

Stephan Vesco

# Die Erfindung der ökonomischen Rechtswissenschaft

Eine kritische Rekonstruktion  
von Jhering zu Posner

312 Seiten · broschiert · € 39,90  
ISBN 978-3-95832-274-5

© Velbrück Wissenschaft 2021

## Inhalt

Danksagung . . . . .	9
1 Einleitung: Überblick über die maßgeblichen Thesen . . .	11
2 Jhering: von der Rechtsdogmatik zum Utilitarismus . . .	27
2.1 Einleitung . . . . .	27
2.1.1 Rudolph von Jhering: so antiquarisch wie der Blick des Rezipienten . . . . .	27
2.1.2 These: Der Niederschlag des gesellschaftlichen Führungswechsels im Recht . . . . .	29
2.1.3 Explikation der Untersuchung: drei verschiedene Zustände der Bewegung des Rechts . . . . .	31
2.2 Teleologische Selbstbewegung des Rechts . . . . .	35
2.2.1 Savigny und die autonome Wissenschaft . . . . .	35
2.2.2 Historischer Hintergrund der Autonomiekonzeption: der aufgeklärte Absolutismus . . . . .	37

2.2.3	Der staatsrechtliche Hintergrund zur Zeit Jherings: der Konstitutionalismus und Gerbers Wissenschaft vom öffentlichen Recht . . . . .	39	3.1.3	Explikation der Untersuchung: von der rationalistisch-utilitaristischen »Negativfolie« über den klassischen Liberalismus zum »wahren« Hayek . . . . .	109
2.2.4	Die Autonomiekonzeption im Detail bei Jhering . . . . .	43	3.2	Überblick zu Hayeks Rechtskonzeption . . . . .	110
2.2.5	Das Recht als autonomes System in autonomen Umwelten: Annäherungen mit Luhmann . . . . .	47	3.2.1	Ausgangslage . . . . .	110
2.2.6	Probleme der Autonomiekonzeption . . . . .	55	3.2.2	Rechtskonzeption . . . . .	113
2.3	Rettung der Selbstbewegung: das Recht als Regelkreis . . . . .	61	3.3	Theoretische Rekonstruktion des »Ausgangspunkts« des hayekschen Rechts . . . . .	130
2.3.1	Die Rechtskonzeption des <i>Kampfs ums Recht</i> . . . . .	62	3.3.1	Hayeks Bewusstseinstheorie . . . . .	131
2.3.2	Abgrenzung zur Ethik Kants . . . . .	63	3.3.2	Kritik an rationalistischen und utilitaristischen Rechtstheorien . . . . .	133
2.3.3	Der Regelkreis. . . . .	66	3.3.3	Gründe für die »Abstoßung« vom Ausgangspunkt . . . . .	135
2.4	Rettung der Teleologie: Das Recht als Maschine des »Lebens« und Instrument des Nutzens . . . . .	71	3.4	Hayeks vom »klassischen« Liberalismus ausgehendes alternatives Gesellschaftskonzept . . . . .	136
2.4.1	Die Rechtskonzeption des Zwecks im Recht: zwischen Teleologie und Kausalität bzw. Leben und Recht . . . . .	71	3.4.1	Hayeks Traditionslinien . . . . .	136
2.4.2	Trendelenburgs »Teleomechanik« als maßgebliches Modell . . . . .	76	3.4.2	Fremdbestimmte Rechtsordnung ohne inhaltliche Zwecke . . . . .	138
2.4.3	Das Recht als lebendige Maschine oder »Maschinenpflanze« . . . . .	80	3.4.3	Das Individuum und dessen Selbstbestimmung als angebliche Ziele der Rechtsordnung . . . . .	139
2.4.4	Verschiebung im Rechtsbegriff: vom Willen zum Interesse . . . . .	81	3.4.4	Wechselseitiges Aufeinanderverweisen beider Ebenen; »chiastische« Struktur . . . . .	140
2.4.5	Ökonomische Artikulation der <i>Zweck</i> -Konzeption: Utilitarismus und Marginalismus . . . . .	85	3.4.5	Gleiche abstrakte Struktur des hayekschen Rechts wie des utilitaristischen Rechts von Jhering . . . . .	141
2.4.6	Die staatsrechtlichen und wirtschaftspolitischen Hintergründe in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts . . . . .	92	3.5	Der klassische Liberalismus Smiths in einer genaueren Lektüre . . . . .	141
2.4.7	»Aufklärerische« Grundierung der Interesstheorie nur im Sinne Adornos und Horkheimers, als totale Ökonomisierung . . . . .	96	3.5.1	Einführung und Rezeptionsweise durch Hayek . . . . .	142
2.4.8	Zur Gegenprobe – das »Rechtsgefühl« . . . . .	100	3.5.2	Das Naturverständnis Smiths . . . . .	145
	Überleitung: Koinzidenz von Utilitarismus mit freiheitlichen Prämissen? . . . . .	104	3.5.3	Das Gesellschaftsverständnis Smiths: Aufteilung auf mehrere Ebenen . . . . .	148
3	Hayek: Rückkehr zum Liberalismus? . . . . .	106	3.5.4	Zwecke und Bestimmungsinstanzen auf individueller und gesellschaftlicher Ebene . . . . .	153
3.1	Einleitung . . . . .	106	3.6	Vergleich des klassischen Liberalismus mit Hayek . . . . .	162
3.1.1	Friedrich August von Hayek: Ein Ökonom als Rechtstheoretiker . . . . .	106	3.6.1	Ordnung . . . . .	163
3.1.2	These: der Versuch einer liberalen Grundierung der ökonomischen Rechtswissenschaft und ihr Scheitern . . . . .	107	3.6.2	Ordnungen und ihr Verhältnis. . . . .	165
			3.6.3	Wachstum als zusätzliches Telos bei Hayek . . . . .	172
			3.6.4	Nachordnung des Individuums . . . . .	172
			3.6.5	Selbstbestimmung der Produzenten bzw. Anbieter?. . . . .	174
			3.6.6	Selbstbestimmung durch die Konsumenten? . . . . .	175
			3.7	Erneute Gesamtrekonstruktion der hayekschen Gesellschaftskonzeption . . . . .	183
			3.7.1	Gesellschaftliche Ebene . . . . .	184

3.7.2 Individuelle Ebene . . . . .	184
3.7.3 Resultat . . . . .	185
Überleitung: Die Unterscheidung von »internen« und »externen« Rekonstruktionen des Rechts . . . . .	190
4 Posner, law & economics: Rückkehr des »Utilitarismus« als neue (ökonomische) Dogmatik . . . . .	192
4.1 Einleitung . . . . .	192
4.1.1 Beginn in der Ökonomik: Richard Posner – ein Rechtstheoretiker als Ökonom . . . . .	192
4.1.2 These: ökonomische Aufschlüsselung der Rechtstheorien Jherings und Hayeks, Austausch der rechtlichen durch die ökonomische Rationalität . . . . .	193
4.1.3 Explikation der Untersuchung: vom positiven Selbstverständnis über dessen normative Implikationen zur philosophischen Verortung . . . . .	195
4.2 Law & economics als erklärende und normative Rechtstheorie . . . . .	196
4.2.1 Erklärung bestehenden Rechts (positive These) . . . . .	197
4.2.2 Tatsächliche Bestimmung und Gestaltung des Rechts nach ökonomischen Kriterien (normative These) . . . . .	199
4.3 Die philosophische Verortung der Reichtumsmaximierung bei Posner . . . . .	237
4.3.1 Reichtumsmaximierung als bessere Alternative zum Utilitarismus? . . . . .	238
4.3.2 Konsenstheoretische Begründung . . . . .	241
4.3.3 Pragmatische Begründung . . . . .	245
4.4 Die philosophische Verortung von law & economics im Verhältnis zu den Modellen Jherings und Hayeks . . . . .	250
4.5 Law & economics als neue Dogmatik . . . . .	253
4.5.1 Teleologie und Selbstbestimmung des Rechts als Wirtschaft . . . . .	253
4.5.2 Grundsätze dieser Dogmatik . . . . .	253
4.5.3 »Zusichselbstkommen« des Privatrechts als wirtschaftliche Effizienz . . . . .	254
5 Conclusio und Ausblick . . . . .	256
5.1 Wege aus einer ökonomisierten Rechtswissenschaft? . . . . .	257
5.2 Das progressive Potenzial einer ökonomisch informierten Rechtswissenschaft . . . . .	259

5.2.1 Progressives Potenzial des ökonomischen Effizienzdenkens selbst? . . . . .	259
5.2.2 Ökonomische Rechtswissenschaft in Fortsetzung des Legal Realism? . . . . .	262
5.2.3 Die behavioral law and economics . . . . .	268
5.2.4 Der ökonomische Zweig der critical legal studies . . . . .	274
Literaturverzeichnis . . . . .	282