

Die Bedeutung der Wissenschaft für das Recht

Thesen zur Ancilla Iuris, dargestellt am Beispiel des Wirtschaftsrechts

Andreas Abegg

Zusammenfassung

Die Rechtsdogmatik insbesondere des Wirtschaftsrechts läuft mit ihrer bipolaren Sicht konstant Gefahr, dass ihre Fragestellungen gesellschaftliche Dimensionen ausblenden und in entsprechenden Abwägungsvorschlägen zwischen zwei Beteiligten enden. Hiermit wird zugleich die Sicht des alt-liberalen Vermögensrechts verstärkt, das im Gefolge von Savigny das Individuum von der Gesellschaft isolierte und unter Herauslösung des aristotelischen Äquivalenzerfordernisses aus der Willenstheorie jegliche Rückkopplung des individuellen Handelns an die soziale Kompatibilität verneinte. Um die Wirklichkeitskonstruktion des Rechts auf ihre gesellschaftlichen Effekte zu überprüfen und damit einem Modell der ausdifferenzierten Gesellschaft über den Marktmechanismus hinaus Rechnung zu tragen, muss diese monopolisierende Zweiparteien-Sicht der Dogmatik und ihre Interessenabwägung zwar nicht beseitigt, aber doch durch weitere Operationen ergänzt werden, mit denen Recht seine gesellschaftliche Umwelt beobachten kann.

I.

„Die feste regelhafte Bestimmtheit aller äusseren Rechte und Pflichten wird ... als ein um seiner selbst willen erstrebenswertes Gut erscheinen ...“ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1921-1925, 502

Akzeptiert man die Beschreibung der heutigen Gesellschaft als eine in unabhängige Diskurse fragmentierte, respektive polykontexturale Gesellschaft,¹ so gibt es die Autonomie² der Rechtsdogmatik nur unter der Bedingung gesellschaftssensibler Rechtsbegriffe.³ Damit sind Rechts-

begriffe gemeint, die sich sozusagen ihrer Bedeutung für die Koevolution der gesellschaftlichen Diskurse bewusst sind. Man könnte von einer morphogenen Schlaufe sprechen, in welcher Informationen über die gesellschaftlichen Effekte von Recht im Recht gesammelt werden und sodann die Rechtsoperationen anhand dieser Informationen eine neue Ausrichtung erhalten. Ziel dieser steten Neuausrichtung der Rechtsoperationen kann – der postmodernen Beschreibung der Gesellschaft als fragmentierter Gesellschaft entsprechend – nichts anderes sein als die Erhaltung der Autonomie, genauer: die Fortsetzung der Autopoiese des Rechts in der dynamischen Koevolution der gesellschaftlichen Systeme.⁴ Das Unterfangen, in einem dergestalt morphogenen Prozess gesellschaftssensible Rechtsbegriffe zu gewinnen, unterliegt jedoch einer zweifachen Schwierigkeit: erstens Informationen über die gesellschaftlichen Effekte von Recht zu finden und diese zweitens in die Normativität des Rechts zurück zu überführen.

II.

Diese Schwierigkeiten – so meine These – kann eine spezifische Verbindung von Wissenschaft und Recht mildern. Was ich damit meine, ist bereits im Deckenfresko der vatikanischen Bibliothek, in der stanza della Segnatura, 1508-11 von Raffael (1483-1520) erschaffen, angedeutet:⁵

Justitia mit ihren Attributen Waage und Schwert wird von vier Putten umgeben, die auf zwei Tafeln den Spruch aus dem Corpus Iuris Civilis darstellen „ius suum unicuique tribuit“. Damit ist auf das Proprium des Rechts in der Gesellschaft hingewiesen – auf die Aufgabe, Recht zu sprechen und Recht nötigenfalls mit Gewalt durchzusetzen.

1 In nuce ist damit eine Gesellschaft bezeichnet, in welcher sich unterschiedliche Rationalitäten wie Politik, Wirtschaft, Recht, Religion etc. ausdifferenziert haben und damit jeweils unterschiedlichen Leitdifferenzen folgen. Grundlegend ist die entsprechende Beschreibung bei Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Tübingen, 1980/1921-1925); darauf aufbauend Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie* (Frankfurt a.M., 1987) mit Bezug zu Gotthard Günther, *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik* (Hamburg, 1976). In diesem Punkt treffen sich im Wesentlichen die postmodernen Theorien: unter anderen z.B. Michel Foucault, *Die Ordnung des Diskurses* (Frankfurt a.M., 1972/2003); Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (Frankfurt a.M., 1992).

2 Diese Autonomie ist nicht mit Autarkie gleichzusetzen. Siehe hierzu Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System* (Frankfurt a.M., 1989).

3 Vgl. hierzu Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt a.M., 1993), 496 ff.; analog zu den Naturwissenschaften Humberto Romecin Maturana/Francisco J. Varela, *Der Baum der Erkenntnis: die biologischen Wurzeln des menschlichen Erkennens* (Bern, 1987), 66.

4 Ausführlicher hierzu Andreas Abegg, *Regulierung hybrider Netzwerke im Schnittpunkt von Wirtschaft und Politik*, KritV im Erscheinen (2006).

5 Jüngst zur Stanza della Segnatura siehe Christiane L. Joost-Gaugier, *Raphael's Stanza della Segnatura meaning and invention* (Cambridge, 2002), m.w.H. auf die zahlreiche Literatur.



Justitia

Philosophie



Poesie

Theologie

Ein Blick auf das gesamte Fresko zeigt, dass Justitia neben den anderen Fakultäten der Theologie, Philosophie und Poesie (die nach päpstlicher Theorie die Medizin ersetzt) dargestellt wird. In der stanza della Segentura, die als Bibliothek und Studierzimmer ausgestattet wurde und deren Name auf das höchste Gericht des Heiligen Stuhls zurückgeht, wird mit diesem ikonographischen Programm auf die Fähigkeiten des menschlichen Geistes hingewiesen und gleichzeitig die Notwendigkeit des umfassenden Wissens betont.⁶ Und nach neuerer Leseart wird bereits am Anfang des 16. Jahrhunderts mit der Darstellung der Fakultäten im Raum der Bibliothek darauf hingewiesen, dass die Wissenschaft – will sie ihren Gegenstand, Wissen über die Gesellschaft zu sammeln, nicht verfehlen – sich mit der Gesellschaft, die sich in unterschiedliche Rationalitäten ausdifferenzieren beginnt, zu befassen und entsprechend zu organisieren hat. Und umgekehrt wird damit gleichzeitig angedeutet, dass eine ausdifferenzierte Gesellschaft auf die Gesellschaftsbeschreibungen der Wissenschaft angewiesen ist.⁷

6 Wolfgang Schild, *Bilder von Recht und Gerechtigkeit* (Köln, 1995), 56.

7 Vgl. hierzu mit einer Interpretation von Lorenzetti's „Il Buon Governo“: Gunther Teubner, *Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von private governance regimes*, *Rechtshistorisches Journal* 17 234-265 (1998).

III.

Die Evolutionstheorie lehrt uns, dass die in den Strukturen (als Kommunikation steuernde Erwartungen) des Rechts gespeicherten Informationen das Resultat vergangener Selektionen sind. Als solche sagen sie mehr über die bisherige als über die gegenwärtige oder zukünftige Evolution aus. Folglich ist davor zu warnen, Rechtsstrukturen als unmittelbar funktional zu aktuellen Umweltbezügen zu denken. Dies gilt freilich auch insofern, als die im Recht installierten Möglichkeiten zur Beobachtung der Umwelt des Rechts nicht notwendigerweise in einem funktionellen Zusammenhang mit den aktuellen Rechtsfiguren stehen.⁸

Für das Beispiel des Wirtschaftsrechts ist damit – in nuce und im Sinne einer *histoire de longue durée à la manière de Braudel*⁹ – folgende Pfadabhängigkeit angesprochen: Mit der Positivierung wurden die gesellschaftlichen Einflüsse auf das Recht eingeeignet und das Recht nach innen stark formalisiert. Damit waren, so Max Weber, das bürgerliche Recht und der bürgerliche Rechtsstaat gegen revolutionäre Tendenzen abgesichert¹⁰, nach innen formalisiert¹¹ und von jenen Einflüssen der Gesellschaft weitgehend befreit, die sich gegen die bürgerlichen Grossprojekte des freien Marktes und des Rechtsstaats gerichtet hatten.¹² Vor diesem historischen Hintergrund stabilisierter Selektionen der Vergangenheit zeigen sich die Einschränkungen gesellschaftlicher Bezüge im heutigen Wirtschaftsrecht in den Sichtbegrenzungen des Gerichtsprozesses. Die Begrenzung des Gerichtsprozesses auf die Bipolarität des vorgelegten Falles verhindert, den jeweiligen gesellschaftlichen und historischen Kontext wahrzunehmen; die rechtsinterne

8 Van Valen zeigte für die Biologie, dass Systeme mit längerer Evolutionsgeschichte nicht besser, sondern schlechter an die Umwelt adaptiert sind: Leigh Van Valen, *A New Evolutionary Law, Evolutionary Theory* 1 1-30 (1973); grundlegend für die Evolutionstheorie des Rechts ist Marc Amstutz, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft* (Baden-Baden, 2001).

9 Fernand Braudel, *Die Dynamik des Kapitalismus* (Stuttgart, 1997).

10 Siehe dazu Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Tübingen, 1980/1921-1925), 497 ff., vor allem 502: „Die feste regelhafte Bestimmtheit aller äusseren Rechte und Pflichten wird ... als ein um seiner selbst willen erstrebenswertes Gut erscheinen, und diese spezifisch 'bürgerliche' Grundlage ihres Denkens bedingte ihre entsprechende Stellungnahme in den politischen Kämpfen, welche um die Eindämmung der autoritären patrimonialen Willkür und Gnade geführt wurden.“

11 Im Sinne von formaler Gleichheit in der Marktgesellschaft und Berechenbarkeit des Rechts als zentrale Voraussetzung des freien Marktes: Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Tübingen, 1980/1921-1925), 505.

12 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Tübingen, 1980/1921-1925), 497 ff., 502 f. und 505.

Wirklichkeitskonstruktion des Zwei-Parteien-Prozesses blendet die komplexeren Zusammenhänge aus und fokussiert auf die bilateralen Ansprüche und Gegenansprüche, womit übergreifende Konflikte und Risiken immer nur begrenzt, d.h. aus der Perspektive von Kläger und Beklagtem, rekonstruiert werden. Die Rechtsdogmatik läuft mit dieser bipolaren Sicht konstant Gefahr, dass ihre Fragestellungen immer nur jenes zweiseitige Schema widerspiegeln und in entsprechenden Abwägungsvorschlägen zwischen zwei Beteiligten enden.¹³ Hiermit wird zugleich die Sicht des alt-liberalen Vermögensrechts widerspiegelt und verstärkt, das im Gefolge von Savigny das Individuum von der Gesellschaft isolierte und unter Herauslösung des aristotelischen Äquivalenzerfordernisses aus der Willens- theorie jegliche Rückkopplung des individuellen Handelns an die soziale Kompatibilität verneinte.¹⁴ Um die Wirklichkeitskonstruktion des Rechts auf ihre gesellschaftlichen Effekte zu überprüfen und damit einem Modell der ausdifferenzierten Gesellschaft Rechnung zu tragen, muss diese monopolisierende Zweiparteien-Sicht der Dogmatik und ihre Interessenabwägung zwar nicht beseitigt, aber doch durch weitere Operationen ergänzt werden, mit denen Recht seine gesellschaftliche Umwelt beobachten kann.

IV.

Seit dem Ende des 19. Jahrhunderts geschieht der Einbezug der gesellschaftlichen Umwelt in erster Linie durch einen verstärkten Bezug des Wirtschaftsrechts zur Politik. Unter gleichzeitiger Beibehaltung der ökonomisch-liberalen Ziele verstärkten sich die Anstrengung der Politik, die vom freien Markt versprochenen Ziele unter anderem mit Hilfe des (Wirtschafts-) Rechts einzulösen.¹⁵ Neben die weitgehende Selbstdeterminierung der sich ständig wan-

delnden Wirtschaft, im Privatrecht heute abgebildet durch das Institut der Vertragsfreiheit¹⁶, trat die Aufgabe der Politik, Wirtschaft als freie Ordnungsbildung zu erhalten und mit anderen Gesellschaftsbereichen zu kompatibilisieren – im Sinne einer gesellschaftskompatibilisierenden Funktion.¹⁷ Doch heute kann auch die alleinige Übernahme einer *politischen Perspektive*, vor allem mittels teleologischer Methode, die Rückbindung des Rechts an die Gesellschaft nicht leisten, da sie im Wesentlichen die Wirklichkeitskonstrukte der politischen Parteien und insbesondere der beteiligten Wirtschaftsverbände und sonstigen Interessengruppen reflektiert. Hinter dem Unvermögen der Politik, den genannten Ansprüchen zu genügen, steht freilich nichts anderes als wiederum die ausdifferenzierte Gesellschaft: Die verschiedenen gesellschaftlichen Diskurse sind der Politik ebenso fremd wie dem Recht.¹⁸

Es muss somit im Beispiel des Wirtschaftsrechts darum gehen, die *rechtseigene Beobachtung der Gesellschaft* zusätzlich zum Bezug zur Wirtschaft (vor allem mittels Vertragsfreiheit) und Politik (vor allem mittels teleologischer Methode) zu *erweitern* – und zwar durch Beobachtungen, welche die starke evolutorische Dimension der heutigen Gesellschaft und ihre Aufspaltung in konfligierende Diskurse berücksichtigen können.

Allerdings droht eine Beschreibung der Rechtsumwelt ohne Folgen auf das Recht zu bleiben, wenn nicht die *Eigenständigkeit der rechtlichen Dogmatik* berücksichtigt wird. Denn Neuerungen unterliegen im Recht einem rigiden Anschlusszwang: Sie müssen an die vorhandene Dogmatik anschliessen und insbesondere deren Integrität berücksichtigen. Diese Integrität des Rechtssystems folgt einerseits daraus, dass sich Recht auf die Gesellschaft vor allem fallbezogen¹⁹ ausrichtet und andererseits daraus, dass Neues an das vorhandene kohärente System anschliesst.²⁰ Indes

13 Gunther Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund: Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht (Baden-Baden, 2004), 10 f.

14 Vgl. Friedrich Karl Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1-4 (Berlin, 1973/1840), Band I, 371; hierzu auch Franz Böhm, Die Aufgaben der freien Marktwirtschaft: ungelöste Fragen, insbesondere das Monopolproblem (München, 1951), 5 ff., vor allem 6 f., bei welchem Savignys Trennung wieder anklängt. Zu den Entwicklungen in der Willens- theorie vgl. James Gordley, Contract, Property, and the Will – The Civil Law and Common Law Tradition, in: Scheiber (Hg.), The State and Freedom of Contract 66-86 (Stanford, 1998).

15 Gert Brüggemeier, Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts, in: Assmann/Brüggemeier/Hart/Joerges (Hg.), Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts 9-81 (Bremen und Frankfurt a.M., 1980), 73; in dieser neuen Funktionalität des Rechts liegt die Forderung nach Folgenberücksichtigung begründet: Walter Schlupe, Über Funktionalität im Wirtschaftsrecht, in: Walder/Jaag/Zobl (Hg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994 139-180 (Zürich, 1994), 158 f. und 163 f.

16 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Vertragsfreiheit erst einen fortwährenden Eingang in den privatrechtlichen Diskurs und vor allem in Art. 19 Abs. 1 OR fand, als im gesellschaftlichen Kontext unter dem Topos der 'sozialen' Ausgestaltung des Privatrechts der Einfluss der Politik neben und gegen die beinahe ausschliessliche Anbindung des Privatrechts an die Wirtschaft trat: vgl. Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (Frankfurt a.M., 1993), 465 ff., vor allem 468.

17 Amstutz betont mit Rekurs auf Polanyi die Eigenschaft dieses kompatibilisierenden Rechts als 'planungsloses Planungsrecht', welches die geplante Marktwirtschaft ad hoc und in pragmatischer Weise bremsen soll: Marc Amstutz, Historizismus im Wirtschaftsrecht, in: Schweizer/Burkert/Gasser (Hg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag 9-29 (Zürich, 2002), 24 f.; Karl Polanyi, The Great Transformation (Beacon Hill, 1995/1944), 194 ff.

18 Gunther Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund: Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht (Baden-Baden, 2004), 10 ff.

stellt der rigide dogmatische Anschlusszwang eine grosse Hürde für aussersystemische, d.h. vor allem ausserrechtliche Kontextvorgaben dar, da das Recht zwar von aussersystemischen Werten in den Prinzipien ausgehen und solche neue Kontextvorgaben in die Prinzipien aufnehmen kann, diese jedoch (systemtheoretisch gesprochen: aufgrund der verschiedenen Leitdifferenzen) stark formalisiert und von den anderen Systemen abkoppelt, respektive systemintern rekonstruiert.²¹ Eine externe, etwa soziologische oder wirtschaftswissenschaftliche Sicht der Gesellschaft kann somit nicht ohne weiteres in Recht übernommen werden.

Was es infolgedessen braucht, sind *wissenschaftliche Analysen von „Recht in Gesellschaft“*, die sodann in einem zweiten Schritt durch eine autonom rechtliche Rekonstruktion ins Recht überführt werden, respektive rechtsintern rekonstruiert werden, womit es sich um die rechtsinterne Beobachtung von Fremdbeobachtungen des Rechtssystems (etwa durch die Soziologie) handelt.²² In einer solchen Kooperation von Wissenschaft und Recht soll die Autonomie, d.h. die jeweilige Eigenrationalität, sowohl von Wissenschaft als auch von Recht gewahrt bleiben. Es ist dabei gerade beim Wirtschaftsrecht von zentraler Bedeutung, dass die juristische Rekonstruktion nicht allein auf ökonomische Theorien abstellt, welche die zu beurteilenden Phänomene auf ihre ökonomische Effizienz untersuchen.²³ Um darüber hinaus eine Einbettung in die gesellschaftlichen Kontexte zu erhalten, bedarf es der juristischen Rekonstruktion einer breiten Palette von wissenschaftlichen Beobachtungen.

19 Diesen Aspekt betont *Jörg Paul Müller*, Herausforderungen der demokratischen Verfassung an die juristische Methodenlehre, in: Hänni (Hg.), *Mensch und Staat – Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag* 381-394 (Freiburg i.Ue., 2003), 393 f., in seiner Forderung nach einer demokratischen Methodenlehre.

20 So bereits *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Tübingen, 1980/1921-1925), 181.

21 *Hugh Collins*, *Regulating Contracts* (Oxford, 1999), 31 ff.

22 In diesem Sinn relativieren sich denn auch Luhmanns Einwände gegen eine Normativierung der Systemtheorie: *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt a.M., 1993), 31, vgl. aber immerhin auch 24 ff.

23 Hierauf wies bereits Polanyi mit Nachdruck hin: *Karl Polanyi*, Die zwei Bedeutungen von „wirtschaftlich“, in: *Ökonomie und Gesellschaft* 209-218 (Baden-Baden, 1979), 209 ff.; ebenso jüngst *Marc Amstutz*, *Historizismus im Wirtschaftsrecht*, in: *Schweizer/Burkert/Gasser* (Hg.), *Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag* 9-29 (Zürich, 2002), 9 ff.