

Soziologische Jurisprudenz

Festschrift für
GUNTHER TEUBNER
zum 65. Geburtstag

herausgegeben von

Graff-Peter Calliess · Andreas Fischer-Lescano ·
Dan Wielsch · Peer Zumbansen



De Gruyter Recht · Berlin

Iustitia mediatrix: Zur Methode einer soziologischen Jurisprudenz

DAN WIELSCH

Die poetische Vorrede zu dem mittelalterlichen juristischen Traktat „*Questiones de iuris subtilitatibus*“¹ führt den Leser in den imaginären Tempulum Iustitiae, der von Rechtsgöttinnen bewohnt wird. Eine hierarchisch aufgebaute Allegorie zeigt Iustitia als zentrale Figur, die ihre jüngste Tochter Aequitas in den Armen hält, während über ihrem Haupt Ratio thronet. Nach der in den *Questiones* angelegten Deutung übernimmt Iustitia die Funktion einer Mittlerin zwischen der Ratio als dem göttlichen Naturrecht und der Aequitas, die der Sphäre des von Menschen gemachten positiven Rechts angehört.² Mitgeteilt werden diese Gedanken in Form eines Dialogs zwischen den Figuren eines Auditor und des die Jurisprudentia verkörpernden Iuris interpres. Freilich kann nicht allein die Rechtslehre des zwölften Jahrhunderts, sondern auch die Jurisprudenz von heute Gerechtigkeit plausibel als Iustitia mediatrix konzipieren. Dazu muss sie jedoch durch die Fenster des Tempels nach außen blicken, auf die Gesellschaft, deren Bild ihr durch die Optik der Soziologie näher gebracht wird.

I. Soziologische Aufklärung des Rechts

Der Weg für die Rezeption von Fremdbeschreibungen der Umwelt des Rechts im Recht selbst wird überraschend in dem Moment höchsten konstruktiven Selbstbewusstseins eröffnet, in dem „Jurisprudenz sich nicht mehr durch die Geschichte in Verlegenheit setzen [lässt]“.³ Denn indem Jhering die Konstruktion des Rechts von historischer Verbindlichkeit suspendiert, kann er im Recht die Frage nach den Faktoren für die Entwicklung des Rechts stellen. Er selbst findet das Bildungsgesetz für die Struktur des

¹ Der Text ist wohl *Placentinus* (und nicht *Imerius*) zuzuschreiben, vgl. *Hermann Kantorowicz Studies in the Glossators of the Roman Law*, 1938, 181 ff. Zweifelnd aber *Jakobs De similibus ad similia* bei Bracton und Azo, 1996, 60 Fn. 173.

² Vgl. *Ernst H. Kantorowicz The King's Two Bodies*, 1957, 110.

³ *Jhering Unsere Aufgabe*, *Jherings Jahrbücher* 1 (1857), 1 (16).

Rechts in dessen Funktion.⁴ Jherings Trennung von Dogmatik und Geschichte führt gerade zu einer Verzeitlichung der Dogmatik und zwingt sie, sich die zeitliche und damit gesellschaftliche Bedingtheit ihrer Konstruktionen vor Augen zu führen. Sein Funktionalismus zwingt die Dogmatik zu einer doppelten Reflexivität: nicht nur Anschlussmöglichkeiten im Rechtssystem müssen beachtet werden, sondern auch die Erfüllung gesellschaftlicher Zwecke und Bedürfnisse durch das Recht. Dieses auf der Beobachtungsebene durchgeführte Manöver nimmt dem Rechtssystem nicht seine Autonomie, aber es signalisiert die Notwendigkeit fremdreferentiellen Operierens im Rechtssystem, genauer: die Verbindung von Selbstreferenz und Fremdreferenz.⁵ Die Frage ist dann nur noch, auf welche Weise beide Seiten der Unterscheidung, Recht *und* gesellschaftliche Umwelt, hierbei zueinander ins Verhältnis gebracht werden.

Welchen Gewinn aber kann das Recht ziehen, wenn es sich gerade soziologisch aufklären lässt? Ist die Diagnose Max Webers zutreffend, führt der Rationalisierungsprozess der modernen Gesellschaft zur Fragmentierung einer einheitlichen Lebenswelt in unterschiedliche partielle Wertordnungen, die im radikalen Widerspruch zueinander stehen. „Die alten vielen Götter, entzaubert und daher in Gestalt unpersönlicher Mächte, entsteigen ihren Gräbern, streben nach Gewalt über unser Leben und beginnen untereinander wieder ihren ewigen Kampf.“⁶ Das konfrontiert nicht nur den Einzelnen mit einer Vielzahl von gleichzeitig erhobenen Geltungsansprüchen, auch das Recht bekommt es mit zu diesen Kollisionen einer differenzierten Gesellschaft zu tun und muss sich zu ihnen verhalten. Aufgerufen ist dabei seine Unparteilichkeit („et altera pars audiatur“). Denn jede Festlegung auf die Fremdbeschreibung durch die Reflexionstheorie eines bestimmten Systems (wie etwa im Falle der ökonomischen Analyse des Rechts die Rezeption allein von Kriterien der Ökonomie als Reflexionstheorie des Wirtschaftssystems) muss aus der Sicht anderer autonomer gesellschaftlicher Funktionsbereiche als Parteilichkeit des Rechts erscheinen. Unter Bedingungen radikaler Fragmentierung besteht „ein gesellschaftliches Interesse des Rechts an sich selbst, das sich nicht (mehr) ausschließlich von ‚Märkten‘ und ‚Politiken‘ her begreifen lässt.“⁷ Als Kandidat für unparteiliche Fremdbeschreibung des Rechts im Verhältnis zu seiner Umwelt bietet sich die nicht auf einen bestimmten gesellschaftlichen Ordnungsbereich festgelegte Soziologie an, zumindest dann, wenn sie zur Selbstaufklärung bereit ist und

⁴ Vgl. Wielsch Freiheit und Funktion, 2001, 140 ff.

⁵ Grundlegend zu Selbst- und Fremdreferenz im Rechtssystem vgl. Luhmann in: Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995, 19 ff.

⁶ Weber Wissenschaft als Beruf, in: Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1985, 582 (605) (Hervorhebung hinzugefügt).

⁷ Zu einem „Privatrecht als Gesellschafts-Recht“, das Parteilichkeiten dieser Art überwindet, vgl. Wiethölter in: Joerges/Teubner, Rechtsverfassungsrecht, 2003, 13 (15).

durchdenkt, was sie tut, wenn sie beobachtet und beschreibt, wie sich Gesellschaft selbst beschreibt.⁸ Mit ihrer Hilfe wird das Recht sensibel für die polyphone Artikulation gesellschaftlicher Autonomien, die es freilich nicht nur freizusetzen, sondern auch zu konstitutionalisieren gilt, indem in den (System-)Autonomien selbst (Umwelt-)Verantwortlichkeiten gestiftet werden.

Mit einer bloßen Bestätigung der vorgefundenen Rechtspraxis kann sich eine entsprechend aufgeschlossene „soziologische Jurisprudenz“ daher nicht zufrieden geben. Jedenfalls nicht unter dem Anspruch, den Gunther Teubner an sie stellt. Das wird deutlich, wenn er den Kern jeder Theorie vom Recht ins Visier nimmt, den Gerechtigkeitsbegriff. In Weiterführung von Luhmanns Interpretation von Gerechtigkeit als Kontingenzformel des Rechts, mit deren Hilfe es sich zur internen Konsistenz der Entscheidungen anhält, betont Teubner die mit der Kontingenz gegebene Abhängigkeit des Rechts von seiner Umwelt und reichert den Gerechtigkeitsbegriff entsprechend an durch das Kriterium der Adäquität des Rechts gegenüber seinen diskursiven Umwelten. Es gehe um „höchstmögliche Konsistenz des Rechts bei gleichzeitiger höchstmöglicher Erfüllung von extrem divergierenden Umweltanforderungen.“⁹

Die Fähigkeit des Rechts, der Funktionsweise anderer – sozialer wie auch psychischer – Systeme gerecht zu werden, entscheidet sich an seinen Grundbegriffen. Auf ihnen ruht die Autonomie des Rechts.¹⁰ Sie bestimmen aber zugleich gesellschaftsweit verbindlich über Handlungsmöglichkeiten und tragen die Grundformen sozialer Kooperation. In ihnen treffen deswegen auch die unterschiedlichen Handlungslogiken zusammen. Wenn die Gerechtigkeit heute nicht mehr vertikal-hierarchisch zwischen göttlichem und menschlichen Recht, sondern in einem horizontal-heterarchischen Modus zwischen der Eigennormativität des Rechts und der Eigennormativität seiner Umwelten zu vermitteln hat,¹¹ dann muss eine soziologische Jurisprudenz bei ihrem Versuch der modernen Formulierung einer Iustitia mediatrix bei den Grundbegriffen des Privatrechts ansetzen.

⁸ Früh gefordert bei Luhmann in: ders., Soziologische Aufklärung 1 (1970), 66 (86) und später ders. Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1115.

⁹ Vgl. Teubner in: Alexy (Hrsg.), Integratives Verstehen, 2005, 199 (201 f.) (Hervorhebung im Original).

¹⁰ Noch einmal Jhering aaO.: „Eine Jurisprudenz, die seit Jahrtausenden arbeitet, hat die Grundformen oder Grundtypen der Rechtswelt entdeckt, und in ihnen hält sich auch alle fernere Bewegung, so sehr sie im Uebrigen von der bisherigen divergieren möge“.

¹¹ Vgl. Teubner Zeitschrift für Rechtssoziologie (2008), 9 (20).

II. Vertrag

1. Vertrag als soziale Struktur

Die Verbindung der Konsistenzanforderungen innerhalb des Rechtsdiskurses mit gesellschaftlichen Umweltanforderungen verlangt im Schuldrecht nach einem veränderten Verständnis des Vertrags. Im Unterschied insbesondere zum Konsensmodell der Rechtsgeschäftslehre, das subjektphilosophisch fundiert ist und mit der Willensreferenz als Grundkategorie arbeitet, ist der Vertrag als eine soziale Handlungsstruktur zu begreifen. Die Normativität des vertraglichen Gefüges von Rechten und Pflichten wird damit nicht soziologisch übersprungen, sondern gerade in ihrer gesellschaftlichen Wirksamkeit ernst genommen. Die Rechtsfigur des Vertrags wird *zugleich* als soziale Institution verstanden.

Angeknüpft werden kann dafür zunächst an die Vorstellung Parsons, dass die Parteien eines Vertrages jeweils in Rollen handeln, die für Subsysteme jener sozialen Systeme stehen, an denen die Parteien „partizipieren“.¹² Durch den Vertragsschluss aber werden die respektiven Handlungsorientierungen integriert in ein neues, gegenüber den Parteirollen eigenständiges Handlungssystem.¹³ Nach der Umstellung der Systemtheorie von einer Handlungs- auf eine Kommunikationstheorie ist diese Vorstellung präzisiert und das Sozialverhältnis, das durch einen Vertragsschluss entsteht, als Interaktionssystem beschrieben worden.¹⁴ Ohne dass diesem Interaktionssystem sogar die Qualität eines Handlungsakteurs beigelegt werden bräuchte,¹⁵ liegt der entscheidende Unterschied im Vergleich mit dem Vertragsmodell der klassischen Rechtsgeschäftslehre darin, dass die Parteien des Vertrages in dessen Umwelt verlegt werden und das vertragliche Rechtsprogramm gegenüber den einzelnen Willenserklärungen emergent ist.¹⁶

¹² Zur Vorstellung der Interpenetration von sozialen Systemen und partizipierenden Teilsystemen vgl. *Luhmann Soziale Systeme*, 289 ff.

¹³ Dessen funktionale Imperative lassen sich ihrerseits nach dem AGIL-Schema bestimmen. *Parsons/Smelser Economy and Society*, 1956, 107 ff. sprechen von einer Integration von Ego und Alter „into a partially independent social system“. Vgl. auch ebd. 109: „in the interest of stability, ego and alter must constitute parts of a single social system“.

¹⁴ Vgl. *Teubner Recht als autopoietisches System*, 1989, 142 und schon *ders.* in: *Alternativkommentar-BGB*, § 242 Rn. 20. Ebenso *Müller Verwaltungsverträge*, 1997, 159 ff.; *Amtsutz KritV* 89 (2006), 105 (124).

¹⁵ So aber *Müller Verwaltungsverträge*, 161.

¹⁶ Bei *Parsons/Smelser* aaO., 109 f. wird diese Emergenz vor allem durch die Funktionen der „integration“ und der „latent pattern maintenance“ ermöglicht, da die „goal interests“ und die „adaptive situations“ für jede Partei unterschiedlich sind. Ein gemeinsames Wertschema dient der Integration des vertraglichen Handlungssystems bei Interessenkonflikten der Parteien: „Such conflicts are given meaning in terms of a superordinate system of solidarity which includes both contracting parties.“

Diese Emergenz des Vertrages zu erfassen, fällt einem am subjektphilosophischen Paradigma orientierten Rechtsdenken alles andere als leicht. Die Schwierigkeit besteht darin, vertraglichen Konsens als *sozialen* Sachverhalt – als Entstehen eines eigenständigen Diskurszusammenhangs, einer „contracting world“ – zu denken. Savigny spricht vom Vertrag als „Vereinigung mehrerer Willen zu einem einzigen, ganzen ungetheilten Willen“¹⁷ und benutzt so für die Beschreibung der emergenten Ebene wiederum die Kategorie des Willens selbst, was als „mystische Anschauung“ kritisiert wurde.¹⁸ Nach Kant soll sich der Übertragungsakt durch Vertrag „nur durch den vereinigten Willen beider“ vollziehen können, wobei „alsdann einer seinem Anteile an dieser Gemeinschaft entsagt“.¹⁹ Wie wird nun jene Emergenz im Recht abgebildet? Wie wird der „ganze, ungetheilte Wille“ im Unterschied zum autonomen Willen des Einzelnen im Recht behandelt?

Offenbar sucht das Recht die entstandene Sozialstruktur zu schützen gegen jede einseitige Beeinträchtigung, indem sie den Parteien entsprechende Pflichten zur Stabilisierung der sozialen *Relation* auferlegt.²⁰ Bereits mit der Berücksichtigung der Erwartungen der Gegenseite distanziert sich das Recht vom individuellen Willen und bezieht die Pflichtenbindung auf die Sozialbeziehung als solche. Das Vertrauen einer Vertragspartei formuliert eine Anforderung der Umwelt an die vertragsinduzierte Sozialbeziehung. Selbst unter dem Einfluss der Willenstheorie hat sich das Recht nicht darauf eingelassen, die Entstehung vertraglicher Pflichten allein aus dem Parteiwillen zu begründen.²¹ Zugleich mit der Inthronisierung als Leitidee des Vertragsrechts („Willensreferenz“) bekommt der Wille mit dem Erwartungsschutz vielmehr auch ein Gegenkonzept an die Seite gestellt.²² Zusätzlich überformt eine ausgearbeitete Vertragstypologie den konsentierten Vertragsinhalt. Woraus diese „nicht-konsensuellen Elemente des Vertrages“ hergeleitet werden – ob sie gesetzlichen Ursprungs sind oder wie nach der Rechtsfigur der *naturalia negotii* im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zum willentlich Vereinbarten hinzutreten²³ –

¹⁷ *Savigny System des heutigen Römischen Rechts*, Band 3, 1840, 309.

¹⁸ So *v. Tuhr Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Band II/1, 1914, 225.

¹⁹ Vgl. *Kant Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, § 18. Siehe auch § 20: „Die Translation ist also ein Akt, in welchem der Gegenstand einen Augenblick beiden zusammen angehört, so wie in der parabolischen Bahn eines geworfenen Steins dieser im Gipfel derselben einen Augenblick als im Steigen und Fallen zugleich begriffen betrachtet werden kann, und so allererst von der steigenden Bewegung zum Fallen übergeht.“

²⁰ Historisch beschreibt *Luhmann Recht der Gesellschaft*, 1993, 459 ff. die „Juridifizierung des Vertrags“ als allmähliche Verrechtlichung von Reziprozitätsverhältnissen. Instruktiv auch *Keller* in: *FS Kritzer*, 2008, 247 (262 ff.), der die Bedeutung des „*favor contractus*“ als Prinzip der CISG betont und es als Stabilisierung der vertraglichen *Kommunikation* liest, und zwar gerade im Hinblick auf den verfolgten Vertragszweck. Zum Vertragszweck näher unten.

²¹ Vgl. aber *Savigny System des heutigen Römischen Rechts*, Band 3, 1840, 258.

²² Vgl. *von der Crone/Wegmann ZSR* 2007, 111 (119 f.).

²³ Vgl. etwa die Diskussion über die Konstruktion von Schutzpflichten: als vertragliche Pflichten (*Larenz*) oder als gesetzliche Pflichten (*Canaris*). Deziert an die Lehre der *natura*

erscheint zunächst sekundär: nicht die Existenz solcher den einzelnen Willen überformenden Pflichten steht in Frage, sondern allein ihr Inhalt.

Alles kommt dann darauf an, wie differenziert das Recht die Umweltanforderungen an den Vertrag erfassen kann. Wenn eine soziologische Jurisprudenz den Vertragsschluss als sozialen Sachverhalt rekonstruiert, so macht sie für das Recht sichtbar, was die extrem formale Definition des Vertrages als Übereinstimmung von Willenserklärungen für einen sozialen Effekt hat. Die Ausbildung einer solchen Betrachtungsweise ist eine notwendige Komplementäreinrichtung im Recht, wenn dieses den freien Willen zur Begründung rechtlich bindender Verpflichtungen genügen lässt. Denn Verträge stabilisieren temporär eine spezifische Differenz, kombiniert mit einer Indifferenz gegen alles andere (einschließlich der Effekte auf nicht partizipierende Personen und Unternehmen).²⁴ Mit der Institutionalisierung der Vertragsfreiheit gibt das Recht diese Indifferenzbildung frei, ermöglicht die Mobilisierung von individueller Beobachtungskapazität für beliebige Arten von Transaktions- oder Kooperations-Projekten unter ungewissen Bedingungen und Risiken (für die Parteien selbst und für Dritte). Diese Freistellung von Engführungen der sozialen Interaktion begleitet das Recht aber über die Generalklauseln, durch die es sich den Zugriff auf die Sozialbeziehung vorbehält.

Hier kann eine soziologische Jurisprudenz die Rechtsanwendung präzisieren: Denn ist der Vertrag erst einmal als sozialer Sachverhalt rekonstruiert, können verschiedene Umweltanforderungen an den Vertrag unterschieden werden: Durch die Einrichtung der Privatautonomie gewährt das Rechtssystem nicht nur dem Einzelnen die für die Verfolgung selbstgesetzter Zwecke erforderliche Erwartungssicherheit im Hinblick auf eingeplante Handlungsanschlüsse, sondern erbringt *zugleich* eine wichtige Leistung für *soziale* Funktionssysteme: es mobilisiert individuelles Bewusstsein als Instanz für die freie Rekombination von Beobachtung und Wissen aus unterschiedlichen semantischen Kontexten mit der indirekten Folge von möglichen Variationen des involvierten systemischen Wissens und entsprechen-

contractus anknüpfend *Oechsler* Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, 199 ff. (Einstandspflichten, deren Zweck darin liege, die Erfüllung der Hauptleistungspflichten zu ermöglichen und sicherzustellen, und auf die sich die Parteien in der Konsequenz ihrer Leistungsversprechen „mit festgelegt“ hätten). Das setzt eine Erweiterung des Grundes vertraglicher Bindungswirkung voraus: neben den Parteiwillen tritt das Vertrauen der jeweils anderen Seite. Die Willenserklärung besitze im Vertrag eine „Doppelfunktion“: sie verkörpere nicht nur den Verpflichtungswillen, sondern darüber hinaus komme ihr „auf einer zweiten Ebene (sic!) die Funktion (sic!) eines Vertrauensatbestandes zu, der auf die Vorstellungswelt des jeweiligen Gläubigers einwirkt und deshalb zur Grundlage des Schutzes vertraglicher Erwartungshaltungen wird“ (254). Die Willenserklärung wird (im Anschluss an *Larenz* Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930, 45) als *Geltungserklärung* verstanden, deren Legitimation auf dem Willen und der nach außen gerichteten Geltungswirkung besteht.

²⁴ Vgl. *Luhmann* Recht der Gesellschaft, 1993, 459.

den gesellschaftlichen Differenzierungsgewinnen.²⁵ Das wiederum ist nur möglich, wenn die Durchführung des konkreten Vertrages nicht diejenigen sozialen Institutionen beeinträchtigt, mit denen sich diese Systeme als solche für Bewusstsein beobachtbar machen. Durch solche „Institutionen der Wissensteilung“ erst vermag der Einzelne transsubjektiv generiertes Wissen dezentral zu nutzen.²⁶

2. Generalklauseln

Auf die unterschiedlichen sozialen Dimensionen der vertraglichen Sozialbeziehung, die jeweils besondere Anforderungen an das Verhalten der Vertragsparteien stellen, sollte auch die Interpretation der Generalklauseln eingestellt werden: Die nicht-konsensuellen Elemente des § 242 BGB sind danach nichts anderes als die innervertragliche Umsetzung solcher Umweltanforderungen.²⁷ Das Recht formuliert sie als ergänzende Verhaltenspflichten oder als Begrenzung subjektiver Rechte, um widersprüchliche gesellschaftliche Anforderungen an die konkrete Vertragsbeziehung zu kompatibilisieren.

Wie der Vertrag selbst wird dann auch § 242 BGB „aufgespreizt“ in jene drei Dimensionen von sozialen Umweltanforderungen (Interaktion, Institution, Gesellschaft). Die innerrechtlich-dogmatische Rechtfertigbarkeit einer solchen Lesart ergibt sich aus der vom Konditionalprogramm abweichenden Normstruktur der Generalklauseln, die mit ihren Verweisen auf gesellschaftliche Wirklichkeit („Treu und Glauben“, „Verkehrssitte“, „gute Sitten“) offenbar ein „höherstufiges Programm“ der Zuordnung von gesellschaftlichen Konflikten und rechtlicher Entscheidung verfolgen. Dies ist als Aufforderung zu begreifen, die vertraglich konstituierte Sozialbeziehung in *allen* ihren Dimensionen bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen. Der herkömmlichen Auslegung von § 242 BGB kann das jedoch kaum gelingen,

²⁵ Mit *Fuchs* Eigen-Sinn, 2003, 53f. gilt es zu unterscheiden zwischen dem psychischen System, das einen analogen Strom von Wahrnehmungen prozessiert, und dem Bewusstsein, das als Zusammenhang dezidiert, nämlich bezeichnender Beobachtungsoperationen im Kontext jener nicht-dezidierten Operationen des psychischen Systems begriffen wird. Aufgrund seiner Sprachförmigkeit ist genau genommen das Bewusstsein (und nicht das psychische System) die relevante Umwelt von Kommunikationssystemen, mit denen es über Sprache strukturell gekoppelt ist.

²⁶ Näher zum Begriff der Wissensteilung und deren Institutionen vgl. *Wielsch* Zugangsregeln, 2008, 31 ff. und 82 ff. Sobald etwa eine Mehrzahl von Wirtschaftsteilnehmern 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. Unter diesen Umständen vermag der Einzelne eine wirtschaftlich rationale Entscheidung über den Einsatz seiner Ressourcen nur mit Hilfe des Marktes zu treffen, der in abgekürzt-kodierter Form über den *gesamten* Komplex von Mittel-Zweck-Verhältnissen in der Gesellschaft informiert. Vgl. auch unten III.

²⁷ *Teubner* in: Alternativkommentar-BGB, § 242 Rn. 21 f.

weil sie die Unbestimmtheit der Norm durch Fallgruppenbildung zu reduzieren und umgehend auf Konditionalprogramme zurückzuführen sucht. Damit läuft sie Gefahr, die sozialen Konfliktlagen falsch zu verorten und insbesondere die für die Stabilisierung der konkreten Interaktionsmoral entwickelten Rechtskonstruktionen zur Regulierung solcher Konflikte zu benutzen, die eigentlich in einer der beiden anderen Dimensionen anzusiedeln sind.²⁸ Das berührt zugleich die Funktionserfüllung des Rechts für die Gesellschaft (die gesellschaftliche Rechtfertigbarkeit der Dogmatik): Das Recht erkennt dann nicht, dass das vertraglich Vereinbarte die Funktionsweise jener sozialen Institutionen beeinträchtigen würde, die dafür sorgen, dass die „Freigabe“ des Vertrags durch Abschluss- und Inhaltsfreiheit gesellschaftlich Bestand haben kann.²⁹

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass eine soziologische Jurisprudenz dem Recht aufgibt, sich Klarheit darüber zu verschaffen, welches „soziale Substrat“ von dem Rechtskonflikt – genauer: von dem Sozialkonflikt, den das Recht durch Verteilung von „Zulässigkeiten“ als Rechtskonflikt vor sein Forum lässt³⁰ – betroffen ist. Bereits die Grundfigur des Vertrages verweist auf einen mehrdimensionalen sozialen Tatbestand, an den sich unterschiedliche Anforderungen der Umwelt knüpfen.³¹ Der durch den Vertrag konstituierte Sinnzusammenhang von Handlungen muss sich nicht nur vor dem Konsens der Parteien bewähren. Vielmehr darf die Orientierung von Handlungen am Vertragsprogramm (die Einführung der Umweltbeobachtung anhand einer spezifischen Differenz) auch die Integrität jener Institutionen und sozialen Systeme nicht beeinträchtigen, in denen die Bedingungen für autonomes Handeln gebildet werden. Diese Berücksichtigung des sozialen Effekts vertraglich geschaffener subjektiver Rechte bringt eine Distanzierung von der Willenskategorie mit sich.³² Die

²⁸ Vgl. Teubner in: Alternativkommentar-BGB, § 242 Rn. 25. Unterschieden werden sollte vielmehr zwischen „individuellem“, „institutionellen“ und „gesellschaftlichem“ Rechtsmissbrauch (vgl. aaO., Rn. 89).

²⁹ Dass die gesellschaftlichen Funktionsvoraussetzungen des bürgerlichen Rechts nicht in diesem selbst liegen ist insbesondere für das Verhältnis von Privatautonomie und freiem Wettbewerb erkannt worden, vgl. Wielsch Freiheit und Funktion, 2001, 101 f.

³⁰ Zur gesellschaftlichen Relevanz von „Klagebefugnis“ – „Zulässigkeiten“ vgl. Wiethölter in: Joerges/Teubner, Rechtsverfassungsrecht, 2003, 13 (15).

³¹ Die Rede vom „Substrat“ ist zugegeben ein holpriger Ausdruck, weil eine Verschiedenheit bzw. Ungleichzeitigkeit von Entitäten impliziert wird, die nicht gegeben ist: Der rechtliche Vertrag formt die soziale Interaktion. Ein und dieselbe Kommunikation steht zur gleichen Zeit in mehreren Sinnreferenzen. In der gleichen Weise können Grundrechte als soziale Institution (Luhmann) gelesen werden. Ein Gespür für diese Gleichzeitigkeit haben Theorien des Vertrages entwickelt, die dessen soziale Performanz beschreiben (etwa bei Reinach und Larenz) und deren Verlängerung heute in eine Sprechakttheorie des Vertrages münden müsste.

³² Dies zeigt sich übrigens schon daran, dass auf die Willenserklärung abgestellt wird. Gegenstand der Auslegung ist nicht der Wille selbst, sondern ein Erklärungszeichen, das

individuellen Erwartungen der Vertragsparteien repräsentieren nur eine Dimension von Umweltreferenz an den vertraglichen Handlungszusammenhang, die mit dessen anderen sozialen Dimensionen koordiniert werden müssen. Der Bedarf für eine solche Koordination ist dem Recht vorgegeben. Er wächst mit einer zunehmenden Aufspaltung von Markt- und Organisationsprozessen im Rahmen einer Vertiefung der gesellschaftlichen Differenzierung.

3. Vertragszweck und Netzzweck

Erkennt eine soziologische Jurisprudenz danach den Zusammenhang von Rechtsnormen und sozialen Handlungsstrukturen und richtet entsprechend die rechtliche Analyse auf das vertraglich konstituierte Interaktionssystem aus, rückt die innerrechtliche Umsetzung von Umweltanforderungen an diese Interaktion in den Mittelpunkt. Neben den gesetzlich vorgegebenen Generalklauseln gelingt dies mit Hilfe der von Lehre und Praxis entwickelten *dogmatischen Schlüsselbegriffe*, die in unmittelbarer Auseinandersetzung mit der Vertragspraxis flexibel gebildet werden können. Besondere Bedeutung kommt dem Begriff des „Vertragszwecks“ zu, der es erlaubt, den Einzelvertrag mit übergreifenden Zusammenhängen zu koordinieren. Er ist Ausdruck einer Orientierung des Rechts an der *Relation* zwischen den Parteien, an der Interaktion selbst, die zum Anknüpfungspunkt für gesellschaftliche Erwartungen gemacht wird.

Eine Vereinnahmung des Vertragszwecks für transindividuelle Belange lässt sich etwa ablesen am Regelungskonzept des neuen Schuldrechts, welches die Mangelfreiheit des Kaufgegenstandes in den Rang einer Leistungspflicht erhebt (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB). Durch den gleichzeitig angeordneten Vorrang der Nacherfüllung (vgl. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB) setzt sich so der ursprüngliche Erfüllungsanspruch in der Gewährleistungsphase fort. Der Geltungsgrund der Rechtsfolgen im Leistungsstörungsfall wird nun nicht mehr auf einen hypothetischen Parteiwillen zurückgeführt (wie in der nach neuer Rechtslage überholten „Gewährleistungstheorie“), sondern als Schutz des Vertrauens des Käufers in das Leistungsversprechen des Verkäufers interpretiert.³³ Weitergehend wird man den eigentlichen Grund für Perpetuierung des Vertragszwecks in der Reduzierung der Gewährleistungskosten und damit in Effizienzüberlegungen auf gesamtwirtschaftlicher Ebene zu sehen haben.³⁴

(unter anderem) den interpretierenden Rückschluss auf einen Willen erlaubt. So schon Larenz Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930, 11.

³³ So bei Oechler Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., 2007, Rn. 14 und schon ders. Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, 232f. Ausführlich zur Interessenlage bei Verkäufer und Käufer vgl. Heinrich ZGS 2003, 253 (254f.).

³⁴ Richtig etwa Grundmann AcP 202 (2002), 40 (50).

Noch deutlicher wird die Inpflichtnahme des Vertragszwecks zur vertragsinternen Koordination von Umwelthanforderungen bei komplexen Leistungsbeziehungen. Denn je weiter sich das Rechtsgeschäft von einer „spot transaction“ und dem entsprechenden bipolaren Vertragsmuster entfernt, desto eher bedarf es einer objektiv-zweckorientierten Interpretation.³⁵ Das zeigt sich etwa an den wirtschaftlich bedeutsamen Formen netzwerkförmiger Kooperationen, die auf der Produktionsebene (z. B. bei Just-in-time Zulieferverbindungen), der Absatzebene (z. B. beim Franchising) und auch im Kreditwesen (z. B. beim bargeldlosen Zahlungsverkehr) zu finden sind.³⁶ In solchen Netzwerken werden die individuellen Zwecke der Teilnehmer von einem einheitlichen „Netzzweck“ überlagert, weil die einzelnen Leistungsbeiträge so miteinander verknüpft erscheinen, dass sie nur im Verbund den von allen Beteiligten gewünschten Erfolg (Größenvorteile, Synergien etc.) gewährleisten. Unabhängig davon, nach welchem Muster die Kooperation vertraglich aufgebaut ist (ob stern-, fächer- oder kettenförmig), stellt sich die Frage, ob das Bestehen des Vertragsnetzes rechtliche Auswirkungen auf den bilateralen Einzelvertrag hat: zum einen, ob es Direktwirkungen außerhalb bestehender Vertragsverhältnisse gibt, die über deliktische Ansprüche hinausgehen (z. B. Haftungsdurchgriff, Schutzpflichten, Weisungsrechte), und zum anderen, ob durch die Einbindung der Inhalt des Einzelvertrages modifiziert wird (z. B. im Hinblick auf ein Pflicht zum profit sharing oder der Risikoteilung).³⁷

Der Versuch, das Bestehen eines Netzwerks dogmatisch als multilaterales Rechtsgeschäft abzubilden, das zwischen allen Netzteilnehmern untereinander zwar keine primären Leistungspflichten, wohl aber vertragliche Sorgfaltspflichten entstehen lasse („Netzvertragsmodell“),³⁸ verschiebt die Problematik ganz in die Vertragsauslegung, weil die übergreifenden Wirkungen gerade in Störungsfällen weitgehend nicht explizit in den bipolaren Einzelverträgen geregelt sind. Die ergänzende Vertragsauslegung muss dann zwangsläufig stark objektiviert werden, um den Beteiligten den Willen zu stipulieren, sie hätten das für ihr Zweckstreben effizienteste Arrangement gewählt. Letztlich gelingt das nur, indem der wirtschaftliche Geschäftszweck und nicht die Identität der Parteien zum Identitätsmerkmal des Schuldverhältnisses erklärt wird.³⁹ Nicht dieses Anknüpfen an einen ver-

³⁵ Vgl. *Rohe* Netzverträge, 1998, 156f.

³⁶ Vgl. *Grundmann* AcP 207 (2007), 718 (721f.), der das Vertragsnetz als „Rückgrat marktwirtschaftlicher Wertschöpfung“ bezeichnet.

³⁷ Übersicht bei *Grundmann* AcP 207 (2007), 718 (724f.).

³⁸ Etwa *Rohe* Netzverträge, 1998, 195 und 492.

³⁹ So in der Tat *Gernhuber* Das Schuldverhältnis, 1989, § 2 II 3 und 6. Nach *Rohe* Netzverträge, 152 bildet der von den Beteiligten verfolgte einheitliche Vertragszweck „die causa für die Summe der Einzelverträge, welche zu der angestrebten Transaktion notwendig sind“.

selbständigen Vertragszweck erscheint indessen problematisch, wohl aber die zwanghafte Rückbindung der Effizienzüberlegungen an die Entscheidungsstruktur des individuellen Bewusstseins, die in unnötig deformierenden Annahmen des Rechts über das Bewusstsein („bounded rationality“) mündet.⁴⁰ Letztlich muss dann der Wille als leere Hülle zurückbleiben.⁴¹ Tatsächlich handelt es sich insofern um einen Kategorienfehler: das für die Beschreibung der institutionellen und sozialsystemischen Dimension (Markt bzw. Wirtschaft) gut brauchbare Kriterium der Effizienz wird auf die Ebene des Bewusstseins übertragen.⁴²

Stattdessen sucht eine soziologische Jurisprudenz die eigentümliche soziale Handlungslogik von Netzwerken freizulegen und die rechtliche Begriffsbildung hierauf einzustellen. Danach lassen sich Netzwerke als frei gebildete soziale Handlungssysteme eigener Art begreifen, die den Netzteilnehmern infolge der Simultanpräsenz von Individual- und Gemeinschaftszwecken eine paradoxe Doppelorientierung der Handlungen abverlangt: Ein und dieselbe Handlung ist gleichzeitig der Individualorientierung der Netzknotten (und damit den normativen Anforderungen der bilateralen Sozialbeziehung) und der Kollektivorientierung des Netzes (und damit dessen normativen Anforderungen) ausgesetzt.⁴³ Diese eigentümliche Doppelorientierung von Handlungen macht die soziale Dynamik von Netzwerken aus und ist gleichermaßen für deren Produktivität wie auch deren negative externe Effekte auf Dritte verantwortlich. Angesichts dessen besteht die Aufgabe des Rechts für die Gesellschaft darin, neue soziale Phänomene (deren Eigenrationalität) zu stabilisieren, indem etwaige Risiken internalisiert werden, ohne dabei jedoch die produktiven Chancen, die positiven Kooperations synergien, zu zerstören. Damit ist der wesentliche Unterschied benannt, den eine soziologische Jurisprudenz bei der Behandlung von Verträgen in Netzwerkszusammenhängen in die schuldrechtliche Dogmatik trägt: anstatt nur auf die bilaterale Beziehung der einzelnen Vertragsparteien zu fokussieren geht es ihr primär um die rechtliche Verfassung des Netzwerks als eigenständiger sozialer Struktur mit dem Ziel der Freisetzung und zugleich Abschöpfung des gesellschaftlichen Mehrwerts dieser speziellen sozialen Kooperationsform.

⁴⁰ Nach *Rohe* Netzverträge, 158 stehe und falle das Modell des Netzvertrages mit der Annahme zumindest beschränkt rationalen Handelns der Beteiligten.

⁴¹ Das wird deutlich, wenn *Rohe* Netzverträge, 157 konstatiert: „Der Wille zur einheitlichen Zweckverwirklichung ist hinreichend, aber auch notwendig für die Annahme, dass auch die Rechtsfolgen gewollt sind, welche der Zweckverwirklichung dienen.“

⁴² Zur Inkongruenz zwischen gesellschaftsinternen Personenkonstrukten und gesellschaftsexternen Menschen und den daraus resultierenden Gefahren einer „kommunikativen Verletzung“ von Leib und Seele vgl. *Teubner* Der Staat 45 (2006), 174f. und 186.

⁴³ Vgl. *Teubner* Netzwerk als Vertragsverbund, 2004, 120f.

An diesem Ziel müssen sich die Vorschläge zur dogmatischen Abbildung von Netzwerken messen lassen. Der erwähnte Versuch einer Rechtsverfassung des Netzwerks *als Vertrag* erscheint unter dieser Perspektive ungeeignet, weil er die Umwelтанforderungen allein auf den Vertrag bezieht („Vertragszweck“) und außer acht lässt, dass das Netzwerk selbst das institutionelle Arrangement darstellt, durch welches inkompatible Umwelтанforderungen „in ein tragbares Gegeneinander von verschiedenen Ebenen und Subsystemen, von Netzwerkknoten, Zentrale und Gesamtvernetzung“⁴⁴ übersetzt werden. Angemessen erfasst wird jene Zweitorientierung durch das Netzwerk dagegen mit Konstruktionen, die den „Netzzweck“ als einheitliche Zweckformel für die Doppelorientierung der Erwartungen der Netzteilnehmer an Vertrag *und* Netz benutzen.

Dem versucht der Vorschlag zu genügen, das nicht-vertragliche Ordnungsgefüge des Netzwerks als multilaterale Sonderverbindung zu erfassen, die mit Hilfe des „Vertragsverbundes“ als dogmatischem Schlüsselbegriff formuliert wird: Orientiert am Modell des Synallagmas im gegenseitigen Vertrag, bei dem zusätzlich zu den jeweiligen Leistungsverpflichtungen auch deren wechselseitige Verknüpfung als Vertragsinhalt vereinbart wird, soll auf Tatbestandsseite eine Doppelkonstitution von Vertrag und Verbund als Vertragsverbund vorliegen, sofern Inhalt des einzelnen Vertrages nicht nur die Vereinbarung eines Leistungsprogramms, sondern auch dessen Verknüpfung mit anderen Verträgen des Netzes ist.⁴⁵ Alternativ kann der Verbundzweck aber auch als außervertragliche Voraussetzung des Vertrages über die Figur des Wegfalls der Geschäftsgrundlage dogmatisch berücksichtigt werden.⁴⁶ Diese Sichtweise macht sich zu eigen, dass die Netzteilnehmer zwar nicht die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks im Sinne von § 705 BGB vereinbart haben, der Netzzweck jedoch zu den gemeinsamen Vorstellungen beim Vertragsschluss gezählt werden kann. Nachteilig erscheint jedoch, dass diese Figur nur in Ausnahmefällen eingreift und entsprechend die Formulierung positiver Kooperationspflichten im Netz erschwert. Unabhängig von der genauen Konstruktion ist nämlich in jedem Falle entscheidend, dass den Parteien eines vernetzten Vertrages jene Pflichten auferlegt werden, welche die Besonderheiten der netzwerkförmigen Kooperation stabilisieren und diese so der Gesellschaft als „fette Beute“ er-

⁴⁴ Vgl. *Teubner* Netzwerk als Vertragsverbund, 85 und 157.

⁴⁵ *Teubner* Netzwerk als Vertragsverbund, 123ff., der ein solches Verweisen des Vertrages tatbestandlich an drei Merkmalen festmachen will: (1) wechselseitige Verweisung der bilateralen Verträge aufeinander, (2) inhaltlicher Bezug auf das gemeinsame Projekt und (3) enge (v. a. wirtschaftliche) Kooperationsbeziehung zwischen den Beteiligten. Rechtsfolgenrechtlich soll eine (je nach Lage des Falls kumulative, alternative oder komplementäre) Doppelzurechnung von Netzwerkaktivitäten auf die Vertragsparteien und auf den Verbund erfolgen.

⁴⁶ So der Ansatz bei *Grundmann* AcP 207 (2007), 718 (742 ff.).

halten.⁴⁷ Ähnlich wie konkurrierende Akteure auf Märkten spezifischen Verhaltenspflichten unterworfen werden, damit der Wettbewerb als Prozess intakt bleibt und seine Ergebnisse gesellschaftlich abgeschöpft werden können.

III. Eigentum

Auch sofern es bei dem Rechtskonflikt nicht um vertraglich begründete Rechtspositionen, sondern um die Ausübung von Befugnissen aus dem Eigentum geht, ist eine mehrdimensionale Analyse der rechtlichen Grundfigur erforderlich. Das zeigt sich vor allem im Bereich des geistigen Eigentums. Unter dem Eindruck der Willensreferenz hatte das 19. Jahrhundert die Klagentypen des römischen Rechts in subjektive Rechte übersetzt, die als Herrschaftsrechte gedacht wurden: in die „erweiterte Herrschaft unseres Willens über ein Stück der äußeren Welt“, und entsprechend das Eigentum als Willensmacht „über ein begränktes Stück der unfreyen Natur“ bestimmt.⁴⁸ In der Folge kommt es bei der Schaffung von individuellen Rechten an geistigen Erzeugnissen zu einer doppelten Engführung: Zum einen wird das Sacheigentum insofern zum Paradigma, als die Zuordnung des Immaterialguts zum Rechtsinhaber nach dem Modell eines möglichst umfassenden Herrschaftsrechts konzipiert wird.⁴⁹ Zum anderen konzentriert sich das Recht auf die „persönliche Beziehung“ Rechtsinhabers zum Schutzobjekt. Diese personalistische Sichtweise durchzieht auch und gerade das Immaterialgüterrecht, insbesondere das Urheberrecht. Die ideell-persönlichkeitsbezogenen Interessen des Urhebers werden als so bedeutend eingeschätzt (Gierke), dass es des – auch rhetorischen⁵⁰ – Kraftaktes der Lehre vom Immaterialgüterrecht (Kohler) bedurfte, um die wirtschaftlichen Verwertungsinteressen des Urhebers rechtlich zu emanzipieren. Während diese Verselbständigung gemäß der dualistischen Konzeption des Urheberrechts in ein Nebeneinander zweier verschiedener Rechte mündet, wird sie im mo-

⁴⁷ In Anlehnung an *Hutter/Teubner* in: Fuchs/Göbel (Hrsg.) *Der Mensch – das Medium der Gesellschaft*, 1994, 110ff. (dort freilich speziell zur produktiven Ausbeutung psychischer Systeme durch Funktionssysteme).

⁴⁸ *Savigny* System des heutigen Römischen Rechts, Band 1, 1840, 338f. und die Obligation entsprechend als Willensherrschaft „über eine einzelne Handlung der fremden Person“. Zur historischen Differenzierung der subjektiven Rechte nach dem Inhalt des Rechts und ihrer Orientierung an der Unterscheidung von *actio in rem* und *actio in personam* vgl. *Michaels* in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, vor § 241 Rn. 38.

⁴⁹ Wenngleich sich das Immaterialgüterrecht unter dem Einfluss Kohlers von den konkreten Vorschriften des Sachenrechts zu emanzipieren wusste. Vgl. die Nachweise bei *Troller* Immaterialgüterrecht, Band I, 3. Aufl., 1983, 101.

⁵⁰ Zur Rolle der Rhetorik bei der Evolution des Rechts vgl. *Steinbauer* Gerechtigkeit als Zufall, 2007.

nistischen Ansatz in einem einheitlichen Recht mit doppelter Schutzfunktion verklammert. Die hierfür gebildete Metapher, die das Urheberrecht als Stamm eines Baumes sieht, dessen Wurzeln die ideellen und materiellen Interessen bilden würden,⁵¹ ist mit ihrer Fixierung auf die Interessen des Werkschöpfers freilich eher ungeeignet, die eigentlichen Spannungsverhältnisse zu erkennen, in die Schutzrechte heute gestellt sind.⁵²

Dazu ist der Differenzierungsimpuls in der Analyse des geistigen Eigentums, der mit der Unterscheidung von persönlichkeitsbezogenem und wertungsbezogenem Schutz gesetzt wird, konsequent weiterzudenken: neben der persönlichkeitsbezogenen stehen die institutionelle und auch die gesellschaftliche Dimension eines Schutzrechts. Das erschließt sich jedoch erst, wenn man Immaterialgüter von jeder Sachkonnotation befreit und als Kommunikationsstrukturen rekonstruiert.⁵³ Dann öffnet sich der Blick dafür, dass Immaterialgüter immer schon Kommunikationen in der Referenz von sinnbasierten sozialen Systemen sind, seien es Kunstwerke, wissenschaftliche Ausarbeitungen oder technische Handlungsanweisungen, die in juristischen Begriffen als „Werke“ oder als „Erfindungen“ abgebildet werden. Immaterialgüter sind nicht Teil der (wie auch immer umgebildeten) Natur, sondern entstammen als sinnförmige Aussagen einem kommunikativ gesponnenen Geflecht von Bedeutungen und Verweisungen, ohne das sie weder verstehbar sind noch überhaupt hervorgebracht werden könnten. Auch wenn ihre Entstehung einzelnen Personen (Autoren, Erfinder) zugeordnet wird, ist deren Aktivität gebunden an soziale Kommunikationssysteme.

Ähnlich wie bei der Rekonstruktion des Vertrages als sozialem Tatbestand gilt es auch im Recht des geistigen Eigentums, die Komplexität des sozialen Substrats der Rechtsfigur – hier also von Schutzrechten – wahrzunehmen. Dem versucht eine Reformulierung des Immaterialgüterrechts auf der zweigliedrigen Basis der *Relation* von Kommunikation und Bewusstsein Rechnung zu tragen. Als Ausdruck einer epistemischen Analyse des Rechts setzt sie bei dem Umstand an, dass das Recht über die Bedingungen von gesellschaftlicher „Wissensteilung“ entscheidet, d. h. über die Möglichkeiten von sozialen Systemen, Beobachtungskapazität von Bewusstsein für den Aufbau von Systemwissen zu gewinnen. Die Leitfrage einer solchen, die Bedeutung des Rechts für das Problem der Wissensteilung untersuchenden Betrachtungsweise lautet: „Wie ist das Recht einzurichten, damit die Beobachtungskapazität von Bewusstsein und ein entsprechend dezentral verteiltes Wissen für den Aufbau von Wissen in sozialen Systemen genutzt werden

⁵¹ Vgl. E. Ulmer Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., 1980, 114 ff.

⁵² Einen Überblick über die aktuellen Problemlagen vermitteln die Aufsätze in *Depenheuer/Peifer* (Hrsg.) Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, 2008.

⁵³ Ausführlich *Wielsch* Zugangsregeln, 2008, 31 ff.

kann?“ Im Rahmen einer soziologischen Jurisprudenz wird damit ein neuer Akzent gesetzt, indem nicht von Systemen aus gedacht, sondern in umgekehrter Richtung nach dem Beitrag der Umwelt für die Systemdifferenzierung gefragt wird. Diese Suche nach den Umweltbedingungen für die Autonomie von Systemen erweist das Denken eines „gesellschaftlichen Konstitutionalismus“ als Eigenart einer soziologischen Jurisprudenz.⁵⁴

Dieser Konstitutionalismus wird freilich erst dann voll erschlossen, wenn man berücksichtigt, dass sich das Verhältnis von Bewusstsein und Kommunikation übersetzt in Abhängigkeitsrelationen zwischen sozialen Systemen untereinander. Aus Sicht des Wirtschaftssystems ermöglichen Ausschließlichkeitsrechte die Appropriierung von Gebrauchsvorteilen und damit ein nutzenmaximierendes Verhalten bezüglich der Nutzung von Immaterialgütern, so dass diese zum Gegenstand von Wettbewerb werden können.⁵⁵ Durch die Einschränkung positiver Nutzungsexternalitäten haben Immaterialgüterrechte jedoch auch Bedeutung für die Wissensteilung in anderen Systemen. So ist die exklusive Zuweisung von Handlungsmöglichkeiten zur medialen Reproduktion von semantischen Artefakten auch für das Kunstsystem relevant, weil die Möglichkeiten Dritter zur Aktualisierung des im Werkstück verkörperten Sinns eine Einschränkung erfahren.⁵⁶

Die Mehrsystemrelevanz rechtlicher Institute, die als „Multifunktionalität“ des Rechts beschrieben werden kann,⁵⁷ führt die betroffenen Systeme dabei in *wechselseitige* Abhängigkeiten. Wenn das Recht etwa die Wissensteilung eines Systems durch die Schaffung von exklusiven Verwertungsrechten gleichsam dem Markt zum Lehen gibt, wird umgekehrt auch das Funktionieren des Marktes abhängig von der Gewährleistung der epistemischen Funktionsbedingungen des anderen Systems. Denn damit der Wettbewerb als Verfahren zur dezentralen Innovation expliziten Wissens eines bestimmten thematischen Diskurses dienen kann, müssen die sich mit Hilfe des Marktes beobachtenden Akteure über voneinander unabhängige Handlungsalternativen verfügen; das ist der Fall, wenn genügend Möglichkeiten zur freien Nutzung von Immaterialgütern in diesem Wissensbereich bestehen. Wettbewerb um Informationsgüter würde gleichsam austrocknen,

⁵⁴ Zum Ansatz eines gesellschaftlichen Konstitutionalismus in der Rechtstheorie noch näher unten IV. Aus sozialtheoretischer Sicht grundlegend *Sciulli* Theory of Societal Constitutionalism, 1992.

⁵⁵ Zur marktunktionalen Begründung von Schutzrechten vgl. *Ulbrich* GRUR Int. 1996, 555 (566) und *Mestmäcker/Schweitzer* Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 2004, § 28 Rn. 9, mit der Feststellung, „dass Immaterialgüterrechte geschaffen werden, damit sie zum Gegenstand von Marktprozessen werden können“. (Hervorhebung hinzugefügt)

⁵⁶ Nur am Rande sei angemerkt, dass es einer solchen Sicht auf geistige Schöpfungen entspricht, Schutzrechte als *Verbotsrechte* zu interpretieren, die dem Berechtigten die durchsetzbare Befugnis verleihen, jedem anderen bestimmte Handlungen in Bezug auf das Immaterialgut (etwa das Herstellen medialer Artefakte) zu verbieten.

⁵⁷ Vgl. *Wielsch* Freiheit und Funktion, 211 f.

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.

Zugleich wird die Bedeutung von Institutionen (Märkte, Unternehmen oder auch Netzwerke) für die systemische Wissensteilung deutlich. Da 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). Gemeinsam ist Institutionen, dass sie bestimmte Formen der sozialen Beobachtungsinszenierung darstellen, die es externen Beobachtern ermöglicht, ein soziales System als solches zu beobachten. Durch Märkte etwa kann man *die* Wirtschaft sehen.⁵⁸ 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. Für eine epistemische Analyse des Immaterialgüterrechts ergibt sich daraus die wichtige Konsequenz, Rechte und Pflichten 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.

Die Integrität der Prozesse sozialer Wissensteilung sicherzustellen, ist die Aufgabe von rechtlichen „Zugangsregeln“. Sie schränken mit Rücksicht auf die für den jeweiligen Diskurs grundlegenden Institutionen der Wissensteilung das Verbotrecht von Rechtsinhabern 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 Rechten an Immaterialgütern die Grundlagen für die Produktion solcher Güter unterläuft.⁵⁹ 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 sozia-

⁵⁸ Vgl. bereits oben bei Fn. 26.

⁵⁹ 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).

len 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.

Die Figur der Zugangsregeln ist dabei gezielt als ein neuer dogmatischer Schlüsselbegriff konzipiert, der im Vergleich zu dem Begriff der Schranke in mehrfacher Hinsicht abstrakter gefasst ist und besser geeignet scheint, neben der personenbezogenen Dimension von Immaterialgüterrechten auch deren institutionelle und gesellschaftliche Effekte in den Blick zu nehmen. Diese Erweiterung des Blickfeldes um die sozialen Dimensionen von Rechtsfiguren ist kein Selbstzweck. Aus freiheitlichem 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. Wird der „Sozialeffekt privatrechtlicher Institutionen“ (F. Böhm) vernachlässigt oder gar ausgeblendet, kann das Recht nicht umweltadäquat operieren und verfehlt jenen um das Kriterium der Umweltadäquanz angereicherten Gerechtigkeitsbegriff. Er hat die Entwicklung von dogmatischen Schlüsselbegriffen zur Aufgabe, mit denen das Recht seine Sozialeffekte intern reflektieren kann.

IV. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus als Methode

Die Musterung privatrechtlicher Grundfiguren durch die soziologische Jurisprudenz ließe sich für den Rechtsbegriff der Person fortsetzen, zumal für den der juristischen Person.⁶⁰ Wichtiger als die Vollendung des begrifflichen Dreigestirns, an dem die Welt des Rechts aufgehängt ist, erscheint abschließend aber ein Wort zum methodischen Verständnis, dem diese Reformulierungsversuche gleichermaßen verpflichtet sind: Der soziologischen Jurisprudenz liegt ein lernendes Sozialmodell des Rechts zu Grunde.⁶¹ Bei der Rechtsfindung „soll sich kein geschlossenes, richtiges („vernünftiges, „natürliches“) Konzept gegen die falsche Wirklichkeit durchsetzen, [und] es soll sich keine Wirklichkeit die Idee ihrer Richtigkeit anmaßen, sondern es soll sich die ‚Gesellschaft‘ (als begrenzt offene) auf der Grundlage ihrer bisherigen Erfahrungen neuen Erfahrungen aussetzen“ können.⁶² Die soziolo-

⁶⁰ Anzuknüpfen wäre dabei an die Gedanken von Teubner ZHR 148 (1984), 470 und ders. Recht als autopoietisches System, 1989, 172 ff. zum sozialen Substrat der juristischen Person.

⁶¹ Zum Gedanken lernender Sozialmodelle im Recht vgl. Wielsch Freiheit und Funktion, 194 ff.

⁶² Vgl. Wiethölter Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 8 (1982), 38 (56).

gische Jurisprudenz erkennt, dass gesellschaftliche Differenzierung sich nicht auf die Rationalität individuellen Handelns zurückführen lässt, sondern sich evolutiv vollzieht. Sobald eine Mehrzahl von Akteuren versucht, ihre gesonderten Pläne durchzuführen, haben die Entscheidungen Einfluss aufeinander. Durch die vielen Situationen doppelter Kontingenz fällt der Startschuss zur Bildung emergenter sozialer Systeme. Diese bilden sich keineswegs nur als Teilsysteme der Gesamtgesellschaft in Bezug auf eine bestimmte Funktion, sondern entstehen viel häufiger einfach als „frei gebildete Sozialsysteme“⁶³, wie das Beispiel der Netzwerke zeigt. Der evolutionäre Erfolg solcher sozialen Institutionen scheint sich dabei nach ihrer Kapazität zur Koordination von verteiltem und der Erzeugung von neuem Wissen zu beurteilen. Gegenüber der Transaktionskostenanalyse kehrt sich daher die Argumentationsrichtung um: Nur wenn die Institution über eine solche Kapazität verfügt, wird sie auch geeignet sein, einen effizienten Einsatz der verfügbaren Mittel herbeizuführen.

Die Rezeption des Evolutionsgedankens lässt die soziologische Jurisprudenz nicht normativ orientierungslos werden. Er verpflichtet sie vielmehr auf einen gesellschaftlichen Konstitutionalismus: erstens die Voraussetzungen für Variation zu erhalten und zweitens neu auftauchende soziale Kooperationsstrukturen zu stabilisieren. Dieses Programm führt nicht etwa zu einer Unterschätzung der Rolle des Individuums. Gerade umgekehrt ist es in seinem ersten Teil nur einlösbar, wenn die Existenz unorganisiert-spontaner Bereiche, vor allem aber „Individualität“ als unersetzlicher Variationsgeber rechtlich anerkannt wird.

Die zweite Forderung verlangt vom Recht selbst, die im Fall betroffenen sozialen Handlungssysteme sorgfältig zu identifizieren. Bereits bei der vertraglichen Beziehung hat sich gezeigt, dass dazu der Blick auf den Parteiwillen oft nicht ausreicht. Neben der „Willensreferenz“ steht notwendig die Berücksichtigung anderer Umweltreferenzen, um die fremdsystemisch konstituierten Voraussetzungen der Inanspruchnahme von Privatautonomie zu gewährleisten. Im Vergleich mit der traditionellen Rechtsgeschäftslehre, die auf dem Konsensmodell und Prinzip vertraglicher Relativität beruht, legt die soziologische Jurisprudenz eine „Gesamtbetrachtung“ der Rechtsverhältnisse nahe. Eine solche zählt bezeichnender Weise zum methodischen Arsenal des Kartellrechts, das ausdrücklich auch die Integrität des transindividuellen *Prozesses* des Wettbewerbs schützt, der aus der Ausübung von Handlungsfreiheiten entsteht. Um die Auswirkung einer Vereinbarung auf den Wettbewerb rechtlich zu beurteilen, ist dort die Notwendigkeit anerkannt, den wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhang zu berücksichtigen, in dem die Vereinbarung steht und etwa mit anderen, ähnlich

⁶³ Vgl. *Luhmann Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997, 812f.

gelagerten zu einer kumulativen Wirkung führen kann.⁶⁴ Auch auf der Rechtsfolgenseite besteht eine Nähe zum prozessorientierten Denken des Kartellrechts. Denn speziell in Fällen, in denen die Logik der sozialen Kooperation des Handlungssystems mit widersprechenden Anforderungen aus seiner Umwelt der Funktionssysteme konfrontiert ist, lässt sich den Kollisionen durch die Formulierung von Inkompatibilitätsregeln Rechnung tragen. Ähnlich wie das Kartellrecht aus Respekt vor der Eigengesetzlichkeit des Wettbewerbsprozesses in der Regel nur negative Verhaltenspflichten statuiert, ist danach zu fragen, welches Verhalten den Beteiligten verboten ist, um nicht die spezifische Funktionsweise einer sozialen Institution zu beeinträchtigen.

Aus dem gleichen Grund, aus dem einst Jhering die bei Savigny den Rechtsinstituten nachgelagerten Rechtssätze vorgelagert⁶⁵ und damit dem Recht die Frage nach seiner Funktion ins Stammbuch geschrieben hat, lenkt auch für die soziologische Jurisprudenz nicht mehr das Rechtsinstitut als Typus die Suche nach der Regel, die sich ihm einzupassen hätte. Vielmehr sind umgekehrt die privatrechtlichen Grundbegriffe so zu reformulieren und gegebenenfalls um neue dogmatische Schlüsselbegriffe zu ergänzen, dass sie einen gesellschaftlichen Konstitutionalismus tragen können. Den Auftrag dazu erhält das Recht aus der erwähnten Mehrsystemrelevanz seiner Institute: durch den Umstand, dass durch die Ausübung von Rechten eine Vielzahl von systemischen Umwelten gleichzeitig betroffen ist und über die Möglichkeiten der Beobachtung durch Bewusstsein und Kommunikation in den verschiedenen Bereichen gesellschaftlicher Wissensteilung entschieden wird. Unter den gesellschaftlichen Funktionssystemen ist das Recht spezialisiert auf die intersystemischen Beziehungen, es steht bildlich gleichsam „inmitten“ der Systeme und ihrer Umwelten. Der erweiterte Gerechtigkeitsbegriff der soziologischen Jurisprudenz trägt dieser multiplen Konnektivität des Rechts und seiner Verpflichtung zu einem multilateralen Konstitutionalismus Rechnung – *instituta mediatrix!*

Mit diesem Vorschlag verbindet sich der Appell an das Recht, die soziale Mehrdimensionalität seiner Grundfiguren vollumfänglich zur Kenntnis zu nehmen. Nur so kann das politische Moment rechtlicher Begriffskonstruktion reflektiert werden.⁶⁶ Es resultiert aus dem Umstand, dass die Ausübung von Rechten und ihre Interpretation gesellschaftsweit verbindliche Wirkung haben, ohne dass diese jedoch vom politischen System im engeren Sinne

⁶⁴ Dieser Gedanke wurde früh zum festen Bestandteil der Rechtsprechung zum europäischen Wettbewerbsrecht, vgl. etwa EuGH, Rs. 23/67, Slg. 1967, 544, 555 – *Brasserie de Haecht*.

⁶⁵ Vgl. die Kennzeichnung bei *Wiethölter* in: FS Raiser, 1974, 645 (661f.).

⁶⁶ Dass Begriffskonstruktion als Eigenleistung des Rechts eminent politisch ist, haben jüngst *von der Crone/Wegmann* ZSR 2007, 111 (131) noch einmal hervorgehoben. Der grundlegende Text ist *Wiethölter* Rechtswissenschaft, 1968, 179ff.

programmiert werden könnte. Der Vielzahl von systemischen Umwelten, die durch die Ausübung von Rechten betroffen sind, steht eben in der Gesellschaft kein allzuständiges Koordinationszentrum gegenüber. Gerade wegen der Eigenart der juristischen Argumentation – der Bindungswirkung von Präjudizien, den dezisionistischen Elementen von Entscheidungen der Gerichte, dem selektiven Gedächtnis der Dogmatik – trägt das Recht eine eigene politische Verantwortung. Eine soziologische Jurisprudenz stellt sich dieser Verantwortung.