl. Hayek, Die verhängnisvolle Anmaßung, 72. Damit vertritt Hayek geradezu eine Gegenthese zu Malthus' Bevölkerungsgesetz, in welchem ja das (progressive) Wachstum der Zahl wegen des lediglich arithmetischen Wachstums der Agrarerzeugnisse mit einer zunehmenden Verelendung einhergeht (vgl. Malthus, An essay on the principle of population). „Big is beautiful!“

<sup>697</sup> Vgl. Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit, 266.

<sup>698</sup> Vgl. Hayek, Rechtsordnung und Handelsordnung, 44 (siehe oben bei 3.4.1.).

<sup>699</sup> Hayek, Rechtsordnung und Handelsordnung, 44

Dass dies auch für Hayek zutrifft, lässt sich nochmals durch die hayeksche Konzeption erstens der *Herkunft* und zweitens der *Ausrichtung* von rechtlichen Regeln vergegenwärtigen. Die erstere begreift Regeln als evolutionär entstanden und daher von ihrem *Überlebenswert für die Sippe* und nicht von ihrem Wert zur individuellen Glückserlangung bestimmte.<sup>700</sup> Die letztere ist auf die Überwindung emotionaler und altruistischer Gerechtigkeitsinstinkte<sup>701</sup>, welche den Einzelnen zugute kommen könnten, zugunsten des *Funktionierens und Wachsens der abstrakten Ordnung*, gerichtet.<sup>702</sup> Aus beiden, welche zusammen das Grundkonzept rechtlicher Regeln ausmachen, ergibt sich zwingend die *Nachrangigkeit individueller Wünsche und Bedürfnisse*.<sup>703</sup> Diese Schlussfolgerung wird etwa auch von Slobodian geteilt: „The highest value for Hayek was not, in fact, individual freedom except insofar as it was a functional necessity for the overall reproduction and productivity of the system itself.“<sup>704</sup>

Aber wie verhält es sich mit jenen Stellen in eben diesem, wo Hayek auf Kant Bezug nimmt und dessen Freiheitsverständnis für sich selbst beanspruchen bzw. in der die Freiheit vom Willen anderer verbürgenden Legalität abstrakter Verhaltensregeln

---

<sup>700</sup> Vgl. *Hayek*, Die verhängnisvolle Anmaßung, 72. Das Glück sei hier auch deshalb nicht entscheidend, weil die nach Glück Strebenden wohl von den einfach ihr Überleben Sichernden überwältigt worden seien.

<sup>701</sup> Wir würden „*durchaus [unseren] Wünschen zum Trotz sozialisiert*“, wie es in der Formulierung Hayeks heißt, vgl. *ders.*, Die Verfassung der Freiheit, 475 (Hervorhebung durch Hayek).

<sup>702</sup> Vgl. insbesondere die Konzeption in „Individualism True and False“ bzw. „Individualism and Economic Order“, wo Hayek gerade die Freiheit *der Gesellschaft* und ihrer spontanen Kräfte von den sie kontrollierenden Individuen fordert (siehe oben 3.6.1.).

<sup>703</sup> „Wenn auch der Einzelne durch moralisches Verhalten seine Chancen verbessern mag, so wird doch die Evolution im Ergebnis nicht allen seinen moralischen Wunschvorstellungen entsprechen. *Evolution kann nicht gerecht sein*“ (*Hayek*, Die verhängnisvolle Anmaßung; Hervorhebung durch Hayek). „Jeden treffen Zufall und Zeit“ – so Hayeks schon erwähnte Bibelantwort auf das Postulat individuellen Gerechtigkeit (vgl. *Hayek*, Recht, Gesetz und Freiheit, 278; die zitierte Stelle ist Das Buch Kohelet, 9, 11). Vgl. weiters *Vanberg*, Darwinian paradigm, cultural evolution and human purposes, 40 f.

<sup>704</sup> *Slobodian*, Globalists, 205. In noch drastischerer, aber durchaus zutreffender Weise kommt Slobodian, nachdem er einschlägige hayekkritische Literatur zusammenführt („One scholar speaks of Hayek’s »instrumental justification of liberty, [by which] freedom is essential for the utilization of dispersed, fragmented, and habitual or tacit knowledge.« Freedom, in this reading, exists to discover new and better rules. The vanishing of the subject is consistent with system theory in general, where the system itself becomes the protagonist. As one scholar puts it, »the seat of causality« in Hayek’s framework is not the individual but »appears to be the entire web or network.« Another goes even farther, saying that »the only subject is at the level of the whole system of humanity and history.«“) zum Schluss: „*To Hayek, the autonomous individual is an illusory effect dependent on its relation to the whole – which, in turn, is dependent on that illusory effect*“ (ebd., 231, meine Hervorhebung; bei den von Slobodian zitierten Stelle handelt es sich um *Plant*, The Neo-Liberal State, 72, bzw. *Fleetwood*, Hayek’s Political Economy, 112, bzw. *Dupuy*, The Autonomy of Social Reality, 79). Für eine einschlägige Belegstelle bei Hayek siehe etwa *ders.*, Scientism and the Study of Society I, 284: *The individuals are merely the foci in the network of relationships and it is the various attitudes of the individuals towards each other (or their [...] attitudes towards physical objects) which form the recurrent, recognisable and familiar elements of the structure*“ (meine Hervorhebung); vgl. weiters oben 3.6.1. und die dort wiedergegebenen Belegstellen aus *ders.*, Individualism True and False.

verwirklicht sehen möchte? Führt das nicht doch in eine andere Richtung als die hier verfolgte?

„Taking Hayek seriously“ – das fordert Kukathas in seinem Buch „Hayek and Modern Liberalism“ und stellt gleich klar, was es voraussetze: „that we recognize two distinct kinds of argument advanced in his political philosophy“.<sup>705</sup> Wenngleich diese Argumentationsstränge kaum als gleich gewichtig zu werten sind, so ist doch soviel daran richtig, dass jenem aus der smith-humeschen Tradition<sup>706</sup> stammenden und im hayekschen Selbstverständnis sowohl auf gesellschaftliche Ordnung als auf die individuelle Freiheit bezogenen, jenes eher auf die individuelle Freiheit bezogene Kants (siehe aber gleich unten) beigegeben ist. Es ist deshalb an dieser Stelle, quasi zur zusätzlichen Überprüfung der bisher gewonnenen Erkenntnisse, abzuhandeln.

### **3.6.5. Das kantische Argument**

Die Anknüpfungen bei Kant sollen hier zunächst kurz wiedergegeben, dann ihre spezifisch liberale bis libertäre Auslegung rekonstruiert und mit einer sozialstaatlichen Lesart konfrontiert werden. Aus dem zu erbringenden Nachweis, dass die kantische Theorie nicht notwendig gegen den Sozialstaat ist, soll die Eigenart ihrer Integration in das hayeksche System klarer hervortreten.

#### *3.6.5.1. Die Bezüge Hayeks zu Kant*

##### 3.6.5.1.1. Verallgemeinerungstest und Freiheitsausrichtung

Wie schon angedeutet, nimmt Hayek vor allem dort Bezug auf Kant, wo es um die Konzeption von Recht als System abstrakter Verhaltensregeln und um die Charakterisierung der Letzteren geht. „Zweckunabhängigkeit“<sup>707</sup>, also das Nicht-Abzielen auf bestimmte individuelle oder kollektive Zwecke (abgesehen von der Gewährleistung von Ordnung per se), ist dabei für Hayek das Entscheidende. Den Test für die Erfüllung dieses Kriteriums sieht Hayek in der Verallgemeinerungsformel des kategorischen Imperativs Kants („[H]andle so, als ob die *Maxime* deiner Handlung durch deinen Willen zum *allgemeinen Naturgesetze* werden sollte.“<sup>708</sup>).<sup>709</sup> Das einzige legitime Ziel der diesem

---

<sup>705</sup> Kukathas, Hayek and Modern Liberalism, 26.

<sup>706</sup> Kukathas beschränkt sich ganz überwiegend auf Hume, vgl. *ders.*, Hayek and Modern Liberalism, 20 ff.

<sup>707</sup> Siehe etwa Hayek, Rechtsordnung und Handlungsordnung, 52.

<sup>708</sup> Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 50.

Kriterium entsprechenden Rechtsregeln würde zum einen die Gewährleistung von Freiheit als „Unabhängigkeit von der Willkür anderer“ darstellen.<sup>710</sup> Die so geschützten „Freiheitsbezirke“ sind im Wesentlichen jene von Eigentums- und Tauschrechten verbürgten.<sup>711</sup>

#### 3.6.5.1.2. Ausscheiden von auf die soziale Gerechtigkeit zielenden Bestimmungen

Zum anderen sieht Hayek in der Verallgemeinerungsformel des kategorischen Imperativs auch einen „Negativ-Test“, der auf die Eliminierung aller immanenten Widersprüche und Unvereinbarkeiten im System der Gesetzesregeln ausgerichtet ist, womit Hayek freilich insbesondere die soziale Gerechtigkeit betreffende Bestimmungen im Fokus hat, welche nicht mit den rein „negativen und abgrenzenden Grundsätzen“<sup>712</sup> in Einklang zu bringen wären.<sup>713 714</sup>

Weiters wäre es auch nicht möglich, einen anderen „Test“ oder eine Metaregel zur Bestimmung von Regeln sozialer Gerechtigkeit zu finden. Denn, so Hayek Kant aus dem „Streit der Fakultäten“ zitierend: „Wohlfahrt aber hat kein Prinzip, weder für den, der sie empfängt, noch für den, der sie austeilt (der eine setzt sie hierin, der andere darin); weil es

---

<sup>709</sup> Vgl. *Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 252; vgl. auch *ders.*, Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung, 77; weiters *ders.*, Recht, Gesetz und Freiheit, 178. Siehe auch *Kukathas*, Hayek and Modern Liberalism, 168 f.

<sup>710</sup> Vgl. *Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 15. Siehe auch *Kukathas*, Hayek and Modern Liberalism, 45.

<sup>711</sup> Vgl. etwa *Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 170.

<sup>712</sup> *Gregor*, Laws of Freedom, 81, zitiert nach *Hayek*, Recht, Gesetz und Freiheit, 193.

<sup>713</sup> Vgl. *Hayek*, Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs, 186, siehe dort auch die Fn 20; sowie *ders.*, Recht, Gesetz und Freiheit, 193-195.

<sup>714</sup> *Kukathas* nennt neben dem Verallgemeinerungstest und der Freiheitsausrichtung nicht das Ausscheiden der Dimension sozialer Gerechtigkeit, dafür aber die Anforderung, dass Gesetze nicht willkürlich von anderen auferlegt werden dürfen, sondern wir diesen selbst zustimmen würden, als weitere Anknüpfung Hayeks bei Kant. Dies erscheint in zweifacher Hinsicht fraglich. Zum einen ist es bereits in der hayekschen Rechtstheorie so, dass sie die Unterwerfung auch unter Regeln fordert, denen wir aus aus Gründen der Vernunft und der sozialen Gerechtigkeit eigentlich nicht zustimmen würden, die sich aber evolutionär bewährt haben. Es sind dies freilich nicht von Menschen willkürlich auferlegte Regeln (*government not of men*, sondern *of law*; vgl. *Hayek*, The Legal and Political Philosophy of David Hume, 694), in ihrer der Kontrolle und Zustimmung durch Einzelne entzogenen Geltung kommen sie diesen wirkungsmäßig aber durchaus gleich. Zum anderen trifft die Aussage auch für die kantische Theorie nicht zu. Zwar ist „jede[r] Gesetzgeber zu verbinden, daß er seine Gesetze so gebe, als sie aus dem vereinigten Willen eines ganzen Volks haben entspringen können, und jeden Untertan, so fern er Bürger sein will, so anzusehen, als ob er zu einem solchen Willen mit zusammen gestimmt habe.“ Doch ist dies lediglich ein „Probierstein der Rechtmäßigkeit eines jeden öffentlichen Gesetzes“, eine „bloße Idee der Vernunft“, die der Gesetzgeber als Kontrollmaßstab auf sich selbst in Anwendung zu bringen hat (alle Stellen siehe *Kant*, Über den Gemeinspruch, 152). Wenn ein Gesetz nicht diesem Maßstab entspricht, verliert es nicht etwa seine Geltung oder ermächtigt zum Widerstand. „[R]äsonniert, so viel ihr wollt, und worüber ihr wollt; nur gehorcht!“ (*Kant*, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?, 60; siehe auch 54).

auf das Materiale des Willens ankommt, welches empirisch und so einer allgemeinen Regel uhnfähig ist.“<sup>715</sup>

### 3.6.5.1.3. Hayeks Bezug zur Selbstzweckformel des kategorischen Imperativs

Bezeichnend ist zunächst, dass Hayek, während er sich die Verallgemeinerungsformel des kategorischen Imperativs dezidiert aneignen möchte, über dessen Selbstzweckformel („Handle so, daß du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest.“<sup>716</sup>) beinahe hinweggeht. Tatsächlich erwähnt Hayek diese Formel an einer einzigen mir bekannten Stelle, angeblich um ein Missverständnis aufzuklären. Er unterstellt der geläufigen Auslegung, sie verlange eine inhaltliche Billigung der jeweils von anderen verfolgten Zwecke (und Ansichten).<sup>717</sup> In Ablehnung des von ihm identifizierten Missverständnisses lässt Hayek weiters nicht etwa *die anderen selbst* (statt ihrer Ansichten und Handlungszwecke) als die wahren Adressaten einer Berücksichtigung *auch als Zwecke* zutage treten, sondern findet im semantischen Gehalt der Formel lediglich die Vermeidung einer zwanghaften Unterwerfung unter die Zwecke anderer ausgesprochen.<sup>718</sup>

### *3.6.5.2. Verortung der hayekschen Bezugnahmen auf Kant und Frage ihrer Deckung*

#### 3.6.5.2.1. Liberale bis libertäre Lesart der Selbstzweckformel

Hayeks Argument für seine restriktive Deutung der Selbstzweckformel ist folgendes: „Weil wir in den Geschäften des täglichen Lebens für unsere Mitmenschen, die uns in ihrem eigenen Interesse dienen, nur unpersönliche Mittel sind, können wir mit solchen Diensten von völlig Fremden rechnen und diese Leistungen zu jedem uns gefälligen Zweck gebrauchen.“<sup>719</sup> Wenn die Mitmenschen uns ihre Produkte nur dann verkaufen würden, wenn wir ihre Ansichten billigten, würde uns das von ihnen stark abhängig machen.<sup>720</sup>

In „Anarchy, State and Utopia“ scheint Robert Nozick die Frage nach der Anwendung Selbstzweckformel in ähnlicher Weise zu beantworten:

---

<sup>715</sup> Kant, Der Streit der Fakultäten, 360 Anm.; vgl. Hayek, Die Entthronung der Politik, 220; siehe auch Hayek, Die verhängnisvolle Anmaßung, 77 f.

<sup>716</sup> Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 60.

<sup>717</sup> Vgl. Hayek, Die Verfassung der Freiheit, 170 f.

<sup>718</sup> Vgl. Hayek, Die Verfassung der Freiheit, 170 Fn 13.

<sup>719</sup> Hayek, Die Verfassung der Freiheit, 171.

<sup>720</sup> Vgl. Hayek, Die Verfassung der Freiheit, 171.

Can behavior toward a person be constrained so that he is not to be used for any end except as he chooses? This is an impossibly stringent condition if it requires everyone who provides us with a good to approve positively of every use to which we wish to put it. Even the requirement that he merely should not object to any use we plan would seriously curtail bilateral exchange, not to mention sequences of such exchanges.<sup>721</sup>

Das dieser Auffassung zugrundegelegte Rechtsverständnis bezeichnet Nozick mit dem „*side constraint view*“. Diesem zufolge sind Rechte eigenständige Beschränkungen der Gesetzgebung und Verwaltung (sie treffen quasi von der Seite auf deren Bestrebungen und können nicht übergegangen werden). Den Gegensatz bezeichnet er mit dem „*goal oriented view*“, der die Einzelrechte für das Gesamtwohl zu opfern bereit. Der erstere geht für Nozick mit dem libertären Minimalstaat einher, der letztere mit dem Utilitarismus.<sup>722</sup>

Interessanterweise ist es Nozick zufolge nun gerade der „*side constraint view*“, in welchem sich die kantische Selbstzweckformel artikuliere. Er impliziere nämlich, dass Individuen *nicht ohne deren Zustimmung*<sup>723</sup> für das Erreichen anderer Zwecke geopfert oder benutzt werden dürfen, und bringe damit den wesentlichen, in der *Unverletzlichkeit von Individuen* bzw. der *Achtung von deren Freiheit* bestehenden Gehalt der Selbstzweckformel zum Ausdruck.<sup>724</sup>

#### 3.6.5.2.2. Liberale Deutung der Verallgemeinerungsformel

Einen deutlicheren, bereits oben beschriebenen, Stellenwert für die hayeksche Rechtskonzeption hat die kantische Verallgemeinerungsformel. Allerdings liegt auch ihrer Funktion als „Negativ-Test“ eine bestimmte, eben liberale Deutung zugrunde, welche die Ausscheidung aller wohlfahrts- und sozialstaatsorientierten Rechtsbestimmungen bedeutet.

---

<sup>721</sup> Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 31.

<sup>722</sup> Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 28 ff. Siehe dazu auch den Einwand der fehlenden „*separateness of persons*“ (ebd., 33) im Utilitarismus und den Begriff des „*utility monsters*“ (ebd., 41). Siehe auch oben 2.4.5.1., dort auch die Fn 342, und 2.4.6., dort auch die Fn 393, sowie unten 4.2.2.1.2., dort die Fn 840, und 4.3.1., dort auch die Fn 1008.

<sup>723</sup> Zum zentralen Wert der Zustimmung siehe auch Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 58: „A person may choose to do himself, I shall suppose, the things that would impinge across his boundaries when done without his consent by another. (Some of these things may be impossible for him to do to himself.) Also, he may give another permission to do these things to him (including things impossible for him to do to himself). [...] My nonpaternalistic position holds that someone may choose (or permit another) to do to himself anything, unless he has acquired an obligation to some third party not to do or allow it.“

<sup>724</sup> Vgl. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 30 f. Nozick räumt ein, dass die bloße Geltung geschützter Rechtssphären allerdings nicht jede Form von Übergriffen in die individuelle Freiheit gewährleisten könne. Die vom Recht gesetzten *side constraints* hätten zwar eine *absolute Wirkung*, aber nur eine *bestimmte Reichweite* (vgl. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 31). Nozick tritt darüber hinaus sehr wohl für umfassende Einschränkungen des Übergriffs auf individuelle Freiheit bzw. ihrer Instrumentalisierung ein, verweist diese aber in die Moralphilosophie. Die Rechtsphilosophie könne bereits *ex definitione* nur auf *bestimmte* Weisen der Benutzung von Personen durch andere bedacht sein, in erster Linie auf jene der physischen Aggression (vgl. ebd., 32).

Es braucht hier, wohl auch wegen der inhaltlichen Offenheit und Unbestimmtheit dieser Formel, bedeutend weniger argumentativen Aufwand, um ihre Kompatibilität mit einem klassisch liberalen Staatsverständnis zu begründen. Aus der angeblichen Nicht-Berücksichtigung des tatsächlichen Wohlergehens konkreter Menschen, wie sie in der hayekschen Deutung ja tatsächlich zutrage tritt, haben manche allerdings auf die Unterlegenheit gegenüber dem Utilitarismus geschlossen.<sup>725</sup> Hayek würde gerade dies freilich als Vorzug verbuchen.<sup>726</sup>

### 3.6.5.3. Kritik am kantischen Liberalismus und alternative Lesart Kants

#### 3.6.5.3.1. Externe Kritik an der kantischen Konzeption

Man kann ausgehend von einer solchen Auslegung nun, wie Kersting, die kantische Rechtsphilosophie dafür kritisieren, dass sie „für Aufgabe der kritischen Begründung einer den Horizont der individuellen Eigentumsrechte übersteigenden gerechten Güterverteilung und damit für die Aufgabe einer Gerechtigkeitskritik der vorfindlichen Eigentumsverteilung keinerlei Raum [hat]“<sup>727</sup> und den Kantianern vorhalten, sie begäben sich in „rechtsphilosophische Abseits, wenn sie meinen, daß aufgrund des eudämonismuskritischen Argument Kants sozialstaatliches Verteilungshandeln grundsätzlich nicht als rechtlich notwendig ausweisbar sei.“<sup>728</sup> Das Argument, dass die Verwirklichung von Freiheitsidealen gewisse materielle, ökonomische Bedingungen voraussetzt, lässt sich dann von außen gegen Kant und die Kantianer vortragen.<sup>729</sup>

---

<sup>725</sup> Vgl. bei Höffe, Immanuel Kant, 189.

<sup>726</sup> Alle genannten liberalen Deutungen der kantischen Formeln können sich jedenfalls auf ein verbreitetes Verständnis des kantischen Systems insgesamt als System rein arithmetischer Gleichheit, „streng symmetrischer Interaktionsräume“ (Kersting, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, 52), welches dem Staat die reine Funktion der Etablierung und Erhaltung einer Privatrechtsordnung zuweist (vgl. Kersting, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, 50 ff.) stützen. Dieses Verständnis lässt sich etwa durch Kants Auseinandersetzung mit der Formel des *suum cuique tribuere* belegen. Eine Ungereimtheit nämlich sei es, so Kant, zu fordern, jedem das Seine zu geben, da man niemandem geben könne, was er schon hat. Man könne die Formel sinnvoll nur so verstehen, dass sie den Eintritt in Zustand fordere, in dem das je Seine gesichert sei, also in einen bürgerlichen Rechtszustand (vgl. Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 46). Die Dimension verteiler Gerechtigkeit würde damit zu einem Zustand allgemeiner Rechtssicherheit reduziert, den es durch das System öffentlicher Gewalt des Staats zu erzeugen gilt (vgl. Kersting, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, 50). Man kann diese Neukonzipierung, wie Kersting, damit erklären, dass die Aufgabe der Güterverteilung im Frühliberalismus von der Politik an den Markt übergegangen sei (vgl. Kersting, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, 52).

<sup>727</sup> Kersting, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, 51.

<sup>728</sup> Kersting, Rechtsphilosophische Probleme des Sozialstaats, 19.

<sup>729</sup> Vgl. etwa Kersting, Rechtsphilosophische Probleme des Sozialstaats, 19 f.; ders., Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 201 f.

### 3.6.5.3.2. Offenheit der kantischen Theorie für Aspekte sozialer Gerechtigkeit

Allerdings ist die liberale Auslegung Kants, wie sie auch noch der Kritik Kerstings zugrundezuliegen scheint, keinesfalls alternativlos. Dafür muss man nicht den Standpunkt der Inhaltslosigkeit dieser Formeln, der insbesondere im Hinblick auf die Verallgemeinerungsformel häufig vorgebracht wird,<sup>730</sup> vertreten. Tatsächlich lassen sich gute bzw. (nach der hier vertretenen Ansicht) bessere Argumente für eine sozialstaatliche (und auch in dieser Hinsicht teleologische<sup>731</sup>) Dimension des kantischen Denkens ins Treffen führen.

Schon früh hat etwa Julius Ebbinghaus<sup>732</sup> in der kantischen Philosophie bzw. im kategorischen Imperativ die Pflicht verbürgt gesehen, die Glückseligkeit anderer zu wollen. Ausgeschlossen, so hat etwa Höffe argumentiert, seien „Folgenüberlegungen [lediglich] aus der Begründung der kantischen Verallgemeinerung, nicht aber aus der Anwendung sittlicher Maximen auf konkretes Handeln; hier [seien] sie nicht nur erlaubt, sondern meist unabdingbar.“<sup>733</sup> Die Befolgung des Gebots setze nämlich „voraus, daß man im Licht des Wohlergehens der Mitmenschen die Konsequenzen seines Tuns und Lassens genau überlegte.“<sup>734</sup> Insgesamt erachtet er die kantische Philosophie auch nicht als Gegenprojekt zum Utilitarismus, sondern vielmehr als dessen Ergänzung (um die philosophisch-formale Begründung der Relevanz des Wohlergehens anderer, zusätzliche Pflichten zu diesem und überhaupt die apriorische Betrachtungsweise von Sittlichkeit in der Autonomie des Willens).<sup>735</sup> Aus diesen Bemerkungen ergibt sich jedenfalls die argumentative Offenheit der kantischen Theorie auch für Aspekte sozialer Gerechtigkeit.

### 3.6.5.3.3. Systematische Grundierung sozialer Gerechtigkeit in der kantischen Freiheitsphilosophie

Es ist indessen Gerhard Lufs großes Verdienst, dass er den Zusammenhang zwischen der kantischen Philosophie und sozialstaatlichen Strukturen im Sinne eines Angewiesenseins ihrer Realisierung als Gleichheits- und Freiheitsphilosophie auf die Berücksichtigung auch materialer Aspekte der Gerechtigkeit am systematischsten begründet hat.

---

<sup>730</sup> Vgl. Dewey, *German Philosophy and Politics*, 87: „a duty devoid of content“.

<sup>731</sup> Vgl. meine Argumentation oben zur implizit teleologischen Dimension der kantischen Ethik, 2.3.2.

<sup>732</sup> Vgl. Ebbinghaus, *Interpretation and Misinterpretation of the Categorical Imperative*.

<sup>733</sup> Höffe, *Immanuel Kant*, 189.

<sup>734</sup> Höffe, *Immanuel Kant*, 190.

<sup>735</sup> Vgl. Höffe, *Immanuel Kant*, 190.

Das kantische Projekt, so Luf, sei auf die Beseitigung von Standesbarrieren zur Ermöglichung von Gleichheit ausgerichtet gewesen, ohne umfassende soziale Gewährleistungen vorzusehen. Erst die nachfolgende industrielle Entwicklung habe gezeigt, dass abstrakte Gleichheitsgarantien unzureichend für die Beseitigung von Privilegien sind.<sup>736</sup>

Luf meint nun, dass die transzendente Frageweise – also die Frage der Begründung einer Rechtsordnung und ihren intellegiblen, freiheits- und gleichheitsnormativen Voraussetzungen – nicht auf Bedingungen spezifischer gesellschaftlicher Strukturen zu reduzieren sei. Das Freiheitsthema überschreite vielmehr alle gesellschaftlichen Determinationen. Transzendentalität sei als zu System zu verstehen, das den geschichtlichen Realisierungsformen von Autonomie gegenüber offen ist, diese einbeziehen muss. Entsprechend sei das Freiheitsproblem systematisch zu bewahren, für veränderte Bedingungen zu öffnen und damit in seiner Aktualität in Geltung zu bringen.<sup>737</sup>

Von diesem Grundverständnis her wird auch Kants Eigentumslehre gelesen. Die Eigentumsordnung sei unter dem Zweck der Ermöglichung von Freiheit und im Lichte der Idee des apriorisch vereinigten Willens, als Produkt des verpflichtenden Strebens nach rechtlichem Konsens zu verstehen. Wo sie für diesen Zweck nicht mehr taue, sich ihre Resultate nicht mehr in einen vernünftigen Gesamtwillen vermitteln ließen, würde sich aus dem kantischen Ansatz auch die rechtliche Verpflichtung zu Veränderungen und Neugestaltung ergeben.<sup>738</sup>

Kants Eigentumslehre verfolge also ein kritisches Grundanliegen: Alle Formen sozialer Gestaltung müssten immer schon auf den obersten Zweck, die Ermöglichung individueller Autonomie, hin bezogen und darauf hin überprüft werden, ob sie ihm genügen. Diese Ermöglichung würde den Anspruch auf soziale Gerechtigkeit systematisch-begrifflich mitenthalten.<sup>739</sup>

Dieser Schlussfolgerung stehe auch das kantische Diktum nicht entgegen, dass Wohlfahrt kein „Prinzip“ kenne, weil es auf das (nicht verallgemeinerungsfähige) Materiale im Willen ankomme. Denn es besage nur, dass aus dem Glückseligkeitsstrebens selbst sich kein prinzipieller Anspruch zur Erfüllung bestimmter materialer Desiderate gewinnen

---

<sup>736</sup> Vgl. *Luf*, Freiheit und Gleichheit, 72 ff.

<sup>737</sup> Vgl. *Luf*, Freiheit und Gleichheit, 77.

<sup>738</sup> Vgl. *Luf*, Freiheit und Gleichheit, 95.

<sup>739</sup> Vgl. *Luf*, Freiheit und Gleichheit, 132; vgl. auch 130.

lasse, sondern sich letztere nur als Konsequenz des Freiheitspostulats unter dem Maßstab der Gleichheit berücksichtigen ließen, um zu bestimmen, in welchem Maße jedem materielle Mittel als Bedingung der Möglichkeit der Freiheitsverwirklichung zu gewähren seien.<sup>740</sup>

#### 3.6.5.4. Ergebnis für die Einordnung der kantischen Bezüge Hayeks in dessen Rechtskonzeption

Die Bezüge Hayeks zu Kant waren zwar als legitime Deutungen der kantischen Philosophie und der Formeln des kategorischen Imperativs auszuweisen. Allerdings war in der „sozialstaatlichen“ Deutung Kants eine Alternative ausfindig zu machen, die im Hinblick auf die normativen Freiheits- und Gleichheitsideale unter materiellen Gesichtspunkten ihrer Verwirklichung die wohl besseren Argumente für sich hat. Ob Letzteres tatsächlich der Fall ist, muss an dieser Stelle aber nicht entschieden werden. Denn *dass es diese nachvollziehbaren Argumente gibt, nimmt der liberalen Deutung Kants bereits ihre Neutralität* und weist sie als eine spezifische, und das heißt auch *spezifisch in die hayeksche Rechtskonzeption eingepasste* aus.

Mehr noch, aus dem Abgleich mit den alternativen „materiell“ orientierten Deutungen ist der spezifisch *formale* Charakter dieser Interpretation zu gewinnen. Eben dieser aber bedeutet den bewussten Verzicht Hayeks auf die materiellen, tatsächlichen Voraussetzungen der Verwirklichung individueller Freiheit. Auch von der kantischen Seite wird damit die Irrelevanz des persönlichen Glücks untermauert. *Nicht die Möglichkeit der individuellen Selbstbestimmung und -verwirklichung ist in Wahrheit maßgeblich*<sup>741</sup>, sondern die durch den „Negativ-Test“ verbürgte *Reinheit und Widerspruchsfreiheit* eines aus abstrakten Regeln bestehenden Systems. Der Liberalismus Kants ist damit in dieser Deutung<sup>742</sup> als Reduktion der *iustitia distributiva* auf ein System rein arithmetischer Gleichheit bzw. streng symmetrischer Interaktionsräume auszuweisen, in welcher das Ausschlaggebende eben die allgemeine Rechtssicherheit als Sicherung einer Privatrechtsordnung ist.

---

<sup>740</sup> Vgl. Luf, Freiheit und Gleichheit, 96 f. Als Unterstützung für die lufsche Argumentation sei noch angeführt, dass Kant andernorts die Berücksichtigung von Aspekten der Gerechtigkeit (vgl. Kant, Über den Gemeinspruch, 153 f.) und auch der Sicherheit (vgl. Kant, Zum Ewigen Frieden, 234) für die Ausrichtung des Staatswesens durchaus für geboten hält (vgl. Sprute, Moral und Politik bei Kant, 62 f.).

<sup>741</sup> Jedenfalls nicht in einer substantiellen Dimension, vgl. dazu auch bereits Hayeks Unterscheidung zwischen Macht und Freiheit, Hayek, Die Verfassung der Freiheit, 21; siehe auch oben, 3.4.3., dort auch die Fn 561.

<sup>742</sup> Insofern ist Kersting recht zu geben, vgl. oben Fn 726.

Auch die *kantischen Anknüpfungen* Hayeks für seine Rechtskonzeption sind sohin maßgeblich auf den Bezugsrahmen *gesellschaftlicher Ordnung* hin ausgerichtet, ohne dass sich ihm ein Vorwurf machen ließe, Kant grundsätzlich falsch gelesen zu haben. Damit aber fügt sich der kantische Baustein tatsächlich gut in die an Smith und Hume anknüpfende Konzeption ein – und zwar nicht als die Bedeutung des Individuums hervorhebendes Komplement, sondern im Wesentlichen als alternative Herleitungs- und Beschreibungsweise desselben in dessen Unterwerfung unter privatrechtliche und marktförmige Strukturen bestehenden Ergebnisses.

Im hayekschen Ergebnis konvergieren damit die zwischen der kantischen und der schottischen Aufklärungsphilosophie tatsächlich bestehenden Kontraste, auf die Kukathas grundsätzlich zu Recht hinweist.<sup>743</sup>

### **3.6.6. Selbstbestimmung der Produzenten bzw. Anbieter?**

Das Ergebnis der bisherigen Rekonstruktion der hayekschen Rechtskonzeption aus ihren liberalen bzw. liberal gedeuteten Anknüpfungspunkten als hartes, unerschütterliches Gerüst abstrakter Verhaltensregeln, welche dem individuellen und kollektiven Gestaltungswillen entzogen sind, scheint viel mit Max Webers „stahlhartem Gehäuse“<sup>744</sup> gemein zu haben.<sup>745</sup> Dieses bildet sich in Webers Konzeption durch die Verfestigung der christlichen Askese<sup>746</sup> und des durch sie als Pflicht gegen Gott verordneten Arbeitsethos.<sup>747</sup>

Es scheint allerdings gegen meine Schlussfolgerungen zu sprechen, wenn von mehr oder weniger an Hayek anknüpfenden Marktliberalen suggeriert oder auch explizit vorgebracht wird, dass der innerhalb dieses „Gerüsts“ ausgetragene Wettbewerb einen Eigenwert hätte, der mit der menschlichen Freiheit und Selbstverwirklichung zusammenhinge. Wettbewerbsfreiheit, so etwa Hoppmann, sei die Freiheit zu Wettbewerb unter den

---

<sup>743</sup> Vgl. Kukathas, Hayek and Modern Liberalism, 42; 204. Auf der einen Seite stehen die Selbständigkeit der Vernunft, die Reinheit des Willens und die Transzendentalbedingungen der Möglichkeit von Erkenntnis, auf der anderen die Priorität der Leidenschaften, die Geschichtlichkeit des Menschen und die anthropologische Grundierung aller Erkenntnis in der Physik der Erfahrung (vgl. Kukathas, Hayek and Modern Liberalism, 42 f.).

<sup>744</sup> Weber, Die protestantische Ethik und der „Geist“ des Kapitalismus, 171.

<sup>745</sup> Vgl. Gamble, Hayek. The Iron Cage, 176 ff.

<sup>746</sup> Vgl. Weber, Die protestantische Ethik, 170 f.

<sup>747</sup> Der genau in der „Auffassung [der] Arbeit als Beruf, als einzigen Mittels, des Gnadestandes sicher zu werden“ (Weber, Die protestantische Ethik und der „Geist“ des Kapitalismus, 169 f.; erste Hervorhebung durch mich, zweite im Original), im „ausschließlichen Streben nach dem Gottesreich durch Erfüllung der Arbeitspflicht als Beruf“ (ebd., 170; Hervorhebung im Original) besteht.

Vgl. Weber, Die protestantische Ethik, 121.

Konkurrenten, als Freiheit zu Initiative, zum Vorstoß in technisches, organisatorisches und ökonomisches Neuland.<sup>748</sup> Oder, so der Kronberger Kreis: „Wettbewerb ist die Form der Interaktion zwischen Menschen, in der Freiheit sich zugleich manifestiert und gewährleistet wird. Wettbewerb, den man annimmt, ist zudem Ausdruck von Vitalität [...]“.<sup>749</sup> So würden die Einzelnen gerade *im* Wettbewerb, als Produzenten und Anbieter sich selbst bestimmen oder jedenfalls einen wichtigen Bestandteil ihrer selbst realisieren.

Es ist ein Verdienst Pies', gezeigt zu haben, dass das Wettbewerbsprinzip im neoliberalen Modell Hayeks (und Euckens) nicht verklärt, sondern eher als notwendiges Übel begriffen und jedenfalls einen ganz anderen, und zwar rein instrumentellen, auf die effiziente und maximierte Herstellung von Gütern gerichteten, Stellenwert hat.<sup>750</sup> Das Verhältnis des Wettbewerbs zu dem ihm unterworfenen Produzenten und Anbietern ist das eines Züchtens und Züchtigens zu mehr Effizienz und Rationalität<sup>751</sup> und eines immer wieder Enttäuschens von Erwartungen auf entsprechende finanzielle Vergütung.<sup>752</sup> Das „Argument [Hayeks und Euckens] zugunsten des Wettbewerbsprinzips“, so Pies, „stellt nicht auf die Freiheit *zum* Wettbewerb und schon gar nicht auf die Freiheit *im* Wettbewerb ab, sondern einzig und allein auf die Freiheit, die *durch* Wettbewerb erzielt wird.“<sup>753</sup> Den letzten Punkt konkretisiert Pies so, dass es dabei auf den Genuss der in der Produktionssteigerung liegenden Vorteile von Wettbewerb ankomme, die sich für jemanden, der sich selbst dem Wettbewerb unterwirft, nicht auf der eigenen, sondern immer in den auf der anderen Seite liegenden Tauschpotentialien zeigen.<sup>754</sup> Der Preis der Aufopferung als Anbieter liege damit in der *Selbstbestimmung als Konsument*.<sup>755</sup> Diese These gilt es zu überprüfen.

---

<sup>748</sup> Vgl. Hoppmann, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 239; Pies, Eucken und von Hayek im Vergleich, 157.

<sup>749</sup> Donges, Juergen B. et al. (Kronberger Kreis), Globalisierter Wettbewerb, 6; Pies, Eucken und von Hayek im Vergleich, 158.

<sup>750</sup> Vgl. Pies, Eucken und von Hayek im Vergleich, 168 f.

<sup>751</sup> Vgl. Hayek, Die Verfassung der Freiheit, 76; siehe auch Recht, Gesetz und Freiheit, 382. Siehe auch Eucken, der gar von der „Peitsche der Konkurrenz“ (Eucken, Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus, 298) spricht, den Wettbewerb als Entmachtungsinstrument begreift (vgl. Pies, Eucken und von Hayek im Vergleich, 156).

<sup>752</sup> Vgl. Hayek, Competition as a Discovery Procedure, 15.

<sup>753</sup> Pies, Eucken und von Hayek im Vergleich, 168 f.

<sup>754</sup> Vgl. Pies, Eucken und von Hayek im Vergleich, 168 f.

<sup>755</sup> In ähnlicher ist das Verhältnis von Unternehmern und Konsumenten bei Röpke gedacht: „Er, der Unternehmer, erscheint als der Knotenpunkt dieses so ungeheuer komplizierten Prozesses der Marktwirtschaft; er empfängt die Impulse, die von den Konsumenten an ihn gelangen, und setzt sie in eine entsprechende Art und Menge der Produktion um [...]“ (Röpke, Die Stellung des Unternehmers auf dem Markte, 663). Röpke beschreibt die Funktion der Unternehmer weiters mit der folgenden Metapher: „Er sitzt [...] an einem Schaltwerk, an dem hier tausend Ströme eintreten, um dann dort in anderer Richtung und Form wieder ausgesandt zu werden. Von der richtigen Bedienung dieses Schaltwerkes hängt für den einzelnen

### 3.6.7. *Selbstbestimmung durch die Konsumenten?*

Tatsächlich schreibt schon Adam Smith in der *Wealth of Nations*: “Consumption is the sole end and purpose of all production; and the interest of the producer ought to be attended to, only so far as it may be necessary for promoting that of the consumer. The maxim is so perfectly self-evident, that it would be absurd to attempt to prove it.”<sup>756</sup> Die Welt der asketischen Anstrengungen kennt als ihr Pendant jene des süßen Konsums.<sup>757</sup> Der Konsument herrscht, insofern er anschafft, er dirigiert zur Befriedigung der eigenen Wünsche. Es muss die Frage gestellt werden, ob meine Rekonstruktion diesen Aspekt ausreichend berücksichtigt hat, die subjektiven Entscheidungen nicht vorschnell für rein nachrangig und instrumentell zur Etablierung gesellschaftlicher Ordnung erklärt hat.

Bei Smith erscheint die erwähnte Stelle tatsächlich erst in der dritten Auflage der „*Wealth*“ und gibt es sonst kaum eine Erwähnung der Konsumtion.<sup>758</sup> Doch nimmt die Konsumtion als kulturelles Phänomen für Aufbau bzw. Darstellung eigener Identität und gesellschaftlichen Rangs<sup>759</sup> und schließlich als politisches, das heißt den politischen Raum tatsächlich umgestaltendes, Phänomen über die folgenden Jahrhunderte einen immer wichtigeren Platz ein, was für die Bedeutung der subjektiven Wahlentscheidungen nicht einfach übergangen werden kann, zumal eben jene immer mehr als Wahlentscheidungen *von Konsumenten* wahrgenommen werden.

Um die Frage zu beantworten, ob und in welcher Weise sich darin eventuell doch (über die bloße Reproduktion von gesellschaftlicher Ordnung hinausweisende) Selbstbestimmung artikuliert, soll hier zunächst eine kurze Skizzierung der neoliberalen Umgestaltung des politischen Raumes aufgrund von Konsumententscheidungen unternommen werden. Hierin nämlich könnte ein gewichtiger Unterschied zur Gesellschaftskonzeption Smiths bzw.

---

Unternehmer sein privatwirtschaftliches Schicksal [...] ab [...], und es ist andererseits gerade diese Abhängigkeit, die uns, den Wettbewerb der Unternehmer und das grundsätzliche Fehlen von Staatsunterstützung und Monopol vorausgesetzt, die beste Gewähr dafür bietet, daß er das Schaltwerk so gewissenhaft, eifrig und intelligent bedient wie der Führer einer komplizierten elektrischen Lokomotive, dem wir uns mit gleicher Sicherheit anvertrauen, weil wir wissen, daß das Schicksal seines Zuges zugleich sein eigenes ist“ (ebd., 664). Die Unternehmer wären entsprechend ganz „der Hoheit des Marktes unterworfen[.]“ (ebd., Die Stellung des Unternehmers auf dem Markte, 664). Vgl. dazu auch *Slobodian*, *Globalists*, 234.

<sup>756</sup> *Smith*, *WN*, IV.viii.49.

<sup>757</sup> Zur Bedeutung des Konsums, und zwar in seiner Massenhaftigkeit, für den Kapitalismus vgl. ebenfalls bereits *Weber*, *Wirtschaftsgeschichte*, 266. Für Weber zentraler ist aber freilich das Erwerbs- und Gewinnstreben, vgl. dazu *Rössel*, *Kapitalismus und Konsum*, 149.

<sup>758</sup> Vgl. auch *Olsen*, *The Sovereign Consumer*, 25 f.

<sup>759</sup> Vgl. *Trentmann*, *The modern evolution of the consumer*; sowie den „Klassiker“ zu diesem Thema *Veblen*, *Theory of the Leisure Class*.

Humes und folglich zur respektiven Bedeutung und Eigenständigkeit der individuellen Ebene zum Vorschein kommen. Dieser etwaige Unterschied ist in einem weiteren Schritt einer kritischen Analyse zu unterziehen, die einerseits die philosophische Genese der Wahlentscheidung als ökonomisches und politisches Gestaltungskriterium, andererseits die unterschiedlichen materiellen Möglichkeiten zur Wunschartikulation und -befriedigung berücksichtigt.

### 3.6.7.1. Die Neukonzeption der Politik als Marktdemokratie; der „souveräne Konsument“

Der Neoliberalismus hat, wohl bereits in den hier rekonstruierten Strukturen des klassischen Liberalismus zugrundegelegte, Schwierigkeiten mit der Demokratie, insofern sie seine eigenen über Recht und vor allem Wirtschaft und Markt vermittelten Kohäsionsstrukturen bedroht.<sup>760</sup> Der Demokratie kommt hier entsprechend nur ein instrumenteller Wert zu, insofern sie Frieden und Prosperität gewährleistet und fördert.<sup>761</sup> Doch noch wo sie dies erreicht, wird ihr mit Skepsis begegnet, ihre Funktionsweise als reine Interessenaushandlung und -durchsetzung begriffen, in welcher die obsiegende Partei der unterliegenden ihre Bedingungen diktiert. Die *wahre Demokratie* spiele sich hingegen *am Markt* ab, der ein System effektiver proportionaler Repräsentation biete.<sup>762</sup> Röpke begreift den Kapitalismus gar als „kontinuierliches Plebiszit“, in welchem jede Währungseinheit als Wahlzettel fungieren würde, durch welchen die Konsumenten laufend darüber abstimmen, welche Arten und Mengen von Gütern produziert werden sollen.<sup>763</sup>

---

<sup>760</sup> Vgl. *Olsen*, *The Sovereign Consumer*, 10.

<sup>761</sup> Vgl. *Slobodian*, *Globalists*, 45.

<sup>762</sup> Vgl. *Olson*, *The Logic of Collective Action*; Vgl. *Milton Friedman*, *The Fragility of Freedom*, 569 ff., die Argumentation Friedmans ist dabei folgende: In einem politischen System komme es durch Mehrheitsentscheidungen dazu, dass die Mehrheit, und mag sie auch nur 51% der Stimmen betragen, ihre Agenda der Minderheit ganz auferlegen könne, während im Marktprozess jede Stimme einzeln zähle; siehe auch *Slobodian*, *Globalists*, 179. Die Schwäche des Arguments Friedmans ist freilich offensichtlich, denn die Stimmen sind in diesem Modell nicht gleich, sondern nach Kapital bzw. Marktmacht verteilt. Diese Schwäche ist überhaupt bezeichnend dafür, dass das „subjektive“ Wertverständnis der Neoliberalen in Wahrheit ein elitäres ist und der Konsum für die breite Masse letztlich keine substantielle Selbstbestimmung einzulösen vermöchte (vgl. unten 3.6.7.2.).

<sup>763</sup> Vgl. *Röpke*, *Die Lehre von der Wirtschaft*, 262 f., man könne „den »kapitalistischen« Wirtschaftsprozess mit einem fortgesetzten Plebiszit vergleichen, in dem jede Geldnote einen Stimmschein darstellt und die Konsumenten durch ihre Nachfrage in jedem Augenblick über Art und Umfang der Produktion abstimmen“ (die ungleiche Verteilung der Stimmscheine gesteht Röpke allerdings zu, vgl. ebd., 263). Siehe weiters *ders.*, *Fascist Economics*, 93: „The advocate of planned economy [...] demands the replacement of the present economic system, governed, roughly speaking, by the democracy of the consumers, by an autocratically planned economy with an arbitrarily adopted plan imposed from above.“ Vgl. *Olsen*, *The Sovereign Consumer*, 48 f. Siehe auch *Böhm*, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, 92: „Die Höhe dieses nivellierten [...] Preisspiegels, stellt eine mathematische Ziffer dar, in die die individuellen Bewertungen aller Käufer und aller Verkäufer eingegangen sind und die infolgedessen den tatsächlichen Knappheitsgrad jeder Ware zum Ausdruck bringt, den diese Ware nach dem Urteil aller Wirtschaftsbeteiligten in diesem

Paradoxerweise wird hier die demokratische Politik gerade aufgrund ihrer Charakterisierung als marktförmiger Prozess (Interessenaushandlung) abgewertet, der Marktmechanismus selbst aber aufgrund seines dem Wesenskern nach angeblich demokratischen Charakters aufgewertet.

Diese Erfindung eines neuen, angeblich überlegenen Verständnisses von Demokratie als Marktdemokratie ist eine der wesentlichen Veränderungen zwischen Liberalismus zum Neoliberalismus.<sup>764</sup> Sie ist hier besonders interessant, weil sie eben eine bestimmte Idee von individueller Selbstbestimmung im Zusammenhang mit politischer Ordnung betrifft. Mit Olsen lässt sich diese als Figur des „*souveränen Konsumenten*“ begreifen.<sup>765</sup> Dementsprechend habe sich der Ort politischer Souveränität und Autorität von der zentralen, territorialen Gewalt auf die Wahlentscheidungen von Konsumenten verlegt und verteilt.<sup>766</sup> Doch ist es wirklich angemessen, von der „Souveränität“ von Konsumenten zu sprechen? Und wie demokratisch ist die „Demokratie“ der Konsumenten wirklich?

Die Antworten darauf lassen sich aus der ökonomiegeschichtlichen Genese dieser Konzepte gewinnen, die auf die „marginalistische Revolution“ zum Ende des 19. Jahrhunderts zurückverweisen. Deren bereits oben<sup>767</sup> beschriebenes revolutionäres Moment bestand in der Grundierung des Wertverständnisses nicht länger im Herstellungsaufwand oder Gebrauchswert, sondern im Nutzen für Individuen und der dadurch initiierten Verschiebung der volkswirtschaftlichen Denkweise von der Produktion auf die Konsumtion.<sup>768</sup> Während der frühe Marginalismus nach der Theorie des abnehmenden Grenznutzens zunächst eine progressive Agenda verfolgte, der auch die Auffassung der möglichen Vergleichbarkeit von je bestimmten Nutzwerten für unterschiedliche Individuen zugrundelag, radikalisierte sich ab den 1930er Jahren das subjektive Moment in der Konzeption von Nützlichkeit, erschien das „Nützliche“ nunmehr

---

Zeitpunkt besitzt. Es handelt sich da um so etwas wie ein durch Nivellierung zahlloser Individualbewertungen zustande gebrachtes und gleich zeitig ausgewertetes und ablesbar gemachtes Teilnehmer-Plebiszit.“ Vgl. auch ebd., 97, 131, 138.

<sup>764</sup> Vgl. etwa Olsen, *The Sovereign Consumer*, 36, 44.

<sup>765</sup> Vgl. Olsen, *The Sovereign Consumer*, dort insb. 7 ff., 40 ff., 52 ff. Er konnte dabei freilich auf den durch William H. Hutt in den 1930er Jahre geprägten Begriff der „consumer sovereignty“ zurückgreifen (vgl. Hutt, *Economists and the Public*, insb. 257 ff.; siehe Olsen, ebd., 20), den Hayek damals schon übernommen hatte, indem er schrieb, die Sozialisten würden durch ihre Zuteilung der Ressourcen von oben die „abrogation of the sovereignty of the consumer“ bewirken (vgl. Hayek, *The Present State of the Debate*, 214 ff.; siehe auch Slobodian, *Globalists*, 118).

<sup>766</sup> Vgl. auch Olsen, *The Sovereign Consumer*, 40. Vgl. auch Slobodian, *Globalists*, 118.

<sup>767</sup> Vgl. 2.4.5.3.

<sup>768</sup> Vgl. Olsen, *The Sovereign Consumer*, 27.

bloß als das je individuell für nützlich Empfundene, nämlich als rein mentaler Zustand ohne Möglichkeit des interpersonalen Vergleichs.<sup>769</sup>

Diese Radikalisierung, die sich wesentlich an der London School of Economics vollzog,<sup>770</sup> wurde durch Mises<sup>771</sup> und Hayek<sup>772</sup> maßgeblich beeinflusst und mitgetragen. So argumentierte Mises, dass im Kapitalismus der Konsument „Herr der Produktion“ sei und alle Produktion sich seinem Willen beugen müsse.<sup>773</sup> Er schuf damit ein politisches Autoritätssymbol mit neuen Merkmalen, das keiner höheren Autorität, Einflussnahme oder inhaltlichem Kollektivwillen gehorchte, sondern nur seinen eigenen Wünschen und den formalen Regeln von Gesetzen und Märkten.<sup>774</sup> Hayek warnte vor der Gefährdung dieses Autoritätsprinzips durch Maßnahmen zentraler Planung. Eine zentrale Steuerung und Anpassung von Angebot und Nachfrage sei mit den Feinadjustierungen qua Wahllentscheidungen von Konsumenten nämlich nicht kompatibel, weil sich letztere eindeutig schneller und effizienter vollzögen.<sup>775</sup>

### 3.6.7.2. Der Elitismus des subjektiven (marginalen) Wertverständnisses

Corey Robin nun hat versucht zu zeigen, dass die subjektivistische, zur „Installierung“ des isolierten Konsumentenwillens als politisches Prinzip führende Ausrichtung des Marginalismus bereits seiner ursprünglichen Wertkonzeption zugrundeliegt und in dieser auch ihr grundsätzliches, den Charakter der Selbstbestimmung betreffendes Problem besteht.

Um die Wertlehre der Marginalisten besser zu verstehen, sei ein Rückblick auf Nietzsche nötig. Dessen direkter Einfluss auf die ökonomische Schule sei zwar gering gewesen, die

---

<sup>769</sup> Vgl. *Hovenkamp*, *The Opening of American Law*, 109 ff.

<sup>770</sup> Und zwar durch die Arbeiten der dort tätigen Robbins, Kaldor und Hicks, vgl. dazu im Detail unten, 4.2.2.2.1.

<sup>771</sup> Robbins hatte an Mises' Privatseminaren in Wien teilgenommen und sah Mises' „Die Gemeinwirtschaft“ als maßgebliche Inspirationsquelle, die ihn zur Aufgabe seiner sozialistischen Einstellung und Neuausrichtung seiner wissenschaftlichen Ansätze führte (vgl. *Olsen*, *The Sovereign Consumer*, 48). Mises' Arbeiten können insgesamt als besonders grundlegend für die Implementierung einer Marktdemokratie und die „Entzauberung der Politik durch das Ökonomische“ (*Davies*, *The Limits of Neoliberalism*, 4; zum Begriff der „Entzauberung“ und seiner Geschichte vgl. auch in der Fn 1096 in der Conclusio) gelten (vgl. *Olsen*, *The Sovereign Consumer*, dort das Kapitel zu Mises, Ludwig von Mises' Positive Program, 37 ff.; vgl. dazu auch *Jones*, *Masters of the Universe. Hayek, Friedman, and the Birth of Neoliberal Politics*, 57).

<sup>772</sup> Die Inspiration, welche Robbins in der Österreichischen Schule zu sehen glaubte, führte 1931 zur Berufung Hayeks an die London School of Economics (vgl. *Olsen*, *The Sovereign Consumer*, 48; siehe auch die Erfahrung seiner Berufung aus der Sicht Hayeks, *Hayek*, *Der Strom der Güter und Leistungen*, 130 f.).

<sup>773</sup> Vgl. *Mises*, *Die Gemeinwirtschaft*, 435; *Olsen*, *The Sovereign Consumer*, 39 f.

<sup>774</sup> Vgl. *Olsen*, *The Sovereign Consumer*, 41.

<sup>775</sup> Vgl. *Olsen*, *The Sovereign Consumer*, 46 f.; *Hayek*, *The Present State of the Debate*, 214.

inhaltliche Affinität indessen stark.<sup>776</sup> In der zeitgeschichtlichen Diagnose hatte Nietzsche den Machtverlust der Aristokratie durch die Demokratie beklagt und gefragt, wie die Wiederinstandsetzung einer Hierarchie der ästhetischen und politischen Exzellenz möglich wäre. Es bedürfe, so hatte Nietzsche in seinen nachgelassenen Fragmenten argumentiert, genau der umgekehrten Bewegung zur Verkleinerung und Anpassung der Menschheit an eine spezialisierte Nützlichkeit, nämlich der Erzeugung eines „synthetischen“ und rechtfertigenden Menschen, für den jene „Maschinalisierung“ der Menschheit eine „Daseins-Vorausbedingung“ sei, um seine höhere Form zu sein zu finden.<sup>777</sup>

Corey rekonstruiert über verschiedene Stellen von Nietzsches Werk, wie es sich dieser Herausforderung angenommen habe, nämlich im Wesentlichen gerade durch die Konzeption eines bestimmten Wertverständnisses, das freilich an die vorausgehenden anknüpft, welche als moderne Arbeitswertlehren bereits den fabrizierten Charakter von Wert hervorgehoben hatten, diese aber gegen ihre eigenen demokratischen Prämissen wendet.<sup>778</sup> Den Zarathustra ließ Nietzsche sprechen: „Schätzen ist Schaffen“ und „Durch das Schätzen erst giebt es Wert.“<sup>779</sup> Schon in der „Fröhlichen Wissenschaft“ hatte er diesen Schöpfungsvorgang, vor allem was seine „gegnatürliche“ Charakterisierung betrifft, genauer beschrieben: „Was nur Werth hat in der jetzigen Welt, das hat ihn nicht an sich, seiner Natur nach, – die Natur ist immer werthlos: – sondern dem hat man einen Werth einmal gegeben, geschenkt, und wir waren diese Gebenden und Schenkenden! Wir erst haben die Welt, die den Menschen Etwas angeht, geschaffen!“<sup>780</sup> In „Jenseits von Güte und Böse“ schließlich führte er aus, wer diese Schätzenden, bzw. „Gebenden und Schenkenden“ sind: „Die vornehme Art Mensch fühlt s i c h als werthbestimmend, sie hat nicht nöthig, sich gutheissen zu lassen, sie urtheilt »was mir schädlich ist, das ist an sich schädlich«, sie weiss sich als Das, was überhaupt erst Ehre den Dingen verleiht, sie ist w e r t h e s c h a f f e n d.“<sup>781</sup>

---

<sup>776</sup> Vgl. *Robin*, *Wealth and the Intellectuals: Nietzsche, Hayek, and the Austrian School of Economics*, 113 f. Grundlage war ein viel Resonanz erzeugender Internet-Artikel von 2013 (*ders.*, *Nietzsche's Marginal Children: On Friedrich Hayek*, <https://www.thenation.com/article/nietzsches-marginal-children-friedrich-hayek/> (aufgerufen am 04.04.2019)). Die nun anschließende Argumentation folgt im Wesentlichen jener *Robins*.

<sup>777</sup> *Nietzsche*, *Nachgelassene Fragmente 1885-1887*, 10[17], 462 f. Vgl. *Robin*, *Wealth and the Intellectuals: Nietzsche, Hayek, and the Austrian School of Economics*, 121 f.

<sup>778</sup> Vgl. *Robin*, *Wealth and the Intellectuals: Nietzsche, Hayek, and the Austrian School of Economics*, 122.

<sup>779</sup> *Nietzsche*, *Also sprach Zarathustra*, 75.

<sup>780</sup> *Nietzsche*, *Die fröhliche Wissenschaft*, Aphorismus 301, 540.

<sup>781</sup> *Nietzsche*, *Jenseits von Gut und Böse*, Aphorismus 260, 209.

Nur eine Dekade früher, darauf weist Corey hin, hatte Menger seine „Grundsätze der Volkswirtschaftslehre“ veröffentlicht und dort geschrieben: „Der Werth ist [...] nichts den Gütern Anhaftendes. keine Eigenschaft derselben, eben so wenig aber auch ein selbstständiges, für sich bestehendes Ding. Derselbe ist ein Urtheil, welches die wirtschaftenden Menschen über die Bedeutung der in ihrer Verfügung befindlichen Güter für die Aufrechthaltung ihres Lebens und ihrer Wohlfahrt fällen, und demnach ausserhalb des Bewusstseins derselben nicht vorhanden.“<sup>782</sup> Wie bei Nietzsche wird hier (und bei Jevons ebenso)<sup>783</sup> *Wert durch einen menschlichen Akt der Schätzung erschaffen*.

### 3.6.7.3. *Ergebnis für die individuelle Selbstbestimmung qua Konsumententscheidung bei Hayek*

Was bedeutet diese Rückverfolgung des subjektiven Wertverständnisses nun für die Frage der individuellen Selbstbestimmung in der hayekschen Gesellschaftskonzeption? In der nietzscheanischen Fassung ist dieses Verständnis jedenfalls antiegalitären, „aristokratischen“ Charakters. Es ist die „vornehme“ Art von Menschen, die zur Wertbestimmung berufen ist. Quasi als Gnadenakt, als Erweisung besonderer Ehre vollführen sie diese – gegen die Dinge und die ihnen unterlegenen, bloß empfangenden Menschen. Es lässt sich argumentieren, dass dieser Elitismus im Konzept der subjektiven Wertlehre begrifflich angelegt ist. Nicht Arbeit oder Herstellungsaufwand sind hier maßgeblich, sondern der Preis, den der Abnehmer eines Produkts zu leisten bereit ist. Das bedeutet bereits abstrakt die *Verschiebung der Perspektive auf die Begründung von Wert auf jene*, die zumindest über ein *Minimum an Kapital* verfügen und *für sich produzieren lassen können*. Vor allem bedeutet es aber die *Relevanz der Menge* der je verfügbaren *Geldmittel*, um die *Generierung von Wert* in die eine oder andere Richtung *lenken* zu können.

Das gilt auch noch unter Umständen des Massenkonsums. Das Verhältnis der Anteile von Produktion und Konsumtion spielt dabei eine entscheidende Rolle. Der Preis der

---

<sup>782</sup> Menger, Grundsätze der Volkswirtschaftslehre, 86.

<sup>783</sup> Jevons war zwar bereit, Benthams Definition von Nützlichkeit zu folgen, dass diese in der Eigenschaft eines Objekts bestehe, wodurch es dazu tendiere, Nutzen, Vorteil oder Gefallen zu verschaffen, allerdings mit der Qualifikation, dass der Wille oder die Neigung einer Person als das einzige Kriterium dessen genommen werde, was gut und wünschenswert sei (Jevons, Theory of Political Economy, 23 ff., siehe insb. 39: „This [utility in der Definition Benthams aus der »Introduction to the Principles of Morals and Legislation«] perfectly expresses the meaning of the word in Economics, provided that the will or inclination of the person immediately concerned is taken as the sole criterion, for the time, of what is or is not useful“, vgl. Robin, Wealth and the Intellectuals, 123).

Aufopferung als Anbieter bzw. Produzent war laut neoliberalen Denken ja in der Selbstbestimmung als Konsument auszuweisen. Nun ist der Umstand, dass die meisten Menschen ganz zwischen beiden Funktionen leben, dem Produzieren bzw. Angestelltsein in einem Betrieb und dem alltäglichen Konsum, ja die meiste Zeit eigentlich in der Arbeit verbringen, während einige wenige, die „*m[e]n of independent means*“<sup>784</sup> bzw. Mitglieder der „*leisure class*“<sup>785</sup>, sich ganz dem Konsum widmen können, entscheidend. Allein den Wahlentscheidungen der Letzteren, egal ob sie ihre Vermögensmassen proaktiv am Markt einsetzen oder sich als *Mäzene* bzw. „*tastemakers*“ im Bereiche des Geistes und der Anschauungen, des Geschmacks und Glaubens betätigen, räumt Hayek nämlich *substantiellen Einfluss auf die gesellschaftliche Entwicklung* ein.<sup>786</sup> Es sei ihre Freiheit, die „zählt“, die Gesellschaft formt, während die Freiheit den Massen nur deshalb offengehalten werde, weil wir nicht wissen würden, wer sie tatsächlich zu gebrauchen wisse.<sup>787</sup> Allerdings seien die Vermögenserben begünstigt, und das sei gut so, weil sie durch ihre besseren materiellen und kulturellen Umstände schon auf ihre Steuerungsrolle vorbereitet würden.<sup>788</sup> Die „Souveränität“ der Konsumenten ist somit in erster und maßgeblicher Linie eine der vermögenden Privatiere.

Dieser Befund lässt sich mit drei Formen der Kritik untermauern, die sich allgemein gegen das Konzept von Konsumentensouveränität ins Treffen führen lassen: Erstens ist die Kaufkraft sehr ungleich verteilt, was das Bild der „Marktdemokratie“ von vornherein als inadäquat ausweist (oder eben tatsächlich einem Zensuswahlrecht gleichkommen lässt), zweitens ist die Rationalität der Konsumentenentscheidungen, auch angesichts des Einflusses durch Werbemaßnahmen, in Frage zu stellen<sup>789</sup> und drittens die mangelnde

---

<sup>784</sup> Hayek, Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit (meine Hervorhebung), 269.

<sup>785</sup> Hayek, Die Verfassung der Freiheit (meine Hervorhebung), 155.

<sup>786</sup> Vgl. Hayek, Die Verfassung der Freiheit, 154 f.; ders., Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit, 269 ff. Hayek sieht die Tendenz zur Integrierung der „müßigen Klasse“ in den Arbeitsmarkt entsprechend mit der Sorge des Verlusts einer intellektuellen Führerschaft: „Es besteht eine ernsthafte Lücke in einer Gesellschaft, in der alle intellektuellen, moralischen und künstlerischen Führer der Angestelltenklasse angehören, insbesondere, wenn die meisten im Staatsdienst stehen“ (ders., Die Verfassung der Freiheit, 154). Diese Stellen unterstreichen nochmals die von Robin hervorgehobene Verwandtschaft des marginalen und insbesondere hayekschen Wertverständnisses mit jenem Nietzsches. Wie bei Nietzsche die „vornehmen Menschen“ durch ihr subjektives Urteil Werte bestimmen bzw. überhaupt erst schaffen (siehe die oben gerade zitierte Stelle, Nietzsche, Jenseits von Gut und Böse, Aphorismus 260, 209), so sind es bei Hayek die auserwählten „men of independent means“, welche den ökonomischen, kulturellen etc. Wertschöpfungsprozess einer Gesellschaft in maßgeblicher Weise anleiten.

<sup>787</sup> Vgl. Hayek, Die Verfassung der Freiheit, 41.

<sup>788</sup> Vgl. Hayek, Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit, 270 f.

<sup>789</sup> Vgl. hierzu auch die Infragestellung der Konsumentensouveränität durch die „*behavioral law and economics*“ aufgrund der empirisch grundierten Erkenntnisse über menschliche Einschränkungen in

Berücksichtigung der Produzentensouveränität vor allem im Hinblick auf die Markt- und Produktdominanz großer Konzerne zu monieren.<sup>790</sup> Allerdings, so Olsen, seien alle drei Formen der Kritik in den letzten Jahren vergessen oder stillgestellt worden, zugunsten des angeblich auf die individuelle Rationalität bauenden Diskurses von Konsumentensouveränität.<sup>791</sup>

### **3.7. Erneute Gesamtrekonstruktion der hayekschen Gesellschaftskonzeption**

Von hier aus nun, aus der Rekonstruktion aus dem klassischen Liberalismus heraus und nach deren Abgleich mit etwaigen hinzutretenden oder kontrastierenden Momenten in der hayekschen Rechtskonzeption, lässt sich diese erneut nach den vertrauten Kriterien befragen.

#### **3.7.1. Gesellschaftliche Ebene**

Das Telos der gesellschaftlichen Ebene in der hayekschen Theorie dürfte klar geworden sein. Es soll Ordnung gewährleisten und Wachstum generieren. Der Ordnungsaspekt hat sich im Vergleich zur ursprünglichen Befragung der hayekschen Theorie aus dem Abgleich mit dem klassischen Liberalismus bestätigt. Der Wachstumsaspekt ist als hayeksches Moment hinzugetreten.

Wie verhält es sich mit der *Selbstbestimmung der Ordnung*? Hayek ist hier getreuer Schüler von Smith. Das Recht bestimmt sich nicht selbst bzw. aus einer ihm innewohnenden Vernunft und begrifflichen Logik. Es ist auch nicht von den Menschen bestimmt, nicht Ergebnis ihres bewussten Entwurfs, sondern nur ihrer Handlungen, aus deren Zusammenspiel es sich peu à peu entwickelt. Es ist ein Anderes, sich der manifesten

---

Rationalität und Willensbildung (vgl. etwa *Sunstein/Jolls/Thaler*, A Behavioral Approach to Law and Economics, 1541 f., siehe auch unten Fn 828). Siehe dazu auch die noch radikalere, aber (bzw. gerade deshalb) zutreffende Kritik der *critical legal studies* hinsichtlich der Voraussetzungen der Paretoeffizienz, vgl. *Kelman*, A Guide to Critical Legal Studies, 126 ff. und *ders.*, Choice and Utility, 769 ff. (siehe dazu ausführlicher unten, 4.2.2.2., den Unterabschnitt: Verknüpfung mit den Bedingungen eines idealen Marktes, siehe dort auch die Fn 873 f.).

<sup>790</sup> Vgl. *Olsen*, The Sovereign Consumer, 262 f. Diese Defizienzen hatte William H. Hutt bereits in den 1920er Jahren gesehen und sie als Basis zur Weiterentwicklung des Ordnungskonzepts freier Märkte genommen, was sich seinem Desiderat in einem weitreichenden Regierungsprogramm inklusive Erziehungsmaßnahmen zur Erlangung tatsächlicher Konsumentensouveränität niederschlagen sollte (vgl. *Hutt*, Economists and the Public, 273–370, sowie *Olsen*, The Sovereign Consumer, 58).

<sup>791</sup> Vgl. *Olsen*, The Sovereign Consumer, 263.

rechtlichen Vernunft und dem menschlichen Verstand Entziehendes, folglich *Fremdes*, welches die Bestimmung vornimmt. Bei Hayek ist es im *ökonomischen Nutzen* rechtlicher Regeln situiert. Dieser bzw. die Nutzenfunktion selektiert letztere, indem sie Gruppen, in welchen wirtschaftlich vorteilhafte Regeln gelten, in ihrem Überleben bevorzugt.

### **3.7.2. Individuelle Ebene**

In der ursprünglichen Rekonstruktion der Rechtstheorie Hayeks<sup>792</sup> war eine „chiasmatische“ Struktur zwischen beiden Ebenen festzustellen. Die individuelle Ebene verweist zweckmäßig nicht nur auf die gesellschaftliche Ordnung, sondern die letztere umgekehrt auch auf die individuelle Selbstbestimmung. Hier wäre womöglich ein Unterschied zur humeschen und smithschen Gesellschaftstheorie auszumachen. Doch besteht dieser wirklich?

Dass aus einer genaueren Lektüre Smiths eine Erhellung Hayeks zu gewinnen sei, war ja gerade der Anspruch der Erörterungen des bisherigen Kapitels. Oben war für die hayeksche Rechtskonzeption eben noch auf Grundlage des klassischen Liberalismus die massive Bedeutung des Ordnungstelos in seinen verschiedenen Dimensionen auszuarbeiten. Aus den kantischen Anknüpfungen der Konzeption war indessen kein damit kontrastierendes Moment individueller Freiheit zu gewinnen, sondern waren diese, insbesondere die als „Negativ-Test“ zur Reinhaltung und Kohärenzwahrung des Regelsystems selbst verstandene Verallgemeinerungsformel des kategorischen Imperativs, als alternative Herleitungs- und Beschreibungsweisen desselben, in der Unterwerfung des Individuums unter privatrechtliche und marktförmige Strukturen bestehenden, Ergebnisse zu rekonstruieren.

Die These, dass gerade der wirtschaftliche Wettbewerb eine im (unter anderem) hayekschen Neoliberalismus hinzukommende Dimension der Freiheit eröffnet, war hingegen deshalb zu verwerfen, weil das Argument Hayeks zugunsten des Wettbewerbs ein rein instrumentelles ist, das nicht auf die Freiheit *im* Wettbewerb abstellt, sondern allenfalls auf die Freiheit *durch* diesen, die sich gerade auf der anderen Seite des produzierenden Wettbewerbs, nämlich im Konsum aktualisieren würde. In der damit angezeigten Freiheit der Konsumenten qua Wahlentscheidung war allerdings bereits mittels ihrer konzeptionellen Affinität mit dem subjektiven Wertverständnis Nietzsches ein

---

<sup>792</sup> Vgl. oben bei 3.4.4.

latent elitärer Gehalt nachzuweisen. Er zeigt sich praktisch in der, von Hayek auch noch affirmativ vertretenen, ungleichen Verteilung dieser Freiheit zugunsten der Privaters der „müßigen Klasse“ und zuungunsten der arbeitenden und konsumierenden Massen. Es sind vor allem die Wahlentscheidungen der Ersteren, die substantielles Gewicht für die Entwicklung der Gesellschaft haben.

Die Masse der Menschen hingegen wird in dieser Konzeption weitgehend fremdbestimmt, und zwar im Wesentlichen von den Preissignalen, die indizieren oder aufzeigen, wohin sie ihre Bemühungen richten sollen. Diese Fingerzeige der „unsichtbaren Hand“ werden unterstützt von den Leitwegen und Grenzlinien abstrakter Verhaltensregeln. Der Markt, gesichert durch das Recht, ist es, der bestimmt. Die Einzelnen können versuchen, sich aus dieser Bestimmung zu ziehen, um ihr Glück zu suchen, doch riskieren sie, von den ihr Überleben und ihre Marktposition Sichernden überwältigt zu werden.<sup>793</sup> Aber auch jene, die ihre eigene Bestimmung ganz auf jene des Marktes „hinbiegen“ und in ihr aufgehen lassen, haben keine Garantie auf zumindest materielles Glück. „Jeden treffen Zufall und Zeit.“<sup>794</sup>

### 3.7.3. Resultat

A. Abriss der Verweisrichtung vom Telos Rechtsordnung auf die individuelle Selbstbestimmung

Damit ist zum einen eine Verweisrichtung in der chiastischen Struktur des hayekschen Rechts abgebrochen. Die Einzelnen, indem sie innerhalb der durch die Verhaltensregeln gesteckten Grenzen ihren Geschäften nachgehen, handeln der abstrakten Ordnung zu, ohne umgekehrt von dieser substantielle Freiheit zurückzuerhalten.

	Teleologie	Selbstbestimmung
Recht	✓	X
Individuum	X	↖ ✓

<sup>793</sup> Vgl. Hayek, Die verhängnisvolle Anmaßung, 72.

<sup>794</sup> Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit, 278; die zitierte Stelle ist Das Buch Kohelet, 9, 11.

## B. Hinzukommen der Ebene der Privatiere

Als dritte Ebene kommt allerdings jene eben dieser Wenigen, der Privatiere der „müßigen Klasse“, welche die Richtung und Menge materieller und kultureller Produktion bestimmen, hinzu. Die Allgemeinheit der Individuen ist zwischen diese und die Ebene der Gesamtgesellschaft eingeklammert. Ihre scheinbare<sup>795</sup> Selbstbestimmung kommt der tatsächlichen der auserwählten „Wertgesetzgeber“ und dem Telos der Aufrechterhaltung gesellschaftlicher Ordnung durch ein Rechtssystem von abstrakten Verhaltensregeln zugute.

## C. Wiederauftreten einer Ebene von Teleologie und Selbstbestimmung

Schließlich war aus der Rekonstruktion des klassischen Liberalismus die Wirksamkeit einer über dem Recht stehenden, von Smith in ihrer Wirkweise eben als „unsichtbare Hand“ beschriebenen, mehr oder minder theologisch konzipierten „Kraft“ zu gewinnen und in ihrer darwinistisch-evolutionären Prägung noch in der hayekschen Rechtstheorie nachzuweisen. Diese entzieht sich zwar der Sichtbarkeit, aber sie ist gleichwohl ein notwendiger Zurechnungspunkt, von woher Strukturen und Abläufe determiniert werden.

## D. Die Qualität des hayekschen Rechts im Vergleich zu jener des Jheringschen

Wie oben<sup>796</sup> bereits bemerkt entspricht das hayeksche Recht den Kriterien nach der dritten Konzeption Jherings. Seiner Qualität als System abstrakter Verhaltensregeln nach ist es allerdings näher an dessen erster, begriffsdogmatischer Konzeption. Die „Härte“ und „Unnachgiebigkeit“, die Jhering dem Recht auf dieser Stufe noch zuschreibt, kommt bei Hayek wieder. Der Grund für diese liegt allerdings bei Jhering im Recht selbst und dem Glauben an dessen formale Autonomie und inhärente Vernunftgehalte und nicht in einer dahinterstehenden, rational nicht zu fassenden Kraft.

Hayeks Rechtskonzeption kann im Resultat so gelesen werden, dass sie, insofern die Bestimmung durch eine äußere Instanz erfolgt, quasi bzw. in technisch-kriteriologischer Hinsicht an der dritten Konzeption Jherings anknüpft, diese aber in dessen erste Konzeption „umzudeuten“ sucht, nämlich insofern *das nützlichste Modell auch das mit den starrsten begrifflichen Formen sei*. Maßgeblicher Teil dieser Umdeutung ist, dass auch die Gewährleistung der individuellen Selbstbestimmung wieder ihren Platz bekommen soll

---

<sup>795</sup> Vgl. *Slobodian*, *Globalists*, 213: „To Hayek, the autonomous individual is an illusory effect dependent on its relation to the whole – which, in turn, is dependent on that illusory effect.“

<sup>796</sup> Vgl. oben 3.4.5.

(die Jhering in seinem dritten gesellschaftszentrierten Modell ja eindeutig verabschiedet hatte).

E. Hayek als „Utilitarist“ und Vertreter der Paretoeffizienz?

Sie bekommt diesen Platz im Ergebnis aber, wie zu sehen war, lediglich als Instrument zur Ordnungs- und Wohlstandsschaffung. Ist Hayek damit nicht selbst eine Art „Utilitarist“?

Man mag zunächst entgegenhalten, dass die individuelle Freiheit bei Hayek doch einen Eigenwert habe, sei sie in der Rekonstruktion auch nachgereiht zu den gesellschaftlichen Zwecken. Sie hat allerdings nicht nur instrumentellen, sondern auch noch lediglich vorläufigen Charakter. In einer (bereits im Jhering-Kapitel erwähnten)<sup>797</sup> Überlegung Posners zur Paretoeffizienz, die im Folgekapitel noch zu vertiefen sein wird,<sup>798</sup> hebt dieser hervor, dass die freie Zustimmung hier nur *operationale*, nicht aber *theoretische* Basis sei, sie also theoretisch dispensiert werden könne, wenn man zu einer effizienteren Methode der Nutzenmaximierung gelange.<sup>799</sup> Mir scheint diese Bemerkung auch die hayeksche Theorie treffend zu charakterisieren. Aber hat Hayek ansonsten nicht die Existenz einer wie auch immer gearteten Methode zur Bestimmung und Optimierung des wirtschaftlichen Gesamtnutzens ausgeschlossen, ja davor gewarnt, überhaupt auf die Idee einer solchen zu kommen? Das hat er wohl, und nicht zuletzt, indem er sich explizit gegen die Anwendung der marktökonomischen Gleichungen Paretos zur planungsbehördlichen Kalkulation von Preisen ausgesprochen hat.<sup>800</sup> Pareto und andere hätten nur abstrakte Muster beschrieben, die keinesfalls zur Befüllung mit Zahlen vorgesehen gewesen seien.<sup>801</sup>

Aber der maßgebliche Grund für diese Ablehnung scheinbar effizienterer Methoden zur Nutzenmaximierung ist eben, dass die dezentrale der „freien“ Tauschprozesse Hayek zufolge die effizienteste ist (und nicht der hohe Wert individueller Freiheit). Es ist undenkbar und, wenn es doch gedacht wird, anmaßend und gefährlich, dass es eine bessere Methode geben könne. Dass die beste Methode schon gefunden ist, macht aber keinen Unterschied für den Stellenwert der freien Zustimmung in ihr: Solange die wirtschaftliche

---

<sup>797</sup> Vgl. oben, 2.4.5.1.

<sup>798</sup> Vgl. unten, 4.3.3.1.

<sup>799</sup> Vgl. Posner, The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication, 490.

<sup>800</sup> Vgl. Hayek, Sozialismus und Wissenschaft, 160.

<sup>801</sup> Vgl. Hayek, Zur Bewältigung von Unwissenheit, 312 f.; siehe auch *ders.*, Die Anmaßung von Wissen, 8, sowie *ders.*, Die Theorie komplexer Phänomene, 297. An all diesen Stellen verortet Hayek den Fehler also weniger bei Pareto als bei seinen planungsorientierten Adepten. Anders hingegen an einer Stelle in „Recht, Gesetz und Freiheit“: Dort weist Hayek (u.a.) die Theorie Paretos selbst als eine Form des ihm zufolge illiberalen konstruktivistischen Pragmatismus aus (vgl. Hayek, Recht, Gesetz und Freiheit, 195).

Maximierung das Ziel ist, ist alles andere im Verhältnis zu ihm nur Weg, Mittel oder eben Operation.<sup>802</sup>

Paretoeffizienz, in der kürzestmöglichen Definition,<sup>803</sup> beurteilt jede Veränderung, die jemanden besser stellt, *ohne jemand anderen schlechter zu stellen*, als ökonomische Verbesserung. Als solche kann sie aber eng mit den Bedingungen eines idealen Marktes verknüpft werden, wobei angenommen wird, dass „freie“ Tauschverträge zu einer Verbesserung der Position der Tauschenden führen würden (ansonsten würden diese den Tauschvertrag ja nicht eingehen), ohne dass sich dadurch die Position der anderen verschlechtern würde. Wo wäre diese Annahme aber zentraler als bei Hayek?

Im Ergebnis besteht damit, in der Verknüpfung des Maximierungsgedankens mit idealen Marktbeziehungen, eine starke Konvergenz der hayekschen Theorie mit der Paretoeffizienz. Sie ließe sich insofern tatsächlich als Ausdruck einer Art „Utilitarismus“ begreifen, der allerdings nicht mehr (wie der klassische Utilitarismus Benthams<sup>804</sup> und der frühe Marginalismus<sup>805</sup>) auf Gleichheit, Vergleichbarkeit und Aggregierbarkeit individueller Nutzwerte abstellt und auf eine progressive, umverteilende Agenda gerichtet ist, sondern auf die bloße Maximierung von Tauschvorgängen zielt.

---

<sup>802</sup> Vgl. dazu auch Dworkins kritische Ausführungen zu einer Form utilitaristischen Denkens, die individuelle Rechte zwar respektiert, aber nicht auf Grundlage deren moralischen Eigenwerts, sondern nur der Überlegung, dass diese und deren volle Achtung (unter Inkaufnahme einzelfallbezogener Wohlstandsverluste) langfristig zu mehr Wohlstand führen würden als andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten. Diese Form ist Dworkin zufolge nicht minder utilitaristisch und instrumentell im Verhältnis zu Rechten als eine solche, die deren Achtung von vornherein nicht für notwendig erachtet, sie nimmt nur eine andere Einschätzung der bestmöglichen Nutzen- bzw. Wohlstandsmaximierung vor (vgl. *Dworkin, Is Wealth af Value?*, 198 f.).

<sup>803</sup> Für eine ausführliche Erörterung, vgl. gleich unten 4.2.2.2.2.

<sup>804</sup> Vgl. dazu 2.4.5.1. Siehe auch die FN 339 und die FN 340.

<sup>805</sup> Vgl. dazu 2.4.5.3.

## *Überleitung: Die Unterscheidung von „internen“ und „externen“ Rekonstruktionen des Rechts*

Anhand der hayekschen Rechtstheorie kann man auch sehen, wie das inhaltliche gleiche Rechtsmodell, nämlich die klassische Rechtsdogmatik, unterschiedlich ausdeutbar ist. Bei Jhering war sie durch die starke Betonung ihrer Autonomie am ehesten systemtheoretisch aufzuschlüsseln, bei Hayek hingegen in ihrer Renitenz gegen politische Eingriffe als wirtschaftsliberal. Unterschiedlich sind auch die jeweils zugeordneten normativen Zielansprüche: Eigenentwicklung des Rechts, die gleichzeitig mit den weitestmöglichen Vorteilen für die (vor allem wirtschaftlich vorgestellte) Umwelt verbunden ist, bei Jhering, Effizienz und Ordnung durch die Ermöglichung und Ausweitung von Tauschverträgen bei Hayek.

Welche Auslegung ist die richtige oder hat zumindest mehr für sich? Der neu auferstandene Privatrechtsidealismus scheint die Antwort zu wissen. Sie lautet ungefähr so: „Richtig ist jene Auslegung, die sich direkt aus der immanenten Intelligibilität des Rechts, aus dem *internen* Standpunkt seines Selbstverständnisses ergibt.“<sup>806</sup> Entsprechend scheiden umgekehrt alle *externen* Ziele aus, verfehle ein Verständnis des Rechts nach diesen seinen wahren Charakter. Doch wo verläuft die Grenze zwischen „intern“ und „extern“ bzw. wie lassen sich diese jeweils bestimmen? Was ist etwa für die Frage der größeren Adäquanz der Dogmatikrekonstruktion Jherings oder Hayeks gewonnen? Es scheint, nicht viel. Allenfalls lässt sich aus der „immanenten Intelligibilität“, wie sie der klassischen Begriffsdogmatik wohl tatsächlich zugrundeliegt, noch die abstrakte Charakterisierung einer *teleologisch konzipierten Selbstbestimmung und –hervorbringung des Rechts* gewinnen. Wenn man nach inhaltlichen Implikationen und Konsequenzen dieser Charakterisierung fragt, wird es schon schwierig.

Doch ist die Frage danach überhaupt zu stellen? Ließe sich nicht einfach bei den abstrakten Merkmalen haltmachen? Das scheint Weinrib naheulegen, wenn er nicht nur vor dem für ihn prototypisch instrumentellen Rechtsverständnis der ökonomischen Analyse warnt<sup>807</sup>, sondern auch noch vor einer Rekonstruktion in Termini nichtinstrumenteller Moralität.

---

<sup>806</sup> Vgl. etwa Weinrib, *The Idea of Private Law*, 49.

<sup>807</sup> Diese instrumentelle Charakterisierung der ökonomischen Analyse und entsprechende externe Lokalisierung in ihrem Verhältnis zum Recht wird von Weinrib durchgehend vertreten, vgl. Weinrib, *The Idea of Private Law*, xii, xv, 3, 49; vgl. weiters ihm folgend Rödl, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen*, 207; siehe auch Dagan/Dorfman, *Just Relationships*, 1421.

Auch diese würden sich extern zum intellegiblen Selbstverständnis des Rechts verhalten.<sup>808</sup> Doch unternimmt Weinrib selbst in seiner Arbeit dann doch eine Rekonstruktion des Rechts in den Termini der ausgleichenden Gerechtigkeit des Aristoteles und der abstrakten Gleichheit Kants, die bereits oben als spezifische Ausdeutung des Privatrechts ausweisen war.<sup>809</sup> Es ist nicht ersichtlich, was genau diese Ausdeutung vor anderen als „intern“ lokalisiert und allein richtig qualifiziert bzw. umgekehrt die ökonomische Rekonstruktion von vornherein als „extern“ bestimmt.<sup>810</sup>

Einen *externen Standort* hat die *Ökonomie* allerdings auch in den bisher rekonstruierten Rechtsmodellen dieser Studie eingenommen: bei Jhering zunächst als lose an die rechtliche Begriffswelt gekoppelte Umwelt und schließlich (in dessen Utilitarismus) als eigentliche Bestimmungsinanz, bei Hayek als letztendlicher Zweck eines vorderhändigen „Liberalismus“. Die Beziehung zu diesen externen Instanzen bzw. die Verarbeitung ihrer Impulse wurde allerdings in allen Fällen intern, das heißt innerhalb des Rechts als Modifikation seiner eigenen normativen Kriterien, artikuliert. Die seit Jhering in die Krise geratene formale Rechtskonzeption ist aber darin noch nicht zur Ruhe gelangt. Wäre nun nicht gerade in *law & economics* der Ort des Umschlags zu vermuten, in dem diese *externe Einflussnahme schließlich zur internen Bestimmungsweise* wird? Und wäre damit nicht auch angezeigt, dass der interne Bestimmungsort des Privatrechts keine stabile Instanz, sondern eher ein leerer Ort ist, der sich zur Aneignung durch das Ökonomische bereithält und hergibt?

---

<sup>808</sup> Vgl. Weinrib, *The Idea of Private Law*, 49.

<sup>809</sup> Vgl. oben, 2.2.3.6.

<sup>810</sup> Vgl. auch Kähler, *Pluralismus und Monismus in der normativen Rekonstruktion des Privatrechts*. Zu Florian Rödl's „Gerechtigkeit unter freien Gleichen“, 122.

## 4. Posner, law & economics: Rückkehr des „Utilitarismus“ als neue (ökonomische) Dogmatik

### 4.1. Einleitung

#### 4.1.1. Beginn in der Ökonomik; Richard Posner: Ein Rechtstheoretiker als Ökonom

Der Beginn von „*law & economics*“ bzw. der „ökonomischen Analyse“ oder „ökonomischen Betrachtungsweise des Rechts“ wird von Posner zwischen den Jahren 1958 und 1973 verortet. In das erstgenannte Jahr fällt der erste Jahrgang der Zeitschrift „*Journal of Law and Economics*“, im zweitgenannten wurde die erste Auflage von Posners Buch „*Economic Analysis of Law*“ veröffentlicht. Institutioneller Hintergrund ist jeweils die Universität von Chicago, die, neben jener von Yale (an welcher Calabresi unterrichtet), von Beginn an Zentrum dieser Schule ist. Es ist nicht übertriebenem Selbstbewusstsein Posners zu schulden, wenn er schreibt, dass spätestens nach dem Erscheinen seiner Monographie die Existenz von *law & economics* nicht mehr bestritten werden konnte.<sup>811</sup> Tatsächlich kommt ihm eine ganz zentrale Rolle für die Entwicklung und Ausbreitung der ja in der Ökonomik entstandenen Ansätze in den Rechtswissenschaften zu, die ihm selbst von Coase zugestanden wird.<sup>812</sup> Doch zunächst zurück zu den Ursprüngen. Ein wichtiges Jahr ist 1961, in dem die Artikel „*The Problem of Social Cost*“ von Coase sowie „*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*“ von Calabresi veröffentlicht werden. Beide Beiträge drehen sich letztendlich um das Problem externer Kosten privatrechtlicher Dispositionen, und sind in deren kontroversieller Behandlung maßgeblich für die weitere Entwicklung der hier interessierenden Schule. Posner zufolge bringt aber, wenn er sich denn entscheiden müsste, das Jahr 1968 die entscheidende Wende für die Begründung von *law & economics*. In diesem erscheint Beckers Artikel „*Crime and Punishment: An Economic Approach*“, in der mit dem strafrechtlichen Verhalten ein Bereich unter die Linse der ökonomischen Betrachtungsweise gerät, der seiner Natur nach nichts mit der Ökonomie gemein zu haben scheint. In den Folgejahren erscheint eine Vielzahl davon inspirierter Artikel zum Vertragsrecht, Zivil- und Strafverfahrensrecht, Konsumentenschutz etc. Der Damm war gebrochen.<sup>813</sup>

---

<sup>811</sup> Vgl. *Posner*, *Frontiers of Legal Theory*, 32.

<sup>812</sup> Vgl. *Coase*, *Law and Economics at Chicago*, 251; vgl. auch *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 166.

<sup>813</sup> Vgl. *Posner*, *Frontiers of Legal Theory*, 34.

Posner selbst kommt, wie schon erwähnt, die Rolle zu, *law & economics* aus der Wirtschaftswissenschaft in die Jurisprudenz getragen zu haben. Seit 1969 bis heute lehrt dieser an der University of Chicago Law School. Von 1981 bis 2017 war er zudem als Bundesrichter tätig. Von der Vielzahl an Texten, die er zur ökonomischen Analyse des Rechts geschrieben hat, sind neben der bereits erwähnten Monographie insbesondere die Artikel „Utilitarianism, Economics, and Legal Theory“ (1979), „The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication“ (1980) und „Wealth Maximization Revisited“ (1985) nennen.

Es ist unter anderem Posners (wie auch immer zu wertendes) Verdienst, dass *law & economics* heute, freilich mit zunehmendem Einfluss der „*behavioral law and economics*“<sup>814</sup>, die juristische Forschungslandschaft in den USA dominiert.<sup>815</sup> Mit einiger Verzögerung hat die Schule auch Europa erreicht<sup>816</sup>, wo sie, zumal am gesetzesrechtlichen Festland, freilich immer noch heftig umstritten ist.<sup>817</sup>

#### ***4.1.2. These: Ökonomische Aufschlüsselung der Rechtstheorien Jherings und Hayeks, Austausch der rechtlichen durch die ökonomische Rationalität***

Die am Ausgang von Hayek rekonstruierte Rechtskonzeption war im Grunde in eine direkte Kontinuität zu jener Jherings zu stellen – nämlich als weiterer Versuch, auf die „Beunruhigung“ der alten Rechtsdogmatik durch Modifikationen ihrer normativen Werte zu reagieren. Wo und wie fügt sich nun *law & economics* ein?

Meiner These zufolge vollzieht es zum einen eine Wiederholung der vorangegangenen Modifikationsschritte qua ihrer ökonomischen Aufschlüsselung. Der klassische Utilitarismus, wie er Jherings dritter Rechtskonzeption zugrundeliegt, ist die theoretische Ausgangslage, von der sich die ökonomische Analyse des Rechts hervorbringt und weiterentwickelt. Das erste Resultat einer solchen Weiterentwicklung ist das Paretokriterium, nach welchem die Schlechterstellung eines Einzelnen bereits gegen die Definition einer ökonomischen Verbesserung verstößt. In dessen Verknüpfung mit den

---

<sup>814</sup> Vgl. *Zamir/Teichmann*, Behavioral Law and Economics, 141-145. Siehe dazu insb. die FN 828 und 848, sowie in der Conclusio (5.).

<sup>815</sup> Vgl. *Eidenmüller*, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, 217, 224.

<sup>816</sup> Vgl. etwa die grundlegenden Studien (auf die hier in der Folge auch maßgeblich Bezug genommen wird) von *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip oder *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?

<sup>817</sup> Vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 7-9.

Bedingungen eines idealen Marktes kehrt aber tatsächlich, in ihrer ökonomisch formulierten Artikulation, die Rechtskonzeption Hayeks wieder.

Zum anderen vollzieht es einen Schritt darüber hinaus, indem es mit dem Kaldor/Hicks-Kriterium eine weitere Möglichkeit der Effizienzbestimmung auf den Plan ruft. Mit dieser wird gleichsam der Kreis zurück zu Jherings utilitaristischer Konzeption vollzogen, weil hier die Aggregation eines Totalnutzens das allein Entscheidende ist und auch zum Nachteil Einzelner realisiert werden kann. Allerdings wird der *Inhalt* dieses *Totalnutzens* ein *anderer*, nämlich nicht länger ein Netto wie auch immer gearteter freudvoller Empfindungen abträglich der schmerzhaften, sondern ein *rein ökonomischer und vermögensmäßiger*, den Posner ganz folgerichtig als „Reichtumsmaximierung“ bezeichnet. Dieser muss allerdings nicht mit dem Nutzen im utilitaristischen Sinn korrelieren, er kann sich prinzipiell sogar zu dessen Nachteil auswirken.<sup>818</sup>

Tatsächlich, so meine weitere These, reicht die inhaltliche Veränderung zwischen den vorgehenden ökonomischen Rechtskonzeptionen Jherings bzw. Hayeks und *law & economics* noch über diese Verschiebung im Nutzenbegriff hinaus. Denn während die ersteren die *Erfordernisse des Ökonomischen* als äußere Impulse wahrnehmen und diesen anhand interner Modifikation ihrer eigenen abstrakten Charakteristika und normativen Ansprüche gerecht zu werden versuchen, geschieht bei Letzterem etwas grundlegend anderes: Die genannten Erfordernisse werden *in das Recht selbst aufgenommen*, dessen *eigene Rationalität durch eine wirtschaftliche*, es selbst, als abstraktes Subjekt seiner Entwicklung (wie es sich maßgeblich in der begrifflichen Konzeption Jherings zeitigt), durch die *Ökonomie ersetzt*.

Meine letzte Schlussfolgerung ist, dass diese ökonomisch reformulierte Rechtswissenschaft, folgerichtig jene Charakteristika aufweist, deren Modifikation (gemäß meiner Rekonstruktion) die Rechtskonzeptionen Jherings und Hayeks versucht haben, nämlich *Selbstbestimmtheit* (die nun eben *von* der ins Recht „gewanderten“ *Ökonomie* artikuliert wird) und *Teleologie* (in der Ausrichtung auf die *Reichtumsmaximierung*).

---

<sup>818</sup> Vgl. dazu unten bei 4.2.2.2.3., dort insb. die Unterabschnitte: Keine Garantie für Nutzensteigerung und Vorwurf des Kollektivismus?, sowie 4.3.1., siehe dort auch die Fn 1017.

#### ***4.1.3. Explikation der Untersuchung: Vom positiven Selbstverständnis über deren normative Implikationen zur philosophischen Verortung***

Eingangs ist ein kurzer Überblick über die Ansprüche und Ziele von *law & economics* als rechtstheoretischer Schule zu geben. Diese werden zunächst in einen *positiven* und *normativen Teil* zu unterscheiden sein. Die Schule möchte zum einen bestehende Regeln erklären und Vorhersagen für ihre ökonomischen Konsequenzen treffen, zum anderen auch eine Grundlage zur Beurteilung dessen bereitstellen, welche Regeln sinnvollerweise existieren und wie sie gestaltet sein sollten.

Nach einem kurzen Überblick über den positiven Teil, für den die These ausschlaggebend ist, dass das *common law* seiner Tendenz nach ökonomisch effiziente Resultate fördert, werde ich mich dem normativen Teil zuwenden. Diesem ist der *homo oeconomicus* als positive Prämisse vorgeschaltet. Spätestens bei der Erörterung des Inhalts seines Strebens, nämlich *Effizienz*, wird sich allerdings zeigen, dass sich der positive und der normative Teil in Wahrheit nicht trennen lassen. Tatsächlich ist hier mit der Beschreibung von Effizienz als Inhalt eines angeblichen Strebens immer auch die Zielvorgabe getroffen, diese mittels entsprechender Rechtsvorschriften möglichst als Zustand herzustellen bzw. zumindest zu ermöglichen. Jeder Unterschied in der sie definierenden Beschreibung der angeblich positiven Vorrannahmen bedeutet daher immer auch einen Unterschied in den normativen Zielvorgaben. Dies ist anhand der unterschiedlichen Effizienzkriterien, vom klassischen Utilitarismus über die Paretoeffizienz zur Kaldor/Hicks-Effizienz bzw. Reichtumsmaximierung zu erarbeiten. Je nach Kriterium ist das Verhältnis des *homo oeconomicus* zu den Rechtsnormen ein anderes, was es anhand klassischer Ansätze wie insbesondere dem Coase-Theorem, Calabresis Überlegungen zum Haftungsrecht und jenen Beckers zum Strafsystem sowie Posners Reichtumsmaximierung-Prinzip nachzuweisen gilt. Aus diesen ist schließlich (mit entsprechenden Anwendungsbeispielen) zu entwickeln, welche spezifischen Anforderungen *law & economics* an das Recht stellt.

Von diesem Punkt aus ist die philosophische Verortung der Schule in Angriff zu nehmen, was zunächst durch Posners eigene Begründungsversuche, und zwar vom klassischen Utilitarismus und der Reichtumsmaximierung als dessen angeblich bessere Alternative über die Konsenstheorie zum „Pragmatismus“, führt. In der daran anknüpfenden relativen Sitierung im Vergleich zu den Modellen Jherings und Hayeks werden einerseits die überzeugendsten Argumenten für ihre Einordnung in die utilitaristische Tradition, quasi als Rückkehr zu Jhering, zu gewinnen sein, andererseits die in dieser Studie vorgehend

untersuchten Rechtsmodelle allesamt, im Lichte der Effizienzkriterien von *law & economics*, als bestimmte Spielart oder Artikulation eines rechtstheoretischen Utilitarismus lesbar werden. Aus dieser These heraus werden die weiteren oben schon angedeuteten Thesen von *law & economics* als neuer Dogmatik und des „Hineinkopierens“ der ökonomischen Rationalität in die juristische zu entwickeln sein.

#### ***4.2. Law & Economics als erklärende und normative Rechtstheorie***

Was ist nun das für *law & economics* als rechtstheoretische Schule vorderhand maßgebliche Erkenntnisinteresse? Mit David Friedman lässt dieses sich in drei „Unterprojekte“ gliedern, die allerdings eng miteinander verbunden sind:

1. Vorhersage von Konsequenzen bestimmter Regeln;
2. die ökonomische Erklärung für die Existenz bestimmter, gegebener Regeln;
3. die Entscheidung, welche rechtliche Regeln es geben bzw. wie diese gestaltet sein sollte(n).<sup>819</sup>

Während der erste Punkt als Berechnung jeweiliger volkswirtschaftlicher Konsequenzen von bestimmten Regeln tatsächlich in die engere ökonomische Disziplin fällt, interessieren für das vorliegende Projekt, dem es ja um die Rekonstruktion der Rekonzeptionalisierung des Rechts unter dem Einfluss der Wirtschaft zu tun ist, vor allem der zweite – als spezifische ökonomische Herleitung des bestehenden Rechts – und dritte – als entsprechende Leitlinie zur Umgestaltung des Rechts (welcher allerdings notwendig am ersten anknüpft, weil er die Entscheidungen zur Umgestaltung auf gewisse Berechnungs- bzw. Prognosemethoden gründen muss). Die im zweiten Punkt ausgesprochene Annahme, dass das Recht am besten in Kategorien der wirtschaftlichen Effizienz zu rekonstruieren und zu begreifen ist, lässt sich mit Posner auch als die *positive* Theorie bzw. *These* von *law & economics* bezeichnen, das im dritten Punkt enthaltene Postulat, dass das Recht möglichst den Anforderungen wirtschaftlicher Effizienz Rechnung tragen *soll* und entsprechend zu gestalten sei, als *normative These*,<sup>820</sup> die allerdings wiederum, dort wo sie am ersten Punkt anknüpft, positive Voraussetzungen in den bestimmten Berechnungsmodellen zugrundeliegenden Prämissen über menschliches Verhalten hat.

---

<sup>819</sup> Vgl. *David Friedman, Law's Order*, 15.

<sup>820</sup> Vgl. etwa *Posner, The Problems of Jurisprudence*, 363; *ders.*, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, 107 ff.; *ders.*, *Wealth Maximation and Tort Law: A Philosophical Inquiry*, 100 ff.

#### 4.2.1. Erklärung bestehenden Rechts (positive These)

Für das bestehende *Common Law* ist die These ausschlaggebend, dass dieses seiner Tendenz nach ökonomisch effiziente Resultate zeitige. Dies wird mit drei verschiedenen Argumenten begründet.

Das erste ist ein Argument der Zweckmäßigkeit und „Kompetenzverteilung“: Die Richter seien in der Rechtsprechung mit zwei zentralen Themen konfrontiert, nämlich Effizienz (der Effekt von Regeln auf die Größe des „Kuchens“) und Umverteilung (ihr Effekt darauf, wer jeweils wieviel vom „Kuchen“ bekommt). Weil Versuche richterrechtlicher distributiver Umgestaltungen des Privat- und Vertragsrechts, das heißt korrektive Besserstellungen einer Partei zur Beseitigung tatsächlicher Unterschiede, entsprechende Preisanpassungen nach sich ziehen und dadurch wiederum zunichte gemacht würden, wäre es besser, wenn die Jurisprudenz sich auf den Gesichtspunkt der Effizienz beschränkte und Umverteilungsmaßnahmen der Gesetzgebung, das heißt dem öffentlichen Recht und insbesondere dem Steuerrecht, überließe.<sup>821</sup>

Zweitens würde bereits eine Art evolutionärer Mechanismus die Beseitigung ineffizienter Regeln bewirken: Ineffiziente Regeln würden nämlich eher zu rechtlichen Streitprozessen und diese Prozesse zu Änderungen (Klarstellungen, Nachbesserungen, Präzisierungen) in den Regeln führen. Hier wäre also eine unsichtbare Hand am Werk, welche das Recht zur Maximierung seiner Effizienz formt.<sup>822</sup>

Drittens wird noch das empirische Argument der tatsächlichen Effizienz spezifischer Regelungen angeführt. Die bestehenden Regeln des *Common Law*, wie wir sie in unserer

---

<sup>821</sup> Vgl. *David Friedman, Law's Order*, 16 mit Bezug auf *Posner* (siehe etwa *Posner, The Problems of Jurisprudence*, 388; vgl. auch *Kelman, A Guide to Critical Legal Studies*, 115), das ist im Übrigen auch ein Argument von *Kaplow und Shavell* in „Fairness versus Welfare“, warum sich die Analyse und etwaige Umgestaltung *privatrechtlicher* Regeln tendenziell auf den Gesichtspunkt bloßer Effizienz fokussieren sollte, siehe dazu unten die Fn 972 bei 4.2.2.3.5. Zu Recht kritisch auf die Begründungsdefizite dieses „funktionellen“ Zugangs institutioneller Verantwortungsteilung hinweisend, vgl. *Dworkin, Is Wealth a Value?*, 195 f., siehe auch ebd., 218 f. Siehe weiters ebenso kritisch *Kelman, A Guide to Critical Legal Studies*, 177, 181-184 (siehe insb. die überzeugende Argumentation in der letzten Belegstelle, warum redistributive Ziele auch über privatrechtliche Regeln effektiv erreicht werden können).

<sup>822</sup> Vgl. *David Friedman, Law's Order*, 16. Dass allerdings die in der Argumentation der Rechtsanwender sichtbare Dimension in eine meist ganz andere Richtung deutet, dort nämlich Gerechtigkeitsgesichtspunkten regelmäßig ein höherer Stellenwert zukommt als Effizienzerwägungen, darauf weist schon *Dworkin* in der frühen Auseinandersetzung mit *Posner* zu Recht hin (vgl. *Dworkin, Taking Rights Seriously*, 97; Gegenstand der Auseinandersetzung ist der Artikel von *Posner, A Theory of Negligence*, bzw. die haftungsrechtliche Rechtsprechung zu Industrieunfällen, siehe ebd., 71).

Beobachtung vorfinden, wären in den meisten (wenn auch nicht allen)<sup>823</sup> Fällen genau diejenigen, die wir erhalten würden, wenn wir versuchten, ein rechtliches System nach dem Kriterium seiner möglichsten Effizienz zu gestalten.<sup>824</sup>

Das zweite Argument ist im Wesentlichen eines, das bei Hayek auch und zwar an systematisch ganz zentraler Stelle vorzufinden war. Es war dort so ausformuliert, dass die Effizienz der geltenden rechtlichen Regeln Vorteile in der Gruppenselektion und darüber hinaus in der Struktur der „Großen Gesellschaft“ vor den kollektiven Stammesgesellschaften bewirken würde, weshalb die effizienteren Regeln mit den entsprechenden Gesellschaftsstrukturen weitergegeben würden.<sup>825</sup>

Im Allgemeinen ist die These der ökonomischen Effizienz des *Common Law* wichtiger Teil auch der hayekschen Theorie. Wo sich *law & economics* von ihr unterscheidet, liegt allerdings bereits im dritten Argument, nämlich in der dort angegebenen *Möglichkeit*, dass das *Common Law* auch von der maximalen Effizienz abweichen kann bzw. überhaupt in der These der Nachweisbarkeit dieser Möglichkeit anhand einer gestalterischen Rekonstruktion bestimmter Rechtsvorschriften nach Effizienzkriterien zur Überprüfung ihrer maximalen Realisierung. Dass diese Rekonstruktion möglich ist, weist bereits über das hayeksche Postulat der Nichtwissbarkeit der besten und effizientesten sozialen Gestaltungsweisen hinaus. Umsomehr tut es dies allerdings, als an diese Möglichkeit der Überprüfung bei *law & economics* auch die *tatsächliche Gestaltung* des konkreten Rechts anknüpft, indem die ökonomische Analyse eben genutzt wird, um zu entscheiden, wie das jeweils anzuwendende Recht beschaffen sein sollte.

---

<sup>823</sup> Genau diese Abweichungsmöglichkeit, die bei ihnen freilich einen größeren Raum einnimmt und mitunter mit verschiedenen Evolutionsprozessen angestammter sozialer Regeln und jener modernen und komplexer urbaner Gesellschaften erklärt wird, ist das Hauptargument von Kaplow und Shavell, vgl. die FN 973 unten bei 4.2.2.3.5.

<sup>824</sup> Vgl. *David Friedman*, *Law's Order*, 16. Diese zweite, „erklärende“ Schiene der ökonomischen Betrachtungsweise wird in anderer Weise auch noch von „*behavioral law and economics*“ weitergeführt. Hier wird etwa die Tatsache der Zentralität des Schadenersatzrechts einerseits und der vergleichswisen Marginalität des Bereicherungsrechts damit erklärt, dass Menschen Verluste im eigenen Besitz tendenziell als wesentlicher (und schmerzlicher) wahrnehmen als das Nicht-Eintreten eines Gewinns (bei einem selbst und stattdessen bei einem anderen), vgl. *Zamir/Teichmann*, *Behavioral Law and Economics*, 189 f. Auch ein aus diesem Verhalten folgender evolutionärer Selektionsdruck auf Regeln wird als Argument vorgebracht, vgl. ebd. 192 f.). Zur „*prospect theory*“, auf welche sich diese Erklärungsansätze stützen, vgl. unten Fn 828 und 889.

<sup>825</sup> Vgl. oben 3.2.2.9.

## 4.2.2. *Tatsächliche Bestimmung und Gestaltung des Rechts nach ökonomischen Kriterien (normative These)*

### 4.2.2.1. *Positive Prämissen: Das Verhalten und die Bedingungen des homo oeconomicus*

Bevor die Ziele und Inhalte der ökonomischen Gestaltung des Rechts zu rekonstruieren sind, gilt es, ihre Prämissen zu erörtern. Diese bestehen in Annahmen über menschliches Verhalten und stellen auch noch einen *positiven* Baustein von *law & economics* dar. Dem Anspruch nach geht es hier nicht um normative Verhaltensmodelle, sondern darum, wie sich einzelne Akteure unter bestimmten Bedingungen tatsächlich verhalten.<sup>826</sup> Damit besteht ein grundlegender Unterschied zur hayekschen Theorie, welcher es ja gerade um die „Umerziehung“ zur Produktivität des dort von Natur aus faulen, aber auch gutmütig-altruistischen Menschen geht. Der Mensch von *law & economics* ist hingegen grundsätzlich von Natur aus *homo oeconomicus*, das heißt eigennutzen- und effizienzorientiert.

#### 4.2.2.1.1. Der *homo oeconomicus* als deskriptives und erklärendes Modell

Wie Eidenmüller richtig hervorhebt, ist der *homo oeconomicus* nämlich ein im Ansatz *deskriptives* Verhaltensmodell in der Folge von Benthams Individuum, dessen ganzes Streben auf die Vermeidung von Schmerz und den Gewinn von Freude ausgerichtet ist, wobei Schmerz und Freude mit rein finanziellem Verlust oder Gewinn zu ersetzen sind.<sup>827</sup> In erster Linie gegen diese deskriptive Dimension richten sich die seit den 1980er Jahren aufgekommenen „*behavioral law and economics*“.<sup>828</sup>

---

<sup>826</sup> Vgl. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 28.

<sup>827</sup> Vgl. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 28.

<sup>828</sup> Die Grundlage für diese Schule bildet die empirisch abgeleitete „*prospect theory*“ der Ökonomen Daniel Kahneman und Amos Tversky (vgl. *dies.*, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, 263-291 und Thaler, Toward a Positive Theory of Consumer Choice, 39-60; siehe auch Zamir/Teichmann, Behavioral Law and Economics, 42 ff.). Sie besagt im Wesentlichen, dass Menschen in Bezug auf finanzielle Auswirkungen *zwischen Gewinnen und Verlusten unterscheiden* und diese *verschieden gewichten*. Der negative Nutzen durch einen Verlust würde stärker ausfallen als der positive Nutzen durch einen gleich hohen Gewinn, die Bereitschaft, im Hinblick auf Gewinne Risiken einzugehen geringer sein als im Hinblick auf Verluste (so würden Menschen tendenziell eher 500 Euro nehmen, als ein Glücksspiel mit gleichen Chancen auf den Erhalt von 1000 Euro oder aber nichts einzugehen, umgekehrt aber eher das Risiko eingehen, 1000 Euro zu verlieren, als gleich 500 Euro bezahlen zu müssen). Neben diesem Problem begrenzter Rationalität („*bounded rationality*“) wurden mittlerweile insbesondere jene begrenzter Willenskraft („*bounded willpower*“, Beispiel ist etwa der Raucher, der aufhören möchte, aber es nicht schafft) und begrenzten Eigeninteresses („*bounded self-interest*“) benannt (vgl. den sehr einflussreichen Artikel Sunstein/Jolls/Thaler, A Behavioral Approach to Law and Economics, 1476-1479). Letzteres äußert sich darin, dass Menschen tendenziell tatsächlich (freilich von verschiedenen Variablen abhängig) viel eher „prosoziale“ und altruistische Verhaltensweisen als rein egoistische an den Tag legen und sich um eine gerechte oder faire Behandlung sorgen würden (vgl. ebd., 1479 und Zamir/Teichmann, ebd., 106 f.). Siehe

Allerdings handelt es sich beim ökonomischen Verhaltensmodell, und zwar schon seinem eigenen Anspruch nach, nicht um eine vollumfängliche Abbildung empirischer Realität, sondern um deren Reduktion und Abstraktion.<sup>829</sup> Entsprechend gesteht auch Posner zu, dass die Annahmen ökonomischer Theorie eine gewisse Eindimensionalität im Vergleich zur alltäglich beobachteten menschlichen Verhaltensvielfalt aufwiesen. Aber gerade diese Eigenschaft würde ihre Nützlichkeit gewährleisten.<sup>830</sup> Es ist mehr als ein ironischer Zufall, dass Posner zur Erläuterung dieser Nützlichkeit auf Newton zurückgreift.<sup>831</sup> Wie Newtons Physik von den partikularen Eigenschaften fallender Körper absehe und es ihr erst dadurch möglich wäre, die allen gemeinsamen Gesetze der Schwerkraft zu entdecken, so lege die Ökonomie die allen menschlichen Verhaltensformen gemeinsame Gesetze des Eigennutzens frei.<sup>832</sup> Treffend ist insofern auch Mathis' Verständnis des *homo oeconomicus* als Anwendungsfall des Ockham'schen Rasiermessers, eines abstrahierenden, vereinfachenden Modells also, das alles wegschneidet, was von entbehrlicher Bedeutung ist.<sup>833</sup> In dieser abstrakten, naturgesetzmäßigen Beschaffenheit liegt die pragmatische Eignung der ökonomischen Betrachtungsweise zur *Erklärung*<sup>834</sup> von Realität, auch zum Zwecke ihrer Prognose.<sup>835</sup> Das bedeutet allerdings, wie von Posner in zugespitzter Weise hervorgehoben, nicht einen Gegensatz zu einem deskriptiven Modell,<sup>836</sup> sondern vielmehr ein an ihrer zunächst deskriptiven Eigenschaft

---

weitere den ebenfalls einflussreichen Artikel *Korobkin/Ulen*, *Law and Behavioral Science*, 1051-1144. Zur normativen Stoßrichtung der „*behavioral law and economics*“ vgl. unten Fn 848.

<sup>829</sup> Vgl. *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 28.

<sup>830</sup> Vgl. auch *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 40. Siehe dazu auch das Verständnis des „eindimensionalen Menschen“ bei Hirschman (*ders.*, *Leidenschaften und Interessen*, 141 ff.), vgl. auch in der *Conclusio* (5.) und dort die FN 1105.

<sup>831</sup> Zu den Grundlagen des ökonomischen Denkens Smiths in der newtonschen Physik, vgl. oben 3.5.1., die Fn 569 und 570.

<sup>832</sup> Vgl. *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 15 f.; *ders.*, *The Problems of Jurisprudence*, 366.

<sup>833</sup> Vgl. *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 28. Überschießend erscheint mir hingegen die Bezeichnung als „heuristische Fiktion“ (vgl. ebd., 29), da sie die positive Grundierung des *homo oeconomicus* (zwar nur, aber immerhin) in einem (für besonders relevant erachteten) Ausschnitt tatsächlichen Verhaltens leugnet.

<sup>834</sup> Vgl. auch *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*, 3, 7.

<sup>835</sup> Vgl. dazu *Milton Friedman*, *The Methodology of Positive Economics*, 15: To put this point less paradoxically, the relevant question to ask about the »assumptions« of a theory is not whether they are descriptively »realistic«, for they never are, but whether they are sufficiently good approximations for the purpose in hand. And this question can be answered only by seeing whether the theory works, which means whether it yields sufficiently accurate predictions; siehe dazu auch *Manstetten*, *Das Menschenbild der Ökonomie*, 87 f.; vgl. auch *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 41 und *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*, 7. Für die Tauglichkeit zur Prognose spielt auch das statistische Mehrheitsverhalten eine entscheidende Rolle, vgl. *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 40.

<sup>836</sup> Vgl. *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 16.

anknüpfendes<sup>837</sup> und über sie hinausgehendes „Plus“, welches letzteres sich aus der Hervorhebung eben jener Beschreibung (nämlich genau der ökonomischen) als besonders relevant oder aussagekräftig für das menschliche Verhalten im Allgemeinen ergibt. In seiner Anwendung entfaltet der *homo oeconomicus* freilich den Charakter einer regulativen Idee von „kontrafaktischem“ Gehalt: Wir haben ihn nicht empirisch nachzuweisen, sondern mit ihm zu rechnen.<sup>838</sup>

#### 4.2.2.1.2. Streben nach Maximierung unter Bedingungen von Knappheit

Wie verhält sich der *homo oeconomicus* nun aber? Welche Annahmen werden dabei getroffen? Man könnte diese in eine anthropologische und in eine „ökologische“ (umweltbezogene) Grundannahme unterteilen, die anthropologische würde die Charakterisierung der Menschen als rationale Maximierer betreffen, welche nicht nur ihre Selbsterhaltung, sondern die weitestmögliche Befriedigung individueller Bedürfnisse und Präferenzen anstreben, die „ökologische“ hingegen die Annahme der Bedingung von immer schon herrschender Ressourcenknappheit. Diese beiden Annahmen, die *Knappheit* von *Ressourcen* bei gleichzeitiger Unterstellung des *Strebens nach ihrer maximalen Erlangung*, sind gewissermaßen die Voraussetzungen der modernen Ökonomie, unter welchen sie sich als berechnende Methode zur Anwendung bringen kann.<sup>839</sup>

Entscheidend ist dabei auch, was bei der ersten Grundannahme mitangenommen wird, nämlich die Ausschließlichkeit und Nicht-Überschreitbarkeit des Individuums als Ausgangspunkt von Präferenzen.<sup>840</sup> Kollektive Entscheidungen würden sich demgemäß

---

<sup>837</sup> Vgl. dementsprechend auch Kirgässner, eine Beschreibung von Handeln sei in vielen Fällen den erklärenden Modellen der Ökonomik vorgeschaltet, *ders.*, *Homo Oeconomicus*, 7.

<sup>838</sup> Zur Kontrafaktizität (und Nichtrealisierbarkeit) als definierende Bedeutungselemente der regulativen Idee im Sinne Kants und Apels vgl. etwa *Rähme*, Wahrheit, Begründbarkeit und Fallibilität, 181.

<sup>839</sup> Siehe auch die Definition der Wirtschaftswissenschaft von Lionel Robbins: „The science which studies human behavior as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses“ (*ders.*, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 16).

<sup>840</sup> Das bedeutet allerdings keineswegs die Nicht-Überschreitbarkeit des Individuums am Endpunkt der Theorien ökonomischer Betrachtungsweise. Im Gegenteil führt die Aggregation individueller Präferenzen genau zum Verschwinden der Relevanz ihres ursprünglichen Trägers. Eidenmüller hebt im Hinblick auf den Utilitarismus richtig hervor, dass gerade das Zusammenspiel des Grundsatzes der Präferenzautonomie einerseits und des Aggregationsprinzips andererseits „katastrophale Folgen“ für einzelne Individuen haben kann (vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 209 f.; siehe auch *Posner*, *Wealth Maximization Revisited*, 97: „Somehow utilitarianism manages to be both radically individualistic and shockingly communitarian[]“; im Detail zur Präferenzautonomie siehe auch *Eidenmüller*, ebd., 326 ff.). Das Grundproblem besteht, wie von Rawls und Nozick hervorgehoben, in der fehlenden „separateness of persons“ (*Rawls*, *A Theory of Justice*, 167; *Nozick*, *Anarchy, State, and Utopia*, 33), welche der utilitaristischen Nutzenrechnung inhärent ist. Zugespitzt hat Nozick dies im Begriff des „utility monsters“ (vgl. ebd., 41). Siehe auch oben 2.4.5.1., dort auch die Fn 342, und 2.4.6., dort auch die Fn 393, 3.6.5.2.2., dort auch die Fn 722, sowie unten 4.3.1., dort auch die Fn 1008.

ausschließlich aus der Aggregation individueller Entscheidungen ergeben – und nicht, wie aus holistischer Sicht, aus einem eigenständigen Handeln von Kollektiven.<sup>841</sup>

#### 4.2.2.1.3. Neuartigkeit in der Anwendungsweise und umfassenden Anwendungsweite des Modells

Doch sind die beiden Grundannahmen inklusive des Ausgangspunkts im präferenzautonomen Individuum nicht schon ausschlaggebend für die moderne Ökonomie, ja moderne Gesellschaftswissenschaft im Allgemeinen? Die neue Konzeptionalisierung und sie auf Zweck und Legimität überprüfende Herleitung rechtlicher und staatlicher Ordnungen im Ausgang der Religionskriege, wie sie von Thomas Hobbes und den ihm nachfolgenden Vertragstheoretikern ab dem 17. Jahrhundert vorgenommen wurde, besteht ja gerade in der Freilegung der gleichermaßen vulnerablen und auf ihr Überleben bedachten Einzelnen unter prekären Bedingungen im Hinblick auf ihr Assoziationsinteresse. Worin unterscheiden sich denn die Grundannahmen von *law & economics* von den gerade genannten, wo gehen sie über diese hinaus?

Man könnte beim Verhältnis von Assoziation bzw. Staat und den rational-maximierenden Einzelnen bzw. dem Markt anknüpfen und drei Entwicklungsstufen unterscheiden. In der ersten Stufe stehen die maximierenden Individuen am Anfang und sollen in ein staatlich geordnetes Verhältnis der Assoziation gebracht werden. Das wäre eben das Modell der Vertragstheoretiker beginnend mit Hobbes. In der zweiten Stufe wird auch bei den Individuen angesetzt und soll ebenfalls ihre Assoziation bewirkt werden, wird das Prinzip der Letzteren aber in den Individuen selbst, ihren eigenen Antrieben und privaten Verhältnissen, gesucht. Das wäre das Modell von Smith (und Hume). In der dritten Stufe hingegen ist es die Assoziation, welche am Beginn steht, und die maximierende Berechnung der Einzelnen, welche sie zu etwas anderem transformiert. Dies wäre das Modell von *law & economics*. Das in den „chronologischen“ Fassungen dieser Konzeptionen je Nachgereichte ist sachlich das je Vorrangige, es gestaltet und transformiert das Vorgefundene nach seinen Prinzipien.

Der *Wechsel* der Gestaltungsvormacht *von Politik auf Markt*, die Umkehrung des Verhältnisses von Inhalt und Grenze bzw. Prüfmaßstab<sup>842</sup>, der sich bei Hayek vollzieht,

---

<sup>841</sup> Vgl. *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 23.

<sup>842</sup> Siehe oben, 3.6.3.2.4. Unterschiedliche Ebenen in der horizontalen Dimension und ihr Verhältnis, bei Wirtschaft als Taktgeber und Gestaltungsprinzip. Vgl. auch *Foucault*, Die Geburt der Biopolitik, 167 f.

bedeutet einen Wechsel innerhalb der Ebene des Assoziativen, es bleibt aber dabei, dass die Einzelnen erst das sachlich nachgereichte Produkt sind, das durch die Hervorhebung und Stabilisierung eines Assoziationsprinzips (Moral oder Wirtschaft, *spectator* oder Eigeninteresse) geformt und gestaltet wird.

Dieser Wechsel wirkt bei *law & economics* und der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ überhaupt noch nach, diese nimmt ihn noch in sich auf, da sie sich ja ganz auf die Möglichkeit gründet, sämtliche (rechtliche, kulturelle, politische etc.) gesellschaftliche Phänomene durch die Brille der Ökonomie beschreiben und erklären zu können. Inwiefern geht sie aber noch über ihn hinaus? Indem sie das berechnende, *effizienzorientierte Verhalten der Tauschpartner* nicht nur innerhalb der Assoziationsprinzipien zum vorherrschenden macht und von dort Gestaltungs- und Handlungsprinzipien für die Einzelnen entwickelt, sondern es *den vorherrschenden Assoziationen und ihren verschiedenen Ebenen und Prinzipien überhaupt voran- und entgegenstellt*. Der hayeksche Mensch ist historisches Produkt eines aus abstrakten Verhaltensregeln und Marktprozessen bestehenden Effizienzregimes. Das hayeksche Modell strebt danach, ihn ganz über diese Prozesse zu formen und darauf eine bestimmte Gesellschaft, nämlich die Privatrechtsgesellschaft, zu bauen. Aber es gesteht zu, dass daneben andere Prinzipien und Ebenen gesellschaftlicher Ordnung existieren können und verfährt argumentativ, wenn es die Vorherrschaft des Ökonomischen, wie fraglich auch immer, begründen möchte und eminent politisch, wenn es die Zurückdrängung bzw. Einhegung des demokratischen und rechtlichen Raums fordert. *Law & economics* hingegen entreibt den bei Hayek am Ende dastehenden Menschen seiner Genese und setzt ihn an ihren Beginn, wo es ihn – als *homo oeconomicus* – zum *alleinigen und unhinterfragbaren Gestaltungsprinzip aller Gesellschaftsebenen* macht. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise möchte die Politik nicht „entthronen“ und zurückdrängen, sondern *erklären*, das heißt in ihr das nachweisen, was in Wahrheit schon immer am Werke sei, nämlich sich selbst, das heißt das Ökonomische, und wo sie es noch nicht in vollendeter Weise vorfindet, ihm proaktiv und gestalterisch zum Durchbruch verhelfen.<sup>843</sup> Diese umfassende und verabsolutierte

---

<sup>843</sup> Mit der ökonomischen Betrachtungsweise der Politik als solcher ist freilich die *public choice theory* aufgerufen, die ab den 1960er Jahren an den Universitäten von Virginia entstand (und entsprechend auch die Bezeichnung „*Virginia School of Political Economy*“ trägt). Grundlegend ist insbesondere das 1962 erschienene Buch von *Buchanan/Tullock*, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Einflussreich (auf die Virginia School, wenn auch nicht dort geschrieben) war weiters *Olson*, *The Logic of Collective Action*. Für einen Überblick siehe etwa *Rowley/Schneider*, *The Encyclopedia of Public Choice*.

Durchdringung aller Gesellschaftsbereiche mit dem Ökonomischen zeichnet also die auf den *homo oeconomicus* als umfassendem menschlichen Verhaltensmodell<sup>844</sup> gründende „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ aus. Die Annahme des Strebens nach Maximierung unter Bedingungen von Knappheit wird damit effektiv auf im Wesentlichen alle Bereiche menschlichen Handelns ausgedehnt. Es würde sich nun gleich die Frage aufdrängen, wie sich dieser Mensch denn zum Recht verhält. Bevor diese angegangen werden kann, ist es indessen wichtig, genauere Klarheit über den Inhalt des Strebens des *homo oeconomicus*, nämlich die Effizienz zu gewinnen.

#### 4.2.2.2. Erklärungsprinzip und normatives Ziel: Effizienz

*Effizienz* hat zunächst, in Bezug auf das erste und zweite „Unterprojekt“ von *law & economics*, der Vorhersage von Konsequenzen bestimmter Regeln und der Erklärung für deren Existenz<sup>845</sup>, *positiven Charakter*. *Sie selbst* wird dabei als der *positive Gegenstand* begriffen, welcher den Vorhersagen und Erklärungen zugrundeliegt. Diesem Begriff nach ist sie beobachtetes oder jedenfalls statistisch nachweisbares Verhalten.

Der Anspruch der modernen Wirtschaftswissenschaft wäre nun, dass Effizienz eine wertneutrale Bestimmung sei und sich auf diese positive Grundierung und Ausrichtung beschränken müsse.<sup>846</sup> Allerdings schließt sich bei der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ an die Vorhersage und Erklärung der ökonomischen Folgen eines Rechtszustands (als drittes „Unterprojekt“) die Entscheidung an, welche rechtliche Regeln es geben bzw. wie diese gestaltet sein *sollte(n)*.<sup>847</sup> Insofern kommt der Effizienz auch *normativer, zielgerichteter* Charakter zu.<sup>848</sup> Dieser wird umso deutlicher, je mehr sich der

---

<sup>844</sup> So auch Becker: „Indeed, I have come to the position that the economic approach is a comprehensive one that is applicable to all human behavior [...]“ (Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, 8).

<sup>845</sup> Vgl. oben, 4.2. und 4.2.1.

<sup>846</sup> Vgl. Kurt W. Rothschild, *Ethik und Wirtschaftstheorie*, 13, 17 ff.; siehe dazu auch Möller, *Interpersonelle Nutzenvergleiche*, 23 und Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 47. Zum Prinzip der Wertfreiheit, das vom Wissenschaftler verlange, stets zwischen neutralen („empirisch und kausal zurechnenden“) Erklärungen und normativen Aussagen zu unterscheiden und eigene Wertungen explizit auszuweisen, siehe auch Weber, *Der Sinn der »Wertfreiheit« der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften*, 488 ff.; dazu siehe auch Kirchgässner, *Homo Oeconomicus*, 3-6, sowie Mathis, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 47.

<sup>847</sup> Vgl. oben bei 4.2.

<sup>848</sup> Auch auf dieser Ebene möchten die Ansätze der „*behavioral law and economics*“ einwirken. Allerdings ist der vorrangige Anspruch, *aufgrund* des im Verhältnis zum idealtypisch verfahrenen „klassischen“ *law and economics empirisch grundierteren Verständnisses menschlicher Verhaltensweisen* (vgl. oben bei 4.2.2.1.1., dort die Fn 828) *gesetzgeberische Absichten besser bzw. zielgenauer umsetzen zu können* (von Sunstein, Jolls und Thaler als „*prescriptive task*“ bezeichnet und im Wesentlichen wie folgt charakterisiert: „Explicit consideration of behavioral factors can improve the prescriptions offered by the analyst. [...] Our principal emphasis is on how people respond to information and how this point bears on the role of law.“ (dies., *A Behavioral Approach to Law and Economics*, ebd., 1474 f.)). Damit ist zunächst *kein bestimmtes*

in der Bestimmung der Effizienz bestehende Spielraum zeigt. Weil die Effizienz auch Zielbestimmung ist, hat jeder Spielraum in positiver Hinsicht auch normative Implikationen, bedeutet jede dem Anspruch nach positive Festlegung darauf auch eine Festlegung der Ziele.<sup>849</sup> Die verschiedenen Bestimmungsweisen von Effizienz sind vor dieser Ausgangslage zu erörtern. Im Wesentlichen lassen sich derer drei unterscheiden:

Als erstes ist das *Nutzenkalkül* zu nennen, welches dem klassischen Utilitarismus Benthams zugrundeliegt und in der *Aggregation individueller Lustbefriedigungen* besteht. Es wird heute als historischer Vorläufer der beiden Kriterien, welche der modernen Wohlfahrtsökonomik zugrundeliegen, eingeordnet. Diese sind das *Paretokriterium* und das *Kaldor/Hicks-Kriterium*, welche in diesem Kapitel je noch im Detail zu behandeln sein werden. Noch hinzuzufügen, weil es Posners Rechtstheorie zugrundeliegt, ist das Kriterium der Reichtumsmaximierung. Dieses entspricht allerdings im Wesentlichen dem Kaldor/Hicks-Kriterium.

---

normatives Ziel verbunden, sondern sind eine ganze Reihe davon unabhängiger Anwendungen denkbar (ein Beispiel sind etwa Maßnahmen gegen die tendenziell zu hoch vorgenommene Einschätzung einer (dem Verursacher zurechenbaren) Wahrscheinlichkeit eines tatsächlich eingetretenen Schadensfalls („*hindsight bias*“), wie sie gerichtliche Jurys betrifft, die etwa in der Darstellungsweise der an sie weitergegebenen Information oder Anhebung des Beweisstandards bestehen können, vgl. ebd., 1523 ff.). Das hat freilich auch damit zu tun, dass die Endzwecke eines Rechtssystems aus Sicht der „*behavioral law and economics*“ komplexer und unbestimmter sind als aus jener der „klassischen“ „*law and economics*“ (vgl. ebd., 1475). Allerdings wird in der Beurteilung dieser verschiedenen Zwecke sehr wohl auch eine Aufgabe der hier berührten Schule gesehen („*normative task*“, vgl. ebd. 1474 f.). Deren generelle Schlussfolgerung bezeichnen Sunstein et al. als „*Anti-Antipaternalismus*“. Wegen ihrer beschränkten Rationalität wird es als unzutreffend empfunden, dass Menschen (als „souveräne Konsumenten“, vgl. dazu oben 3.6.7.1.) jedenfalls selbst am besten zur Verfolgung des eigenen Wohlbefindens befähigt seien. Weil Rationalitätsbeschränkungen aber auch auf staatliche Akteure zutreffen, wird daraus kein zwingender Paternalismus gefolgert (vgl. ebd., 1541). Allerdings könnte der Einsatz von Beamten-Experten unter bestimmten Bedingungen (keine populistische Einflussnahme, insb. Berücksichtigung der Erkenntnisse der „*behavioral law and economics*“) sehr wohl eine Verbesserung, etwa in der Risikoeinschätzung und Zuteilung von Ressourcen, bewirken (vgl. ebd., 1544). Hauptsächlich richtet sich die von dieser Schule verfolgte *Verbesserung* freilich auf die von Menschen getroffenen *Wahlentscheidungen*, den *Schutz* vor der *diesbezüglichen Fehlerhaftigkeit* und *Manipulationsanfälligkeit* durch andere. Dadurch sollen sie dazu befähigt werden, *selbst ihre eigenen Ziele besser zu verfolgen* (vgl. Zamir/Teichman, Behavioral Law and Economics, 163-165). Soweit es hier um Paternalismus geht, ist er von „*aktivierendem*“ Charakter, das heißt, die Menschen sollen dazu gebracht werden, sich *besser um sich selbst zu kümmern* (vgl. ebd. 166 f, 178, 184 f. (siehe auch den Begriff des „*nudging*“ in den beiden letztgenannten Belegstellen, vgl. dazu auch oben die FN 269, vor allem aber in der Conclusio (5.), dort auch die FN 1122); vgl. auch die Überlegungen bei Korobkin/Ulen, Law and Behavioral Science, 1084 ff.). Im Umkehrschluss impliziert das freilich, dass sich der Staat in einer wirklich „*schützenden*“ (materielle Ressourcen direkt zuteilenden) Rolle weiter zurückziehen kann (so wird es auch als vorteilhaftes Wesensmerkmal für das *nudging* hervorgehoben, dass es wenig kostet, vgl. Sunstein, Nudging: A Very Short Guide, 583). Vgl. auch in 5. (der Conclusio).

<sup>849</sup> Vgl. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 41; vgl. auch Mathis, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 47.

#### 4.2.2.2.1. Der klassische Utilitarismus und das Problem interpersoneller Nutzenvergleiche

Der klassische Utilitarismus war schon Gegenstand des Jhering-Kapitels, da er ja im dritten bei Jhering vorzufindenden Rechtsmodell als dessen rechtstheoretische Ausformung zu rekonstruieren war. Er ist hier nicht im Detail zu erörtern, wohl aber im Hinblick auf eine ihm implizite Grundvoraussetzung, die ihn von den moderner Effizienzkriterien trennt, jene der *Vergleichbarkeit von individuellen Nutzenvorteilen*.<sup>850</sup> Dass in der hayekschen Rechtstheorie diese Vergleichbarkeit verabschiedet ist, war bereits oben im Hinblick auf die Bedeutung für das hayeksche Rechts- und Ordnungskonzept selbst zu problematisieren.<sup>851</sup> Hier ist dieses Problem nun systematischer, im Rahmen der Dogmen und Kriterien der Wohlfahrtsökonomie selbst, zu erfassen.

Die Annahme der Möglichkeit kardinaler (das heißt je spezifisch zu quantifizierender) Messung<sup>852</sup> von individuellem Nutzen und dessen interpersonellen Vergleichs lag nicht nur dem klassischen Utilitarismus Benthams, sondern auch noch der „alten“ Wohlfahrtsökonomik im 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts zugrunde. In der „neuen“, mit den 1930er Jahren einsetzenden Wohlfahrtsökonomik dominiert hingegen das Bestreben, allein auf der Grundlage eines ordinalen Nutzenbegriffs (dem die bloße, nicht spezifisch zu quantifizierende Vermehrung von Nutzen genügt) und unter Verzicht auf interpersonelle Vergleiche die Auswirkungen wirtschaftspolitischer Maßnahmen auf die gesellschaftliche Wohlfahrt (steigern sie die Effizienz oder nicht?) zu bestimmen.<sup>853</sup>

Während Anzeichen für einen bevorstehenden Paradigmenwechsel bereits in der Neukonzipierung der Werttheorie im subjektiven Urteil durch Menger, Jevons und andere gegen Ende des 19. Jahrhunderts sichtbar wurden,<sup>854</sup> stützte sich die Wohlfahrtsökonomik allerdings zunächst weiterhin auf die Möglichkeit kardinaler Messung und interpersoneller Vergleichbarkeit. Vor allem zur Lösung des Armutproblems war diese Annahme besonders hilfreich, wie sich beispielhaft im erstmals 1920 veröffentlichten Buch Pigous „The Economics of Welfare“, einem Klassiker der Wohlfahrtsökonomik, zeigt. „[I]t is evident“, hatte Pigou dort geschrieben, „that any transference of income from a relatively

---

<sup>850</sup> Auf andere Probleme des Utilitarismus ist unten noch im Zusammenhang mit der philosophischen Einordnung und Rechtfertigung der Reichtumsmaximierung einzugehen, siehe 4.3.1.

<sup>851</sup> Vgl. 3.6.7., siehe insbesondere 3.6.7.2.

<sup>852</sup> Der kardinale Nutzenbegriff stützt sich auf die Messbarkeit von Nutzen, er unterscheidet Zustände im Hinblick auf ihren je spezifisch zu quantifizierenden (x mal so hohen) Nutzen.

<sup>853</sup> Vgl. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 42.

<sup>854</sup> Vgl. 2.4.5.3. sowie 3.6.7.2. und die dort jeweils gegebenen Nachweise.

rich man to a relatively poor man of similar temperament, since it enables more intense wants, to be satisfied at the expense of less intense wants, must increase the aggregate sum of satisfaction.“<sup>855</sup> Grundlage ist freilich das Gesetz abnehmenden Grenznutzens Gossens.<sup>856</sup> Jede relative Erhöhung des prozentualen Anteils an realem Einkommen in den Händen der Armen, würde die ökonomische Wohlfahrt solange erhöhen, so hatte Pigou weiter gefolgert, als diese nicht zu einer Verringerung des nationalen Gesamteinkommens (und der Variabilität der Güter dieses Einkommen) führe.<sup>857</sup>

Im Grunde hatte der Ökonom und Soziologe Pareto bereits in den 1910er Jahren die diesen Überlegungen implizite Annahme interpersonaler Vergleichbarkeit von Nutzwerten aufgegeben. Er argumentierte, etwa in „Mind of Society“, dass die individuellen ökonomischen Bedürfnisbefriedigungen heterogene Quantitäten darstellten, die nicht vergleichbar seien und daher nicht einfach zu einer Gesamtsumme addiert werden könnten.<sup>858</sup> Entsprechend unternahm er die Entwicklung eines Maßstabs, der es ohne die Annahme der Vergleichbarkeit subjektiver Befriedigungen ermöglichen sollte, Aussagen über den wohlfahrtssteigernden Charakter von bestimmten Veränderungen treffen zu können.<sup>859</sup> Dieser Maßstab war das gleich unten zu besprechende Paretokriterium.

Dennoch<sup>860</sup> waren es erst Lionel Robbins Beiträge, die in den frühen 1930er Jahren tatsächlich die Wende von der „alten“ zur „neuen“ Ökonomik einleiteten. Der Ausgangspunkt seiner Argumentation bestand darin, den Fehler der ersteren in einer falschen Anwendung des Gesetzes abnehmenden Grenznutzens zu verorten. Dieses impliziere nur die Möglichkeit der Reihung von Präferenzen innerhalb eines Individuums, nicht aber den Zugriff auf dahinterliegende quantifizierbare Werte: „[I]t is one thing to assume that scales can be drawn up showing the *order* in which an individual will prefer a series of alternatives, and to compare the arrangement of one such individual scale with another. It is quite a different thing to assume that behind such arrangements lie

---

<sup>855</sup> *Pigou*, *The Economics of Welfare*, 52.

<sup>856</sup> Siehe oben 2.4.5.3., dort die Fn 363.

<sup>857</sup> Vgl. *Pigou*, *The Economics of Welfare*, 53; siehe auch ebd., 691.

<sup>858</sup> Vgl. *Pareto*, *Mind and Society*, IV, sec. 2127, p. 1465; vgl. auch *Tarascio*, *Pareto's Methodological Approach to Economics: A Study in the History of Some Scientific Aspects of Economic Thought*, 79.

<sup>859</sup> Vgl. *Pareto*, *Mind and Society*, IV, sec. 2128 f., pp. 1465-67; vgl. *Tarascio*, *Pareto's Methodological Approach to Economics*, 79, 82.

<sup>860</sup> Das mag auch mit der Übersetzung des zunächst (als „Trattato di sociologia generale“) im Italienischen veröffentlichten „Mind of Society“ erst 1935 zu tun haben.

magnitudes which themselves can be compared.“<sup>861</sup> Wo keine quantifizierbaren Größen sind, gebe es auch keine empirisch nachzuweisende interpersonelle Vergleichsmöglichkeit. Robbins konnte sich dabei schon auf Jevons beziehen, der bereits 1871 geschrieben hatte: „I see no means, whereby such comparison can be accomplished. [...] Every mind is inscrutable to every other mind and no common denominator of feeling is possible.“<sup>862</sup> Wo eine Vergleichbarkeit in ökonomischen Berechnungen aber doch vorausgesetzt würde, wie in Pigous Begründung von Vermögenstransfers, würde in Wahrheit ein normatives Postulat mitangenommen, und zwar die *gleiche* Fähigkeit von Individuen zu Genuss und Glücksempfinden.<sup>863</sup> Denn diese Annahme sei empirisch mit nichts zu belegen und daher zwar nicht zu verwerfen, aber aus der Ökonomie als positiver Wissenschaft dorthin zu verlegen, wo sie hingehörte, eben in den Bereich von Werturteilen. Die Ökonomie habe sich von diesen und von Vorschriften im Allgemeinen freizuhalten und lediglich zu untersuchen, ob bzw. unter welchen Umständen ein bestimmter Handlungsplan zu einem bestimmten Ziel führen könnte.<sup>864</sup>

Unter dem Einfluss von Robbins‘ Kritik wurden interpersonelle Nutzenvergleiche in der Folgezeit von der Mehrheit der Ökonomen als „unwissenschaftlich“ abgelehnt.<sup>865</sup> Damit wurde auch das utilitaristische (hedonistische) Kalkül Benthams aufgegeben.<sup>866</sup> Neue

---

<sup>861</sup> Robbins, *An Essay on the Nature and significance of Economic Science*, 138 (Hervorhebung im Original). Siehe auch die Rekonstruktion der Argumentation Pigous auf der vorigen Seite (ebd., 137).

<sup>862</sup> Vgl. Robbins, *Interpersonal Comparisons of Utility*, 637. Die zitierte Stelle ist Jevons, *Theory of Political Economy*, 14.

<sup>863</sup> Vgl. Robbins, *Interpersonal Comparisons of Utility*, 638. Zur Veranschaulichung, dass in empirischer Hinsicht genau das Gegenteil im Hinblick auf diese Fähigkeit der Fall sein könnte, nämlich radikale Unterschiede, erwähnt Robbins interessanterweise den Bericht von der Reaktion eines Brahmanen auf die Schilderung von dem (eben auf die hier betreffende Gleichheitsannahme gründenden) Sanktionssystem Benthams, das er irgendwo gelesen haben möchte: „Das kann nicht richtig sein“, hätte dieser gesagt, „ich bin zehn Mal so fähig zum Glücksempfinden wie jener Unberührbare dort.“ (Robbins, *Interpersonal Comparisons of Utility*, 636).

<sup>864</sup> Vgl. Robbins, *Interpersonal Comparisons of Utility*, 637. Um Robbins Gerechtigkeit widerfahren zu lassen, soll nicht unerwähnt bleiben, was dieser selbst klargestellt hatte, nämlich dass er nicht für die Ungleichheit der Menschen oder die gewissenlose Ökonomik eintrete, sondern umgekehrt als Verfechter der menschlichen Gleichheit deren normative Agenda gerade aus einer Trennung von der empirischen Frage der Genussfähigkeit geschärft und gestärkt hervorgehen sehe (vgl. ebd., 640 f.). Die Gleichheit wird mit anderen Worten als *regulative Idee* von *kontrafaktischem Charakter* begriffen, mit der wir zu rechnen haben, allerdings nicht in der Ökonomie, sondern in der Ethik. Da auch der *homo oeconomicus* in seiner Anwendung den Charakter einer regulativen Idee entfaltet, stellt sich freilich die Frage, was es rechtfertigt, die eine (ausschließlich) an den Grund der Ökonomie zu setzen (vgl. oben 4.2.2.1.1.) und die andere (vollständig) aus ihr zu verbannen. Klar ist hingegen, was dies in der Ausrichtung bewirkt, nämlich Effizienzsteigerung und nicht materielle Gleichheit als Annäherungswerte der ökonomischen Gestaltung einer Gesellschaft.

<sup>865</sup> Zu einer detaillierten Rekonstruktion der Ablehnung der interpersonellen Nutzenvergleiche und ihrer wesentlichen Argumente als Basis der neuen Wohlfahrtsökonomik, vgl. Möller, *Interpersonelle Nutzenvergleiche*, 19-23 bzw. 35-88.

<sup>866</sup> Vgl. Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 45 ff.

Kriterien und Maßstäbe zur Bestimmung ökonomischer Verbesserungen waren nun gefragt.

#### 4.2.2.2. Das Paretokriterium

##### Definition

Das schon oben erwähnte *Paretokriterium* trifft eine Definition zu Bestimmung ökonomischer Verbesserungen, die sich in folgender Weise wiedergeben lässt: Jede Veränderung, die jemanden in der Gesellschaft besser stellt, ohne jemand anderen schlechter zu stellen, ist eine ökonomische Verbesserung.<sup>867</sup> Eine solche, diesem Kriterium entsprechende, Verbesserung wird auch als *Paretosuperiorität* bezeichnet. Genauer gesagt ist ein sozialer Zustand Y einem anderen Zustand X gegenüber dann paretosuperior, wenn mindestens ein Individuum Y vorzieht und keines X vorzieht, alle anderen also entweder ebenfalls Y vorziehen oder aber indifferent zwischen X und Y sind.<sup>868</sup> Wenn ein Zustand eintritt, von dem aus die Besserung einer Person nicht mehr möglich ist, ohne dass eine andere Person dadurch schlechter gestellt würde, spricht man von einem *Paretooptimum*.<sup>869</sup>

##### Verknüpfung mit den Bedingungen eines idealen Marktes

Das Paretokriterium wird in der heute herrschenden Ökonomik mit den Bedingungen eines idealen Marktes freier Tauschbeziehungen eng verknüpft.<sup>870</sup> Im Grunde handelt es sich, wenn diese Verknüpfung hergestellt wird, um eine normativ aufgeladene Beschreibung des Tauschmechanismus. Deren Kernaussage lässt sich wie folgt wiedergeben: „Wann immer es zu einem Tausch kommt, wird Wohlfahrt maximiert.“<sup>871</sup> Die darin implizite Beschreibung des Tauschvorganges ist so, dass er frei zustande komme und zwar deshalb, weil jeder Tauschpartner seine Position verbessern möchte. Das heißt, Tauschpartner A, der beispielsweise seine Uhr für 200 Euro verkauft, würde, sobald er den Kaufvertrag eingeht, notwendigerweise die 200 Euro für wertvoller als seine Uhr erachten und daher eine Verbesserung seines Zustands bewirkt sehen, während Tauschpartner B umgekehrt die Uhr für wertvoller oder wichtiger als die 200 Euro erachten würde. Es geht dabei

---

<sup>867</sup> Vgl. *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit, 49; vgl. auch *Geigant et al.*, Lexikon der Volkswirtschaft, 695.

<sup>868</sup> Vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 48.

<sup>869</sup> Vgl. *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 47; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 48; vgl. im Original *Pareto*, Mind and Society, IV, sec. 2128 f., pp. 1465-67 sowie dazu *Tarascio*, Pareto's Methodological Approach to Economics, 79-84.

<sup>870</sup> Vgl. *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 51.

<sup>871</sup> Vgl. auch *Kelman*, A Guide to Critical Legal Studies, 120 f.

freilich um eine je subjektive Verbesserung des eigenen ökonomischen Zustands, B etwa findet in der Situation, die ihm zum Tauschvorgang geleitet, die 200 Euro entbehrlicher als die Uhr, sein Wohlbefinden wird durch die Uhr im Vergleich zu den 200 Euro erwartungsweise gesteigert, ansonsten würde er den Vertrag nicht eingehen. Dies verlangt auch eine bloß *ordinale* Nutzenkonzeption, der Zustand nach dem Tausch muss bloß eine Nutzenvermehrung im Vergleich zum vorgehenden Zustand bereithalten, es spielt keine Rolle, in welcher Höhe (x mal so hoch) diese ausfallen muss. Das Paretokriterium verlangt freilich die Freiheit des Tauschvorganges, das heißt, es schließt Umstände von Zwang, Täuschung, Irrtum, Unerfahrenheit und Ähnliches aus.<sup>872</sup>

Wie ist das in dieser Anwendung des Paretokriteriums enthaltene Verhältnis von Tausch, Freiheit und Verbesserung aber genau konzipiert? In etwa wie folgt: Eine Verbesserung besteht in einem Zustand, der als solche *wahrgenommen* wird. Einen Tauschvorgang nehme ich immer dann vor, wenn ich eine solche Verbesserung im Auge habe. Die Verbesserung gelingt, wenn ich dabei frei bin. Wenn ich einen *Tausch frei* eingehe, erreiche ich daher *notwendig* eine *Verbesserung* (und zwar unabhängig vom Eintreten einer Befriedigung). Dies wirft die Frage auf, wie Freiheit bestimmt ist. Sie ist *voluntativ* gefasst. Umstände von Zwang, Täuschung, Irrtum, Unerfahrenheit und Ähnliches schließen die Freiheit deshalb aus, weil sie als „Willensmängel“ die Bildung eines auf die Zustandsverbesserung gerichteten Willens nicht erlauben. Diese Freiheitskonzeption schneidet allerdings alle zur Willensbildung führenden (materiellen und sozialen) Hintergründe ab. Selbst der unter *wirtschaftlichem Zwang* Stehende, der seine geliebte Uhr verkaufen muss, um nicht zu verhungern, handelt nach dem Paretokriterium frei, weil er noch in der Lage ist, einen eigenen Willen zu bilden, der zur Entscheidung führt, lieber die Uhr zu verkaufen als zu verhungern. Das zeigt, dass dem Paretokriterium ein zugleich *voluntativer* und *formaler* Freiheitsbegriff zugrundeliegt, der im Wesentlichen jenem des klassischen Zivilrechts entspricht.

Von den *critical legal studies* wurden zu Recht mehrere in diesem (so angewendeten) Effizienzbegriff implizierte wesentliche Probleme hervorgehoben. Mark Kelman etwa hat zum einen auf die *Vermengung von Wahlentscheidungen mit tatsächlichem Nutzen* hingewiesen, während der *tatsächlich erlangte Nutzen* weit *hinter der Erwartung der*

---

<sup>872</sup> Vgl. auch *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 48.

Wahlentscheidung zurück- oder ganz ausbleiben könnte.<sup>873</sup> Weiters hat er die Identifizierung gewählter Dispositionen mit tatsächlichen Wünschen durch die neoklassische Ökonomie kritisiert, weil diese doppelt „*primitiv*“ (im Sinne von unterkomplex) sei, und zwar auf *psychologischer* Ebene, weil sie Phänomenen wie Reue und *Ambivalenz* keinen Platz einräumt, und auf *soziologischer*, weil sie mit der *Omnipräsenz* von Beschränkungen und *Zwang* nicht umgehen kann (und dementsprechend auch nicht in der Lage ist, zu bestimmen, wann *Zwang* legitim ist).<sup>874</sup> Robin West hat das Fehlen empirischer Gründe für die Annahme argumentiert, dass der Wunsch nach Verbesserung des eigenen Wohlbefindens (und Autonomie) hinter Tauschtransaktionen stehe und, dass die *Unterwerfung unter die Wünsche anderer* oft ausschlaggebender sei. Beides könne gute oder schlechte Folgen haben und brauche es daher jedenfalls ein anderes Kriterium zur Bestimmung der Moralität einer Handlung.<sup>875</sup>

Vorausgesetzt in diesen kritischen Argumentationen wird freilich, wie von Kelman betont, die Annahme der *Gestaltbarkeit* und *Politizität von Wünschen*, welche allerdings je gute Argumente für sich hat.<sup>876</sup> Über dem empirischen Nachweis der Möglichkeit, kollektive Einstellungen durch gesetzgeberische Maßnahmen zu formen,<sup>877</sup> darf allerdings nicht

---

<sup>873</sup> Vgl. grundlegend Kelman, *Choice and Utility*, 769-797 (siehe dort etwa 796); siehe auch *ders.*, *A Guide to Critical Legal Studies*, 127. Diese Implikation hat allerdings schon Pigou klar, nur in technisch-affirmativer Weise, erfasst: „[T]he money which a person is prepared to offer for a thing measures directly, not the satisfaction he will get from the thing, but the intensity of his desire for it“ (*Pigou*, *The Economics of Welfare*, 13). Weiters könne aber nicht davon ausgegangen „that intensity of immediate gratification is always in proportion to intensity of pre-existing desire“ (ebd., 24). Daher unterstützte Pigou die bereits von anderen Ökonomen vorgebrachte Forderung, das Wort *Nutzen* („*utility*“) durch *Erwünschtheit* („*desirability*“) zu ersetzen (vgl. ebd., 23).

<sup>874</sup> Vgl. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, 129. Unter *Zwang* getroffene Entscheidungen sagen argumentierbarer Weise mehr über die sozialen Umstände und Beschränkungen als über die Wünsche der die Entscheidung treffenden Person. Kelmans Beispiel sind von ihren Männern geschlagene Frauen, die aufgrund finanzieller etc. Abhängigkeiten trotzdem bei ihren Männern bleiben. Dieses Beispiel, das leider noch immer nicht ganz unaktuell ist, verrät freilich mehr über eine patriarchale und chauvinistische Gesellschaft als über die unter diesen Bedingungen Wahlentscheidungen treffenden Frauen, vgl. ebd., 132. Das neoklassische Argument würde hingegen besagen, dass unter Beschränkungen getroffene Entscheidungen immer noch die bestmöglichen Entscheidungen sind, eben auch weil Güterknappheit vorherrsche und daher niemals alle Wünsche erfüllt werden könnten (vgl. ebd., 132 f.).

<sup>875</sup> Vgl. West, *Authority, Autonomy, and Choice*, 384-428 (zum letzten Punkt siehe die Stellen 424, 426); vgl. auch die Wiedergabe bei Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, 127 f. West hat damit explizit gegen die konsenstheoretische Begründung Posners argumentiert, vgl. unten 4.3.2.1., siehe dort auch die Fn 1027.

<sup>876</sup> Vgl. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, 134 f.

<sup>877</sup> Vgl. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, 134-137. Er erwähnt hier zum einen die Möglichkeit, den Einfluss von Maßnahmen durch spezifische Studien zu untersuchen, etwa jenen des Civil Rights Act 1964 und der Gerichtsentscheidungen zur Aufhebung der „*Rassentrennung*“ auf die Empfindung von Menschen im hinsichtlich integrierter (allen Hautfarben und Ethnien offenstehender) öffentlicher Einrichtungen und Schulen, räumt allerdings auch ein, dass das ein von der Unkontrollierbarkeit von Wünschen (weil sie wesentlich von außerhalb unserer Kontrolle stehenden Faktoren beeinflusst seien) überzeugter Konservativer

vergessen werden, dass die *Paretoeffizienz ihrerseits* wesentlich nicht auf die möglichst adäquate Beschreibung von Verhaltensweisen, sondern, in den normativen Implikationen ihrer Anwendung, auf die *politische*<sup>878</sup> *Gestaltung von empirischer Realität* gerichtet ist.<sup>879</sup>

#### Das Problem externer Kosten und dessen Lösung durch Internalisierung

Wie das Paretokriterium in diesen Implikationen materielle Freiheitseinschränkungen nach innen abschneidet und ausblendet, so tut es dies im Hinblick auf benachteiligende Effekte von Tauschvorgängen nach außen. Beides ergibt sich aus seiner Verknüpfung mit den Bedingungen eines idealen Marktes freier Tauschbeziehungen. Ein an diese Bedingungen geknüpftes Paretokriterium geht nämlich davon aus, dass ein Tauschvorgang jeweils nur die Position der Tauschenden verändert und die Position der Außenstehenden unverändert lässt. Das ist freilich insofern richtig, als der direkte Vermögenstransfer nur innerhalb der Vermögen der Tauschenden stattfindet. Indirekte Auswirkungen auf die materielle Position von Dritten, wie sich in Verschiebungen von Preisen zeitigen können,<sup>880</sup> werden allerdings ignoriert, bzw. ergibt es sich eben aus den dieser Definition des Paretokriteriums zugrundeliegenden Annahmen, dass sie ohne Relevanz ist. Die obige Schlussfolgerung ist

---

das nur als partiellen bzw. suggestiven Nachweis gelten lassen würde (vgl. ebd., 134). Das mache aber nichts, weil ein Nachweis über die *vollständige* Gestaltbarkeit von menschlichen Wünschen gar nicht notwendig sei, liege es doch auf der Hand, dass Dispositionen und Verhaltensweisen im „privaten“ politischen Bereich, etwa im Hinblick auf die Aufteilung der Hausarbeit und zur Verhinderung sexueller Übergriffe, qua gesetzgeberischer Maßnahmen modifizierbar sind und bereits modifiziert wurden (vgl. ebd., 136). An der Formbarkeit von Wunsch und Willensbildung knüpfen auch die „*behavioral law and economics*“ an, und zwar im Wesentlichen an deren als defizitär wahrgenommenem Charakter und im Hinblick auf dessen Optimierung, maßgeblicherweise um die bessere Wahrnehmung und Verfolgung der eigenen Interessen zu ermöglichen, vgl. *Zamir/Teichman*, *Behavioral Law and Economics*, 163; siehe dazu oben die FN 848.

<sup>878</sup> Auf den eminent politischen Charakter von *law and economics* und ihrer Effizienzbestimmungen weist Kelman mehrfach hin, siehe etwa *ders.*, *Choice and Utility*, 797 oder *A Guide to Critical Legal Studies*, 150.

<sup>879</sup> Was, so könnte man sagen, im Verständnis des „*eindimensionalen Menschen*“ bei Hirschman als konsequentes Resultat des von ihm rekonstruierten Herrschaftsdispositivs qua Interessen (*ders.*, *Leidenschaften und Interessen*, 141 ff.; vgl. auch in der *Conclusio* (5.) und dort die FN 1105) und noch bei Hayek, dessen evolutionärem Rechtsverständnis es um die Umerziehung eines altruistischen und eher arbeitsscheuen Menschen zu einem produktiven zu tun ist, sehr präsent ist (siehe oben 3.6.2.3., dort die Fn 675, und 3.6.2.4.1., dort die Fn 680), während es in der Vermischung der deskriptiven Ebene mit der normativen in *law & economics* (wie paradigmatisch in der Figur des *homo oeconomicus* selbst) eher verblasst und vielleicht gerade deshalb, von den *critical legal studies*, aber auch den „*behavioral law and economics*“ dagegen wieder ins Gedächtnis gerufen werden muss. Insofern die normative Stoßrichtung insbesondere der *critical legal studies* die mangelnde Befriedigung der Bedürfnisse und Interessen Einzelner gegen die neoklassische Ökonomie vorbringt, sollte sie allerdings dessen gewärtig sein, dass deren *wirkliche Ziele* von vornherein gerade *nicht die substantielle Selbstbestimmung und -verwirklichung der Einzelnen, sondern die Generierung von Ordnung und Wachstum* sind. Siehe dazu die Argumentation im Hayek-Kapitel und etwa die dort mehrfach erwähnte These Slobodians: „To Hayek, the autonomous individual is an illusory effect dependent on its relation to the whole – which, in turn, is dependent on that illusory effect“ (*ders.*, *Globalists*, 232).

<sup>880</sup> Vgl. auf dieses Szenario hinweisend etwa *Posner*, *Wealth Maximation and Tort Law*, 105.

daher wie folgt zu ergänzen: *Wenn ich einen Tausch frei eingehe, erreiche ich notwendig eine Verbesserung für die Tauschenden, ohne die Position von Dritten zu verschlechtern.*

Die „Debatte“<sup>881</sup> zwischen Pigou und Coase kann genau an der Fragwürdigkeit dieser aus dem Paretokriterium in seiner Verknüpfung mit den Bedingungen des idealen Marktes zu erschließenden These rekonstruiert werden.

Pigou sieht in externen Effekten vor allem industrieller Tätigkeit ein maßgebliches Problem, weil diese nicht nur zu einer Benachteiligung Dritter, sondern (in der Gesamtbetrachtung) auch zu einer gesamtgesellschaftlichen Wohlstandsminderung führen könnten.<sup>882</sup> Über spezifische, kostenmäßig der Höhe des externen Effektes genau entsprechende, Steuern möchte er diese in die Tauschvorgänge integrieren.<sup>883</sup> Seine Position gründet insofern auf die Annahme, dass die oben genannte These so nicht haltbar, eine wirtschaftliche Verbesserung durch bloße Tauschbeziehungen nicht zu gewährleisten sei, und zielt daher auf die Modifikation der Tauschbeziehungen selbst ab.

Coases Position<sup>884</sup> hingegen behauptet im Wesentlichen, dass es a priori keine Externalitäten gäbe, da Schädigungen reziproker Natur seien,<sup>885</sup> und unter den Bedingungen eines umfassenden Marktes, in dem alle Handlungsmöglichkeiten zugeordnet und handelbar seien, sich notwendig immer schon selbst in Form von Handelsbeziehungen artikulierten („Coase-Theorem“). Sie möchte insofern gegen den Anschein ihrer Fragwürdigkeit die Geltung dieser These, das heißt die volle, tatsächliche Kompatibilität des Paretoprinzips mit den Bedingungen des freien Marktes argumentieren. Um diese Position zu veranschaulichen, kann etwa an eine Lärmbelästigung gedacht werden.<sup>886</sup> Der darin bestehende Schaden ist ihr zufolge genauso gut aus Sicht des Belästigten wie aus jener des Belästigers auszudrücken. Der Belästiger, der nicht laut sein darf, weil das Gesetz

---

<sup>881</sup> Als Coases wegweisender Aufsatz „The Problem of Social Cost“ 1960 erschien, war Pigou tatsächlich schon gestorben. Allerdings waren Pigous Ansätze bis in die 1960er Jahre die vorherrschenden Dogmen in der Analyse von schadenersatzrechtlichen Fällen, die aufzubrechen und zu entkräften genau das Anliegen von Coases Artikel war (vgl. *Fletcher*, Basic Concepts of Legal Thought, 164).

<sup>882</sup> Vgl. *Pigou*, The Economics of Welfare, 32, 160 f. (wichtiges Anlassbeispiel ist der Rauch von Fabriken).

<sup>883</sup> Vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 59. Daraus entwickelte sich später die Doktrin der „enterprise liability“ bzw. „allocation of resources justification“ auf der in maßgeblicher Weise das Produkthaftungsrecht aufbaut, siehe *Fletcher*, Basic Concepts of Legal Thought, 163. In Vertretung der erwähnten Doktrin siehe auch *Calabresi*, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts; siehe dazu unten, 4.2.2.3.2.

<sup>884</sup> Siehe dazu hauptsächlich *Coase*, The Problem of Social Cost, 1-44.

<sup>885</sup> Vgl. *Coase*, The Problem of Social Cost, 2; vgl. Auch *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit, 73.

<sup>886</sup> Coase selbst verwendet dieses Beispiel (dem Rechtsfall *Sturges v Bridgman* entsprechend), vgl. *Coase*, The Problem of Social Cost, 2, 8-10.

das verbietet, hat einen in der Beeinträchtigung seines Verhaltens bestehenden Schaden.<sup>887</sup> Belästiger und Belästigter können einen Tauschvertrag darüber eingehen, ob die Belästigung eintreten darf oder nicht. Voraussetzung dafür ist nur, *dass* die Rechtsposition des Belästigendürfens oder –verbotenseins festgelegt ist,<sup>888</sup> nicht aber, *zu wessen Gunsten* sie festgelegt ist (*Invarianzthese*<sup>889</sup>). Belästiger und Belästigter werden sich selbst vertraglich auf das Lärmen oder Nicht-Lärmen einigen, je nachdem, was den wirtschaftlich höheren Wert hat (das Lärmen für den Belästiger oder die Ruhe für den Belästigten; *Effizienzthese*<sup>890</sup>). Dasselbe würde den Fall der Auswirkungen von Tauschbeziehungen auf Dritte in Form von Preissteigerungen betreffen. Wenn man sich, um es einfacher zu machen, den Fall der durch *eine* Tauschbeziehung für *einen* Dritten bewirkten Preissteigerung vor Augen hält, so wäre die Tatsache, dass der Dritte diesen Schaden zu tragen hat, das Resultat der Zuteilung einer Rechtsposition (der bei anderer Zuteilung sich auch, als Rücksichtnahmegebot auf die Preiseffekte für Dritte, in der Sphäre der Tauschenden aktualisieren könnte). Alleine die Klarheit darüber, in welcher Rechtssphäre der Schaden einzutreten hat, würde seine Handelbarkeit verbürgen und dadurch seine letztendlich effizienteste Allokation ermöglichen. Zusätzliche und unverzichtbare

---

<sup>887</sup> Vgl. *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit, 73.

<sup>888</sup> Darin ist freilich auch die These impliziert, dass Eigentum effizienter ist als Nicht-Eigentum, vgl. grundlegend *Hardin*, *The Tragedy of the Commons*, 1243-1248. Siehe dazu kritisch *Duncan Kennedy/Michelman*, *Are Property and Contract efficient?*, 715-739; vgl. dazu auch *Kelman*, *A Guide to Critical Legal Studies*, 153-167.

<sup>889</sup> Vgl. *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit, 71; *Siemer*, *Das Coase-Theorem*, 7; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 61. In einem Artikel, der auch einen frühen Beitrag zu den „*behavioral law and economics*“ darstellt, hat *Kelman* später gegen diese These eingewandt, dass sie empirisch nicht zutrifft, weil sie die Tatsache nicht berücksichtigt, dass Personen Dinge anders bewerten, wenn sie diese besitzen, als wenn sie diese erlangen wollen (vgl. *Kelman*, *Consumption Theory and the Coase Theorem*, 673, 688, 698). Die Grundthese ist, dass jemand eine schon im Besitz befindliche Sache tendenziell höher bewerte (siehe den Beispielfall ebd., 678; siehe dazu auch mit einem *ders.*, *A Guide to Critical Legal Studies*, 145 ff.), sog. „*endowment effect*“ (vgl. *Zamir/Teichmann*, *Behavioral Law and Economics*, 50 ff.; siehe auch *Korobkin/Ulen*, *Law and Behavioral Science*, 1094 f.). Damit bezog er sich (vgl. *Kelman*, ebd., 689) auf die (ihm schon vor Veröffentlichung bekannte) „*prospect theory*“ *Kahnemans* und *Tverskys* (siehe dazu oben, Fn 828).

<sup>890</sup> Vgl. *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit, 71; *Siemer*, *Das Coase-Theorem*, 7; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 61. Ein zweiter Strang der Hauptkritik an *Law & Economics*, der das Problem von Vermögenseffekten hervorhebt, kann so rekonstruiert werden, dass er sich genau gegen diese These richtet. Wenn nämlich entweder eine Seite gar kein Vermögen hat, um eine Sache zu kaufen, obwohl sie diese dringend benötigt, oder eine Seite eine Sache aus moralischen Gründen unter keinem vorstellbaren Preis abzutreten bereits ist, wird es zu keiner Übertragung der Sache dorthin kommen, wo sie wirtschaftlich eigentlich dringend(er) benötigt wird (vgl. *Kelman*, *A Guide to Critical Legal Studies*, 142-144). Das (freilich sehr fragwürdige) Gegenargument ließe sich nur so formulieren, dass den Habenichtsen als „Unproduktiven“ ein moralischer Anspruch auf Teilhabe am Gütertausch und seinen Gesamtfrüchten nicht zustehen solle, wie es von *Posner* auch genau getan wurde (siehe *Posner*, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 498 f., siehe dazu auch unten 4.3.2.2., dort die Fn 1030; vgl. *Kelman*, ebd., 144). Grundlegend kritisch zur Effizienz von Verträgen siehe weiters *Duncan Kennedy/Michelman*, *Are Property and Contract efficient?*, 739-748.

Voraussetzung dafür ist allerdings, dass es *keine Transaktionskosten* gibt, denn diese würden die Verhandlungslösung beeinträchtigen bzw. dann scheitern lassen, wenn sie höher sind als der taxierte finanzielle Gewinn.<sup>891</sup>

Darauf und auf das „Coase-Theorem“ im Allgemeinen wird noch zurückzukommen sein.<sup>892</sup> Hier war nur die implizite Grundierung der These, dass das Paretokriterium dann erfüllt sei, wenn umfassende freie Marktbeziehungen vorliegen, in eben diesem Theorem herauszuarbeiten. Letzteres erklärt nämlich, warum freie Marktbeziehungen nicht zu Verschlechterungen der Position von Dritten führen können. Wenn sie einen Schaden, etwa in Form von Lärm oder Preisschwankungen, erleiden müssen, so liege dieser bzw. die Obliegenheit, ihn tragen zu müssen, nämlich bereits von Beginn an als gegebene Rechtsposition vor, welche in weiterer Folge „weggehandelt“ werden könne.

### Das Paretokriterium und die Theoreme der Wohlfahrtsökonomik

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass das Paretokriterium in der vorherrschenden ökonomischen Lehre für durch den Marktmechanismus erfüllt erachtet wird. Ein optimal funktionierender Marktmechanismus führe zu einem Gleichgewichtszustand, in welchem die Güter und Rechtspositionen alle je am Ort ihrer effizientesten Verwendung alloziert sind, in welchem sich die Position irgendeines Marktteilnehmers nur noch dadurch verbessern lässt, dass gleichzeitig diejenige eines anderen verschlechtert wird. Alle Akteure haben hier das volle Potential freiwilliger Transaktionen ausgeschöpft (erstes Theorem der Wohlfahrtsökonomik). Diese These ist allerdings implizit schon in der von Smith mit der „unsichtbaren Hand“<sup>893</sup> beschriebenen und von Hayek im Wesentlichen übernommenen Wirkweise des Handels, die über Tauschbeziehungen zum allgemeinen Besten führt, enthalten.<sup>894</sup>

Dass der Marktprozess, sobald er angestoßen wurde, nicht mehr zu stören ist, bedeutet auch, das ist hier allenfalls zu ergänzen, dass Gerechtigkeitserwägungen nur bei der anfänglichen Zuteilung von Rechtspositionen eine Rolle spielen können. Tatsächlich ist es entsprechend so, dass die moderne Ökonomik hier Modifikationen zulässt, damit möglichst viele Gesellschaftsmitglieder an einer pareto-optimalen Allokation über den

---

<sup>891</sup> Vgl. *Coase*, The Problem of Social Cost. Siehe dort insb. 2, 8, 10, 43 f.

<sup>892</sup> Vgl. unten 4.2.2.3.1.

<sup>893</sup> Die hier, in den Beschreibungsweisen des Marktmechanismus durch die Paretoeffizienz in Verbindung mit dem Coase-Theorem, allerdings, so könnte man sagen, gut sichtbar wird.

<sup>894</sup> Vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 49.

Marktmechanismus partizipieren können (zweites Theorem der Wohlfahrtsökonomik).<sup>895</sup> Diese Ergänzung führt allerdings schon über das hinaus, was durch das Paretokriterium selbst verlangt wird, nämlich eine bloße, allerdings auf die Freiwilligkeit *aller* gründende, Verbesserung eines (wie auch immer beschaffenen!) Zustands, worin grundsätzlich die Irrelevanz der Güterausstattung im Erstzustand impliziert ist.<sup>896</sup>

### Keine Vereinbarkeit des Paretokriteriums mit Zwang

Während sich das Paretokriterium gut zur normativen Beschreibung von (reinen) Handelsbeziehungen applizieren lässt, stößt es sich mit staatlich verordneten Maßnahmen. Man kann gut argumentieren, dass bereits das *Recht per se* durch den ihn inhärenten Zwangs- und Eingriffscharakter *nicht mit dem Paretokriterium zu vereinbaren* ist.<sup>897</sup> Selbst die bloß „rechtstechnische“ Festlegung oder Modifikation beispielsweise einer zivilrechtlichen Haftungsregel bringt je Verbesserungen oder Verschlechterungen für bestimmte Personengruppen in spezifischen Situationen. Die hayeksche Rechtstheorie ist aus eben diesem Grund bzw. weil sie paretokriteriell konzipiert ist, das heißt die Zustimmung und Selbstbestimmung durch die Einzelnen, jedenfalls an der Oberfläche, wesentlich für ihre normativen Struktur ist, bemüht, die staatlichen Eingriffe geringzuhalten und Rechtsentwicklungen möglichst als evolutionäre Prozesse und Regeln als neutrale „Netzpunkte“ für Tauschprozesse zu begreifen und darzustellen. Auch gegen diese Konzeption wäre aus Sicht eines streng genommenen Paretokriteriums die notwendig Veränderungen und also auch Verschlechterungen bewirkende Natur von Regeln (dass der Staat sich um deren Umsetzung und auch Revisionen beinhaltende Instandhaltung zu kümmern habe, wird ja auch von Hayek gefordert)<sup>898</sup> einzuwenden. Umso schwieriger wird die Vereinbarkeit des besagten Kriteriums bei eingriffsintensiveren Maßnahmen, wie

---

<sup>895</sup> Vgl. *N.N.*, „Hauptsätze der <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/hauptsatze-der-wohlfahrtsoekonomik-33871> (aufgerufen am 10.5.2019). Siehe auch *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 49.

<sup>896</sup> Vgl. *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit, 52 f.

<sup>897</sup> Siehe dazu *Fletcher*, Basic Concepts of Legal Thought, 158: „As it stands, this pure version of market could not possibly be of relevance to the law. Its underlying principle is the sovereignty and autonomy of every player in the market. The market is voluntary; its supreme principle is consent. But the law is coercive.“ Vgl. *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 56; vgl. auch *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 52. Siehe weiters *Kelman*, A Guide to Critical Legal Studies, 121, 141 f. Und zwar ist im Grunde auch die Einführung eines noch so „reinen“ und kostenschonenden Tauschregimes nicht vereinbar mit dem Paretokriterium, weil dadurch vorher existierende gewohnheitsrechtliche Weisen der Güterzuordnung oder die Zuordnungskompetenzen bestimmter Gruppen mit jeweils spezifisch auch nachteiligen Folgen beseitigt werden (vgl. ebd., 142).

<sup>898</sup> Vgl. *Hayek*, Recht, Gesetz und Freiheit, 91, 420; siehe auch schon oben Fn 497 (und Fn 863).

sie von *law & economics* bzw. dessen drittem, auf die Umgestaltung des Rechtssystems zielendem, Unterprojekt gefordert werden.

#### 4.2.2.2.3. Das Kaldor/Hicks-Kriterium

##### Vereinbarkeit mit Zwang qua Modifikation des Paretokriteriums

Während die eine Möglichkeit darin besteht, den notwendigen Zwangs- und Eingriffscharakter von Regeln begrifflich und faktisch zu leugnen oder jedenfalls herabzusetzen (und die Externalitäten wirtschaftlichen Handelns zu internalisieren), besteht die andere darin, das Kriterium selbst zu modifizieren.<sup>899</sup> Diese Modifikation setzte in den späten 1930er Jahren an und zwar an einem als Beispielszenario dienenden Problem, welches die britische Gesetzgebung des 19. Jahrhundert beschäftigt hatte, nämlich die zugunsten der Landbesitzer Schutzzölle auf Getreide vorsehenden *corn laws*. Die zentrale Frage lautete, ob Gesetze geändert werden dürfen, wenn die Volkswirtschaft insgesamt profitiert, aber eine Gruppe geschädigt wird. In den 1840er Jahren kam es nämlich infolge eines Mangels an Getreide zu Hungersnöten in Irland und schließlich zu einer Aufhebung der Schutzzölle, freilich zum Nachteil der Landbesitzer.

Kaldor argumentierte nun, dass die Abschaffung der *Corn Laws* eine paretosuperiore Veränderung, wenn auch in einem modifizierten Sinne, sei. Denn erstens würde sie in einer Reduktion des Getreidepreises resultieren, sodass das *gleiche* Geldeinkommen ein *faktisch* höheres Einkommen darstellen würde. Mit dem gleichen Einkommen ist nun der Erwerb von mehr Getreide möglich, was sich begünstigend auf die Situation *aller* als Konsumenten auswirkt. Zweitens würde die Abschaffung zu einer Verlagerung in der Einkommensverteilung führen, sodass das Geldeinkommen mancher Menschen (das heißt der Landbesitzer) niedriger als vorher und jenes anderer (vermutlich aller anderen Produzenten) höher sein würde. Weil das Gesamteinkommen als gleichbleibend anzunehmen sei, würde der Verlust im Einkommen der Landbesitzer der Zunahme in jenem der anderen Produzenten entsprechen. Die Regierung hätte nun die Möglichkeit, die Landbesitzer für ihre Verluste zu entschädigen und die Mittel für diese Entschädigung durch eine Extrasteuer für jene, deren Einkommen gestiegen sind, zu beschaffen. Im Ergebnis würde daher die finanzielle Situation für alle in ihrer Eigenschaft als Produzenten

---

<sup>899</sup> Vgl. *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 56. Fletcher spricht gar von einer „manipulat[ion] [of] the idea of Pareto superiority to make it suitable for the law“ (*ders.*, Basic Concepts of Legal Thought, 161). Er verortet diese allerdings nicht in der ursprünglichen (gleich zu schildernden) Argumentation Kaldors, sondern in deren späterer Anwendung als generelles Prinzip für die Rechtsgestaltung (vgl. ebd.).

bzw. Bezieher von Einkünften gleichbleiben, hingegen sich für alle in ihrer Eigenschaft als Konsumenten verbessern.<sup>900</sup>

Worin liegt nun die Modifikation zum Paretokriterium? Genau darin, dass nur die *Möglichkeit* einer *Entschädigung* bestehen muss. *Ob* die Landbesitzer *tatsächlich* entschädigt würden, sei hingegen eine politische Frage, die in die Entscheidung des Gesetzgebers, nicht jene des Ökonomen falle. Für die Argumentation Kaldors ist das Schicksal der Landbesitzer ohne Relevanz. Selbst wenn sie tatsächlich entschädigt würden, würde dies die Gesamtvorteile der Zollaufhebung nicht aufzehren.<sup>901</sup>

### Definition

Diese in weiterer Folge von Hicks unterstützte<sup>902</sup> und daher als Kaldor/Hicks-Kriterium bekanntgewordene Modifikation definiert eine *Verbesserung sohin als Veränderung, in welcher die Vorteile der Gewinner so groß sind, dass sie die Verlierer kompensieren könnten und dass für die Gewinner immer noch ein Restvorteil übrigbliebe*.<sup>903</sup> Entsprechend wird das Kaldor/Hicks-Kriterium auch als *potentielles* Paretokriterium bezeichnet.<sup>904</sup> Eine Veränderung in diesem Sinne liegt an sich immer dann vor (entsprechend die heute gebräuchliche Definition), wenn die Gewinner ihre Gewinne höher bewerten, als die Verlierer ihrer Verluste.<sup>905</sup>

### „Umgehung“ des Problems des interpersonellen Nutzenvergleichs

Theoretischer Anlassgrund für die Modifikation des Paretokriteriums war die Anfechtung der interpersonellen Vergleichbarkeit von individuellen Nutzengewinnen durch Robbins in den späten 1930er Jahren.<sup>906</sup> Als Beispiel für die implizite Annahme gleicher Genussfähigkeit hatte Robbins eben genau jenes der Aufhebung der *corn laws* genommen. Dass der soziale Wohlstand sich dadurch erhöht habe, nehme eben dies im Hinblick auf die Landbesitzer und die Konsumenten an. In Wahrheit ergebe eine objektive Analyse der

---

<sup>900</sup> Vgl. *Kaldor*, Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility, 550 f.

<sup>901</sup> Vgl. *Kaldor*, Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility, 550.

<sup>902</sup> Vgl. etwa *Hicks*, The Foundations of Welfare Economics, 696-712.

<sup>903</sup> Vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 51. Vgl. auch *Geigant et al.*, Lexikon der Volkswirtschaft, 451.

<sup>904</sup> Vgl. *Posner*, Economic Analysis of Law, 13.

<sup>905</sup> Vgl. *Baumol*, Economic theory and operations analysis, 402; vgl. Auch *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 56.

<sup>906</sup> Vgl. oben 4.2.2.2.1.

Effekte der Zollaufhebung aber nur, dass die Konsumenten an Nutzen gewonnen und die Landbesitzer an Nutzen verloren hätten.<sup>907</sup>

Genau an diesem Punkt knüpft die das modifizierte Paretokriterium entwickelnde Argumentation Kaldors an, nämlich indem sie etwas ausweist, das in der Schlussfolgerung Robbins' nicht vorkommt, nämlich die entsprechenden Gewinne anderer Produzenten bzw. Verkäufer von Gütern. Was den Landbesitzern verloren ginge, würde bei jenen zusätzlich generiert. Kaldors Argumentation stütze sich also lediglich darauf, dass es manchen Gruppen (den Konsumenten) finanziell besser und allen anderen (den Produzenten), jedenfalls qua potentieller Entschädigung, gleich gehe, und könne des interpersonellen Nutzenvergleichs folglich entraten.<sup>908</sup> Dem Paretokriterium genüge also auch in seiner kaldorschen Modifikation eine rein ordinale<sup>909</sup> Nutzenkonzeption.

#### Keine Garantie für Nutzensteigerung

Weil das Kaldor/Hicks-Kriterium nicht die tatsächliche Kompensation verlangt, erlaubt es das Eintreten paretoinferiorer Zustände. Man kann sich etwa fragen, was es im Hinblick auf die Frage der Nutzensteigerung bedeuten würde, wenn die Entschädigung der Landbesitzer nicht erfolgen würde. Finanziell entspricht ihr Verlust dem Gewinn der anderen Produzenten. Allerdings ist es, der Argumentation Robbins' folgend, denkbar, dass sie diesen Verlust individuell intensiver und schwerwiegender wahrnehmen als die anderen ihren Gewinn. Wenn das Nettominus an individuellem Nutzen nun nicht durch den Zuwachs an individuellem Nutzen durch die Konsumenten aufgewogen wird, wäre es nicht zu einer Nutzensteigerung im utilitaristischen Sinn gekommen. Ein zum gleichen Ergebnis führendes, plausibleres Beispiel wurde von Julian Le Grand entwickelt: Angenommen wird, dass durch eine Maßnahme ein Reicher Fr. 10,- gewinnt und ein Armer Fr. 9,- verliert. Der Reiche könnte den Armen vollumfänglich kompensieren und

---

<sup>907</sup> Vgl. *Robbins*, *Interpersonal Comparisons of Utility*, 638. Robbins denkt hier, auch wenn er dies an der betreffenden Stelle nicht explizit sagt, wohl an die implizite Begründung des durch die Zollaufhebung bewirkten Vermögenstransfers von den reicheren Landbesitzern zu den ärmeren Konsumenten durch das Gesetz abnehmenden Grenznutzens (er erwähnt das Gesetz nur zweimal kurz, vgl. *Robbins*, *Interpersonal Comparisons of Utility*, 636, 638; eine zentralere Stelle hat es hingegen in seinem „An Essay on the Nature and significance of Economic Science“, siehe dort insbesondere 137 f.; vgl. auch oben 4.2.2.2.1.) oder aber auch an die Herleitung der Nutzenvermehrung aus der zahlenmäßigen Überlegenheit der Konsumenten gegenüber den Landbesitzern. In beiden Herleitungsweisen der Nutzenvermehrung ist notwendig die Annahme einer im Ausgang gleichen Fähigkeit zur Lustempfindung in der Befriedigung von Bedürfnissen und Präferenzen impliziert, jedenfalls solange man die Gruppe der Landbesitzer mit jener der Konsumenten vergleicht.

<sup>908</sup> Vgl. *Kaldor*, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, 550.

<sup>909</sup> Vgl. oben 4.2.2.2.1., dort der Unterabschnitt: Verknüpfung mit den Bedingungen eines idealen Marktes.

würde immer noch profitieren, womit das Kaldor/Hicks-Kriterium erfüllt wäre. Wenn man als Möglichkeit unterstellt, dass der individuelle Nutzenverlust des Armen den Nutzensgewinn des Reichen übersteigt, würde in diesem Fall der gesellschaftliche Nutzen sinken.<sup>910</sup> Tatsächlich ist dafür nicht einmal, wie in der Argumentation von Le Grand, die Annahme des abnehmenden Grenznutzens mit höherem Einkommen notwendig. Es reicht allein die *Möglichkeit* des Abweichens individueller Nutzwerte von denjenigen geldmäßiger Vermögensverschiebungen im Falle des Ausbleibens der Kompensation. In Wahrheit ist es dann so, dass gerade die Kritik Robbins' an der Anwendung des besagten Gesetzes auf Vermögenstransfers doch wieder schlagend wird. Denn sie trifft auch auf Transfers zu, die zu Nachteilen für bestimmte Personengruppen führen und, mangels zwingenden Ausgleichs, in der Praxis zur Bestimmung der wirtschaftlichen Verbesserung auf Geldwerte abstellen. Letztere bzw. eine Steigerung derselben sagen aber nichts über den je individuell erfahrenen Nutzen oder Schaden.

Es ist also festzuhalten, dass das *Kaldor/Hicks-Kriterium keine gesellschaftliche Nutzensteigerung im utilitaristischen Sinne garantieren kann*.<sup>911</sup> Ebensowenig gewährleistet es freilich eine ausschließlich auf gewollte Transfers gründende wirtschaftliche Verbesserung im Sinne des Paretokriteriums. Welche Zielerreichung vermag es dann zu gewährleisten? In direkter und zwingender Weise tatsächlich lediglich, das ergibt sich aus seiner Definition, die Maximierung von geldwertem Reichtum.

#### Vorwurf des Kollektivismus?

Maßgeblich ist für das Kaldor/Hicks-Kriterium also letztendlich nur das gesellschaftliche Total, die individuellen Rechte spielen keine Rolle. Es mag von der allein auf individuellen Willensakten gründenden Paretoeffizienz ausgehen und diese nur zugunsten der Vermeidung interpersoneller Nutzenvergleiche modifizieren wollen. Im Resultat aber entspricht es dem Prinzip nach dem Utilitätstest.<sup>912</sup> „The only difference between the utilitarian and the advocate of the Kaldor/Hicks test“, so hält Fletcher fest, “is that the

---

<sup>910</sup> Vgl. *Le Grand*, *Equity and Choice*, 33 f. Vgl. auch *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 66.

<sup>911</sup> Vgl. dazu auch *Dworkin*, *Is Wealth a Value?*, 216-219. Siehe dazu auch unten, 4.3.1., dort auch die FN 1017.

<sup>912</sup> Vgl. *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 65. Siehe auch *Dworkin*, *Why Efficiency?*, 582: „Unless the Pareto criterion is treated as all or nothing [...], it simply collapses into the utilitarian criterion.“

former relies upon the standard of happiness and the latter relies on a standard implicit in a hypothetical willingness to pay for the disputed resource.”<sup>913</sup>

Allerdings muss man nicht, wie Mathis (in Anschluss an Fletcher<sup>914</sup>), gleich von der Umfunktionierung eines „dem Individuum das Primat einräumenden“ Prinzips, von einem „Ersatz von Individualismus durch Kollektivismus“ sprechen.<sup>915</sup> Es ist besser bei den technischen Bestimmungen zu bleiben.<sup>916</sup> Für das Paretokriterium besagen diese nämlich nur, dass eine wirtschaftliche Verbesserung dann vorliegt, wenn sie sich auf individuelle Willensakte zurückführen lässt. Eine Reduktion der wirtschaftlichen Zielvorgaben auf individuelle Willensakte muss aber keinesfalls förderlich für die allgemeine individuelle Freiheit sein, sondern kann umgekehrt gerade Prinzip einer Bündelung individueller Affekte sein, indem sie diese als wirtschaftliche Interessen für die Kohäsion der kollektiven Ordnung instrumentalisiert (was zu zeigen ja Anspruch des Hayek-Kapitels war). „Kollektivistisch“ sind im Grunde alle drei der hier besprochenen Weisen der Bestimmung von wirtschaftlicher Verbesserung, insofern sie ja (eben als Wohlfahrtsökonomik) Prinzipien für die wachstumsbezogene Grundgestaltung einer Volkswirtschaft vorgeben wollen.<sup>917</sup>

Statt zwischen „Kollektivismus“ und „Individualismus“ sind daher die je mit den technischen Bestimmungen verbundenen normativen Ziele zu unterscheiden: Beim Kaldo/Hicks-Kriterium ist das die *Netto-Maximierung geldwerten Reichtums*, beim Paretokriterium die weitestmögliche Artikulation sich in Tauschverträgen realisierender

---

<sup>913</sup> Fletcher, *The Basic Concepts of Legal Thought*, 162. Diese Stelle gibt auch Mathis wieder, vgl. *ders.*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 65.

<sup>914</sup> Siehe Fletcher, *The Basic Concepts of Legal Thought*, 162: „In light of Kaldor’s modest amendment, later generalized to cover all property rights, we end up with a theory of legal intervention that permits the periodic *redefinition of property rights* for the sake of a *collective vision of efficiency*. *A Theory of individual supremacy ends up as a philosophy of group supremacy* (meine Hervorhebungen).

<sup>915</sup> Vgl. Mathis, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 65 f.; Fletcher, *The Basic Concepts of Legal Thought*, 162.

<sup>916</sup> Für weitere, genau daran anknüpfende Kritikpunkte vgl. DeMartino, *Harming Irreparably: On Neoliberalism, Kaldor-Hicks, and the Paretian Guarantee*, 315-340. Siehe insbesondere die an den Voraussetzungen der Wiederherstellbarkeit und Kompensierbarkeit anknüpfende Kritik, welche zeigen möchte, dass diese eben nicht (und zwar nicht einmal als *hypothetische*) in jedem Fall der Reichtumsmaximierung vorliegen müssen, und etwa die Ungeeignetheit monetärer Kompensationen für gewisse Schädigungen oder die Verletzung grundlegender Rechte als von vornherein nicht wiedergutmachungsfähig hervorhebt (vgl. ebd., 331).

<sup>917</sup> Und sind es insofern alle nicht, als in keinem Fall ein Kollektiv im politischen, handlungsfähigen Sinne vorliegt.

*Willensakte*, im klassischen Utilitarismus hingegen die größtmögliche *Befriedigung* von Bedürfnissen und Präferenzen.<sup>918</sup>

#### 4.2.2.2.4. Das Reichtumsmaximierungsprinzip

Posner bezeichnet sein Effizienzprinzip als Reichtumsmaximierungsprinzip (*wealth maximization principle*). Dieses knüpft direkt an diesem Ergebnis des Kaldor/Hicks-Kriteriums an, indem es einen Zustand X als dann besser gegenüber einem Zustand Y bestimmt, wenn der Reichtum in X höher ist als in Y. In der praktischen Anwendung entspricht es damit (wie von Posner selbst anerkannt)<sup>919</sup> dem Kaldor/Hicks-Kriterium. Die Kompensation der Verlierer rechtspolitischer Maßnahmen durch deren Gewinner ist durch beide nicht geboten.<sup>920</sup> Dieses Kriterium war daher hier nicht separat zu behandeln, es ist aber, vor allem in der Erörterung von Posners Rechtstheorie, noch auf verschiedene Aspekte (die allerdings begrifflich genauso auf das Kaldor/Hicks-Kriterium zutreffen) zurückzukommen.<sup>921</sup>

#### 4.2.2.3. *Der homo oeconomicus und die Normen*

Ausgehend von der nun erfolgten Untersuchung von Effizienz als Gegenstand des Strebens des *homo oeconomicus* kann nun zum Verhältnis des *homo oeconomicus* zu rechtlichen Normen selbst übergegangen werden. Eidenmüller zufolge sei hier ein Aufsatz, und zwar Beckers „Crime and Punishment“ (1968) besonders maßgeblich. In diesem, der eine Modellierung der Strafgesetzgebung und -vollziehung nach Effizienzkriterien vorschlägt,<sup>922</sup> komme das „Normverständnis der ökonomischen Analyse des Rechts so deutlich zum Ausdruck, wie vielleicht nirgends sonst.“<sup>923</sup>

Tatsächlich ist es nur *ein* Normverständnis der ökonomischen Analyse des Rechts, das hier sehr klar zum Ausdruck kommt: jenes des *Kaldor/Hicks-Kriteriums* bzw. der Reichtumsmaximierung. Beckers *homo oeconomicus* ist es um die Maximierung von geldwertem Reichtum zu tun. Straftäter sind Straftäter, weil sie sich von bestimmten

---

<sup>918</sup> Vgl. auch *Pigou*, *The Economics of Welfare*, 13: „[T]he money which a person is prepared to offer for a thing measures directly, not the satisfaction he will get from the thing, but the intensity of his desire for it.“ Siehe dazu auch oben, Fn 873.

<sup>919</sup> Vgl. *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 12: “In the less austere concept of efficiency used in this book – called the Kaldor-Hicks concept or wealth maximization [...]”

<sup>920</sup> Vgl. *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 54 f.

<sup>921</sup> Siehe insb. 4.3. sowie auch 4.2.2.3.4. Zu einer ausführlichen Besprechung des Reichtumsmaximierungsprinzips bei Posner vgl. etwa *ders.*, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, 119-127 und *Wealth Maximization Revisited*, 85-89.

<sup>922</sup> Vgl. *Becker*, *Crime and Punishment*, 169-217.

<sup>923</sup> Vgl. *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 34.

Delikten (auch unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit und Höhe möglicher Sanktionen) einen höheren Profit als von legalen Beschäftigungen erwarten.<sup>924</sup> An diese positive These ist nun die normative geknüpft, dass das Strafsystem selbst den Standpunkt der Reichtumsmaximierung einnehmen sollte: Unter Aufwendung von so wenigen Kosten wie möglich gilt es so viele Verbrechen wie möglich zu verhindern. Hier stimmt tatsächlich, was Eidenmüller schreibt: Die Rechtsnormen sind für den *homo oeconomicus* nichts „Sakrosanktes“, sondern äußerliche Handlungsrestriktionen, denen er rational und nutzenmaximierend gegenübertritt.<sup>925</sup>

Wie anders aber ist der Bezug zu Normen des *homo oeconomicus*, dessen Handlungsinhalt sich aus dem *Pareto-Kriterium* ableitet und in der weitestmöglichen Verwirklichung willensbasierter Tauschakte besteht. Hier tritt das Recht nicht als Äußerliches und Restriktion auf, ja es ist in dieser Hinsicht nicht einmal denkbar. Die Paretoeffizienz kann Recht nur als System bereits bestehender Zuteilungen von Rechtsgütern und Verhaltensregeln und als darauf aufbauende, in Tauschverpflichtungen und -dispositionen bestehende, privatautonome Gestaltung begreifen.<sup>926</sup> Dieser *homo oeconomicus* steht in der Traditionslinie Hayeks<sup>927</sup> bzw. auch einer hayekianisch und nozickianisch interpretierten politischen Philosophie Kants als eines Systems bloßer privatrechtlich gesicherter, streng symmetrischer Interaktionsräume.<sup>928</sup>

Hier soll nun anhand der maßgeblichen Texte rekonstruiert werden, *welcher homo oeconomicus in law & economics* tatsächlich das Sagen hat. Der Weg der Rekonstruktion führt von den ursprünglich in der Ökonomik entwickelten Ansätzen Pigous, Coases, Calabresis und Beckers zur von diesen angestoßenen, in den Rechtswissenschaften selbst situierten, „ökonomischen Betrachtungsweise“ Posners.

#### 4.2.2.3.1. Das Coase-Theorem und die Welt ohne Transaktionskosten

Die „ökonomische Betrachtungsweise“ des Rechts nimmt ihren Ausgang beim Problem „externer Kosten“<sup>929</sup>. Gegen Pigous Forderung einer Besteuerung von solchen Kosten hatte Coase in seinem epochemachenden Artikel „The Problem of Social Cost“ das Argument

---

<sup>924</sup> Vgl. *Becker*, *Crime and Punishment*, 176.

<sup>925</sup> Vgl. *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 35.

<sup>926</sup> Vgl. *Fletcher*, *Basic Concepts of Legal Thought*, 158; siehe auch oben die Fn 897.

<sup>927</sup> Vgl. auch schon oben bei 4.1.2.

<sup>928</sup> Vgl. oben 3.6.5.

<sup>929</sup> Vgl. dazu oben bei 4.2.2.2.2., den Unterabschnitt: Das Problem externer Kosten und dessen Lösung durch Internalisierung.

ihrer Internalisierbarkeit qua Zuteilung als verhandelbare Rechtspositionen ins Treffen geführt. Dies, das Coase-Theorem, war in der obigen<sup>930</sup> Erörterung im Ergebnis als, wesentlich über die *Effizienzthese* (Effizienz der Verhandlungslösung von Kostenproblemen) und *Invarianzthese* (Gleichgültigkeit der ursprünglichen Rechtszuteilung) erfolgende, Verteidigung der Verwirklichung der Paretoeffizienz durch reine Marktbeziehungen zu rekonstruieren. *Welcher homo oeconomicus* liegt diesem Theorem nun zugrunde?

Im Wesentlichen einer, der nach Maximierung aufgrund des freiwilligen Tauschs von Gütern strebt, also danach, alle Güter, die ihm mehr wert sind als das Geld oder die sonstigen Güter, die sich anfänglich in seinem Vermögen befinden, in seinen Besitz zu bringen. Sein Verhältnis zum Recht ist jenes eines dieses Streben ermöglichenden Rahmens und nicht etwa äußerlicher Restriktionen. Diese *positiven* Annahmen über das Effizienzstreben sind wiederum gleichzeitig normative Zielvorgaben an das Recht, wie sie eben in den oben genannten Folgerungen zur Rechtsgestaltung zum Ausdruck kommen. Maßgeblicher „Referenzpunkt“ zwar nicht der ökonomischen Analyse des Rechts im Allgemeinen, aber jedenfalls dieser Fassung, insofern hat Eidenmüller recht, ist eine „den anzustrebenden Optimalzustand definier[ende]“ Welt ohne Transaktionskosten.<sup>931</sup> Insofern schreibt sie sich in das Projekt Hayeks und der „Globalists“ eines „cybernetic legalism“ ein, in welchem die Einzelnen über wirtschaftliche Signale als Einheiten innerhalb eines sich selbst regulierenden Systems agieren.<sup>932</sup> Effizienz ist hier jedenfalls, in positiver wie normativer Hinsicht, jene durch das Paretokriterium bestimmte.

Allerdings ist es bereits Coase selbst, der zugesteht, dass die Annahme einer Welt ohne Transaktionskosten unrealistisch und wohl nicht durchführbar sei. Wo und solange es Transaktionskosten gebe, würde die anfängliche Zuteilung von Gütern und Rechtspositionen sehr wohl einen Unterschied ausmachen und müsse man ein ökonomisches Kalkül anstellen, um sie effizienzgerecht vorzunehmen.<sup>933</sup> Auch in dieser Hinsicht bringt er allerdings Kritik gegen Pigou vor. Denn dieser habe in seiner (jedenfalls impliziten) Forderung von Haftungsansprüchen für emissionsbedingte Schäden (sein damaliger Bezugsfall ist jener der grundsätzlichen Nichthaftbarkeit von Zugbetreibern für

---

<sup>930</sup> Vgl. bei 4.2.2.2.2., den Unterabschnitt: Das Problem externer Kosten und dessen Lösung durch Internalisierung.

<sup>931</sup> Vgl. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 115.

<sup>932</sup> Vgl. Slobodian, Globalists, 223 f.

<sup>933</sup> Vgl. Coase, The Problem of Social Cost, 19.

funkenverursachte Waldbrände zu Beginn des 20. Jahrhunderts in Großbritannien)<sup>934</sup> unterstellt, dass die Zuteilung der Rechtsposition als eines Rechts auf das Freisein von Emissionen an die externen Dritten immer schon die effizientere Lösung bedeute. In Wahrheit gehe es aber *nicht* darum, die *Frage der externen oder internen Tragung von Kosten grundsätzlich zu entscheiden, sondern* darum, *welche Lösung im Einzelfall tatsächlich die effizientere sei.*<sup>935</sup> Weil es eben Transaktionskosten gäbe, hätten der Gesetzgeber<sup>936</sup> und die Gerichte<sup>937</sup> bei der Zuteilung von Rechten daher eine entsprechende Einschätzung vorzunehmen. Was dabei zu entscheiden sei, sei im Wesentlichen, ob der Schaden einer Emission größer als ihr Nutzen sei,<sup>938</sup> wofür das totale Sozialprodukt als Folge der einen und der anderen Zuteilung zu vergleichen sei.<sup>939</sup> Die Argumentation von Coase kippt in ihren Zugeständnissen an die juristische Praxis selbst schon in Richtung der Kaldor/Hicks-Effizienz bzw. der Reichtumsmaximierung.<sup>940</sup>

#### 4.2.2.3.2. Calabresis Überlegungen zur Risikoverteilung und zum Haftungsrecht

In seinem Artikel von 1961 „Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts“ hatte Calabresi sich im Wesentlichen mit der Frage der Rechtfertigung für verschuldensunabhängige Haftung beschäftigt. Eine bloße verschuldensabhängige Haftung wäre im Wesentlichen von der Paretoeffizienz gestützt, da sie dieses durch ein einseitiges, willensmäßiges (vorsätzliches oder jedenfalls dem Willen zurechenbares nachlässiges) Übertreten einer Rechtsposition eines anderen verletzt und daher ihre Wiederherstellung verlangt. Eine unabhängig vom Verschulden eintretende Haftung muss sich auf andere ökonomische Argumente stützen.

Calabresi unterscheidet drei Argumente. Zunächst erörtert er jenes der „enterprise liability“ bzw. „*allocation of resources justification*“. Als geläufiges Postulat formuliert lautet es: „Activities should bear the costs they engender.“<sup>941</sup> Das zweite Argument benennt

---

<sup>934</sup> Vgl. *Pigou*, *The Economics of Welfare*, 115 f.; *Coase*, *The Problem of Social Cost*, 28 ff.

<sup>935</sup> Vgl. *Coase*, *The Problem of Social Cost*, 31 ff.

<sup>936</sup> Vgl. *Coase*, *The Problem of Social Cost*, 34.

<sup>937</sup> Vgl. *Coase*, *The Problem of Social Cost*, 19.

<sup>938</sup> Vgl. *Coase*, *The Problem of Social Cost*, 26, 27.

<sup>939</sup> Vgl. *Coase*, *The Problem of Social Cost*, 34.

<sup>940</sup> Insofern eben jede gesetzgeberische Änderung in der Zuteilung der Kostentragung die ökonomische *Schlechterstellung Einzelner für die Gesamt(reichtums)maximierung in Kauf* nimmt (*solange* die betroffenen *Einzelnen* nur *potentiell entschädigt* werden können). Zur Vereinbarkeit des Kaldor/Hicks-Kriteriums, nicht aber des Pareto-Kriteriums mit staatlichem Zwang, vgl. oben bei 4.2.2.2., den Unterabschnitt: Keine Vereinbarkeit des Pareto-Kriteriums mit Zwang sowie bei 4.2.2.3., den Unterabschnitt: Vereinbarkeit mit Zwang qua Modifikation des Pareto-Kriteriums.

<sup>941</sup> *Calabresi*, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 500.

Calabresi mit „*spreading of losses justification*“. Eine verschuldensunabhängige Haftung würde, indem das Unternehmen zunächst den Schaden trägt, diesen aber über Löhne und Preise weitergeben könne,<sup>942</sup> zu einer Verteilung von Schäden führen und ihre schädigende Wirkung dadurch mindern.<sup>943</sup> Das dritte Argument, die „*deep pocket justification*“, möchte, dass der (in der Regel relativ wohlhabende) Unternehmer zahle, unter der Annahme, dass bei diesem ein Vermögensabzug weniger ins Gewicht falle als bei einem „einfachen“ Geschädigten.<sup>944</sup>

Calabresi findet das erste Argument am überzeugendsten, weil es die richtige Allokation von Ressourcen ermögliche und die Unternehmensfreiheit nicht für Sozialmaßnahme opfere. Wichtig darin ist die Funktionsweise von Preisen, die die tatsächlichen mit der Herstellung bestimmter Güter verbundenen Kosten wiederzugeben hätten, damit Käufer eine informierte Entscheidung über den Kauf treffen könnten. Daher müsse dafür gesorgt werden, dass sich alle externen Kosten im Preis niederschlagen, also jedenfalls eine Haftung desjenigen vorgesehen werden, der Schäden durch eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit verursacht, mag er sie nun verschulden oder nicht.<sup>945</sup> Die auf freien Entscheidungen aufbauende Effizienz werde dadurch nicht gefährdet, sondern, indem externe Kosten in die Preisinformation aufgenommen würden, verbessert.<sup>946</sup> Diese Argumentation beruht also auf der Annahme, dass Marktbeziehungen zu Externalitäten führen, die es durch gesetzgeberische Maßnahmen zu korrigieren gilt.<sup>947</sup> Dies weist in Richtung der Kaldor/Hicks-Effizienz.

---

<sup>942</sup> Vgl. Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 519.

<sup>943</sup> Denn, so die geläufige, von Calabresi wiederum rekonstruierte Begründung in der juristischen Literatur, erstens wäre die tatsächliche Bürde eines Schadens umso kleiner, je mehr Menschen ihn trügen. Zweitens wäre die tatsächliche Bürde umso kleiner, je länger die Zeit, über die der Schaden getragen würde. Während die erste Begründung eine aus der Empirie gefolgerte Verallgemeinerung darstelle, beruhe die zweite auf der ökonomischen Annahme des abnehmenden Grenznutzens (vgl. Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 517). In Wahrheit liegt diese bzw. die Annahme der Vergleichbarkeit von individuellen Nutz- und Leidenswerten jedenfalls auch der ersten zugrunde. Calabresi gesteht zu, dass diese Annahme unter Ökonomen in Ungnade gefallen sei (vgl. Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 517 f.).

<sup>944</sup> Vgl. Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 527. Diese Annahme verteidigend führt Calabresi hier ins Treffen, dass die Gesetzgebung und also der vertretene Wille der Wähler die Einführung progressiver Besteuerung eben genau unter der Annahme grundsätzlich vergleichbarer, aber mit zunehmendem Einkommen nachlassender, Befriedigungswirkung von Geld getroffen habe.

<sup>945</sup> Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 502, 505.

<sup>946</sup> Vgl. Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 530 f. Kritisch zur Möglichkeit *per se*, effiziente Haftungsregeln zu bestimmen, vgl. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, 171-176; siehe auch *ders.*, *Trashing*, 308-311.

<sup>947</sup> Das Gegenargument einer „pure« resource-allocation-loss-distribution theory“, dass es egal sei, wo der Schaden anfalle, weil dieser im Ergebnis jedenfalls seinen Weg in die Löhne und Preise finde, wird von Calabresi dahingehend bestritten, dass es hierfür einer durch und durch ökonomisierten Welt und

Tatsächlich ließe sich mit Kaldor (auch wenn Calabresi das selbst nicht macht) diese Argumentation so rekonstruieren: Die verschuldensabhängige Haftung, welche von Calabresi ja selbst für eine Beihilfe gehalten wird<sup>948</sup>, wird abgeschafft. Das führt unter der Annahme einer gleichbleibenden Geldmenge zu einer Verringerung der Einnahmen risikobehafteter Unternehmungen, während jene weniger risikobehafteter aliquot gesteigert würden, die Situation der zu den Unternehmungen Externen aber insgesamt gebessert würde. Jedenfalls ist es der Gedanke der Maximierung von Reichtum auch unter der Inkaufnahme der Verschlechterung bestimmter Rechtspositionen, der hier verfolgt wird.<sup>949</sup> Diesen, statt rechtsdogmatischen Brimboriums („rigamarole“<sup>950</sup>), heranzuziehen, empfiehlt Calabresi schließlich zur praktischen Lösung von Fällen beispielsweise der Lärmbelästigung oder gefährlicher Aktivitäten.<sup>951</sup>

#### 4.2.2.3.3. Beckers Überlegungen zum Strafsystem

Nun erst, jedenfalls in chronologischer Hinsicht, tritt mit dem 1968 erschienen Artikel Beckers „Crime and Punishment“ der *homo oeconomicus* als Straftäter auf den Plan bzw. eben des Straftäters als *homo oeconomicus*, der zu Straftaten nicht ein unmoralisches oder krankhaftes Verhalten, sondern lediglich jenes eines wirtschaftlichen Kalküls hinsichtlich ihrer Profitabilität unterhält. Die daran anknüpfende Zielvorgabe Beckers ist es, das Strafrecht grundlegend umzugestalten, nicht mehr Strafe, Vergeltung oder Abschreckung sollen die primären Ziele sein, sondern die Reduktion eines bestimmten Typs von Schäden aufgrund wirtschaftlicher Berechnungen.<sup>952</sup>

---

vollkommenen Wissens und Handlungsbereitschaft aufseiten der Akteure bedürfe (vgl. *Calabresi*, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, 505). Das in diesem Kontext eigentlich einschlägige Coase-Theorem wird allerdings (wie Coase überhaupt) an keiner Stelle benannt. „The Problem of Social Cost“ war auch erst ein halbes Jahr davor erschienen und dürfte Calabresi, jedenfalls inhaltlich, noch nicht bekannt gewesen sein.

<sup>948</sup> Und zwar im Kontext Frühkapitalismus, um die Expansion von Unternehmen zu stützen, die noch nicht dazu bereit gewesen wären, alle ihre Kosten selbständig zu tragen, vgl. *Calabresi*, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, 516. Für Gordon ist gerade diese Argumentation ein Beispiel für den von ihm (unter anderen aufgrund der mangelnden Berücksichtigung der Kontingenzen von historischen Entwicklungen) kritisierten „rechtlichen Funktionalismus“ („*legal functionalism*“), vgl. *ders.*, *Critical Legal Histories*, 64 f.

<sup>949</sup> Coase freilich hätte hier, wie gegen Pigou, ins Treffen geführt, dass nicht die Zuteilung von Externalitäten an die Unternehmer zu einer Maximierung führen, sondern ein spezifisches ökonomisches Kalkül vorzunehmen sei, um zu errechnen, *welche* Allokation zum größeren Sozialprodukt führe. Vgl. *Coase*, *The Problem of Social Cost*, 26, 27, 34; siehe oben, 4.2.2.3.1.

<sup>950</sup> *Calabresi*, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 535.

<sup>951</sup> Vgl. *Calabresi*, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 534 ff.

<sup>952</sup> Vgl. *Becker*, *Crime and Punishment*, 198. Die Abschreckungsfunktion von Strafen scheint damit freilich kompatibel, wird nun aber unter dem Gesichtspunkt ihrer größtmöglichen Effizienz (insbesondere auch in der Relation von Mittel und Ergebnis) gesehen.

Unter Aufwendung von so wenigen Kosten wie möglich gelte es so viele Verbrechen als möglich zu verhindern. Die totalen gesellschaftlichen Kosten der Strafen belaufen sich diesem Kalkül entsprechend auf die *Kosten für die Täter* plus der *Kosten* bzw. minus des *Vorteils für alle anderen*. Das Verhältnis der *Kosten für die Strafbekämpfung* zu den dadurch vermiedenen *Kosten durch Straftaten* ist dabei (durchaus qua mathematischer Funktionen) nach seinem marginalen *Optimum* zu berechnen.<sup>953</sup>

Die ökonomische Zielvorgabe ist hier sohin wieder die Kaldor/Hicks-Effizienz bzw. die Reichtumsmaximierung. Das ist notwendig auch gar nicht anders denkbar, zumal das Modell Beckers gerade von der Rechtskonzeption als äußerer Handlungsrestriktion schlechthin, nämlich dem Strafrecht ausgeht. In den Vorläufern der ökonomischen Betrachtungsweise ist sohin eine Bewegung vom Coase-Theorem und der Paretoeffizienz hin zu Kaldor/Hicks und der Reichtumsmaximierung als, allerdings erheblich modifizierten<sup>954</sup>, Wiedergängern des alten utilitaristischen Nutzenkalküls<sup>955</sup> zu erkennen.

#### 4.2.2.3.4. Posners Reichtumsmaximierung („wealth maximization“) als umfassendes rechtliches Gestaltungsprinzip

Spätestens 1972 konstituiert sich *law & economics* durch die Veröffentlichung von Richard Posners epochemachendem Lehrbuch „Economic Analysis of Law“ als eigene rechtswissenschaftliche Disziplin.<sup>956</sup> In der ersten Auflage dieses Lehrbuchs sieht er die Grundlage der ökonomischen Analyse des Rechts ganz einfach im *Utilitarismus*.

In seinem Artikel „Utilitarianism, Economics, and Legal Theory“ entwirft Posner erstmals das Konzept der *Reichtumsmaximierung* und versucht diese vom klassischen Utilitarismus abzugrenzen.<sup>957</sup> Er möchte das *Maximandum* (also den Gegenstand, den es zu maximieren gilt) im Vergleich zum Nutzen entsprechend enger definieren, und zwar als „Wert“ im

---

<sup>953</sup> Vgl. *Becker*, *Crime and Punishment*, 180 ff. Als Variablen werden von Becker genannt: die Kosten des Ergreifens, Verurteilens und Bestrafens von Tätern, die Art der Strafen (Geld oder Gefängnis), die Reaktion der Täter auf den Vollzug von Gesetzen und diesbezügliche Änderungen (vgl. ebd., 170, 180). Für die auf die Bestrafung entfallenden Kosten ist die (je nach Individuum variierende) entgangene Wirtschaftsleistung von Tätern außerhalb des Gefängnisses zu berücksichtigen, aber auch der Schaden für andere (nämlich sämtliche mit dem Strafvollzug verbundenen Kosten). Umgekehrt als Nutzen zu berücksichtigen sind etwaige Strafzahlungen (vgl. ebd., 180). Ebenfalls als Nutzen zu berücksichtigen sind freilich die durch die strafrechtlichen Maßnahmen verhinderten Verbrechen.

<sup>954</sup> Insofern der komplexe Nutzenbegriff auf die bloß geldwerte Maximierung reduziert wird, vgl. *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 181 ff., 187; siehe auch 4.3.1., dort die Fn 1014.

<sup>955</sup> Vgl. *Becker*, *Crime and Punishment*, 209; *Posner*, *Frontiers of Legal Theory* 60 f.

<sup>956</sup> Vgl. auch Posners eigene Rekapitulation in *ders.*, *Frontiers of Legal Theory*, 32, dass spätestens ab diesem Zeitpunkt die Existenz von *law & economics* als eigener Bewegung bzw. Disziplin innerhalb der Rechtswissenschaften nicht mehr abzustreiten war.

<sup>957</sup> Vgl. *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 167.

wirtschaftlichen Sinne bzw. als (monetären) „Reichtum“ („*wealth*“). Diesen definiert er als *Wert in Währungseinheiten oder dem Äquivalent* von Währungseinheiten *von schlicht allem* in der Gesellschaft („value in dollars or dollar equivalents [...] of everything in society“<sup>958</sup>). Dieses ist zu messen durch die jeweilige Zahlungsbereitschaft von Menschen für ein bestimmtes Gut oder, wenn sie es schon besitzen, als entsprechende Geldforderung, damit sie es aufgeben. Die einzige Präferenz, die zählt, ist daher jene durch Geld bzw. Kaufkraft in einem Markt gesicherte.

Der entsprechende Markt muss aber kein expliziter sein. Denn auch wo keine Geldleistungen erbracht werden, sei das gesellschaftliche Leben – so etwa im „Heiratsmarkt“, in der Kindererziehung oder auch bei einem freundschaftlichen Bridgespiel – nach impliziten Tauschabkommen geregelt. Diese würden sich (etwa durch den Vergleich mit anderen, expliziten Märkten) monetarisieren lassen.<sup>959</sup> Neben diesen tatsächlichen (expliziten und impliziten) Märkten nennt Posner auch noch die Kategorie *hypothetischer* Märkte, die im Zusammenhang mit unfreiwilligen Transaktionen zum Tragen kommt. Posner erläutert diese anhand eines Beispiels.

Dieses beinhaltet die Personen A und B sowie eine Tasche Orangen in As Eigentum. Im Falle einer freiwilligen Transaktion kommt es im Sinne des Paretokriteriums zu einer wirtschaftlichen Verbesserung, weil die Tasche dorthin gelangt, wo sie eben für mehr wert erachtet wird. Wie ist der Fall nun aber zu werten, wenn B die Orangen nicht kauft, sondern, weil er schnell gehen muss und in die Tasche läuft, versehentlich zerstört? Dann ist eben jene Zuordnung vorzunehmen, die eintreten würde, wenn die Transaktionskosten Null wären und ein Markt für Rechte bestünde. Welche Positionen aber wären unter diesen idealen Bedingungen zu verhandeln? Das Recht, den Schaden zu verursachen, auf Bs, das Recht, davon freizubleiben, auf As Seite. Der Wert von As Recht besteht im Wesentlichen im Wert, den er der Tasche Orangen zumisst (z.B. 6 Eur), jener von Bs Recht im Wert, den er dem schnellen Gehen zumisst (z.B. 5 Eur). Bestünde ein Markt und gäbe es keine Transaktionskosten, würden sich A und B hier darauf einigen, dass A das Recht zustünde. Tatsächlich besteht kein Markt und sind die Transaktionskosten, wenn man davon ausgeht, dass A mit jedem potentiellen Schädiger eine vertragliche Vorablösung zu treffen hätte, unermesslich. Ein Richter, der diesen Fall zu entscheiden hätte, müsste die erwähnten

---

<sup>958</sup> Posner, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, 119.

<sup>959</sup> Vgl. Posner, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, 119 f.

Werte in Erfahrung bringen bzw. abschätzen und, unter den erwähnten Umständen, eine Fahrlässigkeitshaftung von B aussprechen.<sup>960</sup> Tatsächlich gehen die amerikanischen Gerichte unter Anwendung der bereits in den 1940er Jahren entwickelten „*Learned Hand Formula*“<sup>961</sup> häufig so vor, wobei die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadensfalls jedenfalls auch ein maßgeblicher Faktor ist.<sup>962</sup>

Der haftungsrechtliche Fall ist für Posner aber nur eines zahlloser Beispiele<sup>963</sup> für die ökonomische Herangehensweise zur Regelung und Lösung rechtlicher Fälle. Vom Eigentums- und Vertragsrecht über das Familien- zum Strafrecht<sup>964</sup> ist ihr das ganze private und öffentliche Rechtssystem zugänglich. Die Denkschritte Posners sind wie folgt zu rekonstruieren: Menschen werten Güter unterschiedlich und tendieren als *homines oeconomici* sie so zu tauschen, dass sie jeweils dort hingelangen, wo sie am höchsten bewertet sind. Hier gilt das Paretokriterium. Sobald aber (nicht vernachlässigbare<sup>965</sup>) Transaktionskosten anfallen, hat das Recht einzuschreiten, indem es eine Marktlösung simuliert (*mimic the market*)<sup>966</sup> und eine effiziente Allokation gewährleistet. Hier gilt das Kaldor/Hicks-Kriterium.

#### 4.2.2.3.5. Kaplow/Shavell: Fairness versus Welfare

Einen in gewisser Hinsicht sogar noch über Posner hinausreichenden Versuch der ökonomischen Rekonstruktion von (privat)rechtlichen Regeln haben Shavell und Kaplow, einerseits Ökonom, andererseits Ökonom *und* Jurist, im Jahr 2002 mit ihrer Monographie „Fairness versus Welfare“ vorgelegt. Ihr Hauptargument besteht im Postulat der normativen *Exklusivität* des wohlfahrtsökonomischen Zugangs zur Evaluierung von Regeln: Rechtliche Regeln sollten allein aufgrund ihrer Effekte auf das Wohlbefinden von Individuen („*well-being of individuals*“) bewertet werden, Konzepte von „*fairness*“ daneben überhaupt kein eigenständiges Gewicht haben.<sup>967</sup>

---

<sup>960</sup> Vgl. *Posner*, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, 120 sowie *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 171; vgl. auch *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 65 f.

<sup>961</sup> Siehe dazu unten bei 4.2.2.5.1., den Unterabschnitt: Die Learned Hand Formula; vgl. auch *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 98 ff.

<sup>962</sup> Vgl. dazu gleich unten 4.2.2.5.

<sup>963</sup> Vgl. aber spezifisch zum Haftungsrecht, *Posner*, *A Theory of Negligence*, 29-96.

<sup>964</sup> Vgl. *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 29 ff. Zwei Anwendungsfälle der ökonomischen Analyse des Rechts sollen weiter unten beispielhaft erörtert werden, nämlich zum einen das schon berührte Haftungsrecht (siehe 4.2.2.5.1.), zum anderen das Vertragsrecht (4.2.2.5.2.).

<sup>965</sup> Das heißt im Wesentlichen: kleiner als die jeweiligen Wertungsunterschiede.

<sup>966</sup> Vgl. *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 65; vgl. auch *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 171 f.

<sup>967</sup> Vgl. schon *Kaplow/Shavell*, *Fairness versus Welfare*, 3 f.

Mit Letztgenannten meinen Kaplow und Shavell im Grunde alle Dimensionen klassischer und moderner Gerechtigkeitskonzeptionen. Neben der austeilenden bzw. sozialen Gerechtigkeit sind auch ausgleichende Prinzipien des gerechten Tauschs, der Billigkeit im Verhältnis privatautonomer Vertragspartner umfasst.<sup>968</sup> Das wesentliche Argument besteht dabei in zwei Schritten: Erstens würde ein eigenständiges (also unabhängig von und auch gegen wohlfahrtsökonomische(n) Erwägungen zu berücksichtigendes) Gewicht von Gerechtigkeitskonzepten notwendig eine Verringerung des individuellen und kollektiven Wohlbefindens bedeuten, nämlich insofern es zur Wahl anderer rechtlicher Regeln führt als jener durch die Wohlfahrtsökonomie angezeigten. Zweitens würde dieses Ergebnis die Frage aufwerfen, ob es nachvollziehbare Gründe gebe, die Gerechtigkeit auf Kosten der Wohlfahrt zu verfolgen. Kaplow und Shavell vermögen keine zufriedenstellenden zu finden.<sup>969</sup>

Was ist nun aber der Inhalt des wohlfahrtsökonomischen Postulats? „Welfare economics“, so Kaplow und Shavell, „takes into account *any* effect of a legal rule that is pertinent to anyone’s well-being.“<sup>970</sup> Neben der Hervorhebung der Exklusivität wohlfahrtsökonomischer Erwägungen ist es also der umfassende, alle (*ex ante* zu beurteilenden)<sup>971</sup> *Gesamteffekte* einer Regel auf das Wohlbefinden berücksichtigende<sup>972</sup>, Charakter der Konzeption, welcher über jene Posners hinausführt. Damit ist allerdings

---

<sup>968</sup> Posner argumentiert im Gegensatz dazu für die Kompatibilität des Konzepts ausgleichender Gerechtigkeit mit der ökonomischen Herangehensweise, siehe *ders.*, *The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law* 187-206, dort insb. 201 ff. Siehe auch *Kaplow/Shavell*, *Fairness versus Welfare*, in der FN 8 auf 89.

<sup>969</sup> Vgl. *Kaplow/Shavell*, *Fairness versus Welfare*, 7 ff.

<sup>970</sup> *Kaplow/Shavell*, *Fairness versus Welfare*, 49 (meine Hervorhebung).

<sup>971</sup> Vgl. *Kaplow/Shavell*, *Fairness versus Welfare*, 49 (im Unterschied zur Beurteilung *ex post* auf der Grundlage von Gerechtigkeitsskriterien, vgl. ebd., 48 ff.).

<sup>972</sup> Was die Art und Weise der Aggregation und die Zulässigkeit bzw. Notwendigkeit umverteilender Maßnahmen betrifft, wollen Kaplow und Shavell neutral bleiben. Jede Methode der Aggregation sei zielführend, sofern sie nur kohärent angewendet würde (vgl. *Kaplow/Shavell*, *Fairness versus Welfare*, 27). Generell sei es aber eher angezeigt, in der wirtschaftlichen Analyse von *privatrechtlichen Regeln* eher von Umverteilungseffekten abzusehen (vgl. ebd., 31 f.), was u.a. damit begründet wird, dass Umverteilungsziele über Steuern jedenfalls in direkterer und effizienterer Weise erreicht werden könnten, vgl. ebd., 33. An der fehlenden Begründung dieser funktionellen Aufgabenteilung hat bereits Dworkin Kritik geübt, vgl. *ders.*, *Is Wealth a Value?*, 195 f.. Das technische Argument Kaplows und Shavells ist folgendes: „[R]edistribution through legal rules entails both the inefficiency of redistribution generally (due to adverse effects on work incentives) and the additional cost involved in adopting less efficient legal rules (ibd., 34).“ Im Vergleich zu steuerlichen Umverteilungsmaßnahmen, die nur zum Ineffizienz-Effekt der Abträglichkeit für Arbeitsinitiative führten, würde bei der umverteilungsmäßigen Modifikation rechtlicher Regeln also noch deren intrinsischer Effizienzverlust hinzukommen. Damit ist im Ergebnis die *Reichtumsmaximierung* das maßgebliche Prinzip für *privatrechtliche Regeln*, bleibt in der *Gesamtbetrachtung* aber Platz für *umfassende Nutzenerwägungen*.

gleichzeitig die Rückkehr zum klassischen Utilitarismus vollzogen.<sup>973</sup> Der *homo oeconomicus* ist hier wiederum zum Individuum Benthams geworden, das im Zentrum gesetzgeberischer Fürsorge<sup>974</sup> steht.

#### 4.2.2.4. Anforderungen an das Recht (und darüber hinaus)

Welche Anforderungen ergeben sich aus der ökonomischen Betrachtungsweise des Rechts nun für dieses bzw. seine Gestaltung selbst?

In „Economic Analysis of Law“ beschreibt Posner diese wie folgt: *Exklusivität* der Rechte, nämlich als klar definierte und uneingeschränkte Macht über wirtschaftliche Güter.<sup>975</sup> Allerdings, so betont er: “The creation of exclusive rights is a necessary rather than sufficient condition for efficient use of resources: The rights must be *transferable*.”<sup>976</sup> Weiters müsse *jede* wertvolle (gleichzeitig knappe und begehrte) Ressource in jemandes Eigentum zugeordnet sein, was Posner als *Universalität* von Eigentumsrechten bezeichnet. Wenn diese drei Voraussetzungen, also *Exklusivität*, *Übertragbarkeit* und *Universalität von Eigentumsrechten* vorliegen würden, dann sei die Maximierung von wirtschaftlichem Wert – ganz dem *Pareto*kriterium entsprechend – gewährleistet, allerdings nur wenn man – im Effekt dem Coase-Theorem entsprechend – die offensichtlicheren und verborgeneren Kosten eines Eigentums- und Tauschsystems ausblenden würde.<sup>977</sup>

Implizit liegt diesen Anforderungen sohin das *Coase-Theorem* zugrunde. Das diesem inhärente Postulat der effizienten Verhandelbarkeit von Kostenproblemen erfordert weiters, wie von David Friedman hervorgehoben, dass Rechte möglichst *klar definiert* (welche Nebenrechte sind inwieweit inkludiert, was ist jeweils verboten) und so, möglichst

---

<sup>973</sup> Der Rückbesinnung auf den Utilitarismus entsprechend betrachten Kaplow und Shavell die überbrachten Verhaltens-, Tausch- und sonstigen Dispositionsregeln des *common law* (in der hayekschen Diktion: Regeln gerechten Verhaltens) auch als bloße „proxy devices“ (*Kaplow/Shavell*, *Fairness versus Welfare*, 12; vgl. auch ebd., 68, 467) zur Förderung des Wohlbefindens, die zwar evolutionär an den Anforderungen traditioneller Gesellschaften, durchaus nach dem Kriterium ihrer Nützlichkeit, gewachsen seien, aber einer Revision im Hinblick auf die neuartigen und komplexen Strukturen moderner Gesellschaften bedürften (vgl. ebd., 64, Fn 92: „Of course, it is not always the case that social norms will promote individuals’ well-being in the manner we describe in the text. Some social norms may have once advanced welfare but become counterproductive over time, although the norms are resistant to change[.]”).

<sup>974</sup> Die in der vorgehenden Fußnote erwähnte Revision vorzunehmen, um dysfunktionale Regeln zu eruieren und durch effizientere zu ersetzen, obliegt kompetenten Experten (das heißt im Wesentlichen ökonomisch gebildeten Rechtsprofessoren, vgl. vgl. *Kaplow/Shavell*, *Fairness versus Welfare*, 389 f., 399, FN 41). Keinesfalls dürften sie sich dabei von moralischen Intuitionen leiten lassen (vgl. ebd., 11, 80 f.). Letztere sind, konsequent utilitaristisch, allenfalls zuzulassen, das heißt, in das Nutzenkalkül aufzunehmen und vom Nutzenertrag der revidierten Regeln in Abzug zu bringen, wo sie das Wohlbefinden des Kollektivs betreffen (vgl. ebd., 11 f., 21).

<sup>975</sup> Vgl. *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 31.

<sup>976</sup> *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 31 (meine Kursivsetzung).

<sup>977</sup> Vgl. *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 32.

in Bündeln sachlich zusammengehörender Rechte, zugeordnet sind, dass *inkompatible Benutzungsweisen ausgeschlossen* sind. Besonders wichtig ist die *Minimierung von Transaktionskosten*, das heißt vor allem Vertragskosten, damit die Beseitigung ursprünglich ineffizienter Zuteilungen im Verhandlungswege nicht daran scheitert.<sup>978</sup>

In „Utilitarianism, Economics, and Legal Theory“, wo Posner ja den Übergang zum *Reichtumsmaximierungsprinzip* vollzieht, hält er hingegen *dessen Anforderungen* an das Recht fest. Neben, erstens, einer anfänglichen Zuteilung von Rechten und, zweitens, Märkten für deren Übertragung wären drittens, nämlich immer dann, wenn die Kosten für Markttransaktionen den Vollzug eben jener verhindern würden, *rechtliche Regeln zur Simulation von Marktoperationen* notwendig. Viertens nennt Posner noch ein System rechtlicher Mittel, um Übertretungen von Rechten zu verhindern und zu sanktionieren bzw. zu entschädigen (das im Grunde zwar auch zur Sicherstellung von Paretoeffizienz und Coase-Theorem notwendig ist, aber im Effekt, insofern es mit rechtlichem Zwang verbunden ist, bereits gegen jene verstößt). Fünftens würde Reichtumsmaximierung schließlich ein auf Effizienz und Kostenreduktion gerichtetes System persönlicher Moral, nämlich die traditionellen „protestantischen Tugenden“, voraussetzen.<sup>979</sup> Diese, etwa die wirtschaftliche Freiheit und der Gewerbsfleiß, aber auch die Einhaltung von Versprechen und wahrheitsgemäße Angaben, würden gut mit dem Reichtumsmaximierungsprinzip (und besser als mit dem Utilitarismus) in Einklang zu bringen sein, ja die Abwicklung von Geschäften erleichtern und deren Kosten durch Eigenverantwortung und -vorsorge, etwa in Form detaillierter Verträge, geringhalten.<sup>980</sup>

Auf diese noch über das Recht hinausgehenden Anforderungen wird unten<sup>981</sup> zurückzukommen sein. Hier ist zunächst die *Simulation* von Märkten als die entscheidende innerrechtliche „Innovation“ am Übergang von der Paretoeffizienz zu Reichtumsmaximierung hervorzuheben. Sie tritt zur sich bereits aus der Paretoeffizienz ergebenden Exklusivität, Universalität und marktmäßigen Übertragbarkeit von Rechten hinzu und ist, wie Eidenmüller richtig schreibt, „das *zentrale Paradigma* der ökonomischen Analyse des Rechts“<sup>982</sup>, taugt zur ökonomischen Lösung nahezu aller,

---

<sup>978</sup> Vgl. *David Friedman*, *Law's Order*, 44.

<sup>979</sup> Vgl. *Posner*, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, 127.

<sup>980</sup> Vgl. *Posner*, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, 123.

<sup>981</sup> Vgl. 4.3.3.2.

<sup>982</sup> *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 65.

jedenfalls privatrechtlicher, juristischen Probleme. Denn bei jedem kann man sich fragen, welche Regelung die Parteien bei Abwesenheit von Transaktionskosten getroffen hätten.<sup>983</sup>

Wie zeigt sich diese ökonomisch neu bestimmte Dogmatik nun aber in der Praxis? Posners diesbezügliches Orangen-Beispiel wurde bereits oben<sup>984</sup> erläutert, die „*Learned Hand Formula*“ dabei erwähnt. Hier ist nun ein generellerer Überblick über die grundsätzlichen Anwendungsmöglichkeiten der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ für die rechtliche Falllösung zu geben. Auch auf die genannte Formel wird gleich zurückzukommen sein.

#### 4.2.2.5. Anwendung von law & economics zur rechtlichen Falllösung

##### 4.2.2.5.1. Haftungsregeln

Haftungsregelungen waren auch im oben<sup>985</sup> erörterten Artikel Calabresi von 1961 „Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts“ schon der thematische Gegenstand. Calabresi hatte darin mit der Begründung, dass Unternehmungen die von ihnen *tatsächlich* verursachten Kosten zu tragen hätten, auch und vor allem zur Ermöglichung einer informierten Entscheidung durch Käufer auf Grundlage eines alle Kosten adäquat reflektierenden Preises, für die verschuldensunabhängige Unternehmerhaftung argumentiert.

In weiterer Folge hatte Calabresi eine, auch der Auseinandersetzung mit Coase, der eben die unqualifizierte Forderung einer Unternehmerhaftung an Pigou kritisiert hatte,<sup>986</sup> geschuldete, differenziertere Argumentation entwickelt, die nicht mehr generell für die Unternehmerhaftung eintrat, sondern für jene des *cheapest cost avoiders*: Derjenige solle den Schaden tragen, der den Schadenseintritt mit dem geringsten Aufwand vermeiden könne,<sup>987</sup> anders gesagt ist die Zuteilung so vorzunehmen, wie sie die Parteien bei Fehlen von Transaktionskosten selbst vorgenommen hätten. Das dahinterstehende normative Gebot ist, dass die erwarteten gesellschaftlichen Kosten von Unfällen minimiert werden sollen,<sup>988</sup> sohin Reichthumsmaximierung. Wie ist dieses Ziel nun praktisch zu erreichen?

---

<sup>983</sup> Vgl. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 65.

<sup>984</sup> Vgl. 4.2.2.3.4.

<sup>985</sup> Vgl. 4.2.2.3.2.

<sup>986</sup> Vgl. 4.2.2.3.1.

<sup>987</sup> Vgl. Calabresi, The Costs of Accidents, 136 ff.; vgl. Mathis, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 90; vgl. auch Gilles, Negligence, Strict Liability, and the Cheapest Cost-Avoider, 1291-1375; siehe weiters Schäfer/Müller-Langer, Strict liability versus negligence, 16 f.

<sup>988</sup> Vgl. Mathis, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 90.

### Die Learned Hand Formula

Bereits 1947, anlässlich eines schadenersatzrechtlichen Falls, in dem sich eine Barke von ihrem Standplatz losgerissen hatte und mit einem anderen Schiff kollidiert war, entwickelte der amerikanische Bundesrichter Learned Hand die später nach ihm benannte „*Learned Hand Formula*“ oder „*Hand Rule*“. Mit dieser artikulierte er wie folgend drei Faktoren zur Bestimmung des Fahrlässigkeitsmaßstabes in einem mathematischen Ausdruck:

Wenn B die Kosten für die Vorsichtsmaßnahmen des Schädigers bezeichnet, P für die Schadenswahrscheinlichkeit und L für den erwarteten Schaden steht, dann ergibt sich eine deliktische Verschuldenshaftung, solange gilt:

$$B < P \times L$$

Das optimale Maß an durch den potentiellen Schädiger vorzunehmenden Vorsichtsmaßnahmen wäre entsprechend bei:

$$B = P \times L$$

Der Vermeidungsaufwand entspricht hier dem Erwartungswert der Kosten einer Schädigung. Eine Fahrlässigkeitshaftung setzt dann ein, wenn der Erwartungswert des Schadens größer ist als die Kosten für seine Vermeidung. Amerikanische Gerichte verwenden diese Formel bis heute häufig.<sup>989</sup>

### Marginalberechnung

Die „*Learned Hand Formula*“ nimmt (ohne selbst eine eigentliche Marginalanalyse zu sein)<sup>990</sup> die Marginalberechnung zur Minimierung von Unfallkosten vorweg. In einer solchen sind die Vorsichtsmaßnahmen zur Vermeidung von Unfällen und die durch Letztere verursachten Schäden aufeinander bezogene Variablen. Die Vorsichtsmaßnahmen stellen eine lineare, stetig steigende Funktion dar, die Unfallschäden eine sich kurvenförmig senkende Funktion. Letztere hat ihren höchsten Punkt, wo gar keine Vorsichtsmaßnahmen getroffen werden, als Summe aller dann eintretenden gesellschaftlichen Schäden. Sie nähert sich Null, je mehr Vorsichtsmaßnahmen getroffen werden. Das Maß an Vorsichtsmaßnahmen ist dort effizient, wo die Summe aus Vorsichtsmaßnahmen und Unfallschäden am geringsten ist. Dieser Punkt liegt irgendwo

---

<sup>989</sup> Vgl. *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 97 ff (siehe insb. 98). Siehe auch das Urteil von 1947, *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947). Vgl. Dazu weiters *Miceli*, Economics of the Law, 20 f. und *Cooter/Ulen*, Law & Economics, 214 ff.

<sup>990</sup> Vgl. *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 99. Sehr wohl ist sie allerdings der Übertragung in eine Marginalanalyse fähig, vgl. *Cooter/Ulen*, Law & Economics, 214.

zwischen den beiden genannten Extremen. In anderen Worten sind weitere Vorsichtsmaßnahmen solange zu treffen, als die dafür erforderlichen Kosten den dadurch voraussichtlich verhinderten Schaden unterschreiten. Sobald das nicht mehr der Fall ist, ist das Optimum erreicht.<sup>991</sup>

Dies kann aufgrund eines von Mathis geborgten Beispiels veranschaulicht werden: Eine Fabrik produziert Abwässer, die bei den Anwohnern Krebs verursachen können. Bei unterlassener Reinigung entstünden Krankheitsschäden in Höhe von voraussichtlich 10 Mio. Euro. Durch den Einbau einer Kläranlage mit einer Reinigungsstufe, die 4 Mio. Euro kostet, könnten 5 Mio. Euro Krankheitsschäden vermieden werden. Durch den Einbau einer weiteren Reinigungsstufe um ebenfalls 4 Mio. könnten weitere 3 Mio. verhindert werden. Der Einbau der ersten Reinigungsstufe ist gesellschaftlich effizient, 4 Mio. an Kosten steht eine Schadensreduktion von 5 Mio. gegenüber, der gesellschaftliche Reichtumsgewinn beträgt 1 Mio. Euro. Die Investition in eine weitere Reinigungsstufe wäre hingegen ineffizient, es würde 1 Mio. an Reichtum vernichtet.<sup>992</sup>

#### Bestimmung des effizienten Haftungsregimes

Was bedeutet dies nun aber für das passende Haftungsregime? Es ist zu unterscheiden zwischen Fällen, in denen jeweils nur der Geschädigte oder der Schädiger Vorsichtsmaßnahmen treffen können und solchen, in denen dies für beide möglich ist.

Kann nur der Geschädigte Vorsichtsmaßnahmen treffen, so ist jedenfalls keine Haftung („no liability“) das effiziente Regime. Er hat dann einen Anreiz, die Vorsichtsmaßnahmen im gesellschaftlich effizienten Ausmaß selbst zu treffen. Bei einer Gefährdungshaftung („strict liability“) würde hingegen jeglicher Anreiz fehlen, solche Vorsichtsmaßnahmen zu treffen (beim Schädiger würde diese in diesem Szenario, welches von seinem grundlegenden Unvermögen zur Schadensvermeidung ausgeht, nicht verfangen, weshalb auch eine Fahrlässigkeitshaftung ausscheidet). Kann umgekehrt nur der Schädiger Vorsichtsmaßnahmen treffen, so ist einzig die Gefährdungshaftung effizient, weil sie dafür sorgt, dass der Schädiger das gesellschaftlich effiziente Maß an Vorsichtsmaßnahmen

---

<sup>991</sup> Vgl. dazu, inklusive graphischer Darstellung, *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 90 ff. Vgl. auch *Miceli*, Economics of the Law, 16 f. und *Schäfer/Müller-Langer*, Strict liability versus negligence, 5. In diesem Berechnungsmodell ist vorausgesetzt, dass der Geschädigte selbst das Schadensereignis nicht (durch Vorsichtsmaßnahmen von seiner Seite) beeinflussen kann, vgl. *Miceli*, ebd., 16 und *Schäfer/Müller-Langer*, ebd. Für die Berechnungen im Falle, dass beide Seiten Vorsichtsmaßnahmen treffen können, siehe *Miceli*, ebd., 17 ff. und *Schäfer/Müller-Langer*, ebd., 15 f. sowie auch *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 96 f. (siehe dazu gleich unten zur Bestimmung des effizienten Haftungsregimes).

<sup>992</sup> Vgl. *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 92.

selbst vornimmt, während keine Haftung („no liability“) keinerlei Anreize hervorzurufen vermag.<sup>993</sup>

Im (regelmäßigen) Falle, dass sowohl der Geschädigte als auch der Schädiger Vorsichtsmaßnahmen ergreifen können, entsteht ein Dilemma: „Strict liability“ bewirkt beim Schädiger, „no liability“ beim Geschädigten ein effizientes Verhalten, in beiden Fällen verhält sich jedoch die je andere Seite ineffizient. Effizienz ist hier nur durch die Einführung einer Fahrlässigkeitshaftung („negligence“) zu erreichen. Wie aber lässt sich diese bestimmen? Indem das Sorgfaltsniveau auf dem gesellschaftlich effizienten Niveau (geringste Summe aus Vorsichtsmaßnahmen und Unfallschäden) festgelegt wird. Unterschreitet der Schädiger dieses Niveau, trifft ihn die Haftung und hat er zusätzlich die getätigten Vorsichtskosten zu tragen. Erreicht oder überschreitet er das Niveau, trifft ihn keine Haftung und hat er nur die Vorsichtsmaßnahmen zu tragen (seine eigene Kostenfunktion macht daher an dieser Stelle einen Sprung nach unten, da die Schäden nun auf anderer Seite, nämlich auf jener des Geschädigten anfallen). Wie aber verhält sich der potentiell Geschädigte in diesem Fall? Wenn sich der Schädiger durch Einhaltung einen Sorgfaltsmaßstabs der Haftung entziehen kann, wird sich der Geschädigte gleich verhalten wie im Falle „no liability“, weil er einen Anreiz hat, effiziente Vorsichtsmaßnahmen zu treffen. Eine effizient bestimmte Fahrlässigkeitshaftung führe daher auf beiden Seiten zu effizientem Verhalten.<sup>994</sup>

#### 4.2.2.5.2. Vertragsrecht

##### Lückenfüllung

Auch das Vertragsrecht lässt sich aufgrund der Reichtumsmaximierung analysieren und die ihm immanenten juristischen Probleme auf entsprechende Lösungen bestimmen. Im Gegensatz zum Haftungsrecht handeln die Parteien hier zwar selbst bereits Verträge aus, um allfällige Streitpunkte von vornherein zu regeln. Doch sind Verhandlungen aufwendig und lassen sich meist nicht alle denkbaren Szenarien im Hinblick auf ihre rechtlichen

---

<sup>993</sup> Vgl. *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 93 ff. Für eine differenziertere Auseinandersetzung vgl. *Schäfer/Müller-Langer*, Strict liability versus negligence, 6 ff.

<sup>994</sup> Vgl. dazu, wiederum inklusive graphischer Darstellung, *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 95 ff. sowie die differenziertere Auseinandersetzung bei *Schäfer/Müller-Langer*, Strict liability versus negligence, 17 ff. Siehe auch die Kritik aus Sicht der „behavioral law and economics“ an den in solchen Modellen effizienter Haftungsbestimmung impliziten Grundannahmen der Rationalität und Informiertheit der Akteure, *Latin*, Problem-Solving Behavior and Theories of Tort Liability, 677-746. Siehe weiters die vor allem mit dem *Informationsmangel* und der *Unbestimmtheit* bezüglich der bei Schädiger und Geschädigten je eintretenden Effekte argumentierende Kritik von *Kelman*, A Guide to Critical Legal Studies, 171-176; siehe auch *ders.*, Trashing, 308-311.

Folgen bestimmen. Dem Vertragsrecht obliegt daher die Aufgabe, rechtliche Lücken in Verträgen zu füllen.<sup>995</sup> Der ökonomischen Betrachtungsweise entsprechend hat das so zu erfolgen, dass das effizienteste Ergebnis eintritt.<sup>996</sup> Es ist also wiederum jene Lösung zu simulieren, welche die Parteien selbst auf Grundlage der für sie je maßgeblichen wirtschaftlichen Bewertungen getroffen hätten.<sup>997</sup>

#### Bestimmung der schadenersatzrechtlichen Folgen eines Vertragsbruchs

Illustrieren lässt sich dies etwa anhand eines Vertragsbruchs und der möglichen Folgen eines Ersatzes des Vertrauensschadens („reliance damage“) und des Erfüllungsschadens („expectation damage“). Das Beispiel kann in Anlehnung an Polinsky<sup>998</sup> entwickelt werden: Ein Techniker T kann ein Gerät für 1400 Euro herstellen. Käufer A möchte das Gerät kaufen, es ist ihm 2000 Euro wert. A und M einigen sich auf einen Kaufpreis von 1700 Euro, den A im Voraus bezahlt. Im Vertrauen auf den Verkauf baut A in seiner Wohnung bereits eine Ablagesystem für das Gerät im Wert von 100 Eur. Käufer B ist ebenfalls interessiert am Gerät und bietet 1.900 Euro, wobei ihm das Gerät auch diesen Betrag wert ist. T überlegt sich, den Vertrag mit A zu brechen und das Gerät an B zu verkaufen.

Die beiden möglichen Vertragsbruchfolgen eines Ersatzes des Vertrauensschadens und des Erfüllungsschadens lassen sich nun hinsichtlich ihrer ökonomischen Effizienz „durchspielen“. *In casu* würde der Vertrauensschaden 100 Euro für das A bereits gebaute Ablagesystem betragen. Da A freilich auch den Kaufpreis von 1.700 Euro zurückverlangen kann, muss T ihm 1.800 Euro bezahlen. T kommt durch den Verkauf an B wieder an die 1.800 Euro und kann darüber hinaus einen zusätzlichen Gewinn von 100 Euro lukrieren, für ihn lohnt sich der Vertragsbruch damit. Das Ergebnis ist allerdings ineffizient, denn das Gerät gelangt nicht zu demjenigen Käufer, der seinen Wert höher einschätzt, nämlich A mit 2.000 Euro.

---

<sup>995</sup> Vgl. *Polinsky*, An Introduction to Law and Economics, 27.

<sup>996</sup> Weil den Parteien unterstellt wird, dass sie jedenfalls jene Lösung vereinbart hätten, die ihrer beiden finanziellen Vorteile maximiert (vgl. *Polinsky*, An Introduction to Law and Economics, 27); vgl. auch *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 101 f.

<sup>997</sup> Dies scheint verwandt mit dem im österreichischen Recht maßgeblichen hypothetischen Parteienwillen nach § 914 ABGB. Allerdings ist die Bestimmung über die ökonomische Betrachtungsweise eine spezifischere, das heißt sie legt den Willen eben schon als effizienzbestimmten (in der Grundlage dem Pareto-Kriterium, im Effekt bzw. qua Simulation aber dem Kaldor/Hicks-Kriterium entsprechenden) fest.

<sup>998</sup> Vgl. *Polinsky*, An Introduction to Law and Economics, 28 ff. Als Orientierung dient die etwas vereinfachte diesbezügliche Darstellung bei *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 102-104. Für weitere Beispiele und Anwendungsfälle einer ökonomischen Betrachtungsweise des Vertragsrechts siehe etwa bei *Cooter/Ulen*, Law & Economics, 276 ff.

Beim Ersatz des Erfüllungsschadens muss A hingegen so gestellt werden, als wäre der Vertrag erfüllt worden (positives Vertragsinteresse). Er hat daher Anspruch auf die Rückzahlung der 1.700 Euro und auf die Bezahlung zusätzlicher 300 Euro, die auf seinen subjektiven Wert des Geräts fehlen (die für das Ablagesystem aufgewendeten 100 Euro können außen vor bleiben, A hätte sie auch bei Erwerb des Geräts von den 300 Euro Gewinn abzuziehen gehabt). Von B bekommt T 1.900 Euro, er würde durch einen Vertragsbruch daher einen Verlust von 100 Euro machen, weshalb er diesen unterlassen wird. In diesem Fall gelangt das Gerät zu A, findet damit zum Käufer, der es höher bewertet. Das Ergebnis ist effizient.<sup>999</sup>

Als Fazit, jedenfalls für das geschilderte Beispiel, lässt sich festhalten, dass eine Rechtsregel, welche den vertragsbrüchigen Verkäufer einzig zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet, kein effizientes Ergebnis gewährleistet, eine solche, die zum Ersatz des Erfüllungsschadens verpflichtet, hingegen schon.<sup>1000</sup>

### ***4.3. Die philosophische Verortung der Reichtumsmaximierung bei Posner***

Der bisherige Gang dieses Kapitels bestand in der Erörterung des Inhalts und der Anwendungen einer ökonomischen Betrachtung des Rechts. Dabei waren die Kaldor/Hicks-Effizienz bzw. die Reichtumsmaximierung als die wesentliche normative Zielsetzung herauszuarbeiten. Noch unbeantwortet ist die Frage, worin die sie rechtfertigende Verortung dieser Zielsetzung selbst besteht. Die Erörterung dieser Frage wird weiters eine adäquate Einordnung der Reichtumsmaximierung im Vergleich mit den Rechtstheorien Jherings und Hayeks ermöglichen, von wo aus es schließlich unternommen werden soll, sie nach den normativen Kriterien der Selbstbestimmung und des Teleologischen zu befragen und den Zustand zu eruieren, in welchen das Recht in dieser letzten hier untersuchten Stufe seiner ökonomischen Konzipierung, aus der Krise bei Jhering und deren Rettungs- und modifikationsversuchen bei ebendiesem und Hayek, übergegangen ist. Für die Rechtfertigung der Reichtumsmaximierung qua philosophischer Verortung liefert das Œuvre Posners selbst einen Leitfaden, dem hier aus heuristischen Gründen, aber durchaus mit kritischer Intention nachgegangen werden soll.

---

<sup>999</sup> Vgl. *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 103 f. Vgl. allerdings die differenziertere Darstellung und Argumentation bei *Polinsky*, An Introduction to Law and Economics, 31 ff. (siehe insb. 34 und 37 f.).

<sup>1000</sup> Vgl. *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 103 f. Zu den mathematischen Herleitungen vgl. *Miceli*, Economics of the Law, 71 ff.

#### 4.3.1. Reichtumsmaximierung als bessere Alternative zum Utilitarismus<sup>1001</sup>?

Während Posner, wie oben schon erwähnt,<sup>1002</sup> den *Ausgangspunkt* seiner ökonomischen Rechtstheorie überhaupt *im Utilitarismus* sieht, begreift er die Reichtumsmaximierung zunächst nicht als völlig anderes Konzept, sondern als dessen Weiterentwicklung und Perfektionierung: „Wealth maximization is a more effective instrument for attaining the goals of utilitarianism than utilitarianism itself. Stated otherwise, wealth maximization is the correct rule of decision in a system of rule utilitarianism.”<sup>1003</sup> Denn der Utilitarismus lege sein Augenmerk auf den unqualifizierten, passiven Genuss und könne daher zu einer armen und im Endeffekt unglücklicheren Gesellschaft führen, während die Reichtumsmaximierung auf Produktivität gerichtet sei<sup>1004</sup> und dadurch in der Regel weitestmögliches Glück und Zufriedenheit gewährleiste.<sup>1005</sup>

Außerdem sieht Posner im *Utilitarismus* folgende *Probleme*, welche die Reichtumsmaximierung beseitigen würde: Er habe ein Abgrenzungsproblem („boundary problem“) im Hinblick auf die Träger der Befriedigungsgefühle (zählen nur die Staatsangehörigen oder auch Fremde, nur Menschen oder auch Tiere?) und diese selbst (gelten auch externe, das heißt den Zustand anderer betreffende, etwa sadistische Präferenzen?).<sup>1006</sup> Es fehle ihm eine Methode zur Messung und zum Vergleich von Nutzwerten.<sup>1007</sup> Weiters nehme er die Trennung von Personen („separateness of persons“) nicht ernst, räume Rechten einen bloß instrumentellen Wert ein und opfere das Wohl der

---

<sup>1001</sup> Dass mit dem Kaldor/Hicks-Effizienz bzw. der Reichtumsmaximierung der Utilitarismus in neuem Gewand auf den Plan trete, bemerkt auch, allerdings in durchaus kritischer Hinsicht, Fletcher: „As a result of the Kaldor/Hicks revision, the concept of efficiency takes on a new meaning. [...] It becomes equivalent to a utilitarian standard justifying intervention in the market and in property rights when the benefits outweigh the burdens of intervention“ (*ders.*, Basic Concepts of Legal Thought, 161). Er erklärt dann auch die breite Rezeption des Effizienzprinzips mit den starken Verbindungen der amerikanischen Rechtswissenschaft und -tradition zum utilitaristischen Denken (vgl. ebd., 162).

<sup>1002</sup> Vgl. 4.2.2.3.4.

<sup>1003</sup> Posner, Wealth Maximization Revisited, 98.

<sup>1004</sup> Vgl. Posner, Wealth Maximization Revisited, 98.

<sup>1005</sup> Vgl. Posner, Wealth Maximization Revisited, 95 f. Vgl. auch Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 176 (Eidenmüller spricht hier von einer „Zielidentität“, die Posner zwischen dem utilitaristischen Ziel der Nutzenmaximierung und dem ökonomischen Effizienzziel behauptet, vgl. ebd., 177).

<sup>1006</sup> Vgl. Posner, Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, 111 ff. Siehe auch Mathis, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 181 f.

<sup>1007</sup> Vgl. Posner, Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, 113 f. Vgl. auch Mathis, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 181 f. Siehe dazu auch bereits oben 4.2.2.2.1., und Robbins dort erörterten einschlägigen Essay „Interpersonal Comparisons of Utility“.

Einzelnen in „moralisch ungeheurerlicher“ Weise dem aggregierten Nutzen der Gesellschaft.<sup>1008</sup>

Diese Probleme des Utilitarismus sind an sich wohlbekannt. Es ist dabei gerade das Zusammenspiel zwischen Präferenzautonomie und Aggregationsprinzip, das katastrophale Folgen haben kann, worauf Eidenmüller zu Recht hinweist und dies anhand eines von Dworkin geborgten Beispiels veranschaulicht: In einer überwiegend aus rassistischen Sadisten bestehenden Gemeinschaft, die dunkelhäutige Menschen foltern und daraus Lust gewinnen, wäre dies nach dem utilitaristischen Nutzenkalkül zulässig.<sup>1009</sup> Doch wird diese Problematik durch Posners Reichtumsmaximierung tatsächlich beseitigt? Er sieht den Zwang des Aggregationsprinzip gegen Einzelne durch die Reichtumsmaximierung zurückgedrängt, weil sie ja grundsätzlich auf freiwillige Transaktionen baue, muss aber gleich einräumen, dass die bei zu hohen Transaktionskosten aufgrund der Reichtumsmaximierung vorzunehmende staatliche Transaktionssimulation eben genau solchen Zwang impliziere.<sup>1010</sup> Genau hierin bzw. in einer Zwang und individuelle Schlechterstellung zulassenden Modifikation des Paretokriteriums besteht aber der Clou des Kaldor/Hicks-Kriteriums,<sup>1011</sup> was der ökonomischen Analyse des Rechts einen dem Grunde und der Struktur nach *interventionistischen Charakter* gibt.<sup>1012</sup> Was die Präferenzen betrifft, so ist freilich richtig, dass Reichtumsmaximierung eine Grenze zieht, indem sie einzig monetäre Zahlungsbereitschaft als Präferenz zulässt.<sup>1013</sup> Allerdings lässt sich mit Eidenmüller in dieser *Reduktion des Nutzenbegriffs* gerade das Problem der Reichtumsmaximierung ausfindig machen. Sie kann andere, nicht monetäre Freuden nicht messen und muss aus Sicht des wesentlichen komplexeren utilitaristischen Nutzenbegriffs unvollständig bleiben.<sup>1014</sup> Dass aus dieser Reduktion einerseits Blindheit der

---

<sup>1008</sup> Vgl. Posner, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, 115 ff. Siehe auch Mathis, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 183 ff. Siehe auch schon oben 2.4.5.1., dort auch die Fn 342 und 2.4.6., dort auch die Fn 393, 3.6.5.2.2., dort auch die Fn 722, sowie 4.2.2.1.2., dort auch die Fn 840.

<sup>1009</sup> Vgl. Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 210; siehe auch Dworkin, *Law's Empire*, 290. Vgl. auch Posner, *Wealth Maximization Revisited*, 97: „Somehow utilitarianism manages to be both radically individualistic and shockingly communitarian.“ Vgl. auch oben 4.2.2.1.2., dort auch die FN 840.

<sup>1010</sup> Vgl. Posner, *Wealth Maximization Revisited*, 102.

<sup>1011</sup> Vgl. oben 4.2.2.2.3.

<sup>1012</sup> Vgl. Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 267. Der Schwerpunkt des rechtspolitischen Programms der ökonomischen Analyse des Rechts liegt nämlich in der Simulierung des Marktmechanismus durch staatliche Organe (vgl. ebd.). Siehe auch gerade oben, die FN 1001. Siehe weiters schon oben 4.2.2.4. Siehe auch die Ausführungen bei 4.2.2.2.3., dort die Unterabschnitte: *Vereinbarkeit mit Zwang qua Modifikation des Paretokriteriums sowie Vorwurf des Kollektivismus?*, dort auch die FN 914 und 915.

<sup>1013</sup> Vgl. Posner, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, 119.

<sup>1014</sup> Vgl. Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 181 ff., 187. Die Wohlfahrtsökonomik beschäftigt sich mit Nutzen nur insofern, als er sich unter die Meßlatte des Geldes bringen lässt (vgl. ebd., 181, sich auf folgendes

Reichtumsmaximierung für nichtmonetäre Wertschöpfungen, andererseits Sensivität für nichtnützliche Geldwertsteigerungen folgt, haben die *critical legal studies* zu Recht hervorgehoben.<sup>1015</sup>

Tatsächlich ist es nicht so, wie von Posner behauptet, dass die *Reichtumsmaximierung* die Vorteile des Utilitarismus, nämlich eine Hervorhebung des moralischen Werts individueller Wünsche und Präferenzen mit jenen des Individualismus, nämlich einer Ablehnung von Zwang, kombiniere,<sup>1016</sup> sondern viel eher so, dass sie die *Nachteile mit dem Utilitarismus teilt*, nämlich den bloß instrumentellen Charakter von Rechten bzw. die fehlende Trennung von Personen, *und dessen Vorteile*, nämlich eine komplexe und möglichst vollständige Berücksichtigung von Wünschen, *entbehrt*.<sup>1017</sup> Bereits diese eher kursorische Behandlung der utilitaristischen Grundierungsversuche der Reichtumsmaximierung durch Posner lassen deren Defizienzen so offensichtlich zu Tage treten, dass es nicht Wunder nähme, wenn Posner bald andere philosophische Verortungen erprobt hätte.

#### **4.3.2. Konsentheoretische Begründung**

Tatsächlich beginnt Posner bereits mit dem 1980 erschienenen Artikel „The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication“ die Reichtumsmaximierung auf eine andere philosophische Grundlage zu stellen, und zwar auf eine vertrags- bzw. konsentheoretische in Anlehnung an Rawls. Im vierten Kapitel des

---

Zitat von Pigou beziehend: „Hence, the range of our inquiry becomes restricted to that part of social welfare that can be brought directly or indirectly into relation with the measuring-rod of money. This part of welfare may be called economic welfare[]“ (*ders.*, *The Economics of Welfare*, 11)). Vgl. weiters *Mestmäcker*, *A Legal Theory without Law*, 21.

<sup>1015</sup> Vgl. etwa *Kelman*, *A Guide to Critical Legal Studies*, 149.

<sup>1016</sup> Vgl. *Posner*, *Wealth Maximization Revisited*, 102. Vgl. auch *ders.*, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 496.

<sup>1017</sup> Vgl. *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 233, 272. Siehe auch *Kronman*, *Wealth Maximization as a normative Principle*, 228: „Wealth maximization is not a happy compromise between utilitarianism and Pareto superiority, a compromise which somehow retains the best and eliminates the worst features of these other two principles. If anything, just the opposite is true: wealth maximization exhibits the vices of both and the virtues of neither.“ Vgl. auch *Dworkin*, *Why Efficiency?*, 582-584 (arg. die Reichtumsmaximierung falle in den Utilitarismus und dessen Probleme zurück) und *ders.*, *Is Wealth a Value?* 216-219 (arg. sie falle noch *hinter* den Utilitarismus zurück, weil sie durch die ausschließliche Fokussierung auf die Steigerung bloß materiellen Wohlstands nicht einmal das auch nur aggregierte Glück gewährleisten können). Siehe auch *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 204. Vgl. weiters *Kelman*, *A Guide to Critical Legal Studies*, 117 und 149.

1981 erschienenen Buchs „The Economics of Justice“ wiederholt Posner die darin verfolgte Argumentation im Wesentlichen.<sup>1018</sup>

Zunächst hebt Posner, worin ihm zuzustimmen ist, die strukturelle Kongenialität zwischen der Paretoeffizienz und der kantischen Betonung auf persönliche Autonomie und willensmäßige Zustimmung hervor. Zustimmung ist entsprechend die *operationale Basis* für das Konzept von Paretosuperiorität<sup>1019</sup> bzw., umgekehrt gesprochen, ist Paretoeffizienz die wirtschaftliche Artikulation einer kantischen, autonomiebezogenen Ethik.<sup>1020</sup> Das gilt jedenfalls im Falle einer eher formalen Kantinterpretation, wie sie von Nozick oder eben Hayek vertreten wird.<sup>1021</sup>

#### 4.3.2.1. *Ex-ante* Kompensation als Begründungskonzept

Wie verhält es sich nun aber mit der Kaldor/Hicks-Effizienz? Der Definition nach lässt diese ja gerade die Schlechterstellung Einzelner gegen ihren Willen zu, wenn nur insgesamt eine geldmäßige Maximierung erfolgt. Wie lässt sich dies auf eine konsenstheoretische Basis stellen? Posner führt den Begriff der *ex ante* Kompensation ins Treffen. Wie ein Lottoteilnehmer bereits vorab, nämlich durch die Gewinnmöglichkeit per se, für den wahrscheinlichen Verlust, so würde auch ein Grundstückskäufer vorab für mögliche Verschmutzungen etwa durch den Zuzug, nämlich durch die Spiegelung dieser möglichen Eventualitäten im Grundstückspreis, kompensiert.<sup>1022</sup> Dieses Szenario führt Posner als beispielhaft an für die Verletzung des Paretokriteriums bei gleichzeitigem Eintreten einer Reichtumsmaximierung, deren Maßgeblichkeit er nun eben qua *ex ante* Kompensation zu rechtfertigen versucht.<sup>1023</sup>

Diese Rechtfertigung gelte auch noch für nichtmarktliche Situationen bzw. reichumsmaximierende Rechtsinstitutionen. Posner führt hier das Beispiel einer Verschuldenshaftung („negligence“) bei Verkehrsunfällen an. Diese impliziere, weil sie gegenüber einer Gefährdungshaftung („strict liability“) durch niedrigere Prämien für potentielle Schädiger und Geschädigte insgesamt effizienter sei, ebenfalls eine *ex ante*

---

<sup>1018</sup> Vgl. Posner, *The Economics of Justice*, 88-115; vgl. auch Mathis, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 199 f.

<sup>1019</sup> Vgl. Posner, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 489 f. Siehe auch Posner, *Philosophical Foundations of Tort Law*, 104 sowie Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 235.

<sup>1020</sup> Zur kantischen Ethik vgl. oben 2.3.2. und 3.6.5.

<sup>1021</sup> Vgl. oben 3.6.5.2.

<sup>1022</sup> Vgl. Posner, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 491 f.

<sup>1023</sup> Vgl. Posner, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 490 ff. Siehe auch Mathis, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 201.

Kompensation, wemgleich nicht jeder *ex post* durch diese Form der Haftung besser fahren müsse.<sup>1024</sup>

In genau dieser Weise sieht Posner auch das Prinzip der Reichtumsmaximierung und ein darauf bauendes Rechtssystem insgesamt gerechtfertigt: Ein jeder steht durch den insgesamt höheren Saldo *ex ante* besser da und wird bereits vorab durch die (im Vergleich zum Paretokriterium) höhere Möglichkeit, ein absolut größeres Stück des Kuchens zu bekommen, kompensiert.<sup>1025</sup> Weil das so ist, sei eine implizite Zustimmung der Menschen zu einem Rechts- und Institutionensystem auf Grundlage der Reichtumsmaximierung anzunehmen. Im hypothetischen Falle der Absenz von Transaktionskosten hätten sie sich vernünftigerweise nämlich selbst explizit auf ein derartiges System geeinigt.<sup>1026</sup> Eben dadurch, das ist hier die Kernthese, vermöge sein Konzept der Reichtumsmaximierung Wohlfahrt und Autonomie gleichermaßen zu gewährleisten.<sup>1027</sup>

#### 4.3.2.2. Exkurs: Unterschiede zu den Theorien von Rawls und Hayek

Die konsenstheoretische Grundierung ist affin zu jener von John Rawls in „A Theory of Justice entwickelten“. Auch dort geht es um die hypothetische Frage, welchen gesellschaftlichen und rechtlichen Strukturen die Mitglieder vernünftigerweise zustimmen würden. Das Ergebnis ist freilich ein anderes. In Rawls System besteht es bekanntermaßen in einer liberalen, grundrechtlichen Grundierung, die ein Abgehen davon nur unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten, und zwar zum Erreichen der fairen Chancengleichheit und zur Verwirklichung des Differenzprinzips zulässt. In Letzterem findet, freilich auf konsenstheoretischer Grundlage und in ganz spezifischer Weise, das utilitaristische Kalkül seinen Platz. Es fordert, dass die am schlechtesten Gestellten einer Gesellschaft im Vergleich zu den am wenigsten Privilegierten in anderen Gesellschaftsstrukturen immer noch am besten gestellt sind. Es geht um die Maximierung der wirtschaftlichen Minima

---

<sup>1024</sup> Vgl. Posner, The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication, 492 f; vgl. auch Mathis, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 201 f.

<sup>1025</sup> Vgl. auch Mathis, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 201.

<sup>1026</sup> Vgl. Posner, The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication, 494. Vgl. auch Mathis, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 202.

<sup>1027</sup> Vgl. dazu kritisch West, Authority, Autonomy, and Choice, 384-428. West hat gegen Posner ins Treffen geführt, dass es keine Grundlage für die Annahme gibt, dass der Wunsch nach Verbesserung des eigenen Wohlbefindens und persönlicher Autonomie hinter Tauschtransaktionen stehe und, dass die *Unterwerfung unter die Wünsche anderer* oft maßgeblicher sei. Beide Motivationen können gute oder schlechte Folgen haben und vermögen keinen Maßstab zur Bestimmung der Moralität zu bieten. Es brauche es dafür jedenfalls ein anderes Kriterium (zum letzten Punkt siehe ebd., 424, 426).

(Maximin-Prinzip).<sup>1028</sup> Genau an diesem Punkt kritisiert Posner Rawls und hält sein ohne Berücksichtigung von Verteilungsaspekten auf die Maximierung der Gesamtmenge gerichtetes Ergebnis dagegen. Dieses sei viel eher in der hypothetischen Zustimmung grundiert, wenn man nur von der künstlichen Unwissenheit im rawlsschen Modell abgehe und stattdessen *natürliche Unwissenheit* der über die Grundsätze einer Gesellschaft Delibrierenden annehme, das heißt diese seien so zu begreifen, dass sie zwar eine Ungewissheit hinsichtlich ihrer zukünftigen Entwicklung und Positionen hätten, nicht aber über ihre Fähigkeiten und Fertigkeiten. Diese seien ihnen vielmehr vollumfänglich bewusst. Unter diesen Bedingungen, das scheint Posner zu sagen, wären die Produktiveren und Begabteren nicht zu Zugeständnissen gegenüber den Schwächeren bereit und bestünde der zu erreichende Minimalkonsens allein in der Vergrößerung von gesellschaftlichem Reichtum insgesamt.<sup>1029</sup> Das „*original position*“-Modell von Rawls würde demgegenüber die Tür für die Unproduktiven öffnen.<sup>1030</sup> Dies ist jedenfalls nur richtig unter der, von Rawls allerdings getroffenen, Annahme der Risikoaversion der Delibrierenden<sup>1031</sup>, welche sie Entscheidungen über die gesellschaftlichen Grundstrukturen tatsächlich im Hinblick auf bzw. auf Grundlage der schlechtestmöglichen, das heißt, in der Diktion Posners, „unproduktivsten“ gesellschaftlichen Position treffen lässt. Außerdem und noch wichtiger, setzt der Zugang voraus, dass die persönlichen Fähigkeiten und Fertigkeiten als den Einzelnen jeweils natürlich zustehende begriffen werden, während sie bei Rawls hingegen im Sinne eines „*talent pool*“<sup>1032</sup> als kollektives Eigentum der Gesellschaft verstanden werden. Nur auf Grundlage dieses Vorverständnisses kann Posner die fehlende Berücksichtigung von Verteilungsaspekten als Ergebnis vernünftiger Deliberation ausweisen.

Anscheinend keine konsentstheoretische Grundierung, wohl aber eine in der Unwissenheit und zwar in ihrer tatsächlichen Form, weist die hayeksche Rechtstheorie auf. Hayeks

---

<sup>1028</sup> Vgl. *Rawls*, A Theory of Justice, hier insb. 65 ff.

<sup>1029</sup> Auf die Kontrafaktizität auch dieses Konsenses weist Dworkin zu Recht kritisch hin sowie darauf, dass die Bestimmung der „natürlichen“ Unwissenheit eine nach Grad und Datierung völlig willkürliche ist (vgl. *Dworkin*, Why Efficiency?, 579; siehe auch *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 204).

<sup>1030</sup> Vgl. *Posner*, The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication, 498 f. Siehe auch *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 202. Siehe dazu auch kritisch *Kelman*, A Guide to Critical Legal Studies, 144.

<sup>1031</sup> Vgl. dazu auch *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 259 f. Dieser Einwand ist freilich ein alter, vgl. grundlegend *Arrow*, Some Ordinalist-Utilitarian Notes on Rawls's Theory of Justice by John Rawls, 250 f. (auf diesen nimmt auch Posner Bezug, vgl. *ders.*, The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication, 498) sowie *Harsanyi*, Can the Maximin Principle Serve as a Basis for Morality? A Critique of John Rawls's Theory, 600.

<sup>1032</sup> Vgl. dazu *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 253 f.

Ausgangsargument ist es, zu sagen, dass wir nichts bzw. jedenfalls viel zu wenig wissen, um irgendwie in gesellschaftliche Strukturen eingreifen zu können. Daher hätten wir das Recht möglichst auf privatrechtliche Regeln zur Gewährleistung von Tauschtransaktionen zu reduzieren bzw., so lässt sich Hayek wohlfahrtsökonomisch übersetzen, uns auf Paretoeffizienz zu beschränken. Implizit enthalten ist freilich dennoch ein konsenstheoretisches Argument. Auch Hayek sagt implizit, dass wir auf Grundlage unserer grundlegenden Unwissenheit, die uns als solche allerdings bewusst ist, vernünftigerweise nichts anderes wollen können, als die beschriebene Reduktion des Rechts. Der Inhalt dieses Konsenses besteht, wie im Hayek-Kapitel zu zeigen war, vordergründig in individueller Selbstbestimmung *und* Ordnung sowie Wachstum, in Wahrheit allerdings ganz vorrangig in der Gewährleistung von Ordnung und Wachstum (für welche die individuelle Freiheit von lediglich instrumenteller Bedeutung ist). Anderer Auffassung als Posner ist Hayek nun zwar nicht, was den Gegenstand des Wachstums, wohl aber die Art und Weise seiner Generierung betrifft. Für beide zählt die Maximierung des gesellschaftlichen Reichtums ohne Berücksichtigung von Umverteilungsaspekten. Hayeks Modell richtet sich aber nicht nur, wie jenes von Posner, gegen Eingriffe aufgrund künstlicher Unwissenheit, sondern gegen Eingriffe überhaupt. Denn selbige würden, weil sie dem „subjektlosen“ Bewusstsein des Marktes immer schon unterlegen seien, notwendig zu Unterdrückungen des wirtschaftlichen Wachstums führen. Hayeks Theorie will Reichtumsmaximierung, aber nicht auf dem Weg des Kaldor/Hicks-Kriteriums, sondern des Paretokriteriums. Freilich wäre zu fragen und womöglich zu bejahen, ob die auf das menschliche Unwissen gestützte Argumentation Hayeks nicht durch den Verzicht auf Mess- und Vergleichbarkeit in der eben zur Entwicklung des Kaldor/Hicks-Kriteriums führenden Argumentation Kaldors widerlegt worden sei.

Es zeigt sich jedenfalls, dass konsenstheoretische Begründungen zu völlig unterschiedlichen Ergebnissen führen können. Dies hat eben damit zu tun, dass es sich um keine tatsächlichen, auch nicht mal implizite Zustimmungen handelt, sondern fiktive, je nach Wertung und Intention unterschiedlich konzipierte Konstrukte.<sup>1033</sup> Tatsächlich gibt Posner in weiterer Folge, spätestens in den 1990er Jahren, auch den konsenstheoretischen Ansatz auf.

---

<sup>1033</sup> Vgl. *Dworkin*, *Why Efficiency?*, 579, siehe auch 583 f.; vgl. Auch *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 203 f.

### 4.3.3. Pragmatische Begründung

In seinem 1990 erschienenen Buch „The Problems of Jurisprudence“ geht Posner zu einer anderen Rechtfertigungsstrategie der Reichtumsmaximierung über. Das stärkste Argument sei, so schreibt er nunmehr, nicht moralisch, sondern *pragmatisch*.<sup>1034</sup> Wohin man in der Welt sehe, seien Menschen, die in Gesellschaften mit mehr oder weniger „frei“ funktionierenden Märkten leben, nicht nur reicher, sondern hätten auch mehr an politischen Rechten und persönlicher Würde und wären glücklicher. Reichtumsmaximierung wäre entsprechend der direkteste Weg zu einer ganzen Reihe an verschiedenen moralischen Zielen.<sup>1035</sup> Weiter entwickelt hat Posner diese Argumentation im 1995 erschienenen Artikel „Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry“.

#### 4.3.3.1. Vereinbarkeit mit verschiedenen philosophischen Traditionen und Verankerung im Alltag

Die Reichtumsmaximierung, schreibt er dort, habe keinen intrinsischen, nichtinstrumentellen oder gar endgültigen Wert.<sup>1036</sup> Aber die Reichtumsmaximierung würde gut mit den verschiedenen bekannten Moralthorien harmonieren und keine einzige davon verletzen.<sup>1037</sup> In weiterer Folge erörtert Posner die Kompatibilität der Reichtumsmaximierung mit fünf verschiedenen Moralthorien: dem Paretokriterium, dem Regelutilitarismus, aristotelischer ausgleichender Gerechtigkeit, kantischer Deontologie

---

<sup>1034</sup> Die Anknüpfung ist zunächst explizit eine am Pragmatismus im philosophischen Sinne, mit Charles Sanders Peirce und William James als maßgeblichen Referenzen (vgl. 27 f.). James charakterisiert den Pragmatismus in folgender Weise: „*The attitude of looking away, from first things, principles, 'categories', supposed necessities; and of looking towards last things, fruits, consequences, facts*“ (ders., Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking?, 54 f. (Hervorhebung im Original)). Für den Begriff eines Gegenstandes sind hier also allein dessen Wirkungen maßgeblich. James konnte dabei schon auf Peirces Formulierung zurückgreifen: „Consider what effects, which might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have. Then, our conception of these effects is the whole of our conception of the object (Peirce, How to Make Our Ideas Clear, 293). Vgl. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 264 f.

<sup>1035</sup> Vgl. Posner, The Problems of Jurisprudence, 382. Vgl. auch Mathis, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 210 sowie Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 265. Vgl. auch Dworkins zu Recht kritische Rekonstruktion dieser Argumentation als nicht haltbarer „strong and wide instrumentalist claim“ der Reichtumsmaximierung. Er führt im Wesentlichen aus, dass nicht nur empirisch keine notwendige Korrelation zwischen Reichtumsmaximierung und Achtung von Rechten bestehe, sondern dass die Argumentation Posners von zirkulärem Charakter sei, insofern die Reichtumsmaximierung selbst die instrumentelle Zuweisung von Rechten voraussetze, siehe ders., Is Wealth a Value?, 206 ff.

<sup>1036</sup> Vgl. Posner, Wealth Maximization and Tort Law, 101. Vgl. auch Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 267.

<sup>1037</sup> Vgl. auch Mathis, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 208.

und kantischem Egalitarismus (sic!).<sup>1038</sup> Es ist hier nicht notwendig, die Argumentation im Detail im Hinblick auf jede moralische Tradition wiederzugeben. Sie lässt sich so zusammenfassen, dass sie zwischen zwei Polen, nämlich einem streng verstandenen Paretokriterium und einem rigorosen Kantianismus einerseits und einem bloßen Utilitarismus andererseits zu vermitteln versucht. Das Paretokriterium, so Posner, sei in der Praxis, in der es regelmäßig und unweigerlich zu externen Effekten von Tauschtransaktionen komme, ohnehin nie ganz einzuhalten.<sup>1039</sup> Die Reichtumsmaximierung stelle dessen praxistaugliche Modifikation dar und nähere sich dadurch dem Utilitarismus, allerdings nur in seiner Ausgestaltung als Regelutilitarismus.<sup>1040</sup> Durch ihre klare Definition qua Kaldor/Hicks-Kriterium banne sie die Gefahr eines ausufernden, quasi regellosen Utilitarismus, der keinerlei Rechtssicherheit zulasse. Die Reichtumsmaximierung nähere sich approximativ dem Ziel des Nutzenkalküls, nämlich dem möglichst weitgehenden Glück aller, und schließe gleichzeitig, jedenfalls in einem gewissen Maß, deren Gefahren, nämlich die Rechtlosigkeit der Einzelnen, aus.<sup>1041</sup> Auch mit der kantischen Selbstzweckformel stoße sie sich letztendlich nicht, denn zum einen würde diese selbst in ihrer rigorosen Auslegung wechselseitige Anpassungsleistungen erfordern, zum anderen sei im Ergebnis den Selbstzwecken eines jeden Einzelnen durch die Reichtumsmaximierung besser gedient.<sup>1042</sup>

Diese Argumentation Posners ist freilich höchst fragwürdig bzw. tatsächlich unhaltbar. Dies wird etwa deutlich, wenn man die Positionen des Utilitarismus und der kantischen Ethik nochmals in der nozickschen Terminologie rekapituliert: Der Utilitarismus bedeutet hier einen „*goal oriented view*“ der gesellschaftlichen Zwecke, in Bezug auf welchen den persönlichen Rechten ein bloßer *tool-* bzw. Werkzeugscharakter zukommt. Sie sind Mittel, aber selbst keine Zwecke. Der Kantianismus hingegen bedeutet einen „*side constraint view*“. Rechte treffen hier quasi von der Seite in die Ausrichtung auf das angestrebte gesellschaftliche Ziel, können nicht übergangen werden, sind eben Selbstzwecke.<sup>1043</sup> Während für die Paretoeffizienz die freie Zustimmung noch die *operationale* Zustimmung war, wird nun klar, warum sie nicht gleichzeitig auch die *theoretische* war. Im

---

<sup>1038</sup> Vgl. Posner, *Wealth Maximization and Tort Law*, 101.

<sup>1039</sup> Vgl. Posner, *Wealth Maximization and Tort Law*, 104 ff.

<sup>1040</sup> Zu dieser Argumentation *in nuce* siehe auch bereits Posner, *Wealth Maximization Revisited*, 102.

<sup>1041</sup> Vgl. Posner, *Wealth Maximization and Tort Law*, 106 ff.

<sup>1042</sup> Vgl. Posner, *Wealth Maximization and Tort Law*, 109 f.

<sup>1043</sup> Vgl. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 28 ff. Siehe ausführlicher oben, 3.6.3.5.2.

*Kaldor/Hicks-Kriterium* ist eine *effizientere Methode zur Nutzenmaximierung* gefunden. Damit kann der *Modus freier Zustimmung als überholt dispensiert* werden und wird der begriffliche und logische Widerspruch von Utilitarismus und Kantianismus doch wieder deutlich. Sie lassen sich nicht einfach in einem dritten Prinzip, zumal nicht in der Reichtumsmaximierung versöhnen, die ja konzeptuell dem Utilitarismus nahesteht, nur dass sie eben nicht allgemeinen, sondern lediglich monetären Nutzen misst. Tatsächlich scheint Posner selbst in den 2000er Jahren zur Einsicht zurückzukehren, dass der Utilitarismus wohl doch den philosophisch adäquatesten Ausgangspunkt der Reichtumsmaximierung darstellt.<sup>1044</sup>

Von vornherein und unabhängig von der Widersprüchlichkeit der zu vermittelnden Positionen stellt sich auch die Frage, ob denn tatsächlich „Pragmatismus“ der für diese Versuche adäquate philosophische Begriff ist. In „Law, Pragmatism, and Democracy“ führt Posner denn auch aus, dass es weniger die eigentliche Tradition des philosophischen Pragmatismus als vielmehr eine, für die amerikanische Tradition typische, allgemeine pragmatische Gestimmtheit (ein „*everyday pragmatism*“) sei, die viel zum Recht beitragen könne.<sup>1045</sup> Als Prinzipien einer darauf aufbauenden pragmatischen rechtlichen Entscheidungsfindung nennt Posner in der Folge das Achten auf die systemischen Konsequenzen, die abwägende Angemessenheitsprüfung („*reasonableness*“), den vorwärtsgerichteten Blick in die Zukunft<sup>1046</sup>, welcher eine ethische Verpflichtung des Festhaltens vergangener Entscheidungen ausschließe<sup>1047</sup>, und den Empirismus.<sup>1048</sup> Damit kehrt *law & economics* im Ergebnis an seine Wurzeln, den amerikanischen *legal realism*<sup>1049</sup>, zurück,<sup>1050</sup> mag Posner das auch bestreiten<sup>1051</sup>, indem er den angeblich

---

<sup>1044</sup> Vgl. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, 54 ff. Siehe auch Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 272.

<sup>1045</sup> Vgl. Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy*, 49. Vgl. dazu auch Mathis, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 210.

<sup>1046</sup> Dieses Merkmal ist auch für Kaplows und Shavells wohlfahrtsökonomischen Zugang wichtig, vgl. *Kaplow/Shavell, Fairness versus Welfare*, 49.

<sup>1047</sup> Vgl. dazu auch die interessante Anknüpfung Posners an Nietzsches „Vom Nutzen und Nachteil der Historie für das Leben“, Posner, *Frontiers of Legal Theory*, 145 ff. Der Rekurs auf die Geschichte, etwa in der Rechtsprechung durch den *US Supreme Court* und dessen *originalism*, würde sinnvollerweise keine knechtische Unterwerfung an die Geschichte bedeuten, sondern vielmehr, in der Fassung Nietzsches, ein produktives „Biegen“ der Geschichte an die Notwendigkeiten des Lebens (vgl. ebd., 152 f.).

<sup>1048</sup> Vgl. Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy*, 59 f.

<sup>1049</sup> Der seinerseits tatsächlich stark vom Pragmatismus als philosophischer Strömung geprägt war, vgl. dazu Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 265. Siehe auch Fikentscher, *Methoden des Rechts III*, 275-282. Auch Posner beschreibt diese sich vor allem bei Oliver Wendell Holmes Jr. zeigende Prägung, vgl. *ders.*, *The Problems of Jurisprudence*, 16 (inklusive der FN 25) und 239 ff. Allerdings sei dessen Pragmatismus ein „imperfekter“ (ebd., 16), in Theorie und Anwendung nie ganz durchgehaltener (vgl. ebd., 242 f.).

apolitischen Charakter seines reichumsmaximierenden Rechtspragmatismus hervorhebt.<sup>1052</sup>

#### 4.3.3.2. Produktivität als tatsächlicher moralischer und politischer Kern von Posners „Pragmatismus“

Tatsächlich ist die Rechtsphilosophie Posners von eminent politischem Charakter, nur eben nicht in progressiver, sondern in einer produktions- und leistungsorientierten, antiegalitären Weise.<sup>1053</sup> Auffällig ist tatsächlich, dass, wo immer Posner von Pragmatismus spricht, er eigentlich auf die Vereinbarkeit seiner Rechtstheorie mit spezifischen, seiner Auffassung nach typisch amerikanischen, moralischen Werten hinausmöchte. Das ist schon in seinem Artikel „Utilitarianism, Economics and Legal Theory“ der Fall, wo er ja eigentlich noch die Reichtumsmaximierung als bessere Alternative zum Utilitarismus darstellen und begründen möchte. Auch hier ist eines seiner wesentlichen Argumente, dass die Reichtumsmaximierung gut mit einem moralischen System „protestantischer Tugenden“ des wirtschaftlichen Fleißes, der Selbstverantwortung und Sparsamkeit oder auch der Einhaltung von Versprechen und Verlässlichkeit harmonieren würde, ja dieses eigentlich voraussetze, um funktionieren zu können.<sup>1054</sup> Auch wo Posner das konsenstheoretische Argument verfolgt, ist der Grund seiner spezifischen Fassung, nämlich einer auf eine *natürliche* Unwissenheit bauenden, jener, dass nur dadurch die Produktivität und ihre Belohnung als individuelles Verdienst gewahrt werden könne (während für die Unproduktiven und Müßigen, die nicht auf Umverteilungsprodukte hoffen können, umgekehrt keinerlei Anreiz geschaffen würde).<sup>1055</sup> Ganz allgemein ist es Posner zufolge der Vorteil der Reichtumsmaximierung gegenüber dem Utilitarismus, dass sie Produktivität und nicht Konsumtion bzw. Genuss messe.<sup>1056</sup> Ist

---

<sup>1050</sup> Vgl. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 265 f. Eidenmüllers Fazit ist folgendes: „Indem Posner sein Reichtumsmaximierungsprinzip nunmehr mit pragmatischen Erwägungen zu stützen versucht, kehrt er in gewisser Weise zu den Wurzeln der ökonomischen Analyse des Recht zurück. Der Kreis schließt sich: vom Pragmatismus über den Rechtsrealismus zur ökonomischen Analyse des Rechts und jetzt wieder zurück zum Pragmatismus“ (ebd., 266).

<sup>1051</sup> Vgl. Posner, Law, Pragmatism, and Democracy, 60: „[Legal Pragmatism] is different from both legal realism and critical legal studies.“

<sup>1052</sup> Vgl. Posner, Law, Pragmatism, and Democracy, 84.

<sup>1053</sup> Vgl. dazu auch Kelman, A Guide to Critical Legal Studies, 144.

<sup>1054</sup> Vgl. Posner, Utilitarianism, Economics and Legal Theory, 122 f., 127. Vgl. schon oben 4.2.2.4.

<sup>1055</sup> Vgl. Posner, The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication, 498 f. Siehe dazu oben, 4.3.2.2.

<sup>1056</sup> Vgl. etwa Posner, Wealth Maximization Revisited, 98.

denn die Reichtumsmaximierung etwas anderes als die Rechtstheorie gewordene protestantische Ethik und Geist des Kapitalismus in einem?

#### 4.3.3.3. *Deckungsgleichheit von Moral, Recht und Wirtschaft*

Tatsächlich scheint diese Schlussfolgerung nicht zu weit hergeholt, Posner selber stellt genau diese Zusammenhänge mehrmals explizit her. Ein einprägsames Beispiel findet sich etwa in „Utilitarianism, Economics, and Legal Theory“, wo Posner anführt, dass das Konzept der Fahrlässigkeit in gleich gut verankerter und im Ergebnis korrespondierender Weise geprägt sei (1) in der alltäglichen moralischen Intuition bzw. geläufigen Vorstellung von Sorglosigkeit, (2) in der Bestimmung von Fahrlässigkeit im Schadenersatzrecht und (3) in wirtschaftswissenschaftlichen Konzepten von Fahrlässigkeit.<sup>1057</sup> Das lässt sich so paraphrasieren: In einem richtig, das heißt aufgrund der Reichtumsmaximierung, verstandenen Rechtskonzept konvergieren die alltägliche Moral mit den rechtlichen Begriffen mit den ökonomischen Bestimmungen. Diese Deckungsgleichheit von Moral, Recht und Wirtschaft ist keine Banalität. Bei Smith (und Hume) waren diese Ebenen ja gerade als nach je unterschiedlichen Grundmotiven funktionierende zu rekonstruieren, die erst in ihrem Zusammenwirken auf den gemeinsamen Zweck gesellschaftlicher Kohäsion hinwirken.<sup>1058</sup> Auch bei Hayek war noch die „Eigenfunktionalität“ der verschiedenen Ebenen zu konstatieren, nur, dass sich hier die Maßgeblichkeit oder Vorherrschaft von der moralischen auf die wirtschaftliche Ebene verschoben hatte.<sup>1059</sup> Die verschiedenen Ebenen stehen hier zueinander im Verhältnis von Extension und Grenze, die je unterworfenen Ebenen verhalten sich als Extensionen zur vorherrschenden, die vorherrschende als Grenze zu den unterworfenen. Bei *law & economics* wird dieses Verhältnis abgelöst durch ein deckungsgleiches Ineinanderaufgehen. Die Ökonomie muss sich nicht länger in Recht und Moral übertragen, sie ist nunmehr in ihnen unmittelbar anwesend. Sie muss keine Umcodierungsleistungen von Moral- und Rechtssystemen mehr vornehmen, sondern nur noch ausweisen, was in ihnen (angeblich) immer schon da war: die Maximierung von Produktion und geldwertem Reichtum.

---

<sup>1057</sup> Vgl. Posner, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, 133.

<sup>1058</sup> Vgl. oben 3.5.3.2.

<sup>1059</sup> Vgl. oben 3.6.2.4.1.

#### ***4.4. Die philosophische Verortung von law & economics im Verhältnis zu den Modellen Jherings und Hayeks***

Der oben gerade beschriebene Versuch Posners, die Reichtumsmaximierung als Prinzip zu konzipieren und zu legitimieren, das zwischen dem Utilitarismus und der kantischen Ethik steht, leitet, wenn er auch nicht zu überzeugen vermag, zu Frage über, wo die posnersche Rechtstheorie im Vergleich zu den Modellen Jherings und Hayeks zu verorten ist. Posners Selbstverständnis zufolge wäre *law & economics* dann genau in der Mitte zwischen Jherings drittem, utilitaristischem Modell aus „Der Zweck im Recht“ einerseits und Hayeks, gerade auch indem es auf Kant rekurriert, formal konzipiertem Modell abstrakter Verhaltensregeln andererseits zu situieren. Ist es diese Mitte, welche Posners Rechtstheorie vielleicht die Krise bewältigen lässt, von welcher die Umformungen in der jheringschen Rechtstheorie ausgegangen waren? Keineswegs, sie ist eben aufgrund der Unvereinbarkeit der zugrundeliegenden philosophischen Positionen nicht zu haben. Tatsächlich ist ab den 2000er Jahren zu beobachten, wie Posner selbst zusehends die Reichtumsmaximierung wieder gleichzeitig in der utilitaristischen Tradition verankert und durch ihre Abgrenzung vom „Formalismus“ bestimmt sieht.

Für den Formalismus sei das Recht eine autonome, von der sozialen Umwelt isolierte Disziplin. Als einen von dessen Gefolgsleuten sieht Posner explizit Hayek. Indem er den Richter darauf verpflichte, Fälle einzig auf Grundlage der überkommenen Rechtsregeln und der diesen inhärenten Logik zu lösen, würde er die Abwägung von Interessen und die Berücksichtigung von praktischen Gesichtspunkten verhindern. Hayek, der Ökonom, würde dadurch gerade den Platz verschließen, den eine ökonomische Analyse in der Rechtsprechung einnehmen könnte.<sup>1060</sup>

---

<sup>1060</sup> Vgl. *Posner, Law, Pragmatism, and Democracy*, 278 ff. Interessanterweise zieht Posner hier gerade die kelschensche Rechtstheorie, mit der er sich zur Vorbereitung auf einen in Wien abgehaltenen Vortrag erstmals beschäftigt hatte (vgl. ebd., 250), als Kontrapunkt zur hayekschen heran. Indem Kelsen das Recht minimal, als normatives, von einer glaubhaften Sanktionsdrohung gegen den Normüberschreiter gestütztes System, definiert und die Gültigkeit von Normen nur aufgrund ihrer rechtmäßigen Erzeugungsweise durch höhere Nomen, nicht aber aufgrund von inhaltlichen Kriterien bestimmt habe, habe er einen „reinen“ bzw. leeren Raum geschaffen, der sich gerade zur Befüllung mit ökonomischen Inhalten eigne (vgl. ebd., 251, 254 ff.). Erstaunlicherweise konvergieren die von Hayek kritisierten, gemeinsam einer Ideologie der schrankenlosen Machbarkeit zugeordneten, Positionen der kelschenschen Rechtsschule und des Utilitarismus, hier in der posnerschen Fassung, an dieser Stelle tatsächlich. Siehe dazu auch Mestmäcker, der sich auf Hayeks Seite schlägt, um vor einem Verständnis von Recht als Macht, wie es sowohl der kelschenschen als auch der utilitaristischen Auffassung zugrundeliege, zu warnen, vgl. *Mestmäcker, A Legal Theory without Law*, 55, 61.

Hingegen würdigt Posner, jedenfalls in seinen jüngeren Schriften, den Einfluss Benthams auf die ökonomische Analyse des Rechts in positiver Weise. Dessen große Leistung sieht vor allem in seiner Insistenz auf die Universalität des Nutzenkalküls. Dadurch, und zwar insbesondere durch seine Grundlegung einer ökonomische Theorie des Verbrechens, habe er die ökonomische Erfassung von auch nichtmarktlichem Verhalten beeinflusst. Das Verdienst, diese Ansätze wiederzubeleben und den modernen Ökonomen, die sie vergessen hatten, in einer modern wohlfahrtsökonomischen Sprache in Erinnerung zu rufen, sei dabei Gary Becker zugekommen.<sup>1061</sup> Eine weitere, jedenfalls implizite, Anknüpfung an den Utilitarismus findet sich in vorwärtsgewandten Ausrichtung, welche die Geschichte und die überkommenen rechtlichen Institute und Begrifflichkeiten vielmehr als gestaltbares Material, denn als System verpflichtender normativer Maßstäbe sieht.<sup>1062</sup> Die von Posner interessanterweise bemühte Referenz ist Nietzsche und dessen „Vom Nutzen und Nachteil der Historie für das Leben“, aus welcher er affirmativ das Gebotensein eines produktiven und „kreativen“ Umgangs mit der Geschichte zugunsten des gesellschaftlichen Nutzens bzw. Reichtums ableitet.<sup>1063</sup> In Wahrheit hat Nietzsches Ansatz ja bereits in dessen Zeit eine rechtstheoretische Entsprechung gehabt und zwar gerade in der Jheringschen Rechtstheorie der utilitaristischen Phase. Das maßgebliche Postulat, welches die Verabschiedung der ersten, formalen Phase Jherings eingeleitet hatte war ja genau: „Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen, möge es logisch deduzierbar oder unmöglich sein.“<sup>1064</sup> Diese Referenz wäre wohl die direktere und naheliegendere für Posners zukunftsgerichteten Ansatz gewesen.

Im Ergebnis weist sich Posners Reichtumsmaximierung somit selbst als Wiederkehr des dritten, utilitaristischen Rechtskonzepts Jherings aus. Was nunmehr maximiert werden soll ist freilich nicht mehr das „Wohlergehen“ der Gesellschaft bzw. ihr Gesamtnutzen in jeder Hinsicht, sondern der bloß monetäre Reichtum.<sup>1065</sup> Die hayeksche Rechtstheorie steht zwischen beiden Modellen. Auch *wohlfahrtsökonomisch* „übersetzen“ ließen sich alle drei Rechtsmodelle: die „Zweck“-Konzeption Jherings als rechtstheoretische *Ausformulierung*

---

<sup>1061</sup> Vgl. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, 54 ff. Zu Becker vgl. oben 4.2.2.3.3.

<sup>1062</sup> Vgl. Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy*, 60, 71 ff; vgl. weiters Posner, *Frontiers of Legal Theory*, 145 ff.

<sup>1063</sup> Vgl. Posner, *Frontiers of Legal Theory*, 145 ff. Vgl. dazu auch (kritisch) Mestmäcker, *A Legal Theory without Law*, 56 ff.

<sup>1064</sup> Jhering, *Geist III*, 321. Vgl. oben 2.2.4.

<sup>1065</sup> Siehe dazu oben, 4.3.1., siehe insb. die Fn 1014.

des klassischen Nutzenkalküls, die hayeksche Konzeption als Umsetzung der Paretoeffizienz, die posnersche<sup>1066</sup> schließlich als Modellierung aufgrund der Kaldor/Hicks-Effizienz.

Von hier aus lässt sich nun nochmals zum Ausgangsbefund bei Jhering zurückkehren, wo eine Krise des begriffsdogmatischen Rechtsmodells, und zwar als Krise eines „protosystemtheoretischen“ Modells mit seinen wesentlichen normativen Werten der Selbstbestimmtheit und Teleologie, zu rekonstruieren war. Dessen Modifikation war vom Festhalten am autonomen System unter Aufgabe seiner Zwecke zum Utilitarismus unter Aufgabe der Selbstbestimmtheit des Rechts (und letztendlich der unter ihm lebenden Individuen) nachzuverfolgen. Hayeks Modell hingegen war als ein am klassischen Liberalismus anknüpfender Versuch zu rekonstruieren, den Formalismus Jherings<sup>1067</sup> als individuelle Freiheit ermöglichend *und* wohlfartsmaximierend neu zu denken, dabei also Aspekte individueller Selbstbestimmung und kollektiven Wohlstands zu kombinieren. Allerdings war dabei der individuelle Selbstbestimmungsaspekt als nachrangiger und im Endeffekt bloß instrumenteller auszuweisen. Der Grund dafür kann wohl darin ausfindig gemacht werden, dass auch das hayeksche Modell auf eine Art Utilitarismus hinausläuft<sup>1068</sup>, der eben mit der, freilich utilitaristisch verstandenen (was allerdings dem Verständnis Paretos selbst entspricht)<sup>1069</sup>, Paretoeffizienz zu fassen ist. Die freie Zustimmung ist hier nur operationale Basis, sie kann eigentlich dann entledigt werden, wenn eine effizientere Methode der Nutzenmaximierung gefunden ist. Eben letztere liegt aber mit dem Kaldor/Hicks-Kriterium vor. Ist damit die Krise des jheringschen Modells beseitigt? Um dies zu beantworten, ist nochmals zu den dort vorgefundenen normativen Kriterien zurückzukehren.

---

<sup>1066</sup> Hier entfällt die „Übersetzungsarbeit“, denn sie versteht sich grundsätzlich selbst so.

<sup>1067</sup> Das heißt freilich nicht, dass sich Hayek explizit auf den „frühen“ Jhering beziehen würde, sondern meint den rechtswissenschaftlichen Formalismus des 19. Jahrhunderts im Allgemeinen, sowie man ihn beispielsweise beim „frühen“ Jhering vorfindet.

<sup>1068</sup> Etwa im Sinne Dworkins, vgl. dessen schon erwähnte kritische Ausführungen zu einer Form utilitaristischen Denkens, die individuelle Rechte zwar respektiert, aber nicht auf Grundlage deren moralischen Eigenwerts, sondern nur der Überlegung, dass deren volle Achtung langfristig zu mehr Wohlstand führen würde als andere (deren Durchbrechung ermöglichende) rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten (vgl. *Dworkin*, *Is Wealth af Value?*, 198 f.).

<sup>1069</sup> Vgl. *Tarascio*, *Pareto's Methodological Approach to Economics*, 79-84; *Posner*, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 488.

## 4.5. Law & Economics als *neue Dogmatik*

### 4.5.1. *Teleologie und Selbstbestimmung des Rechts als Wirtschaft*

Was die *Teleologie* des Rechts bei Posner betrifft, ist diese klar zu bejahen. Sie liegt mit der *Maximierung von monetärem Reichtum* offensichtlich zutage. Wie ist es um die *Selbstbestimmung* bestellt? Es ist freilich *keine rechtliche Rationalität* mehr, die sich hier durch Setzung und Entfaltung ihrer Formen selbst zur Geltung bringt. Aber ist es *stattdessen* nicht die *Wohlfahrtsökonomik*, die ihre inhärente Logik, nun universell und sohin auch im Recht hervorbringt und entfaltet? Tatsächlich ist es auf dieser Stufe ökonomischer Entwicklungstheorien nicht mehr der Fall, dass die Neubestimmung des Rechts von *außen* erfolgt, wie bei Jhering durch die Gesellschaft und ihre Bedürfnisse oder bei Hayek durch das Walten der unsichtbaren Hand. Die Wirtschaft *ist* nun vielmehr das Recht bzw. ihr sich *als Recht* bestimmender Geist. Die *Wirtschaft* bei *law & economics* ist tatsächlich in ihrer Funktionsweise weniger von außen, durch das „Leben“ und dessen Bedürfnisse hinzutretender „Zweck im Recht“, als vielmehr *immanenter „Geist des Rechts“*. Insofern kehrt tatsächlich die erste, begriffliche Entwicklungsstufe Jherings wieder, das *Recht Posners* ist ein *begrifflich selbstbestimmtes und teleologisch konzipiertes*. Bloß der Grund seiner Selbstbestimmung und der Inhalt seines Zwecks sind andere geworden. Kurz, mit Mestmäcker gesprochen: „[Posner’s] Theory delegates the rationality of law, its generation, use and interpretation to economics.”<sup>1070</sup> *Die ökonomische Rationalität wird im Ergebnis als neue Dogmatik in die juristische Rationalität hineinkopiert*. Im Unterschied zu letzterer duldet sie allerdings keine autonomen Systemen neben sich, sondern ist *umfassendes Erklärungsprinzip*.

### 4.5.2. *Grundsätze dieser Dogmatik*

Wie sehen die Grundsätze dieser neuen Dogmatik aus? Sie wurden oben als Anforderungen an das Recht<sup>1071</sup> schon beschrieben. Es genügt, sie hier kurz zu rekapitulieren: *Rechte* haben erstens *exklusiv*, das heißt, klar zugeordnet zu sein. Sie haben zweitens *universell* zu sein, das heißt möglichst alle wirtschaftlich relevanten Positionen zu erfassen. Sie müssen drittens marktlich *handelbar* sein. Viertens und am wichtigsten hat immer dann, wenn eine marktmäßige Lösung scheitert – was regelmäßig dann der Fall ist,

---

<sup>1070</sup> Mestmäcker, A Legal Theory without Law, 21.

<sup>1071</sup> Vgl. 4.2.2.4.

wenn die Transaktionskosten für die rechtlich gesicherten Positionen zu hoch, das heißt höher als der durch die Übertragung erwartete Gewinn, sind – *Simulation* einer ebensolchen Lösung zu erfolgen. Diese Simulation bedeutet, dass die *Zuteilung* von wirtschaftlichen Positionen dorthin zu erfolgen hat, *wo sie am höchsten gewertet* werden bzw. der Richter oder der Gesetzgeber meinen, dass dies der Fall ist. Dieser *Gesichtspunkt* wird damit der *dogmatisch einzig relevante* zur Lösung von rechtlichen Fällen (eben, wie Kaplow und Shavell betonen, unter *Ausschluss von Gerechtigkeitserwägungen*)<sup>1072</sup>, sofern nur die oben genannten Grundvoraussetzungen in den rechtlichen Strukturen vorliegen, damit sich diese Simulation in Gang bringen lässt.

#### 4.5.3. „Zusichselbstkommen“ des Privatrechts als wirtschaftliche Effizienz

Im Ergebnis scheint damit die Jheringsche Krise überwunden, und zwar nicht durch eine Modifikation ihrer ursprünglichen Kriterien, sondern eben durch den Austausch ihres Trägers und Inhalts. Was die Jheringsche Dogmatik beunruhigt, sie ihren diversen Umgestaltungen ausgesetzt, auch in ihre Hayeksche Alternative geführt hat, war der Druck zur wirtschaftlichen Maximierung. Die verschiedenen Modifikationen und Verschiebungen in den Ebenen ihrer Kriterien lassen sich sohin im Rückblick nur mehr als „Verdrehungen“ und oftmals idealisierende Verbrämungen über dem von einer kapitalistischen Gesellschaft ausgehenden Gebot nach wirtschaftlicher Effizienz begreifen. In der *Reichtumsmaximierung*, das ist ihr immerhin zugute zu halten, kommt schließlich ungeschminkt zum Ausdruck, *was in der privatrechtlichen Ideologie freier Tauschverträge und der Vorstellung von der für das „Leben“ optimalen Dogmatik*<sup>1073</sup> *in latenter Weise (nämlich als implizit gedachte Paretoeffizienz) immer schon am Werke war.*<sup>1074</sup> Was verheißt dies inhaltlich? Zunächst nichts Gutes. *Die Rechte der Einzelnen und die Trennung der Personen sind hingegeben, und das zugunsten eines auf monetären Maximierung beschränkten Nutzenbegriffs.*<sup>1075</sup> Die Idiolatrie von Macht<sup>1076</sup>, Machbarkeit und wirtschaftlicher Maximierung scheint damit auch rechtstheoretisch an ihr Ende gekommen zu sein.

---

<sup>1072</sup> Vgl. Kaplow/Shavell, Fairness versus Welfare; vgl. dazu oben 4.2.2.3.5.

<sup>1073</sup> Wie sie eben beim „frühen“ Jhering nachzuweisen war, Vgl. dazu *ders.*, Geist II/I (1. Aufl.), 44, und oben den ganzen Abschnitt 2.2.1. samt Nachweisen.

<sup>1074</sup> Dies sei auch den tugendhaften, sich auf Kant berufenden Moralphilosophen entgegengehalten. Zu jenen bzw. beispielsweise zum moralisierenden Diskurs in Bezug auf die Menschenrechte, vgl. etwa *Somek*, Die Moralisierung der Menschenrechte, 48-56.

<sup>1075</sup> Vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 233, 272.

<sup>1076</sup> Vgl. auch *Mestmäcker*, A Legal Theory without Law, 21.

## 5. Conclusio und Ausblick

Während bei Hayek das „Wegführen von etwas“, nämlich der als ursprünglich vorgestellten (sozial-kollektivistischen) Natur des Menschen, konstitutiv war<sup>1077</sup>, ist bei *law & economics* die Hinführung aus diesem Zwischenzustand in eine effizienzbestimmte Natur nicht nur der Menschen und ihrer Beziehungen, sondern auch der abstrakten Handlungsbereiche bzw. Subsysteme, wie eben dem Recht, vollzogen. Auch rechtstheoretisch erfolgt nämlich ein neues Zusammenfügen des aus seinen ursprünglichen Zusammenhängen herausgerissenen rechtlichen Begriffsdenkens, in der neuen, eben ökonomischen, Dogmatik.

Dieses Ergebnis meiner Rekonstruktion scheint mit dem marxistischen<sup>1078</sup> Begriff der „zweiten Natur“ zu korrespondieren. Die aus den ihren „geläufigen Zusammenhängen“<sup>1079</sup> herausgerissenen Dinge werden über ein Netz an Tauschbeziehungen in neue Verbindungen gebracht. Diese zweite Natur ist „wie die erste nur als der Inbegriff von erkannten, sinnesfremden Notwendigkeiten bestimmbar und deshalb in ihrer wirklichen Substanz unerfaßbar und unerkennbar.“<sup>1080</sup> In ihrer „sinnlich-übersinnlichen“<sup>1081</sup> Wirkung degradiert sie unsere Sinne und nimmt sich schicksalhaft und unabänderlich aus. Hierhin gehört auch die Behauptung, es sei heute „einfacher, sich das Ende der Welt vorzustellen als das Ende des Kapitalismus“.<sup>1082</sup> Doch ist solcher Defätismus wirklich angebracht, liegt unser emanzipatorisches Vorstellungsvermögen dermaßen darnieder, dass es nur mehr für

---

<sup>1077</sup> Vgl. oben 3.6.2.1.

<sup>1078</sup> Marx selbst verwendet den Begriff zwar noch nicht, doch ist er seiner Theorie der als „Natur“ verkleideten Herrschaft implizit (vgl. *Dahner*, Pseudonatur und Kritik, 400). Dahner zufolge hätten Marxens Denkanstrengungen wesentlicher der Scheidung von (wahrer und erstrebenswerter) Natur und eben dieser „Pseudonatur“ gegolten, die er (ähnlich wie Freud) als durch die Kulturgeschichte und den Kapitalismus bedingte „verkappte[], stillgestellte[], in die Kreisbahn eines Systems gezwungene[] Praxis“ begriffen habe (vgl. ebd., 400 f.). In der Folge sind es vor allem Lukács und Adorno, aber auch Benjamin, welche diesen Begriff weiter- bzw. mitentwickeln (siehe gleich die weiteren Belege im Text).

<sup>1079</sup> *Benjamin*, Charles Baudelaire, 166.

<sup>1080</sup> *Lukács*, Theorie des Romans, 53. Vgl. auch die vorangehenden Ausführungen von Lukács (ebd.): „Wo keine Ziele unmittelbar gegeben sind, verlieren die Gebilde, die die Seele bei ihrer Menschwerdung als Schauplatz und Substrat ihrer Tätigkeit unter den Menschen vorfindet, ihr evidenten Wurzeln in überpersönlichen, seinsollenden Notwendigkeiten; sie sind etwas einfach Seiendes [...], tragen aber weder die Weihe des Absoluten an sich, noch sind sie die naturhaften Behälter für die überströmende Innerlichkeit der Seele. Sie bilden die Welt der Konvention: eine Welt, deren Allgewalt nur das Innerste der Seele entzogen ist; die in unübersichtlicher Mannigfaltigkeit überall gegenwärtig ist; deren strenge Gesetzlichkeit [...] für das erkennende Subjekt notwendig evident wird, die aber [...] sich weder als Sinn für das zielsuchende Subjekt noch [...] als Stoff für das handelnde darbietet. Sie ist eine *zweite Natur*; [...] (meine Hervorhebung).“

<sup>1081</sup> Vgl. *Marx/Engels*, Das Kapital, 85.

<sup>1082</sup> *Fisher*, Kapitalistischer Realismus ohne Alternativen?, 8. Fisher selbst meint, dieser Satz sei Fredric Jameson und Slavoj Žižek zugeschrieben (vgl. ebd.).

die Ästhetisierung und Ergötzung am eigenen Elend (Benjamins „Spiel vor Traurigen“<sup>1083</sup>) reicht?

An dieser Stelle ließe sich eine Lanze brechen für das öffentliche Recht und das ihm inhärierende Emanzipationspotential, als ein kollektives Erheben über die für die soziale, aber auch individuelle Gerechtigkeit blinden Effizienz- und Maximierungsziele des Privatrechts, wie sie in dieser Studie zu rekonstruieren waren. Ein Wirtschaftsmodell, das sich bloß auf den Tauschmechanismus und seine „hypothetischen“ Ergänzungen (das „mimic the markets“ von *law & economics*) in Verbindung mit der Rechtsdogmatik und ihrer ökonomischen Reartikulationen gründet, scheidet die wirtschaftlichen Geschicke aus dem Demokratischen aus. Erst auf dieser Grundlage, die das Ergebnis einer politischen Entscheidung ist, nehmen sich die individuellen und kollektiven Lebensverhältnisse schicksalhaft und unabänderlich aus. Es ist aber *ebenso* eine Möglichkeit politischer Entscheidung, die wirtschaftlichen Strukturen wieder in den Kreis des Demokratischen und seiner „Dispositionsmasse“ hineinzureklamieren. Eine entsprechende konstitutionelle Struktur hätte das Demokratische *vor* die Verfassung und ihre liberalen und wirtschaftsliberalen Dispositionen zu setzen.<sup>1084</sup>

Allerdings war es die selbst auferlegte Vorgabe dieser Studie, im Wesentlichen nicht mit einem externen Politikbegriff zu operieren, sondern Veränderungen im Rechtsdenken *anhand und innerhalb der Rechtsdogmatik* und ihrer normativen Kriterien zu rekonstruieren. Diese sind freilich von eminent politischem, aber, wie zu zeigen war, von ganz anderem als emanzipatorischem Charakter. Noch das öffentliche Recht ist von ihm gezeichnet, wenn es hier als Handlanger des Privatrechts in Spiel gebracht wird, um dessen Effizienzziel dort auszuweiten, wo die Dogmatik nicht hinreicht, und ihm durch die Ausweitung von Märkten qua Simulation ganz zum Durchbruch zu verhelfen.<sup>1085</sup> Der von Auer im „Sozialen“ oder „Öffentlichen“ ausfindig gemachte „Einbruch“ in die

---

<sup>1083</sup> Benjamin, Ursprung des deutschen Trauerspiels, 100.

<sup>1084</sup> Vgl. Pettit, On the People's Terms, 238; siehe auch Oldenbourg, Wer ist das Volk?, 160 ff. Der klassische Konstitutionalismus geht freilich schon mit Sieyès in eine andere Richtung, in welcher das Ökonomische als wirtschaftlicher Interessenverbund der Erwerbsbürger die Grundlage für das Demokratische ist und nicht umgekehrt, vgl. Sieyès, Was ist der Dritte Stand?, 153 f. Vgl. dazu auch Vesco, Autorität und Demokratie im Konstitutionalismus: vom Spannungsverhältnis zu dessen autoritärer Ausschaltung.

<sup>1085</sup> Anders vom Anspruch her allerdings Kaplow und Shavell. Sie nehmen grundsätzlich eine Legitimität umverteilender Maßnahmen an, weisen diese aber strikt und ausschließlich dem öffentlichen bzw. Steuerrecht zu, während sie im Privatrecht nichts verloren hätten. Denn könnten die Umverteilungsziele über Steuern jedenfalls in direkterer und effizienterer Weise als über das Privatrecht erreicht werden (vgl. Kaplow/Shavell, Fairness versus Welfare, 27 ff.; siehe auch oben in der Fn 972).

Dogmatik<sup>1086</sup> war insofern viel eher in einer umfassenden ökonomischen Maximierung und Optimierung zu verorten. Damit ist man freilich erneut an dem Punkt, von wo aus die bereits skizzierte Abstoßbewegung eines *anderen öffentlichen* Rechts stattfinden könnte. Wie sähe es indes mit einem *anderen Privatrecht* aus? Dass jenes auch (quasi in der umgekehrten Bewegung zu einem sich dem Privatrecht anbietenden öffentlichen Recht) Probleme der sozialen Gerechtigkeit in sich aufnehmen könnte, behaupten etwa Dagan und Dorfman: On our account, by contrast, the problem of poverty in and around private law is not merely one of distributive justice. It is, instead, a problem of relational justice. The question is [...], then, [...] whether some instantiations of economic disparities ought to be taken into account when fixing just terms of interactions between individual persons [...].<sup>1087</sup> Einen viel grundlegenderen und systematischeren Versuch, das Recht, ausgehend von Begriff und Struktur der subjektiven Rechte (wie sie ja in erster Linie typisch für das Privatrecht sind<sup>1088</sup>) zu transformieren, hat indessen Christoph Menke in „Kritik der Rechte“ unternommen und dabei eine Transformation der subjektiven Rechte zu „Gegenrechten“ vorgeschlagen. Mit letzteren möchte er zum einen, durch das auf den abstrakten Absolutheitsanspruch der Rechte zielende „Gegen“, die bloße Willkürfreiheit der bürgerlichen Rechte überwinden, zum anderen, durch das Festhalten am Rechtsbegriff, ein Moment an Passivität (in Sinne einer Entzugs aus dem aktiven politischen Handlungsrahmens bzw. Aufnahme in eben diesen eben auch als passive und berücksichtigungswürdige Rechtsträger) wahren.<sup>1089</sup> Hier, zumal in den abschließenden Betrachtungen, ist nicht der Ort, dies weiter zu vertiefen.

Einmal mehr und abschließend ist zur in dieser Studie rekonstruierten privatrechtlichen *Innenperspektive* der Verwandlungen im Rechtsdenken seit Ende des 19. Jahrhunderts zurückzukehren. Ließen sich in der Hervorkehrung des Ökonomischen in Recht und Politik, in der analytischen und gestalterischen Durchdringung der Letzteren durch Ersteres am Ende nicht doch *progressive und emanzipatorische Potenzialien* erkennen? Dies ist jedenfalls etwa die Auffassung von Geoffroy de Lagasnerie. In seiner (Foucaults Vorlesung zur Biopolitik und dessen andere Schriften zum Neoliberalismus

---

<sup>1086</sup> Vgl. Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 130 ff.; vgl dazu schon oben bei 1. (Einleitung).

<sup>1087</sup> Dagan/Dorfman, Just Relationships, 1420.

<sup>1088</sup> Mögen sie auch ein öffentlich-rechtlich verbürgtes Können voraussetzen und ihre Erstreckung auf das öffentliche Recht als „subjektive öffentliche Rechte“ (vgl. dazu grundlegend Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, siehe dort vor allem die S. 40 ff.) so in Wahrheit nur ihren immer schon gegebenen Wesensgehalt zum Vorschein bringen, vgl. dazu Menke, Kritik der Rechte, S. 180-183.

<sup>1089</sup> Vgl. Menke, Kritik der Rechte, S. 180-183.

untersuchenden) 2012 veröffentlichten Studie „Michel Foucaults letzte Lektion“ fordert der Philosoph, man müsse „mit der Gewohnheit brechen, den Neoliberalismus als eine konservative oder reaktionäre Ideologie zu betrachten.“<sup>1090</sup> Sein Kernargument lässt sich ungefähr wie folgt in zwei Schritten wiedergeben: Erstens würden etatistische Modell durch die Vorstellung einer politischen Gemeinschaft, wie sie sich rechtsphilosophisch in der Idee Gesellschaftsvertrags artikuliert, den politischen Konflikt am Grund jeder Gesellschaft bzw. Staatsordnung stillstellen. Historisch<sup>1091</sup> nämlich seien Gesellschaften durch Akte kriegerischer Eroberung und Unterwerfung geprägt. Die Begriffe Gesellschaftsvertrag, Recht, Abtretung, Stellvertretung aber, wie sie bei Hobbes und anderen auftreten, würden eine Zustimmung zur Unterwerfung vonseiten der Unterlegenen implizieren. Damit würde der Kampf aufgegeben, während das Recht, die Gesetze und der Staat dafür sorgen würden, dass das herrschende Kräfteverhältnis stabilisiert wird.<sup>1092</sup> Durch diese Begründung der Souveränität auf Basis eines Akts der Unterwerfung würden Subjekte als beherrschte konstituiert und dadurch gerade im Gegensatz zu einem Ansatz, welcher sich kritisch zu den Herrschaftsbeziehungen verhält. Letzterer aber bedürfe der theoretischen Mittel abseits der Rechtsphilosophie und der „Mythen“ über die Politik.<sup>1093</sup>

Der zweite wesentliche Argumentationsschritt besteht nun darin, diese Mittel gerade im neoliberalen Denken Hayeks (und Beckers) ausfindig zu machen. Das Wirtschaftsdenken, der *homo oeconomicus* würden es nämlich, als „*Instrumente der Polemik*“<sup>1094</sup>, möglich machen, das Modell des Rechts, des Gesetzes und Gesellschaftsvertrages zu disqualifizieren<sup>1095</sup>. Durch die wirtschaftliche Rechnung, das „ständige ökonomische Tribunal“ gegen die Regierung, im Sinne einer dauernden Beurteilung ihrer Handlungen

---

<sup>1090</sup> *Lagasnerie*, Michel Foucaults letzte Lektion, 37.

<sup>1091</sup> Historisches Beispiel ist die Eroberung der Sachsen durch die Normannen, siehe *Lagasnerie*, Michel Foucaults letzte Lektion, 107.

<sup>1092</sup> Genau diese Auffassung wird von Jhering affirmativ vertreten: In der menschlichen Gesellschaft wird die Koexistenz von Stärkeren und Schwächeren nicht durch Gewalt, sondern durch Zwang, d.h. Recht gelöst (vgl. *ders.*, Zweck I, 246 ff.). Das Recht entstehe aus der Macht des Stärkeren (vgl. 250), aus der wohlverstandenen Verfolgung seines Interesses, die sich den Schwachen nutzbar macht statt bloß unschädlich (vgl. 246 f.). Siehe weiters auf 554: „Das ungleiche Recht erscheint hier als der *modus vivendi* zwischen dem Mächtigeren und Schwächeren, als die Voraussetzung, an welche das friedliche Zusammenleben beider geknüpft ist, und gerade der Schwache hat das lebhafteste Interesse daran, solange sich in den ursprünglichen Machtverhältnissen beider Theile nichts geändert hat, daran nicht zu rütteln. Das Recht, das der Mächtigere ihm dictirt, es möge noch so hart sein, enthält, so paradox es klingt, gegenüber dem Zustande, der seiner harren würde, wenn es fehlte, für ihn immer noch relativ eine Wohlthat: die Wohlthat des bemessenen Drucks gegenüber dem unbemessenen.“

<sup>1093</sup> Vgl. *Lagasnerie*, Michel Foucaults letzte Lektion, 108-110.

<sup>1094</sup> *Lagasnerie*, Michel Foucaults letzte Lektion, 123 (meine Hervorhebung).

<sup>1095</sup> Vgl. *Lagasnerie*, Michel Foucaults letzte Lektion, 118.

nach Effizienzmaßstäben, würde das *Politische entmystifiziert*<sup>1096</sup> und von seinem Thron heruntergeholt,<sup>1097</sup> die staatliche *Disziplinarmacht* samt ihrer psychologisch normierenden Dimension *zurückgedrängt*. Die Ökonomie habe nämlich eine feindliche Haltung gegen den Psychologismus. Die Innenkonstitution der Charaktere und die Moralität ihres Wesens würde (Paradigma ist freilich Beckers ökonomische „Rekonzeptualisierung“ des Verbrechers) in ihrer Berechnung schließlich keine Rolle spielen.<sup>1098</sup> Durch dieses Zurückdrängen von Disziplinierung und Normierung würde die „ökonomische Analyse“ im Ergebnis gerade Pluralität, Heterogenität und Immanenz ermöglichen.<sup>1099</sup>

Aber *muss man* auf Grundlage dieser Argumente *tatsächlich mit der reaktionären Einschätzung des Neoliberalismus brechen?*<sup>1100</sup> Anders gefragt: Überzeugen die geschilderten Argumente, sind sie im Denken Hayeks und in dessen Rezeption durch Foucault wirklich verbürgt?

Ganz richtig hebt Clemens Reichhold in seiner Rezension zu Lagasneries Buch hervor, dass sich in einer neoliberalen Politik und Staatsordnung Praktiken einer Regierung des „unternehmerischen Selbst“, der Mobilisierung und Pflege des eigenen Humankapitals, Geltung verschaffen würden. Damit verschwinde Macht aber nicht, sondern transformiere sich nur in die „viel subtiler[e] und geschicktere“<sup>1101</sup> Gestalt der ökonomischen Selbstregierung.<sup>1102</sup> Man kann noch Foucaults Verständnis der Funktion ökonomischer

---

<sup>1096</sup> Vgl. dazu bereits in der Einleitung dieser Studie und dort der Fn 7 die Referenzen zur historischen, eine Enthüllung der ökonomischen Beziehungen bewirkenden, Kraft der Bourgeoisie bei *Marx* und *Engels* und zum Begriff und Prozess der Enttabuisierung bei Bourdieu. Siehe freilich auch schon die Kritik Hegels an der entmystifizierenden Wirkung der Aufklärung. Diese habe „durch ihr formelles, abstraktes, gehaltloses Denken [...] die Religion von allem Inhalt ausgeleert [...]“ (*ders.*, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften I, 36). Siehe auch spezifisch zur deutschen Aufklärung: „[Diese], welche ohne Geist mit verständiger Ernsthaftigkeit und dem Prinzip der Nützlichkeit die Ideen bekämpfte, streifte zunächst die Methode der Wolffischen Philosophie ab, behielt aber das Flache ihres Inhalts und brachte auch die Metaphysik zur letzten Leerheit herunter [...]“ (*ders.*, Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie III, 310). Vgl. weiters *ders.*, Phänomenologie des Geistes, 362 und Vorlesungen über die Philosophie der Religion II, 329. Zur Kritik der Aufklärung als „Entzauberung der Welt“ siehe weiters freilich *Horkheimer/Adorno*, Dialektik der Aufklärung (das Zitat spezifisch auf S. 14; zu deren Radikalkritik an der Aufklärung vgl. auch oben 2.4.6., siehe dort auch auch die Fn 385), die ihrerseits schon (vgl. auch *Hetzl*, Dialektik der Aufklärung, 412) auf Max Webers Verwendung des Begriffs in Zusammenhang mit Prozessen der Rationalisierung zurückgreifen konnten, vgl. *Weber*, Wissenschaft als Beruf, 86 f. und 109 f. (wobei der *Berechenbarkeit* der Dinge eine besondere Rolle zukommt, vgl. ebd., 87).

<sup>1097</sup> Vgl. *Lagasnerie*, Michel Foucaults letzte Lektion, 120 f.

<sup>1098</sup> *Lagasnerie*, Michel Foucaults letzte Lektion, 135.

<sup>1099</sup> Vgl. *Lagasnerie*, Michel Foucaults letzte Lektion, 54 f., 85.

<sup>1100</sup> Vgl., dies ebenfalls kritisch fragend, *Reichhold*, Wieviel Punk steckt im Neoliberalismus? (pdf-Version, aufgerufen am 8.10.2019), 4 f.

<sup>1101</sup> *Foucault*, Gespräch über die Sicherheit und den Staat, 500 f.

<sup>1102</sup> Vgl. *Reichhold*, Wieviel Punk steckt im Neoliberalismus? (pdf-Version, aufgerufen am 8.10.2019), 6; *Foucault*, Die Geburt der Biopolitik, 314 ff.

„Interessen“ als „dünne phänomenalen Häutchen, die [...] das einzige sind, worauf die gouvernementale Vernunft Einfluss haben kann“,<sup>1103</sup> ergänzen. Eine Verschiebung in der Machtausübung durch Staaten von der Repression politischer Affekte zu deren Neutralisierung und *Instrumentalisierung*, eben in der Gestalt wirtschaftlicher Interessen, hatte allerdings auch schon Hirschman rekonstruiert und diese bereits im Übergang von Hobbes zu (unter anderem) Macchiavelli, Hume und eben Smith verortet.<sup>1104</sup> Wenn meine Darstellung der hayekschen Rechtstheorie Gültigkeit hat, ist, eben jenes, nämlich die Instrumentalisierung der individuellen wirtschaftlichen Selbstbestimmung, ihr maßgebliches Funktionsmoment.

Die neue Regierungsweise ökonomischer Interesse hat so gerade nicht Pluralität und Heterogenität, sondern Vereinfachung qua *Neutralisierung* alles Eigensinnigen (bzw. eigensinnig *Politischen*) zum Ergebnis. Am Ende steht hier der „eindimensionale Mensch“, allerdings, wie Hirschman (gegen Marcuse) hervorhebt, nicht als Verfallsprodukt, sondern als konsequentes Resultat der Funktionslogik einer Regierung qua Interessen.<sup>1105</sup> Dessen Handeln ist gerade nicht durch Immanenz gekennzeichnet, sondern durch eine Zurichtung zur Erhaltung der Ordnung und Generierung von Wachstum. Die Thesen Lagasneries sind in ihrer zwar pointierten, aber nicht ausreichend reflektierten Artikulation nicht haltbar.<sup>1106</sup>

Ließen sie sich nicht anders formulieren? Eine Möglichkeit habe ich bereits in der Einleitung angedeutet, nämlich jene eines Begriffs von *law & economics* als Fortsetzung

---

<sup>1103</sup> Foucault, Die Geburt der Biopolitik, 75.

<sup>1104</sup> Vgl. Hirschman, Leidenschaften und Interessen. Siehe dazu oben Fn 609 (dort auch zur Unterscheidung zwischen Instrumentalisierung und Neutralisierung bzw. dem Interessenparadigma, welche allerdings, zumal in Bezug auf Smith, zu idealtypisch ausfällt).

<sup>1105</sup> Vgl. Hirschman, Leidenschaften und Interessen, 141 ff. Siehe ebd., 141: „Ursprünglich wurde vom Kapitalismus ja gerade erwartet und erhofft, daß er bestimmte menschliche Neigungen und Triebe unterdrücken und eine weniger vielgestaltige, weniger unberechenbare und eine eher »eindimensionale« menschliche Persönlichkeit prägen würde. [...] [D]er Kapitalismus sollte gerade das erreichen, was bald als seine übelste Eigenschaft verurteilt wurde“ (Hervorhebung im Original).

<sup>1106</sup> Vgl. auch das auch das Verdikt von Reichhold: „So prägnant und provozierend de Lagasneries Porträt des Neoliberalismus ausfällt, so einseitig und verkürzt, also letztlich irreführend, stellt es sich dar“ (Reichhold, Wieviel Punk steckt im Neoliberalismus? (pdf-Version, aufgerufen am 8.10.2019), 4). Nicht zu Ende gedacht ist es auch, wenn Lagasnerie die „Mythen“ über die Politik durch die ökonomischen „Kritik“ überwunden sieht. Dieser aufklärerische Anspruch mag der hayekschen Theorie, ihren etwa in der Bewusstseinstheorie artikulierten Verbindungen zum modernen Wissenschaftspositivismus, selbst zugrunde liegen. Doch zeigt sich an ihr gleichzeitig, das, was Adorno und Horkheimer mit dem Um- und Rückschlagen der Aufklärung in Mythologie, nämlich den „Mythos dessen, was der Fall ist“ bezeichnen (vgl. Horkheimer/Adorno, Dialektik der Aufklärung, 3; vgl. auch ebd., 13). Denn: „Das von den Dämonen und ihren begrifflichen Abkömmlingen gründlich gereinigte Dasein nimmt in seiner blanken Natürlichkeit den numinosen Charakter an, den die Vorwelt den Dämonen zuschob“ (Horkheimer/Adorno, Dialektik der Aufklärung, 43). Ist nicht gerade bei Hayek der aufklärerische Anspruch gepaart an das Heraufbeschwören einer Dunkelheit und Blindheit, der man sich zu fügen hätte, widrigenfalls fürchterliche Konsequenzen drohen würden - Zerfall der Ordnung und wirtschaftlicher Niedergang?

der progressiven Tradition des *legal realism*. Dessen (dort schon zitierter) in Holmes' „The Path of the Law“ grundlegender Anspruch sei hier nochmals in Erinnerung gerufen: „You see how the vague circumference of the notion of duty shrinks and at the same time grows more precise when we wash it with cynical acid and expel everything except the object of our study, the operations of the law“.<sup>1107</sup> Dieser nüchterne Blick auf das Recht, den Holmes berühmterweise mit jenem eines „bad man“ bezeichnet hat, verspricht, seine Unterwerfung unter selbiges von normativen Überfrachtungen zu lösen und auf ein Mindestmaß zu reduzieren. Der Blick ist bereits bei Holmes von inhärent ökonomischem Charakter: Der „bad man“ kalkuliert, ob es sich eher lohnt, sich an das Recht zu halten oder ihm die Gefolgschaft zu versagen.<sup>1108</sup>

Indem Lagasneries Studie versucht, Beckers und vor allem Hayeks Rechtstheorie progressiv und emanzipatorisch zu denken, lässt sie sich genau, ohne dass sie diese selbst explizit vornimmt, als Anknüpfung am Erbe von Holmes bzw. der amerikanischen Rechtsrealisten begreifen. Was beide verbindet, ist der Kerngedanke eines den Individuen durch die ökonomisch-eigenrationale Hinterfragung von Gesetzesmaßnahmen gegen das staatliche Kollektiv an die Hand gegebenen Zollstocks. Bei Lagasnerie besteht der Fehler darin, dass er den Neoliberalismus insgesamt als der Übertragung in emanzipatorische Termini für fähig hält und dabei völlig dessen reaktionären, auf die Reproduktion der bestehenden Ordnung gerichteten Charakter ausblendet. Wie wäre der Kerngedanke nun aus seiner neoliberalen Beschlagnahme zu befreien, um ihn zu seinem, im *legal realism* aufscheinenden, *progressiven Potential zurückzuführen*? Zweierlei erscheint wesentlich: Erstens wäre die freie Zustimmung und die Möglichkeit ihres Entzugs wirtschaftlich von ihrer utilitarischen Verkleidung und instrumentalisierenden Zurichtung in der Paretoeffizienz (wie sie sich auch in der Rechtstheorie Hayeks artikuliert) zu lösen. Zweitens, als so freigemachte, wäre sie noch gegen die sich auf das Kaldor/Hicks-Kriterium gründenden Rechtsmaßnahmen in Anschlag zu bringen. Dann wäre ein emanzipatorisches Potential zumindest insofern denkbar, als gegen das durchkalkulierte Leben zurückkalkuliert werden kann, um sich innerhalb des beschädigten Lebens selbst, so gut es geht, schadlos zu halten. Ein solches Verhältnis zum Recht könnte man auch mit dem Attribut des „Listigen“ oder „Verschlagenen“ qualifizieren. Die List bedeutet

---

<sup>1107</sup> Holmes, The Path of the Law, 461 f.

<sup>1108</sup> Vgl. Holmes, The Path of the Law, 459. Auf die Verwandtschaft zwischen *homo oeconomicus* und „bad man“ hinweisend vgl. auch Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 36.

allerdings immer auch eine Entsagung und Selbstbezwungung. Horkheimer und Adorno begreifen diese als „Introversion des Opfers“ und rekonstruieren die Geschichte der Zivilisation als Vollzug dieser nach innen gerichteten Gewalt.<sup>1109</sup> Odysseus, „der Listige“, ist für sie der Archetyp eines „Selbst, das immerzu sich bezwingt und darüber das Leben versäumt, das es rettet und bloß noch als Irrfahrt erinnert.“<sup>1110</sup>

Doch muss der in seiner List entsagungsvolle Odysseus als Archetyp des „bad man“ hier das letzte Wort haben? Nein, denn das progressive Potential eines ökonomischen Zugangs muss nicht ausschließlich in den *reduktiven* Wurzeln des *legal realism* gesucht werden. Bereits dessen Hauptvertreter hatten ja ihre feindliche Haltung gegenüber einem begrifflich-autonomen Rechtsverständnis mit *Forderungen* an eine *aktive und progressive Sozialpolitik* verknüpft.<sup>1111</sup> Mit der Wiederaufnahme solcher Forderungen gesellt sich aber die *Weiterentwicklung* von *law & economics* als zusätzliche *progressive Möglichkeit* neben jene seiner Rückführung auf einen reduktiven Kerngehalt. Genau an dieser Stelle treten ab den 1980er Jahren die „*behavioral law and economics*“ auf den Plan. Wie sich der alte *legal realism* gegen die rechtsbegriffliche Dogmatik gewendet hat, wendet sich diese Richtung gegen die neue, ökonomische Dogmatik. Während es dem Ersteren in erster Linie um ein besseres Verständnis der Rechtsprechung bzw. gerichtlichen Entscheidungsfindung<sup>1112</sup> zu tun war, fokussiert sich die Letztere hauptsächlich auf die Verhaltensweisen der Rechtsunterworfenen<sup>1113</sup>, die sie gegen die ökonomischen Idealisierungen möglichst realitätsnah erfassen möchte.

---

<sup>1109</sup> Vgl. Horkheimer/Adorno, *Dialektik der Aufklärung*, 72 f.

<sup>1110</sup> Horkheimer/Adorno, *Dialektik der Aufklärung*, 73. Mit nochmals anderen, ebenso hellsichtigen, Worten heißt es noch: „Die Transformation des Opfers in Subjektivität findet im Zeichen jener List statt, die am Opfer stets schon Anteil hatte. In der Unwahrheit der List wird der im Opfer gesetzte Betrug zum Element des Charakters, zur Verstümmelung des »Verschlagenen« selber, dessen Physiognomie von den Schlägen geprägt ward, die er zur Selbsterhaltung gegen sich führte“ (ebd.).

<sup>1111</sup> Vgl. etwa Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*.

<sup>1112</sup> Das ist letztlich auch die Funktion der Figur des *bad man* bei Holmes. Indem man seinen Blick einnimmt, lichtet sich der Schleier der Axiome und Deduktionen und treten dahinter die *wahrscheinlich* zu erwartenden Gerichtsentscheidungen hervor. Diese Entscheidungen zu prognostizieren, ist worauf sich die Rechtswissenschaft zu beschränken habe (vgl. *ders.*, *The Path of the Law*, 460 f.). Entsprechend hat Felix Cohen diese auch als „*patterns of behavior*“ begriffen (siehe Cohen, *Transcendental Nonsense*, 828, 832), die von persönlichen, aber vor allem von sozialen Faktoren bestimmt werden, deren Untersuchung sich eine wirklich wissenschaftliche, *funktionalistisch* verfahrenende, Methode zu widmen habe (vgl. ebd., 834 ff, siehe insb. 843). Die psychologischen und psychoanalytischen Faktoren in der Entscheidungsfindung wurden hingegen von Jerome Frank hervorgehoben (vgl. *ders.*, *Law & the Modern Mind*).

<sup>1113</sup> Indem sie, wie Sunstein, Jolls und Thaler in ihrem einflussreichen Artikel, fragt: „How will *law affect human behavior*? What will *individuals'* likely response to changes in the rules be?“ (*dies.*, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 1474; meine Hervorhebungen). Eingeräumt wird allerdings, dass die dabei zu berücksichtigenden Erkenntnisse aus der Verhaltensforschung hinsichtlich kognitiver und willensmäßiger Einschränkungen neben den Bürgern bzw. Konsumenten auch staatliche Akteure betreffen, weshalb auch

Im Zentrum steht dabei die Erkenntnis, dass Menschen in Bezug auf finanzielle Auswirkungen *zwischen Gewinnen und Verlusten unterscheiden* und diese *verschieden gewichten* („*prospect theory*“).<sup>1114</sup> Verluste werden dabei als intensiver wahrgenommen, weshalb Menschen tendenziell mehr an Gegenleistung verlangen, um ein Gut aufzugeben, als zu zahlen bereit sind, um eines zu erlangen („*endowment effect*“).<sup>1115</sup> Neben diesem Problem begrenzter Rationalität („*bounded rationality*“) wurden mittlerweile insbesondere jene beschränkter Willenskraft („*bounded willpower*“) und beschränkten Eigeninteresses („*bounded self-interest*“) benannt.<sup>1116</sup>

Aber ist diese Schule wirklich progressiv, so wie es der alte *legal realism* tendenziell war? Ihrem (bzw. jenem von Sunstein et al.) Selbstverständnis nach hat sie neben dem gerade anskizzierten „*positiven*“ Teil auch einen „*präskriptiven*“ und „*normativen*“.<sup>1117</sup> Mit der „*präskriptiven*“ Aufgabe ist im Wesentlichen gemeint, dass die Erkenntnisse aus der ökonomischen Verhaltensforschung dem Recht dazu verhelfen sollen, seine Zwecke besser zu erreichen.<sup>1118</sup> Damit ist allerdings eine rein *instrumentelle* und *inhaltlich neutrale Bestimmung* getroffen. Das Wissen über ökonomische Verhaltenweisen des Menschen soll als Mittel verbessert werden, um welche Zwecke auch immer zu erreichen. Was besagt hingegen der „*normative*“ Teil? Er soll, so wollen es Sunstein et al., eine Beurteilung der verschiedenen Zwecke ermöglichen.<sup>1119</sup> Die generelle Schlussfolgerung dieser Beurteilung bezeichnen sie als „*Anti-Antipaternalismus*“. Wegen ihrer beschränkten Rationalität wird es als unzutreffend empfunden, dass Menschen jedenfalls selbst am besten zur Verfolgung des eigenen Wohlbefindens befähigt seien. Weil Rationalitätsbeschränkungen aber auch auf staatliche Akteure zutreffen, wird daraus kein zwingender Paternalismus gefolgert.<sup>1120</sup>

---

kein „Paternalismus“, sondern lediglich ein „Anti-Antipaternalismus“ gefordert wird (vgl. ebd., 1541 ff.; vgl. dazu auch oben Fn 848 und auch gleich im Fließtext).

<sup>1114</sup> Vgl. *Kahneman/Tversky*, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, 263-291 und *Thaler*, Toward a Positive Theory of Consumer Choice, 39-60; siehe auch *Zamir/Teichmann*, Behavioral Law and Economics, 42 ff. Siehe oben die FN 828.

<sup>1115</sup> Vgl. *Zamir/Teichmann*, Behavioral Law and Economics, 50 ff.; siehe auch *Korobkin/Ulen*, Law and Behavioral Science, 1094 f.; Siehe oben die Fn 889, siehe auch noch im Fließtext.

<sup>1116</sup> Vgl. *Sunstein/Jolls/Thaler*, A Behavioral Approach to Law and Economics, 1476-1479, sowie wiederum die Fn 828 oben.

<sup>1117</sup> Vgl. *Sunstein/Jolls/Thaler*, A Behavioral Approach to Law and Economics, 1474 f.

<sup>1118</sup> Vgl. *Sunstein/Jolls/Thaler*, A Behavioral Approach to Law and Economics, 1474: „The prescriptive task is to see how law might be used to achieve specified ends [...]. Explicit consideration of behavioral factors can improve the prescriptions offered by the analyst.“

<sup>1119</sup> Vgl. *Sunstein/Jolls/Thaler*, A Behavioral Approach to Law and Economics, 1474 f.

<sup>1120</sup> Vgl. *Sunstein/Jolls/Thaler*, A Behavioral Approach to Law and Economics, 1541. Allerdings könnte der Einsatz von Beamten-Experten unter bestimmten Bedingungen (keine populistische Einflussnahme, insb.

Das progressive Moment könnte nun darin gesehen werden, dass Menschen jedenfalls nicht einfach nur sich selbst überlassen werden, sondern vor der Ausnutzung durch andere und vor ihrer eigenen Fehlerhaftigkeit und Verletzbarkeit geschützt werden sollen.<sup>1121</sup> Entscheidend aber ist die *Art und Weise* dieses Schutzes. Im Zentrum stehen Techniken des „*nudging*“: Menschen sollen durch kostenarme Gesetzesmaßnahmen in ihrer (als defizitär identifizierten) *Willensbildung* und *-umsetzung* unterstützt und dadurch, zu ihrem *eigenen*, aber auch dem *gesellschaftlichen Wohl*, in eine bestimmte Richtung *gelenkt* werden, wobei ihnen eine alternative Wahl offenbleibt.<sup>1122</sup> Genau mit dieser Methodik schreiben sich die „*behavioral law and economics*“ aber in das Projekt des Wirtschaftsliberalismus und dessen *Willenszurichtungen und -instrumentalisierungen* ein. Im Vergleich zu Smith und seinen Erben Hayek und Posner sind sie bloß nicht länger der Auffassung, dass im Wesentlichen mit einem möglichst weitreichenden Gerüst abstrakter Eigentums- und Tauschregeln genug dafür getan ist, dass die Einzelnen ihren Willen als Eigeninteresse artikulieren und verfolgen (und genau dadurch das Gemeinwohl befördern), sondern sehen sie, eben in der erwähnten Artikulation und Verfolgung, weiteren Unterstützungsbedarf. Das Grundmodell aber bleibt dasselbe: Beförderung des Gemeinwohls – d.h. hier vor allem wirtschaftlicher Maximierung – qua wirtschaftlich motivierter individueller Willensbetätigungen (und mit, vor allem wirtschaftlich, wenigst möglich Eingriffsaufwand des Gesetzgebers). Sunstein ist erstaunlich wenig weit von Smith entfernt. Der Unterschied besteht buchstäblich im „steering“, dem in den Willen „hineinlenkenden“ Gesetzgeber. Die berühmte „Hand“, so könnte man sagen, sie wird hier tatsächlich sichtbar.<sup>1123</sup>

---

Berücksichtigung der Erkenntnisse der „*behavioral law and economics*“) sehr wohl eine Verbesserung, etwa in der Risikoeinschätzung und Zuteilung von Ressourcen, bewirken (vgl. ebd., 1544).

<sup>1121</sup> Vgl. *Zamir/Teichmann*, Behavioral Law and Economics, 163 ff.

<sup>1122</sup> Vgl. die Definition bei *Sunstein*, Nudging: A Very Short Guide, 583: „[L]iberty-preserving approaches that steer people in particular directions, but that also allow them to go their own way. [...] [T]hey generally cost little and have the potential to promote economic and other goals (including public health). Beispiele sind etwa die Effekte von dispositivem Recht, das bestimmte, für wirtschaftlich rational erachtete Anordnungen trifft („*default effects*“). Die betroffenen Personen können von diesen hinausoptieren, würden das aber im Normalfall nicht machen, weil Menschen aktive Wahlentscheidungen tendenziell eher vermeiden („*omission bias*“). So sei es, eben durch Umstellung der betreffenden Bestimmungen von aktiver Zustimmung auf die Möglichkeit des Hinausoptierens, gelungen, die Teilnahme von Arbeitnehmern an einem Pensionssparplan drastisch zu erhöhen (vgl. *Zamir/Teichmann*, Behavioral Law and Economics, 179 f.); weitere Beispiele sind Fristen, bis zu deren Ende die Betroffenen eine Entscheidung treffen müssen, oder die Erteilung von Informationen über das Verhalten anderer (wobei über die damit aufgezeigten Regeln auf den Willen eingewirkt werden soll), vgl. ebd., 183.

<sup>1123</sup> Zu den beiden letzten Absätzen vgl. auch oben die Fn 879. Zur Kritik des *nudging* vgl. auch *Zamir/Teichmann*, Behavioral Law and Economics, 184.

Im Gegensatz dazu bringen sich die *critical legal studies* als tatsächlich progressive Weiterentwicklung von *law & economics* ins Spiel, tun es aber zunächst als dessen radikale Infragestellung. Denn auch sie knüpfen an der individuellen *Willensbildung* an, aber mit der Intention, deren Stellenwert und dessen *problematische Implikationen* in wirtschaftlichen Effizienzkriterien (wie sie im Wesentlichen sowohl der hayekschen Rechtstheorie als *law & economics* zugrundeliegen) aufzuzeigen und zu durchleuchten. Indem das *Paretokriterium*<sup>1124</sup> (in seiner Anwendung) wirtschaftliche Besserung anhand willensbasierter Tauschdispositionen bestimmt, das ist die wesentliche Erkenntnis, *identifiziert es die Wahlentscheidungen gleichermaßen mit tatsächlichem Nutzen und den menschlichen Wünschen in ihrer Komplexität und blendet im Effekt beide aus.*<sup>1125</sup>

Damit nicht genug, wenden sie die *fehlende Kohärenz* und *Bestimmtheit* der *Effizienzkriterien*<sup>1126</sup> ein, hinterfragen und zerpfücken sie in überzeugender Weise die angebliche *Effizienz* von *Eigentum*<sup>1127</sup> und privatrechtlichen *Verträgen*<sup>1128</sup>. In Bezug auf Letztere hat Kelman zum einen insbesondere das Problem von Vermögenseffekten hervorgehoben. Wenn nämlich entweder eine Seite gar kein Vermögen hat, um eine Sache zu kaufen, obwohl sie diese dringend benötigt, oder eine Seite eine dringend benötigte Sache unter keinem vorstellbaren Preis abzutreten bereits ist, gilt dieser Zustand als paretoeffizient, obwohl die Sache nicht dorthin gelangt, wo sie wirtschaftlich dringender benötigt wird.<sup>1129</sup> Zum anderen hat er die Tatsache ins Treffen geführt, dass es nicht (wie es das Coase-Theorem postuliert) gleichgültig ist, wo sich eine Sache befindet, solange sie

---

<sup>1124</sup> In seiner „reinen“ und potentiellen Form (als Kaldor/Hicks-Kriterium). Die letztere trifft ja die grundsätzlichen gleichen Vorannahmen zur Bestimmung einer wirtschaftlichen Verbesserung, nur lässt sie punktuelle Schlechterstellung zu (und zwar genau insofern, als und deshalb, weil sie potentiell im Sinne der Paretoeffizienz überwindbar ist), vgl. auch *Kelman*, *Critical Legal Studies*, 148.

<sup>1125</sup> Vgl. *Kelman*, *Critical Legal Studies*, 120 f, 126-137. Siehe oben 4.2.2.2., dort im Unterabschnitt: Verknüpfung mit den Bedingungen eines idealen Marktes.

<sup>1126</sup> Vgl. *Duncan Kennedy*, *Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique*, 388 f. Zur Unbestimmtheit vgl. auch *Kelman*, *A Guide to Critical Legal Studies*, 125.

<sup>1127</sup> Vgl. etwa *Duncan Kennedy/Michelman*, *Are Property and Contract efficient?*, 715-739; vgl. dazu auch *Kelman*, *A Guide to Critical Legal Studies*, 153-167; zur Effizienzthese von Eigentum vgl. grundlegend *Hardin*, *The Tragedy of the Commons*, 1243-1248.

<sup>1128</sup> Vgl. *Duncan Kennedy/Michelman*, *Are Property and Contract efficient?*, 739-748. Vgl. *Kelman*, *A Guide to Critical Legal Studies*, 141-150 (Kelman verhandelt seine Argumentation unter der Frage der Kohärenz des Kaldor/Hicks-Kriterium, wohl auch weil er Posner attackieren möchte, inhaltlich geht es aber wesentlich um Fragen der Effizienz durch Tauschvorgänge; siehe gleich im Fließtext).

<sup>1129</sup> Vgl. *Kelman*, *A Guide to Critical Legal Studies*, 142-144. Siehe auch oben in der Fn 890.

nur getauscht werden kann, weil Personen Dinge anders, nämlich höher, bewerten, wenn sie diese besitzen, als wenn sie diese erlangen wollen.<sup>1130</sup>

Was bleibt nach dieser (hier freilich nur angedeuteten) umfassenden Infragestellung bzw., wenn man so will, „Dekonstruktion“<sup>1131</sup> noch von *law & economics*? Um diese Frage zu beantworten, muss man sich in Erinnerung rufen, dass *law & economics* immer schon ein *normatives*, und das heißt, wie von den „Crits“ hervorgehoben, auch ein *politisches*, empirische und soziale *Realität gestaltendes* Projekt ist. Es ist *notwendig* und wesentlich, dass die Argumentation der „Crits“, indem sie *die realen Vorannahmen und Konsequenzen* dieses Projekts aufzeigt, auf der Tatsachenebene ansetzt. Aber es ist *nicht hinreichend*. *Hinzukommen* müsste ein auf Grundlage dieser Argumentation und ihrer Erkenntnisse formuliertes *alternatives ökonomisches Programm für das Recht*. Das wäre auch, was die *critical legal studies* einerseits über die „*behavioral law and economics*“ hinweghebt, andererseits sehr wohl an *law & economics* bzw der ökonomischen Betrachtungsweise des Rechts anknüpfen lässt, nur als deren Fortsetzung mit progressiven Mitteln und Absichten.

Tatsächlich bieten *die critical legal studies* zumindest Ansätze auch in diese Richtung. Ein beispielhafter Beitrag Duncan Kennedys beschäftigt sich mit Überlegungen zu einer gesetzlich verankerten, an die Eigentümer gerichteten, Garantie für Mindeststandards der Wohnbarkeit von Mietwohnungen. Gegen die These der neoklassischen Mainstreams von *law & economics*, dass die dadurch für die Eigentümer entstehenden Kosten auf die Mieter abgewälzt und somit eine Reduktion des Angebots leistbarer Wohnräume bewirkt würde<sup>1132</sup>, hebt Kennedy die *Unbestimmtheit* der *Effekte* solcher *Garantiebestimmungen* hervor.<sup>1133</sup> Daran knüpft er das Argument, dass deren selektive Anwendung, nämlich vor allem bei sehr schadhaften Gebäude, die umgekehrten Auswirkungen haben könnte. Dort würden sie nämlich dem Abschröpfen (wörtlich: „Melken“) bis zum Verfall entgegenwirken und dadurch die Lebenszeit von Gebäuden unter Umständen verlängern.

---

<sup>1130</sup> Vgl. *Kelman*, Consumption Theory and the Coase Theorem, 669-698 (siehe insb. 673, 688, 698). Das ist der erwähnte „endowment effect“, vgl. dazu oben, Fn 889.

<sup>1131</sup> Und die „Crits“ hätten sicher nichts dagegen habt, vgl. *Somek*, Haben Sie heute schon dekonstruiert?, 201-222.

<sup>1132</sup> Vgl. *Duncan Kennedy*, The Effect of the Warranty of Habitability on Low Income Housing, 497.

<sup>1133</sup> Vgl. *Duncan Kennedy*, The Effect of the Warranty of Habitability on Low Income Housing, 486; siehe auch 501, 519.

Im Ergebnis bedeute dies gerade eine Erhöhung des Gesamt-Mietangebots und eine korrelative Senkung des Preisniveaus.<sup>1134</sup>

Damit endet diese Rekonstruktion doch noch mit einer positiven Note, nämlich indem sie skizziert, dass die *Inhalte einer ökonomischen Analyse* nicht theoretisch festgeschrieben, sondern *variabel* und damit der *politischen Gestaltung zugänglich* sind. Eine ökonomische Analyse des Rechts mit anderen normativen Inhalten, nämlich etwa eine auf die distributiven Konsequenzen von Rechtsvorschriften bedachte<sup>1135</sup>, ist möglich. Mit dieser These der politischen Gestaltbarkeit des Rechts würde diese *andere Analyse* einerseits das Erbe des legal realism antreten, um dessen progressives Potential wieder zu reaktivieren, und sich andererseits von der Dogmatik in ihren verschiedensten Ausprägungen befreien. Der Privatsrechtsidealismus nämlich hat sich, ob systemtheoretisch oder „paretoliberal“ artikuliert, als allzu willfähriger Mittler des Effizienzdenkens erwiesen, das Effizienzdenken selbst hingegen als die neue Dogmatik mit denselben Zwängen einer angeblich unausweichlichen Logik.

---

<sup>1134</sup> Vgl. *Duncan Kennedy*, The Effect of the Warranty of Habitability on Low Income Housing, 486, 500; vgl. auch *Duncan Kennedy*, law-and-economics from the perspective of critical legal studies, 473.

<sup>1135</sup> Vgl. *Duncan Kennedy*, law-and-economics from the perspective of critical legal studies, 473.

## Literaturverzeichnis

*Adorno, Theodor W.*: Negative Dialektik (Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1996).

*Andree, Georg Johannes*: „Zur Natürlichkeit der Moralphilosophie Adam Smiths“, in: Fricke, Christel / Schütt, Hans-Peter (Hg.): (Berlin / New York: Walter de Gruyter, 2005), 347-374.

*Arnold, Stefan*: „Freiheit, ausgleichende Gerechtigkeit und die Zwecke des Privatrechts“, in: Grünberger, Michael / Jansen, Nils (Hg.): Privatrechtstheorie heute (Recht – Wissenschaft – Theorie 13; Tübingen: Mohr Siebeck, 2017), 137-150.

*Aristoteles*, Nikomachische Ethik (übers. v. Franz Dierlmeier; Aristoteles: Werke in Deutscher Übersetzung, hg. v. Hellmut Flashar; Band 6; Berlin: Akademie Verlag, <sup>10</sup>1999).

*Aristoteles*, Physik (übers. v. Christian H. Weiße; Leipzig: Johann Ambrosius Barth, 1829).

*Arrow, Kenneth J.*: „Some Ordinalist-Utilitarian Notes on Rawls's Theory of Justice by John Rawls“, in: The Journal of Philosophy 70 (1973) 9, 245-263.

*Asbach, Olaf*: „Politik, Handel und internationale Ordnung im Denken der Aufklärung“, in: ders. (Hg.): Der moderne Staat und »le doux commerce«. Politik, Ökonomie und internationale Beziehungen im politischen Denken der Aufklärung (Staatsverständnisse, hg. v. Rüdiger Voigt; Bd. 68; Baden-Baden: Nomos, 2014), 13-36.

*Aßländer, Michael S.*: Adam Smith zur Einführung (Hamburg: Junius, 2007).

*Auer, Marietta*: Der privatrechtliche Diskurs der Moderne (Tübingen: Mohr Siebeck, 2014).

*Augustinus*, On Order [De Ordine] (übers. v. Silvano Borruso; South Bend, IN: St. Augustine's Press, 2007).

*Balibar, Étienne*: Gleichfreiheit. Politische Essays (Berlin: Suhrkamp, 2012).

*Bambauer, Christoph*: Deontologie und Teleologie in der kantischen Ethik (Freiburg im Breisgau: Herder, 2011).

*Baumol, William J.*: Economic Theory and Operations Analysis (Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall International, <sup>3</sup>1972).

*Beck, Naomi*: Hayek and the evolution of capitalism (Chicago: Chicago University Press, 2018).

*Beck, Ulrich*: „Das Zeitalter der Nebenfolgen und die Politisierung der Moderne“, in: ders. / Giddens, Anthony / Lash, Scott: Reflexive Modernisierung (Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1996), 19–112.

*Becker, Gary S.*: „Crime and Punishment“, in: Journal of Political Economy 76 (1968) 2, 169-217.

*Becker, Gary S.*: The Economic Approach to Human Behavior (Chicago & London: University of Chicago Press, 1976).

*Behrends, Okko*: „Rudolf von Jhering – der Rechtsdenker der offenen Gesellschaft“, in: Behrends, Okko (Hg.): Rudolf von Jhering. Beiträge und Zeugnisse aus Anlaß der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages am 17.9.1992 (Göttingen: Wallstein, <sup>2</sup>1993), 8 – 10.

*Behrends, Okko*: „Rudolph von Jhering (1818-1892). »Der Durchbruch zum Zweck des Rechts«, in: Loos, Fritz (Hg.): Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren (Göttinger Universitätschriften, Serie A: Schriften, Band 6; Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1987), 229 – 269.

*Beiser, Frederick C.*: Late German Idealism: Trendelenburg and Lotze (Oxford: Oxford University Press, 2014).

*Benjamin, Walter*: Charles Baudelaire. Ein Lyriker im Zeitalter des Hochkapitalismus (stw 47; Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1974).

- Benjamin, Walter*: Ursprung des deutschen Trauerspiels (stw 225; Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1978).
- Bentham, Jeremy*: A Fragment on Government; Or A Comment on the Commentaries (The Works of Jeremy Bentham. hg. v. John Bowring; Edinburgh: William Tate, 1838-1843; Vol. I), 221-296.
- Bentham, Jeremy*: Anarchical Fallacies (The Works of Jeremy Bentham. hg. v. John Bowring; Edinburgh: William Tate, 1838-1843; Vol. II), 488-534.
- Bentham, Jeremy*: An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (The Works of Jeremy Bentham. hg. v. John Bowring; Edinburgh: William Tate, 1838-1843; Vol. I), 1-154.
- Bentham, Jeremy*: Constitutional Code (The Works of Jeremy Bentham, hg v. John Bowring; Edinburgh: William Tait, 1838-1843; Vol. IX).
- Bentham, Jeremy*: Eine Einführung in die Prinzipien der Moral und der Gesetzgebung (Passau: Verlag Senging, 1970).
- Bentham, Jeremy*: Grundsätze der Zivil- und Kriminalgesetzgebung (2 Bände; Berlin: Dumont, 1830).
- Bentham, Jeremy*: Leading Principles of a Constitutional Code, for any State (The Works of Jeremy Bentham. hg. v. John Bowring; Edinburgh: William Tate, 1838-1843; Vol. II), 267-274.
- Bentham, Jeremy*: Parliamentary Candidate's proposed Declaration of Principles: or say, A Test proposed for Parliamentary Candidates (London: Office of the Westminster Review / Robert Heward, 1831).
- Bentham, Jeremy*: Plan of Parliamentary Reform, in the Form of Catechism, with Reasons for each Article (The Works of Jeremy Bentham. hg. v. John Bowring; Edinburgh: William Tate, 1838-1843; Vol. III), 435-552.
- Behrends, Okko*: „Das »Rechtsgefühl« in der historisch-kritischen Rechtstheorie des späten Jhering. Ein Versuch zur Interpretation und Einordnung von Jherings zweitem Wiener Vortrag, in: *Jhering, Rudolph* v.: Ueber die Entstehung des Rechtsgefühles (Antiqua 29; Neapel: Jovene, 1986).
- Boettke, Peter J.*: „Friedrich A. Hayek (1899-1992)“, in: Dictionary of Modern American Philosophers (hg. v. J. Shook; Bristol: Thoemmes Continuum, 2005), verfügbar auf SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1698801> (aufgerufen am 17.12.2019), 300-303.
- Böhm, Franz*: „Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft“, in: *Ordo: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 17 (1966), 75-151.
- Böll, Heinrich*: „Anekdote zur Senkung der Arbeitsmoral“, in: ders.: Werke (Kölner Ausgabe, hg. v. Árpád Bernáth et al.; Band 12, hg. v. Robert C. Conrad; Köln: Kiepenheuer & Witsch, 2008), 441-443.
- Bourdieu, Pierre*: Entwurf einer Theorie der Praxis. Auf der ethnologischen Grundlage der kabyliischen Gesellschaft (stw, 291; Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1979).
- Bourdieu, Pierre*: „The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field“, in: *The Hastings Law Journal* 38 (1986/87) 5, 814-853.
- Boyd, Robert / Richerson, Peter J.*: Culture and the Evolutionary Process (Chicago: University of Chicago Press, 1985).
- Brink, David*: „Mill's Moral and Political Philosophy“, in: Zalta, Edward N. (hg.): The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2018 Edition), <https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/mill-moral-political/> (aufgerufen am 16.12.2019).
- Brown, Vivienne*: Adam Smith's Discourse: Canonicity, Commerce and Conscience (London / New York: Routledge, 1994).

- Buchanan, James M. / Tullock, Gordon*: The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy (The Collected Works of James M. Buchanan, Vol. 3; with a Foreword by Robert D. Tollison; Indianapolis: Liberty Fund, 1999).
- Burke, Edmund*: „Speech on the Motion Made in the House of Commons, the 7th of February, 1771, Relative to the Middlesex Elections“, in: ders.: The Works of the Right Honourable Edmund Burke (vol. 10; London: Rivington, 1815–27), 63–71.
- Calabresi, Guido*: „Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts“, in: The Yale Law Journal 70 (1961) 4, 499-553.
- Calabresi, Guido*: The Costs of Accidents (New Haven / London: Yale University Press, 1970).
- Caldwell, Bruce J.*: Hayek, Friedrich August von (1899–1992), <http://public.econ.duke.edu/~bjc18/docs/Hayek%20article.pdf> (aufgerufen am 16.12.2019).
- Cheung, Chor-yung*: „Beyond Complexity: Can the Sensory Order“, in: Hayek in Mind: Hayek's Philosophical Psychology (Advances in Austrian Economics, Vol. 15; hg. v. Leslie Marsh; Bingley, UK: Emerald Group Publishing Limited, 2011), 219-239.
- Coase, Ronald H.*: „Law and Economics at Chicago“, in: The Journal of Law & Economics 36 (1993) 1, Pt. 2, 239-254.
- Coase, Ronald H.*: „The Problem of Social Cost“, in: The Journal of Law & Economics 3 (1960) 1, 1–44.
- Cohen, Felix S.*: „Transcendental Nonsense and the Functional Approach“, in: Columbia Law Review 35 (1935) 6, 809-849.
- Cohon, Rachel*: „Hume's Moral Philosophy“, in: Zalta, Edward N. (hg.): The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2018 Edition), <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/hume-moral/> (aufgerufen am 18.12.2019).
- Cooter, Robert / Ulen, Thomas*: Law & Economics (The Pearson Series in Economics; Boston [u.a.]: Addison-Wesley, 2011).
- Crimmins, James E.*, „Jeremy Bentham“, in: Zalta, Edward N. (hg.): The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2019 Edition), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/bentham/> (aufgerufen am 16.12.2019).
- Cumberland, Richard*: A Treatise of the Laws of Nature (hg. v. Knud Haakonssen; Indianapolis: Liberty Fund, 2005).
- Dagan, Hanoch / Dorfman, Avihay*: „Just Relationships“, in: Columbia Law Review 116 (2016) 1395-1460.
- Dahner, Helmut*: Pseudonatur und Kritik. Freud, Marx und die Gegenwart (stw 1127; Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1994).
- Darwin, Charles*: Die Abstammung des Menschen (übers. v. Heinrich Schmitt; m. einem Vorwort v. Josef H. Reichholf; Frankfurt a.M.: Fischer Taschenbuch Verlag, 2005).
- Darwin, Charles*: Die Entstehung der Arten (Stuttgart: Reclam, 1963).
- Davies, William*: The Limits of Neoliberalism: Authority, Sovereignty and the Logic of Competition (Theory, Culture & Society; Los Angeles [u.a.]: Sage, 2014).
- Dawkins, Richard*: Das egoistische Gen (übers. von Karin De Sousa Ferreira; Heidelberg: Spektrum Akademischer Verlag / Springer, 2008).
- Deleuze, Gilles*: David Hume (Reihe Campus. Einführungen; Bd 1059; hg. v. Hans-Martin Lohmann et al.; übers. v. Peter Geble & Martin Weinmann; Frankfurt / New York: Campus, 1997).
- DeMartino*, Harming Irreparably: On Neoliberalism, Kaldor-Hicks, and the Paretian Guarantee, in: Review of Social Economy 73 (2015) 4, 315-340.

- Denis, Andy*, „Was Adam Smith an Individualist?“, in: *History of the Human Sciences*, 12 (1999) 3, 71–86.
- Dewey, John*: *German Philosophy and Politics* (New York: Henry Holt, 1915).
- Dobb, Maurice*: *Entwicklung des Kapitalismus. Vom Spätfeudalismus bis zur Gegenwart* (übers. v. Franz Becker; Köln / Berlin: Kiepenheuer & Witsch, <sup>2</sup>1972).
- Donges, Juergen B. et al. (Kronberger Kreis)*: *Globalisierter Wettbewerb. Schicksal und Chance* (Schriftenreihe: Bd. 32; Bad Homburg: Frankfurter Institut Stiftung Marktwirtschaft und Politik, 1998).
- Dupuy, Jean-Pierre*: „The Autonomy of Social Reality: On the Contribution of Systems Theory to the Theory of Society“, in: *Evolution, Order and Complexity* (Routledge Frontiers of Political Economy 2; hg. v. Elias L. Khalil & Kenneth E. Boulding; New York: Routledge, 1996), 61-88.
- Düsing, Klaus*: *Die Teleologie in Kants Weltbegriff* (Kant-Studien: Ergänzungshefte, 96; Bonn: Bouvier, 1968).
- Dworkin, Ronald M.*: „Is Wealth a Value?“, in: *The Journal of Legal Studies* 9 (1980) 2, 191-226.
- Dworkin, Ronald M.*: *Law's Empire* (Cambridge, MA / London: The Belknap Press, 1986).
- Dworkin, Ronald M.*: *Taking Rights Seriously* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978).
- Dworkin, Ronald M.*: „Why Efficiency? A Response to Professors Calabresi and Posner“, in: *Hofstra Law Review* 8 (21980) 3, 563-590.
- Ebbinghaus, Julius*: „Interpretation and Misinterpretation of the Categorical Imperative“, in: *The Philosophical Quarterly* 4 (1954) 15, 97–108.
- Ehrlich, Eugen*: *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (hg. v. Manfred Rehbinder; Berlin: Duncker & Humblot, <sup>4</sup>1989).
- Eidenmüller, Horst*: „Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics“, in: *Juristenzeitung (JZ)* 60 (2005) 5, 216 – 224.
- Eidenmüller, Horst*: *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts* (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften, Bd. 90; Tübingen: Mohr Siebeck, 1995).
- Elbe, Ingo*: *Entfremdete und abstrakte Arbeit. Marx' Ökonomisch-philosophische Manuskripte im Vergleich zu seiner späteren Kritik der politischen Ökonomie*, [http://www.rote-ruhr-uni.com/cms/IMG/pdf/Entfremdete\\_Arbeit.pdf](http://www.rote-ruhr-uni.com/cms/IMG/pdf/Entfremdete_Arbeit.pdf) (aufgerufen am 19.12.2018) (eine leicht gekürzte Version dieses Textes erschien in: *ders.: Paradigmen anonymer Herrschaft* (Würzburg; Königshausen u. Neumann, 2015)).
- Epictetus*: *Discourses, Books 1-2* (übers. v. William A. Oldfather; Loeb Classical Library 131. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1925).
- Eucken, Walter*: „Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus“, in: *Weltwirtschaftliches Archiv* 36 (1932), 297-321.
- Farrant, Andrew*: „Introduction“, in: *Farrant, Andrew (Hg.): Hayek, Mill, and the Liberal Tradition* (Routledge Studies in the History of Economics 121; London and New York: Routledge, 2011), 1-4.
- Ferguson, Adam*: *An Essay on the History of Civil Society* (London: T. Cadell, <sup>5</sup>1782).
- Fikentscher, Wolfgang*: *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Band II, Anglo-Amerikanischer Rechtskreis* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1976).
- Fikentscher, Wolfgang*: *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Band III, Mitteleuropäischer Rechtskreis* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1975).
- Fisher, Mark*: *Kapitalistischer Realismus ohne Alternativen? Eine Flugschrift* (übers. v. Christian Werthschulte, Peter Scheiffele und Johannes Springer; Hamburg: VSA Verlag, 2013).

- Fleetwood, Steve*: Hayek's Political Economy. The socio-economics of order (Routledge Studies in the History of Economics 3; London and New York: Routledge, 2003).
- Fletcher, George P.*: Basic Concepts of Legal Thought (New York / Oxford: Oxford University Press, 1996).
- Forsyth, Murray*: „Hayek's bizarre Liberalism: A Critique“, in: Political Studies, 36 (1988) 2, 235–250.
- Foucault, Michel*: Der Wille zum Wissen. Sexualität und Wahrheit. Erster Band, Der Wille zum Wissen (übers. v. Ulrich Raulf & Walter Seitter; Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1977).
- Foucault, Michel*: Die Geburt der Biopolitik, Geschichte der Gouvernementalität II (stw 1809; hg. v. Michel Sennelart; übers. v. Jürgen Schröder; Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2006).
- Foucault, Michel*: Gespräch über die Sicherheit und den Staat (Michel Foucault. Dits et Écrits, hg.v. Daniel Defert & Francois Ewald; übers. v. Michael Bischoff, Hans-Dieter Gondek, Hermann Kocyba und Jürgen Schröder; Bd. 3, 1976–1979; Frankfurt am Main, Suhrkamp / Insel, 2003), 495–502.
- Frank, Jerome*: Law & the Modern Mind (With a new Introduction by Brian H. Bix; New Brunswick, NJ [u.a.]: Transaction Publishers, 2009).
- Frege, Gottlob*: „Der Gedanke. Eine logische Untersuchung“, in: ders., Logische Untersuchungen (hg. v. Günther Patzig; Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen <sup>4</sup>1993), 30-53.
- Friedman, David*: Law's Order. What Economics has to do with Law and why it matters (Princeton / Oxford: Princeton University Press, 2000).
- Friedman, Milton*: „The Fragility of Freedom“, in: BYU Studies Quarterly 16 (1976) 4, 561-574.
- Friedman, Milton*: „The Methodology of Positive Economics“, in: ders.: Essays in Positive Economics (Chicago & London: Chicago University Press, 1953), 3-43.
- Furuya, Hiroyuki*: „Beauty as Independence: Stoic Philosophy and Adam Smith“, in: The Kyoto Economic Review 80 (2011) 1, 70-102.
- Gamble, Andrew*: Hayek. The Iron Cage of Liberty (Cambridge, MA: Blackwell, 1996).
- Gardner, John*: „Private Authority in Ripstein's *Private Wrongs*“, in: Jerusalem Review of Legal Studies, 14 (2016) 1, 52–63.
- Geigant, Friedrich et al.*: Lexikon der Volkswirtschaft (Landsberg am Lech: Verlag moderne Industrie, <sup>6</sup>1994).
- Gerber, Carl F.*: Über öffentliche Rechte (Tübingen: Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, 1852).
- Giddens, Anthony*: The Consequences of Modernity (Cambridge: Polity Press, 1996).
- Gilles, Stephen G.*: „Negligence, Strict Liability, and the Cheapest Cost-Avoider“, in: Virginia Law Review 78 (1992) 6, 1291-1375.
- Gordon, Robert W.*: „Critical Legal Histories“, in: Stanford Law Review 36 (1984) ½, 57-125.
- Gossen, Hermann Heinrich*: Entwicklung der Gesetze des menschlichen Verkehrs, und der daraus fließenden Regeln für menschliches Handeln (Braunschweig: Friedrich Vieweg und Sohn, 1854).
- Grapp, William D.*: „What Did Smith Mean by the Invisible Hand“, in: Journal of Political Economy 108 (2000) 3, 441-465.
- Gregor, Mary J.*: Laws of Freedom. A Study of Kant's Method of Applying the Categorical Imperatives in the »Metaphysik Der Sitten« (Oxford: Basil Blackwell, 1953).
- Grey, Thomas C.*: „Langdell's Orthodoxy“, in: University of Pittsburgh Law Review 45 (1983) 1, 1-53.

*Guyer, Paul:* Kant on Freedom, Law, and Happiness (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).

*Haakonssen, Knut:* „What Might Properly Be Called Natural Jurisprudence“, in: Campbell, Roy. H. & Skinner, Andrew S.: The Origins and Nature of the Scottish Enlightenment. New Perspectives on the Politics and Culture of Early Modern Scotland (Edinburgh: J. Donald, 1982), 205-225.

*Haakonssen, Knut:* The Science of a Legislator. The Natural Jurisprudence of David Hume & Adam Smith (Cambridge [u.a.]: Cambridge University Press, 1981).

*Habermas, Jürgen:* „Die Verschlingung von Mythos und Aufklärung: Horkheimer und Adorno“, in: ders.: Der Philosophische Diskurs der Moderne. Zwölf Vorlesungen (Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1985), 130–157.

*Hamowy, Ronald:* „Freedom and the Rule of Law in F.A. Hayek“, in: Il Politico 36 (1971) 2, 349-377.

*Haines, Valerie A.:* „Spencer, Darwin, and the Question of Reciprocal Influence“, in: Journal of the History of Biology 24 (1991) 3, 409-431.

*Hardin, Garrett:* „The Tragedy of the Commons“, in: Science 162 (1968) 3859, 1243-1248.

*Harman, Gilbert:* Explaining Value, and other Essays in Moral Philosophy (Oxford: Clarendon Press, 2000).

*Harpham, Edward J.:* „The Humean and Kantian Hayek. Chandran Kukathas: Hayek and Modern Liberalism (Review)“, in: The Review of Politics 53 (1991) 3, 571-573.

*Harrington, James:* The Commonwealth of Oceana (London: Printed by J. Streater for Livewell Chapman, and are to be sold at his shop, 1656).

*Harsanyi, John C.:* „Can the Maximin Principle Serve as a Basis for Morality? A Critique of John Rawls's Theory“, in: The American Political Science Review 69 (1975) 3, 594-606.

*Hart, Herbert L.A.:* „Between Utility and Rights“, in: ders., Essays in Jurisprudence and Philosophy (Oxford: Oxford University Press, 1983), 198-222-

*Hart, Herbert L.A.:* The Concept of Law (With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz; Oxford: Clarendon Press, <sup>2</sup>1994).

*Hayek, Friedrich A.:* „Adam Smith's Message in Today's Language“, in: New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas (London and Henley: Routledge & Kegan Paul), 267-269.

*Hayek, Friedrich A.:* „Competition as a Discovery Procedure“, in: The Quarterly Journal of Austrian Economics 5 (2002) 3, 9-23.

*Hayek, Friedrich A.:* „Comte and Hegel“, in: The Counter-Revolution of Science: Studies on the Abuse of Reason (Glencoe, IL: The Free Press, 1952), 189–206.

*Hayek, Friedrich A.:* „Decline of the Rule of Law 1“, in: The Freeman (April 20, 1953), 518-520.

*Hayek, Friedrich A.:* „Decline of the Rule of Law 2“, in: The Freeman (May 4, 1953), 561-563.

*Hayek, Friedrich A.:* Der Strom der Güter und Leistungen, in: ders., Die Anmaßung von Wissen. Neue Freiburger Studien (Wirtschaftswissenschaftliche und wirtschaftsrechtliche Untersuchungen; 32; hg. v. Wolfgang Kerber; Tübingen: Mohr Siebeck, 1996), 130-147.

*Hayek, Friedrich A.:* Der Weg zur Knechtschaft (hg. u. eingeleitet v. Wilhelm Röpke; übers. v. Eva Röpke; Erlenbach-Zürich: Eugen Rentsch Verlag, 1945).

*Hayek, Friedrich A.:* „Die Anmaßung von Wissen“, in: ders.: Die Anmaßung von Wissen. Neue Freiburger Studien (Wirtschaftswissenschaftliche und wirtschaftsrechtliche Untersuchungen, Bd. 32; hg. v. Wolfgang Kerber; Tübingen: Mohr Siebeck, 1996), 3-15.

*Hayek, „Die Entthronung der Politik“, in: ders., Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung. Aufsätze zur Politischen Philosophie und Theorie (Friedrich A. von Hayek. Gesammelte Schriften*

in deutscher Sprache, hg. v. Alfred Bosch et al.; Abt. A, Bd. 5, hg. v. Viktor Vanberg; Tübingen: Mohr Siebeck, 2002), 217-227.

*Hayek, Friedrich A.*: „Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs“, in: ders., Rechtsordnung und Handlungsordnung. Aufsätze zur Ordnungsökonomik (Friedrich A. von Hayek. Gesammelte Schriften in deutscher Sprache, hg. v. Alfred Bosch et al.; Abt. A, Bd. 4, hg. v. Manfred E. Streit; Tübingen: Mohr Siebeck, 2003), 178-189.

*Hayek, Friedrich A.*: „Die Sprachverwirrung im politischen Denken“, in: ders., Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung. Aufsätze zur Politischen Philosophie und Theorie (Friedrich A. von Hayek. Gesammelte Schriften in deutscher Sprache, hg. v. Alfred Bosch et al.; Abt. A, Bd. 5, hg. v. Viktor Vanberg; Tübingen: Mohr Siebeck, 2002), 150-177.

*Hayek, Friedrich A.*: „Die Theorie komplexer Phänomene“, in: ders.: Die Anmaßung von Wissen. Neue Freiburger Studien (Wirtschaftswissenschaftliche und wirtschaftsrechtliche Untersuchungen, Bd. 32; hg. v. Wolfgang Kerber; Tübingen: Mohr Siebeck, 1996), 281-306.

*Hayek, Friedrich A.*: Die Verfassung der Freiheit, 3. Auflage (Tübingen: Mohr Siebeck, 1991).

*Hayek, Friedrich A.*: Die verhängnisvolle Anmaßung (Wirtschaftswissenschaftliche und wirtschaftsrechtliche Untersuchungen; 34; übers. v. Monika Streissler; Tübingen: Mohr Siebeck, 1996).

*Hayek, Friedrich A.*: „Economics and Knowledge“, in: *Economica*. New Series 4 (1937) 13, 33-54.

*Hayek, Friedrich A.*: Einzelwissen und Gesamtordnung, in: ders., Rechtsordnung und Handlungsordnung. Aufsätze zur Ordnungsökonomik (Friedrich A. von Hayek. Gesammelte Schriften in deutscher Sprache, hg. v. Alfred Bosch et al.; Abt. A, Bd. 4, hg. v. Manfred E. Streit; Tübingen: Mohr Siebeck, 2003), 178-189.

*Hayek, Friedrich A.*: „Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung“, in: ders., Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung. Aufsätze zur Politischen Philosophie und Theorie (Friedrich A. von Hayek. Gesammelte Schriften in deutscher Sprache, hg. v. Alfred Bosch et al.; Abt. A, Bd. 5, hg. v. Viktor Vanberg; Tübingen: Mohr Siebeck, 2002), 69-87.

*Hayek, Friedrich A.*: *Individualism and Economic Order* (Chicago: Chicago University Press, 1948).

*Hayek, Friedrich A.*: *Lecture on a Mastermind: Dr. Bernard Mandeville* (Proceedings of the British Academy, Volume 52; London: British Academy, 1967), 125-141.

*Hayek, Friedrich A.*: „Liberalismus“, in: ders., Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung. Aufsätze zur Politischen Philosophie und Theorie (Friedrich A. von Hayek. Gesammelte Schriften in deutscher Sprache, hg. v. Alfred Bosch et al.; Abt. A, Bd. 5, hg. v. Viktor Vanberg; Tübingen: Mohr Siebeck, 2002), 35-73.

*Hayek, Friedrich A.*: „Nature v. Nurture Once Again“, in: *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas* (London and Henley: Routledge & Kegan Paul), 290-294.

*Hayek, Friedrich A.*: *Recht, Gesetz und Freiheit. Eine Neufassung der liberalen Grundsätze der Gerechtigkeit und der politischen Ökonomie* (Friedrich A. von Hayek. Gesammelte Schriften in deutscher Sprache, hg. v. Alfred Bosch et al.; Abteilung B: Bücher, Band 4, hg. von Viktor Vanberg, übers. v. Monika Streissler; Tübingen: Mohr Siebeck, 2003).

*Hayek, Friedrich A.*: „Rechtsordnung und Handlungsordnung“, in: ders., Rechtsordnung und Handlungsordnung. Aufsätze zur Ordnungsökonomik (Friedrich A. von Hayek. Gesammelte Schriften in deutscher Sprache, hg. v. Alfred Bosch et al.; Abt. A, Bd. 4, hg. v. Manfred E. Streit; Tübingen: Mohr Siebeck, 2003), 88-119.

*Hayek, Friedrich A.*: „Scientism and the Study of Society. Part I“, in: *Economica*, 9 (1942). 35, 267-291.

- Hayek, Friedrich A.*: „Sozialismus und Wissenschaft“, in: ders.: Die Anmaßung von Wissen. Neue Freiburger Studien (Wirtschaftswissenschaftliche und wirtschaftsrechtliche Untersuchungen, Bd. 32; hg. v. Wolfgang Kerber; Tübingen: Mohr Siebeck, 1996), 151-165.
- Hayek, Friedrich A.*: „The Present State of the Debate“, in: ders. (ed.), *Collectivist Economic Planning: Critical Studies on the Possibilities of Socialism* by N.G. Pierson, Ludwig von Mises, Georg Halm and Enrico Barone (London: Routledge & Kegan, 1963), 201-243.
- Hayek, Friedrich A.*: „The Trend of Economic Thinking“, in: *Economica* 40 (1933), 121-137.
- Hayek, Friedrich A. / Corsico, Rachele*: „The legal and political philosophy of David Hume / La Filosofia della Politica e del Diritto di David Hume“, in: *Il Politico* 28 (1963) 4, 691-721.
- Hayek, Friedrich A.*: *The Sensory Order. An Inquiry into the Foundations of Theoretical Psychology* (Chicago / Illinois: The University of Chicago Press, 1952).
- Hayek, Friedrich A.*: „*The Sensory Order* after 25 Years“, in: *The Sensory Order and Other Writings on the Foundations of Theoretical Psychology* (The Collected Works of F.A. Hayek; Vol. 14; hg. v. Viktor Vanberg; Chicago: Chicago University Press 2017), 382-390.
- Hayek, Friedrich A.*: „Zur Bewältigung von Unwissenheit“, in: ders.: Die Anmaßung von Wissen. Neue Freiburger Studien (Wirtschaftswissenschaftliche und wirtschaftsrechtliche Untersuchungen, Bd. 32; hg. v. Wolfgang Kerber; Tübingen: Mohr Siebeck, 1996), 307-316.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*: *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften. Erster Teil. Die Wissenschaft der Logik* (Georg Wilhelm Friedrich Hegel: Werke, Band 8; stw, 608; Frankfurt: Suhrkamp, 1979).
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*: *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (Georg Wilhelm Friedrich Hegel: Werke, Band 7; stw, 607; Frankfurt: Suhrkamp, 1987).
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*: *Phänomenologie des Geistes* (Georg Wilhelm Friedrich Hegel: Werke, Band 3; stw, 603; Frankfurt: Suhrkamp, <sup>14</sup>2017).
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*: *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie III* (Georg Wilhelm Friedrich Hegel: Werke, Band 20; stw, 620; Frankfurt: Suhrkamp, 1986).
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*: *Vorlesungen über die Philosophie der Religion II. Vorlesungen über die Beweise vom Dasein Gottes* (Georg Wilhelm Friedrich Hegel: Werke, Band 17; stw, 617; Frankfurt: Suhrkamp, 1986).
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*: *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte* (Georg Wilhelm Friedrich Hegel: Werke, Band 12; stw, 612; Frankfurt: Suhrkamp, <sup>2</sup>1989).
- Helfer, Christian*: „Rudolf von Jhering als Rechtssoziologe“, in: *Gießener Universitätsblätter* 5 (1972) 2, 40-56.
- Hennecke, Hans Jörg*: *Friedrich August von Hayek. Die Tradition der Freiheit* (Düsseldorf: Verlag Wirtschaft und Finanzen / Verlagsgruppe Handelsblatt GmbH, 2000).
- Herman, Barbara*: *The Practice of Moral Judgement* (Cambridge, MA / London: Harvard University Press, 1993).
- Hetzl, Andreas*: „Dialektik der Aufklärung“, in: Klein, Richard / Kreuzer, Johann / Müller-Doohm, Stefan (Hg.): *Adorno-Handbuch. Leben – Werk – Wirkung* (Stuttgart: J. B. Metzler Verlag, <sup>2</sup>2011), 411-418.
- Hicks, John R.*: „The Foundations of Welfare Economics“, in: *The Economic Journal* 49 (1939) 196, 696-712.
- Hill, Lisa*: „The hidden theology of Adam Smith“, in: *The European Journal of the History of Economic Thought*, 8 (2001) 1, 1–29.

- Himmelfarb, Gertrude*: The Moral Imagination. From Adam Smith to Lionel Trilling (Lanham, ML: Rowman & Littlefield Publishers, <sup>2</sup>2012).
- Hirschman, Albert O.*: Leidenschaften und Interessen. Politische Begründungen des Kapitalismus vor seinem Sieg (stw 670; Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1980).
- Hobsbawm, Eric J.*: Die Blütezeit des Kapitals 1848-1875 (Das lange 19. Jahrhundert, Band 2; übers. v. Johann George Scheffner; Darmstadt: Theiss / WBG, 2017).
- Hobsbawm, Eric J.*: Die Blütezeit des Kapitals 1875-1914 (Das lange 19. Jahrhundert, Band 3; übers. v. Udo Rennert; Darmstadt: Theiss / WBG, 2017).
- Höffe, Ottfried*: Immanuel Kant (Große Denker, Bd. 506; München: Verlag C.H. Beck, <sup>2</sup>1988).
- Hofmeister, Herbert*: „Jhering in Wien“, in: Behrends, Okko (Hg.): Rudolf von Jhering. Beiträge und Zeugnisse aus Anlaß der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages am 17.9.1992 (Göttingen: Wallstein, <sup>2</sup>1993), 38-48.
- Holmes, Oliver Wendell Jr.*: The Path of the Law, in: Harvard Law Review 10 (1897) 8, 457-478.
- Hoppmann, Erich*: Wirtschaftsordnung und Wettbewerb (Baden-Baden: Nomos, 1991).
- Horkheimer, Max / Adorno, Theodor W.*: Dialektik der Aufklärung (Frankfurt a.M.: Fischer TB, 2000).
- Horn, Christoph*: Nichtideale Normativität. Ein neuer Blick auf Kants politische Philosophie (Berlin: Suhrkamp, 2014).
- Hovenkamp, Herbert*: The Opening of American Law. Neoclassical Legal Thought, 1870-1970 (Oxford: Oxford University Press, 2015).
- Huizinga, Johann*: Homo Ludens (rowohlts enzyklopädie, hg. v. Burghard König; Reinbek bei Hamburg: Rowohl, <sup>23</sup>2013).
- Howard, Jonathan*: Darwin. A very short Introduction (Oxford: Oxford University Press, 1982).
- Hume, David*: A Treatise of Human Nature (hg. v. Lewis A. Selby-Bigge; Oxford: Clarendon Press, 1896).
- Hume, David*: Dialoge über natürliche Religion (Universalbibliothek Nr. 7692; Stuttgart: Reclam, 1981).
- Hume, David*: Eine Untersuchung in Betreff des menschlichen Verstandes (Philosophische Bibliothek, Bd. 13; Berlin: L. Heiman, 1869).
- Hume, David*: The Letters of David Hume (hg. v. John Y.T. Greig; 2 vols; Oxford: Oxford University Press, 1932).
- Hutt, William H.*: Economists and the Public. A Study of Competition and the Opinion (London: Jonathan Cape, 1936).
- James, William*: Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking? (London: Longman, Green and Co., 1907).
- Jellinek, Georg*: System der subjektiven öffentlichen Rechte (Freiburg: Akademische Verlagsbuchhandlung von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1892).
- Jevons, William Stanley*: The Theory of Political Economy (London: Macmillan, <sup>3</sup>1888).
- Jhering, Rudolph von*: „Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen“, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 4 (1861), 1-112.
- Jhering, Rudolph von*: Der Kampf ums Recht (hg. und mit einem Anh. Vers. Von Hermann Klenner; Rudolf Haufe Verlag: Freiburg/Berlin, <sup>1</sup>1992; (seitenge treuer Nachdruck der Erstauflage Wien: Manz, 1872)).
- Jhering, Rudolph von*: Der Kampf ums Recht (Wien: Manz, <sup>21</sup>1925).

- Jhering, Rudolph von*: Der Zweck im Recht. Erster Band (Leipzig: Breitkopf & Härtel, <sup>3</sup>1893).
- Jhering, Rudolph von*: Der Zweck im Recht, Zweiter Band (Leipzig: Breitkopf & Härtel, <sup>1</sup>1883).
- Jhering, Rudolph von*: Der Zweck im Recht, Zweiter Band (Leipzig: Breitkopf & Härtel, <sup>6-8</sup>1923).
- Jhering, Rudolph von*: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Erster Teil (Leipzig: Breitkopf & Härtel, <sup>1</sup>1852).
- Jhering, Rudolph von*: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Zweiter Teil. Erste Abteilung (Leipzig: Breitkopf & Härtel, <sup>1</sup>1854).
- Jhering, Rudolph von*: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Zweiter Teil. Erste Abteilung (Leipzig: Breitkopf & Härtel, <sup>2</sup>1869).
- Jhering, Rudolph von*: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Zweiter Teil. Zweite Abteilung (Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1858).
- Jhering, Rudolph von*: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Dritter Teil. Erste Abteilung (Basel: Benno Schwabe & Co, <sup>8</sup>1954).
- Jhering, Rudolph von*: „Über den Sinn des Satzes: Der Käufer trägt die Gefahr, mit besonderer Beziehung auf den Fall des mehrfachen Verkaufes“, in: Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts: Erster Band, Abhandlungen aus den vier ersten Bänden der Jahrbücher (Jena: G. Fischer, 1881), 291-326.
- Jhering, Rudolph von*: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, in: ders.: Der Kampf ums Recht. Ausgewählte Schriften mit einer Einleitung von Gustav Radbruch (hg. v. Christian Rusche; Nürnberg: Glock und Lutz, 1965), 303-349.
- Jhering, Rudolph von*: Über Aufgabe und Methode der Rechtsgeschichtsschreibung, in: ders.: Der Kampf ums Recht. Ausgewählte Schriften mit einer Einleitung von Gustav Radbruch (hg. v. Christian Rusche; Nürnberg: Glock und Lutz, 1965), 401-444.
- Jhering, Rudolph v.*: Ueber die Entstehung des Rechtsgefühles (mit einer Vorbemerkung und einem anschließenden Interpretations- und Einordnungsversuch von Okko Behrends; Antiqua 29; Neapel: Jovene, 1986).
- Jones, Daniel S.*: Masters of the Universe. Hayek, Friedman, and the Birth of Neoliberal Politics (Princeton & Oxford: Princeton University Press, 2012).
- Kähler*, Pluralismus und Monismus in der normativen Rekonstruktion des Privatrechts. Zu Florian Rödl's „Gerechtigkeit unter freien Gleichen“, in: Grünberger, Michael / Jansen, Nils (Hg.): Privatrechtstheorie heute (Recht – Wissenschaft – Theorie 13; Tübingen: Mohr Siebeck, 2017), 118-136.
- Kahneman, Daniel und Tversky, Amos*: „Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk“, in: *Econometrica* 47 (1979) 2, 263-291.
- Kaldor, Nicholas*: „Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility“, in: *The Economic Journal* 49 (1939) 195, 549-552.
- Kant, Immanuel*: „Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?“, in: ders.: Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik (stw 192; Werke in zwölf Bänden, hg. v. Wilhelm Weischedel, Band XI), 51-82.
- Kant, Immanuel*: „Der Streit der Fakultäten“, in: ders.: Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik (stw 192; Werke in zwölf Bänden, hg. v. Wilhelm Weischedel, Band XI), 261-393.
- Kant, Immanuel*: „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“, in: ders.: Kritik der praktischen Vernunft. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (stw 56; Werke in zwölf Bänden, hg. v. Wilhelm Weischedel, Band VII; Frankfurt a.M.: Suhrkamp, <sup>11</sup>1991), 7-102.
- Kant, Immanuel*: Kritik der Urteilskraft (Kant-W Bd. 10; Stuttgart: Reclam, 2004).

- Kant, Immanuel*: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Metaphysik der Sitten. Erster Teil (hg. v. Bernd Ludwig; Hamburg: Felix Meiner Verlag, <sup>4</sup>2018).
- Kant, Immanuel*: Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre (Kreuznach: L.C. Kehr, <sup>2</sup>1800).
- Kant, Immanuel*: „Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis“, in: ders.: Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik (stw 192; Werke in zwölf Bänden, hg. v. Wilhelm Weischedel, Band XI), 125-172.
- Kaplow, Louis / Shavell, Steven*: Fairness versus Welfare (Cambridge MA: Harvard University Press, 2002).
- Keller, Rudi*: Sprachwandel. Von der unsichtbaren Hand in der Sprache (UTB 1567; Tübingen: A. Francke; <sup>4</sup>2014).
- Kelman, Mark*: A Guide to Critical Legal Studies (Cambridge, MA / London: Harvard University Press, 1987).
- Kelman, Mark*: „Choice and Utility“, in: 1979 Wisconsin Law Review (1979), 769-797.
- Kelman, Mark*: „Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem“, in: Southern California Law Review 52 (1979), 669-698.
- Kelman, Mark*: „Trashing“, in: Stanford Law Review 36 (1984), 293-348.
- Kennedy, Duncan*: „Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique“, in: Stanford Law Review 33 (1981) 3, 387-445.
- Kennedy, Duncan*: „The Effect of the Warranty of Habitability on Low Income Housing: »Milking« and Class Violence“, in: Florida State University Law Review 15 (1987) 3, 485-519.
- Kennedy, Duncan*: law-and-economics from the perspective of critical legal studies, in: Newman, Peter (Hg.): The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law (Houndsmills, Basingstoke / London: Palgrave Macmillan, 1998), 2:465-474.
- Kennedy, Duncan / Michelman, Frank*: „Are Property and Contract efficient?“, in: Hofstra Law Review 8 (1980) 3, 715-739.
- Kennedy, Gavin*: Adam Smith, a Moral Philosopher and his Political Economy (Great Thinkers in Economics Series, hg. v. Anthony P. Thirlwall; Houndsmills, Basingstoke / New York: Palgrave Macmillan, 2008).
- Kennedy, Gavin*: Adam Smith's lost legacy (Houndsmills, Basingstoke / London: Palgrave Macmillan, 2005).
- Kersting, Wolfgang*: Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags (Darmstadt: Primus Verlag, 1996).
- Kersting, Wolfgang*: Rechtsphilosophische Probleme des Sozialstaats (Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, hg. v. Horst Dreier & Dietmar Willoweit; Heft 26; Baden-Baden: Nomos, 2000).
- Kersting, Wolfgang*: Theorien der sozialen Gerechtigkeit (Stuttgart / Weimar: J.B. Metzler, 2000).
- Kirchgässner, Gebhard*: Homo Oeconomicus. Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 74; Tübingen: Mohr Siebeck, <sup>3</sup>2008).
- Kläver, Michael*: Die Verfassung des Marktes. F. A. von Hayeks Lehre von Staat und Markt im Spiegel grundgesetzlicher Staats- und Verfassungsrechtslehre (Marktwirtschaftliche Reformpolitik, Band 5; München: De Gruyter Oldenbourg, 2016).
- Kleer, Richard A.*: „Final Causes in Adam Smith's Theory of Moral Sentiments.“, in: Journal of the History of Philosophy, 33 (1995) 2, 275-300.
- Kleer, Richard A.*: „Smith on Teleology: A Reply to Alvey“, in: History of Economics Review 40 (2004) 1, 145-149.

*Klemme, Heiner F.*: David Hume zur Einführung (Hamburg: Junius, <sup>2</sup>2007).

*Klenner, Hermann*: „Jherings Kampf ums Recht“, in: Jhering, Rudolph von: Der Kampf ums Recht (hg. und mit einem Anh. Vers. Von Hermann Klenner; Rudolf Haufe Verlag: Freiburg/Berlin, <sup>1</sup>1992; (seitengetreuer Nachdruck der Erstauflage Wien: Manz, 1872)), 133-147.

*Klüver, Heinrich*: „Introduction to The Sensory Order“, in: Hayek, Friedrich A.: The Sensory Order. An Inquiry into the Foundations of Theoretical Psychology (Chicago/Illinois: The University of Chicago Press, 1952), xv-xxii.

*Korobkin, Russell B. / Ulen, Thomas S.*: „Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics“, in: California Law Review 88 (2000) 4, 1051-1144.

*Koyama, Yutaka*: Niklas Luhmanns Begriff der funktional differenzierten Gesellschaft in einem ideengeschichtlichen Kontext, in: Japanese Sociological Review 61 (2010) 1, 37-51.

*Kronman, Anthony T.*: „Wealth Maximization as a normative Principle“, in: The Journal of Legal Studies 9 (1980) 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives, 227-242.

*Kukathas, Chandran*: Hayek and Modern Liberalism (Oxford: Clarendon Press, 1989).

*Kunze, Michael*: „Rudolf von Jhering – ein Lebensbild“, in: Behrends, Okko (Hg.): Rudolf von Jhering. Beiträge und Zeugnisse aus Anlaß der einhundertsten Wiederkehr seines Todestages am 17.9.1992 (Göttingen: Wallstein, <sup>2</sup>1993), 11-28.

*Lagasnerie, Geoffrey de*: Michel Foucaults letzte Lektion. Über Neoliberalismus, Theorie und Politik (hg. v. Peter Engelmann; übers. v. Isolde Schmitt; Wien: Passagen Verlag, 2018).

*Latin, Howard A.*: Problem-Solving Behavior and Theories of Tort Liability, in: California Law Review 73 (1985) 3, 677-746. *Lukács, Georg*: Theorie des Romans (Sammlung Luchterhand 36; Ein geschichtsphilosophischer Versuch über die Formen der großen Epik (Darmstadt / Neuwied: Luchterhand Verlag, 1971).

*Le Grand, Julian*: Equity and Choice An Essay in Economics and Applied Philosophy (London / New York: Routledge, 2003).

*Leist, Anton*: Die gute Handlung. Eine Einführung in die Ethik (Berlin: De Gruyter Akademie Forschung, 2000).

*Livingstone, Donald W.*: Hayek as Humean, in: Critical Review 5 (1991) 2, 159-177.

*Locke, John*: An Essay Concerning Human Understanding (The Clarendon Edition of the Works of John Locke; hg. v. Peter H. Nidditch; Oxford: Oxford University Press, 1975).

*Lomfeld, Bertram*: „Der Mythos vom unpolitischen Privatrecht“, in: Grünberger, Michael / Jansen, Nils (Hg.): Privatrechtstheorie heute (Recht – Wissenschaft – Theorie 13; Tübingen: Mohr Siebeck, 2017), 151-169.

*Luf, Gerhard*: Freiheit und Gleichheit (Forschungen aus Staat und Recht 42, hg. v. Günther Winkler; Wien / New York: Springer, 1978).

*Luhmann, Niklas*: Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie (stw, 1418; Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1999).

*Luhmann, Niklas*: Das Recht der Gesellschaft (stw 1183; Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995).

*Luhmann, Niklas*: Rechtssoziologie (WV-Studium; Bd. ½; Opladen: Westdeutscher Verlag, <sup>3</sup>1980).

*Luhmann, Niklas*: Sinn, Selbstreferenz und soziokulturelle Evolution, in: Burkart, Günter / Runkel, Gunter (hg.), Luhmann und die Kulturtheorie (stw, 1725; Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2004), 241-289.

*Luhmann, Niklas*: Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie (stw, 666; Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1987).

- Lucy, William*: Philosophy of Private Law (Clarendon Law Series; Oxford: Oxford University Press, 2007).
- Lutz, Holger / Wendt, Wolfgang*: Taschenbuch der Regelungstechnik (Frankfurt a.M.: Verlag Harri Deutsch, <sup>6</sup>2005).
- Maack, Heinrich*, „Gerber, Carl von“, in: Neue Deutsche Biographie 6 (1964), 251-253 [Online-Version]; <https://www.deutsche-biographie.de/pnd118690590.html#ndbcontent> (aufgerufen am 17.12.2019).
- MacCormick, Neil*: „Adam Smith on Law“, in: Valparaiso University Law Review 15 (1981) 2, 243-263.
- MacFie, Alec*: „The Invisible Hand of Jupiter“, in: Journal of the History of Ideas 32 (1971) 4, 595-599.
- Mackie, John L.*: Hume's Moral Theory (London / New York: Routledge, 1980).
- Madison, James*: Federalist No. 10, in: Hamilton, Alexander / Jay, John / Madison, James: The Federalist (The Gideon Edition; hg. v. George W. Carey & James McClellan; Indianapolis: Libertyfund, 2001), 42-49.
- Mahoney, Michael J. / Weimer, Walter B.*: „Friedrich A (1899–1992) (Obituary)“, in: American Psychologist 49 (1994) 1, 63.
- Malthus, Thomas*: An essay on the principle of population (London: John Murray, <sup>6</sup>1826).
- Manstetten, Reiner*: Das Menschenbild der Ökonomie. Der homo oeconomicus und die Anthropologie von Adam Smith (Alber-Reihe Thesen; Bd. 7; Freiburg/München: Verlag Karl Alber, 2000).
- Marmor, Andrei*: Philosophy of Law (Princeton Foundations of Contemporary Philosophy; hg. v. Scott Soames; Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2011).
- Marsh, Leslie*: „Hayek, Cognitive Scientist Avant la Lettre“, in: The Social Science of Hayek's »The Sensory Order« (Advances in Austrian Economics, Vol. 13; hg. v. William N. Butos; Bingley, UK: Emerald Group Publishing Limited, 2010), 115–155.
- Marx, Karl*: Das Kapital (MEW, Bd. 23. Berlin / DDR: Dietz Verlag 1968).
- Marx, Karl / Engels, Friedrich*: Manifest der Kommunistischen Partei (Stuttgart: Reclam, 2007).
- Mathis, Klaus*: Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts (Schriften zur Rechtstheorie, Heft 223; Berlin: Duncker & Humblot, <sup>3</sup>2009).
- Maturana, Humberto R.*: Autopoietische Systeme: eine Bestimmung der lebendigen Organisation, in: (ders.), Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit (19 Wissenschaftstheorie Wissenschaft und Philosophie; Wiesbaden: Vieweg+Teubner Verlag, 1985), 170-235.
- Mayer, Otto*: Theorie des französischen Verwaltungsrechts (Strassburg: Verlag Karl Trübner, 1886).
- Mayer, Otto*: Deutsches Verwaltungsrecht. Erster Band (Leipzig: Duncker & Humblot, 1895).
- Meek, Ronald L.*: Smith, Turgot, and the »Four Stages« Theory, in: History of Political Economy 3 (1971) 1, 18-32.
- Medick, Hans*: Naturzustand und Naturgeschichte der bürgerlichen Gesellschaft. Die Ursprünge der bürgerlichen Sozialtheorie als Geschichtsphilosophie und Sozialwissenschaft bei Samuel Pufendorf, John Locke und Adam Smith (Kritische Studien zur Gesellschaftswissenschaft 5; Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1981).
- Menger, Carl*: Grundsätze der Volkswirtschaftslehre (Wien: Braumüller, 1871).

- Menger, Carl*: Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaft und der Politischen Ökonomie insbesondere (Leipzig: Duncker & Humblot, 1883).
- Menke, Christoph*: Kritik der Rechte (Berlin: Suhrkamp, 2015).
- Mercuro, Nicholas / Medema, Steven G.*: Economics and the Law. From Posner to Postmodernism and Beyond (Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006).
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*: A Legal Theory without Law. Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law (Tübingen: Mohr Siebeck, 2007).
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*: Gesellschaft und Recht bei David Hume und Friedrich A. von Hayek – Über die Zivilisierung des Egoismus durch Recht und Wettbewerb, in: *Ordo. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft* 60 (2009) 1, 87-100.
- Miceli, Thomas J.*: Economics of the Law: Torts, Contracts, Property and Litigation (New York / Oxford: Oxford University Press, 1997).
- Mill, John Stuart*: On Liberty (hg. v. Edward Alexander; Peterborough, Ontario: Broadview Press, 1999).
- Mill, John Stuart*: The Principles of Political Economy (John Stuart Mill, The Collected Works of John Stuart Mill, Volume III – The Principles of Political Economy with Some of Their Applications to Social Philosophy (Books III-V and Appendices); hg. v. John M. Robson; Toronto: University of Toronto Press / London: Routledge and Kegan Paul, 1965).
- Mill, John Stuart*: Utilitarianism (From a 1879 edition; Portland, OR: The Floating Press, 2009).
- Mises, Ludwig v.*: Die Gemeinwirtschaft. Untersuchungen über den Sozialismus (Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1922).
- Moeller, Hero*: „Liberalismus“, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 162 (1950), 214-240.
- Mohl, Robert v.*: Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats. Erster Band (Tübingen: Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, 1844).
- Mohl, Robert v.*: Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, in *Monographien dargestellt*. Erster Band (Erlangen: Verlag von Friedrich Enke, 1855).
- Mohl, Robert v.*: Staatsrecht des Königreichs Württemberg. Erster Teil, das Verfassungsrecht (Tübingen: Heinrich Laupp, 1829).
- Montes, Leonidas*: „Is Friedrich Hayek Rowing Adam Smith's Book?“, in: *Farrant, Andrew (Hg.): Hayek, Mill, and the Liberal Tradition (Routledge Studies in the History of Economics 121; London and New York: Routledge, 2011), 7-38.*
- Möller, Adolf*: Interpersonelle Nutzenvergleiche. Wissenschaftliche Möglichkeit und politische Bedeutung (Abhandlungen zu den Wirtschaftlichen Staatswissenschaften, hg. v. Horst C. Recktenwald; Bd. 21; Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1983).
- N.N., Epigenetik: Lamarck hatte (teilweise) recht, [https://www.wissensschau.de/genom/epigenetik\\_lamarck\\_evolution.php](https://www.wissensschau.de/genom/epigenetik_lamarck_evolution.php) (aufgerufen am 17.12.2019).
- N.N., „Hauptsätze der Wohlfahrtsökonomik“, in: *Gabler Wirtschaftslexikon*, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/hauptsaeetze-der-wohlfahrtsoekonomik-33871> (aufgerufen am 10.5.2019).
- Nardin, Terry*, „Michael Oakeshott“, in: *Zalta, Edward N. (hg.): The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2016 Edition)*, <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/oakeshott/> (aufgerufen am 17.12.2019).
- Nietzsche, Friedrich*: „Also sprach Zarathustra“, *Nietzsche KSA, Band 4* (hg. v. Giorgio Colli & Mazzino Montinari; München: dtv, 1999).

- Nietzsche, Friedrich*: „Die fröhliche Wissenschaft“, in: Nietzsche KSA, Band 3 (hg. v. Giorgio Colli & Mazzino Montinari; München: dtv, <sup>9</sup>2015), 343-651.
- Nietzsche, Friedrich*: „Ecce Homo“, in: Nietzsche KSA, Band 6 (hg. v. Giorgio Colli & Mazzino Montinari; München: dtv, 1999), 255-374.
- Nietzsche, Friedrich*: „Jenseits von Gut und Böse“, in: Nietzsche KSA, Band 5 (hg. v. Giorgio Colli & Mazzino Montinari; München: dtv, <sup>10</sup>2010), 9-243.
- Nietzsche, Friedrich*: „Nachgelassene Fragmente 1885-1887“, Nietzsche KSA, Band 12 (hg. v. Giorgio Colli & Mazzino Montinari; München: dtv, 1999).
- Nozick, Robert*: Anarchy, State, and Utopia (Oxford / Cambridge, MA: Blackwell, 2001).
- Oakeshott, Michael*: On Human Conduct (Oxford: Clarendon Press, 2003).
- Oakeshott, Michael*: „Rationalism in Politics“, in: Rationalism in Politics, and other Essays (London: Methuen & Co, 1962), 1-36.
- Ogus, Anthony I.*: „Law and Spontaneous Order: Hayek’s Contribution to Legal Theory“, in: Journal of Law and Society, 16 (1989) 4, 393-409.
- Oldenbourg, Andreas*: Wer ist das Volk? Eine republikanische Theorie der Sezession (Frankfurt a.M. / New York: Campus Verlag, 2019).
- Olsen, Niklas*: The Sovereign Consumer. A new Intellectual History of Neoliberalism (Consumption and Public Life, hg. v. Frank Trentmann & Richard Wilk; Cham, CH: Palgrave Macmillan / Springer Nature, 2019).
- Olson, Mancur Jr.*: The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1965).
- Paley, William*: The Principles of Moral and Political Philosophy (London: Printed for T. Tegg, 1824).
- Pareto, Vilfredo*: The Mind and Society, Volume IV (hg. v. Arthur Livingstone; London: Jonathan Cape, 1935).
- Paschukanis, Jewgeni B.*: Allgemeine Rechtslehre und Marxismus Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe (Wien: Verlag für Literatur und Politik, 1929).
- Pauer-Studer, Herlinde*: Einführung in die Ethik (UTB 2350; Wien: facultas wuv, <sup>2</sup>2013).
- Peirce, Sanders*: „How to Make Our Ideas Clear (Illustrations of the Logic of Science II)“, in: Popular Science Monthly 12 (1878), 286-302.
- Petersen, Jens*: Adam Smith als Rechtstheoretiker (Berlin / Boston: De Gruyter, <sup>2</sup>2017).
- Petersen, Jens*: Freiheit unter dem Gesetz. Friedrich August von Hayeks Rechtsdenken (Tübingen: Mohr Siebeck, 2014).
- Petroni, Angelo M.*: „What is right with Hayek’s Ethical Theory“, in: Revue européenne des sciences sociales 33 (1995) 100, 89-126.
- Pettit, Philipp*: On the People’s Terms. A Republican Theory and Model of Democracy (The Seeley Lectures 8; Cambridge: Cambridge University Press, Year, 2012).
- Pies, Ingo*: Eucken und von Hayek im Vergleich (Untersuchungen zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik 43; Tübingen: Mohr Siebeck, 2001).
- Pigou, Arthur C.*: The Economics of Welfare (London: Macmillan, 1920).
- Plant, Raymond*: The Neo-Liberal State (Oxford: Oxford University Press, 2010).
- Pleister, Wolfgang*: Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings (Ebelsbach: Verlag Rolf Gremer, 1982).

- Pohlenz, Max*: Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung. Band I (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, <sup>7</sup>1992).
- Polinsky, A Mitchell*: An Introduction to Law and Economics (Boston & Toronto: Little, Brown and Company, <sup>2</sup>1989).
- Popper, Karl R.*: Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, I: Der Zauber Platons (Gesammelte Werke in deutscher Sprache: 5; hg. v. Hubert Kiesewetter; Tübingen: Mohr Siebeck, <sup>8</sup>2003).
- Popper, Karl R.*: Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, II: Falsche Propheten: Hegel, Marx und die Folgen (Gesammelte Werke in deutscher Sprache: 6; hg. v. Hubert Kiesewetter; Tübingen: Mohr Siebeck, <sup>8</sup>2003).
- Popper, Karl*: Three Worlds. The Tanner Lecture on Human Value (delivered at the University of Michigan April 7, 1978), [https://tannerlectures.utah.edu/\\_documents/a-to-z/p/popper80.pdf](https://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/p/popper80.pdf) (aufgerufen am 18.12.2019).
- Posner, Richard*: „A Theory of Negligence“, in: The Journal of Legal Studies 1 (1972) 1, 29-96.
- Posner, Richard A.*: Economic Analysis of Law (Boston: Little, Brown, 1986).
- Posner, Richard A.*: Frontiers of Legal Theory (Cambridge MA / London: Harvard University Press, 2001).
- Posner, Richard A.*: Law, Pragmatism, and Democracy (Cambridge, MA / London: Harvard University Press, 2003).
- Posner, Richard*: „The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law“, in: The Journal of Legal Studies 10 (1981) 1, 187-206.
- Posner, Richard*: The Economics of Justice (Cambridge, MA / London: Harvard University Press, 1981).
- Posner, Richard A.*: „The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm“, in: Common Law Adjudication“, in: Hofstra Law Review 8 (1980) 3, 487-507.
- Posner, Richard*: The Problems of Jurisprudence (Cambridge, MA / London: Harvard University Press, 1993).
- Posner, Richard A.*: „Utilitarianism, Economics, and Legal Theory“, in: The Journal of Legal Studies 8 (1979) 1, 103-140.
- Posner, Richard*: „Wealth Maximation and Tort Law: A Philosophical Inquiry“, in: Owen, David G. (Hg.): Philosophical Foundations of Tort Law (Oxford: Clarendon Press, 2003).
- Posner, Richard A.*: „Wealth Maximization Revisited“, in: Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy 2 (1985) 1, 85-105.
- Postema, Gerald J.*: „Bentham’s Equality-Sensitive Utilitarianism“, in: Utilitas 10 (1998) 2, 144-158.
- Rähme, Boris*: Wahrheit, Begründbarkeit und Fallibilität. Ein Beitrag zur Diskussion epistemischer Wahrheitskonzeptionen (Epistemische Studien, Schriften zur Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie, hg v. Michael Esfeld, Stephan Hartmann & Albert Newen; Bd. 18; Frankfurt [u.a.]: Ontos Verlag, 2010).
- Raphael, David D.*: The Impartial Spectator. Adam Smith’s Moral Philosophy (Oxford: Clarendon Press, 2009).
- Raphael, David D. / Macfie, Alexander, L.*: „Introduction“, in: Smith, Adam: The Theory of Moral Sentiments (The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith; Vol. I; hg. v. David D. Raphael & Alexander L. Macfie; Indianapolis: Liberty Fund, 1984), 1-52.
- Rawls, John*: A Theory of Justice (Revised Edition; Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1999).

- Raz, Joseph*: The Morality of Freedom (Oxford: Clarendon Press, 1986).
- Reichhold, Clemens*: „Wieviel Punk steckt im Neoliberalismus?“, <https://soziopolis.de/lesen/buecher/artikel/wieviel-punk-steckt-im-neoliberalismus/> (pdf-Version, aufgerufen am 8.10.2019), 4 f.
- Reinhoudt, Jurgen / Audier, Serge*: „Introduction“, in: dies. (Hg.): The Walter Lippmann Colloquium (Cham, CH: Palgrave Macmillan / Springer Nature, 2018), 3-52.
- Ripstein, Arthur*: Private Wrongs (Cambridge, MA / London: Harvard University Press, 2016).
- Robbins, Lionel*: An Essay on the Nature and Significance of Economic Science (London: Macmillan, <sup>2</sup>1945).
- Robbins, Lionel*: „Interpersonal Comparisons of Utility“, in: The Economic Journal 48 (1938) 192, 635-641.
- Robin, Corey*: „Wealth and the Intellectuals: Nietzsche, Hayek, and the Austrian School of Economics“, in: Leeson, Robert (Hg.): Hayek: A Collaborative Biography. Part V, Hayek’s Great Society of Free Men (Houndsmills, Basingstoke / New York: Palgrave Macmillan, 2015), 112-158.
- Rödl, Florian*: Gerechtigkeit unter freien Gleichen. Eine normative Rekonstruktion von Delikt, Eigentum und Vertrag (Baden-Baden: Nomos, 2015).
- Röpke, Wilhelm*: Die Lehre von der Wirtschaft (UTB 1736; Bern / Stuttgart / Wien: Haupt Verlag, <sup>13</sup>1994).
- Röpke, Wilhelm*: „Die Stellung des Unternehmers auf dem Markte“, in: Schweizer Monatshefte 26 (1947) 663-673.
- Röpke, Wilhelm*: „Fascist Economics“, in: *Economica*. New Series 2 (1935) 5, 85-100.
- Röpke, Wilhelm*: „Wirtschaftssystem und internationale Ordnung: Prolegomena“, in: *Ordo* 4 (1951): 261-297.
- Rössel, Jörg*: „Kapitalismus und Konsum“, in: Maurer, Andrea (Hg.): Wirtschaftssoziologie nach Max Weber (Wirtschaft + Gesellschaft, hg. v. Andrea Maurer und Uwe Schimank; Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften / Springer Fachmedien, 2010), 142-167.
- Rothschild, Emma*: Economic Sentiments. Adam Smith, Condorcet, and the Enlightenment (Cambridge, MA / London: Harvard University Press, 2002).
- Rothschild, Kurt W.*: Ethik und Wirtschaftstheorie (Tübingen: Mohr Siebeck, 1992).
- Rowley, Charles / Schneider, Friedrich*: The Encyclopedia of Public Choice (New York / Wien: Springer, 2004).
- Rümelin, Max v.*: „Zur Lehre der juristischen Konstruktion“, in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 16 (1922/23) 4, 343-355.
- Rüstow, Alexander*: Soziale Marktwirtschaft als Gegenprogramm gegen Kommunismus und Bolschewismus, in: Hunold, Albert (Hg.): Wirtschaft ohne Wunder (Erlenbach-Zürich [u.a.]: Rentsch, 1953), 97-108.
- Savigny, Friedrich Carl von*: System des heutigen Römischen Rechts. Erster Band (Berlin: Veit, 1840).
- Savigny, Friedrich Carl von*: System des heutigen Römischen Rechts. Dritter Band (Berlin: Veit, 1840).
- Schäfer, Hans-Bernd / Müller-Langer, Frank*: „Strict liability versus negligence“, in: Faure, Michael (hg): Tort Law and Economics (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2009).
- Schelsky, Helmut*: „Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht. Ein wissenschaftsgeschichtlicher Beitrag“, in: ders., Die Soziologen und das Recht. Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institution und Planung (Darmstadt: Westdeutscher Verlag GmbH, 1980), 147-186.

*Schild, Wolfgang*: „Der rechtliche Kampf gegen das Unrecht. Reflexionen zu Rudolf von Jherings Vortrag »Der Kampf ums Recht«, in: Luf, Gerhard / Ogris, Werner (Hg.): Der Kampf ums Recht. Forschungsband aus Anlass des 100. Todestages von Rudolf von Jhering (Berlin: Duncker & Humblot, 1995), 31-56.

*Schmitt, Carl*: Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum (Berlin: Duncker & Humblot, <sup>2</sup>1974).

*Schmitt, Carl*: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (Berlin: Duncker & Humblot, <sup>3</sup>1993).

*Sen, Amartya*: The Idea of Justice (Cambridge, MA: The Belknap Press, 2009).

*Siemer, John Philipp*: Das Coase-Theorem. Inhalt, Aussagewert und Bedeutung für die ökonomische Analyse des Rechts (Ökonomische Theorien der Institutionen, Bd. 6; Münster / Hamburg: LIT Verlag, 1999).

*Sieyès, Emmanuel Joseph*: „Was ist der Dritte Stand?“, in: Lembcke, Oliver W. / Weber, Florian (Hg.): Was ist der Dritte Stand? Ausgewählte Schriften (Schriften zur europäischen Ideengeschichte; Bd. 3; Berlin: Akademie Verlag, 2010), 111-176.

*Slobodian, Quinn*: Globalists. The End of Empire and the Birth of Neoliberalism (Cambridge, MA / London: Harvard University Press, 2018).

*Smith, Adam*: An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith; No. II; hg. v. Roy H. Campbell & Andrew S. Skinner; Indianapolis: Liberty Fund, 1981).

*Smith, Adam*: Lectures on Jurisprudence (The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith; No. V; hg. v. Ronald L. Meek, David D. Raphael & Peter G. Stein; Indianapolis: Liberty Fund, 1982).

*Smith, Adam*: The Correspondence of Adam Smith (The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith; No. VI; hg. v. Ernest C. Mossner & Ian S. Ross; Indianapolis: Liberty Fund, 1987).

*Smith, Adam*: „The History of Astronomy“, in: Essays on Philosophical Subjects (The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith; No. III; hg. v. William P. D. Wightman & John C. Bryce; Indianapolis: Liberty Fund, 1982), 33-105.

*Smith, Adam*: The Theory of Moral Sentiments (The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith; No. I; hg. v. David D. Raphael & Alexander L. Macfie; Indianapolis: Liberty Fund, 1984).

*Smith, Barry*: „The Connectionist Mind: A Study of Hayekian Psychology“, in: Frowen, Stephen F. (hg.): Hayek: Economist and Social Philosopher. A Critical Retrospect (Houndsmills, Basingstoke / London: Palgrave Macmillan, 1997), 9-29.

*Somek, Alexander*: „Die Kaserne des Egoismus. Jherings Genealogie der Moralität“, in: Luf, Gerhard / Ogris, Werner (Hg.): Der Kampf ums Recht. Forschungsband aus Anlass des 100. Todestages von Rudolf von Jhering (Berlin: Duncker & Humblot, 1995), 57-93.

*Somek, Alexander*: „Die Moralisierung der Menschenrechte“, in: Demmerling, Christoph / Rentsch, Thomas (Hg.): Die Gegenwart der Gerechtigkeit. Diskurse zwischen Recht, praktischer Philosophie und Politik (Berlin: Akademie Verlag, 1995).

*Somek, Alexander*: „Haben Sie heute schon dekonstruiert? Zur Bedeutung der Dekonstruktion in der neueren amerikanischen Rechtstheorie“, in: Rechtstheorie 27 (1995), 201-222.

*Somek, Alexander*: Legal Formality and Freedom of Choice, in: Ratio Juris 15 (2002) 1, 52-62.

*Somek, Alexander*: Rechtssystem und Republik (Forschungen aus Staat und Recht, Buch 98; Wien / New York: Springer, 1992).

*Somek, Alexander*: Rechtstheorie zur Einführung (Hamburg: Junius, 2017).

- Spencer, Herbert*: First Principles (London: Williams and Norgate, 1867).
- Spencer, Herbert*: General Principles of Ethics, vol. I (Indianapolis: Liberty Fund, 1978).
- Spencer, Herbert*: General Principles of Ethics, vol. II (Indianapolis: Liberty Fund, 1978).
- Spinoza, Baruch de*: Ethica: Ordine Geometrica Demonstrata et in Quinque Partes Distincta (Primary Source Edition; Charleston, South Carolina: Nabu Press / BiblioLife, 2014).
- Spinoza, Baruch de*: Ethik. In geometrischer Weise behandelt in fünf Teilen (aus dem Lateinischen v. Jakob Stern; hg. v. Helmut Seidel; Leipzig: Reclam, 1975).
- Sprute, Jürgen*: „Moral und Politik bei Kant“, in: Gerechtigkeit und Geschichte. Beiträge eines Symposiums zum 65. Geburtstag von Malte Dießelhorst (Quellen und Forschungen zum Recht und seiner Geschichte, hg. v. Okko Behrends & Wolfgang Sellert; Göttingen: Wallstein Verlag, 1996), 58-77.
- Sunstein, Cass R.*: „Nudging: A Very Short Guide“, in: Journal of Consumer Policy 37 (2014) 4, 583-588.
- Sunstein, Cass R. / Jolls, Christine / Thaler, Richard H.*: „A Behavioral Approach to Law and Economics“, in: Stanford Law Review 50 (1998) 5, 1471-1550.
- Tarascio, Vincent J.*: Pareto's Methodological Approach to Economics: A Study in the History of Some Scientific Aspects of Economic Thought (Chapel Hill, NC: University of North Carolina Press, 1968).
- Thaler, Richard*: „Toward a Positive Theory of Consumer Choice“, in: Journal of Economic Behavior and Organization 1 (1980), 39-60.
- Theunissen, Michael*: „Negativität bei Adorno“, in: Friedeburg, Ludwig von / Habermas, Jürgen (Hg.): Adorno-Konferenz 1983 (stw 460; Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1983), 41–65.
- Trendelenburg, Adolf*: Historische Beiträge zur Philosophie. Zweiter Band (Berlin: Bethge, 1855).
- Trendelenburg, Adolf*: Logische Untersuchungen. Erster Band (Leipzig: Hirzel, <sup>3</sup>1870).
- Trendelenburg, Adolf*: Logische Untersuchungen. Zweiter Band (Leipzig: Hirzel, <sup>3</sup>1870).
- Trentmann, Frank*: The modern evolution of the consumer: meanings, knowledge, and identities before the age of affluence (Birkbeck, University of London, 1996), [https://www.researchgate.net/publication/36725979\\_The\\_modern\\_evolution\\_of\\_the\\_consumer\\_meanings\\_knowledge\\_and\\_identities\\_before\\_the\\_age\\_of\\_affluence/link/54e488b10cf282dbed70025f/download](https://www.researchgate.net/publication/36725979_The_modern_evolution_of_the_consumer_meanings_knowledge_and_identities_before_the_age_of_affluence/link/54e488b10cf282dbed70025f/download) (aufgerufen am 19.12.2019).
- Tucker, Josiah*: „The Elements of Commerce“, in: ders., A Selection from his Economic and Political Writings (hg. v. Robert L. Schuyler; New York: Columbia University Press, 1931).
- Ullmann-Margalit, Edna*: „Invisible-Hand Explanations“, in: dies., Normal Rationality: Decisions and Social Order (hg. v. Avishai Margalit & Cass R. Sunstein; Oxford: Oxford University Press, 2017), 124-142.
- Ullmann-Margalit, Edna*: „The Invisible Hand and the Cunning of Reason“, in: dies., Normal Rationality: Decisions and Social Order (hg. v. Avishai Margalit & Cass R. Sunstein; Oxford: Oxford University Press, 2017), 148-157.
- Valderrama, Paula*: „Planning for Freedom“, in: International Journal of Political Economy 41 (Winter 2012–13) 4, 88–105.
- Vanberg, Viktor*: „Darwinian paradigm, cultural evolution and human purposes: on F.A. Hayek's evolutionary view of the market“, in: Journal of Evolutionary Economics 24 (2014) 1, 35-57.
- Vaughn, Karen*: „Invisible Hand“, in: Eatwell, John / Milgate, Murray / Newman, Peter K. (hg.): The New Palgrave: A Dictionary of Economics (Houndsmills, Basingstoke / London: Palgrave Macmillan, 1987), 2:997.

- Veblen, Thorstein*: Theory of the Leisure Class (Oxford World's Classics; hg. v. Martha Bantha; Oxford: Oxford University Press, 2007).
- Vesco, Stephan*: „Autorität und Demokratie im Konstitutionalismus: vom Spannungsverhältnis zu dessen autoritärer Ausschaltung“, in: Zeitschrift für Politik 66 (2019) 4, 413 – 429.
- Virilio, Paul*: Rasender Stillstand. Essay (Frankfurt a.M.: Fischer Taschenbuch Verlag, 2008).
- Vivenza, Gloria*: Adam Smith and the Classics. The Classical Heritage in Adam Smith's Thought (Oxford: Oxford University Press, 2001).
- Vogl, Joseph*: Das Gespenst des Kapitals (Zürich: Diaphanes, 2010).
- Walras, Léon*: Elements of Pure Economics or The Theory of Social Wealth (London: Routledge, 2003).
- Weber, Max*: Die protestantische Ethik und der »Geist« des Kapitalismus (Neuausgabe der ersten Fassung von 1904-05 mit einem Verzeichnis der wichtigsten Zusätze und Veränderungen aus der zweiten Fassung von 1920. Hg. u. eingeleitet v. Klaus Lichtblau und Johannes Weiß; Wiesbaden: Springer VS, 2016).
- Weber, Max*: „Der Sinn der »Wertfreiheit« der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften“, in: ders.: Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre (hg. v. Johannes Winckelmann; Tübingen: Mohr Siebeck, <sup>6</sup>1985), 488-540.
- Weber, Max*: Wirtschaftsgeschichte (Duncker & Humblot: München und Leipzig, 1923).
- Weber, Max*: Wissenschaft als Beruf (Max Weber-Gesamtausgabe, hg. v. Wolfgang J. Mommsen et al.; Abt. I, Band 17, hg. v. Wolfgang J. Mommsen et al.; Tübingen: Mohr Siebeck, 1992).
- Weinrib, Ernest J.*: „Corrective Justice in a Nutshell“, in: The University of Toronto Law Journal, 52 (2002) 4, 349-356.
- Weinrib, Ernest J.*: The Idea of Private Law (Oxford: Oxford University Press, 2012).
- Wenar, Leif*: „Hayek and Modern Liberalism. Chandran Kukathas“, in: Ethics, 102 (1992) 3, 663–664.
- West, Robin*: „Authority, Autonomy and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner“, in: Harvard Law Review 99 (1985) 2, 384 – 428.
- Wieacker, Franz*: „Jhering und der »Darwinismus«“, in: Paulus, Gotthard et al. (Hg.): FS Larenz zum 70. Geburtstag (München: C.H. Beck, 1973), 63-92.
- Wieacker, Franz*: „Rudolf von Jhering“, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Romanistische Abteilung, 86 (1969) 1, 1-36.
- Willke, Gerhard*: Neoliberalismus (Frankfurt a.M. Campus Verlag, 2003).
- Willke, Helmut*: Systemtheorie I: Grundlagen (Stuttgart: Lucius & Lucius, <sup>7</sup>2005).
- Wolf, Erik*: Rudolf von Jhering, in: ders., Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte (Tübingen: Mohr Siebeck, <sup>4</sup>1963), 622-668.
- Wootton, Barbara*: Freedom under Planning (Chapel Hill: The University of North Carolina, 1945).
- Zamir, Eyal / Teichmann, Doron*: Behavioral Law and Economics (Oxford: Oxford University Press, 2018).
- Zumbansen, Peer*: „Wessen Herzschlag höre ich da? Den des Rechtssubjekts oder den des Markts? Fragen anlässlich Rödls »Gerechtigkeit unter freien Gleichen. Eine normative Rekonstruktion von Delikt, Eigentum und Vertrag«“, in: Grünberger, Michael / Jansen, Nils (Hg.): Privatrechtstheorie heute (Recht – Wissenschaft – Theorie 13; Tübingen: Mohr Siebeck, 2017), 170-177.

## Anhang

### Zusammenfassung

Die vorliegende Arbeit untersucht die Entwicklung im Rechtsdenken vom Formalismus zum „Ökonomismus“, das heißt hier der wirtschaftlichen Betrachtungsweise (*law & economics*), anhand der Konzeptionen Jherings, Hayeks und Posners. Meine These dabei ist, dass ein innerer Zusammenhang zwischen Formalismus und „Ökonomismus“ besteht, der Letztere bereits im Ersteren angelegt war, sich aus ihm bzw. einem dort auftretenden Problem in schlüssiger Weise entwickelt hat.

Der Punkt des Umschlags zwischen beiden Konzeptionen ist bereits bei Jhering selbst zu rekonstruieren. Zunächst denkt er die Autonomie des Rechts (seine „festen, unbeugsamen Regeln“) als mit privater Willkürfreiheit und wirtschaftlicher Gedeihlichkeit korrelierend. Später hingegen zieht er die ökonomische Zielvorgabe des Rechts heran, um dessen Formen zu hinterfragen, gegebenenfalls umzuformen. Dabei wird die Preisgabe rechtlich gesicherter Räume individueller Freiheit in Kauf genommen.

Dies führt über zur im zweiten Teil der Arbeit untersuchten Rechtstheorie Hayeks, die gerade mit dem Anspruch der Versöhnung individueller Selbstbestimmung und wirtschaftlicher Maximierung auf den Plan tritt. Deren genaue, im Abgleich mit dem klassischen Liberalismus vorgenommene, Rekonstruktion ergibt, dass sie diesen Anspruch nicht einzulösen vermag, weil sich die individuelle Freiheit hier in Wahrheit nachrangig und rein instrumentell zum eigentlichen Ziel der Effizienzsteigerung verhält.

In *law & economics* wird die alleinige Maßgeblichkeit der Letzteren hingegen explizit postuliert. In diesem hier im dritten Teil behandelten Wirtschaftsmodell des Rechts versuche ich, zu rekonstruieren, wie der Ersatz der alten Dogmatik durch wirtschaftliches Effizienzdenken schließlich vollzogen wird, nämlich genau, indem Letzteres als neue Dogmatik in die klassische „hineinkopiert“ wird.

Den kritischen Anspruch dieser Studie könnte man als „Wissen, woran man ist“ im durchaus materialistischen Sinne einer über die ökonomische Aufschlüsselung des Privatrechts zu erlangenden Klarwerdung über dessen Charakter und Funktionsweise sowie deren normative und politische Implikationen bezeichnen. Diese sind freilich nicht gleichbleibend, sondern verschieben sich mit der je unterschiedlichen Anknüpfung an das Ökonomische bzw. spezifischen Definition des Effizienzkriteriums.

## **Abstract**

This thesis analyses the evolution in legal thought from formalism to „economism“, here meaning *law & economics*, based on the conceptions of Jhering, Hayek and Posner. My hypothesis is that there is an inner connection between formalism and „economism“, that the latter was inherent in the former, or rather has developed from a problem appearing there in a consistent manner.

The turning point between the two conceptions is to be reconstructed already in Jhering's thought. Initially, he conceives of the autonomy of law (its „firm, unrelenting rules“) as correlating with private freedom of choice and economic prosperity. Subsequently, he uses the economic objective of the law to question its forms, and to recast them accordingly. In doing so, the abandoning of legally protected ranges of individual freedom is accepted.

This leads to the legal theory of Hayek, examined in the second part of this thesis, which enters the picture precisely with the aspiration to reconcile individual self determination and economic maximization. Its exact reconstruction, undertaken in comparison with classic liberalism, shows that it is not capable of fulfilling this claim since individual freedom in reality entertains a subsidiary and purely instrumental relation to its aim of enhancing efficiency.

Conversely, with *law & economics* the sole decisiveness of the latter is explicitly postulated. In this conception of the law, discussed in the third part of this thesis, I try to reconstruct how the replacement of the old legal doctrine by efficiency-oriented thought is finally accomplished, namely precisely by a process in which the latter is „copied“ into the former.

The critical claim of this thesis could be phrased as „knowing where one stands“ in an explicitly materialistic sense of breaking down private law in economic terms and thereby acquiring clarity about its character and operating principle as well as their normative and political implications. These are indeed not constant, but alter with the ever specific connection to economic thought, or rather the specific definition of the efficiency criterion.