

Schriften zur Rechtstheorie

Band 303

Recht als spontane Ordnung

Die Genese eines evolutionär-emergenten
Rechtsverständnisses

Von

Rick Wendler



Duncker & Humblot · Berlin

RICK WENDLER

Recht als spontane Ordnung

Schriften zur Rechtstheorie

Band 303

Recht als spontane Ordnung

Die Genese eines evolutionär-emergenten
Rechtsverständnisses

Von

Rick Wendler



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena
hat diese Arbeit im Jahr 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach

ISSN 0582-0472

ISBN 978-3-428-18489-7 (Print)

ISBN 978-3-428-58489-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Mutter
In Dankbarkeit*

Danksagung

Ich danke meinem Doktorvater, Prof. Dr. Walter Pauly, für die großzügige Freiheit bei der Erstellung der Arbeit und das damit verbundene Vertrauen. Ich danke meiner Frau, Dr. Anna Hoof-Wendler, für den liebevollen Rückhalt und die Geduld während des gesamten Prozesses sowie für die sorgfältige Durchsicht des Manuskripts, wofür ich ebenfalls meiner Mutter, Kerstin Wendler, danke. Mein Dank gilt außerdem dem Mercatus Center der George Mason University und Liberty Fund für die Förderung im Rahmen des Adam Smith Fellowships, die einen intensiven und inspirierenden interdisziplinären Austausch mit anderen Doktorandinnen und Doktoranden ermöglichte, der die Arbeit sehr befruchtete. Schließlich danke ich der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit für die Unterstützung im Rahmen der Begabtenförderung.

Düsseldorf, April 2022

Rick Wendler

Inhaltsverzeichnis

I. Recht als spontane Ordnung	13
II. Die Spanische Spätscholastik und der gerechte Preis	17
1. Der gesteigerte Lebensrhythmus der Moderne	17
2. Der gerechte Preis: Nicht natürlich, nicht künstlich	18
3. Fazit	22
III. Die Common-Law-Gelehrten im 17. Jahrhundert	23
1. England im 17. Jahrhundert	23
2. Die Grundlegung durch Sir Edward Coke	25
3. John Selden	27
4. Sir Matthew Hale gegen Thomas Hobbes	27
5. Fazit	32
IV. Bernard Mandeville: Private Laster und öffentliche Wohlfahrt	33
1. Die Bienenfabel	33
2. Ansätze einer evolutionären Sozialtheorie	36
3. Fazit	39
V. Die Schottische Aufklärung	41
1. Schottland im 18. Jahrhundert	41
2. Die Schottischen Aufklärer	44
a) Philosophische Grundlagen	44
b) David Hume	46
aa) Das Induktionsproblem	48
bb) <i>A Treatise of Human Nature</i> : Eine antirationalistische Moraltheorie ...	48
cc) Der Ursprung von Regeln und Recht: Bedingungen der menschlichen Sozialität	49
c) Adam Ferguson	52
d) Adam Smith	56
aa) Die Stadien gesellschaftlicher Evolution	57

bb) Die unsichtbare Hand der Arbeitsteilung	60
cc) Der Ursprung von Moral, Regeln und Rechtsinstitutionen	61
dd) Fazit	65
e) Weitere Aufklärer	65
3. Fazit	67
VI. England im 19. Jahrhundert: Die Evolutionstheorien Herbert Spencers und Charles Darwins	69
1. Die intellektuelle Szene in Derby um 1800	69
a) Die Geologie Charles Lyells und der Pessimismus Thomas Malthus'	69
b) Der evolutionäre Esprit Erasmus Darwins	70
2. Herbert Spencer	72
a) Erasmus Darwin und Spencer	73
b) Spencers Evolutionstheorien	73
3. Herbert Spencer und Charles Darwin	77
4. Fazit	78
VII. Deutschland im 19. Jahrhundert: Friedrich Carl von Savigny und die Historische Rechtsschule	80
1. Der Kodifikationsstreit	81
2. Der Weg zur Historischen Rechtsschule	84
a) Justus Möser	85
b) Johann Gottfried Herder	87
aa) Sprachphilosophie	88
bb) Anthropologie und das Problem des Apriori	92
cc) Kritik des Vernunftrechts	94
dd) Fazit Herder	94
c) Gustav Hugo	95
d) Fazit	99
3. Savigny und die Historische Rechtsschule	100
a) Ursprung und erste Manifestation des Rechts: Volksgeist und Gewohnheitsrecht	101
b) Anti a priori	103
c) Evolution und Fortschritt	105
d) Fazit	105

VIII. Rudolf von Jhering: Der Kampf ums Recht	108
1. Der Zweck im Recht	109
2. Durch die Historische Rechtsschule über dieselbe hinaus: Der Kampf ums Recht	111
3. Jherings methodologischer Individualismus	115
4. Der Kampf ums Recht als sittliche Aufgabe	117
5. Das Rechtsgefühl als Ursprung des Rechts	119
6. Fazit	121
IX. Die Österreichische Schule der Nationalökonomie: Der unreflektierte Ursprung sozialer Phänomene	122
1. Die historische Schule der Nationalökonomie und der Methodenstreit	122
2. Carl Mengers <i>Untersuchungen</i> , Art und Ursprung sozialer Institutionen insbe- sondere	125
3. Über den „organischen“ Ursprung des Rechtes und das exakte Verständnis des- selben	130
4. Carl Menger und die Österreichische Schule	136
5. Ludwig von Mises und die Debatte um die Wirtschaftsrechnung im Sozialismus	137
6. Friedrich von Hayek: Der Markt als spontane Ordnung	139
a) Das Wissensproblem	140
b) Marktpreise als Koordinationsmechanismus	142
7. Fazit	144
X. Michael Polanyi: Die Spontaneität einer dynamischen Ordnung	145
1. Die Wissenschaft als dynamische Ordnung	146
2. Die Spontaneität in der Rechtsordnung	152
3. Fazit	154
XI. Friedrich August von Hayek: Die Zwillingsidee von sozialer Evolution und spontaner Ordnung	155
1. Der <i>Institutional Turn</i>	155
2. Die <i>Sensory Order</i> als Grundlegung des epistemischen Institutionalismus	156
3. Eine Theorie komplexer Phänomene	158
4. Der normative Individualismus	163
5. Der evolutionäre Rationalismus	165

6. Die zwei Arten der Ordnung: <i>kosmos</i> und <i>taxis</i>	170
7. Die zwei Arten der Regeln: <i>nomos</i> und <i>thesis</i>	174
8. Die Zwillingsidee von Evolution und spontaner Ordnung am Beispiel des Rechts	177
a) Der evolutionäre Ursprung des Nomos	179
b) Die Rolle des Richters in der spontanen Ordnung	184
c) Dialog, Diskurs und Deliberation	187
d) Das spontane Recht in der Sackgasse	188
e) Das Zusammenspiel von Spontaneität und Evolution	189
f) Exkurs: Kulturanthropologie	199
9. Fazit	202
XII. Die Entnationalisierung des Rechts: eine spontane Rechtsordnung für das 21. Jahrhundert	205
1. Elinor und Vincent Ostrom: Der Polyzentrismus komplexer adaptiver Systeme	205
a) Polyzentrismus und spontane Ordnung: Die Kunst der Gesellschaft	207
b) Kooperation zur Lösung von Dilemmata	210
c) Recht und Polyzentrismus	214
d) Fazit	216
2. Forum Shopping: der unvermeidliche Wettbewerb der Rechtsordnungen	218
3. FOJ: <i>Functional Overlapping and Competing Jurisdictions</i>	220
a) F.O.C.J.	221
aa) Jurisdiktionen	221
bb) Funktional	222
cc) Überlappend	222
dd) Wettbewerblich	222
b) Funktional überlappende und wettbewerbliche Rechtsordnungen	225
4. Fazit	226
XIII. Fazit	230
Literaturverzeichnis	234
Sachverzeichnis	248

I. Recht als spontane Ordnung

Das Konzept der spontanen Ordnungsbildung befasst sich im Wesentlichen mit der Emergenz und Evolution sozialer Ordnungen. Seine Grundannahme ist, dass sich soziale Ordnungen als unbeabsichtigte Nebenfolge der Interaktion der Menschen ergeben können – ohne bewusst erschaffen zu werden. Nicht jede emergente Ordnung ist eine menschliche Sozialordnung und nicht jede menschliche Sozialordnung ist emergent. Die Schnittstelle dieser Kreise sind spontane Ordnungen als emergente Sozialordnungen.¹

Dabei wird die Gesellschaft als eine spontane Ordnung verstanden, die ihrerseits aus mehreren spontanen Subordnungen besteht. Bezogen auf die Rechtsordnung als eine der Subordnungen der Gesellschaft, erscheint dies mitunter kontraintuitiv, da Recht nicht selten als sorgfältig konstruiertes System verstanden wird. Dabei meint „spontan“ in dem Sinn, wie es im Folgenden ausführlich nachgezeichnet wird, doch gerade, dass etwas nicht konstruiert, also bewusst erzeugt, wurde – unter Umständen nicht einmal konstruierbar ist. „Spontan“ meint entgegen dem umgangssprachlichen Gebrauch auch nicht eine plötzliche oder kurzfristige Entstehung, sondern nimmt im Gegenteil oft Bezug zum langsamen Wachstum sozialer Phänomene, der langen geschichtlichen Bindung von Institutionen und ihrer Evolution über Jahrhunderte und Jahrtausende.

Diese Perspektive des spontanen Ordnungsdenkens unterscheidet sich deutlich von den in der Rechtstheorie vorherrschenden. Für gewöhnlich ist es die Frage nach dem Geltungsgrund des Rechts, die zwei Perspektiven eröffnet. Entweder wird diese Frage damit beantwortet, dass Recht als etwas bewusst und willentlich Erschaffenes verstanden wird und es seine Legitimität und Verbindlichkeit aus dem ihm zugrunde liegenden Willen speist. Diese Perspektive des Rechtspositivismus stellt auf die obrigkeitliche Setzung und die faktische Zwangsbewährung des Rechts ab. Oder es wird als etwas dem willkürlichen Zugriff gänzlich Entzogenes, der menschlichen Natur Inhärentes, gegebenenfalls Gottgegebenes verstanden. Diese Perspektive des Naturrechtsdenkens erachtet Gerechtigkeit als überpositivistischen, objektiven Geltungsgrund und als Maßstab, an dem sich das obrigkeitlich gesetzte Recht messen lassen muss. In Abhängigkeit der jeweiligen Perspektive kann Recht also entweder natürlich oder künstlich, objektiv oder subjektiv sein.

Was bei dieser vermeintlichen Dichotomie aber zu kurz kommt, ist ein Verständnis für die tatsächliche Entstehung des Rechts und seiner spezifischen Funktion im gesellschaftlichen Gefüge. Über eine solche funktionale Perspektive kann sich

¹ Vgl. *D'Amico*, Spontaneous Order, S. 122.

sowohl erschließen, was von den Rechtsgenossen als gerecht empfunden wird, als auch was als Recht durchsetzbar ist. Denn Recht erfüllt in einer Gesellschaft stets die Funktion der Streitbeilegung und -prävention.

Angesichts der sich heute immer noch steigernden Komplexität und Dynamik einer globalisierten und digitalisierten Welt ist diese Perspektive zunehmend relevant, um die Bedingungen der Funktionalität gesellschaftlicher Ordnungen zu analysieren. Dabei enthält die Perspektive des spontanen Ordnungsdenkens gerade für die Rechtswissenschaft weitreichende Implikationen, die sich aber erst erschließen, wenn betrachtet wird, in welchem Kontext diese Perspektive über einen Zeitraum von Jahrhunderten erarbeitet wurde. Erst dann entfalten sich die mannigfaltigen Facetten, die wertvolles Potenzial zur Weiterentwicklung der Jurisprudenz im 21. Jahrhundert aufweisen.

Der volle Bedeutungsgehalt dieser Perspektive wird sich im Folgenden daher mit Hilfe einer ideengeschichtlichen Exegese erschließen. Es wird sich zeigen, dass das Verständnis des Rechts als spontane Ordnung die Einbeziehung eines breiten Analysekranzes bestehend aus historischen, anthropologischen, soziologischen, philosophischen, psychologischen und ökonomischen Einsichten und damit in der Gesamtschau eine realistische und umfassende Ergründung des Wesens des Rechts ermöglicht. Denn das spontane Ordnungsdenken betrachtet die gesellschaftlichen Subordnungen stets hinsichtlich ihrer Interdependenzen und bindet die Analyse notwendigerweise in einen breiten sozialen Kontext ein, der den Gesellschaftswissenschaftler notwendigerweise über seine Disziplin hinausführt – den Ökonomen über die Wirtschaft, den Linguisten über die Sprache und den Juristen über das Recht.

Im Lauf der Jahrhunderte hat eine große Bandbreite an Denkern versucht, Antworten auf die Fragen zu finden, die diese Perspektive aufwirft, wie nach Ursprung und Wesen des Rechts, den Eigenheiten seiner Funktionalität und seiner Evolution. Die Versuche von Antworten offenbaren gehaltvolle Einblicke in die Bedingungen des Funktionierens einer Gesellschaft und betten die Jurisprudenz in den Kontext der Gesellschaftswissenschaften ein. Anspruch dieser Arbeit ist, für ein möglichst umfassendes Verständnis die Ideengeschichte dieser Perspektive nachzuvollziehen. Zwar gibt es bereits einzelne ideengeschichtliche Vorarbeiten, die allerdings ganz überwiegend bloß skizzenhaft-additiv sind und für den vorliegenden Zweck an entscheidenden Stellen zu oberflächlich bleiben.² Denn ein tiefgründiges Verständnis der Theorien spontaner Ordnungsbildung ergibt sich erst, wenn nicht nur eine gewisse Parallelität in dem Denken der bekanntesten Vertreter aufgezeigt wird, sondern auch ihrer jeweiligen Inspiration nachgespürt wird; wenn betrachtet wird, wer die jeweiligen intellektuellen Kontrahenten waren und welche tatsächlichen sozio-ökonomischen Entwicklungen in den Rechtstheorien und

² Am ausführlichsten *Barry*, *Tradition of Spontaneous Order*; vgl. auch *D'Amico*, *Spontaneous Order*, S. 128–138; *Zeitler*, *Spontane Ordnung, Freiheit und Recht*, S. 30–35; *Horwitz*, *From Smith to Menger to Hayek*, S. 81–97.

Sozialphilosophien verarbeitet wurden. Aus einer solchen Analyse ergibt sich ein facettenreiches Verständnis der Theorien spontaner Ordnungsbildung, welches es erlaubt, diese Perspektive auch auf die Rechtsordnung anzuwenden.

Dies ist aber nicht lediglich von historischem Interesse, denn wichtiger als die Antworten, die bereits gegeben wurde, sind die zugrundeliegenden Fragen, die auch heute noch aktuell sind. Dabei folgt die in dieser Arbeit vorgelegte ideengeschichtliche Betrachtung einer hermeneutischen Spirale. Es wird möglich, über Jahrhunderte hinweg nachzuvollziehen, wie ähnliche Problem- und Fragestellungen im Kontext unterschiedlicher spezifischer intellektueller Konflikte relevant wurden und sich die Erkenntnisspirale peu-à-peu auf ein immer höheres Niveau drehte. Dieses Vorverständnis soll als hermeneutische Grundlage genutzt werden, um diese Traditionslinie in die Gegenwart fortzuführen.

Der exponierteste Repräsentant des spontanen Ordnungsdenkens ist der Wirtschaftsnobelpreisträger Friedrich August von Hayek. Er prägte maßgeblich den Begriff der spontanen Ordnung und bezeichnete sie als Zwillingsidee zur kulturellen Evolution. Hayek arbeitete die Gesamtheit dieser Perspektive am umfassendsten aus, einschließlich der ideengeschichtlichen Wurzeln, der erkenntnistheoretischen Grundlagen, der ordnungspolitischen Implikationen und des Zusammenhangs von spontaner Emergenz und Evolution sozialer Institutionen. Die ideengeschichtliche Linie reicht zurück bis zur Dämmerung der Moderne bei den spanischen Spätscholastikern am Ausgang des Mittelalters, findet eine erste zusammenhängende Ausarbeitung im 17. Jahrhundert bei den englischen Common-Law-Gelehrten und einen vorläufigen Höhepunkt in der Schottischen Aufklärung zum Anbeginn der industriellen Revolution im 18. Jahrhundert. Im Laufe des 19. Jahrhunderts erfuhr diese Perspektive zahlreiche Ausdifferenzierungen und Abwandlungen des Themas, unter anderem mit der deutschen Historischen Rechtsschule. Aber die intellektuellen Linien führen bis in die Gegenwart und weisen noch deutlich darüber hinaus, indem sie Fragen aufwerfen, die für die Gesellschaftswissenschaften im Allgemeinen und die Rechtstheorie im Besonderen auch auf absehbare Zeit relevant sein werden.

So war es seit dem Anbeginn der Moderne stets die zunehmende Komplexität und Dynamik der sich ausdifferenzierenden Gesellschaften, die den Anstoß zur Reflexion gaben und deren theoretische Verarbeitung zu Beiträgen anregte, die die intellektuelle Traditionslinie des spontanen Ordnungsdenkens anreicherte und voranbrachte. In verschiedenen Jahrhunderten versuchten Sozialphilosophen Antworten auf die Herausforderungen der Verarbeitung einer zunehmenden sozioökonomischen Dynamik und Komplexität mit Fokus auf die Funktionalität sozialer Institutionen zu finden.

Eine der dabei entwickelten Einsichten ist, dass je komplexer eine Gesellschaft und ihre Subordnungen werden, desto weniger sind sie konkret und rational beherrschbar und desto stärker sind die in ihnen handelnden Subjekte auf die spontanen Ordnungskräfte angewiesen.