



**Verfassungsgerichte in der Demokratie
bei Hayek und Posner**

Andreas Koenig
09/6

Freiburger
Diskussionspapiere
zur Ordnungsökonomik

Freiburg
Discussion Papers
on Constitutional Economics



**Verfassungsgerichte in der Demokratie
bei Hayek und Posner**

Andreas Koenig
09/6

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

09/6

ISSN 1437-1510

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

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

Verfassungsgerichte in der Demokratie bei Hayek und Posner

Andreas Koenig¹

A. Einführung

Die Notwendigkeit, demokratische Institutionen in ihrem Tätigkeitsbereich zu begrenzen, ist mittlerweile kaum noch strittig, insbesondere unter Ökonomen. Jedoch stellt sich die Frage nach Art und Umfang der Begrenzung. Eine klassische Antwort auf die Frage nach der Art der Begrenzung findet sich im nur noch schwer überschaubaren Schrifttum zum Konstitutionalismus, und läuft darauf hinaus, dass eine Verfassung grundsätzlich geeignet sei, um vermittels der Setzung bestimmter Normen die Macht der augenblicklichen demokratischen Mehrheiten zu beschränken. Nicht erwähnt zu werden braucht zudem, dass parallel zur Ideen- auch die Realgeschichte eine mittlerweile lange Tradition von Minderheitenrechte sichernden Konstitutionen hervorgebracht hat, deren bis heute bekannteste gewiss die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika ist.

Allerdings endet diese Parallele zwischen Ideen- und Realgeschichte, wenn man einen genaueren Blick auf die Mechanismen der Verfassungsdurchsetzung wirft: Zumindest seit dem zwanzigsten Jahrhundert hat eine große Anzahl liberaler Staaten ihre Verfassungen mit einem spezialisierten Verfassungsgericht als Kontrolleur ausgestattet. Der Einfluss dieser Gerichte ist in vielen Fällen enorm und jedem Zeitungsleser offenkundig. Auf der anderen Seite setzte sich zumindest die ökonomische Literatur kaum mit dieser so bedeutenden Institution auseinander, wenn sie sich mit der Frage der effektiven und effizienten Begrenzung des Staates beschäftigte.²

Wenn sich Ökonomen mit rechtlichen Institutionen befassen, dann zumeist aus der Perspektive des *Law-and-Economics*-Paradigmas. An diesem Forschungsprogramm kritisieren Juristen einerseits die von Ökonomen meist zugrundegelegte *positive* Theorie, nämlich den *Rational-Choice*-Ansatz mit seiner Annahme des Rationalverhaltens der Individuen, und andererseits den *normativen* Wertmaßstab, das Effizienzkriterium.

Die Ordnungsökonomik teilt grundsätzlich die kritische Haltung der Rechtswissenschaft. Allerdings sind deren alternativen Vorstellungen einer autonomen, ohne die Sozialwissenschaften auskommenden Rechtswissenschaft kaum überzeugender. Stattdessen bedarf es konstruktiver Vorschläge zu einer

¹ Andreas Koenig, Institut für Volkswirtschaftslehre (520D), Universität Hohenheim, D-70593 Stuttgart; Andreas.Koenig@uni-hohenheim.de. Ich danke Herrn Dr. Bodo Knoll sowie den Teilnehmern des 6. Workshops „Ordnungsökonomik und Recht“ in Buchenbach, insbesondere Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst-Joachim Mestmäcker, für viele wichtige Anregungen.

² Mit diesem Hinweis auf die praktische Bedeutung von Verfassungsgerichten als staatsbegrenzende Institution soll keineswegs die wahrscheinlich weit bedeutendere Rolle, die hier der Wettbewerbsföderalismus gespielt hat und weiter spielt, geäußert werden. Vgl. bspw. BUCHANAN (1995-96).

ordnungsökonomischen Neukonzeption der Ökonomischen Theorie des Rechts, die einerseits von realistischen Wissens- und Verhaltensannahmen der Akteure ausgeht und sie andererseits in einer evolutionären Perspektive betrachtet.

Im Rahmen der Suche nach einer derartigen Neukonzeption soll hier untersucht werden, inwieweit die positiven und normativen Vorstellungen *Friedrich A. von Hayeks* über das Recht einen Beitrag dazu leisten können. Es soll der Schwerpunkt auf die Frage gelegt werden, inwieweit Verfassungsgerichte als institutionelle Arrangements in der Lage sind, eine normative Konzeption von Verfassungsrecht tatsächlich umzusetzen, wie sie also zum Gelingen der rationalen Selbstbindung der Bürger beitragen können. Vor diesem inhaltlichen und methodologischen Hintergrund soll in dieser Arbeit eine normative Analyse der Frage vorgenommen werden, ob das Vorhandensein von Verfassungsgerichten in freiheitlichen Demokratien wünschenswert ist oder, um es differenzierter zu fassen, unter welchen Bedingungen und in welcher institutionellen Ausgestaltung eine solche Institution als wünschenswert betrachtet werden kann.

Ich beschränke mich dabei in zweierlei Hinsicht: Zum einen biete ich lediglich einige generelle Überlegungen, die eine mögliche Antwort der gestellten Frage andeuten sollen; eine belastbare empirische Untersuchung der relevanten Zusammenhänge ist an dieser Stelle hingegen nicht Gegenstand meiner Ausführungen. Zum anderen möchte ich im Folgenden versuchen, das angedeutete Problem durch die Beschäftigung mit den Argumenten von lediglich zwei Autoren weiter auszuleuchten. Es ist dies neben Hayek *Richard A. Posner*. Damit handelt es sich um zwei Denker, die sich nicht nur durch ihre unterschiedliche disziplinäre Herkunft – der eine ist Ökonom,³ der andere ein als US-Bundesrichter tätiger Jurist –, sondern mehr noch in grundlegenden Ansätzen ihres Denkens unterscheiden.^{4,5}

In *Teil B* werde ich mich mit den Überlegungen Hayeks befassen und dabei zunächst die demokratietheoretischen und, darauf aufbauend, die sich mit der möglichen Rolle eines Verfassungsgerichts beschäftigenden Argumente vorstellen. *Teil C* gibt anschließend den Rahmen für die Untersuchung der Ideen Posners zum Zusammenspiel von Demokratie und Verfassungsgerichten ab. In *Teil D* werden die zuvor herausgearbeiteten Perspektiven kritisch miteinander verglichen und auf ihre Kompatibilität hin überprüft. Auch werden, soweit möglich, Rückschlüsse auf die wünschenswerte normative Aus-

³ Wobei nicht übergegangen werden sollte, dass Hayek zunächst ebenfalls eine juristische Bildung genoss und 1921 einen rechtswissenschaftlichen Studienabschluss erwarb. Vgl. HENNECKE (2000).

⁴ Es wird jedoch offengelegt werden, dass durchaus auch eine Reihe von Ähnlichkeiten und Anknüpfungspunkten zwischen ihnen besteht.

⁵ Eher implizit unterstelle ich bei diesem Vergleich ein normatives Bewertungskriterium wie das der *Citizen sovereignty* oder Bürgersouveränität. Vgl. beispielsweise VANBERG (2008). Dabei bildet *Citizen sovereignty* ein Pendant zum marktwirtschaftlichen Prinzip der *Private autonomy*: “[T]he liberal principle of *private autonomy* and the democratic principle of *citizen sovereignty*[...] can be best understood as applications of the ideal of individual sovereignty to the realm of the private law society on the one side and to the ‘public’ realm of collective-political choice on the other.“ Ebenda, S. 158 (Kursivsetzungen im Original).

gestaltung von Verfassungen gezogen. Mit *Teil E* schließlich endet die vorliegende Untersuchung, indem sie noch einmal die zentralen Ergebnisse zusammenfasst.

B. Verfassungsgerichte bei Hayek

I. Hayeks Kritik der unbeschränkten Demokratie

„Theories of law and of democracy are not independent from each other.“⁶ Vielmehr besteht ein Wechselverhältnis zwischen den theoretischen Perspektiven auf das Recht und auf die Demokratie in dem Sinne, dass die institutionelle Ausgestaltung beider interdependent ist: Die Notwendigkeit und Ausgestaltung eines Verfassungsgerichts hängt ab vom Typ von Demokratie, in den es eingebettet ist. Daher muss eine Untersuchung, die sich mit Verfassungsgerichten beschäftigt, an den Vorstellungen zur Demokratie ansetzen.

In diesem Sinne ist bei Hayek die Unterscheidung zweier Ebenen zu beachten: das Ideal der Demokratie und die von ihm beobachtete Realität weitgehend unbeschränkter Demokratien. Entsprechend kann die Rolle des Verfassungsgerichts in der beschränkten und der unbeschränkten Demokratie eine gänzlich andere sein.

Das Grundthema in Hayeks Demokratiekritik ist die oft mangelnde Beschränkung der gewählten Mehrheiten, was zu einer Beeinträchtigung der Herrschaft des Rechts führe:

„Und wenn es auch gute Gründe gibt, eine beschränkte demokratische Regierung einer nicht demokratischen Regierung vorzuziehen, so muss ich doch gestehen, dass ich eine beschränkte nicht-demokratische Regierung einer unbeschränkten demokratischen und daher im Grunde gesetzlosen vorziehe.“⁷

In Hayeks normativem Verfassungsmodell sollen Gesetze, vergleichbar materiellen Verfassungsgrundsätzen, die in der Gesellschaft insgesamt geteilten Ansichten widerspiegeln und nicht Sonderinteressen abbilden.⁸

Insofern kann die Frage, ob eine Spannung zwischen der demokratischen Legitimation der Legislative und der von Verfassungsrichtern interpretierten Verfassung existiert, verneint werden. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Verwirklichung der Demokratie selbst das Ziel wäre. Betrachtet man sie hingegen als ein Mittel zur Erreichung eines Ziels wie der Bürgersouveränität, so ist die Wahl der institutionellen Ausgestaltung keine Prinzipienfrage, sondern eine Frage der Klugheit.⁹

⁶ MESTMÄCKER (2007), S. 19.

⁷ HAYEK (1996a), S. 206.

⁸ Ebenda, S. 212.

⁹ VANBERG (2008), S. 152: “[...] in the case of liberalism no less than in the case of democracy, the choice of their respective institutional embodiments should be regarded as a *matter of prudence* rather than a *matter of principle*. The question of what specific democratic procedures and institutions promise to serve the ideal of citizen

II. Funktionen des Richters bei Hayek

Posner zufolge sind sowohl Hayek selbst wie auch die Figur des Richters in seinen Schriften Formalisten.¹⁰ Die Aufgabe des Richters ist es, in den immer wieder auftauchenden Fällen von Lücken in den bestehenden Gesetzen, ausgelöst durch veränderte gesellschaftliche Rahmenbedingungen, diese Lücken zu füllen – allerdings, und hier treten erste Differenzen zwischen Hayek und Posner auf, zu füllen nicht im Sinne einer weitgehenden kreativen Autonomie, sondern durch das Aufgreifen und Verrechtlichen der sich zur Lösung des Problems gebildeten Gewohnheit oder sozialen Norm (*Custom*). Anders formuliert: Hayek plädiert für ein Finden des Rechts, wie es sich in der gesellschaftlichen Interaktion gebildet hat, nicht hingegen für ein Machen oder Kreieren des Rechts, wie es Posner vorschlägt. Dabei gilt Hayeks Vorstellung für *Common-Law*- und für Zivilrechtssysteme gleichermaßen.

Welche Stellung weist Hayek im Rahmen der richterlichen Rechtsfindung der ökonomischen Theorie zu? Ist seine Perspektive wirklich diejenige eines Formalisten, der wirtschafts- und sozialtheoretische Analysen aus der Sphäre des Richters verbannen möchte? Dies wäre zumindest erstaunlich, zeichnet sich doch Hayeks Werk im allgemeinen gerade durch eine Abkehr von mechanischen Gleichgewichtsmodellen und eine Hinwendung zu einer evolutionär fundierten, dynamischen Theorie des kulturellen Wandels aus.

Tatsächlich erweist sich, dass der Hayeksche Richter die neuen Regeln durchaus mit Hilfe ökonomischer Theorien finden soll.¹¹ Posners Fehlinterpretation resultiert daraus, dass er seine eigene neoklassisch orientierte Wirtschaftstheorie zum Maßstab nimmt. Doch der Richter bei Hayek ist eben kein Zentralplaner, sondern einer von vielen auf dezentraler Ebene agierenden Akteure, dessen Vorteil es gegenüber einer zentralen Legislative gerade ist, dass er seine spezifischen Informationsvorteile nutzen kann:

„Hayek’s position that neither the judges nor the parties involved need to know anything about the resulting overall order or about ‘any interest of society’ follows from his information theory. Information is available, and must be used, in a ‘piecemeal’ fashion. To encourage the judge or the parties [...] to interpret their action in the light of the public interest is to invite ideologies into the law.“¹²

Unterscheiden wir, stark vereinfacht, drei Quellen des Rechtswandels:

- a) Legislatur durch Parlamente;
- b) Legislatur durch Gerichte;
- c) Legislatur durch Evolution der Gewohnheiten,

sovereignty best is a factual matter. It is not pre-answered by the fundamental ideal of democracy itself, but is a matter of prudent institutional choice.“

¹⁰ Vgl. POSNER (2003), S. 277 f., sowie MESTMÄCKER (2007), S. 26.

¹¹ Vgl. MESTMÄCKER (2007), S. 32 f.

¹² MESTMÄCKER (2007), S. 41. Allerdings räumt Posner wenig später ein, dass Hayek die Forderung Posners, Richter mögen Fälle vermittlels ökonomischer Methoden entscheiden, zumindest teilweise eben aufgrund *ökonomischer* Überlegungen verwirft. Vgl. POSNER (2003), S. 282.

so scheint es, dass, wiederum stark vereinfacht, Posners Idee darin besteht, die Zuständigkeit der Parlamente aufgrund ihrer inhärenten Schwächen durch Übertragung eines Teils ihrer Kompetenzen an die Gerichte zu reduzieren (a → b), während Hayeks Vorschlag dahingeht, die mächtigen Parlamente der unbegrenzten Demokratie durch Dezentralisierung eines Teils ihrer Befugnisse zu begrenzen (a → c) – was der Gesellschaft insgesamt die Nutzung großer dezentraler Wissensressourcen ermöglicht.

Fassen wir diese Unterscheidung noch etwas konkreter und unterscheiden zwischen dem Anreiz- und dem Informationsproblem. Der Richter mag gegenüber dem Abgeordneten eines demokratischen Parlaments eventuell im Vorteil sein, was das *Anreizproblem* betrifft. Doch schon dies ist keineswegs sicher und hängt von der konkreten institutionellen Ausgestaltung des politischen Wettbewerbs ab.¹³ Hinsichtlich des *Wissensproblems* aber besteht dieser Vorteil keineswegs. Dieses kann nach Hayek erst durch eine Dezentralisierung der Entwicklung von Normen bestmöglich gelöst werden.

Hayek bringt für das Privatrecht, die *nomoi*, weit mehr Vertrauen als für das Öffentliche Recht, die *theses*, auf, da sich ersteres in einem langen evolutionären Prozess herausgebildet und bewährt habe. Umso interessanter ist es nun, die Entstehungs- und Entwicklungsbedingungen des Verfassungsrechts im Zusammenspiel mit entsprechenden Verfassungsgerichten zu untersuchen.

III. Funktionen des Verfassungsrichters bei Hayek

Wie bereits bemerkt, stellt sich in Hayeks konstitutioneller Demokratie das Problem, dass die wettbewerbliche Ordnung der freiheitlichen Gesellschaft nicht selbstdurchsetzend ist.¹⁴

Daher hat Hayek in seinem bekannten Entwurf einer Modellverfassung im dritten Band von *Law, Legislation and Liberty* die Einrichtung eines Verfassungsgerichts vorgesehen. Auch wenn er diesem Verfassungsorgan nur vergleichsweise wenige Erläuterungen zukommen lässt, soll hier ein kurzer Blick darauf geworfen werden.^{15,16}

In Hayeks Verfassungsentwurf übernimmt die Funktionen eines Verfassungsgerichts heutiger westlicher Gestalt indes nicht der Verfassungsgerichtshof (*Constitutional court*) allein; auch die Gesetzge-

¹³ Vgl. zu den Möglichkeiten eines evolutionär-wettbewerblich ausgerichteten politischen Systems WOHLGEMUTH (2002). Hier wird allerdings davon ausgegangen, dass der politische Wettbewerb (neben seinen inhärenten Funktionsdefiziten gegenüber dem wirtschaftlichen Wettbewerb) in der Regel aufgrund von künstlichen Wettbewerbsbeschränkungen nicht zu seiner vollen Entfaltung finden kann und dass eher der Staat tendenziell ein Opfer von mächtigen Interessengruppen wird.

¹⁴ Vgl. MESTMÄCKER (2007), S. 28.

¹⁵ Vgl. im folgenden HAYEK (1979), Kapitel 17, S. 105-127, insb. 120-122.

¹⁶ Vanberg hat verschiedentlich angemerkt, dass eine zu ausführliche Einlassung mit den institutionellen Details der Hayekschen Modellverfassung leicht von der eigentlichen Hauptsache ablenken könnte, auf die es Hayek ankam, nämlich die grundsätzliche Kritik der unbeschränkten Demokratie. Vgl. beispielsweise VANBERG (2001), S. 87 f. und VANBERG (2008), S. 157. Dies mag zutreffen, doch ist es unerlässlich, von der Problemanalyse einen Schritt weiterzugehen und im Detail zu erörtern, welche Lösungen für das Problem der Beschränkung der Demokratie zur Verfügung stehen und welches im einzelnen ihre Wirkungen sind.

bende Versammlung (*Legislative assembly*), die eine zentrale Rolle in der Modellverfassung einnimmt, ist teilweise mit solchen Aufgaben betraut.

Die einzige Aufgabe des Verfassungsgerichtshofs ist es, bindende Entscheidungen bei Streitigkeiten zwischen der Gesetzgebenden Versammlung und der Regierungsversammlung (*Governmental assembly*) zu treffen.¹⁷ Dies kann analog zur Aufgabe der Konfliktresolution und der Sicherung der Gewaltenteilung zwischen Legislative und Exekutive in heutigen westlichen Staaten gesehen werden. Hayek hält es dabei für ausreichend, prozedurale, nicht aber ergebnisbezogene Beschränkungen der Mehrheit in der Verfassung zu verankern.¹⁸

Ein für uns interessanter Punkt ist Hayeks Idee, die Richter des Verfassungsgerichts sollten an frühere Präzedenzentscheidungen dieses Gerichts (nicht aber zwingend derselben Richter) gebunden sein; eine möglicherweise erforderliche Neufassung und Änderung dieser tradierten Rechtsprechung erfolgt einzig in der Form einer formalen Verfassungsänderung durch die Gesetzgebende Versammlung.

Folglich nimmt der *Constitutional court* die Rolle eines sehr begrenzten Gerichts ein: Seine Funktion ist zum einen auf die Überwachung der Gewaltenteilung (zwischen Legislative und Exekutive) im einzelnen¹⁹ und zum anderen auf die Anwendung von Präzedenzfällen auf aktuelle Fälle begrenzt.

In der Verfassung sollen einzig organisatorische Bestimmungen enthalten sein, etwa die Anforderungen an die von der Gesetzgebenden Versammlung zu erlassenden Gesetze:

„Anwendbarkeit auf eine unbestimmte Anzahl künftiger Fälle, Einheitlichkeit, Allgemeinheit etc. Ein Verfassungsgerichtshof würde nach und nach diese Definition zu verfeinern und alle Kompetenzkonflikte zwischen den zwei Versammlungen zu entscheiden haben.“²⁰

Das Verfassungsgericht soll demnach durchaus – wenngleich sehr eingeschränkt – Verfassungsgesetzgebung betreiben. Daneben geht es nicht nur um die Entscheidung, welche von beiden Kammern be-

¹⁷ Siehe zu den Details der Regierungsversammlung und ihre Einbettung in das gesamte institutionelle Arrangement HAYEK (1979), S. 122-124.

¹⁸ HAYEK (1979), S. 37 f.: „The task of legislation proper differs from the task of constitution-making also in that it will be concerned with rules of greater generality than those contained in a constitution. A constitution is chiefly concerned with the organization of government and the allocation of the different powers to the various parts of this organization. Though it will often be desirable to include in the formal documents ‘constituting’ the organization of the state some principles of substantive justice in order to confer upon these special protection, it is still true that a constitution is essentially a superstructure erected to serve the enforcement of existing conceptions of justice but not to articulate them: it presupposes the existence of a system of rules of just conduct and merely provides a machinery for their regular enforcement.“

¹⁹ In der Literatur ist verschiedentlich gezeigt worden, dass die häufig exzessive Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) durch eine weitgehende Interessenhomogenität der Richter mit den Gemeinschaftsorganen erklärt werden kann. So ist es nicht überraschend, dass in Analogie zu Hayeks Konzeption bereits zahlreiche Vorschläge unterbreitet worden sind, zusätzlich zum EuGH ein EU-Kompetenzkontrollgericht einzurichten. Siehe beispielsweise EUROPEAN CONSTITUTIONAL GROUP (2003).

²⁰ HAYEK (1996a), S. 212.

fugt ist, eine bestimmte Maßnahme zu ergreifen, sondern gegebenenfalls auch, dass keine dazu befugt ist.²¹ Das Gericht übernimmt also ebenfalls die Aufgabe der Begrenzung des Staates.

Hier stellt sich das Problem der Kompetenzabgrenzung bzw. der „Kontrolle der Kontrolleure“: Wie soll es gelingen, die Einhaltung dieser engen Grenzen durch das Gericht zu überprüfen, wo seine Urteile doch von keiner Instanz kontrolliert werden? Es liegt das Problem der Anreizkompatibilität vor: Ist eine vorgeschlagene institutionelle Struktur anreizkompatibel? Ist sie dies nicht, so wird sie sich nicht erhalten lassen. Die Verfassungsrichter in Hayeks Verfassungsmodell hätten Anreize, die engen Grenzen ihrer Zuständigkeit kontinuierlich eigenmächtig auszudehnen.

Hayek betont immer wieder die Wichtigkeit der Unabhängigkeit der beiden legislativen Kammern voneinander, die nach unterschiedlichen Prinzipien besetzt werden sollen, wobei die Gesetzgebende Versammlung vom Einfluss der politischen Parteien unabhängig sein soll. Doch ähnlich wichtig scheint es, eine Kollusion zwischen den legislativen Kammern und dem Verfassungsgericht zu verhindern.

Da Hayek eine weitgehend auf das Staatsorganisationsrecht beschränkte Verfassung präferiert, sind die allgemeinen Regeln des gerechten Verhaltens dort nicht enthalten.²² Sie haben keinen Verfassungsrang und fallen somit in seiner Modellverfassung nicht in den Zuständigkeitsbereich des Verfassungsgerichts, sind also selbst nicht gerichtlich überprüfbar. Diese zweite zentrale Funktion moderner Verfassungsgerichte, das Interpretieren der Verfassungsnormen in inhaltlicher Hinsicht, wird in Hayeks Verfassungsmodell offensichtlich vollständig von der Gesetzgebenden Versammlung und der Regierungsversammlung übernommen. Hier stellt sich die Frage nach den konkreten institutionellen Unterschieden, die diese Trennung der Funktionen mit sich bringt. Jedenfalls dürfte es dem Hayek-schen Verfassungsgericht weit schwieriger als gängigen Verfassungsgerichten fallen, aktiv bestimmte Regelungen zu erlassen, da die Verfassung der Regierung ja eben keine Tätigkeit im Sinne etwa „positiver Freiheitsrechte“ auferlegt.

Auch im Rahmen des Hayekschen evolutionistischen Ansatzes ist es zulässig und sogar wichtig, eine rationale und geplante Reform der institutionellen Regeln vorzunehmen, mit dem Ziel, innerhalb dieses institutionellen Ordnungsrahmens die kulturelle Evolution ihre Wissen schaffenden Wirkungen entfalten zu lassen.²³ Zur gezielten Verbesserung des Ordnungsrahmens ist es allerdings wünschenswert, die vorhandenen Ordnungsregeln in einen Wettbewerb verschiedener solcher institutioneller

²¹ Vgl. HAYEK (1979), S. 121.

²² VANBERG (1981), S. 18: „Im Unterschied zu den allgemeinen Verhaltensregeln, die die Grundlage spontaner Ordnungen bilden, indem sie ‚den Bereich der zulässigen Handlungen für jedes Mitglied der Gesellschaft einschränken‘, sind die in einer *Verfassung* niedergelegten Regeln *Organisationsregeln*, ‚Regeln der Organisation der Regierung‘, ‚Regeln der Allokation und der Beschränkung der Regierungsgewalt“.“ (Hervorhebungen im Original; Fußnoten entfernt)

²³ Vgl. VANBERG (1994), S. 39 f.

Experimente treten zu lassen, in dessen Verlauf neues Wissen über die Wirkungsweise gesellschaftlicher Regeln gewonnen werden kann.²⁴

Ein institutioneller Wettbewerb ist im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit allerdings naturgemäß kaum umsetzbar: Der Zweck einer solchen Gerichtsbarkeit kann nur dann erreicht werden, wenn sich die gesamte Gemeinschaft, die sich eine gemeinsame Verfassung gegeben hat, auf ein bestimmtes Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit einigt. Institutionelle Experimente eines Teils der Gesellschaft sind nur schwer vorstellbar, da die Wirkungen eines Verfassungsrichterspruchs ja stets für alle Verfassungsbürger gelten sollen. Es käme so im Falle eines Experiments zu konkurrierenden Entscheidungen in einer Sache, was das Vertrauen in das Recht und vor allem in die friedensstiftende Funktion der Gerichtsbarkeit gefährden dürfte: Ein Rechtsstreit, sei es zwischen Bürger und Staat, sei es zwischen verschiedenen staatlichen Organen, wäre durch einen Gerichtsprozess nicht mehr eindeutig lösbar.

Allerdings könnte ein indirekter Wettbewerb stattfinden: Da Verfassungsgerichte ein Element einer institutionellen Ordnung ausmachen, gehen sie in den Wettbewerb unterschiedlicher Verfassungsordnungen ein. Sie können durch Zu- oder Abwanderung „mit den Füßen“ gewählt oder abgewählt werden,²⁵ allerdings, wie im Falle des politischen Wettbewerbs auch, nur im Paket mit der gesamten Verfassungsordnung.²⁶ Ein Beispiel zeigt die begrenzte Wirksamkeit des Wettbewerbs zwischen Verfassungsgerichten auf: Wollten etwa in Deutschland lebende Bürger in den Zuständigkeitsbereich eines anderen Gerichts gelangen, müssten sie mindestens in einen anderen europäischen Staat auswandern. Zwar verfügt jedes der sechzehn deutschen Länder über ein eigenständiges Verfassungsgericht, doch sind diese in ihrer Bedeutung begrenzt, da sich ihre Zuständigkeit lediglich auf die Auslegung der jeweiligen Landesverfassung erstreckt.

C. Verfassungsgerichte bei Posner

I. Posner als Theoretiker des akademischen Utilitarismus

Werfen wir nun einen genaueren Blick auf die Positionen Posners, der als wichtiger Vertreter des Hauptstrangs der Ökonomischen Analyse des Rechts gilt.²⁷ Er sieht seinen Forschungsstrang vor allem in der Tradition des großen Utilitaristen Jeremy Bentham; auch bezieht er sich auf die streng neoklassische Argumentationsweise seines Kollegen an der *University of Chicago*, Gary S. Becker.²⁸ Mit Becker teilt er ferner den „imperialistischen“ Anspruch der Ökonomik und verwendet ebenso als grund-

²⁴ Vgl. ebenda, S. 41 f.

²⁵ Siehe grundlegend TIEBOUT (1956).

²⁶ Siehe zu den Möglichkeiten und Grenzen des politischen Wettbewerbs aus evolutionärer Perspektive im einzelnen WOHLGEMUTH (2002).

²⁷ Siehe sein umfassendes, in siebenter Auflage vorliegendes Lehrbuch: POSNER (2007).

²⁸ Vgl. MESTMÄCKER (2007), S. 9.

legenden Denkansatz das *Value-Paradigma*.²⁹ Er lehnt den juristischen Legalismus bzw. Formalismus sowohl positiv als normativ ab und gesteht Richtern, die in seinem Denken eine zentrale Rolle einnehmen, einen weiten Ermessensspielraum zu. Im Gegensatz zu Hayeks Sicht ist Recht für Posner nicht etwas, das Richter *finden*, sondern das sie *produzieren*.³⁰

Im Folgenden möchte ich zwischen zwei Schaffensphasen Posners unterscheiden, die von grundlegenden methodischen und inhaltlichen Unterschieden gekennzeichnet sind. Ein Wandel in seinem Denken scheint kurz nach seiner Ernennung zum US-Bundesrichter im Jahre 1981 eingetreten zu sein, wie Posner im Vorwort zur zweiten Auflage seines Buchs „*The Economics of Justice*“ 1983 andeutet:

„In rereading this book after two years of almost total immersion in an activity very different from academic teaching and research – being a judge in a federal court of appeals – I have almost the sense of reading something written by a different person[...]“³¹

Bis dato hatte Posner als Professor an der *University of Chicago* gewirkt und in seinen normativen Schriften eine heftig umstrittene, dem Utilitarismus verwandte Theorie entwickelt.³² Sein Ansatz der Reichtumsmaximierung forderte, die Allokation der gesellschaftlichen Ressourcen so vorzunehmen, dass der aggregierte Reichtum (*wealth*) der Bürger maximiert werde. Fragen der interpersonalen Verteilung spielen in diesem Konzept, das der Norm der Kaldor-Hicks-Effizienz folgt, keine Rolle.³³ Allerdings muss Posner zugestanden werden, dass er es gegenüber der traditionellen utilitaristischen Theorie schafft, das Phänomen des gesellschaftlich zu belohnenden „Nutzenmonsters“ zu verhindern. Dennoch kann insgesamt bei dieser Spielart des Utilitarismus sicher nicht von einer bestmöglichen Erfüllung des Kriteriums der Bürgersouveränität gesprochen werden.

Im Falle von „Marktversagen“ aufgrund zu hoher Transaktionskosten empfiehlt Posner die Nachahmung des Marktes durch Gerichte; diese sollen durch ihre Urteile Eigentumsrechte exakt so allozieren, wie dies der Markt (und damit die beteiligten Parteien) in einem transaktionskostenlosen Idealzustand tun würde(n). Diesen frühen, vor allem akademisch geprägten Posner möchte ich als „Posner I“ bezeichnen.

II. Posner als Theoretiker des richterlichen Pragmatismus

²⁹ Vgl. MARCIANO (2007). Die von Marciano getroffene begriffliche Unterscheidung zwischen einer „*Economic Analysis of Law*“ und „*Law and Economics*“ wird in dieser Arbeit nicht weiter berücksichtigt, vielmehr die beiden Begriffe (bzw. ihre deutschen Übersetzungen) synonym verwendet.

³⁰ Vgl. ebenda, S. 198.

³¹ POSNER (1983), S. v.

³² Siehe insb. POSNER (1979).

³³ Wobei die institutionellen Arrangements, die Posner sich zwecks Umsetzung vorstellt, einer Arbeitsteilung entsprechen, bei der die Gerichte für das Erreichen von Effizienz, das Parlament und die Regierung hingegen für das Erreichen des Gerechtigkeitsziels zuständig sind. Vgl. MATHIS (2006), S. 188.

In seiner seit 1981 andauernden Zeit als Bundesrichter hat Posner eine starke Abneigung und Verachtung für abstrakte, ambitionierte Moraltheorien entwickelt, die versuchen, allgemeingültige gesellschaftliche Normen abzuleiten.³⁴ Dem setzt Posner eine Haltung entgegen, die er *Everyday pragmatism* nennt und die er – ganz Praktiker – vom Pragmatismus der akademischen Philosophie abgrenzen möchte.³⁵ Den Posner dieser pragmatischen Periode nenne ich „Posner II“.

Auch für Posner II gilt, dass er die einzelnen Bürger nicht als Träger unveräußerlicher Rechte sieht. Doch ist er aufgrund der Ambiguität der Moraltheorien in mancher Hinsicht skeptischer und vorsichtiger gegenüber gesellschaftlichen Entscheidungsträgern im allgemeinen und Richtern im speziellen geworden:

„If the only constraints on constitutional decision-making are good arguments, the embarrassment is the plentitude of good arguments on all sides of the hot issues.“³⁶

Er spricht sich nun für einen „*Bottom-up*“-Ansatz anstelle eines „*Top-down*“-Ansatzes aus, da dieser den Richtern zuviel diskretionäre Macht gebe.³⁷

Der *Pragmatic approach*, den Posner in die Tradition berühmter amerikanischer Richter wie Holmes und Cardozo stellt, weist neben und über der richterlichen Analyse nun dem Instinkt des Richters einen hohen Stellenwert zu.³⁸ Generell erkennt Posner die Gefahr einer *Judicial tyranny* durch einen zu großen Spielraum der Richter zwar an, doch ist sie seines Erachtens empirisch gesehen nicht sehr groß: Denn die sich in der Zusammensetzung der Richterschaft spiegelnde Heterogenität der Gesellschaft führe in Berufungs- und Verfassungsgerichten meist zu erträglichen Kompromissen. Zugleich gebe es immer wieder Richter, die ihre Position genutzt hätten, um eine persönliche Vision, umstrittene Werte umzusetzen und die damit das politische Denken wie das politische Geschehen bereichert hätten.³⁹

III. Posners Auseinandersetzung mit Hayek

In seiner Monographie *Law, Pragmatism, and Democracy* widmet Posner dem Hayekschen Rechtsverständnis ein eigenes Kapitel, in welchem er es mit der „Reinen Rechtslehre“ des österreichischen Juristen Hans Kelsen vergleicht.⁴⁰ Posner schreibt Hayek ein formalistisches, mechanisches Verständnis der Rechtsprechung zu, was aufgrund der Rolle die Hayek dem *Common-law*-Richter zuweist (er soll, neue Entwicklungen aufgreifend, das Recht „finden“), erstaunlich ist. Kelsens Rechtstheorie hin-

³⁴ Für eine systematische Kritik derartigen Theorien siehe insb. POSNER (1998) sowie POSNER (1999).

³⁵ Vgl. POSNER (2003), *Introduction*; POSNER (1995), S. 191.

³⁶ POSNER (1995), S. 186.

³⁷ Vgl. ebenda.

³⁸ Vgl. ebenda, S. 192, 194.

³⁹ Vgl. ebenda, S. 197.

⁴⁰ Siehe POSNER (2003).

gegen bringt Posner in Zusammenhang mit Schumpeters Demokratietheorie.⁴¹ Dabei handelt es sich bei Kelsens „Reiner Rechtslehre“ um ein rein formales, für alle möglichen Formen der Rechtsetzung offenes, rein statisches Konzept ohne dynamische Elemente, ohne eine sozialwissenschaftlich fundierte Handlungstheorie. Schumpeter hingegen fußt seine Demokratietheorie auf dynamischen politischen Unternehmerpersönlichkeiten, die in einem Wettbewerbsumfeld innovativ agieren.⁴²

Was ist nun der Kern des pragmatischen Ansatzes? „The ultimate criterion of pragmatic adjudication is reasonableness.“⁴³ Dies meint offenbar ein bodenständiges, faktenorientiertes Vorgehen: Der juristische Pragmatismus basiere auf „a disposition to ground policy judgments on facts and consequences rather than on conceptualisms and generalities.“⁴⁴ Dies scheint zunächst eine unhaltbare Differenzierung: Denn entweder beinhalten die Fakten und Konsequenzen, die der pragmatische Richter berücksichtigt, auch langfristige und systemische Konsequenzen; dann handelt es sich letztlich um nichts anderes als um eine Konzeptualisierung und Generalisierung; oder er tut dies nicht, produziert dann im Rahmen seiner Rechtsprechung aber langfristig großen Schaden.

Welche dieser beiden Varianten Posner meint, wird schnell klar: „Legal pragmatism is not just a fancy term for ad hoc adjudication; it involves consideration of systemic and not just case-specific consequences.“⁴⁵ Dann ist aber der Unterschied zwischen den von Posner abgelehnten Konzepten und seinem pragmatischen Ansatz einfach darin zu sehen, dass Posner die Konzepte für falsch (im Sinne entweder einer positiv-deskriptiven oder einer normativen Ungeeignetheit), sein pragmatisches Konzept aber für richtig (in demselben Sinne) hält. Der Unterschied ist letztlich nur ein gradueller: Nur in Ausnahmefällen ist der Pragmatismus systemisch orientiert, in der Regel aber nicht.⁴⁶

Hinsichtlich der Gewaltentrennung unterscheidet Posner eine aus seiner Sicht selbstverständliche und eine dubiose Seite der gängigen Doktrin:⁴⁷

- Die Justiz ist selbstverständlich institutionell unabhängig von der Politik.

⁴¹ Vgl. ebenda, S. 18 f. POSNER (2003), S. 14 unterscheidet zwei Konzepte von Demokratie, „Concept 1“ (Dewey, Rawls, Habermas; deliberative Demokratietheorie) und „Concept 2“ (Schumpeter; elitäre bzw. pragmatische Demokratietheorie). Schumpeters rein instrumentelle Demokratietheorie ist nach Posners Ansicht sowohl eine bessere Beschreibung heutiger Demokratien als auch – aufgrund seines realistischen, an den Eigenschaften wahrer Menschen ausgerichteten Charakters – normativ vorzuziehen. Hier besteht eine Ähnlichkeit zu Hayeks Demokratietheorie, mit dem Unterschied allerdings, dass Posner dem Problem der notwendigen Beschränkung der Demokratie wenig Aufmerksamkeit widmet.

⁴² Siehe SCHUMPETER (1980). Der wettbewerbsorientierte Charakter des Schumpeterschen Demokratieverständnisses drückt sich in seiner Definition aus, derzufolge Demokratie „competition for leadership“ (ebenda, S. 269) sei. Zitiert nach WOHLGEMUTH (2002), S. 227.

⁴³ POSNER (2003), S. 59.

⁴⁴ Vgl. POSNER (1999), S. 227.

⁴⁵ POSNER (2003), S. 59. „Shortsighted‘ is not part of the definition of ‘pragmatic‘.“ Ebenda, S. 60.

⁴⁶ Vgl. ebenda, S. 59.

⁴⁷ Vgl. ebenda, S. 61.

- Die Justiz wendet das Recht nur an, kreiert selbst aber kein Recht. Dies sei – auch bei der Verfassungsauslegung – falsch und sinnlos.

Dabei sieht Posner durchaus die Gefahr, dass Richter, die zu aggressiv als Gesetzgeber auftreten, langfristig ihre politische Unabhängigkeit verlieren und die Planungssicherheit zu sehr erschweren.⁴⁸ Er zieht daraufhin aber keine weitreichenden vorkehrenden Konsequenzen in Betracht, denn in Posners Verständnis ist richterliche Rechtschöpfung eine notwendige Konsequenz der Tatsache, dass legislative Regelwerke stets lückenhaft sind und nicht jeden in der Praxis auftretenden Einzelfall entscheiden können.⁴⁹

„In fact, there isn't too much more to say to the would-be pragmatic judge than make the most reasonable decision you can, all things considered.“⁵⁰

Posner hat eine klare Erwartung davon, von welchen Erwägungen sich pragmatische Richter leiten lassen werden:

„It's hard to improve on Holmes's description of what drives decision for the judge who in good pragmatic fashion places 'experience' above 'logic': the felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men.“⁵¹

Der Richter ist also nicht geschützt gegen die geistigen Moden der Zeit, sondern, indem er seine persönliche lebensweltliche Erfahrung gegen die klare Logik des (Verfassungs-)Rechts setzt, verwirklicht er die Bestrebungen und Ansichten der Gegenwart. Dies zielt geradezu auf eine Aufhebung der konstitutionellen Beschränkungen, die Hayek zufolge ja gerade zum Schutz vor und zur Begrenzung der demokratischen Mehrheiten erforderlich sind.

Posner spricht sich auch auf dem Gebiet, das uns hier am meisten beschäftigen soll – der Verfassungsrechtsprechung –, für eine pragmatische Rechtsprechung aus. Dies aus den folgenden Gründen:

1. So wie im *Common law* der Richter im Falle prohibitiv hoher Transaktionskosten die potentiellen Marktergebnisse herstellen soll, so soll er in der Gesetzgebung das Ergebnis des politischen Wettbewerbs für den Fall herstellen, dass die politischen Transaktionskosten zu hoch sein sollten.

⁴⁸ Vgl. ebenda, S. 61 f.

⁴⁹ MARCIANO (2007), S. 197: „[The rules of the social game] may be *legitimately* altered by judges. [...] Posner endorses the conception [...] of judges-cum-legislators. [...] [J]udges are not only entitled but also obliged to take decisions to complete the incomplete set of rules. In Posner's view, judges can legitimately create and change rules. This is not an extraordinary task or an abuse of power; it is just a normal consequence of *legal* decision making.“ (Hervorhebungen im Original) Auch Buchanan bestreitet die Tatsache richterlicher Rechtschöpfung nicht: „In fact, of course, administrative-executive agencies, courts, and ordinary legislatures do modify the rules, the basic law of the land.“ BUCHANAN (1975), S. 904.

⁵⁰ POSNER (2003), S. 64.

⁵¹ Ebenda, S. 64.

2. Verfassungen, insbesondere die US-Verfassung, böten aufgrund ihrer Allgemeinheit und ihres meist hohen Alters oft keine andere Möglichkeit als eine weitgehend freie Rechtschöpfung, da aus ihnen für viele konkrete Fälle keine Lösung entnommen werden könne.⁵² So besteht Posner zufolge das US-Verfassungsrecht überwiegend aus Rechtschöpfung der *Supreme Court*-Richter.⁵³
3. Aufgrund der besonderen Stellung von Verfassungsgerichten im Rechtssystem – es gibt in der Regel kein höheres Gericht, das sie korrigieren könnte –, scheint es naheliegend, dass sie besonders frei in ihrer Rechtsprechung agieren können.⁵⁴

Auch wenn also eine Reihe von Qualifizierungen geboten scheint, so gilt für Posners Position insgesamt doch:

„The dominant theme and the message of everyday pragmatism is the encouragement of wide judicial discretion.“⁵⁵

D. Vergleich und Diskussion der Ansätze Hayeks und Posners

I. Liberaler Evolutionismus vs. konstruktivistischer Utilitarismus

Aus der evolutionistischen Perspektive Hayeks ist die Aufgabe, Vorschläge zur Neugestaltung von Institutionen zu unterbreiten, grundsätzlich mit Skepsis zu betrachten, da die Gefahr besteht, den Fehler einer „Anmaßung von Wissen“ des rationalistischen Konstruktivismus zu begehen: nur das zu glauben, was der eigene Verstand erfassen kann, und innerhalb dieses engen Rahmens weitreichende Neukonzeptionen zu ersinnen.^{56,57}

⁵² Vgl. ebenda, S. 64.

⁵³ Vgl. ebenda, S. 61. Der *Supreme Court* ist sogar überwiegend legislativ tätig, und dies nicht einmal in dem behutsamen, schrittweisen Vorgehen, das dem *Common law* eigen ist, sondern mit weitreichenden, möglichst allgemeinen Grundsatzurteilen, was schon pragmatisch der begrenzten Fallkapazität des Gerichts geschuldet ist. Vgl. POSNER (2008), S. 270. Die *Supreme Court*-Richter können allerdings auch kaum etwas anderes tun als politisch zu entscheiden, da sie zumindest in den umstrittenen Fällen häufig mit politischen Fragen zu tun haben, ihnen aber von seiten der maßgeblichen US-Verfassung aufgrund deren Alter und Vagheit kaum juristisch verwertbare Maßstäbe an die Hand gegeben werden. Die Begrenzung ihres diskretionären Entscheidungsspielraums ist vernachlässigbar gering. Vgl. ebenda, S. 272. Trotz mancher Möglichkeiten für die Politik, in extremen Fällen gegen die Richter vorzugehen, ist die Judikative erstaunlich stark. Der *Supreme Court* ist auch kaum durch seine eigenen Präzedenzfälle gebunden, da er immer dann, wenn ihm dies geeignet erscheint, die Haltung vertritt, aktuelle Werte sollten einem aktuellen Urteil zugrunde liegen und nicht solche des 18. Jahrhunderts. Vgl. ebenda, S. 274.

⁵⁴ Vgl. POSNER (2003), S. 64. Dies ist zwar richtig, doch ist damit noch nicht geklärt, wie diese Tatsache zu bewerten ist; schließlich könnte man ja bei negativer Bewertung dieses Freiraums versuchen, die Verfassungsrichter durch institutionelle Restriktionen zu begrenzen oder die Anreize, denen sie unterliegen, neu zu justieren. Siehe hierzu weiter unten.

⁵⁵ MESTMÄCKER (2007), S. 51.

⁵⁶ KERBER (1996), S. VIII f.: „Ungeklärtheiten sind auch zu konstatieren bei von Hayeks Position zur Frage der bewussten Weiterentwickelbarkeit der institutionellen Ordnung menschlicher Gesellschaften, die sich in der

Doch ohne diese Gefahr leugnen zu wollen, ist es doch möglich und gerechtfertigt, auch aus evolutionistischer Sicht innerhalb eines bestimmten Rahmens, der die empirisch beobachteten Konstanten menschlichen Verhaltens berücksichtigt, für genau definierte Probleme sachgerechte Lösungen zu entwerfen.⁵⁸

Indes zeigt sich hier doch ein Unterschied zwischen den Positionen der beiden Autoren: Posners Denken weist deutliche konstruktivistische Aspekte auf, wenngleich bei Posner II weit weniger als in den früheren Schriften Posners I zur Reichtumsmaximierungs-Theorie.⁵⁹ Es ist dagegen bekannt, dass eines der großen Lebensthemen Hayeks die Kritik des Konstruktivismus war, dessen Denken er als eine Bedrohung von Freiheit und Fortschritt angesehen hat.⁶⁰ Evolutionäre Ideen dagegen spielen bei Posner nur eine sehr untergeordnete Rolle, wenngleich er bemüht ist, über den Einsatz theoretischer und empirischer Instrumente der Ökonomik auch unintendierte Folgen intendierten Handelns in seinen Analysen zu berücksichtigen. In diesem Punkt sind sich Hayek und Posner (I und II) ähnlich; mit dem wichtigen Unterschied, dass die jeweils zugrundegelegte ökonomische Theorie sehr unterschiedlich ist.

Diese Unterschiede in der zugrundeliegenden Sozialtheorie wirken sich auf die Rolle aus, die dem Staat und hier zunächst der demokratischen Entscheidungsfindung zugewiesen wird. Beide Autoren legen ihren Überlegungen ein pragmatisch-realistisches Demokratieverständnis zugrunde. Doch kommt Posner (insbesondere II) zu einer deutlich positiveren Evaluation heutiger (das heißt in seinem Fall vor allem: der US-amerikanischen) Demokratien, indem er vorwiegend auf die Leistungen abhebt, die sie im Vergleich mit anderen tatsächlich bestehenden Regime-Typen vorweisen können. Ihm ist daher zugute zu halten, dass er konsequent einen „Nirwana-Vergleich“ vermeidet, dessen sich ideali-

Spannung zwischen seinem Vorwurf der ‚Anmaßung von Wissen‘ und eigenen konkreten Verfassungsvorschlägen zeigen.“

⁵⁷ Wobei die grundlegenden Probleme evolutionistischer Ansätze nicht verschwiegen werden sollen, wie beispielsweise das Sein-Sollen-Problem: „Who says that natural selection prefers happy organisms?“ JOYCE (2006), S. 11. (Ironischerweise geht das Sein-Sollen-Problem auf David Humes „Treatise of Human Nature“ und damit auf einen Autor zurück, der zu Hayeks wichtigsten Vorbildern als Denker des liberalen Evolutionismus gehört. Siehe HUME (2000)). Es ist höchst unklar, ob der evolutionäre Wettbewerbsprozess langfristig dazu führt, die Menschen glücklicher zu machen. Dann aber ist ebenfalls unklar, ob sie im Rahmen einer konstitutionellen Abstimmung einer Ordnung zustimmen würden, die einen solchen Prozess erzeugt. Diese Probleme können hier nicht weiter diskutiert werden.

⁵⁸ Vgl. BUCHANAN (1981), S. 47 f.

⁵⁹ MESTMÄCKER (2007), S. 44: „There are wide and fundamental differences between Posner’s optimistic rationality and Hayek’s sceptic consideration of cultural development.“

⁶⁰ Siehe beispielsweise HAYEK (2004). Ein grundlegender Unterschied zwischen den beiden Denkern besteht zudem hinsichtlich des verwandten Freiheitsbegriffs: Während Hayek einen negativen Freiheitsbegriff hat, der sich als Freiheit von äußerem Zwang (sei es von staatlicher oder von privater Seite) verstehen lässt, ist für Posner die individuelle Freiheit dann eingeschränkt, wenn jemand aufgrund fehlender Ressourcen auf die Befriedigung von Konsumwünschen verzichten muss. Vgl. POSNER (1979), S. 140. Siehe zum negativen Freiheitsbegriff und seiner Entwicklung HAYEK (1996b), S. 229-231.

sierende Demokratietheoretiker schuldig machen, die die bestehenden Demokratien mit unrealistischen und unerreichbaren Demokratie-Utopien vergleichen.⁶¹

Doch sollten die vorhandenen Unterschiede zwischen den Ansätzen der beiden nicht übertrieben dargestellt werden, da sich gerade im Hinblick auf das Verfassungsrecht und die Rolle von Verfassungsgerichten einige Ähnlichkeiten aufzeigen lassen.

Zunächst wäre etwas provokativ zu fragen, ob nicht auch Hayek auf konstitutioneller Ebene ein Utilitarist sei, wenn er sich dafür ausspricht, denjenigen Bürgern Recht zuzusprechen, die ähnliche Erwartungen wie die Mehrheit ihrer Mitbürger hegen, gleich, welcher Art diese Erwartungen sein mögen: „Which expectations ought to be protected must therefore depend on how we can maximize the fulfillment of expectations as a whole.“⁶²

Obwohl Hayek allgemein als ein Bewahrer der individuellen Freiheit gilt, so wird doch immer wieder deutlich, dass sein evolutionistisches Konzept nicht in der Lage ist, dem einzelnen absoluten Schutz gegenüber der Mehrheit (oder auch gut organisierten Interessengruppen) zu gewähren. Auch wenn man zustimmt, dass in den meisten Fällen die allgemeinen Regeln des gerechten Verhaltens, die sich in der gesellschaftlichen Interaktion entwickeln, im Interesse aller sein werden, so muss das doch nicht immer gelten.⁶³ Der Richter aber ist nun eben nicht mit der Rolle beauftragt, Minderheiten in ihren (wie immer bestimmten) Rechten zu schützen, sondern die Mehrheitsauffassung lediglich aufzunehmen und zum formalen Recht zu erklären.⁶⁴

Posner kritisiert, Hayeks Rechtsdenken sei deontologisch ausgerichtet und interessiere sich nicht für die Folgen der Rechtsregeln.⁶⁵ Doch genaugenommen stehen diese Folgen oder Ergebnisse sehr wohl im Zentrum von Hayeks Konzeption; nur sollen sie als Ziele von den einzelnen ausgegeben werden und nicht von den Richtern oder anderen Dritten. Somit ist Hayeks Theorie keineswegs ethisch deontologisch, bewertet sie doch keine Handlung, für die sich Bürger entscheiden können, als „gut an

⁶¹ Siehe zum Vorwurf des – hier auf den Bereich der Demokratie übertragenen – „Nirwana“-Ansatzes den bekannten Aufsatz von DEMSETZ (1969).

⁶² HAYEK (1973), S. 103.

⁶³ In der Realität wird es immer auch allgemeine Regeln gerechten Verhaltens geben, die bestimmte Minderheiten klar benachteiligen. Solche Regeln mögen gegen Hayeks Idee verstoßen; es fragt sich nur, wie ihr Aufkommen innerhalb der Hayekschen Modellverfassung verhindert werden könnte.

⁶⁴ HAYEK (1996a), S. 210 f.: „Eine höchste Gewalt braucht keine unbeschränkte Gewalt zu sein, sondern kann ihre Autorität gerade ihrer Bindung an allgemeine Regeln verdanken, die die öffentliche Meinung gutheißt. Der Richter-König früherer Gesellschaften wurde nicht gewählt, damit, was immer er entschied, Recht sein sollte, sondern weil – und so lange als – seine Entscheidungen allgemein als gerecht empfunden wurden. Er war nicht die Quelle, sondern bloß der Interpret eines Rechtes, das auf weit verbreiteter Meinung beruhte, aber zu Maßnahmen nur führen konnte, wenn die anerkannte Autorität es aussprach. Aber wenn auch nur seine höchste Autorität Maßnahmen anordnen konnte, so reichte sie doch nur so weit, als die Grundsätze, nach denen er handelte, von der öffentlichen Meinung gutgeheißen wurden. Die einzige und höchste Gewalt, die berechtigt ist, Entscheidungen über allgemeine Maßnahmen zu treffen, kann daher wohl eine beschränkte Gewalt sein – beschränkt auf Entscheidungen, die sich auf allgemeine Regeln gründen, die die öffentliche Meinung gutheißt.“

⁶⁵ Vgl. POSNER (2003), S. 278.

sich“. Vielmehr ist ihr einziges ethisches Ziel die maximale Freiheit für alle Bürger, unabhängig von den hierfür erforderlichen Mitteln – eine konsequentialistische und pragmatische Haltung. Man erkennt dies an der scharfen Kritik Hayeks gegenüber auf den ersten Blick „an sich guten“ Handlungen wie Umverteilung etc., die er mit Blick auf die tatsächlichen langfristigen Folgen, die unintendierten Folgen intendierten Handelns, übt.

II. Sozialwissenschaftliche Analysen und Pragmatismus

In dieselbe Richtung geht Posners Kritik, Hayek lasse in seiner dogmatischen Haltung keinen Raum für wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Analysen.⁶⁶ Doch, wie bereits angemerkt, hat gerade die wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Analyse Hayek dazu geführt, konstruktivistische Fehlschlüsse zu erkennen und die Position des Verfassungsrichters vor diesem wirtschaftswissenschaftlichen Hintergrund auf die Durchsetzung der Verfassungsnormen zu beschränken. Eine andere Frage ist, wie groß die tatsächlichen Unterschiede zwischen den von Posner und Hayek angewandten Analysemethoden im Ergebnis sind, worauf noch zurückzukommen sein wird.

Zunächst scheint ein unabhängiges Verfassungsgericht eine Einschränkung des Prinzips der individuellen Souveränität zu bedeuten. Dies ist aber genauso bei der Mehrheitsregel der Fall, und ebenso, wie die Individuen aus pragmatischen Gründen übereinkommen mögen, die Mehrheitsregel als legitimes Instrument kollektiver Entscheidungen zu verwenden,⁶⁷ könnten sie dies im Falle eines Verfassungsgerichts tun. Mehr noch, ein solches Gericht mag seine Notwendigkeit in den Augen der Individuen gerade aus der Verwendung der Mehrheitsregel ziehen, als ein Instrument, das die negativen Konsequenzen dieser Regel eindämmen soll, ohne zugleich ihre pragmatischen Vorteile zu beseitigen.

Doch auch Hayek ist in einem bestimmten Sinne ein pragmatischer Theoretiker.⁶⁸ Auch ihm kommt es auf die tatsächlich unter verschiedenen institutionellen Arrangements erreichbare Freiheit an, nicht auf die Demokratie an sich.⁶⁹ Posners normative Argumente hingegen leiden gerade darunter, dass sie, da rein pragmatisch, kein Leitbild, kein Zielkriterium zu haben scheinen, so dass der Leser nie recht weiß, auf welches Prinzip Posners juristischer Pragmatismus hinausläuft. Seine Aversion gegenüber Moraltheorien führt ihn nur scheinbar in einen ideologiefreien Zustand, in dem endlich das getan werden

⁶⁶ Vgl. ebenda, S. 280.

⁶⁷ Siehe hierzu grundlegend BUCHANAN/TULLOCK (1962).

⁶⁸ Was POSNER (2003), S. 18, auch einräumt.

⁶⁹ Dies wird beispielsweise im Zuge von Hayeks Diskussion des Wahlrechts deutlich (vgl. HAYEK (1991), S. 127 f.), wo er argumentiert, dass zumindest prinzipiell Einschränkungen des allgemeinen Wahlrechts tauglich sein könnten, eine effektivere Kontrolle der Regierung zu ermöglichen – was das Ziel darstellt, zu dessen Erreichung das optimale Instrument zu suchen ist. Überhaupt betrachtet Hayek die Demokratie rein instrumentell, um das große gesellschaftliche Ziel – eine freiheitliche Gesellschaft im Sinne einer Gesellschaft ohne Zwang – erreichen zu können: „So überzeugend auch die allgemeinen Argumente für die Demokratie sind, sie ist kein letzter oder absoluter Wert und muss danach beurteilt werden, was sie leistet. Sie ist wahrscheinlich die beste Methode, gewisse Ziele zu erreichen, aber nicht ein Ziel in sich.“ HAYEK (1991), S. 128 f. (Fußnote entfernt). Siehe zum Verhältnis zwischen Liberalismus und Demokratie: ebenda, S. 125-127, sowie VANBERG (2008).

könne, das notwendig sei; vielmehr erscheinen Posners Argumente zuweilen ziellos, und der Leser fragt sich, in welche Richtung es denn nun gehen soll. Denn dass bei Posner II weiterhin normative Zielsetzungen vorhanden sind, ist offenkundig; nur sind sie eher konfus und versteckt. Gerade eine Regierung, die vorgibt, stets rein pragmatisch und einzelfallorientiert zu entscheiden, wird sich bald zur Verfolgung von Prinzipien gezwungen sehen, die sie nie erwogen hatte.⁷⁰ Dieses Problem könnte ganz ähnlich bei pragmatisch handelnden Richtern auftreten.

Hayek zufolge besteht das beste Argument für die Demokratie in ihrer dynamischen, nicht in ihrer statischen Wirkung. In statischer Perspektive wäre es sicher zu jeder Zeit möglich, eine Regierung aus Eliten zu bilden, die mehr Fachwissen in sich vereint als eine demokratisch zustande gekommene Regierung. Jedoch fehlten dieser elitären Regierung die langfristigen Lernprozesse, die auf gesellschaftlicher Ebene stets von einzelnen Innovatoren angestoßen werden und die schließlich, nach einem längeren Prozess der Selektion, neue Überzeugungen der Mehrheit generieren – und über diesen Transmissionskanal schlussendlich bei der demokratisch legitimierten Regierung ankommen.⁷¹

Posner schlägt für den Verfassungsgerichtsprozess eine Entscheidungsfindung nach einer pragmatischen gesellschaftlichen Kosten-Nutzen-Kalkulation vor, die überwiegend mit dem konkreten Fall zusammenhängende, aber in bestimmten Situationen auch weiterreichende systemische Konsequenzen mitberücksichtigen sollte. Hier schimmert seine in früheren Schriften ausführlich ausgearbeitete Theorie der Reichtumsmaximierung durch. Bei allen Nachteilen dieser Regel kann doch konstatiert werden, dass sie auf der konstitutionellen Ebene etwas sinnvoller als auf der postkonstitutionellen Ebene ist. Denn wenn es nicht mehr darum geht, Einzelfälle abweichend von allgemeinen Regeln *ad hoc* nach intersubjektiven Kosten-Nutzen-Gesichtspunkten zu regeln, sondern gerade eine Festlegung bzw. Interpretation dieser allgemeinen nichtdiskriminierenden Regeln getroffen werden soll, ist es gut denkbar und in vielen Fällen kaum bestreitbar, dass die Bürger bereit sind, Vor- und Nachteile bestimmter allgemeiner Regeln im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Analyse abzuwägen.⁷²

Beide Autoren plädieren für die Einbeziehung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse in den Prozess der Verfassungsgerichtsbarkeit. Fraglich ist jedoch, auf welcher Ebene diese Einbindung geschehen soll. Denkbar wären folgende drei Möglichkeiten:

- (1) Ebene des Wissenschaftlers,
- (2) Ebene der Legislative,
- (3) Ebene der Judikative.

⁷⁰ Vgl. HAYEK (1991), S. 135 f.

⁷¹ Vgl. HAYEK (1991), S. 133-135.

⁷² Ein Beispiel wären Ausnahmen vom Grundrecht der Meinungsfreiheit in bestimmten Extremfällen. Vgl. POSNER (2003).

Posner und Hayek sind sich, wie bereits angedeutet, darin einig, dass (1) der Wissenschaftler kein bloßer Formalist sein sollte, sondern sozialwissenschaftliche Erkenntnisse zu berücksichtigen sind. Nun stellt sich die Frage, welche der beiden Entscheidungsebenen (2) und (3) besser geeignet ist, um anhand wissenschaftlicher Ergebnisse diskretionäre Entscheidungen zu treffen.

Posner, überzeugt von seinem Kriterium der *Reasonableness*, gewährt allen Ebenen, auch den Verfassungsrichtern, Zugang zu eigenständiger Analyse und weitgehend freier Entscheidung.^{73,74} Hayek geht etwas vorsichtiger vor und versucht mit Hilfe sozialwissenschaftlicher Theorien, das zu erwartende Verhalten verschiedener Akteure unter unterschiedlichen konstitutionellen Vorgaben zu prognostizieren, und bestimmt danach, welche diskretionären Spielräume den Individuen gelassen und welche ihnen besser bereits auf konstitutioneller Ebene vorenthalten werden sollten, um im Ergebnis die individuelle Souveränität zu maximieren. Durch dieses Verfahren gelangt er zu seinen Resultaten bezüglich der Notwendigkeit einer Beschränkung der Demokratie.

III. Die Rolle von Legislative und Judikative für den Schutz der individuellen Souveränität

Der von beiden im Grundsatz verfochtene Pragmatismus gebietet es uns nun, die Frage, wer von beiden die geeignetere Lösung hinsichtlich des Zielkriteriums, der Maximierung der individuellen Souveränität, anzubieten hat, nicht dogmatisch, sondern mit Hilfe sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse zu untersuchen.

Konkret stellt sich die empirische Frage, welches gesellschaftliche Entscheidungsgremium systematisch eher dazu befähigt ist, das Zielkriterium zu erfüllen: die Legislative oder die Judikative. Für den überzeugten Anhänger der Demokratie scheint dies zunächst klar. Doch verbietet eine undogmatische Position ein Pauschalurteil in der Art, dass die Souveränität des Volkes unbeschränkt sein müsse und ein rechtschöpfendes Verfassungsgericht daher nicht rechtfertigbar sei. Denn beide Autoren sind sich ja darin einig, dass die Souveränität des direkt gewählten Parlaments beschränkt sein müsse, sei es durch die Gesetzgebende Versammlung oder das Verfassungsgericht.

Es stellt sich die Frage, ob Hayeks enge Bindung des Verfassungsrichters an das formale Recht in allen institutionellen Umgebungen gleichermaßen optimal sein kann. Es mag vielleicht die beste

⁷³ Wenn er sich auch das Recht vorbehält, *ex post* umfangreiche Kritik an den getroffenen Entscheidungen seiner Richterkollegen zu üben – siehe Posners umfangreiches Werk, das voll von Stellungnahmen zu einer kaum mehr überschaubaren Fülle von Fällen ist.

⁷⁴ Dabei besteht naturgemäß stets die Gefahr von „richterlichen *do it yourself-economics*“ (OKRUCH (2001), S. 149) (Hervorhebung im Original): des Einsatzes methodisch und theoretisch unreflektierter ökonomischer „Laientheorien“ durch ökonomisch kaum gebildete Richter. Diese Gefahr mag in den Vereinigten Staaten aufgrund der dort größeren Anteile der *Economic analysis of law* am Rechtsstudium etwas geringer als in Kontinentaleuropa sein, doch bleibt sie ein mögliches Argument dafür, den Entscheidungsspielraum der Richter möglichst zu begrenzen und die wissenschaftliche Analyse den sozialwissenschaftlich wohl oft besser beratenen Organisationen der Legislative und der Exekutive vorzubehalten.

denkbare Lösung sein, ein Zweikammersystem gemäß Hayeks Vorschlag zu installieren; doch solange dies nicht gelingt, muss mit der systematischen Bevorzugung bestimmter Interessengruppen in Verfassungen gerechnet werden.⁷⁵ Dann ist aber durch Verfassungsrechtsprechung streng entlang einer gegebenen Verfassung noch keineswegs gesichert, dass eine von den Bürgern als wünschenswert erachtete Situation entsteht. Vielmehr wäre nun eine zweitbeste Lösung erforderlich; es wäre erwägenswert, ob nicht das Verfassungsgericht aus der strengen Form der Gewaltenteilung dergestalt entlassen werden müsste, dass ihm nicht allein die buchstabengetreue Anwendung der Verfassung obliegt, sondern es darüber hinaus in Teilen die Rolle der verhinderten Legislative übernimmt. Dies mag ungewöhnlicher klingen, als es ist, wenn man sich vom Denken in Idealtypen löst und die vielfältigen Ähnlichkeiten zwischen der Gesetzgebenden Versammlung Hayeks und heutigen Verfassungsgerichten beachtet.

Denn der Unterschied zwischen diesen ist eher graduell. Während die Versammlung unter relativ restriktiven Vorschriften direkt von der Bevölkerung gewählt wird, lässt Hayek die Frage der Besetzung der Richterposten offen. Es scheinen mir zwei Lösungen plausibel: Entweder sie sollen wie zumeist üblich von anderen politischen Organen gewählt bzw. ernannt werden, oder diese Frage ist für Hayek schlicht nicht sonderlich wichtig. In jedem Fall ist die Idee, die auf die Verfassung bezogenen Kompetenzen (Rechtsprechung im Bereich materielles Verfassungsrecht bzw. formelles Verfassungsrecht) zwischen zwei Organen aufzuteilen, keine Prinzipien- sondern eine Klugheitsfrage. Als solche aber kann sie am sichersten anhand empirischer Erkenntnisse beantwortet werden. Hier möchte ich mich jedoch darauf beschränken, theoretische Pro- und Contra-Argumente anzuführen.

Angenommen, eine Gesellschaft wechselt von einer Hayekschen Gesetzgebenden Versammlung zu einem Posnerschen Verfassungsgericht. Was wären die Vorteile, was die Nachteile aus Sicht der Bürger?

Zunächst stellen sicherlich die Anreize und die Informationen, die das regelmäßige Votum der Bürger für die Gesetzgebende Versammlung bereitstellen würde, generell ein wertvolles Gut für die politische Führung dar. Jedoch können die wahlrechtlichen Institutionen, die Hayek im Sinne eines kleinen Kreises kluger, reifer und unabhängiger Wähler vorschlägt, wohl kaum zu einer gleichmäßig gut informierten Wählerschaft führen, denn wie bei anderen Wahlverfahren auch ist mit den bekannten Problemen rationaler Ignoranz und wohl organisierter Einzelinteressen zu rechnen.

⁷⁵ HAYEK (1979), S. 36: „Yet the prevention of arbitrariness, though one of the aims, is by no means a necessary effect of obeying a constitution. The confusion on this point is a result of the mistaken conception of legal positivism. The test of whether a constitution achieves what constitutions are meant to do is indeed the effective prevention of arbitrariness; but this does not mean that every constitution provides an adequate test of what is arbitrary, or that something that is permitted by a constitution may not still be arbitrary.“ Etwas klarer drücken sich zu diesem Punkt Landes und Posner aus, die argumentieren, dass Verfassungsnormen in der Realität schlicht Instrumente zum Schutz nicht etwa der schwächsten, sondern gerade der stärksten Mitglieder der Gesellschaft sind. Vgl. LANDES/POSNER (1975).

Bei einem typischen Verfassungsgericht ist dies insofern ähnlich, als in der Regel ein noch deutlich speziellerer Kreis von Wahl- oder Nominierungsberechtigten (zumeist Abgeordnete) die Richterschaft auswählt, und auch hier zielt das Argument darauf ab, es sollten fachkundige und verantwortungsbewusste Wähler (meist Politiker) für eine sinnvolle Auswahl sorgen.

Die Strukturen innerhalb der jeweiligen Institution zielen in beiden Fällen deutlich darauf ab, die entscheidungsberechtigten Mitglieder von der augenblicklichen öffentlichen Meinung und den anderen politischen Akteuren unabhängig zu machen. Ein Unterschied liegt darin, dass Hayeks Versammlung direkt über eine erforderliche Anpassung der allgemeinen Verfassungsregeln beratschlagt, während Posners Gericht dies nur indirekt im Rahmen der Verhandlung eines konkreten Falls tut, wenn es angerufen wird. Doch folgt aus diesem Unterschied eher eine geringere verfassungsändernde Tätigkeit des Posnerschen Verfassungsgerichts als eine höhere.

Auch der Vorwurf, die Aktivitäten des Gerichts seien, da zu keiner Zeit direkt von wenigstens Teilen des Volks gewählt, zu stark von dessen Präferenzen abgekoppelt, überzeugt nicht unbedingt: Denn stellt man empirische Ergebnisse zur *De-facto*-Unabhängigkeit von Verfassungsgerichten in Rechnung, die belegen, dass sich auch formal sehr unabhängige Gerichte stark nach der öffentlichen Meinung⁷⁶ oder der jeweiligen (oder der vorigen)⁷⁷ politischen Mehrheit richten,⁷⁸ so scheint unklar, ob die Berücksichtigung der Präferenzen der Bürger zwingend geringer ausfallen müsste als in Hayeks Verfassungsmodell. Handelt es sich bei einer Lockerung der Restriktionen gegenüber Verfassungsrichtern also wirklich um eine *Lockerung der Kontrolle über die Staatsgewalt* oder vielleicht doch um eine *Begrenzung der Staatsgewalt* durch eine Stärkung der richterlichen Gewalt?

Des weiteren gibt es Argumente, die dem demokratischen Wahlprozess neben der statischen Funktion der Auswahl der politischen Agenten eine noch wichtigere auf dem Gebiet der Meinungsbildung zuschreiben, nämlich, dass die Bürger einen Anreiz erhalten, sich zu informieren und mit den Angelegenheiten der kollektiven Entscheidungsfindung auseinanderzusetzen.⁷⁹ Ich denke, dass dies in der Tat ein sehr wichtiger Punkt ist. Fraglich scheint mir allerdings, ob diese Motivierungsfunktion einzig und allein von der Möglichkeit zur direkten Stimmabgabe abhängt. Denn wenn es stimmt, dass die öffentliche Meinung auch ohne direkte Wahl eine bestimmende Determinante dafür ist, wie Verfassungsurteile ausfallen, so sollte die Motivation zur Auseinandersetzung mit den öffentlichen Angelegenheiten auch dann vorhanden sein, wenn die Gesetzgebungskompetenz der Parlamente zugunsten derjenigen der Verfassungsgerichte zurückgeht. Allerdings ist es in diesem Punkt aufgrund der Kom-

⁷⁶ Vgl. beispielsweise für den *U.S. Supreme Court* POSNER (2008), für das Bundesverfassungsgericht VANBERG (2005) sowie VANBERG (2005a).

⁷⁷ Vgl. LANDES/POSNER (1975).

⁷⁸ Sowohl gute Argumente als empirische Evidenz legen nahe, dass Verfassungsgerichte häufig ganz im Sinne der Politiker handeln, die ihre Position durch eine Delegation von Macht an Gerichte stärken können. Vgl. beispielsweise VOIGT/SALZBERGER (2002).

⁷⁹ Vgl. beispielsweise WOHLGEMUTH (2002a).

plexität der Zusammenhänge kaum möglich, die Frage eindeutig zu beantworten. Eine detaillierte Analyse des Prozesses der öffentlichen Meinungsbildung, die an dieser Stelle nicht möglich ist, könnte einen wichtigen Hinweis geben.

So bleibt festzuhalten, dass Hayek zwar seiner konstitutionellen Theorie im allgemeinen und seinem Verfassungsmodell im besonderen die aus Sicht des liberalen Zielkriteriums „Bürgersouveränität“ überzeugendere normative Ausrichtung gibt, wohingegen die utilitaristischen Überlegungen von Posner I nicht überzeugen können und Posner II dem judikativen Aktivismus scheinbar den Weg bahnt. Zugleich zeigt sich aber, dass zumindest ein einfacher Vergleich ihrer konstitutionellen Konzepte nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt, was die *tatsächliche* Verbindung zwischen den Präferenzen der Bürger und den Handlungen der staatlichen Institutionen betrifft. Diese Frage muss im Rahmen dieser Arbeit vorerst offen bleiben.

Es kommt hinzu, dass Hayeks Aufteilung der typischen verfassungsgerichtlichen Kompetenzen auf ein legislatives und ein judikatives Organ – und damit die Beschränkung des judikativen –, mag sie auch innerhalb seiner Modellverfassung gewisse Vorteile bieten, innerhalb real vorhandener Verfassungssysteme nicht unbedingt ebenso adäquat wäre. Denn in weitgehend unbeschränkten Demokratien droht ja zunächst einmal kein *Judicial activism*, sondern eher ein *Legislative activism*. Um diesen zu beheben, kann ein starkes Verfassungsgericht, das auch materielle Grundrechte verteidigt, sinnvoll sein – zumindest als eine zweitbeste Lösung innerhalb gegebener Verfassungen.^{80,81} Damit kommen wir in der Gesamtkonzeption aber Posners Idee näher, der stets vor dem Hintergrund der US-amerikanischen Verfassung mit ihrer starken Grundrechtecharta (*bill of rights*) argumentiert und die wichtigste Rolle des Verfassungsgerichts in der Auslegung der Grundrechte sieht. Das kann zwar aufgrund des enormen Beurteilungsspielraums etwa des *U.S. Supreme Courts* zu *richterlichem* Aktivismus führen; zugleich ist aber eine stärkere Kontrolle des Parlaments und damit ein Gegenpol zum *gesetzgeberischen* Aktivismus geschaffen. Auf eine Grundrechtecharta kann Hayek nur deshalb verzichten, weil er bereits durch das Design der Legislative Fehlanreize zur Gefährdung der Freiheitsrechte der Bürger ausschaltet. Dies ist jedoch in realen Verfassungen in aller Regel nicht gegeben.

Zu bedenken ist dabei stets, dass eine strikte Trennung der Aufgaben der Legislative (im Sinne einer verfassungsändernden Legislative) von denen der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht immer möglich und auch nicht unbedingt erforderlich ist; vielmehr ist die Frage nach den institutionellen Details (Auswahlverfahren, Unabhängigkeit etc.) für die konkreten Wirkungen entscheidend. Daher soll fest-

⁸⁰ Die Unterordnung typischer westlicher Parlamente unter die Rechtsprechung eines Verfassungsgerichtes kann so mit Verweis auf Hayeks Verfassungsmodell normativ gerechtfertigt werden: Sofern das Parlament nicht selbst die Eigenschaften einer Gesetzgebenden Versammlung aufweist, sondern eher eine Regierungsversammlung darstellt, soll es einer Art Gesetzgebenden Versammlung untergeordnet sein. Und diese Rolle der Gesetzgebenden Versammlung kann in vielen heutigen westlichen Staaten nur die materielle Verfassung im Zusammenspiel mit dem Verfassungsgericht ausfüllen.

⁸¹ Zu Überlegungen, wie vor dem Hintergrund des Hayekschen Verfassungsmodells eine Weiterentwicklung des deutschen Institutionengefüges aussehen könnte, siehe RUPP (1979) und insbesondere LESCHKE (1993).

gehalten werden: Ebenso wie Hayeks fundamentale Kritik an der dogmatischen These von der „totalen Demokratie“ zweifellos ihre Berechtigung hat, ist auch eine – vorsichtige, qualifizierte – Kritik an der dogmatischen These von der strikten Gewaltentrennung vonnöten.

E. Zusammenfassung und Ausblick

In dieser Arbeit wurden die Gedanken zweier (angeblich) sehr gegensätzlicher Autoren, Hayek und Posner, zur Wünschbarkeit und optimalen Ausgestaltung von Verfassungsgerichten einander gegenübergestellt. In mancher Hinsicht haben sie sich tatsächlich als gegensätzlich erwiesen: insbesondere, was die Bedeutung individueller Souveränität und evolutionärer Entwicklungskräfte betrifft.

Doch gibt es gerade im Hinblick auf die Bedeutung, die sie Verfassungsgerichten zuschreiben, einige überraschende Gemeinsamkeiten.⁸² Zwar treten beide grundsätzlich für die Einrichtung solcher Gerichte in demokratischen Staaten ein; wobei Hayek sein Gericht deutlich gegenüber einer seiner beiden legislativen Kammern, der Gesetzgebenden Versammlung, in den Hintergrund treten lässt, während Posner bereit ist, den Richtern weit größeren – wenn auch keineswegs unbegrenzten – Freiraum auch in der Rechtschöpfung zuzugestehen.

Einige vorläufige Überlegungen zeigen jedoch, dass Posners Verfassungsgericht nicht zwangsläufig weniger in Übereinstimmung mit den Bürgerpräferenzen agieren muss als die gewählte Versammlung Hayeks. Dies scheint vor allem von der Beschaffenheit der Transmissionskanäle der öffentlichen Meinung und den Rückkopplungen auf die Motivation der Bürger abhängig zu sein. Vor allem aber dürfte das Posnersche Gericht besser in die gegebenen institutionellen Strukturen westlicher Demokratien passen, indem es ein gewisses Gegengewicht zum häufig vorherrschenden *Legislative activism* darstellt. Dabei tragen die umfangreichen Maßnahmen zur Unabhängigkeit der Richter dazu bei, dass sie ihre Funktion tatsächlich ausfüllen können – wobei nicht ausgeschlossen ist, dass gerade diese Unabhängigkeit ein wertvolles Instrument der Politiker darstellt, mit dem sie Verantwortung delegieren und problematische Entscheidungen abgeben können. Ein wichtiges verfassungspolitisches Ziel wäre daher die effektive Verhinderung einer Kollusion zwischen Legislative und Verfassungsgerichtsbarkeit. Ein Ansatzpunkt könnte eine Reform der Richternominierungsverfahren sein.

Aus meiner Sicht sind unter bestimmten institutionellen Umständen Antworten, die apodiktisch auf den Grundsatz der streng funktionalen Gewaltentrennung pochen, zu relativieren. Eine Trennung der

⁸² Trotz dieser Gemeinsamkeiten darf nicht übersehen werden, dass das gesamte Problemfeld – die bewusste Aufstellung bzw. Anpassung von allgemeinen Regeln – bei Hayek einen weitaus geringeren Stellenwert genießt. Während es sich bei ihm eher um ein Randthema handelt und es ihm insbesondere darauf ankommt, die bewusste, konstruktivistische Regelsetzung ausreichend zu begrenzen, um dem Prozess der kulturellen Evolution genügend Platz zu verschaffen, nimmt die bewusste gesellschaftliche Regelsetzung bei Posner eine weit bedeutendere Stellung ein, ist gemäß der utilitaristischen Tradition zentral für die unmittelbare Gestaltung der Gesellschaft insgesamt.

Gewalten ist zur Begrenzung kurzfristiger Mehrheiten im langfristigen Interesse der Bürger essentiell; doch müssen die Grenzen zwischen Legislative und Judikative nicht zwingend exakt entlang der Grenzen der herkömmlichen Aufgabenbereiche verlaufen, sondern können je nach Ausgestaltung des gesamten institutionellen Rahmens unterschiedlich gesetzt werden.

Auch welche Rolle Verfassungsgerichte zukünftig im institutionellen Gefüge liberaler Rechtsstaaten einnehmen sollten, um den institutionellen und politischen Wettbewerb im Sinne der Bürgersouveränität zu stärken, ist in hohem Maße vom Zusammenspiel der verschiedenen Verfassungskontrolleure abhängig.

Literaturverzeichnis

- BUCHANAN, J. M. (1975), The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective: Comment, in: *Journal of Law and Economics* 18(3), S. 903-905.
- BUCHANAN, J. M. (1981), Möglichkeiten institutioneller Reformen im Rahmen kulturell geformter abstrakter Verhaltensregeln, in: Vanberg, V. J. (1981), *Liberaler Evolutionismus oder vertragstheoretischer Konstitutionalismus? Zum Problem institutioneller Reformen bei F. A. von Hayek und J. M. Buchanan* (Walter-Eucken-Institut / Vorträge und Aufsätze; 80), Tübingen, S. 45-48.
- BUCHANAN, J. M. (1995-96), Federalism and Individual Sovereignty, in: *Cato Journal* 15(2-3), S. 259-268.
- BUCHANAN, J. M./TULLOCK, G. (1962), *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor.
- DEMSETZ, H. (1969), Information and Efficiency: Another Viewpoint, in: *Journal of Law and Economics* 12(1), S. 1-22.
- EUROPEAN CONSTITUTIONAL GROUP (2003), *A Basic "Constitutional Treaty" for the European Union – with Comments*, <http://www.vwl.uni-mannheim.de/vaubel/vaubel/Constitution.pdf> (Zugriff: 17.03.2009).
- HAYEK, F. A. v. (1973), *Rules and Order (Law, Legislation and Liberty, Band 1)*, London, Henley.
- HAYEK, F. A. v. (1979), *The Political Order of a Free People (Law, Legislation and Liberty, Band 3)*, London, Henley.
- HAYEK, F. A. v. (1991/1960), *Die Verfassung der Freiheit*, 3. Aufl., Tübingen.
- HAYEK, F. A. v. (1996a/1976), Wohin zielt die Demokratie?, in: Ders., *Die Anmaßung von Wissen. Neue Freiburger Studien* (Wirtschaftswissenschaftliche und wirtschafts-rechtliche Untersuchungen; 32), hrsg. von Wolfgang Kerber, Tübingen, S. 204-215.
- HAYEK, F. A. v. (1996b/1978), Liberalismus, in: Ders., *Die Anmaßung von Wissen. Neue Freiburger Studien* (Wirtschaftswissenschaftliche und wirtschafts-rechtliche Untersuchungen; 32), hrsg. von Wolfgang Kerber, Tübingen, S. 216-248.
- HAYEK, F. A. v. (2004/1970), Die Irrtümer des Konstruktivismus und die Grundlagen legitimer Kritik gesellschaftlicher Gebilde, in: Ders., *Wissenschaft und Sozialismus. Aufsätze zur Sozialismuskritik*. Hrsg. von M.E. Streit, Tübingen, S. 16-37.
- HENNECKE, H. J. (2000), *Friedrich August von Hayek. Die Tradition der Freiheit*, Düsseldorf. Zugl.: Bonn, Univ., Diss., 1999.

- HUME, D. (2000/1739-40), *A Treatise of Human Nature. Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects* (Oxford Philosophical Texts), Oxford.
- JOYCE, R. (2006), *The Evolution of Morality*, Cambridge, Mass. u. a.
- KERBER, W. (1996), Vorwort, in: Hayek, F. A. v., *Die Anmaßung von Wissen. Neue Freiburger Studien* (Wirtschaftswissenschaftliche und wirtschaftsrechtliche Untersuchungen; 32), hrsg. von Wolfgang Kerber, Tübingen, S. V-XIV.
- LANDES, M./POSNER, R. A. (1975), The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective, in: *Journal of Law and Economics* 18(3), S. 875-901.
- LESCHKE, M. (1993), *Ökonomische Verfassungstheorie und Demokratie. Das Forschungsprogramm der Constitutional Economics und seine Anwendung auf die Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland* (Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Rechts; 17), Berlin. Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1992.
- MARCIANO, A. (2007), Value and Exchange in Law and Economics: Buchanan versus Posner, in: *Review of Austrian Economics* 20, S. 187-200.
- MATHIS, K. (2006), *Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts* (Schriften zur Rechtstheorie; 223), 2., überarb. Aufl., Berlin. Zugl. Zürich, Univ., Diss. 2003.
- MESTMÄCKER, E.-J. (2007), *A Legal Theory Without Law. Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law* (Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik; 174), Tübingen.
- OKRUCH, S. (2001), Der Richter als Institution einer spontanen Ordnung. Einige kritische Bemerkungen zu einer Zentralfigur in Hayeks Theorie der kulturellen Evolution, in: *ORDO – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft* 52, S. 131-152.
- POSNER, R. A. (1979), Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, in: *The Journal of Legal Studies* 8(1), S. 103-140.
- POSNER, R. A. (1983/1981), *The Economics of Justice*, 2. Aufl., Cambridge, Mass., London.
- POSNER, R. A. (1995), *Overcoming Law*, Cambridge, Mass., London.
- POSNER, R. A. (1998), 1997: Oliver Wendell Holmes Lectures: The Problematics of Moral and Legal Theory, in: *Harvard Law Review* 111(7), S. 1637-1717.
- POSNER, R. A. (1999), *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge, Mass., London.
- POSNER, R. A. (2003), *Pragmatism, Law, and Democracy*, Cambridge, Mass., London.
- POSNER, R. A. (2007), *Economic Analysis of Law*, 7. Aufl., Austin u. a.
- POSNER, R. A. (2008), *How Judges Think*, Cambridge, Mass., London.

- RUPP, H. H. (1979), Zweikammersystem und Bundesverfassungsgericht. Bemerkungen zu einem verfassungspolitischen Reformvorschlag F.A. von Hayeks, in: *ORDO – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft* 30, S. 95-104.
- SCHUMPETER, J. A. (1980/1942), *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*, 5. Aufl., München.
- TIEBOUT, C. M. (1956), A Pure Theory of Local Expenditures, in: *Journal of Political Economy* 64 (1956), S. 416-424.
- VANBERG, G. (2005), *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge.
- VANBERG, G. (2005a), Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung: Zum politischen Spielraum des Bundesverfassungsgerichts, in: Ganghof, S./Manow, P. (Hrsg.), *Mechanismen der Politik. Strategische Interaktion im deutschen Regierungssystem*, Frankfurt a. M./New York, S. 183-213.
- VANBERG, V. J. (1981), *Liberaler Evolutionismus oder vertragstheoretischer Konstitutionalismus? Zum Problem institutioneller Reformen bei F. A. von Hayek und J. M. Buchanan* (Walter-Eucken-Institut / Vorträge und Aufsätze; 80), Tübingen.
- VANBERG, V. J. (1994), *Kulturelle Evolution und die Gestaltung von Regeln* (Walter-Eucken-Institut / Vorträge und Aufsätze; 144), Tübingen.
- VANBERG, V. J. (2001), *The Constitution of Markets. Essays in Political Economy* (Foundations of the Market Economy), London, New York.
- VANBERG, V. J. (2008), On the Complementarity of Liberalism and Democracy – A Reading of F.A. Hayek and J.M. Buchanan, in: *Journal of Institutional Economics* 4(2), S. 139-161.
- VOIGT, S./SALZBERGER, E. (2002), Choosing Not To Choose: When Politicians Choose To Delegate Powers, in: *Kyklos* 55, S. 289-310.
- WOHLGEMUTH, M. (2002), Evolutionary Approaches to Politics, in: *Kyklos* 55, S. 223-246.
- WOHLGEMUTH, M. (2002a), Democracy and Opinion Falsification. Towards a New Austrian Political Economy, in: *Constitutional Political Economy* 13, S. 223-246.

Freiburger **Diskussionspapiere** zur Ordnungsökonomik

Freiburg **Discussion Papers** on Constitutional Economics

- 09/6 Koenig, Andreas:** Verfassungsgerichte in der Demokratie bei Hayek und Posner
- 09/5 Berthold, Norbert / Brunner, Alexander:** Gibt es ein europäisches Sozialmodell?
- 09/4 Vanberg, Viktor J.:** Liberal Constitutionalism, Constitutional Liberalism and Democracy
- 09/3 Vanberg, Viktor J.:** Consumer Welfare, Total Welfare and Economic Freedom – On the Normative Foundations of Competition Policy
- 09/2 Goldschmidt, Nils:** Liberalismus als Kulturideal. Wilhelm Röpke und die kulturelle Ökonomik.
- 09/1 Bernhardt, Wolfgang:** Familienunternehmen in Zeiten der Krise – Nachhilfestunden von oder für Publikumsgesellschaften?
- 08/10 Borella, Sara:** EU-Migrationspolitik. Bremse statt Motor der Liberalisierung.
- 08/9 Wohlgemuth, Michael:** A European Social Model of State-Market Relations: The ethics of competition from a „neo-liberal“ perspective.
- 08/8 Vanberg, Viktor J.:** Markt und Staat in einer globalisierten Welt: Die ordnungsökonomische Perspektive.
- 08/7 Vanberg, Viktor J.:** Rationalität, Regelbefolgung und Emotionen: Zur Ökonomik moralischer Präferenzen. Veröffentlicht in: V. Vanberg: Wettbewerb und Regelordnung, Tübingen: Mohr, 2008, S. 241-268.
- 08/6 Vanberg, Viktor J.:** Die Ethik der Wettbewerbsordnung und die Versuchungen der Sozialen Marktwirtschaft
- 08/5 Wohlgemuth, Michael:** Europäische Ordnungspolitik
- 08/4 Löwisch, Manfred:** Staatlicher Mindestlohn rechtlich gesehen – Zu den gesetzgeberischen Anstrengungen in Sachen Mindestlohn
- 08/3 Ott, Notburga:** Wie sichert man die Zukunft der Familie?
- 08/2 Vanberg, Viktor J.:** Schumpeter and Mises as ‘Austrian Economists’
- 08/1 Vanberg, Viktor J.:** The ‘Science-as-Market’ Analogy: A Constitutional Economics Perspective.
- 07/9 Wohlgemuth, Michael:** Learning through Institutional Competition. Veröffentlicht in: A. Bergh und R. Höijer (Hg.). Institutional Competition, Cheltenham: Edward Elgar, 2008, S. 67-89.
- 07/8 Zweynert, Joachim:** Die Entstehung ordnungsökonomischer Paradigmen – theoriegeschichtliche Betrachtungen.
- 07/7 Körner, Heiko:** Soziale Marktwirtschaft. Versuch einer pragmatischen Begründung.
- 07/6 Vanberg, Viktor J.:** Rational Choice, Preferences over Actions and Rule-Following Behavior.
- 07/5 Vanberg, Viktor J.:** Privatrechtsgesellschaft und ökonomische Theorie. Veröffentlicht in: K. Riesenhuber (Hg.) Privatrechtsgesellschaft – Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, S. 131-162.
- 07/4 Goldschmidt, Nils / Rauchenschwandtner, Hermann:** The Philosophy of Social Market Economy: Michel Foucault’s Analysis of Ordoliberalism.
- 07/3 Fuest, Clemens:** Sind unsere sozialen Sicherungssysteme generationengerecht?
- 07/2 Pelikan, Pavel:** Public Choice with Unequally Rational Individuals.
- 07/1 Voßwinkel, Jan:** Die (Un-)Ordnung des deutschen Föderalismus. Überlegungen zu einer konstitutionenökonomischen Analyse.

- 06/10 Schmidt, André:** Wie ökonomisch ist der „more economic approach“? Einige kritische Anmerkungen aus ordnungsökonomischer Sicht.
- 06/9 Vanberg, Viktor J.:** Individual Liberty and Political Institutions: On the Complementarity of Liberalism and Democracy. Veröffentlicht in: Journal of Institutional Economics, Vol. 4, Nr. 2, 2008, S. 139-161.
- 06/8 Goldschmidt, Nils:** Ein „sozial temperierter Kapitalismus“? – Götz Briefs und die Begründung einer sozialetisch fundierten Theorie von Markt und Gesellschaft. Veröffentlicht in: Freiburger Universitätsblätter 42, Heft 173, 2006, S. 59-77.
- 06/7 Wohlgemuth, Michael / Brandi, Clara:** Strategies of Flexible Integration and Enlargement of the European Union. A Club-theoretical and Constitutional Economics Perspective. Veröffentlicht in: Varwick, J. / Lang. K.O. (Eds.): European Neighbourhood Policy, Opladen: Budrich, 2007, S. 159-180.
- 06/6 Vanberg, Viktor J.:** Corporate Social Responsibility and the “Game of Catallaxy”: The Perspective of Constitutional Economics. Veröffentlicht in: Constitutional Political Economy, Vol. 18, 2007, S. 199-222.
- 06/5 Pelikan, Pavel:** Markets vs. Government when Rationality is Unequally Bounded: Some Consequences of Cognitive Inequalities for Theory and Policy.
- 06/4 Goldschmidt, Nils:** Kann oder soll es Sektoren geben, die dem Markt entzogen werden und gibt es in dieser Frage einen (unüberbrückbaren) Hiatus zwischen ‚sozialetischer‘ und ‚ökonomischer‘ Perspektive? Veröffentlicht in: D. Aufderheide, M. Dabrowski (Hrsg.): Markt und Wettbewerb in der Sozialwirtschaft. Wirtschaftsethische Perspektiven für den Pflegesektor, Berlin: Duncker & Humblot 2007, S. 53-81.
- 06/3 Marx, Reinhard:** Wirtschaftsliberalismus und Katholische Soziallehre.
- 06/2 Vanberg, Viktor J.:** Democracy, Citizen Sovereignty and Constitutional Economics. Veröffentlicht in: Constitutional Political Economy Volume 11, Number 1, März 2000, S. 87-112 und in: Casas Pardo, J., Schwartz, P.(Hg.): Public Choice and the Challenges of Democracy, Cheltenham: Edward Elgar, 2007, S. 101-120.
- 06/1 Wohlgemuth, Michael:** Demokratie und Marktwirtschaft als Bedingungen für sozialen Fortschritt. Veröffentlicht in: R. Clapham, G. Schwarz (Hrsg.): Die Fortschrittsidee und die Marktwirtschaft, Zürich: Verlag Neue Zürcher Zeitung 2006, S. 131-162.
- 05/13 Kersting, Wolfgang:** Der liberale Liberalismus. Notwendige Abgrenzungen. In erweiterter Fassung veröffentlicht als: Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik Nr. 173, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.
- 05/12 Vanberg, Viktor J.:** Der Markt als kreativer Prozess: Die Ökonomik ist keine zweite Physik. Veröffentlicht in: G. Abel (Hrsg.): Kreativität. XX. Deutscher Kongress für Philosophie. Kolloquiumsbeiträge, Hamburg: Meiner 2006, S. 1101-1128.
- 05/11 Vanberg, Viktor J.:** Marktwirtschaft und Gerechtigkeit. Zu F.A. Hayeks Kritik am Konzept der „sozialen Gerechtigkeit“. Veröffentlicht in: Jahrbuch Normative und institutionelle Grundfragen der Ökonomik, Bd. 5: „Soziale Sicherung in Marktgesellschaften“, hrsg. von M. Held, G. Kubon-Gilke, R. Sturn, Marburg: Metropolis 2006, S. 39-69.
- 05/10 Goldschmidt, Nils:** Ist Gier gut? Ökonomisches Selbstinteresse zwischen Maßlosigkeit und Bescheidenheit. Veröffentlicht in: U. Mummert, F.L. Sell (Hrsg.): Emotionen, Markt und Moral, Münster: Lit 2005, S. 289-313.
- 05/9 Wohlgemuth, Michael:** Politik und Emotionen: Emotionale Politikgrundlagen und Politiken indirekter Emotionssteuerung. Veröffentlicht in: U. Mummert, F.L. Sell (Hrsg.): Emotionen, Markt und Moral, Münster: Lit 2005, S. 359-392.
- 05/8 Müller, Klaus-Peter / Weber, Manfred:** Versagt die soziale Marktwirtschaft? – Deutsche Irrtümer.
- 05/7 Borella, Sara:** Political reform from a constitutional economics perspective: a hurdle-race. The case of migration politics in Germany.
- 05/6 Körner, Heiko:** Walter Eucken – Karl Schiller: Unterschiedliche Wege zur Ordnungspolitik.

- 05/5 Vanberg, Viktor J.:** Das Paradoxon der Marktwirtschaft: Die Verfassung des Marktes und das Problem der „sozialen Sicherheit“. Veröffentlicht in: H. Leipold, D. Wentzel (Hrsg.): Ordnungsökonomik als aktuelle Herausforderung, Stuttgart: Lucius & Lucius 2005, S. 51-67.
- 05/4 Weizsäcker, C. Christian von:** Hayek und Keynes: Eine Synthese. In veränderter Fassung veröffentlicht in: ORDO, Bd. 56, 2005, S. 95-111.
- 05/3 Zweynert, Joachim / Goldschmidt, Nils:** The Two Transitions in Central and Eastern Europe and the Relation between Path Dependent and Politically Implemented Institutional Change. In veränderter Fassung veröffentlicht in: Journal of Economic Issues, Vol. 40, 2006, S. 895-918.
- 05/2 Vanberg, Viktor J.:** Auch Staaten tut Wettbewerb gut: Eine Replik auf Paul Kirchhof. Veröffentlicht in: ORDO, Bd. 56, 2005, S. 47-53.
- 05/1 Eith, Ulrich / Goldschmidt, Nils:** Zwischen Zustimmungsfähigkeit und tatsächlicher Zustimmung: Kriterien für Reformpolitik aus ordnungsökonomischer und politikwissenschaftlicher Perspektive. Veröffentlicht in: D. Haubner, E. Mezger, H. Schwengel (Hrsg.): Agendasetting und Reformpolitik. Strategische Kommunikation zwischen verschiedenen Welten, Marburg: Metropolis 2005, S. 51-70.
- 04/15 Zintl, Reinhard:** Zur Reform des Verbändestaates. Veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 183-201.
- 04/14 Blankart, Charles B.:** Reform des föderalen Systems. Veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 135-158.
- 04/13 Arnim, Hans Herbert von:** Reformen des deutschen Parteiensystems. Veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 87-117.
- 04/12 Goldschmidt, Nils:** Alfred Müller-Armack and Ludwig Erhard: Social Market Liberalism. Veröffentlicht in: The History of Liberalism in Europe, Brochure Nr. 21, Paris 2004: CREA and CREPHE 2004.
- 04/11 Vanberg, Viktor J.:** The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism.
- 04/10 Vanberg, Viktor J.:** Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy. Veröffentlicht in: Journal of Institutional Economics, Vol. 1 (1), 2005, p. 23-49.
- 04/9 Goldschmidt, Nils / Klinckowstroem, Wendula Gräfin v.:** Elisabeth Liefmann-Keil. Eine frühe Ordoliberale in dunkler Zeit. Veröffentlicht in: N. Goldschmidt (Hrsg.): Wirtschaft, Politik und Freiheit. Freiburger Wirtschaftswissenschaftler und der Widerstand, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, S. 177-204.
- 04/8 Albert, Hans:** Wirtschaft, Politik und Freiheit. Das Freiburger Erbe. Veröffentlicht in: N. Goldschmidt (Hrsg.), Wirtschaft, Politik und Freiheit. Freiburger Wirtschaftswissenschaftler und der Widerstand, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, S. 405-419.
- 04/7 Wohlgemuth, Michael / Sideras, Jörn:** Globalisability of Universalisability? How to apply the Generality Principle and Constitutionalism internationally.
- 04/6 Vanberg, Viktor J.:** Sozialstaatsreform und ‚soziale Gerechtigkeit‘. Veröffentlicht in: Politische Vierteljahresschrift, Jg. 45, 2004, S. 173-180.
- 04/5 Frey, Bruno S.:** Direct Democracy for a Living Constitution. In deutscher Übersetzung veröffentlicht in: M. Wohlgemuth (Hrsg.): Spielregeln für eine bessere Politik. Reformblockaden überwinden – Leistungswettbewerb fördern, Freiburg, Basel, Wien 2005, S. 26-86.
- 04/4 Commun, Patricia:** Erhards Bekehrung zum Ordoliberalismus: Die grundlegende Bedeutung des wirtschaftspolitischen Diskurses in Umbruchszeiten.
- 04/3 Vanberg, Viktor J.:** Austrian Economics, Evolutionary Psychology and Methodological Dualism: Subjectivism Reconsidered. Veröffentlicht in: R. Koppl (ed.): Evolutionary Psychology and Economic Theory (Advances in Austrian Economics, Vol. 7), Amsterdam et al.: Elsevier 2004, p. 155-199.

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

Diskussionspapiere vom Jahr 2002 sind noch erhältlich.

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