

ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER

Wettbewerb in der Privatrechtsgesellschaft

Walter Eucken Institut

*Beiträge zur Ordnungstheorie
und Ordnungspolitik*

Mohr Siebeck

Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik

179

Herausgegeben vom
WALTER EUCKEN INSTITUT



Ernst-Joachim Mestmäcker

Wettbewerb in der Privatrechtsgesellschaft

Erweiterte Fassung
der 1. Franz-Böhm-Vorlesung
am 19. September 2017 in Freiburg

Mohr Siebeck

Ernst-Joachim Mestmäcker, geboren 1926; 1950 Erstes und 1954 Zweites Juristisches Staatsexamen; 1953 Promotion; 1958 Habilitation; Lehrbefugnis für Bürgerliches Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht; 1959–63 Professuren für diese Fächer an der Universität des Saarlandes, 1965–69 an der Universität Münster und 1969–78 an der Universität Bielefeld; 1978–94 Wissenschaftliches Mitglied und Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg; seither Emeritus.

ISBN 978-3-16-155911-2 / eISBN 978-3-16-155912-9
DOI 10.1628/978-3-16-155912-9

ISSN 1434-3371 / eISSN 2568-6607
(Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg a.N. aus der Stempel Garmond gesetzt, von Müller & Bass in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
Recht und Ökonomie – Ökonomie und Recht	13
Wer war Franz Böhm?	16
Wirtschaftsverfassung	19
Autonomien und Planungen in Wirtschaftsordnungen	22
1. Autonomien	22
2. Dezentrale und zentrale Plansysteme	23
Privatrechtsgesellschaft und Rule of Law	24
Wettbewerb als Entdeckungsverfahren	30
Regeln ohne Utilitarismus	32
Europäische Erfahrungen	34
Ordnungspolitik in der Demokratie	36
Systemkritik und Systeminterpretation	38
1. Karl Marx	38
2. Foucault	39
3. Private und politische Autonomie bei Rawls und Habermas ...	42
Das Spiel der Freiheit im Großen – Zu Kants Weltbürgeressay	46
1. Fragestellungen	46
2. Die große Künstlerin Natur	47
3. Ungesellige Geselligkeit	49
4. Transzendentalphilosophischer Skandal? Tamas Miklós zum Weltbürgeressay	51
a) Die Kritik des Weltbürgeressays nach der Kritik der Urteilskraft ...	52
b) Tugendhafte Teufel	54
Schriftenverzeichnis	59

Vorwort¹

Vor rund eineinhalb Jahren entschied sich das Walter Eucken Institut, eine Franz-Böhm- Vorlesung zu etablieren und diese in sein jährliches Programm aufzunehmen. Sie ergänzt die Walter-Eucken-Vorlesung, die im Frühsommer jedes Jahres stattfindet und Personen des öffentlichen Lebens die Möglichkeit zu einem perspektivischen Vortrag bietet, und die Friedrich-August-von-Hayek-Vorlesung, die jeden November Wissenschaftlern die Gelegenheit zur Vorstellung ihrer Ideen vor dem Hintergrund des Werkes des Nobelpreisträgers von 1974 eröffnet.

Dies mag sich technisch, vielleicht sogar marktschreierisch anhören. Hinter der Etablierung der Böhm-Vorlesung steckt jedoch viel mehr. Die Freiburger Schule entstand als Forschungsgemeinschaft von Juristen und Ökonomen. Franz Böhm und Walter Eucken waren zusammen mit Hans Großmann-Doerth die Gründerväter der Freiburger Schule. In Seminaren und persönlichen Zusammenkünften diskutierten sie die Notwendigkeit einer menschenwürdigen Wirtschafts- und Rechtsordnung vor dem Hintergrund aktueller Probleme und Entwicklungen ihrer Zeit, der Weimarer Republik wie des Dritten Reiches. Sie etablierten die Schriftenreihe „Ordnung der Wirtschaft“ im Verlag Kohlhammer. Als erster Band erschien eine Schrift von Franz Böhm mit dem Titel „Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung“. Im zweiten Band, Friedrich Lutzens „Grundproblem der Geldverfassung“, veröffentlichten die drei Herausgeber im Jahr 1936 unter dem Titel „Unsere Aufgabe“ ihr „Mission Statement“ wie man neudeutsch sagen würde, ihre Vision einer Weiterentwicklung von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften zur interdisziplinären Bewältigung der drängenden Probleme ihrer Zeit. Darin heißt es zu Beginn:

¹ Dieses Vorwort stellt die überarbeitete Fassung der Begrüßungsansprache dar, die ich am 19. September 2017 zur 1. Franz-Böhm-Vorlesung von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ernst-Joachim Mestmäcker gehalten habe. Die Vortragfassung wurde beibehalten.

„Die Klagen darüber, daß Rechtswissenschaft und Nationalökonomie hinter den Ereignissen herhinken, daß sie nicht gestalten helfen, daß sie keine geistigen Mächte mehr seien, sind heute überaus verbreitet. Eine solche Kritik nicht beachten, heißt den Ernst der Lage gründlich verkennen. Denn es ist wahr, daß in Deutschland beide Wissenschaften die grundsätzlichen Entscheidungen rechts- und wirtschaftspolitischer Art nicht mehr wesentlich beeinflussen. ... Die Folgen dieser Entthronung beider Wissenschaften waren ... außerordentlich schädlich. Die Männer der Wissenschaft sind durch ihren Beruf und ihre Position außerhalb der wirtschaftlichen Interessen die einzigen objektiven, unabhängigen Ratgeber, die der staatlichen Wirtschaftspolitik und der öffentlichen Meinung einen zutreffenden Einblick in die schwierigen Zusammenhänge des Wirtschaftslebens geben und damit die Grundlage für die wirtschaftspolitische Urteilsbildung liefern können.“²

Und weiter:

„Die Herausgeber halten es deshalb nicht nur im Interesse der Wissenschaft, sondern weit mehr noch im Interesse des Wirtschaftslebens der deutschen Nation für die dringendste Aufgabe, die den Vertretern der Rechtswissenschaft und der Nationalökonomie gestellt ist, daran mitzuarbeiten, daß die beiden Disziplinen wieder den ihnen gebührenden Platz im Leben der Nation einnehmen. Mit dazu beizutragen, ist ein Ziel dieser Schriftenreihe.“³

Dies sollte durch interdisziplinäre Zusammenarbeit beider Wissenschaften und damit durch eine gewisse Überwindung ihrer Spezialisierung erreicht werden. Im Jahr 1936 verfasst, war dies alles andere als eine Unterstützung der herrschenden Klasse. Die Autoren engagierten sich später im Widerstand gegen den Nationalsozialismus. Eucken hatte dabei Glück, Franz Böhm wurde hingegen im Jahr 1940 die Lehrbefugnis wegen seiner Kritik an der NS-Politik gegenüber jüdischen Bürgern entzogen, und er konnte bis 1945 seiner Lehrtätigkeit an der Universität Jena nicht mehr nachgehen.

In ihren wissenschaftlichen Arbeiten konzentrierten sie sich zunächst auf das Problem wirtschaftlicher und staatlicher Macht. Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht waren der Ausgangspunkt dieser Zusammenarbeit. Franz Böhm bezeichnete den Wettbewerb als das „genialste Entmachtungsinstrument der Geschichte“⁴. Er betonte die Notwendigkeit, eine Ordnung des Leistungswettbewerbs gegen Gefährdungen durch pri-

² Siehe *Böhm, Franz, Walter Eucken und Hans Großmann-Doerth* (1936). „Un-sere Aufgabe“, in: *Lutz, Friedrich* (1936). *Das Grundproblem der Geldverfassung*, Stuttgart und Berlin: Kohlhammer, S. VII.

³ Ebenda, S. VIII.

⁴ Siehe *Böhm, Franz* (1961). „Demokratie und ökonomische Macht“, in: *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, Internationale Kartellrechtskonferenz in Frankfurt am Main, Juni 1960, Bd. 1, S. 22.

vate Macht und Kartelle zu verteidigen. Gleichmaßen müsse die marktwirtschaftliche Privatrechtsordnung als Ordnung von Rechtsgleichen davor geschützt werden, dass Interessengruppen über den politischen Prozess Privilegien zu erwirken suchen.

Nach dem Zweiten Weltkrieg waren Walter Eucken und Franz Böhm wesentlich für die Entwicklung der Sozialen Marktwirtschaft in Deutschland. Zusammen mit Leonhard Miksch, der den Referentenentwurf des Leitsatzgesetzes verfasste, nahm Walter Eucken durch die damit erfolgende Preisfreigabe Einfluss auf die Etablierung marktwirtschaftlicher Prinzipien in Deutschland. Eucken konnte allerdings nur noch bis zu seinem frühen Tod im Jahr 1950 Impulse setzen.

Böhm hingegen wurde im Jahr 1945 auf eine Professur an der Universität Freiburg berufen und wechselte schon 1946 an die Universität Frankfurt. Im Rahmen der Widerstandsbewegung um Carl-Friedrich Goerdeler hatte er bereits einen Entwurf für ein Kartellgesetz ausgearbeitet. Nach dem Krieg gelangte er rasch in einflussreiche Positionen, in denen es ihm möglich war, die neue Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung mitzugestalten, um eine erneute Machtkonzentration zu verhindern. Seit dem Jahr 1948 war er Mitglied des Wissenschaftlichen Beirates, zunächst der Verwaltung für Wirtschaft und danach beim Bundeswirtschaftsministerium. Darüber hinaus war er in den Nachkriegsjahren hessischer Kultusminister und Verhandlungsleiter für die Aushandlung des Wiedergutmachungsabkommens mit Israel. Franz Böhm war maßgeblich an den Vorbereitungen des im Jahr 1957 verabschiedeten Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen beteiligt, das sich auf ordoliberalen Ideen bezieht und als Grundgesetz der deutschen Wirtschaft gilt. Zwischen 1953 und 1965 war er Mitglied des Deutschen Bundestages.

Zur Entwicklung der Sozialen Marktwirtschaft zählten jedoch nicht nur die Preisfreigabe durch das Leitsatzgesetz oder die Währungsreform, die von Ludwig Erhard ins Werk gesetzt wurden, sowie das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 1. Januar 1958. Ich meine zudem nicht die sozialpolitischen Ausprägungen der Sozialen Marktwirtschaft, die auf Alfred Müller-Armack, Kardinal Höffner oder Oswald von Nell-Breuning zurückgingen.

Die in „Unsere Aufgabe“ formulierte Vision der Freiburger Schule wurde zudem konstitutiv für die wissenschaftliche Politikberatung in Deutschland nach dem Kriege, mit der Etablierung der beiden Wissenschaftlichen Beiräte beim Ministerium für Wirtschaft und beim Ministerium für Finanzen in den Jahren 1948 bzw. 1949, dem Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung im Jahr 1963

und der Monopolkommission im Jahr 1973. Mit Ausnahme des Sachverständigenrates etablieren diese Gremien die Zusammenarbeit von Ökonomen und Juristen in der wissenschaftlichen Politikberatung. Die Monopolkommission hat sogar Entscheidungsbefugnisse in wettbewerbsrechtlichen Verfahren, wenngleich – Stichworte Demokratieprinzip und „keine ministerialfreien Räume“ – ihr Votum durch die Ministererlaubnis außer Kraft gesetzt werden kann.

Einmalig im internationalen Umfeld ist die diesen Gremien gewährte Unabhängigkeit. Ich teile nicht die Einschätzung Böhms und Euckens, dass Wissenschaftler per se objektiv seien. Jeder Einzelne von uns hat seine persönlichen Interessen. Aber die Organisation dieser Institutionen sorgt, wie es die Organisation des Wissenschaftsprozesses insgesamt tut, für eine Annäherung an die Objektivität, vor allem durch Wettbewerb im Rahmen der Mandate.

Der Einfluss dieser Vorstellungen der Freiburger Schule kann nicht hoch genug eingeschätzt werden. Denken Sie nur darüber hinaus an die letztlich erst durch die angelsächsischen Impulse entstandene Ökonomische Analyse des Rechts. Deren Vorläufer finden sich in der Freiburger Schule. Die Franz-Böhm-Vorlesung zielt darauf ab, die Fruchtbarkeit der Zusammenarbeit von Juristen und Ökonomen zu betonen, sie nicht zuletzt anzuregen. Mir ist bewusst, dass der Vortragende die Ökonomische Analyse des Rechts nicht nur wohlwollend sieht. Christoph Engel hat dies im Jahr 2008 wundervoll in einer Laudation auf Ernst-Joachim Mestmäcker ausgeführt.⁵

Es war trotzdem völlig klar, dass vor diesem Hintergrund für die 1. Franz-Böhm-Vorlesung nur ein Redner in Frage kam: Professor Dr. Dr. h.c. mult. Ernst-Joachim Mestmäcker. Mestmäcker ist ein Schüler von Franz Böhm. Geboren im Jahr 1926, hat er in Frankfurt a.M. im Jahr 1953 bei Böhm promoviert und sich dort im Jahr 1958 ebenfalls unter dem Schutz Böhms habilitiert. Nicht nur das. Er führte die wettbewerbsrechtliche und -politische Tradition, die Böhm in der Freiburger Schule mitbegründet hatte, fort – in seinen Schriften, in der wirtschaftspolitischen Beratung und durch die Vielzahl seiner Schüler in der Etablierung einer eigenen Schule.

Herr Mestmäcker war von 1974 bis 1978 das juristische Mitglied der Monopolkommission und deren Vorsitzender. Er bereitete in dieser Zeit den Weg für die Entstehung eines machtvollen Anwalts des Wettbewerbs.

⁵ Siehe Engel, Christoph (2008). „Ernst-Joachim Mestmäcker“, Preprint 2008/19, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn.

Seine Schüler Ulrich Immenga (Mitglied der Monopolkommission von 1979–1989) und Wernhard Möschel (1989–2000) folgten ihm auf diesem Weg nach. Jürgen Basedow (2000–2008) war kein Schüler, aber mit Prof. Mestmäcker durch das Max-Planck-Institut in Hamburg verbunden. Daniel Zimmer (2008–2016) ist ebenfalls kein Mestmäcker-Schüler, aber als Schüler Immengas ein wissenschaftlicher Enkel Mestmäckers. Das jetzige juristische Mitglied der Monopolkommission, Jürgen Kühling, hat nach meiner Kenntnis keine Verbindung zu Prof. Mestmäcker. Ich kann jedoch etwas bei meinen Recherchen übersehen haben. Und aus meiner Zusammenarbeit mit Heike Schweitzer im Kronberger Kreis bin ich zuversichtlich, dass die Mestmäcker-Schule in die Monopolkommission zurückkehren wird. Sie ist schließlich die erste, die er zu einer Koautorin eines Buches gemacht hat.

Wenn man sich dies vor Augen führt, die Vielzahl wettbewerbsrechtlicher Schriften von Ernst-Joachim Mestmäcker betrachtet – insbesondere die Kommentare zum GWB und zum europäischen Wettbewerbsrecht –, sein Wirken in verschiedenen Gremien hinzu nimmt – neben der Monopolkommission etwa als Sonderberater der Europäischen Kommission –, dann gewinnt man den Eindruck, dass die Wirtschaftsgeschichte doch konzeptionelle Kontinuitäten bereithält. Die deutsche Wirtschaft, ja Deutschland, sähe heute anders aus ohne das Wirken Mestmäckers.

Biografisch fehlen noch seine Stationen nach der Lehrtätigkeit an der Georgetown University (1956/57) und der Habilitation in Frankfurt (1958):

1959–1963	Professor an der Universität des Saarlandes, Saarbrücken
1963–1969	Professor an der Universität Münster
1969–1978	Professor an der Universität Bielefeld
1979–1994	Direktor des Max Planck Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg sowie seit 1980 Professor an der Universität Hamburg Gastprofessuren 1965, 1976, 2000: University of Michigan in Ann Arbor.

Neben der Monopolkommission war Prof. Mestmäcker von 1960 bis 2006 Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft. Im Jahr 1997 wurde er Mitglied und von 2000 bis 2002 Vorsitzender der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich.

Ausgezeichnet wurde Professor Mestmäcker mit einer Vielzahl von Preisen, wie dem Ludwig-Erhard-Preis und der Friedrich August von

Hayek Medaille (letzteres bestätigt seine Charakterisierung durch Christoph Engel als „Österreicher“), Orden (Großes Bundesverdienstkreuz mit Stern des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland) und Ehrendoktorwürden (Köln und Bielefeld). Er ist seit 1994 Mitglied des Ordens pour le mérite.

In seiner Böhm-Vorlesung zeichnet Mestmäcker das Denken Böhms ausgehend von der Idee der Privatrechtsgesellschaft nach, gleicht es mit Vorstellungen Euckens und von Hayeks ab und ordnet es in philosophische Diskurse ein. Dabei wird die zentrale Rolle individueller Freiheitsrechte für dieses Denken und dieses Denkens für den Schutz individueller Freiheitsrechte deutlich.

im November 2018

Lars P. Feld

Recht und Ökonomie – Ökonomie und Recht

Das Walter Eucken Institut ehrt seine geistigen Väter durch jährliche Vorlesungen, die an Walter Eucken und F.A. von Hayek erinnern. Ich bin dem Institut und seinem Direktor, Herrn Kollegen Feld, dankbar, dass Sie heute den Juristen Franz Böhm in diesen Kreis aufnehmen. Damit wird ein Programm bestätigt, das den Wissenschaftlern gemeinsam ist, die in der Ordnung der Wirtschaft eine geschichtliche Aufgabe gesehen haben: Es ist die funktionale und normative Interdependenz von Recht und Ökonomie in der Erkenntnis der Ordnungselemente von Wirtschaftssystemen. Eucken nennt diese Elemente auch „Ordnungsformen“. Mit Franz Böhm tritt die Rechtswissenschaft neben die von zwei großen Gelehrten vertretenen Wirtschaftswissenschaften. Der Gegensatz der Fächer kennzeichnet keine gegensätzlichen Fragestellungen, wie Franz Böhm in seinem Rückblick auf die Entstehung der „Freiburger Schule“ klargestellt hat.⁶ Er selbst ist es gewesen, der diesen scheinbaren Widerspruch überwunden hat. Der Tübinger Rechtshistoriker Nörr hat Franz Böhm einen der großen Innovatoren des 20. Jahrhunderts genannt.⁷ Vor ihm habe es nur wenige Juristen gegeben, die die Dimensionen der Volkswirtschaft in ihr Denken einbezogen hätten. Und wenn sie das taten, dann konnten sie sich nur eine Volkswirtschaft in der Form der organisierten Wirtschaft vorstellen. Erst seit Böhm sei es Allgemeingut der Juristen geworden, dass Wettbewerb und Markt nicht mehr nur zu einer Addition von Einzeldarstellungen führten, sondern eine Volkswirtschaft im exakten Sinne des Wortes berücksichtigten. Es war der Frankfurter Privatrechtler Helmut Coing, der begründet hat, warum nationale, im 19. Jahrhundert

⁶ *Böhm, Franz* (1957/1960). „Die Forschungs- und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten an der Universität Freiburg in den 30er und 40er Jahren des 20. Jahrhunderts“ (Das Recht der Ordnung der Wirtschaft), in: ders. (1960). Reden und Schriften, Über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung, hrsg. von Ernst-Joachim Mestmäcker, S. 158–175. Im Folgenden zitiert als Reden und Schriften.

⁷ *Nörr, Knut Wolfgang* (1999). Die Republik der Wirtschaft, Teil I, S. 83.

zu hoher Blüte gekommene und positivistisch interpretierte Privatrechtsordnungen mit ihren neuen Funktionen in einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung vereinbar seien.⁸

Die Öffnung des Rechts für die Ökonomie ergänzt Walter Eucken durch die Öffnung der Ökonomie für das Recht. Es ist die Interdependenz der Ordnungen, deren Ordnungselemente durch Wirtschaftsplanung definiert sind, die Eucken schon in den Grundlagen der Nationalökonomie analysiert hat.⁹ Die funktionale Interdependenz wird in den Grundsätzen der Wirtschaftspolitik als normative Interdependenz fortgeführt:

„Die Wirkung jedes wirtschaftspolitischen Aktes – mag es sich um den Erlaß eines Kartellgesetzes oder um eine Veränderung des geltenden Notenbankgesetzes oder um eine Verordnung über Arbeitsvermittlung oder um irgendeine andere Frage handeln – hängt ... von der Wirtschaftsordnung ab, in der er erfolgt“.¹⁰

Die ökonomischen und juristischen Elemente der Wettbewerbsordnung hat Walter Eucken in die Wirtschaftsverfassung eingefügt. Dazu gehören der Primat der Währungspolitik, offene Märkte, Privateigentum, Vertragsfreiheit und das Prinzip der unbeschränkten Haftung für Verbindlichkeiten. Die Nähe dieser Prinzipien zur europäischen Wirtschaftsverfassung, die auf Binnenmarkt und einem System unverfälschten Wettbewerbs beruht, ist unverkennbar.

Bei von Hayek gehört die Rule of Law wie bei Walter Eucken zu den auch ökonomisch relevanten Grundlagen von „Constitutional Liberty“.¹¹ Und Viktor J. Vanberg¹² hat die Nähe der konstitutionalen Ökonomik (Public Choice) zur Freiburger Ordnungsökonomik anhand der folgenden Grundgedanken zusammengefasst:

(1) Den Gedanken, dass alles wirtschaftliche und allgemein soziale Handeln stets im Rahmen von informellen und formellen Regeln statt-

⁸ Coing, Helmut (1975). „Rechtsentwicklung und Wirtschaftsentwicklung im 19. Jahrhundert als Fragestellung für die Rechtsgeschichte“, in: Sauer mann/Mestmäcker (Hrsg.) (1975). Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, S. 101–117.

⁹ Eucken, Walter (1947). Die Grundlagen der Nationalökonomie, 5. veränderte Auflage, S. 29, wo die Erkenntnis des Ganzen der wirtschaftlichen Wirklichkeit in seinen Zusammenhängen als Anwendungsfall der Interdependenz gesehen wird.

¹⁰ Eucken, Walter (2004). Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 7. Auflage, S. 250.

¹¹ von Hayek, F. A. (1960). The Constitution of Liberty, p. 193. Deutsche Fassung: Die Verfassung der Freiheit, 4. Auflage 2005, S. 264: „Herrschaft des Gesetzes“.

¹² Vanberg, Viktor J. (2009). „Privatrechtsgesellschaft und ökonomische Theorie“, in: ders. (2009). Wettbewerb und Regelordnung, hrsg. von Goldschmidt/Wohlgemuth, S. 72.

findet, und dass der jeweilige Charakter der Regelordnung oder „Verfassung“ den Charakter der sich in ihrem Rahmen herausbildenden Handlungsordnung bestimmt.

(2) Dem Gedanken, dass die wählbaren Regeln des Rechts das wesentliche Instrument sind, mit dem ein politisch organisiertes Gemeinwesen die Bedingungen des Zusammenlebens systematisch gestalten kann, wobei eine zweckmäßige Regelgestaltung, die dem zu ordnenden Handlungsbereich inhärenten Funktionsprinzipien zu beachten hat.¹³

Die Bereitschaft von Ökonomen, der rechtlichen Relevanz der eigenen Theorie Rechnung zu tragen, gehört nicht zum Mainstream der Disziplin. Selbst dem Begründer der Ökonomie, Adam Smith, hat man sein Grundlagenwerk über Recht und Moral¹⁴ nur verziehen, weil er sich von dem Geschirr oder der Fessel „Ethik und Recht“ schrittweise befreit, und es mit dem Werk über den Reichtum der Nationen hinter sich gelassen habe.¹⁵ Die moderne Wohlfahrtsökonomie hat, wie der gewiss sachverständige Amartya Sen¹⁶ festgestellt hat, die Tradition des Utilitarismus fortgesetzt und sich auf Pareto Optimalität und Efficiency konzentriert. Rechte als solche seien in der gegenwärtigen ökonomischen Theorie nicht relevant. In der aktuellen Wirkungsgeschichte sind die auch politisch zu erklärenden Vorurteile gegen die „unsichtbare Hand“ bei Adam Smith weitgehend überwunden.

Franz Böhm hat seine Aufgabe darin gesehen, das System der freien Verkehrswirtschaft, wie es Adam Smith entwickelt hat, in das Recht zu übersetzen. Auch in den Vorarbeiten zur europäischen Integration berufen sich die Autoren auf die Theorie von Adam Smith¹⁷, um die durch Integration erreichbare Arbeitsteilung zwischen bisher getrennten nationalen Märkten zu begründen.¹⁸ Adam Smith wird als einer der ersten Aufklärer wahrgenommen, der den Gegensatz von individueller Freiheit und Recht überwunden hat.¹⁹

¹³ Ebenda, S. 72.

¹⁴ *Smith, Adam* (1759/1976). *The Theory of Moral Sentiments*, 5. Aufl. Oxford (eds. D. D. Raphael und A. L. MacFie).

¹⁵ *Buchan, James* (2003). *Crowded with Genius*, p. 227.

¹⁶ *Sen, Amartya* (1987). *On Ethics and Economics*, p. 49.

¹⁷ *Smith, Adam* (1976). *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Vol. I, Oxford, p. 447 (eds. R. H. Campbell und A. S. Skinner).

¹⁸ Regierungsausschuss eingesetzt von der Konferenz von Messina, Bericht der Delegationsleiter an die Außenminister, 21.4.1956, S. 15 ff. „Spaak-Bericht“.

¹⁹ Umfassend *Haakonssen, Knud* (1981). *The Science of a Legislator. The Natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*, Cambridge, p. 83–171; *Petersen, Jens* (2012). *Adam Smith als Rechtstheoretiker*; *Mestmäcker, Ernst-Joachim* (1984). „Die