

Privatdozent Dr. Dan Wielsch, LL.M., Köln\*

## Die epistemische Analyse des Rechts

Von der ökonomischen zur ökologischen Rationalität in der Rechtswissenschaft

Indem das Recht über Handlungsmöglichkeiten der Einzelnen entscheidet, verfügt es zugleich über die Möglichkeiten gesellschaftlicher Institutionen, aus dezentraler Beobachtung kollektives Wissen zu erzeugen. Nach der hier vorgeschlagenen neuartigen Betrachtungsweise ist Recht so zu setzen und anzuwenden, dass die Voraussetzungen sozialer Wissensteilung gewährleistet sind.

### I. Das Recht in der „Republik der Wissenschaft“

Seit Franz Böhm der Privatrechtslehre die „Befassung mit dem Sozialeffekt privatrechtlicher Institutionen“ zur Aufgabe gemacht hat,<sup>1</sup> kann die Rechtsanwendung nicht mehr der Frage ausweichen, welche Wirkung die Inanspruchnahme von Freiheitsrechten in der Gesellschaft hat. Aus freierlichem Handeln der Einzelnen entstehen kollektive Ordnungen. Weil diese ihrerseits über die tatsächlichen Bedingungen für autonomes Handeln entscheiden, ist die Wirkung der Ausübung von Rechten auf jene Ordnungen ein normatives, das Recht beschäftigendes Problem. Das Recht hat sich dieser Aufgabe in der Folgezeit der Debatte um das Wirtschaftsrecht, in deren Zusammenhang auch die Position von Böhm steht, mit besonderer Aufmerksamkeit gegenüber der Eigengesetzlichkeit der Wirtschaft angenommen.<sup>2</sup> Wie aber verhält sich das Privatrecht zu anderen sozialen Ordnungen, etwa

der Wissenschaft, deren Eigengesetzlichkeit anzuerkennen schon Böhms Zeitgenosse Rudolf Smend als Kerngedanke des Grundrechts der Wissenschaftsfreiheit in Art. 142 WRV identifizierte?<sup>3</sup>

Folgt man der struktur-funktionalistischen Wissenschaftssoziologie Mertons, ist Wissenschaft – verstanden als alles Handeln, das dasselbe Ziel der Erweiterung des abgesicherten Wissens verfolgt – an institutionalisierte Imperative („mores“) gebunden, die die zulässigen Mittel zur Zielerreichung festlegen.<sup>4</sup> Zu diesen unkodifizierten Normen der Wissenschaft zählt insbesondere eine spezifische Einschränkung von Herrschaftsrechten innerhalb der Wissenschaft: Erkenntnisse und Entdeckungen unterliegen danach nicht der Bestimmungsmacht des einzelnen Wissenschaftlers, vielmehr sollen alle Mitglieder der wissenschaftlichen Gemeinschaft über sie verfügen können.<sup>5</sup> Die Rechtsposition des einzelnen kreativen Forschers soll beschränkt sein auf das Recht auf Anerkennung seiner Leistung, etwa durch eine Zitierpflicht. Grundlage dieser eigentümlichen Neuausrichtung von Eigentumsrechten innerhalb der „Republic of Science“ ist die Einsicht, dass Entwicklung und Wachstum der Wissenschaft auf der mittelbaren Zusammenarbeit aller Wissenschaftler beruhen.<sup>6</sup> Eine solche spontane Koordination

<sup>3</sup> Vgl. Smend VVDStRL 4 (1928), 44 (61).

<sup>4</sup> Vgl. Merton, *The Normative Structure of Science* (1942), in: *ders.*, *The Sociology of Science*, 1979, S. 267 (270), der daneben noch „universalism“, „disinterestedness“ und „organized scepticism“ benennt. Näher dazu die Studie von Breibecker-Amend, *Wissenschaftsentwicklung und Erkenntnisfortschritt*, 1992, S. 34 ff.

<sup>5</sup> „The substantive findings of science are a product of social collaboration and are assigned to the community. They constitute a common heritage in which the equity of the individual producer is severely limited.“ Vgl. Merton (Fn. 4), S. 267 (273).

<sup>6</sup> So der die normative Forderung nach Autonomie der Wissenschaft zum Ausdruck bringende Titel des Aufsatzes von Polanyi *Minerva* 1 (1962), 54: „Since its end-result is unknown, this kind of co-operation can only advance“

\* Der Autor vertritt derzeit den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Rechtstheorie an der Universität zu Köln. Bei dem Text handelt es sich um die geringfügig erweiterte und um Fußnoten ergänzte Fassung seiner Antrittsvorlesung an der Universität Frankfurt am Main vom 5. 12. 2007.

<sup>1</sup> Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf*, 1964, S. 117.

<sup>2</sup> Böhm selbst hatte beabsichtigt, „das Lehrgebäude der klassischen Wirtschaftsphilosophie in die Sprache der Rechtswissenschaft zu übersetzen“, vgl. das programmatische Vorwort von *Wettbewerb und Monopolkampf* (Fn. 1), VIII.

der ansonsten unabhängig voneinander und dezentral forschenden Wissenschaftler wird ermöglicht durch die Offenlegung und Publikation der Ergebnisse. Jeder Einzelne kann die Beiträge seiner Kollegen testen und für die eigene Arbeit nutzen. So entsteht durch kumulative Aktivitäten ein immer größer werdender Bestand an wissenschaftlichem Wissen, von dem die Gesellschaft profitieren kann.<sup>7</sup> Wissenschaft lebt von der akademischen Freiheit, dass die Freiheit zur selbständigen Formulierung von Forschungszielen ergänzt wird um den freien Zugang zu kollektiv generiertem Wissen.

Diese Freiheit erscheint derzeit gefährdet. Betroffen ist zweierlei: (1) die Publikation als Medium der wissenschaftlichen Kommunikation und (2) die Verfügbarkeit von Ergebnissen selbst als Werkzeuge für weitere Forschung. Grund ist in beiden Fällen, dass Urheber- und Patentrecht nicht ausreichend Rücksicht auf die eigentümliche Operationsweise der Wissenschaft nehmen.

### 1. Wissenschaft und Urheberrecht

Da die Informationsvermittlung in der Wissenschaft trotz der neuen Möglichkeiten des Mediums Internet nach wie vor maßgeblich über angesehene Fachzeitschriften als Institutionen des „peer review“ erfolgt, muss der Wissenschaftler seine Urheberrechte kommerziell operierenden Verlagen überlassen, damit die geschaffenen Inhalte verbreitet werden. Setzen sich hierbei Geschäftsmodelle durch, nach denen die betreffenden Informationen nur noch online über geschützte Datenbanken verfügbar sind (sog. „e-only-publishing“ vor allem in den Naturwissenschaften), liegt der Zugang zu den Inhalten allein in der Macht der Verlage als Datenbankinhaber, ohne dass den Nutzern die hergebrachte Form/Inhalt-Unterscheidung des Urheberrechts zu Gute käme. Gestützt auf die entstehende Abhängigkeit der betroffenen fachlichen Community gelingt es manchem Verwerter, prohibitive Zugangs- und Nutzungsbedingungen zu erzwingen.<sup>8</sup> Das ist um so problematischer, als Wissenschaftseinrichtungen mit öffentlichen Geldern bei den privaten Intermediären für viel Geld den Zugang zu Forschungsergebnissen kaufen müssen, die ihrerseits mit Mitteln der öffentlichen Hand produziert worden sind.

Ermöglicht wird eine solche Praxis durch das nationale Urheberrecht, dem geeignete Schrankenregelungen fehlen. Von Seiten der Wissenschaft kritisiert wird vor allem die restriktive Fassung der Schranken über die öffentliche Zugänglichmachung für die Zwecke von Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG), über den elektronischen Kopienversand durch Bibliotheken (§ 53a UrhG) und über die Zugänglichmachung an elektronischen Leseplätzen (§ 52b UrhG).<sup>9</sup> Deshalb wird bereits über einen „Dritten Korb“ nachgedacht, der sich speziell der Bereiche Bildung und Wissenschaft annehmen soll.<sup>10</sup>

ce stepwise, and the total performance will be the best possible if each consecutive step is decided upon by the person most competent to do so“ (ebd., S. 55).

<sup>7</sup> Vgl. Nelson Research Policy 33 (2004), 455 (456); Breithecker-Amend (Fn. 4), S. 37 ff.

<sup>8</sup> Vgl. Hilty GRUR Int 2006, 179 (182) mit dem Hinweis, dass sich in den USA die Preise für Periodika in den letzten zehn Jahren verfünffacht haben.

<sup>9</sup> Vgl. Stellungnahme des Aktionsbündnisses „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“, 14.9.2007 (<http://www.urheberrechtsbuenndnis.de>); R. Kuhlen, Erfolgreiches Scheitern – eine Götterdämmerung des Urheberrechts, S. 334 ff. Überblick über die entsprechenden Regelungen nach Erlass des „Zweiten Korbs“ (BGBl I 2007, 2513) bei Spindler NJW 2008, 9 (12 ff.).

<sup>10</sup> Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/5939, 3f. und die Forderungen nach einem dritten Korb.

Die Möglichkeiten des nationalen Gesetzgebers zur Gestaltung von immaterialgüterrechtlichen Schranken sind jedoch erheblich begrenzt durch vielfältige Vorgaben seitens des europäischen und internationalen Rechts.<sup>11</sup> Beide Ebenen kennen unter dem Einfluss eines „Wettbewerbs der Rechtsordnungen“ seit einigen Jahren nur eine Richtung: die Stärkung von Schutzrechten. Beispielhaft sei auf das Fehlen zwingender Schranken in der Informationsgesellschafts-Richtlinie hingewiesen (vgl. deren Art. 5 Abs. 2 und 3),<sup>12</sup> insbesondere auf Art. 6 Abs. 4 UAbs. 4, wonach die Gewährleistung der Durchsetzung von Schranken gegenüber technischen Schutzmaßnahmen ausgerechnet für die Online-Nutzung nicht eingreift. Und zum anderen auf den in praktisch allen wichtigen Konventionen verankerten und ins europäische Recht übernommene sogenannte Dreistufentest, der als Schranken-Schranke fungiert und die Schaffung von Ausnahmen einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterwirft.<sup>13</sup> Kurz: zwar wird der Schutz internationalisiert, nicht aber die Schranken.<sup>14</sup>

Die Reaktion der Wissenschaft blieb nicht aus: In Anlehnung an die bei der Entwicklung von Open Source Software verwendeten Lizenzmodelle haben sich namhafte Wissenschaftsorganisationen in der „Berliner Erklärung über offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen“ zum Prinzip des offenen Zugangs verpflichtet und legen dem einzelnen Forscher nahe, als Autor und Rechteinhaber jedermann die freie und unwiderrufliche Erlaubnis zur wissenschaftlichen Nutzung unter der Bedingung der Nennung der Urheberschaft zu erteilen.<sup>15</sup> Um der Funktionslogik des Wissenschaftssystems gerecht zu werden, kommt es in den beteiligten Kreisen folglich zu einer Rekonfiguration der urheberrechtlichen Befugnisse im Rahmen der Privatautonomie.<sup>16</sup>

### 2. Wissenschaft und Patentrecht

Auch die Verwendbarkeit von wissenschaftlichen Erkenntnissen in der Forschung selbst ist immer weniger selbstverständlich. Denn sowohl die Art der patentierbaren Schutzgüter als auch die Anzahl der angemeldeten Patente nimmt erheblich zu. Und auch die Hochschulen sind verstärkt zur Vermarktung von Forschungsergebnissen aufgefordert: die Neufassung des § 42 ArbNErFG hat das Hochschullehrerprivileg abgeschafft und sieht vor, dass es bei Forschungen in dienstlicher Tätigkeit keine freien Erfindungen mehr gibt, sondern die Hochschule – wie ein privates Unternehmen – das Recht hat, Forschungsergebnisse ihrer Bediensteten in

<sup>11</sup> Zu den verbleibenden Möglichkeiten von Gesetzgeber und Richter, einem „schränkenfreundlichen Ansatz“ zu folgen, vgl. aber Geiger GRUR Int 2008, 459 (464 ff.).

<sup>12</sup> Vgl. etwa die Kritik bei Hilty, in: Behrens (Hrsg.), Stand und Perspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, S. 139 (151).

<sup>13</sup> Allgemein zum Dreistufentest vgl. Senfleben GRUR Int 2004, 200 ff. Kritisch wegen des unsicheren Anwendungsbereichs des Tests Geiger GRUR Int 2006, 683, (687 ff.).

<sup>14</sup> Um so wichtiger der Versuch, die Spielräume für ein internationalisiertes Regime von Schranken auszuloten, bei Hugenholtz/Okediji, Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright, Final Report, März 2008 (<http://www.ivir.nl/publicaties/hugenholtz/final-report2008.pdf>).

<sup>15</sup> Vgl. [http://www.mpg.de/pdf/openaccess/BerlinDeclaration\\_de.pdf](http://www.mpg.de/pdf/openaccess/BerlinDeclaration_de.pdf). Ambivalent hierzu Hilty International Review of Intellectual Property and Competition Law (IC) 2007, 135 (136), der den Einsatz, den die Open Access-Entwicklung von der Wissenschaft verlangt, als Bedrohung für die Arbeitsteilung in der modernen Gesellschaft sieht, aber andererseits Open Access für derzeit alternativlos hält.

<sup>16</sup> Instruktiv zu Möglichkeiten, mit Hilfe des Urhebervertragsrechts ein Urheberrecht für die Wissenschaft zu gestalten vgl. Hansen GRUR Int 2005, 378 (386 ff.).

Anspruch zu nehmen und im eigenen Namen patentieren zu lassen.<sup>17</sup>

Die Gefahren der erweiterten Verwertungsmöglichkeiten von Forschungsergebnissen, die die Universität als Organisation des Wissenschaftssystems plötzlich mit der Funktionslogik der Wirtschaft konfrontieren,<sup>18</sup> werden freilich unterschätzt oder gar nicht gesehen.<sup>19</sup> Die Expansion von Patenten im Reich der Wissenschaft hat – wie in der Privatwirtschaft – ein erhebliches „Hold up“-Potenzial und kann auch in diesem Bereich zur Tragödie sich gegenseitig blockierender Ausschließlichkeitsrechte führen.<sup>20</sup> Eine Beeinträchtigung des wissenschaftlichen Fortschritts droht insbesondere dann, wenn die Universität eine Entwicklung exklusiv lizenziert, die einen potenziell breiten Anwendungsbereich hat oder die Richtung der Weiterentwicklung einer bestimmten Erfindung unsicher ist.<sup>21</sup> Gerade auf Feldern, in denen Grundlagenforschung mit der Absicht der Erzielung praktischer Ergebnisse betrieben wird (so etwa in der Zellbiologie, wo man sich unmittelbare Ergebnisse für die Krebstherapie verspricht), – Felder also, in denen sich nicht scharf zwischen grundlagenorientierter Wissenschaft und anwendungsorientierter Technologie unterscheiden lässt –, ist jedoch der Fortschritt in der Wissenschaft selbst davon abhängig, dass die wissenschaftlichen Hypothesen auf unterschiedlichen Pfaden in der Praxis getestet werden. Gerade in diesen von der Wissenschaftstheorie als „Pasteursche Quadranten“ bezeichneten Feldern ist es notwendig, dass das *wissenschaftliche* Wissen frei verfügbar ist, damit unterschiedliche Suchprozesse „downstream“ zur Evolution *technologischer* Fortschritts beitragen können.<sup>22</sup> Um dies zu gewährleisten, reagiert und koordiniert inzwischen auch hier die Wissenschaft selbst die Zusammenarbeit mit Hilfe verschiedener Modelle von „open science“ wie etwa „open biotechnology“.<sup>23</sup> Welchen Analyserahmen hält das Recht für solche Fragen bereit?

## II. Die Berücksichtigung des Sozialeffekts des Rechts im Recht

An den Beispielen sollte dargestellt werden, welche Schwierigkeiten es bereitet, das Recht so zu fassen, dass es der Funktionsweise anderer Systeme „gerecht“ wird.<sup>24</sup> Es handelt sich um Fälle, in denen die Umwelt des Rechts ein Ungenügen am Recht registriert. Auf solche Problemlagen versucht das Recht zu reagieren, und zwar in seinen Reflexionstheorien.

<sup>17</sup> Damit verbindet sich die Hoffnung, dass es zu einem verstärkten Innovationstransfer zwischen Hochschulen und Wirtschaft kommt und man an die Praxis in anderen Ländern – allen voran die USA – anschließen kann. Allerdings sind die Erfahrungen der ersten Zeit eher ernüchternd, vgl. *Weyand/Haase GRUR* 2007, 28.

<sup>18</sup> Die Arbeit der Technologietransferstellen und der Patentverwertungsagenturen wird gemessen anhand der Anzahl der Patentanmeldungen und der tatsächlich erzielten Einnahmen aus der Verwertung, d.h. anhand des wirtschaftlichen Erfolges für die Universität.

<sup>19</sup> Kritisch wegen der Gefahren für die Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft aber *Roellecke*, in: *Wagner/Fisch* (Hrsg.), *Patentverwertung in Wissenschaft und Wirtschaft*, 2004, S. 81 (84 f.).

<sup>20</sup> Zur „tragedy of the anticommons“ grundlegend *Hardin Science* 162 (1968), 1243 ff.

<sup>21</sup> Vgl. *Nelson Research Policy* 33 (2004), 455 (468).

<sup>22</sup> Vgl. *Nelson Research Policy* 33 (2004), 455 (460).

<sup>23</sup> Vgl. *Benkler Science* 305 (2004), 1110 f.

<sup>24</sup> Zur Anreicherung des Gerechtigkeitsbegriffs durch das Kriterium der Adäquität des Rechts gegenüber seinen diskursiven Umwelten vgl. auch *Teubner*, in: *Alexy* (Hrsg.), *Integratives Verstehen*, 2005, S. 199 (201 f.). Zur Bestimmung von Gerechtigkeit als Diskursgerechtigkeit vgl. auch *ders.* *ARSP* 1996, 199 (218).

## 1. Ökonomische Rationalität im Recht

Zu den einflussreichsten Theorieentwicklungen des Rechts, sein Verhältnis zur Umwelt zu reflektieren, zählt der Ansatz der ökonomischen Analyse des Rechts, Normen auf ihre Übereinstimmung mit den Erfordernissen ökonomischer Rationalität hin zu beurteilen. Maßstab hierfür sind die Aussagen der Wohlfahrtstheorie, die Kriterien für eine effiziente, den Wohlstand maximierende Allokation von Ressourcen angibt.<sup>25</sup> In letzter Konsequenz existiert danach eine eigene Rationalität des Rechts nicht, sie wird vielmehr in Form der ökonomischen Rationalität von außen an das Recht herangetragen.<sup>26</sup> Aus Sicht des Rechts kommt es zu einem Kurzschluss mit der Ökonomie, der ausgelöst wird durch die rechtliche Rezeption des Effizienzkriteriums, das dadurch unweigerlich normative Qualität oder – um mit *Legendre* zu sprechen<sup>27</sup> – „mythologischen Status“ im neuen Kontext gewinnt.<sup>28</sup>

Dass ein solcher Ansatz der „Theorie-Transplantation“ selbst auf demjenigen Gebiet mit Vorsicht zu behandeln ist, auf dem das ökonomische Kalkül den vielleicht größten Erklärungswert beanspruchen kann, zeigt die kontrovers geführte Diskussion um einen „more economic approach“ im europäischen Wettbewerbsrecht.<sup>29</sup> Die Letztorientierung der juristischen Entscheidung am Effizienzkriterium muss als der Versuch erscheinen, das Wirtschaftssystem auf einen bestimmten zukünftigen Zustand festzulegen und diesen dann als normativen Maßstab in das Recht zu übersetzen. Das Recht maßt sich hiernach an, das Ergebnis von Operationen eines anderen selbstreferentiellen Systems vorwegzunehmen, obwohl diese vor ihrem Vollzug weder für das Wirtschaftssystem selbst und schon gar nicht für das Recht bestimmbar sind.

## 2. Reflexive Rechtsverfassung der Wissensteilung

Das Recht wird den von externen Eigenkomplexitäten gestellten gesellschaftlichen Anforderungen demgegenüber nur dann genügen können, wenn es die Adaptions- und Evolutionsfähigkeit von sozialen Systemen zu schützen sucht. Dazu – und das stellt den Kern der Behauptung dar – muss das Recht reflektieren, dass es auf die *Möglichkeiten von sozialen Systemen zur Umweltbeobachtung* einwirkt und hierdurch über den Wissensaufbau im jeweiligen System entscheidet. Die „Episteme“ eines sozialen Systems, verstanden als die Erzeugung transindividueller Systemwissens, ist abhängig von dem Ausmaß, in dem das System dezentral verteiltes Wissen des Bewusstseins für sich mobilisieren kann – eine Fragestellung, die als das Problem der „Wissensteilung“ bezeichnet werden kann.<sup>30</sup>

So wie sich sozialer und psychischer Sinn wechselseitig konstituieren, so sind auch das Wissen des psychischen und

<sup>25</sup> Ausführlich *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 1995, S. 41 ff.

<sup>26</sup> Kritisch *Mestmäcker*, in: *ders.*, *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union*, 2003, S. 725 (728), der demgegenüber unterstreicht, dass das Recht eine eigene Rationalität habe, die sich nicht auf ökonomische Modelle zurückführen lasse. Im Gegenteil beruhe die Wettbewerbsordnung materiell-rechtlich auf Freiheitsrechten. Vgl. auch *Mestmäcker*, *A Legal Theory without Law*, 2007, S. 22 („economic system as a system of liberty based on a legal order“).

<sup>27</sup> Vgl. *Legendre*, *Leçons III: Dieu au miroir*, 1997, S. 13.

<sup>28</sup> Solche Kurzschlüsse oder Ineinsetzungen sind freilich vorgezeichnet vom utilitaristischen Denken im angloamerikanischen Rechtskreis, in dem es eine klare Trennung von Recht und Ethik nicht gibt. Vgl. *Mestmäcker*, in: *ders.*, 2003 (Fn. 26), S. 725 (733).

<sup>29</sup> Überblick bei *Budzinski*, in: *Festschrift für Eickhof*, S. 15 ff.

<sup>30</sup> Näher zum Konzept der Wissensteilung vgl. *Wielsch*, *Zugangsregeln*, 2008, S. 38 ff.

das des sozialen Systems keine isolierten Gegebenheiten. Das bedeutet nicht, dass Psychisches und Soziales in einer einzigen Sphäre des Geistes zusammenfielen und es etwa zu einem „meeting of minds“ käme.<sup>31</sup> Stattdessen gilt es festzuhalten an einer der Grundannahmen der Systemtheorie, nämlich der operativen Trennung beider Systeme. Eine solche schließt es jedoch nicht aus, dass beide Systemtypen von der Beobachtungskapazität des jeweils anderen profitieren.<sup>32</sup> Im Wirtschaftssystem etwa werden nur Zahlungen an andere Zahlungen angeschlossen. Ob allerdings überhaupt eine Zahlung erfolgt, entscheiden die am Wirtschaftssystem „partizipierenden Systeme“ in dessen Umwelt (etwa Einzelhaushalte und Unternehmen), und zwar nach dem jeweils eigenen Operationszusammenhang und eigener Umweltbeobachtung, was in der Wirtschaft selbst wiederum nur mit Hilfe von Fremdreferenz abgebildet werden kann (etwa als „Bedürfnis“). Jeder Wirtschaftsakteur beobachtet am Markt seine wirtschaftliche Umwelt und rekombiniert sie mit der Beobachtung von nicht-wirtschaftlicher Umwelt (etwa seinem Wissen über bestimmte Produktionstechnologien), um zu einer Entscheidung über den Einsatz von Ressourcen zu kommen.<sup>33</sup>

Genau an dieser Stelle wird das Recht relevant: Es schafft mit dem Rechtsbegriff der „Person“ nicht nur eine fremdreferentielle Adresse für die Zurechnung von Handlungen.<sup>34</sup> Durch die Figur des subjektiven Rechts etwa wird zudem der Entscheidungshaushalt jener rechtlichen Personen anerkannt und abgesichert. Auf diese Weise wird durch individuelle Rechte indirekt das Bewusstsein in seiner Komplexität abgeschirmt: aus Sicht des Rechts erhält ein bestimmter Ausschnitt der operativen Umwelt in seiner Komplexität einen eigenen Bereich zugewiesen, der vom Recht regelmäßig eben gerade nicht weiter anhand eigener Beobachtungen und systeminterner Unterscheidungen rekonstruiert wird.<sup>35</sup> Durch diese in traditioneller Terminologie als Privatautonomie bezeichnete Einrichtung gewährt das Rechtssystem nicht nur dem Einzelnen die für die Verfolgung selbstgesetzter Zwecke erforderliche Erwartungssicherheit im Hinblick auf eingeplante Handlungsanschlüsse, sondern erbringt auch eine wichtige Leistung für andere soziale Systeme: es mobilisiert individuelles Bewusstsein als Instanz für die freie Rekombination von Beobachtung und Wissen aus *unterschiedlichen* semantischen Kontexten – also eher ein „meeting of systems within the mind“ – mit der indirekten Folge von möglichen Variationen des involvierten systemischen Wissens.

31 Etwa im Sinne von McDowell Synthese 58 (1984), 325 (351). Bekannt ist der Ausdruck im angelsächsischen Rechtskreis auch zur Umschreibung des Konsenses beim Vertragsschluss. Vgl. dazu Kramer, in: Festschrift Canaris, S. 665 (666 f.).

32 Begreift man den Begriff der Beobachtung sehr formal und versteht darunter das Verwenden einer Unterscheidung, um etwas durch sie Unterschiedenes zu bezeichnen, kommt die Fähigkeit des Beobachtens nicht nur psychischen Systemen zu, sondern auch sozialen Kommunikationssystemen. Vgl. Luhmann, Wissenschaft der Gesellschaft, 1992, S. 75 ff. Dann können psychische Systeme nicht nur andere psychische Systeme beobachten, sondern auch psychische Systeme soziale und soziale Systeme psychische, vgl. Luhmann, Einführung in die Systemtheorie, 2002, S. 147.

33 Zum Verhältnis von dezentraler Beobachtung und Entscheidungsrechten vgl. Wielsch (Fn. 30), S. 93 ff. (96).

34 Zur Konstruiertheit aller Begriffe von „Person“ im Recht vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 177 f. Danach ist auch die sogenannte physische Person nicht etwa identisch mit dem Menschen, sondern nichts anderes als „eine Einheit von Pflichten und Rechten, die das Verhalten eines Menschen zum Inhalt haben“ und damit stets eine „juristische“ Person.

35 Anders aber etwa, wenn eine Willenserklärung einer minderjährigen Person zuzuschreiben ist. Dann erkennt das Recht die Beobachtungs- und Entscheidungskapazität des Bewusstseins nicht an und lenkt stattdessen die Kompetenz zur Vornahme eines rechtlich relevanten Aktes auf eine andere Person um, vgl. § 107 f. BGB.

Aus diesen Leistungsbeziehungen des Rechts zu seinen systemischen Umwelten ergeben sich in einem zweiten Schritt Anforderungen an die Operationsweise des Rechtssystems selbst. Zu qualifizieren ist die Rationalität des Rechts als eines *Teil*-Systems der Gesellschaft: Da es in funktional differenzierten Gesellschaften kein übergeordnetes System zur Erfassung von Umweltinterdependenzen gibt,<sup>36</sup> kommt es entscheidend auf ein rationales Operieren der jeweiligen Systeme an. Eine solche Systemrationalität bildet ein System dann aus, wenn es die System/Umwelt-Unterscheidung nicht bloß selbstreferentiell mit Bezug auf die Einheit des Systems benutzt, sondern die Einheit der *Differenz* von System/Umwelt thematisiert, also seine Wirkungen auf die Umwelt an den Rückwirkungen auf es selbst kontrolliert.<sup>37</sup> Für das Recht bedeutet das, dass es sich, wie einleitend erwähnt, mit dem Sozialeffekt seiner Institutionen befassen und reflexiv bei deren Verfassung berücksichtigen muss.<sup>38</sup> Es muss dem Umstand Rechnung tragen, dass die Wirkungen freien Handelns selbst wieder zu den empirischen Bedingungen der Möglichkeit freien Handelns werden.<sup>39</sup>

Angesichts einer *Vielzahl* von systemischen Umwelten, die durch die Ausübung von Rechten betroffen sind, ist das Recht deshalb so zu gestalten, dass die Möglichkeiten jener Systeme zur Umweltbeobachtung in ihrer Unterschiedlichkeit gleichzeitig erhalten werden. Den Auftrag zu diesem „multilateralen Konstitutionalismus“ erhält das Recht aus der Mehrsystemrelevanz seiner eigenen Institute: Beispielsweise besitzt die exklusive Zuweisung von Handlungsmöglichkeiten zur medialen Reproduktion von semantischen Artefakten, das heißt die Schaffung geistigen Eigentums, Relevanz nicht nur für das Wirtschaftssystem, das aufgrund der künstlich erzeugten Knappheit jetzt Anlass für die Kommunikation von Preisen für Kunstwerke hat, sondern auch für das Kunstsystem, weil die für ästhetische Kommunikation notwendigen Umweltbedingungen gewährleistet werden können (durch die Chance zur Kompensation der Herstellungskosten und seien es die der eigenen Arbeitskraft), andererseits aber auch die Möglichkeiten Dritter zur Aktualisierung des im Werkstück verkörperten Sinns eine Einschränkung erfahren.

Bevor die Konsequenzen aus der Verbindung der beiden skizzierten Gedanken – die Relevanz des Rechts für die Umweltbeobachtung von Systemen und die Kennzeichnung der rechtseigenen Rationalität als multilateralen Konstitutionalismus – gezogen werden können, sei zunächst die Relevanz des Rechts für die Beobachtungskapazität von Systemen am Beispiel der Wirtschaft näher erläutert.

### III. Wettbewerb als rechtsverfasste Institution der Wissensteilung der Wirtschaft

#### 1. Die Beobachtung der Wirtschaft durch Märkte

Dass der Wettbewerb eine Vielzahl von individuellen Entscheidungen zu einem gesellschaftlichen Gesamtergebnis zu koordinieren vermag, ist eine Einsicht, die bereits der Klas-

36 Eine Allzuständigkeit von Politik möchte man angesichts der historischen Erfahrung des Totalitarismus kaum empfehlen.

37 Grundlegend Luhmann, Soziale Systeme, 1984, S. 638 ff.

38 Zur Rolle von „Sozialmodellen“ als solche Form rechtseigener Reflexion vgl. Wielsch, Freiheit und Funktion, 2001, S. 166 ff.

39 Vgl. Mestmäcker, in: ders., Die sichtbare Hand des Rechts, 1978, S. 85 (88).

sischen Nationalökonomie bekannt war. Erst von Hayek hob jedoch die Dimension des Wissens in diesem Prozess hervor. Seine Arbeiten führen eine Art epistemische Wende im ökonomischen Denken herbei und stehen für die Einsicht, dass die Bedingungen wirtschaftlich rationalen Handelns nicht vorgegeben sind, sondern in Prozessen kollektiver Wissenserzeugung erst hergestellt werden.<sup>40</sup> In seiner Kritik an der Gleichgewichtstheorie wendet er sich dagegen, wirtschaftliches Handeln als Optimierungsanstrengung unter bekannten Daten zu analysieren – eine Annahme, die eigentlich nur in einer hypothetischen, vor-sozialen Situation des Wirtschaftens zulässig ist. Sobald eine Mehrzahl von Akteuren versucht, ihre gesonderten Pläne durchzuführen, haben die einzelnen Entscheidungen der Mittelverwendung Einfluss aufeinander und es entsteht für jeden die Notwendigkeit, sich ständig Änderungen der Umstände anzupassen.

Die Lösung liefert die Kommunikation von im Wettbewerb gebildeten Preisen. Diese drücken in einem numerischen Index die Bedeutung eines bestimmten Gutes im Hinblick auf den gesamten Komplex von Mittel-Zweck-Verhältnissen in der Gesellschaft aus. Durch den Preis erlangt der einzelne Akteur Kenntnis von der relativen Wichtigkeit der verschiedenen Ressourcen, die er selbst zu erzeugen oder zu verwenden beabsichtigt, wird ihm also mitgeteilt, welche (Such-)Aktivität sich lohnt; durch Signalisierung der eigenen Zahlungsbereitschaft geht dann aber auch das implizite Wissen des Akteurs – wiederum in der stark abgekürzten Form des Geldcodes – in die Preisbildung ein. Preise stellen damit eine Form von explizitem transsubjektivem Wissen dar, das durch negative Rückkoppelung der individuellen Pläne erzeugt wird. Erst auf diese Weise wird erklärbar, „wie man den besten Gebrauch aller Mittel sichern kann, die irgend einem Mitglied der Gesellschaft bekannt sind und zwar für Zwecke, deren relative Wichtigkeit nur diese Individuen kennen.“<sup>41</sup>

Damit Preise diese Informationsfunktion übernehmen können, muss jeder Akteur in seiner Umwelt die Zahlungsbereitschaft aller anderen beobachten können. Eine solche Beobachtung der gesamten Kommunikationen zu einem spezifischen Thema und damit der Operationen eines sozialen Systems wird durch Märkte ermöglicht. Vor dem Hintergrund, dass inzwischen auch im Kartellrecht Märkte als soziale Konstruktionen erkannt werden,<sup>42</sup> kann die soziologische Systemtheorie weitere Präzisierungen liefern. Nach ihrem Verständnis ist der Markt selbst gerade kein System, das aus eigenen Operationen und Beobachtungen besteht, sondern der Begriff für eine Umwelt: Aus Sicht der partizipierenden Systeme ist die Wirtschaft ein bestimmter Ausschnitt der Umwelt, die sie beobachten. Märkte entstehen, wenn die Teilsysteme beobachten, wie andere diese Umwelt beobachten. Diese ist zwar für jedes eine andere, zugleich aber für alle dieselbe.<sup>43</sup> Märkte sind also nichts anderes als Repräsentationen des Wirtschaftssystems insgesamt im Horizont der

Teilsysteme.<sup>44</sup> Durch den Markt macht sich das System der Wirtschaft als solches beobachtbar,<sup>45</sup> und zwar in der Weise, dass eine dezentrale Fremdbeobachtung des Gesamtsystems möglich wird. Man kann sagen, dass das Wirtschaftssystem als Markt seine Umweltbeobachtung und damit Irritierbarkeit auf eine hochwirksame, sensible und anpassungsfähige Weise inszeniert.<sup>46</sup> Ganz ähnlich wie etwa das Kunstwerk die Beobachtung seiner selbst anleitet und es zu einer Bindung des Bewusstseins an das Kunstwerk kommt.<sup>47</sup> Soziale Systeme verfügen über unterschiedliche symbiotische Mechanismen, die ihre Kopplung mit psychischen Systemen in einer Weise sicherstellen, dass ihre Operationen umfassend fremdreferentiell informiert sind.

## 2. Rechtliche Konstitution der Umweltbeobachtung des Wirtschaftssystems

### a) Mobilisierung von Beobachtungskapazität durch subjektive Rechte

Die Inszenierung der Umweltbeobachtung der Wirtschaft ist nicht voraussetzungslos. Sie ist nur möglich durch die exklusive Zuweisung von Entscheidungsrechten an Gütern (Eigentum) und die selbstbestimmte Freiheit zu deren Transaktion (Vertrag), durch die es im Ergebnis zu einer freien Änderbarkeit der Beobachterposition kommt: zu ihrer Neu-Zuweisung aufgrund der anderen Umweltwahrnehmung durch den Käufer. Die Anzahl der Alternativen zur Verwendung des Gutes wird erweitert, eine neue Verwendung für das Gut wird gefunden. Historisch gelang das indessen nicht schon mit der Entwicklung der rechtlichen Institute von Eigentum und Vertrag als solche, sondern erst seitdem diese als subjektive Rechte konzipiert werden.<sup>48</sup> Denn erst jetzt kann die Beobachtungskapazität von Bewusstsein in ihrer Komplexität für das Wirtschaftssystem erschlossen werden, während sie zuvor abhängig und vielfach überlagert war durch die soziale Positionierung der Person.

Durch das subjektive Recht vermag das Recht fremde Beobachtungskapazität für ein Sozialsystem (hier: Wirtschaft) zu gewinnen, während eine solche zuvor in bilateralen Tauschbeziehungen gesellschaftlich ungenutzt geblieben und gleichsam sofort wieder sozial „vergessen“ worden war. Umgekehrt liefert die rechtssystemische Innovation des subjektiven Rechts aber auch dem psychischen System mehr Möglichkeiten zur Entwicklung des Selbst. Das haben schon die großen Eigentumstheorien des bürgerlichen Zeitalters auf ihre Weise thematisiert. Man denke etwa an Hegels Überlegungen zur Bedeutung des Privateigentums für die Entwicklung des Person-Seins: Als Teil des abstrakten Rechts ermögliche es dem einzelnen Bewusstsein, sich als entindivi-

<sup>40</sup> Grundlegend Hayek, in: *ders.*, Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, 103 ff. und 122 ff.

<sup>41</sup> Hayek, in: *ders.* (Fn. 40), S. 103 (104). Für Hayek leistet in einem dezentralisierten System, in dem die Kenntnis der relevanten Fakten unter viele Menschen verteilt ist, damit das, was die subjektiven Werte im Rahmen eines Einzelplanes leisten: so wie durch das individuelle Präferenzsystem die verschiedenen Teile des Einzelplanes koordiniert werden, so koordinieren die Preise die gesonderten Tätigkeiten der verschiedenen Menschen. (ebd., S. 113).

<sup>42</sup> So bei Engel, in: Festschrift Immenga, 2004, S. 127 ff.

<sup>43</sup> Gleich, weil auf einem Markt von allen Teilnehmern ein Preis identifiziert werden kann; verschieden, weil unter den Teilnehmern Bedürfnisse und Geld ungleich verteilt sind, so dass ein und derselbe Preis für die einzelnen Akteure Verschiedenes bedeutet.

<sup>44</sup> Vgl. Baecker, Information und Risiko in der Marktwirtschaft, 1988, S. 205.

<sup>45</sup> Vgl. Luhmann, Wirtschaft der Gesellschaft, 1988, S. 94 ff.

<sup>46</sup> Das System steuert also, wie andere es beobachten, und es verändert sich in Reaktion auf diese Beobachtungen: zwar nicht direkt, aber dadurch, dass die Teilnehmer Schlüsse aus ihren Beobachtungen ziehen und es zu Zahlungen – also zu Ereignissen im System – kommt.

<sup>47</sup> Vgl. Paß, Bewußtsein und Ästhetik, 2006, S. 346 f.

<sup>48</sup> Als Objekte von Eigentumsrechten werden die Güter jetzt „frei“ zur Verfügung gemäß der Funktionsweise sozialer Systeme. Während etwa bei den Römern die Zuordnung der Güter und die Kompetenz zu deren Einsatz durch Status (insbesondere des pater familias) bestimmt wird und rechtliche Freiheit den vielfältigen Bindungen der pietas, humanitas und fides unterliegt (vgl. Schulz, Prinzipien des römischen Rechts, 1934, S. 15 und 107), ist es nach der Einrichtung subjektiver Rechte eigentlich das Wirtschaftssystem selbst, das disponiert – zumindest wenn man einen rational handelnden, den Preisinformationen folgenden homo oeconomicus annimmt.

dualisiertes Subjekt vorzustellen, das die Abstraktion von jeder Besonderheit des eigenen Ichs zu vollziehen imstande sei und sich dadurch seiner Existenz als Allgemeines in seiner „reinen Unbestimmtheit“ und damit seiner Freiheit reflexiv vergewissere.<sup>49</sup> Um diese wechselseitige Bedeutung von psychischen und sozialen Systemen zu bezeichnen, kann man von „konditionierter Koproduktion“ sprechen.<sup>50</sup>

Auf den ersten Blick wirkt diese in den Naturrechtslehren der Neuzeit anlaufende und im Vernunftrecht der Aufklärung sich vollendende Entwicklung überraschend: Eigentum und Vertrag werden im Recht für die aus der fremden Komplexität des Bewusstseins entspringenden Kontingenzen geöffnet; die in der spätscholastischen Tradition des *ius* als *potentia* oder *facultas* nur vorausgesetzte Freiheit der Verhaltensbestimmung wird zum Zweck des Rechts selbst gesteigert und Freiheit als ein Recht verstanden.<sup>51</sup> Im nächsten Moment „springt“ jedoch gleichsam sofort die Rationalität des Wirtschaftssystems ein und besetzt jene Stelle. Das liegt darin begründet, dass der vom Bewusstsein verarbeitete Sinn über das Medium der Sprache von sozialen Systemen koproduziert wird. Das „*stat pro ratione voluntas*“ markiert dann nur die logische Sekunde eines solipsistischen Traumes, aus dem das bürgerliche Individuum sofort wieder herausgerissen wird durch die Kräfte eben jener Differenzierung, die es selbst erst hervorgebracht haben. Im wirtschaftlichen Ergebnis jedenfalls führt der Umstand, dass wirtschaftliche Kooperation der Einzelnen nach einer *transindividuellen* Logik erfolgt, zu einer erheblichen Generierung von gesellschaftlichem Mehrwert.

#### b) Schutz des Wettbewerbs als Institution der Wissensteilung

Doch mit der Freigabe von Eigentum und Vertrag durch das subjektive Recht ist die konstituierende Rolle des Rechts für die Umweltbeobachtung der Wirtschaft nicht erschöpft. Hinzu kommt – historisch wie auch systematisch – der rechtliche Schutz des aus der Inanspruchnahme von Privatautonomie entstehenden Prozesses selbst: des Wettbewerbs. Er tritt normativ gleichrangig neben die Freiheitsrechte, die ihn ermöglichen und aus denen er entsteht.<sup>52</sup> Erst ein durch Wettbewerb bestimmter Markt ist es, der eine dezentrale Umweltbeobachtung der Teilnehmer und damit eine umfassende Wissensgenerierung im Wirtschaftssystem gewährleistet. Sein Hauptkennzeichen ist die *Unabhängigkeit* der Beobachtungs- und Suchprozesse seitens der Marktteilnehmer. Es muss Ungewissheit über die Reaktionen der Mitspieler herrschen.

Dies wird normativ insbesondere durch das Selbständigkeitspostulat sichergestellt, das vom *EuGH* als Grundgedanke der europäischen Wettbewerbsvorschriften bezeichnet wird.<sup>53</sup> Nur sofern die Unabhängigkeit der Beobachtungen am Markt erhalten bleibt, kann die Kapazität des Wirtschaftssystems zur Umweltbeobachtung maximiert und des-

wegen (und nur deswegen) zugleich die Funktionserfüllung der Wirtschaft für die Gesellschaft gesteigert werden.

Dass es folglich im Wettbewerbsrecht um den Schutz der *Voraussetzungen* von wettbewerblichen Märkten als Institutionen der Wissensteilung geht, wird von der ökonomischen Analyse des Rechts vernachlässigt. Ihr Kategorienfehler ist es, mit der Effizienz ein rein innersystemisches Kriterium der Wirtschaft zu erborgen und in den Mittelpunkt der rechtlichen Analyse zu stellen, anstatt die Bedingungen zu gewährleisten, unter denen das System fremdreferentiell gesättigtes Wissen aufbauen und so erst den Akteuren einen effizienten Einsatz ihrer Ressourcen ermöglichen kann. Sie macht gleichsam den zweiten Schritt vor dem ersten und verkennt, dass es beim Schutz des Wettbewerbs nicht unmittelbar um Effizienz und damit um die direkte Gewährleistung systemischer Zustände geht, sondern eigentlich um die Gewährleistung von Umwelt-Bedingungen. Gesichert werden muss der Prozess, durch den jenes transindividuelle Wissen erst erzeugt wird, das in die „*rational choice*“ eingehen kann. Erkennt hat diesen Zusammenhang demgegenüber *von Hayek*, für den die individuelle Wahl als Entscheidung zwischen Alternativen kontingent und abhängig ist von der durch die kollektive Ordnung des Wettbewerbs generierten Information.<sup>54</sup> Damit ergibt sich bei der Frage der Gestaltung von sozialen Institutionen eine wichtige Verschiebung: Statt einer unmittelbaren Ausrichtung am Effizienzkriterium ist die Vorteilhaftigkeit einer Institution vielmehr an ihrer Kapazität zur Koordination von verteiltem und der Erzeugung von neuem Wissen zu beurteilen.<sup>55</sup> Nur wenn die Institution über eine solche Kapazität verfügt, wird sie auch geeignet sein, einen effizienten Einsatz der verfügbaren Mittel herbeizuführen.

Nach diesem Verständnis muss es dem Wettbewerbsrecht deswegen um die Sicherung des Wettbewerbs als Institution der Erzeugung transindividueller Wissens anhand alternativer Beobachtungen gehen, oder kurz gesagt: um *Beobachtungsreichtum*. Folgt man dem, so ergeben sich Unterschiede zu den Ergebnissen der Effizienzanalyse etwa bei der Prüfung, ob eine Beherrschung von Sekundärmärkten mit Hilfe von Schutzrechten gegen das Missbrauchsverbot verstößt.<sup>56</sup>

### IV. Die epistemische Analyse des Rechts: Rechtlicher Schutz von systemspezifischer Umweltbeobachtung

#### 1. Die epistemische Analyse und das Proprium des Rechts

Der Ansatz, der die für das Wettbewerbsrecht skizzierte Fragestellung generalisiert und allgemein das Recht auf seine Funktion der Gewinnung von verteilter Beobachtungskapazität für die Erzeugung von Systemwissen untersucht, soll hier als „epistemische Analyse des Rechts“ gekennzeichnet werden. Diese formuliert das Problem der Wissensteilung in der Gesellschaft als Frage der Ausgestaltung des Rechts. Ausgehend von der Einsicht, dass Kommunikation und Bewusstsein als füreinander notwendige Umwelten zu begreifen sind, rekonstruiert die epistemische Analyse das Recht zweigliedrig auf der Basis der *Relation* von Kommunikation

49 Vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, stw Werke 7, Neuauflage, 2008, § 5 und § 35.

50 So *Fuchs*, *Der Eigen-Sinn des Bewusstseins*, 2003, S. 61 f.

51 Vgl. die Rekonstruktionen bei *Coing*, in: *Coing/Lawson/Gronfors* (Hrsg.), *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*, 1959, S. 7 (17 f.) und ausführlich bei *Fezer*, *Teilhabe und Verantwortung*, 1986, S. 176 ff. und 249 ff.

52 Vgl. *Mestmäcker*, in: *ders.*, 2003 (Fn. 26), S. 725 (731).

53 Vgl. *EuGH*, Rs. 40/73 u. a., Slg. 1975, 1663, Tz. 173 f. – Suiker Unie; *EuGH*, Rs. C-7/95, Slg. 1998 I-3111, Tz. 86 – John Deere. Dazu *Fuchs* Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (ZWeR) 2007, 369 (371 ff.), der auf die unverminderte Bedeutung dieses Grundsatzes auch bei Übergang zu einem „more economic approach“ hinweist.

54 Zutreffend analysiert bei *Mestmäcker*, 2007 (Fn. 26), S. 34.

55 *Hayek* selbst bleibt bei der Bestimmung des Verhältnisses der Knappheitsfundierung der Ökonomik zu ihrer Wissensfundierung freilich ambivalent, vgl. *Sturn/Held*, in: *Held/Kubon-Gilke/Sturn*, *Ökonomik des Wissens*, 2004, S. 7 (22).

56 Ausführlich vgl. *Wielsch* (Fn. 30), S. 172 ff.

und Bewusstsein. Ihre Leitfrage lautet: „Wie ist das Recht einzurichten, damit komplexe – psychische wie soziale – Umwelten in ihrer Beobachtungskapazität für den Aufbau von Wissen eines sozialen Systems mobilisiert und in ihrer Integrität erhalten werden können?“

Die epistemische Analyse verändert – insbesondere im Verhältnis zur ökonomischen Analyse – die Fragerichtung und denkt nicht vom System, sondern von der Umwelt des Systems aus. Denn die Entwicklung und Innovationsfähigkeit von Systemen lässt sich nur verstehen, wenn diese als Systeme *innerhalb der Umwelt* betrachtet werden, die ihrerseits aus Zentren fremdsystemisch strukturierter Komplexität besteht. Mit dieser auf die *Umweltbedingungen* für den Aufbau von Systemwissen bezogenen, „ökologischen“ Betrachtungsweise geht es der epistemischen Analyse primär um die Erhaltung der Adaptions- und damit Evolutionsfähigkeit von Systemen. Aufgabe des Rechts ist danach nicht die Maximierung der Ergebnisse (Zustände) von systemischen Prozessen, sondern die Maximierung der Anzahl alternativer Beobachtungen (Beobachtungsdiversität) als Voraussetzung der Steigerung von Variationsfähigkeit. Ähnliche Überlegungen finden sich nicht zufällig jenseits der Wohlfahrtstheorie in der evolutorischen Ökonomik, die mit Hilfe des Konzepts der „adaptive efficiency“ die Faktoren der wirtschaftlichen Entwicklung in der Zeit untersucht und ihr Augenmerk insbesondere auf die Rolle von Institutionen für die Ermöglichung gesellschaftlicher Experimentier- bzw. Lernprozesse und für die Bereitschaft zur Übernahme von Risiken richtet.<sup>57</sup> Der Maßstab der adaptiven Effizienz ist dabei nicht auf die Maximierung von gegenwärtiger Wohlfahrt ausgerichtet, sondern auf die Maximierung zukünftiger Wahlmöglichkeiten.<sup>58</sup>

Mit der ökologischen Betrachtungsweise wird zugleich das einseitige Abstellen der ökonomischen Analyse des Rechts auf Kriterien des Wirtschaftssystems vermieden, das aus Sicht anderer autonomer gesellschaftlicher Funktionsbereiche als Parteilichkeit des Rechts erscheinen muss.<sup>59</sup> Für eine solche Erweiterung der Perspektive braucht der Gedanke einer spezifisch juristischen Rationalität keineswegs – nunmehr zugunsten einer Vielzahl rechtsfremder Rationalitäten – verabschiedet zu werden. Vielmehr besteht das Proprium des Rechts gerade darin, dass es Handlungsmöglichkeiten gesellschaftsweit verbindlich bestimmt. Aufgrund dieser bereits angesprochenen Mehrsystemrelevanz seiner Institute verfügt es mit über die Möglichkeiten der Umweltbeobachtung von Bewusstsein und Kommunikation in den verschiedenen Bereichen gesellschaftlicher Wissensteilung. Unter den gesellschaftlichen Funktionssystemen ist das Recht spezialisiert auf die intersystemischen Beziehungen, es steht bildlich gleichsam „inmitten“ der Systeme und ihrer Umwelten, im „Zwischenraum“. In der Selbstreflexion des Rechtssystems anhand des Gerechtigkeitsbegriffs, bei der die Operationen an einem eigenen Rationalitätsmaßstab kontrolliert werden, kann dieser multiplen Konnektivität des Rechts angemessen durch die Orientierung an einer ökologischen Rationalität Rechnung getragen werden.

<sup>57</sup> Vgl. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, 1990, S. 80 ff.

<sup>58</sup> Vgl. Driesen, *The Economic Dynamics of Environmental Law*, 2003, S. 7, der die Theorie des institutionellen Wandels für das Umweltrecht rezipiert.

<sup>59</sup> Zu einem „Privatrecht als Gesellschafts-Recht“, das Parteilichkeiten dieser Art überwindet, vgl. Wiethölter, in: Joerges/Teubner, *Rechtsverfassungsrecht*, 2003, S. 13 (15). In ihm artikuliert sich „ein gesellschaftliches Interesse des Rechts an sich selbst, das sich nicht (mehr) ausschließlich von ‚Märkten‘ und ‚Politiken‘ her begreifen lässt“.

Als Konsequenz einer solchen Orientierung kann ein Konflikt im Recht nicht mehr nur als Kollision individueller Rechte rekonstruiert werden, die es zu kompatibilisieren gälte. Unberücksichtigt bliebe so, dass die Parteien mit der Geltendmachung ihrer Ansprüche Handlungsmöglichkeiten durchzusetzen versuchen, die durch die jeweiligen Verhaltensanforderungen eines sozialen Systems festgelegt werden. Hinter den Rechtskonflikten stehen insofern divergierende soziale Handlungslogiken, deren Einwirkung auf die Umweltbedingungen des jeweils anderen Systems vom Recht entschieden werden muss.<sup>60</sup>

## 2. Anwendungsbeispiele

Unter der vorgeschlagenen ökologischen Betrachtungsweise der epistemischen Analyse des Rechts erscheinen manche Probleme in einem neuen Licht. Zunächst ist auf die eingangs geschilderte Bedeutung der Reichweite von Schutzrechten für den wissenschaftlichen und künstlerischen Diskurs zurückzukommen.

### a) Schutzrechtsdiskussion

Angesichts der seit einiger Zeit in den Industriestaaten feststellbaren Proliferation von Schutzrechten, in deren Zuge neuartige Ausschließlichkeitsrechte geschaffen und bestehende ihrem Umfang nach ausgedehnt werden, haben weit-sichtige Vertreter unter den amerikanischen Immaterialgüterrechtlern die Forderung nach einer „Politischen Ökonomie“ für Informationsgüter erhoben.<sup>61</sup> Dazu bedürfte es vor allem hinreichender gemeinfreier Nutzungsmöglichkeiten, einer „robust public domain“. Nach der hier vertretenen Auffassung manifestiert sich in solchen Forderungen das Bedürfnis nach einem Rechtsdenken, das die ökologische *Einheit* der Differenz von System und Umwelt reflektiert. Es erkennt, dass wirtschaftlicher Wettbewerb um Immaterialgüter nicht autark ist: Damit der Wettbewerb als Verfahren zur dezentralen Innovation expliziten Wissens eines bestimmten thematischen Diskurses dienen kann, müssen die Beobachter auch unabhängige Handlungsmöglichkeiten besitzen, was dann der Fall ist, wenn genügend Möglichkeiten zur freien Nutzung von Immaterialgütern in diesem Wissensbereich bestehen. Wettbewerb um Informationsgüter würde gleichsam austrocknen, wenn verteiltes implizites Wissen nicht ausreichend mit explizitem Wissen dezentral rekombiniert werden könnte. Die viel zitierte Entdeckungsfunktion des Wettbewerbs setzt eine intakte Wissensteilung in der sozialen Umwelt des Wirtschaftssystems voraus.

Die Integrität von Praktiken der Wissensteilung in der Gesellschaft sicherzustellen ist Aufgabe von rechtlichen *Zugangsregeln*. Sie schränken mit Rücksicht auf die für den jeweiligen Diskurs grundlegenden Institutionen der Wissensteilung das Verbotrecht von Rechteinhabern ein und schaffen so erlaubnisfreie – wenn auch nicht automatisch entgeltfreie – Nutzungsmöglichkeiten von Immaterialgütern. Zugangsregeln bilden in der Rechtsordnung die Komplementärerscheinung zu Ausschließlichkeitsrechten und verhindern, dass der Gebrauch von subjektiv-individuellen

<sup>60</sup> Beispielfhaft berücksichtigt dies jedoch ein von Teubner *Der Staat* 45 (2006), 161 (169) vorgeschlagenes ökologisches Verständnis von Grundrechten als „gerechten“ *Grenzverhältnissen* zwischen sozialen Teilsystemen und ihren gesellschaftsinternen und gesellschaftsexternen Umwelten.

<sup>61</sup> Grundlegend Boyle *Duke Law Journal* 47 (1997), 87 (108 ff.). Vgl. auch Benkler *Communications of the ACM* 44 (2001), 84 (89 f.); Samuelson *Communications of the ACM* 44 (2001), 98 (99).

Rechten an Immaterialgütern die Grundlagen für die Produktion solcher Güter unterläuft.<sup>62</sup>

Der Begriff ist in mehrfacher Hinsicht abstrakter gefasst als der urheberrechtlicher Schranken:<sup>63</sup> Das sachliche Problem, angesichts von Ausschließlichkeitsrechten eine ausreichende Handlungsfähigkeit Dritter zu gewährleisten, stellt sich auch bei anderen Schutzrechten; die Begrenzung exklusiver Verfügungsmacht braucht sich nicht bereits aus dem Immaterialgüterrecht selbst (intern) zu ergeben, sondern kann auch (extern) auf Regelungen aus anderen Teilen der Rechtsordnung beruhen (etwa dem Kartellrecht) und ergibt sich dann aus den Bedingungen für die Ausübung von subjektiven Rechten; als Rechtsquelle für eine Begrenzung kommt nicht nur Gesetzesrecht in Frage, sondern vor allem auch die Normativität privatrechtlicher Verträge, wie die erwähnten Beispiele für offene Lizenzmodelle zeigen; angesichts der erweiterten Möglichkeiten des technologischen Schutzes von Immaterialgütern (wie etwa beim „Digital Rights Management“) geht es nicht nur um die Begrenzung von normativer, sondern auch von faktischer Verfügungsmacht.

Vor allem aber führt die Begrifflichkeit einen Referenzwechsel herbei. Anstatt wie Schranken auf der Unterscheidung Individual-/Allgemeininteresse aufzubauen, operieren Zugangsregeln mit der Referenz auf soziale Systeme. Sie sind auf den Erhalt der Bedingungen der Wissensteilung genau jenes sozialen Systems zu richten, als dessen Kommunikation sich der immaterialgüterrechtliche Schutzgegenstand (das Werk, die Erfindung) darstellt. Indem Zugangsregeln Ausschließlichkeitsrecht und Nutzungsfreiheit systemspezifisch abstimmen, realisieren sie die *systemische Konnexität* des jeweiligen Schutzrechts. Ihre Rechtfertigung im konkreten Fall hat darauf zu achten, dass einerseits implizites Wissen des Einzelnen für die produktive Rekombination mit explizitem Systemwissen gewonnen werden kann (oft verkürzt auf die „Anreizwirkung“ von Schutzrechten), gleichzeitig aber auch solche positiven Nutzungsexternalitäten ermöglicht werden, die für eine dezentrale Weiterentwicklung des Systemwissens notwendig sind.

Dem Recht stellt sich danach eine konstitutionalistische Aufgabe. Dies wird von dem Begriff der „dynamischen Effizienz“, auf deren Herstellung das Immaterialgüterrecht seiner ökonomischen Analyse ausgerichtet werden soll, nicht zureichend zum Ausdruck gebracht. Es geht um die Gewährleistung der *Voraussetzungen* für Innovation und Effizienz. Insofern sind die Betrachtungen zur Ökologie von systemischem Wissen mit dem Ziel der Erhaltung seiner Evolutionsfähigkeit, wie sie eine epistemische Analyse des Rechts vornimmt, zugleich der Versuch, eine angemessenere Semantik der Problembeschreibung für die Rechtswissenschaft bereit zu stellen.

## b) Netzwerk

Das Phänomen des Netzwerks wird in verschiedenen Disziplinen diskutiert. Netzwerke begegnen uns als „Unternehmensnetzwerke“ in der Wirtschaft, im staatlichen Bereich als „Verwaltungsnetzwerke“ auf nationaler wie internationa-

ler Ebene, aber auch im Recht als „Vertragsnetze“.<sup>64</sup> Auch die Universität als Einrichtung des Wissenschaftssystems könnte in Zukunft von einer Institutionalisierung als Netzwerk erfasst werden, wenn die Voraussage stimmt, dass sie sich zur „kleinen Universität“ entwickelt, deren Einheiten mit vergleichbaren Einheiten andernorts durch lose Kopplungen vernetzt sind.<sup>65</sup> Allgemeine Aussagen über die Eigenart der Kooperation in Netzwerken dürften daher auch für das Recht hilfreich sein, wenn es sich künftig vermehrt mit der rechtlichen Verfassung der Netzwerke selbst, aber auch ihren Wirkungen auf Dritte zu befassen haben wird.

Mit Hilfe der vorgeschlagenen epistemischen Analyse kann das Netzwerk als eine neuartige Institution der Wissensteilung begriffen werden, die neben Unternehmen, Markt und andere Institutionen tritt. Wie diese stellt das Netzwerk eine bestimmte Form der sozialen Beobachtungsinszenierung dar, die es externen Beobachtern ermöglicht, ein soziales System als solches zu beobachten. Über diesen Umweg der Anleitung seiner Fremdbeobachtung durch psychische Systeme vermag das jeweilige Sozialsystem in spezifischer Weise selbst Umwelt zu beobachten und darüber Systemwissen aufzubauen. Im Vergleich zu Markt und Organisation besitzen Netzwerke spezifische Vorteile bei der Mobilisierung von Beobachtungskapazität in der Systemumwelt des Systems und befördern die innovative Weiterentwicklung des expliziten Wissens im betreffenden Systemzusammenhang.

Das lässt sich am Beispiel der netzwerkförmigen Entwicklung von Computerprogrammen in Open Source Software-Projekten verdeutlichen, deren Produkte aufgrund ihrer Qualität vielfach proprietäre Software verdrängen. Insgesamt vereinigen die auf Grundlage allein der GNU („GNU is not Unix“) General Public License (GPL) durchgeführten Projekte die Arbeitskraft von mehr als fünf Millionen Programmierstunden pro Woche, so dass die GPL-Entwicklergemeinschaft – wäre sie ein Unternehmen – selbst Microsoft um einiges an Größe übertreffen würde.<sup>66</sup>

Die Projekt-Netzwerke kombinieren dabei die unabhängig-dezentrale Entscheidungslogik des Marktes mit der Erzeugung von Synergieeffekten (ökonomisch gesprochen „Kooperationsrenten“) aus der Pooling von Wissen, wie sie sonst nur innerhalb des Unternehmens entstehen und genutzt werden können.<sup>67</sup> Der epistemischen Funktion von Märkten im Wirtschaftssystem vergleichbar, findet durch die einzelnen Entwickler eine unabhängige Umweltbeobachtung statt. In parallelen Bemühungen werden die einzelnen Programm-Komponenten dezentral weiterentwickelt. Ähnlich wie in Unternehmen können die Beteiligten dabei jedoch auf gezielt konstruierte Gemeinschaftsgüter zurückgreifen, so dass die Anschlussfähigkeit des expliziten Wissens erhöht wird.

Das gelingt, weil die Kooperation in Netzwerken der Open Source Software-Produktion von einer bestimmten

<sup>62</sup> In einem klugen Satz aus der Regierungsbegründung des Urhebergesetzes von 1965 heißt es über die Notwendigkeit von Schrankenbestimmungen, dass „der Urheber insbesondere dort im Interesse der Allgemeinheit freien Zugang zu seinen Werken gewähren muss, wo dies unmittelbar zur Förderung der geistigen und kulturellen Werte dient, die ihrerseits Grundlage für sein Werkschaffen sind“. Vgl. BT-Drucks. IV/270, Vor § 45 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>63</sup> Ausführlich zum Folgenden Wielsch (Fn. 30), S. 63 ff.

<sup>64</sup> Für Wirtschaftsunternehmen: Powell Research in Organizational Behavior 12 (1990), 295; Littmann/Jansen, Oszillodox: Virtualisierung – die permanente Neuerfindung der Organisation, 1998; Für das Vertragsrecht: Rohe, Netzverträge: Probleme komplexer Vertragsverbindungen, 2000. Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund, 2004. Für die Verwaltung: Ladeur Die Verwaltung Beiheft 4 (2001), 59 ff.; C. Möllers, in: Oebbecke (Hrsg.), Nicht-normative Steuerung in dezentralen Systemen, 2005, S. 285 ff. Für die internationale Kooperation von Staaten: Slaughter, A New World Order, 2005.

<sup>65</sup> So die Einschätzung von Baecker Lettre International 77 (2007), 82 ff.

<sup>66</sup> Vgl. Moglen Synergy 5 (2006), 10. Dabei macht der Anteil der Projekte unter der GPL etwa 70 % der insgesamt existierenden OSS-Projekte aus.

<sup>67</sup> Näher zum Folgenden Wielsch (Fn. 30), S. 205 ff.



Form der Reziprozität getragen wird, die sich als „abstrakte Reziprozität“ kennzeichnen lässt und die primär auf die dauernde Offenhaltung des Zugangs zum Quellcode und der darin enthaltenen programmiertechnischen Wissensbestände gerichtet ist.<sup>68</sup> Um diese abstrakte Reziprozität rechtlich abzusichern, machen die beteiligten Entwickler und Nutzer von ihrer Privatautonomie Gebrauch und schaffen „netzwerkspezifische Zugangsregeln“: Gestützt auf die Praxis der öffentlichen Lizenzierung von Nutzungsrechten (insbesondere durch die GPL) werden die urheberrechtlichen Nutzungsbefugnisse zugunsten eines unbestimmten Kreises von Entwicklern dezentralisiert und so dafür gesorgt, dass die einzelnen geschützten Programm-Beiträge von allen Beteiligten frei nutzbar und weiterentwickelbar sind. Kernstück des normativen Modells der GPL ist freilich die „Copyleft“-Klausel, die einen Bearbeiter verpflichtet, den eigenen Beitrag seinerseits diskriminierungsfrei an jedermann zu den Bedingungen der GPL zu lizenzieren.<sup>69</sup> Durch diesen „viralen Effekt“ wird die einseitige Appropriierung von Kooperationsvorteilen verhindert und die dezentrale Anschlussfähigkeit kollektiv erzeugten expliziten Wissens dauerhaft gewährleistet – es kommt zur privaten Erzeugung von Gemeinschaftsgütern.

Im Vergleich zu Markt und Unternehmen wird das Netzwerk also konstituiert durch eine Neubestimmung des Verhältnisses von Beobachtungskapazität und Selektionsautorität. Dadurch kann die auf die Teilnehmer verteilte Kapazität zur Umweltbeobachtung für die *dezentrale* Weiterentwicklung auch von komplexem technologischem Wissen erschlossen werden.

### c) Informationsdeliktshaftung auf Kapitalmärkten

#### aa) Fehlinformation als Eingriff in soziale Wissensteilung

Weil in Institutionen die Beobachtungskapazität von psychischen Systemen und die Zuschreibung von Entscheidungsrechten (Selektionsautorität) auf je spezifische Weise miteinander ins Verhältnis gesetzt sind, entscheiden sie über die Einheiten sozialer Beobachtung – indem sie geteilte Beobachtungshorizonte konstituieren (Märkte) oder sogar eigenständige Beobachter (Unternehmen). Angesichts dieser Bedeutung von sozialen Institutionen für die Wissensteilung in der Gesellschaft ergibt sich für die epistemische Analyse die wichtige Konsequenz, das Recht so auszulegen, dass die Integrität der Institutionen in ihrer wissensteilenden Funktion gewährleistet ist. Die Aufgabe der Rechtsverfassung der Wissensteilung in sozialen Systemen kann damit in vielen Fällen umgelenkt werden auf die dem Recht geläufigere Aufgabe des Institutionenschutzes. Das soll am Beispiel der Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation kurz verdeutlicht werden.

Wenn es richtig ist, dass der Einzelne nur deswegen effizient handeln kann, weil er über kollektiv generiertes Wissen verfügt, dann führt die Kommunikation von Fehlinformationen im transindividuellen Preisbildungsprozess zu fehlerleiteten Beobachtungen und damit zu einer kaskadenartigen Effizienzeinbuße. Zur Liquidation von Schäden, die bei Investoren durch fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilungen von börsennotierten Unternehmen entstehen, hat die Rechtsprechung eine kapitalmarktrechtliche Informationsdeliktshaftung auf

der Grundlage von § 826 BGB entwickelt – was dem Umstand geschuldet ist, dass den kapitalmarktrechtlichen Normen der §§ 15 WpHG a. F. und 88 BörsG a. F. drittschützenscharakter und damit die Schutzgesetzqualität im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB abgesprochen wird (vgl. § 15 Abs. 6 WpHG).<sup>70</sup> Dagegen schützt die auf § 826 BGB basierende Informationsdeliktshaftung sowohl im Bereich des Primärals auch des Sekundärmarktes „die Integrität der Willensentschließung des potenziellen Anlegers vor einer unlauteren irreführenden Beeinträchtigung durch falsche Prospekt- oder Ad-hoc-Publizität“.<sup>71</sup> Außer Betracht bleibt so jedoch, dass die Investitionsentscheidung sozial vermittelt ist. Unglücklich wird als Problem des Schutzes individueller Willensbildung formuliert, was eigentlich Eingriff in die Integrität transindividueller Wissensgenerierung ist.

#### bb) Zurechnung: Preiskausalität statt Transaktionskausalität

Die Ungeeignetheit des Rückgriffs auf Kategorien des Individualschutzes wird vor allem bei der Frage der Zurechnung deutlich. Denn in der Folge ist von den geschädigten Anlegern der – nur ganz ausnahmsweise erfolgreich zu führende – Nachweis eines unmittelbaren Kausalzusammenhanges zwischen fehlerhafter Ad hoc-Mitteilung und Anlageentscheidung zu verlangen, woran der *BGH* selbst in Fällen extrem unseriösen Verhaltens der Unternehmensverantwortlichen festhält.<sup>72</sup> Auch einen im Rahmen der Prospekthaftung zugelassenen Anscheinsbeweis bei Vorliegen einer positiven „Anlagestimmung“ hält das Gericht für nicht übertragbar, weil Ad hoc-Mitteilungen im Gegensatz zu den auf umfassende Information gerichteten Emissionsprospekten nur punktuell informieren und zeitlich eng befristet wirken würden – eine Differenzierung, die sich unter der funktionalen Betrachtungsweise im Kapitalmarktrecht allein deswegen nicht rechtfertigen lässt, weil eine publizitätspflichtige Insiderinformation bereits ex lege nach §§ 13 Abs. 1, 15 WpHG zur erheblichen Beeinflussung des Marktpreises geeignet sein muss.<sup>73</sup> Der Rechtsprechung liegt offenbar die Vorstellung zugrunde, dass der Anleger selbst die Falschinformation zur Kenntnis nimmt, auswertet und zur Grundlage seiner Investitions- bzw. Deinvestitionsentscheidung macht.<sup>74</sup> Das geschieht in Wirklichkeit jedoch nur selten. Beschaffung und Auswertung von Zwischenberichten und Ad hoc-Mitteilungen erfolgen heute durch Informationsintermediäre (Analysten und Ratingagenturen), während

<sup>70</sup> So die herrschende Meinung in Rechtsprechung (vgl. *BVerfG* ZIP 2002, 1986 [1988]; *BGHZ* 160, 134 [139]) und Literatur (stellvertretend *Spindler* WM 2004, 2089 [2090] m. w. N.). Die Versagung eines Schadensersatzanspruchs auf der Grundlage von § 15 WpHG für gemeinschaftsrechtswidrig hält dagegen *Grundmann*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, Bd. 2, 2001, BankR Rn. 163 und reduziert deswegen § 15 Abs. 6 WpHG teleologisch auf Sanierungsfälle.

<sup>71</sup> Vgl. *BGH* NJW 2008, 76 (79) – ComROAD IV.

<sup>72</sup> St. Rspr. seit *BGHZ* 160, 134 (144 ff.) – Infomatec I; jüngst bestätigt in *BGH* NZG 2008, 382 – ComROAD VI und 385 – ComROAD VII.

<sup>73</sup> Ausführliche Kritik an der Differenzierung bei *Findeisen/Backhaus* WM 2007, 100 (105 f.) m. w. N.

<sup>74</sup> Interessanterweise verlangt der zweite Senat auf dem Gebiet der Prospekthaftung seit kurzem keinen unmittelbaren Wirkungszusammenhang mehr zwischen Fehlinformation und Anlageentscheidung, denn nach *BGH* DSr 2008, 515 (517 f.) ist ein Prospektfehler auch dann ursächlich für die Anlageentscheidung, wenn der Anleger den Inhalt des Prospekts mangels Aushändigung gar nicht zur Kenntnis nehmen konnte. Ausreichend sei, dass der Prospekt dem Vertriebskonzept entsprechend Grundlage des Beratungsgesprächs mit dem Anlagevermittler gewesen sei. Denn dann setze sich der Prospektmangel „in das Beratungsgespräch hinein fort“ und wirke genauso „wie wenn dem Anleger das Prospekt rechtzeitig übergeben worden wäre“.

<sup>68</sup> *Weber*, *The Success of Open Source*, 2004, S. 150 spricht von „diffuse reciprocity“.

<sup>69</sup> Näher zur „Copyleft“-Klausel vgl. *Jaeger/Metzger*, *Open Source Software*, 2006, Rn. 45 ff.

der Anleger typischerweise davon ausgeht, dass der Börsenpreis alle kursrelevanten Informationen widerspiegelt.<sup>75</sup>

Dann aber kann es nicht darum gehen, einen unmittelbaren Kausalzusammenhang zwischen Falschinformation und Anlageentscheidung zu beweisen, sondern nur um die Ursächlichkeit der Informationspflichtverletzung für die Verzerrung des Kurses zum Zeitpunkt der Transaktion („Preiskausalität“).<sup>76</sup> Im Mittelpunkt steht nicht die Enttäuschung von Vertrauen in die Zuverlässigkeit von Unternehmensdaten (auf der Seite des „Verletzten“), sondern die Missachtung von Informationsverkehrspflichten (auf der Seite des „Verletzers“), mit deren Hilfe die Integrität der Preisbildung im Wirtschaftssystem geschützt wird. Dies wird von der im amerikanischen Recht entwickelten „fraud-on-the-market“-Theorie berücksichtigt, nach der die widerlegbare Kausalitätsvermutung besteht, dass sich der Anleger bei seiner Investitionsentscheidung auf die Integrität eines effizienten Anlagemarktes verlassen hat, der dafür sorgt, dass alle verfügbaren Informationen – also auch die fehlerhaften – in kürzester Zeit direkt in den Aktienpreis einfließen („efficient capital market hypothesis“).<sup>77</sup> Angesichts des nunmehr für den Schädiger äußerst schwierig zu führenden Gegenbeweises liegt in dieser Theorie letztlich der Verzicht auf die Transaktionskausalität zwischen Falschinformation und Anlageentscheidung.<sup>78</sup> Gerade deswegen lehnt sie der *BGH* von seinem Standpunkt aus konsequent ab, würde doch mit der Beseitigung des Kausalitätserfordernisses § 826 BGB offen von einer individual- auf eine institutionenschützende Vorschrift umgepol.

### cc) Durchsetzung: Anleger als Agenten des Institutionenschutzes

Sofern die faktische vollzogene Ersetzung der Transaktionsdurch eine Preiskausalität von der „fraud-on-the-market“-Theorie damit umschrieben wird, dass ein effizienter Kapitalmarkt als „Agent“ des Anlegers fungiert,<sup>79</sup> verharrt diese Sichtweise freilich noch in der von ihr selbst eigentlich bereits aufgegebenen individualistischen Modellierung des Marktgeschehens. Als Zurechnungsendpunkt der Täuschung wird man vielmehr das sich über die Fremdbeobachtung der Marktakteure mittelbar selbst beobachtende soziale System der Wirtschaft ansehen müssen. Insofern sind die Anleger

eher umgekehrt als „Agenten“ des Systems zu betrachten, die mit Hilfe des Rechts in die Lage der ursprünglichen Beobachterposition zurückzusetzen sind. Geltend machen können muss diese Art „clearing“ der Beobachterpositionen jeder von der Pflichtverletzung betroffene Anleger, weil seine Mittel – jedenfalls in Höhe des Kursdifferenzschadens – fehlalloziert wurden.<sup>80</sup> Dadurch käme es nicht zufällig zu einer Annäherung an das Kartelldeliktsrecht, das im novellierten § 33 Abs. 1 GWB auf das Schutzgesetzserfordernis verzichtet.<sup>81</sup> Wie im Kartellrecht, das seit langem Erfahrung mit der Verwirklichung von Individualschutz durch Institutionenschutz hat, die eigentliche Frage ist, wen das Kartellrecht um des Wettbewerbs willen in die Pflicht nimmt und wem es um des Wettbewerbs willen Schadensersatzansprüche zuteilt,<sup>82</sup> müsste auch bei der kapitalmarktbezogenen Informationsdeliktshaftung die Verteilung der Rollen als Normadressaten und Normvollstrecker bei der Durchsetzung marktschützender Regelungen im Vordergrund stehen. In einer an der Preiskausalität orientierten Sichtweise des § 826 BGB oder aber – de lege ferenda – nach einer kapitalmarktrechtlichen Spezialnorm<sup>83</sup> würden die Anleger dann gegenüber dem Verletzer einen Eingriff in die Integrität des Marktes als Beobachtungsinstitution geltend machen, die deliktisch geschützt wird: geschützt über eine Art „actio pro institutione“, die sowohl über den Schutz absoluter Rechte in § 823 Abs. 1 *und* über individualschützende Verbote im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB hinausgeht.<sup>84</sup>

Die Entwicklung eines institutionellen Schutzes von sozialen Beobachtungsformen muss gerade einer im individualistischen Paradigma denkenden Privatrechtsdogmatik Schwierigkeiten bereiten. Bekannt ist der Fall des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB geschützt wird, obwohl es einem Herrschaftsrecht wie dem Eigentum an einer Sache nicht vergleichbar ist.<sup>85</sup> Dass das Unternehmen vielmehr eine sozial konstruierte Institution zur Bindung von Beobachtungskapazität der beteiligten Stakeholder darstellt,<sup>86</sup> schließt jedoch deren rechtliche Stabilisierung durch einen „deliktischen Integritätsschutz von Organisationen“<sup>87</sup> nicht aus.

<sup>75</sup> Vgl. *Baums* ZHR 167 (2003), 139 (180ff.).

<sup>76</sup> Zutreffend sprechen *Findeisen/Backhaus* WM 2007, 100 (106) davon, dass die Kausalität in der täuschungsbedingten Verursachung überhöhter Aktienkurse liege. Zur Preiskausalität vgl. *T. Möllers* NZG 2008, 413 (415).

<sup>77</sup> *Grundlegend Basic, Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224, 241–249 (1988). Vgl. Auch *Blackie v. Barrack*, 524 F.2d 891, 907 (9th Cir. 1975): „A purchaser on stock exchanges may be either unaware of a specific false representation, or may not directly rely on it; he may purchase because of a forable price trend, price earning ratio, or some other factor. Nevertheless, he relies generally on the supposition that the market price is validly set and that no unsuspected manipulation has artificially inflated the price, and thus indirectly on the truth of the representations underlying the stock price – whether he is aware of it or not, the price he pays reflects material misrepresentations.“ Zur Rezeption in der deutschen Literatur vgl. *Findeisen/Backhaus* WM 2007, 100 (106).

<sup>78</sup> Vgl. *Fleischer* DB 2004, 2031 (2034) und *Spindler* WM 2004, 2089 (2093).

<sup>79</sup> So in *Basic, Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224, 244 (1988) unter Hinweis auf *In re LTV Securities Litigation*, 88 F.R.D. 134, 143 (ND Tex.1980): „With the presence of a market, the market is interposed between seller and buyer and, ideally, transmits information to the investor in the processed form of a market price. Thus, the market is performing a substantial part of the valuation process performed by the investor in a face-to-face transaction. The market is acting as the unpaid agent of the investor, informing him that given all the information available to it, the value of the stock is worth the market price.“ Dem folgend *Findeisen/Backhaus* WM 2007, 100 (106).

<sup>80</sup> Zur Beschränkung der Rechtsfolge auf den Differenzschaden bei Anwendung der „fraud-on-the-market“-Theorie vgl. *Spindler* AcP 208 (2008), 283 (338). Damit verschieben sich aber die Beweisprobleme für den Anleger in die haftungsausfüllende Kausalität. Gerade bei vorsätzlichen Verstößen gegen elementare Haftungsregeln erscheint es aber gerechtfertigt, das Risiko der Unaufklärbarkeit dem Schädiger zuzuweisen. Unter Präventionsgesichtspunkten, vor allem aber auch zur effektiven Mobilisierung der Anleger zur Durchsetzung der Ersatzansprüche lässt sich daher auch eine Naturalrestitution (Befreiung des Geschädigten von der Kapitalanlage und Erstattung des gezahlten Kaufpreises) gut begründen, selbst wenn dadurch dem Schädiger zusätzlich allgemeine Marktrisiken aufgebürdet werden.

<sup>81</sup> Dadurch wird § 33 GWB von § 823 Abs. 2 BGB abgelöst und auf eine völlig neue und eigenständige Grundlage gestellt, vgl. *W.-H. Roth*, in: *Festschrift Ulrich Huber*, 2006, S. 1133 (1138).

<sup>82</sup> Treffend *K. Schmidt* AcP 206 (2006), 169 (188).

<sup>83</sup> Für die *Findeisen/Backhaus* WM 2007, 100 (107) plädieren, weil sich ein Verzicht auf die Transaktionskausalität schwerlich mit der Dogmatik des deutschen Schadensersatzrechts vereinbaren ließe.

<sup>84</sup> Der Gedanke einer „actio pro institutione“ findet sich bei *Fikentscher*, *Wirtschaftsrecht*, Bd. 2, S. 528f. Folgt man dem, bräuchte der Integritätsschutz von Institutionen nicht allein den Grundrechten in ihrer institutionellen Dimension anvertraut zu werden (dazu *Teubner* *Der Staat* 45 [2006], 161 [178 und 180]), sondern könnte sich auch auf das Deliktsrecht stützen, das freilich gezielt für den Institutionenschutz weiterentwickelt werden müsste.

<sup>85</sup> Zur Diskussion um Art und Umfang des Schutzes vgl. *Larenz/Canaris*, *Lehrbuch des Schuldrechts* II/2, 13. Aufl. 1994, § 81.

<sup>86</sup> Zur Rekonstruktion des Unternehmens als Institution der Wissensteilung vgl. *Wielsch* (Fn. 30), S. 97ff.

<sup>87</sup> So die instruktive Kennzeichnung des Schutzkonzepts des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs bei *K. Schmidt* JuS 1993, 985 (987).

## VI. Ausblick

Eine epistemische Analyse des Rechts setzt an bei dem Umstand, dass Recht über die Möglichkeiten eines sozialen Systems entscheidet, Beobachtungskapazität in seiner Umwelt zu attrahieren.

Als Anstoß für *sozialwissenschaftliche* Forschung legt sie nahe, nach den Beiträgen des Rechts zum Aufbau von Wissen in der Gesellschaft durch soziale Beobachtungsmechanismen zu fragen. Der Gesellschaftstheorie legt sie nahe, die von *Hobbes* bis *Luhmann* formulierte Leitfrage „Wie ist soziale Ordnung möglich?“ auszuwechseln gegen die primäre Frage „Wie wird soziales Wissen generiert?“

Innerhalb der *Rechtstheorie* wendet sich die epistemische Analyse nicht nur gegen eine Wirkungsanalyse des Rechts in Bezug auf ein ausgezeichnetes Referenzsystem, sondern auch dagegen, ausschließlich die Seite des Systems zu betrachten, weil solchermaßen unberücksichtigt bleibt, dass jedes System von seinen systemischen Umwelten abhängig ist. Das Recht läuft dann Gefahr, einer „Logik der Perfektion“ jener ausgezeichneten Selbstreferenz zu folgen und der Funktionsweise anderer Systeme nicht mehr „gerecht“ werden zu können. Um das zu verhindern, muss Rechtswissenschaft eine ökologische Rationalität ausbilden, die der multilateralen Konnektivität seiner Institute bei der Auslegung von Rechten und Rechtssätzen Beachtung schenkt.

Insbesondere sind die Formen zu reflektieren, mit deren Hilfe das Recht fremde Komplexität für ein System zu gewinnen vermag. Hier darf das Recht nicht dabei stehen blei-

ben, subjektive Rechte als Ausdruck individueller Freiheiten zu verstehen, welche es zu kompatibilisieren gälte. Stattdessen ist anzuknüpfen an die epistemische Funktion subjektiver Rechte, die sich generalisieren lässt: mit ihrer Hilfe gelingt es, für das Recht unaufschlüsselbare Komplexität in der Umwelt bzw. deren Kausalzusammenhänge abzubilden und einen Stellenwert im System zu verschaffen. So verstanden kann die Funktion in einem zweiten Schritt respezifiziert werden für andere komplexe Beobachtungszusammenhänge.

Zugleich wird man die Konstitutivität des Mediums und seiner je eigenen Materialität für die strukturelle Kopplung zwischen Bewusstsein und sozialen Systemen zu berücksichtigen haben. Aufgrund der medialen Gebundenheit der Ausdifferenzierung von Sinn können auch Theorien des Rechts und der Rechtsentwicklung nicht ohne *Medientheorie* auskommen.<sup>88</sup>

Mit dem Anknüpfen an sinnbasierte Beobachtung werden schließlich auch die Akzente anders gesetzt, als es etwa die Informationsökonomie tut, die lediglich nach Ineffizienzen fragt, die aus asymmetrisch verteilten Informationen und damit aus Unterschieden im *bestehenden* handlungsrelevanten Wissen zwischen einzelnen Beteiligten folgen. Demgegenüber geht es einer epistemischen Analyse des Rechts darum, grundlegende privatrechtliche Kategorien wie den Vertrag als Institution *zur Erzeugung* von Wissen in einem temporär geteilten semantischen Beobachtungshorizont zu begreifen.

<sup>88</sup> Grundlegend *Vesting*, *Rechtstheorie*, 2007, § 7 IV.