

Evolution rechtlicher Regelungen: rechtswissenschaftliche und ökonomische und Reflexionen

von
Christian Kirchner*

Hayek-Tage 2013 in Göttingen
22. Juni 2013
- gekürzte Vortragsfassung -

1. Einführung

Rechtliche Regelungen sind sowohl aus rechtswissenschaftlicher Perspektive als auch aus ökonomischer Perspektive von Interesse. Das gilt ebenso für die Evolution dieser Regelungen.

Hier sollen rechtswissenschaftliche und ökonomische Überlegungen zur Evolution rechtlicher Regelungen angestellt werden, nicht in einer ausgefeilten Systematik, sondern in Gestalt von Reflexionen. Die Überlegungen beschränken sich auf Regelungen des deutschen Privatrechts. Das erlaubt die Einbeziehung auch der historischen Perspektive.

Die Ausführungen bauen auf dem methodischen Fundament der Neuen Institutionenökonomik auf. Ausgangspunkt sind der methodologische Individualismus und die Annahme der Ressourcenknappheit. Hinzu kommen die Annahmen eigennutzorientierten rationalen Verhaltens. Sowohl die Eigennutz- wie die Rationalitätsannahme werden eingeschränkt. Fundamental sind die Annahmen systematisch unvollständiger Information und der Existenz von Transaktionskosten.

2. Rechtliche Regelungen

Rechtliche Regelungen nehmen Einfluß auf das Verhalten der Regelungsadressaten, indem sie in der Regelung definierte Aktivitäten mit Anreizen oder Sanktionen verknüpfen. Solche rechtlichen Regelungen können als ‚Institutionen‘ im Sinne der Institutionenökonomik verstanden werden.

Bei rechtlichen Regelungen handelt es sich um formale Institutionen, die in einem formalen Prozeß gesetzt und durchgesetzt werden. Metaregelungen legen Setzung und Durchsetzung rechtlicher Regelungen fest.

Rechtliche Regelungen unterscheiden sich von anderen Regelungen unter anderem durch das zugrunde liegende Legitimationskonzept. Im Gewaltentrennungskonzept, das sich auf dem Europäischen Kontinent durchgesetzt hat, liegt

* Prof. Dr. iur. Dr. rer.pol. Dr. h.c. Christian Kirchner, Humboldt-Universität zu Berlin, Mitglied des Vorstandes der Wittenberg-Zentrums für Globale Ethik e.V.

die Regelsetzungskompetenz bei der Legislative. Die Exekutive handelt im Rahmen des von der Legislative gesetzten Rechts. Die Judikative ist der ‚Mund des Gesetzgebers‘. Sie hat keine eigene Rechtsetzungskompetenz.

Die Legitimation der Regelungen erfolgt dann durch Wahl der Mitglieder der Legislative durch die Regelungsadressaten. Betreibt die Judikative Regelung im Rahmen der ‚judikativen Rechtsfortbildung‘, leitet sie ihre Legitimation dafür aus der Bindung der Rechtsprechung an das legislativ gesetzte Recht ab (Gesetzesbindung). Zentral sind für diese Gesetzesbindung die in der Rechtswissenschaft entwickelten und anerkannten Interpretationsmethoden.

Das hier eingeführte Legitimationskonzept bezieht sich auf öffentlich gesetzte rechtliche Regelungen (*public ordering*). Diese beanspruchen Geltung für alle Mitglieder des Staatsverbands. Privat gesetzte Regelungen (*private ordering*) beanspruchen nur Geltung für den Kreis der Akteure, die an der Kollektiventscheidung zur Setzung dieser Regelungen beteiligt sind und diese Regelungen akzeptieren.

Rechtliche Regelungen unterscheiden sich von informellen Regelungen durch die Art ihrer Setzung und Durchsetzung. Informelle Regelungen - etwa Handelsbräuche oder soziale Konventionen - können sich zu rechtlichen Regelungen entwickeln - etwa zu Gewohnheitsrecht.

Bei der Untersuchung der Evolution von Regelungen wird hier vom Variations-Selektions-Replikations-Konzept ausgegangen. Im Variationsprozeß werden nur solche Regelungen entwickelt, die im Zeitraum des Variationsprozesses angesichts der gegebenen – unvollständigen – Informationen grundsätzlich als Lösungsansätze für das zuvor definierte Problem in Betracht kommen. Diese Information steht dann auch zu Beginn des Selektionsprozesses zur Verfügung. Es ist aber davon auszugehen, daß während dieses Prozesses neue Informationen gewonnen und verarbeitet werden. Im Lichte dieser neuen Informationen wird möglicherweise auch die Zielsetzung verändert. Insofern kann es eine eigentliche Replikation nur unter der Annahme entweder vollständiger Information oder nicht mehr verbesserbarer Information geben. Beide Annahmen sind nicht nur unrealistisch, sondern auch heuristisch unbrauchbar.

3. Rechtshistorische Reflexionen zur Evolution rechtlicher Regelungen

Die deutsche Privatrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts ist vom sogenannten Kodifikationsstreit geprägt. Auf der einen Seite vertrat 1814 Friedrich Justus Thibaut die Auffassung von der Notwendigkeit einer schnellen nationalen Kodifikation. Dem setzte Carl Friedrich von Savigny, der Begründer der historischen Rechtsschule entgegen, daß die Zeit für einen solchen Schritt noch nicht reif sei. Man solle zuerst die pandektenwissenschaftliche Aufarbeitung des römischen Rechts so weit vorantreiben, bis ein in sich widerspruchsfreies und konsistentes Privatrecht die Grundlage für eine Kodifizierung bilden würde.

Diese Kontroverse ist hier deshalb von Interesse, da die beiden Konzepte der Rechtsetzung noch heute relevant sind. In Thibauts Konzept werden neue rechtliche Regelungen konstruiert, also intentional eingesetzt, um vorgegebene Zwecke zu erreichen. Savigny setzt hingegen auf einen evolutorischen Prozeß. Er spricht vom Wirken des ‚Volksgeistes‘ wirkt. Doch er meint nicht das Volk in einem romantischen Sinn, sondern die Vertreter des gelehrten Juristenstandes. Diese sind damit beschäftigt, aus der Sammlung von Gerichtsentscheidungen und Rechtsmeinungen im Corpus Iuris (Pandekten, lateinisch: Digesten) ein in sich konsistentes, widerspruchsfreies Privatrecht zu entwickeln. Bei Savigny ist das Resultat seiner pandektenwissenschaftlichen Studien „Das System des heutigen römischen Rechts“. Savigny führt in den Pandektenwissenschaft das Studium von ‚Rechtsinstitute‘ ein. Man kann sich diese als abgegrenzte Regelungsmaterien vorstellen, die eine zusammenhängende Problemstellung systematisch, aber ausdifferenziert erfassen sollen. Das erste Beispiel für ein solches Rechtsinstitut ist der ‚Besitz‘. Hier gibt es eine Reihe bisher offener Fragen zu klären. Im Kern haben diese ihren Ursprung darin, daß Besitz einmal auf der tatsächlichen Sachherrschaft beruhte, auf der anderen Seite der Besitzwille eine Rolle spielt. Besitz – als tatsächliche Sachherrschaft – wirft die Frage auf, ob aus einer tatsächlichen Position eine Rechtsposition werden kann. Nur dann ist es möglich, den Besitz rechtlich zu schützen. Im Hintergrund steht das Problem der Ableitung eines Sollens aus dem Sein, nach David Hume eine nicht lösbare Aufgabe. Das mutet eher wie eine theoretische Übung an, ohne direkten Praxisbezug. Doch es gibt zu Savignys Zeiten ein erhebliches praktisches Bedürfnis für die Lösung der anstehenden Probleme des Besitzes. In einer zunehmenden arbeitsteiligen Wirtschaft häufen sich die Fälle, in denen die tatsächliche Sachherrschaft nicht beim Eigentümer liegt, sondern bei einem recht- oder unrechtmäßigen Besitzer. Aus Sicht der Praxis geht es also um Fragen des rechtlichen Besitzschutzes. Das Rechtsinstitut des Besitzes hat nun insbesondere die Funktion, Besitzschutzrechte zu klären. Das setzt voraus, daß verschiedene Arten des Besitzes - etwa der rechtmäßige und der durch verbotene Eigenmacht erworbene – ins Spiel gebracht werden. Diese Art der induktiven Rechtsentwicklung ist methodisch interessant: Es geht einmal um praktische Probleme der Klärung von widerstreitenden Positionen. Rechtliche Regelungen erscheinen hier als Lösungen zuvor definierter Regelungsprobleme. Die verschiedenen rechtlichen Regelungen bilden aber zugleich einen Teil eines Systems, das konsistent und widerspruchsfrei sein soll. Beide Aspekte lassen sich in einer einheitlichen Aussage zusammenführen: Es sollen praktische Regelungsprobleme gelöst werden, aber nicht ad hoc, sondern eingebettet in ein System.

Der Prozeß der Rechtsentstehung stellt sich in dieser evolutorischen Perspektive wie folgt dar: Er findet als wissenschaftliche Auseinandersetzung, ausgehend von praktischen Regelungsproblemen, statt. Allerdings geht es in dieser Auseinandersetzung zentral um systematische Argumentationen. Der Schwachpunkt dieser Vorgehensweise ist der Folgende: Es wird nicht gefragt, welche tatsächlichen Wirkungen von den neuen rechtlichen Regelungen ausgehen. Das ist auch nicht von vorrangigem Interesse. Die Rechtswissenschaft orientiert sich an ihrem großen Vorbild, der Philosophie. Eine Realwissenschaft, die in der Lage gewesen wäre, Folgenabschätzungen unterschiedlicher Re-

gelungen oder Regelungsvarianten vorzunehmen, existiert noch nicht. Der Lernprozeß der Rechtswissenschaft ist einseitig. Man kann von einem verkürzten Lernprozeß sprechen.

4. Rechtswissenschaftliche Reflexionen zur judikativen Rechtsfortbildung auf der Grundlage kodifizierten Privatrechts

Die Pandektenwissenschaft hat die Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuches hervorgebracht, sich aber im Augenblick der Verabschiebung dieses Gesetzbuchs als geltendes Recht selbst ins Abseits gestellt. Von jetzt an gilt es, legislativ gesetztes Recht durch die Judikative anzuwenden und fortzuentwickeln. Die Vorstellung einer vollständigen, alle gegenwärtigen und zukünftigen Probleme lösenden Kodifikation, entpuppt sich schnell als Trugschluß. Angesichts des Problems systematisch unvollständiger Information ist dies unmöglich. Das hatte schon der Gesetzgeber des Allgemeinen Preußischen Landrechts von 1794 erfahren müssen, der ein Interpretationsverbot erlassen hatte, das sich sehr bald als unwirksam erwies.

Die Anpassung rechtlicher Regelungen an neues Wissen und damit auch an neue Regelungsprobleme kann nur bedingt durch die Legislative erfolgen. Diese verfügt über unzureichende Kapazitäten. Die Fortentwicklung legislativ gesetzten Rechts durch die Judikative (judikative Rechtsfortbildung) bringt aber erhebliche methodische Probleme mit sich und wirft Legitimationsfragen auf. Hier interessieren die methodischen Fragen.

Der Prozeß der judikativen Rechtsfortbildung wird durch juristische Interpretationsmethoden gesteuert. Diese Auslegungsmethoden entscheiden insbesondere darüber, wieweit die Judikative an legislativ gesetzte rechtlichen Regelungen gebunden ist. In dem Maße, in dem die Gesetzesbindung gelockert wird, rückt die Judikative in die Stellung eines autonomen Rechtsetzers ein. Die damit verbundene Legitimationsproblematik soll hier nicht erörtert werden.

Die methodische Grundlage für diese in Anspruch genommene Rechtsetzungsbefugnis der Legislative bildet eine Auslegungsmethode, die bei der Interpretation einer rechtlichen Regelung auf den Zweck dieser Regelung abstellt, und zwar nicht auf den Zweck, vom die die Legislative beim Akt der Gesetzgebung ausgegangen war, sondern auf den ‚objektiven‘ Zweck der Regelung (objektiv teleologische Interpretation).

Kommt bei der judikativen Rechtsetzung die objektiv teleologische Interpretationsmethode zur Anwendung, hat dies weitreichende Konsequenzen für die Evolution dieser Regelungen. Die Anwendung der objektiv teleologischen Auslegungsmethode heißt, daß von mehreren denkbaren Auslegungen einer legislativ gesetzten rechtlichen Regelungen diejenige auszuwählen ist, die den – objektiven – Zweck der Norm bzw. der Normmaterie am besten erfüllt. Die Instanz, die unter der Restriktion der Zwecksetzung der Norm die geeignete Interpretationsvariante sucht, setzt diese Restriktion selbst. Dies ist ein grundlegender Konstruktionsfehler für einen Selektionsprozeß. Nach die Judikative den

– objektiven – Zweck festgelegt hat, ermittelt sie in einem zweiten Schritt, welche Normauslegung diesen Zweck am besten erfüllt. Dann müsste sie aber in der Lage sein, die tatsächlich zu erwartenden Wirkungen alternativer Interpretationsvarianten abzuschätzen. Dazu fehlt ihr aber das methodische Instrumentarium. Es bleibt eine erhebliche Lockerung der Gesetzesbindung, ein mit Funktionsmängeln behafteter Selektionsprozeß.

Interessant ist dann, wie Variationsprozeß und Selektionsprozeß zusammen spielen. Die Variation wird in erster Linie von privaten Akteuren gesteuert, die Gerichten streitige Fälle vorlegen. Es ist aber bekannt, daß auch die Judikative Einfluß darauf nehmen kann, welche Fälle höchstinstanzlich entschieden werden.

5. Ökonomische Reflexionen zur Evolution rechtlicher Regelungen. Grundlagen

Die Ökonomik hat sich mit rechtlichen Regelungen schon in der klassischen Wirtschaftstheorie der schottischen Moralphilosophen beschäftigt. Doch fehlte lange Zeit eine explizite Auseinandersetzung mit deren Entstehung und Veränderung. In der neoklassischen Wirtschaftstheorie wanderten dann die rechtlichen Regelungen in den Datenkranz der Modelle und waren nicht mehr Gegenstand der Analyse.

Die Ökonomik wandte sich dem Problem der Entstehung und Änderung von Regelungen im Rahmen der Auseinandersetzung mit dem Wissensproblem zu. Ist Wissen begrenzt und dezentral verteilt, spricht dies für eine dezentrale Setzung zuerst einmal informeller Regelungen durch die Akteure, die nach konkreten Problemlösungen suchen. Eine zentrale Regelsetzung, in der – bei systematisch unvollständiger Information – Regelungen intentional zur Erreichung vorgegebener Zwecke gesetzt werden, begegnet dem Vorwurf der Anmaßung von Wissen und des Konstruktivismus.

Rechtliche Regelungen, ihre Entstehung und ihre Änderung wurden dann zwangsläufig wieder Gegenstand der Ökonomik, als diese sich nicht nur den Spielzügen, sondern auch den Spielregeln - in Gestalt der Institutionen - zuwandte.

Soll die Ökonomik der Evolution rechtlicher Regelungen vorangetrieben werden, erscheint es sinnvoll, den Wissensansatz mit dem der Neuen Institutionen-ökonomik zu verbinden.

Den grundlegenden Gedankengang kann man wie folgt skizzieren: Angesichts der Knappheit der Ressourcen erscheint es sinnvoll, sanktionsbewehrte Regelungen zu entwerfen und ins Werk zu setzen, die den Einsatz der Ressourcen verbessern können (ökonomische Erklärung für die Entstehung von Institutionen). Angesichts der systematischen Unvollständigkeit von Information kann bei jedem Akt der Setzung von Regelungen nur das jeweils im Zeitpunkt der Regelsetzung vorhandene Wissen eingesetzt werden. Die so geschaffenen Regelun-

gen sind notwendigerweise unvollständig und vorläufig. Sie beruhen auf falsifizierbaren Hypothesen bezüglich ihrer erwarteten Wirkungsweise. Angesichts der dezentralen Verteilung von Information kann das vorhandene Wissen besser genutzt werden, wenn der Regelsetzungsprozeß dezentralisiert wird. Durch einen Wettbewerb dezentral geschaffener Regelungen kann neues Wissen über die Wirkungsweise der betreffenden Regelungen produziert werden. Regelsetzung wird zum Entdeckungsverfahren.

Bilden sich im sozialen Interaktionsprozeß informelle Regelungen, ist zu erklären, ob und wie Verrechtlichungsprozesse ablaufen. Um diese zu analysieren, bietet sich eine Unterscheidung von privat gesetzten rechtlichen Regelungen (*private ordering*) und öffentlich gesetzten rechtlichen Regelungen an (*public ordering*). Die Evolution rechtlicher Regelungen kann dann – verkürzt – als Wechselwirkungsprozeß zwischen der Schaffung privat und öffentlich gesetzter Regelungen begriffen werden. Bezieht man auch die Schaffung informeller Regelungen in das ökonomische Erklärungsmodell für Evolution rechtlicher Regelungen mit ein, beginnt der Rechtswerdungsprozeß mit der Entstehung informeller Regelungen, die dann im Verrechtlichungsprozeß zu privat oder öffentlich gesetzten rechtlichen Regelungen entwickelt werden. Auch die Entwicklung informeller Regelungen kann ökonomisch hinterfragt werden, indem auch diese als Instrumente der Einsparung von Ressourcen betrachtet werden.

6. Entstehung einer spontanen Ordnung durch Schaffung informeller, dezentral produzierter Regelungen

Können Akteure durch Schaffung informeller Regelungen zur Linderung der Ressourcenknappheit beitragen und erwarten sie, daraus einen Vorteil zu ziehen, setzt dies Anreize für die Evolution solcher informeller Regelungen. Dann ist zu klären, wie aus Individualentscheidungen in der sozialen Interaktion solche informellen Regelungen durch Kollektiventscheidungen entstehen. Es geht um das Problem der Abstimmung von Individualentscheidungen zur Schaffung reziproker Vorteile durch Kooperation. Einigen sich die Akteure kollektiv auf die neuen Regelungen, ernten sie den Ertrag in Gestalt von Kooperationsdividenden. Nun kann es für einzelne Akteure aber individuell nutzenbringend sein, aus der Kooperation auszubrechen, nämlich zu defektieren. Da diese Gefahr ex ante abgeschätzt werden kann, lohnt es sich, durch Selbstbindung sanktionsbewehrte informelle Regelungen zu schaffen, die den Preis für das Defektieren anheben.

Informelle Regelungen werden bei gegebenem Wissensstand geschaffen, um kollektiv wahrgenommene Probleme zu lösen. Der Prozeß der Regelwerdung beruht dann auf dem eigennutzorientierten Handeln der Akteure in der sozialen Interaktion. Dann fragt sich, wie neues Wissen verarbeitet wird und wie informelle Regelungen an sich verändernde Rahmenbedingungen angepaßt werden. Da es keinen formalen Regelsetzungsprozeß gibt, in dem planmäßig neues Wissen in Änderungen der Regelungen einfließen kann, ist es notwendig auf einen Prozeß kollektiven Lernens zu bauen, der über die soziale Interaktionen zu Regeländerungen führt. Das Problem liegt in der zeitnahen Anpassung

der informellen Regelungen an den neuen Wissensstand. Alte informelle Regelungen müssen aufgegeben und durch neue ersetzt werden. Wenn der Anpassungsprozeß zu langsam erfolgt, gelten die alten informellen Regelungen zu lange und verlieren ihre nutzenstiftende Wirkung. Es fragt sich dann, ob die Reaktion auf diese wahrgenommene Nutzenminderung infolge einer zu langsamen Anpassung der informellen Regelungen einen Anreiz für die Formalisierung der Regelungen schafft.

7. Formalisierung informeller Regelungen

Die Formalisierung von Regelungen, also die Einführung von Metaregelungen für Kompetenzen und Verfahren der Setzung von formalen Regelungen, kann als ein Mittel gesehen werden, den Zustand des Funktionsverlusts der alten informellen Regelungen zu überwinden. Eine Formalisierung informeller Regelungen kann erwartet werden, wenn sich die Betroffenen daraus spezifische Nutzensteigerungen versprechen. Wird nun nicht nur das Verfahren der Setzung der Regelungen formalisiert, sondern auch der Sanktionsapparat, kann dies weitere Nutzensteigerungen mit sich bringen. Formale Regelungen, die formal gesetzt und durchgesetzt werden, bringen den Vorteil, daß es für die Regelungsadressaten leichter wird, sich an solchen Regelungen zu orientieren. Ihre Steuerungskapazität ist der informeller Regelungen überlegen. Diesen Vorteilen stehen aber Nachteile gegenüber. Zum einen geht es um Problem von Kollektiventscheidungen (*collective action problems*, CA-Probleme), zum anderen um Probleme der zentralen Nutzung dezentral vorhandenen Wissens. Das Problem der Kollektiventscheidungen verschärft sich beim Prozeß formaler Regelsetzung. Das führt zu steigenden Entscheidungskosten. Zudem führen Kollektiventscheidungen, die mit einfachen oder qualifizierten Mehrheiten getroffen werden, zu Präferenzkosten. Dieses sind die Kosten der Akteure, deren Präferenzen in den Kollektiventscheidungen nicht widerspiegelt werden und die deshalb Regelungen unterworfen werden, die von solchen abweichen, die ihren Präferenzen entsprächen.

Das Problem der Kollektiventscheidungen verschärft sich dadurch, daß die verschiedenen Akteure, die an solchen Entscheidungen beteiligt sind, über unterschiedliches Wissen verfügen. Es geht also nicht nur darum, daß Wissen dezentral verteilt ist, sondern auch darum, daß es asymmetrisch verteilt ist. Allerdings ist davon auszugehen, daß jeder einzelne Akteur ein Interesse hat, sein individuelles Wissen, das einer Kollektiventscheidung in seinem Sinne dient, in den Entscheidungsprozeß einzubringen. Ob und wie in einem Kollektiventscheidungsprozeß das vorhandene Wissen der Akteure einfließt, hängt von den Metaregelungen ab, die für die Kollektiventscheidung vereinbart werden. Dieser Gedanke legt es nahe, den Entscheidungsprozeß in mehrere Stufen aufzuteilen, wie dies in der Konstitutionenökonomik getan wird. Allerdings geht es hier nicht um das Einstimmigkeitsprinzip, sondern um das Problem, wie das existierende, dezentral verteilte Wissen am besten in den Prozeß der Kollektiventscheidung eingespeist wird.

Es ist ein nicht uninteressantes Zwischenergebnis festzuhalten: Durch den Prozeß der Formalisierung informeller Regelungen werden Anreize geschaffen, Metaregelungen für den Kollektiventscheidungsprozeß zu schaffen, die existierendes Wissen bestmöglich in die Entscheidung einspeisen. Als grundlegender Mangel der formalen Regelsetzung aus der Wissensperspektive bleibt das Problem, daß nicht davon ausgegangen werden kann, daß das dezentral vorhandene Wissen optimal in den zentralen Regelsetzungsprozeß einfließt.

8. Entwicklung informeller Regelungen zu privat und öffentlich gesetzten formalen Regelungen

Eine Formalisierung informeller Regelungen kann in zwei Richtungen erfolgen. Es kann zur Herausbildung privat gesetzter formaler Regelungen (*private ordering*) kommen. Dann schaffen etwa die Parteien eines Vertrages anstelle informeller sozialer Regelungen explizite vertragliche Regelungen. Es kann aber auch zur Herausbildung öffentlich gesetzter formaler Regelungen (*public ordering*) kommen. Dann werden etwa Gewohnheiten im Handelsverkehr (Handelsbräuche) von Gerichten als Gewohnheitsrecht anerkannt und damit verbindlich gemacht. Beide Formalisierungsprozesse weisen unterschiedliche Charakteristika auf.

Kommt es zur Herausbildung privat gesetzter formaler Regelungen (*private ordering*), bringt dies Vorteile durch die Schaffung von mehr Transparenz. Die Parteien können die Folgen ihrer Handlungen besser abschätzen, da Sanktionen klarer als bei informellen Regelungen formuliert sind. Aber gerade diese erhöhte Transparenz ist ambivalent. Die Akteure können auch genauer abschätzen, wann sich opportunistisches Defektieren für sie auszahlt. Die Gefahr ex post-opportunistischen Handelns kann also gerade durch die Formalisierung der Regelungen steigen. Allerdings gibt es kein Entweder-oder-Verhältnis zwischen formalen privat gesetzten Regelungen und informellen Regelungen. Es sind durchaus Konstellationen vorstellbar, in denen es zwar zu einer Formalisierung der Regelungen kommt, subsidiär aber informelle Regelungen erhalten bleiben. Man kann sich dies als verschiedene Schichten einer Kooperation vorstellen: Explizit werden formale Regelungen vereinbart, die schnell an sich ändernde Rahmenbedingungen angepaßt werden können. Das grundlegende Kooperationsverhältnis, die Vertrauensbasis, auf denen die Kooperation beruht, wird aber durch informelle Regelungen stabilisiert. Für die Ökonomik der Evolution von Regelungen ist eine solche Schichtentheorie von Bedeutung: Lernen erfolgt auf den verschiedenen Ebenen in einem unterschiedlichen Tempo. Es geht nicht einfach darum, daß Wissenszuwächse gleichmäßig auf beiden Ebenen zum Tragen kommen. Auf der informellen Regelungsebene geht es um anderes Wissen als auf der Ebene formaler Regelungen. Unvollständige Langzeitverträge sind heute das Forschungsfeld, auf dem sich die Komplementarität und das Substitutionsverhältnis von informellen und formalen Regelungen am besten studieren läßt. Allerdings ist hier die Forschung erst am Anfang. Die Wissensproblematik als solche ist zwar bekannt, steht bisher aber nicht im Zentrum der Überlegungen.

Kommt es zu einer Formalisierung informeller Regelungen, indem sie zu öffentlich gesetzten Regelungen (*public ordering*) entwickelt werden, bedarf es eigener Metaregelungen für die Überführung der Regelungen von der informellen auf die formale Ebene. Das Beispiel der Überführung von Handelsbräuchen in Gewohnheitsrecht setzt auf die Metaregelung, daß die Judikative die Kompetenz hat, diesen Formalisierungsprozeß durchzuführen. Aus informellen Regelungen werden dann judikativ gesetzte formale Regelungen. Der Vorteil dieser dezentralen Lösung liegt darin, daß die Gerichte über entsprechende Erfahrungen in der betreffenden Sachmaterie verfügen, also Wissensvorsprünge haben. Hier geht es nicht um die Auslegung legislativ gesetzten Rechts, sondern um die Anerkennung/Schaffung von Gewohnheitsrecht. Diese Kompetenz wird der Judikative auch im kontinental-europäischen Konzept der Gewaltentrennung zuerkannt. Allerdings steht die diesbezügliche Kompetenz der Judikative unter dem Vorbehalt einer Entscheidung der Legislative, die in der Lage ist, die Regelungskompetenz an sich ziehen. Es können aber auch informelle Regelungen zu legislativ gesetzten Regelungen entwickelt werden. Die informellen Regelungen enthalten dann den Wissensstand, den sich die Legislative zu eigen macht. Der Formalisierungsprozeß kann als Prozeß des Wissenstransfers vom informellen in den formalen Regelungsbereich gesehen werden.

Es ist aber auch ein negativer Effekt der Formalisierung informeller Regelungen zu beachten: Durch die Formalisierung wird der Lernprozeß, der auf der informellen Ebene stattfindet, erst einmal beendet. Werden aus Handelsbräuchen gewohnheitsrechtliche Regelungen, wirkt dies wie eine Sperre für die Übernahme anderslautender und zuwider laufender Handelsbräuche aus. Im Formalisierungsprozeß wird dann zwar der Wissensstand der informellen Regelungen genutzt; zugleich wird aber der Prozeß der Generierung neuen Wissens unterbrochen.

Wie privat gesetzte Regelungen (*private ordering*) sich aus informellen Regelungen entwickeln, wurde oben gezeigt. Daneben stellt sich die Frage, wie sich privat gesetzte Regelungen weiter entwickeln. Hier setzt ein doppelter Selektionsprozeß ein, der an die Variation neuer privat gesetzter Regelungen anschließt. Es geht einmal um einen Praxistauglichkeitstest der betreffenden Regelungen. Die privat gesetzten Regelungen sind Güter, die im Wettbewerb zueinander stehen. Der Selektionsprozeß ist eine Variante des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren. Daneben gibt es einen zweiten Selektionsprozeß: Die privat gesetzten Regelungen werden von der Judikative daraufhin geprüft, ob sie mit den öffentlich gesetzten Regelungen kompatibel sind. Hier kommt es nun aber zu den oben erörterten Funktionsdefiziten des judikativen Selektionsprozesses. Es kann zu Konstellationen kommen, in denen privat gesetzte Regelungen, die den Praxistauglichkeitstest bestanden haben, von der Judikative verworfen werden. Allerdings kann diese adverse Selektion durch eine entsprechende Rechtswahl - verbunden mit einer Gerichtswahlvereinbarung - verhindert werden kann.

Die Evolution öffentlich gesetzter Regelungen (*public ordering*) kann in einem Wechselspiel zwischen privat und öffentlich gesetzten Regelungen gesehen werden. Dieses Wechselspiel besteht im Grunde darin, daß in der privaten

Regelsetzung der Variationsprozeß stattfindet, in der öffentlichen Regelsetzung die Selektion.

Man kann aber auch fragen, wie der Prozeß der öffentlichen Regelsetzung als solcher als Entdeckungsverfahren begriffen werden kann. Dies ist deshalb nicht einfach, weil bei öffentlicher Regelsetzung zwei Vorwürfe im Raum stehen: (1) In der öffentlich Regelsetzung würden Regelungsziele definiert und dann im Zweck-Mittel-Paradigma unter der Annahme vollständiger Information Lösungen gesucht (Vorwurf des Konstruktivismus). (2) In der öffentlichen Regelsetzung setzten sich Lobbyinteressen durch, die auf der Theorie des Erzielens von Quasirenten (*rent seeking*) beruhen (Vorwurf des Rent-Seeking).

Für beide Vorwürfe mögen gute Gründe ins Feld geführt werden können. Das schließt aber nicht aus, daß es dennoch sinnvoll ist, die Frage von Variation und Selektion im Prozeß der öffentlichen Regelsetzung zu untersuchen. Dann ist in einer solchen Argumentation den beiden Vorwürfen, jetzt als Hypothesen formuliert, Rechnung zu tragen.

Es ist nicht davon auszugehen, daß es in der modernen legislativen Rechtsetzung **den** Gesetzgeber gibt. Moderne Gesetzgebungsprozesse sind als Interaktionen zwischen verschiedenen, teils gegensätzlicher Interessen von Gruppen von Akteuren zu sehen, die wiederum von individuellen Akteuren vertreten werden (Problem des methodologischen Individualismus und von Prinzipal-Agent-Beziehungen).

In den Gesetzgebungsprozeß können nur die Informationen einfließen, die im Zeitraum der Rechtsetzung verfügbar sind. Das Produkt der Gesetzgebung kann als hypothetische Problemlösung begriffen werden. Dann stellen sich zwei Probleme: (1) Wie kann die Wissensbasis im Zeitpunkt der Gesetzgebung verbessert werden? (2) Wie kann gewährleistet werden, daß neues Wissen zeitnah in den Gesetzgebungsprozeß einfließt?

Ein wesentliches Instrument zur Verbesserung der Wissensbasis ist die vergleichende Wirkungsanalyse unterschiedlicher öffentlich gesetzter Regelungen aus unterschiedlichen Jurisdiktionen. Heute wird auf die Rechtsvergleichung als Wissensquelle verwiesen. Es werden allerdings von vielen Autoren nur die jeweiligen öffentlich gesetzten Regelungen in die Analyse einbezogen. Es spricht nichts dagegen, auch privat gesetzte Regelungen in diese Vergleichung einzubeziehen.

Wenn es um das zeitnahe Einfließen neuen Wissens in den Gesetzgebungsprozeß geht, liegt es nahe, auf den Wettbewerb rechtlicher Regelungen aus unterschiedlichen Jurisdiktionen einzugehen. Allerdings gestaltet sich dieser Wettbewerb in unterschiedlichen kollisionsrechtlichen Varianten unterschiedlich: Die Rechtswahl kann an den gewählten Standort gebunden sein (Standortwettbewerb). Oder es kann von einem gegebenen Standort auf rechtliche Regelung aus verschiedenen Jurisdiktionen zugegriffen werden (mobiler Wettbewerb rechtlicher Regelungen). Es ist der mobile Wettbewerb rechtlicher

Regelungen, die das Wissensproblem bei der Schaffung legislativ gesetzter Rechts revolutionieren kann.

Lange Zeit war von einem Über-Unterordnungsverhältnis zwischen Regelsetzer und Regelungsadressaten ausgegangen worden. Die Legislative setzt die Regelungen. Die Regelungsadressaten haben die so gesetzten Regelungen zu befolgen. In einem Rückkoppelungsprozeß können sie gegebenenfalls auf die Regelsetzung Einfluß nehmen (demokratischer Rückkoppelungsmechanismus). Wird die Rechtswahl an einem gegebenen Standort eröffnet und wird mobiler Wettbewerb der rechtlichen Regelungen eröffnet, wird der Regelungsadressat zum Nachfrager nach rechtlichen Regelungen, die – nationale – Legislative zum Anbieter. Die jeweilige nationale Legislative steht in Wettbewerb mit anderen nationalen Legislativen. Es entsteht ein Wettbewerb der rechtlichen Regelungen in Gestalt eines Entdeckungsverfahrens.

Hier endet der Wettbewerbsprozeß aber nicht: Es ist denkbar, daß auch die private Regelsetzung ins Spiel gebracht wird. Das erfordert allerdings, daß Regelungen, die privat gesetzt werden, im Rahmen der Parteiautonomie gewählt werden können. Das betrifft eherne Grundsätze des Kollisionsrechts, denen zufolge nur zwischen öffentlichen gesetzten Regelungen einer nationalen Rechtsordnung gewählt werden darf. Doch schließt dies hybride Gestaltungen der Regelungssetzung nicht aus. Schaffen private Akteure rechtliche Regelungen, die in eine nationale Jurisdiktion inkorporiert werden, können Akteure im Rahmen der Rechtswahlfreiheit auf diese hybriden Regelungen zugreifen. Auf diese Art und Weise können Lernprozesse initiiert werden, in denen neues Wissen zeitnah in legislative Regelsetzung einfließt.

9. Zusammenführung der rechtswissenschaftlichen und der ökonomischen Reflexionen

Die rechtswissenschaftlichen Reflexionen beschränkten sich auf die Evolution rechtlicher Regelungen auf der Grundlage von Fallrecht (Corpus Iuris) und auf die judikative Rechtsetzung. Die ökonomischen Reflexionen setzten bei der Entstehung informeller Regelungen aus sozialen Interaktionsprozessen an, befaßten sich mit der Entwicklung informeller Regelungen zu privat und/oder öffentlich gesetzten (formalen) Regelungen, um dann zu fragen, wie die Evolution privat und öffentlich gesetzter Regelungen erfolgt.

Es gibt Berührungspunkte zwischen den rechtswissenschaftlichen und den ökonomischen Reflexionen. Sie beziehen sich in erster Linie darauf, wie der Selektionsprozeß privat gesetzter Regelungen durch die Judikative erfolgt und wie nationale Rechtsordnungen miteinander in Wettbewerb treten können. Die ökonomischen Reflexionen lassen sich in rechtswissenschaftliche Argumentationen integrieren, wenn auf dieser Ebene die Frage der tatsächlichen Wirkung rechtlicher Regelungen zum Thema gemacht wird.

Eine Rechtswissenschaft, die sich auf herkömmliche Fragestellungen und juristische Auslegungsmethoden beschränkt, erweist sich für die ökonomischen

Fragestellungen als kaum anschlussfähig. Um eine Ökonomik der Evolution rechtlicher Regelungen weiter zu entwickeln, ist es erforderlich, auf die spezifischen juristischen Selektionsprozesse einzugehen. Geschieht dies nicht, entwickelt die Ökonomik Theorien der Evolution rechtlicher Regelungen, die den Anschluß an die tatsächlich stattfindenden Selektionsprozesse verlieren.

