

Verfassungswahl und Verfassungswandel
aus ökonomischer Perspektive

-oder: Grenzen der konstitutionenökonomischen
Suche nach der guten Verfassung

Stefan Okruch

November 2003

Andrássy Working Paper Series No. VIII

ISSN 1589-603X

Edited by the Professors and Readers of Andrássy Gyula University, Budapest.

This series presents ongoing research in a preliminary form. The authors bear the entire responsibility for papers in this series. The views expressed therein are the authors', and may not reflect the official position of the University. The copyright for all papers appearing in the series remains with the authors.

Author's adress and affiliation:

Dr. Stefan Okruch

Universität Bayreuth/ Andrássy-Universität Budapest

Pf. 1422

1464 Budapest

stefan.okruch@andrassyuni.hu

© Stefan Okruch 2003

„Institutionen sind wie Festungen; sie müssen wohlgeplant und wohlbemannt sein.“ – Karl R. Popper:
Die offene Gesellschaft und ihre Feinde

I. Einführung

Europa steht vor einem konstitutionellen Augenblick. Durch die Erweiterung der Union nach Osten, verbunden mit der Einsicht, daß eine erweiterte Union ein neues institutionelles Arrangement benötigen würde, wurde ein Konstitutionalisierungsprozeß angestoßen, der inzwischen eine ganz eigene Dynamik entwickelt hat. In absehbarer Zeit wird dieser Prozeß mit dem Abschluß eines veränderten und erweiterten Verfassungsvertrags für die Europäische Union enden.

Mit dem „constitutional moment“¹ wird in der Verfassungsökonomik die Diskontinuität der Verfassungsentwicklung beschrieben: Nur selten und auch nur für einen kurzen Zeitraum kann ein „window of opportunity“ geöffnet werden, das – um im Bild zu bleiben – frischen Wind in das grundlegende institutionelle Gefüge einer Gesellschaft einläßt. Die Seltenheit, aber auch die epochale Bedeutung solcher Augenblicke wird dabei gerne mit dem Begriff der „Verfassungsrevolution“² in Verbindung gebracht.

Der Prozeß des *expliziten* Wandels der Europäischen Verfassung – also *der Neufassung des Verfassungstextes*³ – steht auf den ersten Blick in schönstem Einklang mit Vorstellungen der ökonomischen Theorien der Verfassung, also mit der neueren Konstitutionenökonomik oder mit der traditionellen Ordnungstheorie. Denn hinter der Begrifflichkeit, mit der die Seltenheit und Außerordentlichkeit des expliziten Verfassungswandels beschrieben wird, verbergen sich weniger Aussagen über die empirische Diskontinuität, als vielmehr normative Aussagen. Aus Sicht der Ordnungsökonomik geschieht im konstitutionellen Augenblick eine „Neuschaffung

¹* Gewidmet dem Andenken an den früh verstorbenen *Horst Hegmann* (1956–2003), der das ordnungs- und konstitutionenökonomische Denken aus seiner politikwissenschaftlichen Perspektive mit besonderer, kritischer Klarheit rezipiert und mit seinen Arbeiten unschätzbar bereichert hat.

Vgl. mit Blick auf die Europäische Integration *Buchanan*, *Europe's Constitutional Opportunity*, in: *Buchanan/Pohl/Price/Vibert*, *Europe's Constitutional Future*, 1990; *Buchanan*, *La fase costituzionale degli anni novanta*, in: *Fondazione Luigi Einaudi*, *La vie della Libertà*, 1993; *Buchanan/Lee*, *On a Fiscal Constitution for the European Union*, *Journal des Economics et des Etudes Humaines*, 1994, 219.

² *Buchanan/Lee*, *Journal des Economics et des Etudes Humaines*, 1994, 219 (219).

³ Vgl. *Buchanan*, *Die Grenzen der Freiheit*, 1984, sowie das eigene Kapitel dazu in *Brennan/Buchanan*, *Die Begründung von Regeln*, 1993.

⁴ Vgl. *Voigt*, *Explaining Constitutional Change*, 1999, S. 69.

der Wirklichkeit“⁵, wird eine „ordnungspolitische Gesamtentscheidung“ getroffen, deren Ergebnis – der Ordnungsrahmen – möglichst dauerhaft und stabil sein soll.

Die Konstitutionenökonomik betont in gleicher Weise die notwendige Verlässlichkeit und langdauernde Wirksamkeit der Bindungen, die mit dem Abschluß des *contrat social* eingegangen werden. Da beide Richtungen Empfehlungen formulieren wollen, welchen Inhalt die Verfassung haben soll und da – nach ebenfalls übereinstimmender Meinung – der Buchstabe der Verfassung an erster Stelle Verbote für bestimmte Handlungen vorsehen muß, darf kein Raum sein für die Aushöhlung dieser Verbote. Die *Veränderung des Gehalts der Verfassung bei gleichbleibendem Verfassungstext* wird folglich als nicht erwünscht ausgeblendet. Dabei wird allerdings übersehen, daß auch ohne eine gefährliche „Verdünnung“ von Rechten ein Spielraum für den Verfassungswandel bleibt, weil die allgemeinen Verbote in der Auseinandersetzung mit dem konkreten Fall positiv ausgefüllt werden (müssen).

Ein solcher *impliziter* Verfassungswandel ist damit ein blinder Fleck der gängigen ökonomischen Verfassungstheorie. Dies ist gerade im Hinblick auf die europäische Verfassung bedauerlich: die Vernachlässigung impliziten Wandels ist für die bisherige Entwicklung der europäischen (Wirtschafts-)Verfassung offensichtlich wenig überzeugend, und es steht nicht zu erwarten, daß die Prozesse impliziten Wandels bei der neuen Verfassung zum Stillstand kommen. Gerade im Hinblick auf die expliziten Neufassungen der europäischen Wirtschaftsverfassungen wurde immer wieder kritisch bemerkt, daß darin der Union nur nachträglich Kompetenzen zugewiesen wurden, die sie sich schon zuvor – eben durch impliziten Verfassungswandel – angemahnt hatte⁶. Ebenso vertraut ist die eigentümliche Rolle des Europäischen Gerichtshofs, der häufig als „Wahrer des Rechts“ *zugleich* „Motor der Integration“ gewesen ist, weil er den Text der Wirtschaftsverfassung in integrationsfreundlicher Weise gedeutet, ihren Gehalt verändert hat⁷ – auch dies impliziter Wandel. Nach diesen Erfahrungen ist auch der Text der zukünftigen Verfassung nur ein vorläufiges Ende der – auch impliziten – Verfassungsentwicklung in Europa. Deshalb soll hier nicht der Entwurf für eine Verfassung Europas einer detaillierten konstitutionenökonomischen Analyse unterzogen werden, sondern die Begrenztheit der konstitutionenökonomischen Analyse selbst Gegenstand der Erörterung sein.

Ich möchte in diesem Beitrag darlegen, daß sich die Konstitutionenökonomik durch ihren exklusiven Fokus auf expliziten Wandel in ihrer Erklärungsreichweite unnötig einschränkt, die Möglichkeit zur interdisziplinären Zusammenarbeit teilweise verbaut und – nicht zuletzt – auf ihrem ureigenen normativen Terrain zu utopischen Empfehlungen verleiten läßt. Mit anderen Worten: eine umfassende ökonomische Theorie der

⁵ Eucken, Die Überwindung des Historismus, Schmollers Jahrbuch, 1938, 191 (198).

⁶ Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Aufl., 1990, S. 250.

⁷ Vgl. Voigt, Explaining Constitutional Change, S. 69.

⁸ Vgl. zusammenfassend für die Entwicklung bis „Maastricht“ Mussler, Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel, 1998, S. 130 ff.

⁹ Mussler, Wirtschaftsverfassung, S. 128 ff.

Verfassung sollte die Zeit zwischen den konstitutionellen Augenblicken nicht ausblenden, sie sollte nicht allein etwas aussagen können zur Verfassungsrevolution, sondern auch zur Verfassungsevolution. Dies gelingt nur durch Interdisziplinarität. Die Konstitutionenökonomik braucht, schlagwortartig formuliert, die (europäische Wirtschafts-)Verfassungsrechtswissenschaft.

Im folgenden soll zuerst der normative Grundansatz der ökonomischen Verfassungstheorien rekapituliert werden, um erkennen zu lassen, was damit *nicht* betrachtet werden kann. Die anschließende Darstellung von Fortentwicklungen soll aufzeigen, welche zusätzlichen Dimensionen der Verfassungsentwicklung bislang in die theoretische Diskussion aufgenommen wurden, um schließlich den impliziten Wandel von Verfassungen als entscheidendes verbleibendes Defizit auszuweisen¹⁰. Nach der Erörterung der Möglichkeit einer interdisziplinären Erklärung des impliziten Wandels wird abschließend ein Ausblick auf die wirtschaftspolitischen Implikationen gegeben.

II. Auf der Suche nach der guten Verfassung

1. Ordoliberalismus und Konstitutionenökonomik

Die ökonomischen Theorien der Verfassung verfolgen primär ein normatives Forschungsziel. Der ordoliberale Wirtschaftskonstitutionalismus und die kontraktualistische Konstitutionenökonomik sind auf der Suche nach der „guten Verfassung“, die jedoch unterschiedlich legitimiert wird¹¹. Der Ordoliberalismus hatte die wünschenswerte Verfassung noch aus „der Natur der Sache und des Menschen“¹² abgeleitet, hielt die Wahrheit seiner diesbezüglichen Erkenntnisse für hinreichend begründet und durch „geschichtliche Tendenzen“¹³ vorgezeichnet. Allerdings bietet, kurz gesagt, eine solche „transzendentalphilosophische Methodik ... keinen Halt mehr in der sozialwissenschaftlichen Debatte“¹⁴, und der „Abbruch der metaphysischen Tradition“¹⁵ macht das Legitimations- und Demokratiedefizit der frühen Ordnungstheorie offensichtlich¹⁶.

Dieser Befund ist im Hinblick auf die Verfassung Europas doppelt beunruhigend. Erstens steht außer Frage, welche Bedeutung das ordnungsökonomische und insbesondere das ordoliberale Denken für die Entwick-

¹⁰ Vgl. auch Voigt, Explaining Constitutional Change; Christian Müller, Das [vertrags-theoretische Argument](#) in der [Ökonomik](#), 2000; Leschke, Ökonomische Verfassungstheorie und Demokratie, 1993; Koller, Neue Theorien des Sozialkontrakts, 1987.

¹¹ Zur Beziehung zwischen Ordnungstheorie und Konstitutionenökonomik vgl. Vanberg, ‚Ordnungstheorie‘ as Constitutional Economics – The German Conception of a ‚Social Market Economy‘, ORDO, 1988, 17; Vanberg, Die normativen Grundlagen der Ordnungspolitik, ORDO, 1997, 707.

¹² Eucken, Grundsätze, S. 373.

¹³ Eucken, Grundsätze, S. 374.

¹⁴ Blümle/Goldschmidt, Zur Normativität ordoliberalen Denkens, in: Külpl/Vanberg, Freiheit und wettbewerbliche Ordnung, 2000, S. 39.

¹⁵ Dazu eingehend Hesse, Staatsaufgaben, 1979.

¹⁶ Vgl. zur Kritik eingehend Okruch, Ordnungsökonomische Politikberatung in der Demokratie, in: Beckmann/Meyer/Okruch, Neuer Wein aus alten Schläuchen?, 2003.

lung der europäischen Wirtschaftsverfassung in der Vergangenheit hatte¹⁷. Ist, anders gewendet, die Grundlage für diese Entwicklung nur eine überaus fragwürdige „Ordnungstheologie“¹⁸? Angesichts solcher Zweifel muß, zweitens, für die weitergehende Konstitutionalisierung der Europäischen Union ein anderer Maßstab gefunden werden. Nachdem die Hoffnung der frühen Ordnungstheorie, die „richtige“ Ordnung aus der Natur der Sache *substantiell* zu bestimmen, nicht mehr fraglos ist, besteht der Ausweg in der Bestimmung von Verfahrensnormen für die Verfassungswahl, also darin, die gute Verfassung *prozedural* zu bestimmen.

Diese Prozeduralisierung der Ordnungstheorie geschieht entlang zweier Argumentationslinien. Entweder wird das Verfahren der laufenden wettbewerblichen Kontrolle von Wirtschaftsordnungen im Systemwettbewerb betont, mit dem die Güte (auch) der Wirtschaftsverfassung ständig auf dem Prüfstand steht. Oder es wird untersucht, welche Verfahren im konstitutionellen Augenblick eingehalten werden müssen, um eine wünschenswerte Verfassung zu garantieren. Die Berücksichtigung des Systemwettbewerbs ist das wohl wichtigste Merkmal der neueren Ordnungsökonomik und wurde von dieser gerade im Hinblick auf den europäischen Integrationsprozeß in einer Vielzahl von Beiträgen erörtert¹⁹. Diese Richtung fokussiert in der Hauptsache die nationalen politischen Aktionsparameter und Anpassungsreaktionen und ist mithin hier insoweit von Interesse, wie mit der Europäischen Verfassung eine veränderte „Wettbewerbsordnung für den Systemwettbewerb“²⁰ geschaffen wird. Dagegen ist es die Domäne der Konstitutionenökonomik zu untersuchen, wie der konstitutionelle Augenblick sinnvoll genutzt werden kann und welche Kriterien für die Verfassungswahl anzulegen sind. Einer ihrer prominentesten Vertreter hat sich verschiedentlich zum Projekt einer europäischen Verfassung zu Wort gemeldet²¹. Gemeinsam ist beiden Richtungen – und hier sind die Ansätze nicht mehr unabhängig voneinander –, daß die entscheidende Verfahrens-

¹⁷ Dazu besonders instruktiv die Darstellung aus einer Außenperspektive bei *Gerber*, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, 1998.

¹⁸ So jüngst *Manow*, *Ordoliberalismus als ökonomische Ordnungstheologie*, Leviathan, 2001, 179.

¹⁹ Vgl. nur *Voigt*, *What Constitution for Europe?*, in: *Bruha*, *What Constitution for Europe?*, 2001, S. 41; *Vanberg*, *Systemtransformation, Ordnungsevolution und Protektion*, in: *Cassel*, *Institutionelle Probleme der Systemtransformation*, 1997, S. 11; *Vanberg*, *Constitutionally constrained and safeguarded competition in markets and politics with reference to a European Constitution*, *Journal des Economistes et des Etudes Humaines*, 1993, 3; *Daumann*, *Faktormobilität, Systemwettbewerb und die Evolution der Rechtsordnung*, in: *Oberender/Streit*, *Europas Arbeitsmärkte im Integrationsprozeß*, 1995, 53; *Mussler/Wohlgemuth*, *Institutionen im Wettbewerb*, in: *Oberender/Streit*, *Europas Arbeitsmärkte im Integrationsprozeß*, 1995, 9; *Vanberg/Kerber*, *Institutional Competition Among Jurisdictions*, *Constitutional Political Economy*, 1994, 193; *Vihanto*, *Competition between Local Governments as a Discovery Procedure*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1992, 411.

²⁰ *Kerber*, *Zum Problem einer Wettbewerbsordnung für den Systemwettbewerb*, *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, 1998, 199.

²¹ Vgl. *Buchanan/Lee*, *Journal des Economistes et des Etudes Humaines*, 1994, 219; *Buchanan*, 1993, 25; *Buchanan*, *An American Perspective on Europe's Constitutional Opportunity*, *Cato Journal*, 1991, 619; *Buchanan*, in: *Buchanan/Pohl/Price/Vibert*, *Europe's Constitutional Future*, 1990; *Buchanan*, *The Domain of Constitutional Economics*, *Constitutional Political Economy*, 1990, 1.

norm die vollständige Berücksichtigung der individuellen konstitutionellen Präferenzen der Verfassungsbürger ist.

2. Verfassungen als Lösung eines Kooperationsproblems: Der konstitutionenökonomische Grundansatz

Das „Als-ob-Modell“ der Konstitutionenökonomik betrachtet – ganz in der Tradition des Hobbesschen Kontraktualismus – die Verfassungswahl als Abschluß eines multilateralen Vertrags im Urzustand²². Um den verschwenderischen Kampf aller gegen alle zu beenden, schließen die Individuen einen konstitutionellen Kontrakt, der kriegerische Handlungen und somit zugleich die Notwendigkeit kostenträchtiger Eigentumssicherung beschränkt. Mit der resultierenden Friedensdividende sind dann alle *constituents* bessergestellt, was die Zustimmung zur Verfassung sichert. Kann dieser Vertragsschluß noch gleichsam spontan erfolgen, so bleibt seine Durchsetzung prekär. Man mag im konstitutionellen Augenblick einsehen, daß die Respektierung von Rechten im Interesse aller liegt, zumal wenn zu diesem Zeitpunkt nicht klar ist, ob man bei einer Fortsetzung des urzuständlichen Krieges zu den Siegern oder aber zu den Unterlegenen zählen würde. Schon im nächsten Moment, wenn sich kein „Schleier der Ungewißheit“ mehr über die nächste Zukunft legt, ist aber überaus reizvoll, sich durch den Bruch des konstitutionellen Kontrakts einen Sondervorteil zu verschaffen. Auf der Ebene der Durchsetzung kann somit eine zentrale Instanz legitimiert werden – der Rechtsschutzstaat. Davon zu trennen ist der Leistungsstaat, der erst auf der Grundlage post-konstitutioneller Kontrakte, mit denen insbesondere die Bereitstellung öffentlicher Güter geregelt wird, entsteht.

Durch die analytische Trennung von *protective state* und *productive state*, verbunden mit der Forderung nach konstitutionellen Beschränkungen der post-konstitutionellen Vertragsinhalte, ist der Staat in Buchanans Konstitutionenökonomik kein Hobbesscher Leviathan. Im Unterschied zur Finalität der Staatsgründung bei Hobbes betont Buchanan außerdem die grundsätzliche Verbesserungsfähigkeit der Verfassung. Die Verfassungsbürger mögen zukünftig noch bessere Verfassungsregeln ersinnen, also Institutionen, die ihren konstitutionellen Präferenzen noch genauer entsprechen, außerdem können sich die konstitutionellen Präferenzen verändern. Beides kann durch einen erneuten Vertragsschluß – durch explizite Änderung der Verfassung – umgesetzt werden. Beim Vertragsschluß selbst ist die Konstitutionenökonomik – wie der gesamte Kontraktualismus – ambivalent: Ist der *contrat social* nur eine gedankliche Figur, mit der ein Staatswesen legitimiert werden kann, oder doch eine stilisierte Erklärung der historischen Staatsentstehung²³? Diese Unentschiedenheit wirkt auch dann nach, wenn man sich plausiblerweise für die normative Version entscheidet. Aus dem normativen Individualismus der Verfassungsökonomik folgt zwar, daß die Verfassung nur durch Zustimmung *aller* Verfassungsbürger legitimiert werden kann. Doch fragt sich beim Kriterium der Einstimmigkeit, ob der Konsens durch faktische Zustimmung nachgewiesen

²² Vgl. zum folgenden Buchanan, Die Grenzen der Freiheit.

²³ Vgl. dazu Buchanan, Constitutional Political Economy, 1990, 1.

werden muß oder ob der Ausweis eines hypothetischen Konsenses, also der Zustimmungsfähigkeit, ausreicht²⁴.

Ein beliebtes Mittel zur Veranschaulichung des konstitutionellen Problems, als eines Kooperationsproblems, und seiner vertraglichen Lösung ist die isolierte Betrachtung der Situation nur zweier Individuen im Urzustand. Diese Individuen stehen vor der Frage, ob sie das teure „Krieg Spielen“ durch die Einigung auf neue Spielregeln vermeiden können und sich durch Einhalten der Spielregeln eine Friedensdividende aneignen können. Die rationalen „Spieler“ sehen sich also im konstitutionellen Augenblick der Situation eines Gefangenendilemmas gegenüber. Ohne konstitutionelle Spielregeln meint nun jeder, sich auf Kosten des anderen bereichern zu können. Die individuell-rationale Verfolgung dieses Handlungsinteresses führt jedoch zu einem kollektiv schlechten Ergebnis, so daß es im gemeinsamen – konstitutionellen – Interesse liegt, sich auf eine Spielregel zu einigen, mit der die kriegerischen Handlungen unterbunden werden. Bei Einhaltung der Spielregeln werden nun beide Parteien bessergestellt, sie realisieren eine Pareto-Verbesserung.

Entscheidend ist auch hierbei, daß Pareto-Effizienz durch eine Verfahrensvorschrift – also nur prozedural – bestimmt werden kann. Denn die Einstimmigkeit der Verfassungswahl sichert in konstitutionenökonomischer Perspektive deren Effizienz, ohne daß die Besser- oder Schlechterstellung von Individuen in Form von Nutzengewinn oder -entgang substantiiert werden muß. Würde auch für nur einen Verfassungsbürger eine Ineffizienz im Sinne einer Pareto-Verschlechterung auftreten, könnte – und würde – er sein Veto einlegen²⁵. Der normative Individualismus der Konstitutionenökonomik ist demnach kein „Nutzenindividualismus“, der eine direkte Quantifizierung des bei gegebenen Präferenzen aus bestimmten Regelarrangements zu ziehenden Nutzen anstrebt, sondern ein „Wahlhandlungsindividualismus“, der nur indirekt, nämlich anhand von freiwilligen Wahlhandlungen auf die subjektiven Präferenzen und Nutzeneinschätzungen folgert²⁶.

3. Die Widersprüchlichkeit der Verfassungsreform

Die vorangehende (untechnische) spieltheoretische Illustration läßt nochmals deutlich erkennen, daß die Konstitutionenökonomik nur einen konstitutionellen Augenblick im Urzustand betrachtet und ihre Analyse nach der Verfassungswahl beendet. Diese Konzeption ist für die Beurteilung von

²⁴ Vgl. eingehend *Christian Müller*, Das verfassungstheoretische Argument, S.17 und passim.

²⁵ Es werden also die „... Begriffe ‚effizient‘ beziehungsweise ‚optimal‘ auf den mit dem Paretokriterium gemeinten Inhalt“ beschränkt, so *Brennan/Buchanan*, Die Begründung von Regeln, S. 180.

²⁶ *Vanberg*, Rules and Choice in Economics, 1994, S. 232; vgl. die analoge Unterscheidung zwischen dem „Maximierungsparadigma“ der Wohlfahrtsökonomik und dem konstitutionenökonomischen „gains-from-trade“-Paradigma bei *Buchanan*, Economics – Between Predictive Science and Moral Philosophy, 1987, S. 246. Außerdem *Buchanan*, Freedom in Constitutional Contract, 1977, S. 234: „The economist’s task is simply that of repeating in various ways the admonition, ‚there exist mutual gains from trade‘, emphasizing the word *mutual* and forever keeping in mind that ‚trade‘ need not be confined to the exchange of goods and services in the marketplace“.

tatsächlichen Reformen demokratischer Verfassungen folgenreich. Denn für die Veränderung bestehender institutioneller Arrangements muß gedanklich ein Quasi-Urzustand hergestellt werden, muß eine logische Sekunde konstruiert werden, in der der Schleier der Ungewißheit wieder aufgezogen ist. Tatsächlich sieht Buchanan empirisch die Entwicklung zu einer „konstitutionellen Anarchie“²⁷ (sic!), die dann den Boden für eine konstitutionelle Revolution bereitet. Aus politikwissenschaftlicher Perspektive stellt sich die Frage, ob eine solche Vorstellung (samt der hier gewählten spieltheoretischen Illustrationen) für die Realität demokratischer Verfassungen und ihrer Entwicklung sonderlich überzeugend ist²⁸. Auch aus ökonomischer Sicht ist es problematisch, die bestehenden Institutionen mit der gedanklichen Figur der konstitutionellen Revolution auszublenden. Nur mit dieser Argumentationsfigur kann der ganz entscheidenden Frage ausgewichen werden, welche Anreize – gegeben den institutionellen status quo – bestehen können, diesen status quo zu verändern²⁹. Wenn die „konstitutionelle Anarchie“ dem nicht ausreichend konstitutionell beschränkten politischen Prozeß zugeschrieben wird, muß die Konstitutionenökonomik eine Meta-Ebene postulieren, auf der dann außerhalb des politischen Prozesses die politischen Entscheidungen zur Verbesserung der politischen Ergebnisse getroffen werden können³⁰. Diese Vorstellung ist nicht weniger utopisch als die ordoliberalen Antwort auf die Frage „wer soll diese Ordnung verwirklichen?“³¹, bei der die Notwendigkeit der „ordnenden Potenz“ Staat zugestanden wird und die ebenfalls konzidierten Gefahren staatlichen Handelns kurzerhand mit der Forderung nach einem „anderen“ Staat weggewischt werden.

Wenn sich die Konstitutionenökonomik nicht blauäugigen Konsensoptimismus vorwerfen lassen will, kann sie entweder Zuflucht beim hypothetischen Konsens suchen, steht aber auch hierbei in Gefahr, die eigentlich rein prozedurale Bestimmung der guten Verfassung substantiell anzufüllen. Insoweit ist dann der legitimatorische Vorteil gegenüber der frühen Ordnungstheorie wiederum nicht so groß wie häufig angenommen, weil Aussagen zur „Natur“ der Verfassungsbürger in die Argumentation geschmuggelt werden. Die Unzulässigkeit solcher Unterstellungen hat insbesondere Hegmann hervorgehoben, und dies sowohl für die nationale Verfassung einer „kulturell fragmentierten Gesellschaft“ als auch für die Verfassung Europas³². Im Zusammenhang mit der Europäischen Währungs-

²⁷ Buchanan, Die Grenzen der Freiheit, S. 19.

²⁸ Vgl. auch mit Blick auf den Verfassungswandel in den Transformationsstaaten *Calvert/Johnson*, Interpretation and Coordination in Constitutional Politics, University of Rochester, W. Allen Wallis Institute of Political Economy Working Paper, 1998.

²⁹ Vgl. *Witt*, The Endogenous Public Choice Theorist, Public Choice, 1992, 117, und bereits der Wegbereiter der Konstitutionenökonomik *Wicksell*, Finanztheoretische Untersuchungen nebst Darstellung und Kritik des Steuerwesens Schwedens, 1896, S.112 f.: „Es ist... kaum zu erwarten, daß... Machthaber sich aus freien Stücken jene Selbstbeschränkung auferlegen werden, wenn sie diese nicht in der Konstitution schon vorfinden“.

³⁰ Vgl. *Wegner*, Political Learning – More Effective Alternative to Liberal Constitutional Reform, Universität Erfurt, Staatswissenschaftliche Fakultät, Discussion Paper, 2003.

³¹ *Eucken*, Grundsätze, S. 323 ff.

³² Vgl. *Hegmann*, Die soziale Konstruktion konstitutioneller Präferenzen, Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung, Arbeitspapiere, 2002; *Hegmann*, Die Verfassung einer kulturell fragmentierten Gesellschaft, 2001; *Hegmann*, Normativer Indi-

union weist er nach³³, daß die konstitutionellen Präferenzen „selbst in einer sehr ‚ökonomischen‘ Frage auch noch von ganz anderen Faktoren bestimmt werden“³⁴. Um dann einen hypothetischen Konsens nachweisen zu können, werden regelmäßig die konstitutionenökonomischen Annahmen hinsichtlich der Bürgerpräferenzen restriktiver gestaltet, also doch substantielle Aussagen dazu getroffen. Buchanans Position zur Verfassung Europas beispielsweise folgert aus der europäischen Geschichte eine Präferenz für den Fortbestand der Nationalstaaten³⁵ und schließt daraus, daß ein Superstaat keinen Konsens finden könne. Vielmehr bedürfe es einer Föderation, in der nationalen und sub-nationalen Einheiten zur Verfolgung gemeinsamer Ziele kooperieren³⁶. „Empirisch wird diese Einschätzung zwar sicher zutreffen, warum derartige Präferenzen aber berücksichtigt werden, solche etwa für dem im Vergleich mit den Vereinigten Staaten ausgeprägteren Sozialstaat aber nicht, bleibt offen“³⁷.

Auch wenn sich die konstitutionellen Präferenzen letztlich auf die ökonomische Kategorie der Kosten herunterrechnen lassen, so gibt es keinen objektiven oder wertfreien Maßstab dafür, welche Austauschrelationen zwischen den Einzelpräferenzen bestehen. Die „pragmatische“ Lösung, sich auf einen Sektor des genuin Ökonomischen zurückzuziehen, in dem die Orientierung an Kaufkraft oder Handlungsfreiheit legitim sei und aus dem folglich andere Präferenzen verbannt werden könne, steht einerseits methodisch im Widerspruch zum gerade nicht gegenständlich beschränkten Ansatz der Konstitutionenökonomik, andererseits müßte die Verfassungsökonomik konsequenterweise die Reichweite ihrer Empfehlungen einschränken.

Wenn sich die ökonomische Theorie der Verfassung dagegen an die *Maxime* hält, wonach „beyond agreement there is simply no place for the contractarian to go“³⁸, so muß sie darlegen, wie der Konsens faktisch vorbereitet und erleichtert werden kann. Sie muß also die Zeit *vor* dem konstitutionellen Moment in den Blick nehmen, und schon dadurch zur Positiven Konstitutionenökonomik werden³⁹. Wenn jedoch nicht mehr allein die logische Sekunde des Vertragsschlusses betrachtet wird, sondern auch die

vidualismus, konstitutioneller Fortschritt und die Rolle der Kultur, in: *Panther/Grözinger*, Konstitutionelle Politische Ökonomie, 1998.

³³ Vgl. *Hegmann*, Hüter der Geldwertstabilität oder Agenten der *volonté générale*, in: *Hegmann/Neumärker*, Die Europäische Union aus politikökonomischer Perspektive, 2002; *Hegmann*, Kulturen der Geldpolitik in: *Ötsch/Panther*: Politische Ökonomie als Sozialwissenschaft, 2002.

³⁴ *Hegmann*, Die soziale Konstruktion konstitutioneller Präferenzen, 2002, S.9, dort weiter: „Um so mehr muß dies für Themen wie die Menschenrechtsfrage oder den Schutz der eigenen kulturellen Identität gelten“.

³⁵ *Buchanan*, in: *Buchanan/Pohl/Price/Vibert*, Europe’s Constitutional Future, 1990, 1 (2): „Europe has a history of conflict among separately identified nation-states, each of which has commanded the loyalties of individual members“.

³⁶ *Buchanan*, in: *Buchanan/Pohl/Price/Vibert*, Europe’s Constitutional Future, 1990, 1 (2): A federation „... within which members of the separate units co-operate for the achievement of widely recognized and commonly shared objectives“.

³⁷ *Hegmann*, Die soziale Konstruktion konstitutioneller Präferenzen, 2002, S. 11.

³⁸ *Buchanan*, Freedom in Constitutional Contract, S. 295.

³⁹ Zu diesem Forschungsprogramm eingehend *Voigt*, Explaining Constitutional Change.

„Vertragsverhandlungen“ eine Rolle spielen, wird zugleich der kontraktualistische Grundansatz in Frage gestellt. Dies läßt sich wiederum spieltheoretisch illustrieren, wobei die neue Lösung des Gefangenendilemmas kritisch davon abhängt, ob sich die Spieler eben nicht nur einmalig im Urzustand, sondern auch später begegnen. Auch die Zeit *nach* dem konstitutionellen Augenblick kann also nicht länger als irrelevant ausgeblendet bzw. als im wesentlichen von den Resultaten aus diesem Moment bestimmt betrachtet werden, weil sie die Entstehung der Verfassung mitbestimmt. Jenseits des spieltheoretischen Arguments gewinnt damit die Frage des impliziten Verfassungswandels an Bedeutung. Bei der Bearbeitung dieser Frage wird sich die Ökonomie nicht mehr nur auf sich selbst verlassen können.

III. Erweiterungen der konstitutionenökonomischen Analyse

1. Vor dem konstitutionellen Augenblick: Zur Differenzierung der Präferenzen

Die konstitutionellen Präferenzen können analytisch getrennt werden in konstitutionelle Interessen einerseits und konstitutionelle Theorien andererseits⁴⁰. Die Berücksichtigung der gegebenen Interessen der Verfassungsbürger wird unverändert dadurch gewährleistet, daß Einstimmigkeit bei der Verfassungswahl herrschen muß. Dieser Interessenskonsens soll dadurch erleichtert werden, daß die Entscheidungssituation auch real in den geschilderten „Schleier“ gehüllt wird: Angesichts der langfristigen und ungewissen Wirkungen universaler Verfassungsregeln spielen, so die Hoffnung, nur die *konsensfähigen konstitutionellen Interessen* eine Rolle⁴¹.

Mit der Theoriekomponente ist theoretisches Wissen über die Funktionseigenschaften von unterschiedlichen Regeln gemeint, und dabei gewinnt die Vorbereitung des geforderten Konsenses eine andere Bedeutung. Während die gedankliche Figur des Schleiers bewirkt, daß die partikularen Handlungsinteressen verdeckt werden, muß hinsichtlich der konstitutionellen Theorien gerade eine weitgehenden *Entschleierung* der

⁴⁰ Vgl. grundlegend *Vanberg/Buchanan*, *Interests and Theories in Constitutional Choice*, *Journal of Theoretical Politics*, 1989, 49; *Vanberg/Buchanan*, *Constitutional Choice, Rational Ignorance and the Limits of Reason*, *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, 1991, 61.

⁴¹ Vgl. *Vanberg/Buchanan*, *Journal of Theoretical Politics*, 1989, 49 (54): „The veil of uncertainty can be more or less transparent, or, in other terms, its ‚thickness‘ may vary, dependent on certain characteristics of the actual choice situation. As the veil’s ‚thickness‘ increases so will the prospect of achieving agreement. The variables that affect the veil’s thickness can, to some extent, be manipulated, and rational actors may take deliberate measures designed to put themselves behind a thicker veil, thereby enhancing the prospects of realizing potential gains from constitutional agreement. Most important for these purposes is probably the fact that the degree of uncertainty is, in part a function of the sort of rules that are under consideration. The essential dimensions here are the generality and the durability of rules. The more general rules are and the longer the period over which they are expected to be in effect, the less certain people can be about the particular ways in which alternative rules will affect them. They will therefore be induced to adopt a more impartial perspective and, consequently, they will be more likely to reach agreement“.

theoretischen Funktionseigenschaften von Regeln angestrebt werden. Analogon zum Schleier bei der Interessenkomponente ist, Vanberg und Buchanan zufolge, für die Theoriekomponente der Diskurs, als ein Mechanismus für den Erwerb, die Kommunikation und Verarbeitung von konstitutionellem Wissen⁴². Da konstitutionelle Theorien als falsifizierbare wenn-dann-Aussagen verstanden werden, soll der im Diskurs erreichte Konsens ein Urteil über die Wahrheit der zugrunde gelegten konstitutionellen Theorie enthalten.

Der Schluß des konstitutionellen Kontrakts erfordert in dieser Betrachtung also zwei Übereinkünfte: einerseits die Einigung zwischen konfligierenden Interessen im Wege des Kompromisses („agreement as compromise“) und die diskursive Einigung auf die „wahre“ Theorie („agreement as truth-judgement“)⁴³.

Diese analytische Differenzierung der Präferenzen hat den Vorteil, daß sie dem normativen Individualismus gerecht wird, indem Wertungen als beim Individuum gegeben betrachtet werden, der Konsens aber durch die individuelle Einsicht in die zutreffende konstitutionelle Theorie erleichtert wird. Reizvoller Nebeneffekt ist es, daß der ordnungstheoretische Ansatz rehabilitiert werden kann, wenn und indem er von dem oben angedeuteten, sehr umfassenden Systemanspruch befreit wird: Das „Denken in Ordnungen“⁴⁴ wird dann wichtiger als manche der inhaltlichen, häufig absolut gesetzten Aussagen zur „Ordnung der Wirtschaft“⁴⁵. Ordnungstheorie benötigt dann nicht mehr die zweifelhafte Verankerung im *ordo*, ist aber eine Heuristik, mit der wirtschaftspolitische und wirtschaftsrechtliche Fragestellungen umfassend wahrgenommen und diskutiert werden können⁴⁶, und die für die konstitutionelle Aufklärung der Politiker und insbesondere der Verfassungsbürger⁴⁷ eine wichtige Rolle spielen kann.

Freilich stößt eine solche ordnungstheoretische Aufklärung, wie Vanberg und Buchanan bemerken⁴⁸, auf zwei Schwierigkeiten: einerseits die mangelnde *Theoriewilligkeit* der Verfassungsbürger, andererseits die begrenzte *Theoriefähigkeit* konstitutionellen Wissens, d.h. die begrenzte Prognosefähigkeit hinsichtlich der komplexen Wirkungen von Regeln. Diese Bedenken wiegen unterschiedlich schwer: Eine völlige Theorieunwilligkeit der Verfassungsbürger, ihre „rationale Uninformiertheit“, ist weniger eine reale Gefahr als Artefakt einer mechanistischen Handlungstheorie. Gegeben eine wenigstens geringe Bereitschaft zur konstitutionellen Aufklärung, bleibt die allgemeine ökonomische Empfehlung, die individuellen Kosten des Wissenserwerbs möglichst gering zu halten. In diesem Zusammenhang

⁴² Vanberg/Buchanan, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, 1991, 61 (64).

⁴³ Vanberg/Buchanan, Journal of Theoretical Politics, 1989, 49 (58).

⁴⁴ Eucken, Grundsätze, S. 19 ff.

⁴⁵ „Ordnung der Wirtschaft“ hier zu verstehen im Gegensatz zur realen „Wirtschaftsordnung“ und im Sinne der eigentümlichen Synthese von *ordre naturel* und *ordre positif*; vgl. Eucken, Grundsätze, S. 372 ff.

⁴⁶ Vgl. Gerber, Economic Constitutionalism and the Challenge of Globalization, Journal of Institutional and Theoretical Economics, 2001, 14; Gerber, Law and Competition.

⁴⁷ Zur Politikberatung im Gegensatz zur Politikerberatung vgl. aus konstitutionenökonomischer Perspektive eingehend Cassel, Politikberatung und Politikerberatung, 2001.

⁴⁸ Vanberg/Buchanan, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, 1991, 61 (63).

diskutieren Vanberg und Buchanan die Bedeutung von Verfassungsexperten⁴⁹. Deren Rolle kann allerdings nicht die von Delegierten sein (sei es in Konventen, sei es in Parlamenten), die den Verfassungsbürgern ihre Entscheidung abnehmen⁵⁰. Der Vorteil der Verfassungsexperten ergibt sich lediglich aus der Arbeitsteilung, indem durch Spezialisierung die Theoriefähigkeit konstitutionellen Wissens verbessert wird. Auch die Experten betrifft dann allerdings die zweite Schwierigkeit. Die Grenzen der Theoriefähigkeit, oder die „Grenzen der Vernunft“, sind somit ein grundsätzliches Problem.

Ausgangspunkt der Argumentation von Vanberg und Buchanan⁵¹ zu diesen Grenzen der Vernunft ist der Hinweis Hayeks auf die notwendige A posteriori-Charakter des Wissens⁵². Wenn nicht *a priori* bekannt ist, welche praktische Wirkungen mögliche alternative Regeln haben, so ist die Totalkonstruktion einer Regelordnung *ex ante* im Hinblick auf wünschenswerte Ergebnisse unmöglich. Hierbei verweisen die Autoren auf die Bedeutung praktischen (impliziten) Wissens, das nur durch Erfahrung gewonnen und diskursiv nicht oder nur teilweise zu vermitteln ist⁵³. Wenn nun an der Vorstellung des Vertragsschlusses im konstitutionellen Augenblick festgehalten wird, so wird deutlich, wie voraussetzungsvoll der Konsens ist. Wenn tatsächlich Teile des konstitutionellen Wissen implizit bleiben, also gerade nicht im theoretischen Diskurs vermittelbar sind, so zerfällt die *constituen- cy* in gesonderte Wissensgemeinschaften, die durch die je eigene Geschichte und Erfahrung geeint sind, allerdings nur schwer im gesellschaftsweiten Konsens zu vereinigen sind⁵⁴.

⁴⁹ Vanberg/Buchanan, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, 1991, 61 (67).

⁵⁰ Denn ihre Berufung müßte konsensual erfolgen, erforderte also eine konstitutionelle Entscheidung über die Einrichtung einer verfassungsgebenden Expertokratie. Bei dieser Entscheidung sind nun wiederum Interessen und Theorien im Spiel, dieses Mal bezüglich der Experten. Da die Verfassungsbürger aber genauso willig oder unwillig sind, sich theoretische Kenntnisse über die Experten wie über die Funktionseigenschaften von Regeln anzueignen, muß entweder zu der heroischen Annahme gegriffen werden, die Kenntnisse über die Verfassungsfachleute seien leichter zu erwerben (geringere Informationskosten) oder der infinite Regreß eingestanden werden.

⁵¹ Vanberg/Buchanan, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, 1991, 61 (70).

⁵² Vgl. Hayek, Die Verwertung des Wissens in der Gesellschaft, in: Hayek, Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, 2. Aufl., 1976; Hayek, Wirtschaftstheorie und Wissen, in: Hayek, Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, 2. Aufl., 1976; Hayek, Die Anmaßung von Wissen, ORDO, 1975, 12.

⁵³ Vgl. Vanberg/Buchanan, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, 1991, 61 (71): „... the ‚limits of reason‘ argument can be restated as saying that, on pure rational grounds and through logical deduction, we cannot discern *ex ante* what the best ‚tool‘ [for solving recurrent social interaction problems, S.O.] are. We are unable to do so because we simply do not possess as explicit knowledge the accumulated experience that underlies the system of rules and institutions we live in. And we are unable to do so for two more reasons: because our knowledge changes over time, and we cannot know today what we will know in the future, and second, because our problems – or our perceptions of them – change as well, and we cannot know today what our future problems will be. Our search for *good rules* has, therefore, to be guided by the kind of experience that accumulates in an ongoing, open-ended process of trial and error“. Zur Unterscheidung von implizitem und explizitem Wissen vgl. grundlegend Ryle, The Concept of Mind, 1949.

⁵⁴ Vgl. eingehend Hegmann, Die Verfassung.

2. Nach dem konstitutionellen Augenblick

a) Verfassungserkundung und Systemwettbewerb

In der Argumentation Vanbergs und Buchanans wird deutlich, daß der öffentliche Diskurs letztlich nur als vorbereitender Zwischenschritt begriffen wird. Implizit wird damit der Diskurs nicht als Methode der Wahrheitsbestimmung, sondern als „Sinngabungsprozeß“ verstanden⁵⁵. Erforderlich ist danach die Fortsetzung des Diskurses in die Praxis, eine „Verfassungserkundung“ („constitutional exploration“). Nach der Erfindung neuer Problemlösungen für konstitutionelle Probleme im Wettbewerb der „Verfassungsexperten“ ist praktisches Ausprobieren mit neuen Verfassungsregeln gefordert⁵⁶. Der Gedanke einer pragmatischen Verfassungserkundung führt auch zu einer veränderten Legitimation. Regeln werden dann nicht mehr (nur) durch die kollektive, konsensuale Entscheidung in einem konstitutionellen Augenblick legitimiert, sondern als neues Leitbild tritt die individuelle Wahl zwischen Ordnungen auf. Hier schließt sich der Kreis zur ordnungsökonomischen Analyse des Systemwettbewerbs, der nun als eine weitere Option für die präferenzkonforme Wahl von Verfassungen erscheint.

Ohne auf die ausgeuferte Debatte über die Funktionsfähigkeit des Systemwettbewerbs hier eingehen zu können, bleibt die grundsätzliche Frage der Legitimation: Denn letztlich wird der Gedanke der demokratischen Herrschaft *durch* das Volk ersetzt durch die Idee einer funktionalen Herrschaft *für* das Volk⁵⁷, verbunden mit der Annahme, durch ein System wettbewerblicher Kontrolle der Herrschaftsausübung entstünden die „funktionalen“ Verfassungsregeln. Da Systemwettbewerb durch individuelle Standortentscheidungen entsteht, ist das Entstehen kollektiv erwünschter Regeln allerdings keineswegs voraussetzungslos gesichert. Im Grunde wird das ordnungspolitische Problem nur auf eine höhere Ebene verschoben, auf der es dann allerdings wieder im Konsens gelöst werden muß. Die Frage lautet dann: welche supranationalen oder internationalen Verfassungsregeln sind erforderlich, damit der Systemwettbewerb erwünschte Ergebnisse liefern kann⁵⁸?

⁵⁵ Vgl. zu einer Analyse des wirtschaftspolitischen Prozesses als „Kampf um Einfluß und Sinngabe“ Meier/Mettler, *Wirtschaftspolitik*, 1988.

⁵⁶ Vgl. Vanberg/Buchanan, *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, 1991, 61 (72): „... competition among constitutional experts and competition among alternative institutional arrangements... are also important in their role as a ‚discovery procedure‘ for finding desirable constitutional arrangements. That is, they are important because of their *dynamic* role, as *constitutional exploration*, for the inventing of and experimenting with new solutions to constitutional problems“.

⁵⁷ In politikwissenschaftlicher Diktion: Statt der Input-Legitimation wird die Output-Legitimation (als überlegene Problemlösungskapazität von Institutionen) betrachtet; vgl. etwa Scharpf, *Regieren in Europa: Effektiv und demokratisch?*, 1999.

⁵⁸ Vgl. Kerber, *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, 1998, 199. Auf der internationalen Ebene wiederholt (und verschärft) sich dann selbstverständlich das konstitutionenökonomische Problem, wie ein Konsens über die globale Verfassung hergestellt werden könnte; vgl. mit Blick auf die Wirtschaftsverfassung Okruch, *Ist die Weltwirtschaftsverfassung nur als *contrat social* vorstellbar?*, in: *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, 2000, 41.

b) Nach dem Spiel ist vor dem Spiel: Die Verfassung als Lösung eines Koordinationsproblems

Eine gänzlich andere Lösung des geschilderten Gefangenendilemmas ergibt sich, sobald die Spieler wiederholt zusammentreffen⁵⁹. Damit verändert sich das Handlungsinteresse an der Ausbeutung der Mitspieler, da in folgenden Spielrunden umgekehrt die „Expropriation der Expropriateure“ droht. Unter bestimmten Bedingungen liegt somit bei (unendlich) wiederholten Spielen die Kooperation im rationalen Handlungsinteresse der Spieler. Das Kooperationsproblem wird durch Spielwiederholung endogen gelöst, das bisher betrachtete konstitutionelle Problem beseitigt. Die Spielregeln, die gesellschaftliche Kooperation ermöglichen, entstehen möglicherweise als Konvention aus der niemals endenden Folge der Spielzüge. Allerdings tritt nun ein verändertes konstitutionelles Grundproblem auf: Da unzählige Konventionen möglich sind, die besser als die Nicht-Kooperation sind, diese aber zur Aufrechterhaltung von Kooperation wechselseitig angepaßt sein müssen, entsteht ein Koordinationsproblem. Eine Verfassung ist demnach die Lösung dieses Problems, indem die Entscheidung für eine Konvention getroffen wird. Diese Entscheidung ist weniger voraussetzungsvoll als diejenige zur Lösung eines Kooperationsproblems (nämlich selbst eine Konvention), sie erfolgt aber vorläufig immer noch einmalig im konstitutionellen Augenblick. Allerdings wird mit der veränderten Grundlage der Verfassung nicht nur deutlich, daß expliziter Verfassungswandel die ungeschriebenen, traditionellen „Spielgewohnheiten“ beachten muß, damit der geschriebenen Verfassung die Koordination gelingt⁶⁰. Wenn die Verfassung nur funktional als Koordinationsinstrument beschrieben wird, ohne daß festgestellt werden könnte, auf welche Konvention man sich mit der Verfassung einigt, so wird ganz allgemein erkennbar, daß sich bei gleichlautender Verfassung die konkreten Ergebnisse der Koordination durch die Veränderung der „Spielgewohnheiten“ verändern können.

c) Sichere Verfassungsregeln als archimedischer Punkt?

An dieser Stelle ist es hilfreich, sich noch einmal die normative Stoßrichtung der ökonomischen Verfassungstheorie zu vergegenwärtigen: Die Buchanansche Verfassungsökonomik will vor allem die Gefahr eines allzuständigen Leviathan durch konstitutionelle Schranken bändigen. Sie will, anders gewendet, die durch Buchanans Forschungen zur ökonomischen

⁵⁹ Vgl. zum folgenden im Überblick *Calvert/Johnson*, Interpretation and Coordination; außerdem *Voigt*, Explaining Constitutional Change, S. 87 ff.; *Taylor*, The Possibility of Cooperation (Titel der Erstauflage: Anarchy and Cooperation, 1976), 2. Aufl., 1987; *Hardin*, Why a Constitution?, in: *Grofman/Wittman*, The Federalist Papers and the New Institutionalism, 1989; *Hardin*, Review Article: Constitutional Political Economy, *British Journal of Political Science*, 1988, 513.

⁶⁰ Dies ist ein spezieller Fall der Kompatibilität von formellen und informellen Institutionen, wie sie in der Institutionenökonomik eingehend erörtert wurde; vgl. grundlegend *North*, Institutionen, institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung, 1992; *North*, Institutions and Credible Commitment, *JITE*, 1993, 11; *Mummert*, Informelle Institutionen in ökonomischen Transformationsprozessen, 1995; *Kiwit/Voigt*, Überlegungen zum institutionellen Wandel unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses interner und externer Institutionen, *ORDO*, 1995, 117.

Theorie der Politik herausgearbeitete, inhärente Dynamik der Ausweitung staatlicher Kompetenzen begrenzen. Die frühe Ordnungstheorie beschäftigt sich mit zwei interdependenten Dynamiken: Einerseits der raschere Wandel industrialisierter Volkswirtschaften, also die spezifische Dynamik ihrer Wirtschaftsordnung. Andererseits das forcierte Tempo der politischen Lenkungsversuche, mithin die durch zahllose „Experimente“ vorangetriebene Dynamik der Rechts- und Staatsordnung. Die Empfehlungen des ordoliberalen Wirtschaftskonstitutionalismus zielen auf eine Beruhigung der verfehlten politischen Dynamik⁶¹. Es ist die verbindende Grundannahme beider Ansätze, daß mit den Regeln der Verfassung ein sicherer, statischer Anker für eine Welt der Dynamik gefunden ist. Im Augenblick ihrer Setzung sind die Regeln „für alle Zeiten“ gedacht, auch wenn ein säkularer Wandel der Regeln zugestanden werden, sie also nur „relatively absolute absolutes“ sind⁶².

Nun mag dieses Bild unwandelbarer Statik für den Verfassungstext empirisch zutreffend sein. Gerade für das Verfassungsrecht ist aber die Vorstellung klarer und anwendungsbereiter Normen wenig überzeugend. Der Verfassungsrichter kann noch weniger als jeder andere Richter ein nur logische Operationen ausführender Subsumtionsautomat sein. Mit der Vorstellung, die einmal verabschiedete Verfassung müsse nur noch mechanisch *angewendet* werden, umgeht die Konstitutionenökonomik zwar das Problem, daß sie konsequenterweise auch noch die Verfassungsgerichtsbarkeit in ihre Analyse integrieren müßte. Mit der Gleichsetzung von Norm und Normtext zeichnet sie allerdings ein unterkomplexes Bild des Rechts⁶³.

Die Bedeutung des unwandelbaren Verfassungstextes wird auch ökonomisch fragwürdig, sobald sich die Ökonomie mit der intrikaten Frage beschäftigt, was denn die „Tatsachen“ der Sozialwissenschaften⁶⁴ seien, und feststellt, daß diese „Tatsachen“ nicht objektiv gegeben, sondern stets subjektiv (und kreativ) interpretiert werden⁶⁵. In konsequenter Fortsetzung müßte auch die Subjektivität der Wahrnehmung von Regeln und Institutionen konzidiert werden⁶⁶. Damit wäre ihre Steuerungswirkung weit weniger selbstverständlich, weil die verhaltensleitende Norm nicht mehr

⁶¹ Vgl. die Kritik an der „Wirtschaftspolitik der Experimente“ sowie die Forderung nach „Konstanz der Wirtschaftspolitik“ bei *Eucken*, Grundsätze.

⁶² Vgl. *Buchanan*, Public Principles of Public Debt, 1958, S. 195: „... rules which are constructed once and for all, and which are, in a real sense, relatively absolute absolutes“.

⁶³ Daß impliziter Verfassungswandel durch Gerichte stattfindet, hätte eigentlich gerade im Hinblick auf die US-amerikanische Verfassung auffallen sollen. Zum Nachweis der aufeinanderfolgenden „interpretive regimes“ des Supreme Court vgl. *Ackerman*, We the People, Vol. 1: Foundations, 1991; *Eskridge/Ferejohn*, Politics, Interpretation and the Rule of Law, in: *Shapiro*, The Rule of Law, 1994; *Ferejohn*, Law, Legislation, and Positive Political Economy, in: *Banks/Hanushek*, Modern Political Economy, 1995.

⁶⁴ Vgl. *Hayek*, Die „Tatsachen“ der Sozialwissenschaften, in: *Hayek*, Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, 2. Aufl., 1976.

⁶⁵ Vgl. eingehend *Hesse*, Evolutorische Ökonomik oder Kreativität in der Theorie, in: *Witt*, Studien zur evolutorischen Ökonomik I, 1990.

⁶⁶ Vgl. dazu *Okruch*, Innovation und Diffusion von Normen, 1999, *Okruch*, Der Richter als Institution einer spontanen Ordnung, *ORDO*, 2001, 131; *Burczak*, The contradiction between Hayek’s subjectivism and his liberal legal theory, in: *Birner/Garrouste/Aimar*, F. A. Hayek as a Political Economist, 2002.

mit dem Normtext gleichgesetzt werden kann. Auch die vorangehende spieltheoretisch fundierte Analyse legt nahe, daß unter einer Verfassung verschiedene Konventionen herausbilden können. Allerdings muß diese Analyse erweitert werden, indem die Quelle der Normativität jenseits der „normativen Kraft des Faktischen“⁶⁷, benannt wird: Nicht jede Veränderung der Spielzüge wird von (konstitutionell dafür vorgesehenen) Organen soweit mit normativer Kraft versehen, daß schließlich von einer impliziten Veränderung der Spielregeln gesprochen werden kann.

2. Zu einer Theorie des impliziten Verfassungswandels

a) Die Analyse der Positiven Konstitutionenökonomik: Darstellung und Kritik

Das Problem des Verfassungswandels ohne Änderung des Verfassungstextes hat Voigt in seinem Konzept einer Positiven Konstitutionenökonomik thematisiert und dabei auch betrachtet, welche Organe an solch impliziten Wandel beteiligt sind. In diesem Zusammenhang unterscheidet er zwei Arten des impliziten Wandels, mit denen er jeweils spezifische Hypothesen zum Ausmaß der möglichen Verfassungsänderungen verbindet⁶⁸.

Zum einen stellt sich ein intertemporales Problem, wenn sich die Verfassungsinterpretation im Zeitablauf ändert: „implicit constitutional change due to changing interpretation over time“⁶⁹. Sofern und soweit diese veränderte Interpretation auf eine veränderte Wirklichkeit zurückzuführen ist, dürfte damit der juristische Begriff des Verfassungswandels umschrieben sein⁷⁰. Für das konstitutionenökonomische Programm hat, worauf Voigt nachdrücklich hinweist, diese Form des Wandels bedeutende normative Implikationen, da die Verfassung nun auch Bindungen für zukünftige, noch unbekannte Präferenzen enthalten müßte⁷¹.

Davon analytisch zu trennen ist, folgt man Voigt, zum anderen jene Form des Verfassungswandels, der auftritt, weil Verfassungsinterpreten einen Auslegungsspielraum besitzen und ihre Interpretationen nicht vollständig von einer „Überwachungsinstanz“ kontrolliert werden können. Unabhängig von der Veränderung der Wirklichkeit oder der allgemein geteilten Interpretation der konstitutionellen Präferenzen gibt es also zu jedem Zeitpunkt die Möglichkeit, die Bedeutung von Verfassungsvorschriften

⁶⁷ Der Gedanke einer „normativen Kraft des Faktischen“ bildet in vielen Ansätzen zum Institutionenwandel eine implizite – und problematische – Hintergrundannahme, mit der das Spannungsverhältnis zwischen Stabilität und Flexibilität, zwischen Faktizität und Normativität scheinbar aufgelöst wird. Vgl. zum Begriff *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Neudruck 1976, S. 338; aus ökonomischer Perspektive beispielsweise *Kiwit/Voigt*, ORDO, 1995, 117 und *Okruch*, Innovation, S. 144 ff.

⁶⁸ *Voigt*, Explaining Constitutional Change, S. 145 ff.

⁶⁹ *Voigt*, Explaining Constitutional Change, S. 159.

⁷⁰ Vgl. zur Abgrenzung des Begriffs *Hufeld*, Die Verfassungsdurchbrechung, 1997, S. 28 ff.

⁷¹ „The observation that implicit constitutional change of [this] kind is possible has some serious implications for the normative theory of constitutions, or, constitutionalism: ... a society has few means of binding itself in t_2 against its possibly different preferences which it might hold in t_1 . In other words: A constitution will only protect society's members over time if such a protection is part of the meta or procedural preferences of the majority“, *Voigt*, Explaining Constitutional Change, S. 163.

durch „unkontrollierte“ Interpretation nachhaltig zu verändern. Diese Form des Verfassungswandels geht zum einen von Legislative und Regierung aus, deren Aktionen nur mit (kostenträchtiger) Verzögerung von einem Verfassungsgericht kontrolliert werden können. Zum anderen ist auch das Verfassungsgericht selbst eine Quelle impliziten Wandels, denn auch seine Entscheidungen können nicht oder nicht sofort von den konkurrierenden Gewalten korrigiert werden. Das Ausmaß solchen Wandels wird also bestimmt von den durch die Gewaltenteilung induzierten Transaktionskosten, welche aufgewendet werden müssen für die verfassungsgerichtliche Korrektur von Legislative und Exekutive bzw. für das *overruling* „unliebsamer“ Verfassungsgerichtsentscheide durch explizite Verfassungsdurchbrechung⁷²: „implicit constitutional change due to the transaction costs of the separation of powers“⁷³.

Auf dieser Grundlage sind wertvolle Einsichten zu gewinnen über den nicht konstitutionell beherrschbaren Entscheidungsspielraum der Politik oder über die potentielle Bandbreite der gerichtlichen Verfassungsinterpretationen. Die Ansätze gehen aber an dem oben angeführten Problem der Subjektivität vorbei, indem sie wiederum die sichere Steuerungswirkung anderer Regeln postulieren müssen. Also etwa die Regelung der Gewaltenteilung, mit der die Transaktionskosten in sicherer und vorhersehbarer Weise determiniert werden. Letztlich fragt sich, ob die von Voigt präsentierte Trennung in zwei Arten impliziten Wandels nicht sehr künstlich ist: einerseits ein „allgemeiner“ Wandel der Interpretation im Zeitverlauf und andererseits ein zeitpunktbezogener Wandel der Interpretation durch die drei Gewalten. Allgemeines Problem ist es doch, daß die Verfassungsregeln – selbst wenn sie gemäß den Idealvorstellungen für den konstitutionellen Augenblick entstehen – nicht „interpretationsfest“ sind. Die interessante Frage ist dann, welche Grenzen für die innovativen Interpretationen bestehen. Die Transaktionskosten der Gewaltenteilung stellen nur eine, zudem äußere Begrenzung dar, und innerhalb dieser weiten Begrenzung muß weiter gefragt werden, wodurch die Interpretationen beeinflusst werden⁷⁴.

b) Schwierigkeiten und Möglichkeit einer interdisziplinären Theorie des Verfassungswandels

Im Grunde bietet sich hier eine Gelegenheit zur interdisziplinären Zusammenarbeit mit der Verfassungsrechtswissenschaft an, wenn die vermutete Hauptquelle impliziten Verfassungswandels, das Verfassungsgericht, in die ökonomische Theorie integriert werden soll. Dieser interdisziplinäre Austausch zur Erklärung der Dynamik der Verfassung wird allerdings erschwert, weil das zugrunde liegende Problem der Subjektivität auch in der Rechtswissenschaft häufig verwischt wird. Diese Verschwommenheit ist weniger Folge von Ignoranz gegenüber dem Problem, als vielmehr Resultat des routinierten Umgangs mit dem Problem. Ignoranz bedeutete,

⁷² Vgl. dazu eingehend *Hufeld*, Die Verfassungsdurchbrechung.

⁷³ *Voigt*, Explaining Constitutional Change, S. 158.

⁷⁴ Vgl. kritisch *Okruch*, Ist Verfassungsevolutorik nur eine Sache von Transaktionskosten der Gewaltenteilung?, in: *Lehmann-Waffenschmidt*, Perspektiven des Wandels, 2002.

daß subjektive Element in der Rechtsfindung zu negieren, indem juristisches Entscheiden als strikt logisch dargestellt würde. Die Subsumtionslogik ist allerdings (bestenfalls) ein normativer Standard für das Entscheiden. Zur Erklärung, die auf den schon angesprochenen Subsumtionsautomaten hinausliefere, ist sie offensichtlich ungeeignet. Mit dem Verweis auf juristische Routine sind zwei wesentliche Implikationen verbunden⁷⁵. Routiniert bedeutet 1.) lange eingeübt, und zwar durch praktische Übung „eingeschliffen“. Durch „learning by doing“ bzw. „learning by using“ wird Expertise erworben für den Umgang mit Normtexten und für ihre Auslegung im Hinblick auf den konkreten Fall („Hin- und Herwandern des Blicks“⁷⁶). Immerhin beginnt die juristische Ausbildung nicht mit der Unterweisung in (Aussagen- oder deontischer) Logik, wie man es nach der Subsumtionslogik erwarten müßte, sondern mit Praxis – dem Sammeln eigener Erfahrung (Falllösung) unter Rückgriff auf Vorerfahrungen (versammelt in Kommentaren, Entscheidungssammlungen und dergleichen). „Juristerei“ wird also nicht als Algorithmus erlernt, sondern als Fertigkeit – also durch Vorbild und Imitation. Was im Laufe einer juristischen Ausbildung erworben wird, sind Entscheidungsroutinen („Methodenwahl“), die das subjektive Element in der Entscheidung („Vorverständnis“) kontrollieren⁷⁷. Diese Expertise ist praktisches oder implizites Wissen, Wissen also, das nicht als theoretisches Wissen sprachlich vermittelbar ist⁷⁸. Routiniert bedeutet deshalb 2.) auch „nicht oder nur teilweise theoretisch ver-

⁷⁵ Vgl. zum folgenden nochmals *Ryle, Concept of Mind*. Zur Bedeutung von Routinen vgl. grundlegend *Nelson/Winter, An Evolutionary Theory of Economic Change*, 1982; zur handlungstheoretischen Fundierung außerdem *Mantzavinos, Individuals, Institutions, and Markets*, 2001. Zur Expertise vgl. *Lane/Malerba/Maxfield/Orsenigo, Choice and Action*, in: *Journal of Evolutionary Economics*, 1996, 43; *Langlois, Rule-Following, Expertise, and Rationality*, in: *Dennis (Hrsg.), Rationality in Economics*, 1998, S. 55 ff.

⁷⁶ Zu diesem schon sprichwörtlichen juristischen „Pendelblick“ vgl. *Engisch, Einführung in das juristische Denken*, 9. Aufl., 1997; zur Anwendung und Weiterentwicklung im *Verfassungsrecht Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 2. Aufl., 1976, S. 197 ff.

⁷⁷ Vgl. dazu *Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2. Aufl., 1972; außerdem *Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. Aufl., 1990.

⁷⁸ Vgl. oben, die Aussagen zur Bedeutung impliziten Wissen für die Grenzen der Vernunft. Im übrigen ist mit der Unterscheidung zweier Arten des Wissens keinerlei Wertung verbunden, es besteht also kein Grund, das juristische „Erfahrungswissen“ gegen ein vermeintlich überlegenes „wissenschaftlich-systematisches“ Wissen zu verteidigen. Vgl. in diesem Sinne die im übrigen luzide Darstellung des juristischen Wissensvorrats und seiner permanenten Aktualisierung bei *Oeter, Responsive Regulierung und das Verhältnis der Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften in der Politikberatung*, in: *Bizer/Führ/Hüttig, Responsive Regulierung*, 2002, S. 201.

mittelbar“⁷⁹. Diese Implikation juristischer Routine mag die interdisziplinäre Zusammenarbeit, insbesondere mit der Ökonomie, erschwert haben⁸⁰.

Eine ökonomische Theorie des Verfassungswandels stellt dann beispielsweise fest, daß die Gerichtsentscheide nicht auf die Verfassungsnormen und die Interpretationsregeln „zurückzurechnen“ sind⁸¹. Wenn dann nicht zur Kenntnis genommen wird, daß dies auch in der Rechtswissenschaft diagnostiziert wurde⁸² und daß dort Ansätze existieren, die die Subjektivität nicht ausblenden, so zieht sich die ökonomische Theorie sogleich wieder aus der Interdisziplinarität zurück. Nachdem also festgestellt wurde, daß die juristischen Restriktionen nicht „objektiv“ sind, wird auf die vermeintlich verlässlicheren, wirtschaftlichen Restriktionen zurückgeschwenkt und das subjektive Element – wie üblich – nur in den Präferenzen gesucht. Verfassungsrichter mögen dann zwar einige „exotische“ Argumente in der Nutzenfunktion aufweisen, sind aber ansonsten *homines oeconomici*. Je nach wirtschaftswissenschaftlichem Geschmack kann man dieses Bild zwar noch etwas ausschmücken – Verfassungsrichter sind dann etwa Schumpetersche Unternehmer, die ihre „Innovationen“ als herr-

⁷⁹ Anders ausgedrückt: Das theoretische Wissen über Fertigkeiten vermittelt nicht die Fertigkeiten selbst. Offensichtlich macht einen das theoretische Wissen über Kochrezepte nicht zum Meisterkoch, die Lektüre von einschlägiger Verheißungsliteratur nicht zum millionenschweren Unternehmer („... in hundert Tagen“), vermittelt Grammatik nicht Sprachgefühl – die Kenntnis von Rechtsnormen und Subsumtionslogik nicht „Rechtsgefühl“. Vgl. prägnant *Hayek*, *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, 1967, 45: „If what is called the *Sprachgefühl* consists in our capacity to follow yet unformulated rules, there is no reason why, for example, the sense of justice (the *Rechtsgefühl*) should not also consist in such a capacity to follow rules which we do not know in the sense that we can state them“.

⁸⁰ Mit der Vernachlässigung impliziten Wissens droht ein doppeltes Mißverständnis: Die Ökonomie könnte dem Trugschluß erliegen, daß juristisches Entscheiden nicht theoriefähig sei, nur weil es mit den expliziten juristischen Entscheidungsregeln nicht vollständig theoretisch zu beschreiben ist (dazu sogleich im Text). Die Rechtswissenschaft könnte dagegen irrtümlich fordern, den Ökonomen zuerst mit dem gesamten praktischen Wissen auszustatten, bevor über juristische Methoden theoretisch reflektiert wird. Im Hinblick auf die Verwandtschaft von Sprachgefühl und Rechtsgefühl formuliert: Die Rechtswissenschaft verlangte ein vollständiges Sprachgefühl, bevor über die „Grammatik des Rechts“ diskutiert werden könnte. Vgl. zum Begriff *Christoph Engel*, *Die Grammatik des Rechts*, in: *Rengeling/Hof*, *Instrumente des Umweltschutzes im Wirkungsverbund*, 2001, der unter dieser Überschrift (nur) die Funktionalität rechtlicher Steuerungsinstrumente behandelt.

⁸¹ Bei *Kläver*, *Verfassungsevolutorik*, in: *Lehmann-Waffenschmidt*, *Perspektiven des Wandels*, 2002, S. 266 f. liest man dann die bemerkenswerte These, „... dass für den Fall, dass eine Vielfalt und Offenheit von Interpretationsregeln existiert und es keine feste Rangordnung gibt, diese für den Verfassungswandel eher unbedeutend sind. Der jeweilige Verfassungsinterpret bestimmt seine Verfassungsinterpretation und damit die von ihm angebotene Richtung des Verfassungswandels weitgehend nach selbst ausgewählten und gewichteten Regeln“. Mit anderen Worten: Die Verfassungsinterpretation ist völlig beliebig. Dabei wird offensichtlich allein schon die Unterscheidung zwischen Herstellung und Darstellung eines Urteils übersehen.

⁸² „Verfassungsrechtliche Praxis und Methodenlehre sind inkonsequent. Sie ziehen sich auch Savignys Interpretationsregeln zurück, um im Grundsatz Regularität ihres Verfahrens vorzugeben; und sie entscheiden angesichts der spezifischen Schwierigkeiten von Verfassungskonkretisierungen um so häufiger – nach den Erfordernissen des Falls und des erwünschten Ergebnisses – ohne die canones, gegen sie oder über sie hinaus“, so *Friedrich Müller*, *Juristische Methodik*, 7. Aufl., 1997, S. 125.

schende Meinung durchsetzen wollen⁸³ – Rechtswissenschaft benötigt die Ökonomie zu solcher Modellierung jedoch nicht.

Am Schnittpunkt zweier Wissenschaften, die jede für sich das beschriebene subjektive Element berücksichtigen, ist freilich eine fruchtbare interdisziplinäre Kooperation für die Analyse des impliziten Verfassungswandels möglich. Die Anknüpfungspunkte innerhalb der Ökonomie ergeben sich zu solchen Ansätzen, welche den wirtschaftlichen Wandel und/oder die institutionelle Einbettung der Wirtschaft thematisieren. Namentlich also die evolutorische Ökonomik, die bei der Analyse des wirtschaftlichen Wandels die subjektiven Wissensgrundlagen wirtschaftlichen Handelns betont⁸⁴, oder jene Ansätze der Institutionenökonomik, die sich mit dem institutionellen Wandel beschäftigen und dabei – nicht zufällig – ebenfalls auf die kognitive Dimension gestoßen sind⁸⁵. Im Gegensatz zur Ökonomik scheint die Anknüpfung in der Rechtswissenschaft im „Mainstream“ möglich zu sein⁸⁶. Mit der Verabschiedung der Rechtsanwendungslehre, die Rechtsfortbildung zum unlösbaren Problem macht, tritt das subjektive Element in der „Rechtserzeugung“ zutage: „Die schöpferische Komponente praktischer Rechtsarbeit ist... der dem Gesetz nicht fremde Regelfall“⁸⁷. Im Verfassungsrecht wird besonders deutlich, daß die „Subsumtionslogik die eigentlich relevante Fragestellung – nämlich wie der Obersatz auf richtige Weise zu finden ist“ unterdrückt. Zur Bearbeitung dieser Fragestellung muß die kognitive Dimension beachtet werden, müssen also diejenigen „Gedankenvorgänge...“, die unvermeidlich sind, um verfassungsrechtliche Probleme zu lösen⁸⁸ beschrieben werden. Wenn die Rechtserzeugung ein „von rechtsstaatlichen Anforderungen her strukturierter Vorgang“⁸⁹ beschrieben werden kann, so werden damit innerrechtliche Bindungen deutlich. Die genauere Analyse der Struktur der Rechtserzeugung erlaubt es dann, verschiedene Fälle des Normwandels zu unterscheiden⁹⁰ und vor allem, diese Evolution theoretisch zu fassen. Sofern in der juristischen Analyse gezeigt wird, daß die schöpferische Komponente nicht in freirechtliche Beliebigkeit mündet, so sind die aufgewiesenen juristischen Restriktionen auch interdisziplinär theoriefähig.

Eine Theorie des Verfassungswandels, die die implizite Form mit einschließt, ist also möglich, wenn die innerrechtlichen Beschränkungen solchen Wandels berücksichtigt werden⁹¹. Mit der *Erklärbarkeit* des

⁸³ Kritisch zu dieser Analogie *Okruch*, Verfassungsevolutorik.

⁸⁴ Vgl. grundlegend *Hesse*, Evolutorische Ökonomik.

⁸⁵ Vgl. etwa *Denzau/North*, Shared Mental Models, in: *Kyklos*, 1994, 3; *Jack Knight/North*, Explaining Economic Change, in: *Legal Theory*, 1997, 211.

⁸⁶ Vgl. jüngst die Zusammenfassung bei *Oeter*, Responsive Regulierung, S. 197: „Recht ist – wie die neuere Methodenlehre und Rechtstheorie nicht müde wird zu belegen – kein mathematisch-logisches Operationsprogramm, das autonom funktionieren könnte wie ein Computerprogramm, sondern ein sprachbasiertes – und damit dem Verständnishorizont des Interpreten anheimgegebenes – System vom ‚Rechtsanwender‘ erst noch zu konkretisierender programmatischer Vorgaben“.

⁸⁷ *Christensen*, Das Problem des Richterrechts aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1987, 75 (82).

⁸⁸ *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 52.

⁸⁹ *Christensen*, ARSP 1987, 81 f.

⁹⁰ Vgl. etwa *Friedrich Müller*, Strukturierende Rechtslehre, 2. Aufl. 1994, S. 363 ff.

⁹¹ Vgl. dazu ausführlich *Okruch*, Innovation und Diffusion; *Okruch*, ORDO 2001, 131.

Verfassungswandels ist dessen *Bewertung* nach ökonomischen – rechtsexternen – Kriterien gänzlich unentschieden. Impliziter Wandel birgt von dieser Warte aus zweifelsohne Gefahren, doch ist es keine Lösung, diese Gefahr definitorisch auszublenden. Nur wenn sich die Ökonomie der Herausforderung der Erklärung stellt, verfügt sie außerdem über Anknüpfungspunkte für den Umgang mit den Gefahren.

IV. Wirtschaftspolitische Implikationen für Europa: Ein versöhnlicher Abschluß

Nach einer langen Aufzählung von Aporien der Konstitutionenökonomik soll hier abschließend doch kein resignatives Fazit stehen. Man vergegenwärtige sich ein letztes Mal die normative Grundaussage: *Gute Regeln sind die Voraussetzung und die Garantie guter Politik*. Oder, in den als Motto vorangestellten Worten Poppers: Institutionen müssen wohlgeplant sein. Angesichts der Grenzen der Vernunft bei der Planung und des möglichen impliziten Wandels auch der besten Regeln, angesichts der Verankerung der Verfassung in Konventionen und des Einflusses subjektiver und kreativer Interpretationen, ist man schlußendlich auf die zweite Poppersche Anforderung an Institutionen zurückgeworfen: Sie müssen auch wohlbemannt sein. Auf den ersten Blick scheint sich damit das Problem nur noch weiter zu verschärfen. Tatsächlich wird, wie gezeigt, die konstitutionenökonomische Analyse komplexer, wenn sie den subjektiven Faktor berücksichtigt. Doch nur damit wird die Möglichkeit des impliziten Wandels überhaupt theoretisch beschreibbar, und daß trotz der Komplexität eine Theorie des impliziten Wandels geben kann, sollte ebenfalls Resultat der vorangegangenen Analyse sein. In der normativen Fassung – also bei der Forderung nach wohlbemannten Institutionen – muß eine solche Theorie auch nicht angesichts der zusätzlichen Anforderung verzweifeln. Wenn die Vorstellung, die gute Verfassung sei Garantin guter Politik prekär wird, weil die Normadressaten kreativ sind, so kann wegen eben dieser Kreativität und Lernfähigkeit die Beziehung von Ursache und Wirkung auch umgekehrt werden: Die gute Verfassung ist dann Ergebnis der Wendung zu guter Politik, ist Ergebnis eines politischen (oder judikativen) Lernprozesses⁹². Es sollte klar sein, daß dies keine idealistische Überhöhung des politischen Diskurses (und auch nicht der richterlichen Rechtsfortbildung) bedeutet. Es ist, ganz im Gegenteil, wesentlich pragmatischer als die dargestellte konstitutionenökonomische Fiktion eines Meta-Diskurses im konstitutionellen Augenblick, mit der zugleich die Verfassungsgerichtsbarkeit völlig aus dem Blickfeld rückt.

Kommen wir zur Verdeutlichung auf die eingangs geschilderten Fälle des impliziten Wandels der europäischen Wirtschaftsverfassung zurück, also die Anmaßung von Kompetenzen durch Ministerrat und Kommission sowie die integrationsfreundlichen Ausdeutungen des EuGH.

Die unkontrollierte Ausweitung von Kompetenzen und die damit einhergehende Zentralisierungstendenz werden von ökonomischer Seite

⁹² Vgl. nochmals *Wegner*, Political Learning.

ganz überwiegend negativ beurteilt⁹³. Freilich darf nicht übersehen werden, daß etwa die Kommission auch Lernprozesse durchgemacht hat. In jüngster Zeit scheint sie zur Einsicht gekommen zu sein, daß die weitere Ausweitung von Zuständigkeiten, ja sogar das Ausschöpfen von bestehenden Kompetenzen unklug ist, weil eine Überforderung droht. Anders formuliert: Die Kommission scheint eingesehen zu haben, daß „Die Verwertung des Wissens in der Gesellschaft“ über eine zentrale Instanz überaus schwierig ist und daß sie auf das verstreute, lokale Wissen nicht verzichten kann⁹⁴. Sie zieht sich deshalb verstärkt auf eine koordinierende Funktion zurück, und dies auch in Bereichen, in denen sie darauf nicht von vornherein beschränkt ist⁹⁵. Im Gegensatz zu früheren Lernprozessen bedurfte es dazu nicht des katalytischen Einflusses des EuGH⁹⁶. Es ist vor diesem Hintergrund begrüßenswert, daß im Konventsentwurf die Reichweite dieser „Methode offener Koordinierung“ vergrößert wird⁹⁷.

Auch im Hinblick die ökonomisch wesentlich positiver eingeschätzte Judikatur des EuGH kann wohl kaum davon ausgegangen werden, Richter seien einfach bessere Menschen. Gerade wenn Richter nicht länger als interesselose „bouche de la loi“ gesehen werden, muß dargelegt werden, welche Lernprozesse dazu geführt haben, daß der Interpretationsspielraum gerade in einer ökonomisch wünschenswerten Weise genutzt wurde. Für den EuGH wird die Bedeutung der Ordnungstheorie als konstitutionelle Theorie kaum zu überschätzen sein. Abgesehen von den inhaltlichen Problemen bot dieser – interdisziplinär entstandene – Ansatz offenbar eine didaktisch sehr geeignete Semantik. Damit wird übrigens auch deutlich, daß die politische Ökonomie einen Adressatenkreis ihrer Beratung weitgehend übersehen hat. Bei der Unterscheidung zwischen Politikerberatung und Politikberatung – als Beratung der Verfassungsbürger – sollte jenen Verfassungsbürger mit Deutungsmacht eine spezielle Aufmerksamkeit geschenkt werden. Juristenberatung hat einen überraschend geringen Stellenwert in der wirtschaftspolitischen Diskussion⁹⁸.

Fassen wir zusammen: Mit der Berücksichtigung und der Erklärung des impliziten Wandels wird einerseits auch normativ der menschliche Faktor – die „Bemannung“ der Institution – zu einem zusätzlich zu berücksichtigenden Gesichtspunkt, andererseits gewinnt die normative Ökonomik auch einen eindeutigen und klareren Ansatzpunkt für ihren Aufklärungs-

⁹³ Vgl. *Mussler*, Wirtschaftsverfassung, S. 125 ff.

⁹⁴ Vgl. dazu grundlegend *Hayek*, Die Verwertung des Wissens in der Gesellschaft, in: *Hayek*, Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, 2. Aufl., 1976.

⁹⁵ *Hodson/Maher*, The Open Method as a New Mode of Governance, *Journal of Common Market Studies*, 2001, 719.

⁹⁶ Zu früheren Beispielen *Oberender/Okruch*, Gegenwärtige Probleme und zukünftige Perspektiven der europäischen Wettbewerbspolitik, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1994, 507.

⁹⁷ Vgl. Art. I-14, III-107, III-148, III-179 f. **Zur kontroversen Beurteilung der Politikkoordination vgl. *Bauer/Knöll*, Die Methode offener Koordinierung, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 1-2/2003, 33; *Bodewig/Voß*, Die „offene Methode der Koordinierung“ in der europäischen Union, *Europarecht*, 2003, 310; *Mosher/Trubeck*, Alternative Approaches to Governance in the EU, *Journal of Common Market Studies*, 2003, 63.**

⁹⁸ Eine Ausnahme macht *Grossekettler*, Kritik der Sozialen Marktwirtschaft aus ökonomischer Sicht, Universität Münster, Volkswirtschaftliche Diskussionsbeiträge, 1998; *Grossekettler*, Die Wirtschaftsordnung als Gestaltungsaufgabe, 1997.

auftrag. Eine normative Ökonomik, welche die Kreativität der Handelnden berücksichtigt, kann zugleich auf die Lernfähigkeit der Beratenen hoffen. Die Initiierung von Lernprozessen durch und über Ökonomik mag überaus mühsam sein, doch kann die Ökonomik dabei offen die für sie gesicherten Werte in Spiel bringen, statt der „Pareto-Illusion“⁹⁹ zu erliegen: der Illusion, daß man durch den Konsens, nur weil er ein schwaches, inhaltlich ganz unbestimmtes Werturteil darstellt, der Chimäre der Wertfreiheit näherkäme. Im Streit der vielen Werte teilzunehmen und die Werte der Ökonomie auf dem „Marktplatz der Ideen“ anzubieten, ist allemal ehrlicher, als sie in vorgeblich wertfreien Deduktionen von Verfassungsregeln aus einem unterstellten Konsens zu verstecken.

⁹⁹ So plastisch *Albert*, Zum Problem einer adäquaten sozialen Ordnung, in: *Nutzinger*, Zum Problem der sozialen Ordnung, 2001, S. 31 f.

ANDRÁSSY WORKING PAPER SERIES
ISSN 1589-603X

- VIII Okruch, Stefan. 2003. „Verfassungswahl und Verfassungswandel aus ökonomischer Perspektive - oder: Grenzen der konstitutionenökonomischen Suche nach der guten Verfassung”
- VII Meyer, Dietmar 2003.. „Humankapital und EU-Beitritt. Überlegungen anhand eines Duopomodells”.
- VI Okruch, Stefan. 2003. „Evolutorische Ökonomik und Ordnungspolitik – ein neuer Anlauf”.
- V Arnold, Volker. 2003. „Kompetitiver vs. kooperativer Föderalismus: Ist ein horizontaler Finanzausgleich aus allokativer Sicht erforderlich?’
- IV Balogh, László – Meyer, Dietmar. 2003. „Gerechtes und/ oder effizientes Steuersystem in einer Transformationsökonomie mit wachsendem Einkommen’.
- III Beckmann, Klaus B. 2003. „Tax Progression and Evasion: a Simple Graphical Approach”.
- II Beckmann, Klaus B. 2003. „Evaluation von Lehre und Forschung an Hochschulen: eine institutenökonomische Perspektive”.
- I Beckmann, Klaus B. and Martin Werding. 2002. „Two Cheers for the Earned Income Tax Credit”.

Paper copies can be ordered from:

The Librarian
Andrássy Gyula Egyetem

Pf. 1422
1464 Budapest
Hungary

Visit us on the web at [http: www.andrassyuni.hu](http://www.andrassyuni.hu). Please note that we cease to circulate papers if a revised version has been accepted for publication elsewhere.