

**Subjektive Freiheitsrechte als Elemente von Selbstorganisations-  
und Selbstregulierungsprozessen in der liberalen Gesellschaft  
- dargestellt am Beispiel der Bedeutung der Intellectual  
Property Rights in der neuen Netzwerkökonomie**

**Von Thomas Vesting, Augsburg**

- I. Vorbemerkung zum Zusammenhang von subjektiven Rechten, Grundrechten und liberaler Gesellschaft
- II. Präzisierung der hier verfolgten Fragestellung
- III. Zur Stellung des Individuums in der teleologischen Ordnung der Tradition
- IV. Zur Genese und Funktion subjektiver Freiheitsrechte
  - 1. Zur funktionalen Differenzierung der modernen Gesellschaft
  - 2. Zur Umstellung der modernen Gesellschaft auf Zukunftsorientierung
  - 3. Zum Zusammenhang von subjektiven Freiheitsrechten und „nachträglicher“ Ordnungsbildung
  - 4. Zur Engführung des subjektiven Rechts im deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrecht
  - 5. Subjektive Rechte zwischen Freiheit und (Selbst-)Bindung
- V. Zur Funktion des Eigentums
  - 1. Zur Kritik der herrschenden Meinung
  - 2. Zur Formulierung eines „netzwerkgerechten“ Eigentumschutzes
- VI. Intellectual Property Rights in der neuen Netzwerkökonomie
  - 1. Zur Dynamik der neuen Netzwerkökonomie
  - 2. Vom personalen zum „netzwerkgerechten“ Schutz von IP-Rechten: Microsoft, Linux und Napster als Beispiele
  - 3. Zur Kritik der Entwicklung der europäischen Gesetzgebung zum Patentschutz für Computersoftware
  - 4. Zusammenfassung
- VII. Abschließende Bemerkung

## I. Vorbemerkung zum Zusammenhang von subjektiven Rechten, Grundrechten und liberaler Gesellschaft

Eine der wohl bedeutendsten Errungenschaften des modernen Rechts ist die Rechtsfigur der „subjektiven Rechte“. Trotz aller Debatten über die Bedeutung der Grundrechte für die Konturierung des subjektiv öffentlichen Rechts<sup>1</sup>, werden subjektive Rechte in der Perspektive des deutschen öffentlichen Rechts regelmäßig auf ihre Funktion der Gewährleistung institutioneller Rechtsschutzmöglichkeiten reduziert. Das subjektive Recht wird im Anschluß an Georg Jellinek als rechtlich anerkannte und geschaffene „Willensmacht“ konstruiert, die ausschließlich im „individuellen Interesse“ besteht.<sup>2</sup> Diese Reduktion der Funktion subjektiver Rechte auf Aspekte des gegen staatliches Handeln gerichteten Individualrechtsschutzes, die in der grundrechtlichen Figur der Eingriffsabwehr noch einmal abgebildet wird<sup>3</sup>, hat sich in einer theoretischen Verarmung der verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Diskussion niedergeschlagen, die der Bedeutung subjektiver Freiheitsrechte in einer liberalen Gesellschaftsordnung kaum angemessen erscheint. Insbesondere ist die dem Positivismus des späten 19. Jahrhunderts noch vertraute Einsicht, dass sich der Sinn subjektiver Rechte nur unter Berücksichtigung der *historischen* Entgegensetzung der liberalen Freiheitsrechte *gegen* die untergehende „alteuropäische“ Ordnung der ständischen Gesellschaft erschließt<sup>4</sup>,

---

<sup>1</sup> Dazu z.B. einerseits *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, München 1997, S. 155 ff., 157; andererseits z.B. *R. Wahl*, Die doppelte Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts, DVBl. 1996, S. 642 ff., 645; *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, S. 67 ff., 71; zur Genese der Diskussion, ob Grundrechte subjektive öffentliche Rechte sein können vgl. *O. Bühler*, Die subjektiven Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, S. 61 ff.

<sup>2</sup> *G. Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 44, 51. Aus neuerer Zeit vgl. nur *F. Schoch*, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1999, S. 457 ff. („rechtlich zuerkannte Willensmacht“ zur Verfolgung ausschließlich „personaler Interessen und Positionen“); *Schmidt-Aßmann*, FN 1, S. 75 („Willensmacht, die Rechtsordnung zur Verfolgung eigener Interessen einzusetzen“); *Maurer* FN 1, S. 149 („verliehene Rechtsmacht“ zur „Verfolgung eigener Interessen“).

<sup>3</sup> Vgl. nur *B. Schlink*, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984, S. 457 ff.; *G. Lübke-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Baden-Baden 1988.

<sup>4</sup> Vgl. nur *Jellinek*, FN 2, S. 94 ff. Die Forderungen nach individueller Freiheit

in der gegenwärtigen Dogmatik erstaunlich wenig präsent. Diese theoretische Verarmung muss um so mehr verwundern, als die theoretische und praktische Durchsetzung subjektiver Rechte die Umstellung auf eine neue Logik kollektiver Ordnungsbildung eingeleitet hat, die auf der Dezentralisation der Rechtsproduktion beruht, deren Träger ihrerseits an keine vorgegebene substantielle Gemeinschaft mehr gebunden sind.

Mit dieser einleitenden Überlegung soll zunächst daran erinnert werden, dass die Rechtsfigur der subjektiven Rechte von Anfang an eng mit der Vorstellung individueller Grund- und Freiheitsrechte verknüpft gewesen ist, die die frühen liberalen Autoren wie Hobbes und Locke bekanntlich als vorstaatlich (also „natürlich“) gedacht haben. Die Auflösung sozialer Bindungen der ständischen Ordnung und die unter anderem in der Rechtsfigur der subjektiven Rechte zum Ausdruck kommende „Personalisierung von Rechtslagen“ kann deshalb nicht vom Aufkommen der modernen liberalen Gesellschaft getrennt werden.<sup>5</sup> Im Gegenteil, die allmähliche Dekomposition der alten Formen der statischen Ordnung der Tradition durch eine neuartige distribuierte Form der dynamischen Ordnungsbildung zeigt gerade, dass mit dem Siegeszug des Liberalismus nicht einfach ein „entfesselter Kapitalismus“, der ohne Regeln und Gesetze funktionieren würde, neben den alten Staat getreten ist. Vielmehr hat sich allmählich eine Wirtschaftsordnung herausgebildet, die auf der Vorstellung der Privatautonomie und ihr entsprechenden Regeln und Gesetzen aufbaut; dazu gehören vor allem Vertragsfreiheit, frei verfügbares Eigentum und Anerkennung der Rechtsfähigkeit von Korporationen.<sup>6</sup> Die Rechtsfigur der subjektiven Rechte ist also keineswegs Produkt eines asozialen Individualismus, adressiert an private Subjekte, die, einmal aus der Vormundschaft der traditionellen

---

richtete sich also vor allem gegen die in der alten Welt üblichen Beschränkungen, die Pressefreiheit z.B. gegen die Zensur.

<sup>5</sup> *N. Luhmann*, Das Recht hat der Gesellschaft, 1993, S. 291, 275; *K.-H. Ladeur*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000, S. 15 f.

<sup>6</sup> Zu diesen Zusammenhängen vgl. nur *F. Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1967, S. 249 ff., 254, 352. Auf die zentrale Bedeutung der Vertragsfreiheit für die liberalen Freiheitsrechte hat z.B. auch Max Weber immer wieder hingewiesen. Vgl. nur *M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1922), 1980, z.B. S. 398 f., 498.

Ordnung befreit, endlich tun und lassen könnten, was sie wollen – und die ihren „Gegensatz“ in einem davon scharf zu trennenden Bereich des Öffentlichen und ihre „Schranke“ in einem das Gemeinwohl definierenden und verwaltenden Staates finden würden.<sup>7</sup> Subjektive Freiheitsrechte sind das Resultat der Emergenz eines *neuen* transsubjektiven Beziehungsnetzwerks, innerhalb dessen der Aufbau und die Stabilisierung von Beziehungen *zwischen* Individuen und Organisationen durch dezentrale privatautonome Entscheidungen und eine daran anschließende „spontane“ Verknüpfung der daran gebundenen *Effekte* erfolgt, d.h. über eine Form der „nachträglichen“ Ordnungsbildung, die gegebenenfalls sekundär durch staatliche und öffentliche Rechtsentscheidungen modelliert werden muß.<sup>8</sup>

Die Erhaltung der Produktivität und Innovationsfähigkeit der kollektiven Beziehungsnetzwerke der modernen Gesellschaft wird damit an höchst voraussetzungs-volle rechtliche Institutionen geknüpft. Dies auch deshalb, weil die neue Ordnung von verteilten Entscheidungsrechten so offen, flexibel und lernfähig angelegt sein muss, dass die unablässige Produktion des Neuen in rechtlichen Formen bearbeitet werden kann; das Recht muss also normative Erwartungen, die sich in der Praxis bewährt haben, gegenüber Enttäuschungen sichern und gleichzeitig Veränderung zulassen. Gerade weil sich die moderne Gesellschaft nicht länger an der Vergangenheit orientieren kann, sondern sich zwangsläufig auf das Unbekanntsein der Zukunft einlassen muss, ist eine liberale Rechtsordnung auf den Einbau von Selbstrevisions- und Lernfähigkeit angewiesen. Dem dient einmal die Rückbindung des liberalen Rechts an demokratisch legitimierte Verfahren, in denen das geltende Recht jederzeit geändert werden kann. Diesem Zweck dienen aber auch die subjektiven Freiheitsrechte, die gerade deshalb abstrakt und zweckfrei als negative Grenzen (und nicht: als positive Ziele) formuliert werden, weil die

---

<sup>7</sup> Diese strikte Trennung des Privaten und des Öffentlichen entspricht allerdings der deutschen Tradition. Vgl. nur *Jellinek*, FN 2, S. 6.; aus neuerer Zeit z.B. *E.-W. Böckenförde*, *Recht, Staat, Freiheit*, 1992, insb. S. 209 ff.

<sup>8</sup> *K.-H. Ladeur*, *Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels*, *RabelZ* 64 (2000), S. 63 ff., 65; ders. FN 5, S. 17, 115 ff.; zum theoretischen Hintergrund vgl. auch *H. Bouillon*, *Ordnung, Evolution und Erkenntnis*, 1991.

beständige Selbständerung der Gesellschaft juristisch nur durch die Höherlegung des Abstraktionsgrades bewältigt werden kann. Diese Höherlegung des Abstraktionsgrades des liberalen Rechts, bei dem die Frage des „wie“ bewußt ausgeklammert wird, führt aber nicht zu beliebiger Freiheit, sondern paradoxerweise zur Abhängigkeit des Rechts von den Praxisformen anderer Funktionsbereiche der Gesellschaft, insbesondere denen der Wirtschaft und den in diese Praxisformen eingeschriebenen impliziten Wissensbestände und Regelwerke (Konventionen).<sup>9</sup>

## II. Präzisierung der hier verfolgten Fragestellung

Zu den wichtigsten liberalen Freiheitsrechten gehören die Wirtschaftsfreiheiten, die im Grundgesetz insbesondere in Art. 14, 12 und 2 Abs. 1 fixiert sind und im anglo-amerikanischen Sprachraum in einem weiter verstandenen Sinn als „property rights“ bezeichnet werden.<sup>10</sup> Obwohl die Bedeutung der Wirtschaftsfreiheiten im allgemeinen und der Eigentumsfreiheit im besonderen für die Selbstorganisations- und Selbstregulierungsprozesse der modernen Gesellschaft kaum zu unterschätzen sein dürften, ist die deutsche verfassungs- und verwaltungsrechtliche Literatur zur Eigentumsfreiheit wiederum sehr stark auf die Relation der Eingriffsabwehr zugeschnitten bzw. darauf, die gesetzgeberischen Ausgestaltungsmöglichkeiten des Eigentums zu akzentuieren („Inhaltsbestimmung“)<sup>11</sup>, also

---

<sup>9</sup> Vgl. *R. Sudgen*, Spontaneous Order, *Journal of Economic Perspectives* Vol. 3 (1989), S. 85 ff.; *V. Vanberg*, Kulturelle Evolution und die Gestaltung von Regeln, 1994; *K.-H. Ladeur* FN 5, S. 72 ff; vgl. allg. auch *J. C. Scott*, Seeing like a State, 1998, insb. S. 309 ff.; *R. Ellickson*, Order without Law, 1991.

<sup>10</sup> Zu den Differenzen vgl. z.B. *K. Heuchert*, Das Eigentum in der Theorie der Property Rights, in: *J.F. Bauer* (Hrsg.), *Das Eigentum*, 1989, S. 125 ff.; *P. Häberle*, Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff, *AöR* 109 (1984), S. 36 ff.; zur Genese des Begriffs der „property rights“ bei Locke vgl. *E. Riedel*, Die Eigentumsgarantie als Problem der allgemeinen Staatslehre und des Verfassungsrechts in Großbritannien, in: *J. Schwartländer/D. Willoweit* (Hrsg.), *Das Recht des Menschen auf Eigentum*, 1983, S. 129 ff., 136 ff.; vgl. auch *J.-R. Sieckmann*, Modelle des Eigentumsschutzes, 1998, S. 199 ff.; zur amerikanischen Tradition vgl. nur *G. F. Gaus*, Property, Rights, and Freedom, *Social Philosophy and Policy Foundation*, 1994, S. 209 ff.

<sup>11</sup> Vgl. exemplarisch nur einerseits *Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Stark*, GG I, Art. 14, insb. Rn. 34; und andererseits *Wieland*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd.1, Art. 14, insb. Rn. 22. Umfangreiche Aufarbeitungen der (neueren) Eigentumsdogmatik finden sich bei *Sieckmann* FN 10; *J. Rozek*, Die Unterscheidung zwischen Eigentumsbindung und Enteignung, 1998, und *A. Voß-*

durch Perspektiven, die so oder so eine ausgesprochene Staatsfixierung erkennen lassen. Hinzu kommt, dass sich die Diskussion über Eigentumsrechte primär an stationären, bestenfalls frühliberalen Vorstellungen des Grund- und Sacheigentums orientiert.<sup>12</sup> Zwar wird der für die neue Netzwerkökonomie zentrale Eigentumsschutz *immaterieller* Güter, der Schutz von Wissen und Informationen, schon lange durch Urheberrechte, Patentrechte, Markenrechte und verwandte Schutzrechte einfachgesetzlich und auch verfassungsrechtlich garantiert.<sup>13</sup> Dieser Schutz der kognitiven Aspekte des Eigentums wird aber bis heute als nachrangig gegenüber dem Grund- und Sacheigentumsschutz eingestuft - und überdies eher individualistisch mit einer deutlichen Annäherung an persönlichkeitsrechtliche Vorstellungen konzipiert. So basiert gerade das deutsche Urheberrecht auf einer im Grunde romantischen Konzeption des schöpferischen Genies, dessen überdurchschnittliche eigene Kreativität eine besondere Schutzwürdigkeit impliziert. Dieses Modell mußte zwar schon mit dem Aufkommen der typischen Produkte der Massengüterproduktion relativiert werden („kleine Münze“), die grundsätzlich idealistische Fassung des Gesamtkonzepts ist aber bis heute insofern erhalten geblieben, als die Innovationsergebnisse gegenständlich auf einen als Person gedachten Urheber, dem Stiftersubjekt des Neuen zugerechnet werden.<sup>14</sup>

Entgegen einiger Stimmen insbesondere des amerikanischen Schrifttums wird das in die intellectual property rights eingelassene personalistisch-individualistische Moment auch in der neuen Netzwerkökonomie nicht bedeutungslos.<sup>15</sup> Aufgrund der sich in der neuen Ökonomie mehr und mehr durchsetzenden „Logik der Ver-

---

*kuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 261 ff.;

<sup>12</sup> Kritisch dazu *J. W. Child*, The Moral Foundations of Intangible Property, The Monist 1990, S. 578 ff.

<sup>13</sup> Zum Verfassungsrecht vgl. nur BVerfGE 81, 12, 16; 79, 29, 40 f.; 31, 229, 239 (Urheberrecht); zum Patentrecht BVerfGE 36, 281, 290 ff. Weitere Nachweise in Teil 6.

<sup>14</sup> Zu diesen Wurzeln vgl. nur M. Rehbinder, Urheber- und Verlagsrecht, 10. Aufl. 1998, S. 7 ff., 13 ff.; zur neueren Entwicklung vgl. nur *T. Köhn*, Die Technisierung der Popmusikproduktion – Probleme der „kleinen Münze“ in der Musik, ZUM 38 (1994), S. 278 ff.

<sup>15</sup> *Z. B. N. Negroponte*, Total Digital, 1997, S. 77 ff.; *H. S. Reeves*, „Property in Cyberspace“, University of Chicago Law Review 63 (1996), S. 761 ff.

netzung“ wird es künftig aber mehr denn je darauf ankommen, die *kognitive* wis-senserzeugende Bedeutung des Eigentums in den Vordergrund der rechtswissen-schaftlichen Aufmerksamkeit zu rücken. Aus dieser Perspektive wäre dann eine neue – oder die Vorstellung des Grund- und Sacheigentums zumindest ergänzende – Bestimmung der Eigentumsrechte zu entwickeln, eine Beschreibung, die darauf angelegt sein müsste, einen Beitrag zur Erhaltung und Förderung die Produktivität der transsubjektiven Beziehungsnetzwerke der neuen Ökonomie zu leisten.<sup>16</sup> - Vor dem Hintergrund dieser einleitenden Thesen soll im folgenden versucht werden, einige Grundannahmen des (deutschen) öffentlichen Rechts am Beispiel der intellectual property rights neu zu arrangieren. In einem ersten Schritt wird die Funktion liberaler Freiheitsrechte auf der Grundlage der Theorie autonomer sozia-ler Systeme reformuliert (III und IV). Anschließend wird die juristische Beschrei-bung des Eigentums so modifiziert, dass daran eine stärker netzwerkartige Vor-stellung immaterieller Eigentumsrechte anschließen kann (V). Schließlich sollen daraus einige vorläufige Folgerungen für den Eigentumsschutz in der neuen Öko-nomie gezogen werden (VI).

### **III. Zur Stellung des Individuums in der teleologischen Ordnung der Tradition**

Wenn man die Beschreibung der modernen Gesellschaft, wie sie Niklas Luhmann 1997 in *Die Gesellschaft der Gesellschaft* vorgelegt hat, grundsätzlich akzeptiert, kann der Ausgangspunkt für eine Bestimmung der Funktion subjektiver Freiheits-rechte nicht der Staat oder die Geschichte des modernen Nationalstaats sein. Mit der Wahl eines solchen Zugriffs soll nicht bestritten werden, dass etwa die Erklä-rung der Menschenrechte von 1789 für die *politische* Geschichte Frankreichs ein bedeutender Einschnitt war<sup>17</sup>, der weitreichende Auswirkungen auf das europäi-sche Staatensystem hatte und sich u.a. in der Übernahme französischer Institutio-

---

<sup>16</sup> Vgl. *D. Allen*, in: G. Eliasson/N. Karlson (Hrsg.), *The Limits of Government*, 1998, S. 99, 112; *K.-H. Ladeur*, *Innovation der Telekommunikation durch Regu-lierung*, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Innovation und Telekommunikation*, 2000, S. 57 ff., 68.

<sup>17</sup> Vgl. nur *M. Gauchet*, *Die Erklärung der Menschenrechte*, 1991; *S. Breuer*, *Büro-kratie und Charisma*, 1994, S. 33 ff., 51 ff.

nen und Gesetze im rheinischen und westfälischen Deutschland niederschlug.<sup>18</sup> Ausgangspunkt einer rechtstheoretischen Rekonstruktion liberaler Freiheitsrechte müssen aber Sinn und Funktion sein, die subjektive Rechte für die Selbstorganisations- und Selbstregulierungsprozesse der modernen liberalen Gesellschaft übernehmen. Dabei kommt es für eine Theorie subjektiver Freiheitsrechte, also für eine Theorie in *normativer* Absicht, entscheidend darauf an, den Akzent auf die Veränderung der Selbstbeschreibung der Gesellschaft im Übergang zur modernen (funktional differenzierten) Gesellschaft zu legen. Eine sich theoretisch absichernde Beschreibung kann also nicht nur die abwehrrechtlichen oder noch enger: rechtsschutzbezogenen Aspekte subjektiver Rechte thematisieren. Sie muss vor allem den Bruch des Liberalismus mit der semantischen Tradition der aristotelisch-christlichen Welt- und Gesellschaftsbeschreibung herausstellen, wie er erstmalig in der Sozialphilosophie von Hobbes, später von Locke und der Schottischen Aufklärung reflektiert wird. Das erfordert vorab einige Bemerkungen zu den semantischen Beständen des traditionellen „alteuropäischen“ Welt- und Gesellschaftsbildes.

Sehr grob vereinfachend kann man sagen, dass die traditionelle politische Philosophie (und eine andere „praktische“ Philosophie gab es nicht) seit Aristoteles dem Inhalt nach auf einer metaphysischen Grundüberzeugung beruhte. Diese metaphysische Grundüberzeugung ist zugleich die Grundüberzeugung jeder Metaphysik überhaupt, und sie artikuliert sich im aristotelisch-christlichen Weltbild in der zentralen Annahme, dass es über und neben der diesseitigen empirischen Natur der Dinge eine jenseitige unveränderliche wirkliche Wirklichkeit gab, die zugleich Grund oder Quelle der normativen Prinzipien der diesseitigen empirischen Wirklichkeit bildete.<sup>19</sup> Infolgedessen waren Natur *und* Gesellschaft in der „alteuropäischen“ Semantik zu einer letztlich untrennbaren „naturalen Einheit“ (Luhmann) verknüpft, deren Anfangsursache der menschlichen Erkenntnis nicht oder

---

<sup>18</sup> Vgl. dazu nur *D. Grimm*, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, S. 192 ff., 206 f.

<sup>19</sup> *Aristoteles*, *Metaphysik*, 1526 a 10-23; vgl. auch, aus der Perspektive der Metaphysikkritik *P. Kondylis*, *Die neuzeitliche Metaphysikkritik*, 1990, S. 12 ff.



nur schwer zugänglich war. Das strukturierende Prinzip dieser naturalen Einheit ging nicht aus lediglich innerweltlich gültigen, der Mathematik nachgebildeten rationalen Gesetzmäßigkeiten hervor (wie später im geometrischen Weltbild z.B. bei Galilei und Descartes), sondern entsprang eben jener jenseitigen transzendenten unveränderlichen wirklichen Wirklichkeit, die als ewig und unveränderlich gedacht wurde, als die ewigen Zwecke in der Natur, das Ziel und Ende („telos“), zu dem alles Seiende strebte, die Perfektion, die den Menschen trotz aller existierenden Unvollkommenheiten unverrückbar vorgeordnet war. Diese Weltbeschreibung führte – bezogen auf die Gesellschaft *oder* das Politische (beides war nicht zu trennen) - zu einem stationären Gesellschaftsbild, einem Schichtenmodell von unterschiedlichen Seinsebenen, die hierarchisch von oben nach unten gegliedert waren. Es handelte sich um ein stabiles stratifiziertes „Top-Down-System“, das in der Autorität Gottes und seinen weltlichen Stellvertretern, König und Adel, sein Zentrum und seine Einheit hatte. „Über dem Ganzen“, so hat der deutsche Religionssoziologie Ernst Troeltsch den Grundzug der teleologischen Ordnung der Tradition zu Beginn des letzten Jahrhunderts charakterisiert, erhob sich „mit dem religiösen Zentralzweck die religiöse Autorität als die eigentliche Seele der ganzen menschlichen Gesellschaft in all ihren Stufen und Gruppen, die ... das Ganze selber in seinen Grundverhältnissen leitet und bedingt, um jeden auf seine Weise und an seinem Ort an dem ewigen Zwecke seinen entsprechenden Anteil finden zu lassen“.<sup>20</sup>

In dieser, an ewige Zwecke gebundenen naturalen Einheit war für ein modernes Verständnis von Personalismus oder Individualismus und damit von Rechtssubjektivität kein Platz. Die berühmte Bemerkung von Michel Foucault (am Ende seines Buches über die *Ordnung der Dinge*), dass der Mensch eine relativ junge Erfindung der Geschichte sei, kann auch in rechts- und verfassungstheoretischen Zusammenhängen nicht oft genug wiederholt werden. In der alten traditionellen Welt der Statusverhältnisse und der ihr korrespondierenden patriarchalischen und

---

<sup>20</sup> E. Troeltsch, *Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen*, Bd. 1 (1912), 1994, S. 320.

patrimonialen Vorstellungen von Schutz- und Fürsorgepflichten gab es keine subjektiven Rechte. Jedenfalls waren diese Rechte nicht unabhängig von räumlich und sachlich stark variierenden Reziprozitätsbeziehungen; sie waren also positiv formuliert unmittelbar in konkrete (Rechts-)Verhältnisse eingelassen, die auf Gegenseitigkeit beruhten wie z.B. das Gutsrecht zwischen Grundherr und Bauer.<sup>21</sup> Die Umdeutung des altrömischen Begriffs des „ius“ in ein abstrakt personen- und subjektbezogenes Recht im Sinne von „*facultas*“ mag, wie z.B. Brian Tierney und Niklas Luhmann meinen<sup>22</sup>, bereits zwischen dem 12. und 16. Jahrhundert eingeleitet worden sein. Es mag auch sein, dass auch in den „*jura quaesita*“ gewisse begriffliche Anschlußmöglichkeiten für die Konstruktion der Rechtsfigur des subjektiven Rechts zur Verfügung standen.<sup>23</sup> Dennoch müssen Thesen, die die Anfänge subjektiver (Eigentums-)Rechte bis in das 12. Jahrhundert vordatieren wollen, schon angesichts der vor 1800 kaum ausgebildeten Geldwirtschaft wohl eher als überspitzt eingestuft werden.<sup>24</sup>

Für eine solche Einschätzung spricht nicht zuletzt die Architektur der alten politischen Standesgesellschaft. Wenn man die Semantik der „alteuropäischen“ Welt- und Gesellschaftsbeschreibungen ernst nimmt, war der Mensch kein Individuum (im Sinne der älteren Wortbedeutung von unteilbar). Die einzelne Seele und der einzelne Körper hatten unmittelbar Anteil am göttlichen Wesen und partizipierten an der Hierarchie der vorgegebenen Zwecke des Gemeinwesens. Der Mensch hatte in der alten Ordnung seinen festen unveränderlichen Platz, er war ein nicht zu isolierender Teil des Ganzen, ein normatives und nicht, wie dann bei Hobbes, ein

---

<sup>21</sup> Vgl. dazu nur *H. J. Berman*, *Recht und Revolution*, 1991, S. 503 ff.; *O. Brunner*, *Land und Herrschaft*, 1965, insb. S. 240 ff.

<sup>22</sup> *N. Luhmann*, *Gesellschaftsstruktur und Semantik* Bd. 2, 1981, S. 45 ff., 48 ff.; *ders.*, FN 5, S. 457, 484; *B. Tierney*, *Religion and Rights*, *Journal of Law and Religion* 5 (1987), S. 163 ff., 165, 166. Tierney führt subjektive Rechte letztlich auf den christlichen Humanismus (vgl. S. 175) zurück, eine Position, wie sie in Deutschland z.B. W. Schluchter teilt.

<sup>23</sup> Diese Abhängigkeiten diskutieren z.B. *H. Bauer*, *Geschichtliche Grundlagen vom subjektiv öffentlichen Recht*, 1986, S. 32 ff., 38; *J. Masing*, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, 1997, S. 56 ff.

<sup>24</sup> Bedenken in diese Richtung z.B. bei *Bauer*, FN 23, S. 22 ff., 26 f., 38 f. u.ö. Allerdings mag England auch im Hinblick auf das Grundeigentum eine Ausnahme

empirisch-analytisches Konstrukt. Als normatives Konstrukt war er vor allem über das Medium seiner Seele unmittelbar mit der transzendenten Quelle des Gemeinwesens, dem fremden Willen Gottes verbunden. Der Mensch war, etwas anderes formuliert, Teil eines „Gemeinwesens“, das mit seiner religiös-moralisch-rechtlichen Ordnung identisch war<sup>25</sup>, während das Verhältnis des Individuums zur liberalen Gesellschaft eben nur noch negativ bestimmt werden kann. In dieser alten Welt stand z.B. der König als Rechtssubjekt nicht *anderen*, prinzipiell gleichwertigen Rechtssubjekten gegenüber, sondern der König war der Repräsentant Gottes auf Erden, und seine Souveränität gründete gerade darin, weltliches Recht schöpfen zu können, ohne selbst an *dieses* Recht gebunden zu sein. Gott und der König hatten das Privileg, wie Jakob I. die royalistische Position in dem berühmten Auseinandersetzung mit Edward Coke um 1600 ausgedrückt hat, ihre Untertanen zu schaffen und zu vernichten, „die Gewalt zu erheben und niederzuwerfen, die Gewalt des Lebens und des Todes, sie sind Richter über alle Untertanen, und in Rechtsfällen nur Gott allein verantwortlich“.<sup>26</sup>

#### IV. Zur Genese und Funktion subjektiver Freiheitsrechte

##### 1. Zur funktionalen Differenzierung der modernen Gesellschaft

Es ist oft beschrieben worden, wie die naturale Einheit der teleologischen Ordnung der Tradition seit dem 17. Jahrhundert zunächst auf theoretischer Ebene aufgelöst wird. In Ansätzen wird dieser Prozess schon im Nominalismus des Spätmittelalters vorbereitet, mit größerer Deutlichkeit tritt das neue Weltbild aber erst bei Autoren wie Bacon, Descartes und Hobbes in Erscheinung (um nur diese drei zu nennen).<sup>27</sup> Mit der praktischen Durchsetzung der modernen Gesellschaft, die

---

gewesen sein. So z. B. *Palmer*, *Law and History Review* 3 (1985), S. ff.

<sup>25</sup> Zur Rechtsauffassung der „societas civilis“ vgl. nur *Brunner* FN 21, S. 133 ff.; *Bauer* FN 23, S. 26 ff.

<sup>26</sup> *The political Works of James I*, 1616, hier zitiert nach *R. Brandt*, *Menschenrechte und Güterlehre*, in: J. Schwartländer/D. Willoweit (Hrsg.) FN 10, S. 19 ff., 20.

<sup>27</sup> Vgl. dazu etwa *I. B. Cohen*, *Revolutionen in der Naturwissenschaft*, S. 167 ff.; *Kondylis*, FN 19, S. 147 ff.; vgl. auch *C. Gerschlager*, *Konturen der Entgrenzung*, 1996.

erstmalig in England um 1800 erkennbare Gestalt annimmt<sup>28</sup>, entsteht, wie man *heute* wissen kann, ein von den Menschen und ihren natürlichen Lebensräumen losgelöstes künstliches Beziehungsnetzwerk autonomer Kommunikationssysteme. Dieses artifizielle Beziehungsnetzwerk autonomer Kommunikationssysteme, die ihrerseits selbst Netzwerke sind, werden in der Soziologie des späten 19. Jahrhunderts zunächst als Erscheinungen der „sachlichen Kultur“, als „elementare Formen“, „Wertsphären“ oder „Kulturprovinzen“ beschrieben, das aristotelische Weltbild – in der Sprache Max Webers – durch die Vorstellung der „inneren Eigengesetzlichkeiten der einzelnen Sphären“ der „okzidentalischen Kultur“ abgelöst.<sup>29</sup> Es werden mit anderen Worten in der modernen Gesellschaft unterschiedliche *kollektive* (nicht nur: individuelle) Rationalitätssphären ausdifferenziert, auf die Soziologie und Staatslehre erst ganz allmählich mit einer neuen Semantik reagieren.<sup>30</sup> Das metaphysisch determinierte hierarchische Schichtenmodell Alteuropas weicht einer, wie es Hermann Heller dann in der *Staatslehre* von 1934 ausgedrückt hat, „objektiven, nichtpsychologischen Gliederung der gesellschaftlichen Totalität“.<sup>31</sup> Systemtheoretisch wird diese Entwicklung als Veränderung der Differenzierungsform der Gesellschaft beschrieben, als Umstellung von „stratifikatorischer“ auf „funktionale Differenzierung“.<sup>32</sup>

Der Kerngedanke ist also, dass in der modernen (funktional differenzierten) Gesellschaft die laufende Kommunikation nicht mehr in einem metaphysischen Weltbild integriert werden kann und der Begriff der Gesellschaft selbst prekär wird. Die Einheit der sozialen Kommunikation zerfällt in unterschiedliche Versionen von Welt- und Gesellschaftsbeschreibungen. Die laufende Kommunikation

---

<sup>28</sup> Zur wirtschaftlichen Seite dieser Entwicklung (und zum Einfluß des „fiscal-military state“ auf diese) vgl. *J. Brewer, The Sinews of Power. War, Money and the English state, 1688 – 1783*, 1989, S. 178 ff.

<sup>29</sup> *M. Weber, Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie* (1920), Tübingen 1986, S. 541, 11.

<sup>30</sup> Das Moment der Herausbildung unterschiedlicher „sozialer Erscheinungen“ und „Äußerungen des Gemeinlebens“ wird z. B. bei Georg Jellinek, insbesondere in der Allgemeinen Staatslehre, stark betont.

<sup>31</sup> *H. Heller, Staatslehre* (1934), in: Martin Drath u.a. (Hg.), *Gesammelte Schriften*, Bd. 3, Leiden 1971, S. 196.

<sup>32</sup> *N. Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Bd. 2, 1997, S. 709.

wird jetzt nach bestimmten „binären Codierungen“ (z.B. Recht/Unrecht) selektiert und in den unendlichen Schleifen einer Mehrheit von autopoietischen Kommunikationssystemen weitergeschrieben, d.h. in nie endenden Rück- und Vorgriffen auf vorangegangene oder noch folgende kommunikative Ereignisse. Zur Stabilisierung dieser dauernden Vor- und Rückgriffe trägt ganz maßgeblich die Erfindung des Buchdrucks bei und die daran anschließende Ausbildung eines akademischen Buchmarktes, dessen Produkte u.a. in Universitätsbibliotheken archiviert und damit einem wachsenden Publikum zur laufenden Wiederverwendung zur Verfügung gestellt werden können. So entstehen nach und nach eigenständige, aus der Gesellschaft ausdifferenzierte Kommunikationsnetzwerke, die ganz spezifischen Sinn verarbeiten, autonome soziale Systeme, von denen die primären Funktionssysteme der modernen Gesellschaft, Wirtschaft, Wissenschaft, Recht, Politik und Massenmedien, heute die wichtigsten sind. Diese autonomen Funktionssysteme sind - kausal gesehen - wechselseitig voneinander abhängig (z.B. kein Buchdruck ohne Lesefähigkeit), aber aufgrund ihrer operativen Geschlossenheit, die sich auf Strukturen *und* Elemente bezieht, sind soziale Systeme für ihre Umwelten (wie z.B. psychische Bewußtseinssysteme) nicht unmittelbar und vor allem nicht: in ihrer „ganzen Fülle“ zugänglich. Es handelt sich um eine immaterielle Welt von Relationen und Verknüpfungen, eine nicht-empirische und dennoch reale emergente Ebene kollektiver Ordnungen, an deren Produktion und Reproduktion die Menschen qua „struktureller Kopplung“ von Kommunikations- und Bewußtseinssystemen, also über Sprache und Schrift, beteiligt sind.<sup>33</sup> Ob ihrer Menge und Spezialisiertheit kann die Gesamtheit aller gleichzeitig laufenden Kommunikationen aber nicht mehr auf *den* Menschen zurückgeführt werden, so wenig wie ein einzelnes Individuum ein Verhältnis zur Gesellschaft als ganzer gewinnen könnte. Entgegen aller vordergründig aufklärerischen Beschwörungen ist der Mensch mit dem Untergang der alten Gesellschaft der Tradition nicht „Bauherr“ *der* Gesellschaft geworden.<sup>34</sup> „Diese Idee des Humanismus kann nicht

---

<sup>33</sup> Vgl. dazu *N. Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft Bd. 1, 1997, S. 100 ff., 103.

<sup>34</sup> Dies zu *O. Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, S. 45. Anders als Lepsius meint, ist der Mensch noch nicht einmal

kontinuieren.“<sup>35</sup> Paradoxerweise liegt aber gerade in dem Umstand, dass die moderne Gesellschaft für Interaktion unzugänglich geworden ist, die Möglichkeit der Steigerung der wechselseitigen Freiheitsgrade von System (Gesellschaft) und Umwelt (Individuen) und damit auch die Bedingung der Möglichkeit der individuellen Freiheit. Das zeigt sich vielleicht nirgends deutlicher als im Bereich der sexuellen Freiheit, die in der traditionellen Gesellschaft undenkbar war, weil der Körper in die Sphäre der von Gott und daher fremdbestimmten Natur gehörte und nicht, wie heute, in den Bereich der sexuellen „Selbstverwirklichung“.

## **2. Zur Umstellung der modernen Gesellschaft auf Zukunftsorientierung**

Dieser evolutionäre Dezentrierungseffekt, der die Subjektivität der Grundrechte überhaupt erst möglich gemacht hat (und zugleich in ihnen abgebildet wird), wird noch etwas deutlicher, wenn man eine weitere Eigenschaft der modernen Gesellschaft akzentuiert, die für ihre Funktionsweise eine vielleicht noch größere Bedeutung hat als ihre sachliche Unterteilung in Funktionsbereiche: nämlich das Verhältnis der modernen Gesellschaft zur Zeit. In der Zeitdimension ist die liberale Gesellschaft eine zukunftsorientierte Gesellschaft, die sich fortwährend „in Richtung auf einen Weltzustand bewegt, *den es noch gar nicht gibt*“.<sup>36</sup> Die liberale Gesellschaft lernt und muss lernen, dass die Herkunft der Dinge keinen Halt mehr bietet und die Tradition ihre Gewißheit verliert. Dies wird vor allem daran deutlich, dass sich seit dem Mittelalter eine ganz neue Zeitbegrifflichkeit herausbildet, mit deren Implementation die Orientierungsgrundlagen der Kommunikationsnetzwerke allmählich von Vergangenheit auf Zukunft bzw. von Erfahrung auf Erwartung umgestellt werden konnten. Ein Beleg dafür ist, dass das Neue und die an das Neue geknüpften supplementären Begriffe wie Genie, Kreativität, Erfinden, Innovation usw. seit dem 17. Jahrhundert ganz allmählich positiv bewertet und dann auch in politischen Zusammenhängen gegen die Tradition gewendet

---

„Baustein“ sozialer Systeme. Deren „Basiselement“ ist sinnhafte Kommunikation, nicht aber durchblutete Gehirne oder menschliche Körper.

<sup>35</sup> N. Luhmann, *Soziale Systeme*, 1984, S. 289.

<sup>36</sup> N. Luhmann FN 32, S. 998 (Hervorhebung von Niklas Luhmann).

werden können<sup>37</sup>; man denke nur an die Französische Revolution. Mit dieser Wertschätzung des Neuen läßt sich die liberale Gesellschaft aber gezwungenermaßen auf das Unbekanntsein der Zukunft ein, denn die Zukunft ist jetzt nicht mehr die Wiederholung des Vergangenen, sondern ein Horizont ungewisser Möglichkeiten, der zugleich Chancen wie Gefährdungen eröffnet.

Damit wird ein neuartige Zeitvorstellung, die Helga Nowotny in ihrem Buch *Eigenzeit* mit der theoretischen Figur einer „erstreckten Gegenwart“ zu erfassen versucht hat; danach wird die moderne Gesellschaft durch eine lineare Zeitauffassung beherrscht, die auf die Abschaffung der Zukunft hinausläuft.<sup>38</sup> Wenn man die moderne abstrakte Zeit als „erstreckte Gegenwart“ beschreibt, bleibt man m.E. jedoch zu sehr der Ebene der geschichtsphilosophischen Entwürfe verhaftet, wie sie sich insbesondere in der Fortschrittsphilosophie der Aufklärung artikuliert, zum Beispiel in Condorcets *Entwurf einer historischen Darstellung der Fortschritte des menschlichen Geistes*. Die Vereinnahmung der Zukunft durch die Gegenwart ist aber heute mit nicht hintergehbaren Risiken verbunden. So kann etwa durch Geld Zukunft in unbestimmter Form gebunden werden, aber es bleibt immer das Risiko der Inflation oder anderer unvorhersehbarer wirtschaftlicher Entwicklungen. Wenn man diese, am Wirtschaftssystem gewonnene Erfahrung generalisiert, kann man die These formulieren, dass die moderne Gesellschaft nicht unter einem ideologischen, sondern unter einem außerideologischen Innovationszwang steht.<sup>39</sup> In der liberalen Gesellschaft wird also die Gegenwart nicht ausgedehnt, wie Helga Nowotny meint, sondern verdichtet und die neuzeitlich-aufklärerische Vorstellung von der neuen Zeit als einem zielgerichteten Progreß eingeholt „von der permanent sich erneuernden ‚Neuheit der Gegenwart‘“.<sup>40</sup> Das Zeitkontinuum der Gesellschaft der Tradition wird mit anderen Worten in Kurzlebigkeit, Augenblicklichkeit und Flüchtigkeit zerstückelt, die historische Zeit der Erfahrung und der Dauer zu einer permanenten Wiederholung der Differenz von

---

<sup>37</sup> Vgl. Luhmann FN 32, S. 997 ff.; B. Groys, Über das Neue, 1992; Gerschlagner FN 28.

<sup>38</sup> H. Nowotny, *Eigenzeit*, 1989, S. 47 ff.

<sup>39</sup> Groys FN 37, S. 10.

Vergangenheit und Zukunft zusammengezogen, zu einer „zeitlosen Zeit“ des beständigen Vergehens von Zeit.<sup>41</sup>

Diese einschneidenden Veränderungen im Zeiterleben zeigen sich heute z.B. in den unglaublich kurzlebigen Produktzyklen der Mode. Sie manifestieren sich ferner in der ganz der Augenblicklichkeit verpflichteten Popkultur, aber auch in den Halbwertzeiten der Produkte der Computerindustrie oder in der hohen Volatilität der Finanzmärkte. Das beste Beispiel für den Beleg der These der Vorherrschaft der Zeitproblematik sind aber vielleicht die Massenmedien. So muss unter der Bedingung des Informationsüberflusses z.B. auch das Fernsehen Aufmerksamkeit binden. Es ist deshalb darauf angewiesen, beständig neue, aktuelle, „brandheiße“ Informationen zu erzeugen, denn „wo nichts Neues entsteht, entsteht auch keine Information“.<sup>42</sup> Im Bereich der „Sportberichterstattung“ - um diesen etwas verstaubten Begriff zu benutzen - führt das z.B. dazu, dass das Fernsehen die neuen und aktuellen Ereignisse, über die es live berichtet, in zunehmenden Maße selbst erzeugt oder doch zumindest die Zeittakte der Ereignisse medial und real modifiziert; man denke nur an die Aufrüstung der Formel 1. Abstrakter gesprochen bedeutet dies, dass die autonomen Systeme der modernen Gesellschaft die Zeit erzeugen, die sie zur Stabilisierung ihrer dynamischen Produktions- und Reproduktionsfähigkeit benötigen. Deshalb ist auch die unaufhörliche Schaffung des Neuen nicht Ausdruck der menschlichen Freiheit, sondern lediglich Anpassung an die Regeln und Regelmäßigkeiten, die das Funktionieren der autonomen Kommunikationsnetzwerke der modernen Gesellschaft bestimmen.<sup>43</sup>

### **3. Zum Zusammenhang von subjektiven Freiheitsrechten und „nachträglicher“ Ordnungsbildung**

Aus diesen Überlegungen folgt für die hier zu behandelnde Fragestellung zunächst, dass die moderne Gesellschaft von der Rechts- und Verfassungstheorie nicht mehr sinnvoll auf der Grundlage als stabil gedachter Personensubjekte wie „Staat“, „Volk“ oder „Nation“ konzipiert werden kann. Die moderne Gesellschaft hat sich auf einen umfassenden Dezentrierungs- und Mobilisierungsschub eingelassen, auf eine Pluralisierung ihrer Kommunikationsnetzwerke und einen Umbau der sie konstituierenden zeitlich Muster der Ordnungsbildung, in der Zeitbeständigkeit nur noch durch *Vernetzung* von Kommunikationen und der Stabilisierung

---

<sup>40</sup> Gerschlager FN 27, S. 110.

<sup>41</sup> Mehr dazu bei M. Castells, *The Rise of the Network Society*, Vol. I, S. 429 ff. Daher das „Dunkel des gelebten Augenblicks“ (E. Bloch).

<sup>42</sup> G. Franck, *Ökonomie der Aufmerksamkeit*, 1998, S. 195; vgl. auch Luhmann FN 32, S. 1001 („Information ist aber nur Information, wenn sie neu ist“).

<sup>43</sup> Groys FN 37, S. 11.



dieser rekursiven Relationierungsmuster erreicht werden kann.<sup>44</sup> Der damit erreichte Grad der Temporalisierung von Komplexität läßt es nicht mehr zu, ein Subjekt, das unabhängig von diesen material heterogenen Teilordnungen existieren könnte, zum „Souverän“ zu erklären; also zu einer ordnungsstiftenden Kraft, die autonom von den verschiedenen, der beständigen (Selbst-)Veränderung unterliegenden Funktionsbereichen der modernen Gesellschaft existieren könnte. „Keine Sprache kann wohl in dieser Zivilisation mehr monarchisch, souverän, legislativ und im traditionellen Sinn auktorial sein.“<sup>45</sup> Diese Bewegung der „Desaggregation“ der Gesellschaft (und des Subjekts), die der Philosoph Boris Groys hier treffend beschreibt, muß auch Auswirkungen auf die Rechtswissenschaft haben, insbesondere ihre Vorstellung von der „Einheit“ der Verfassung, des Staates, der Nation, des Volkes etc. Gerade auf dem Kontinent, besonders in Frankreich und Deutschland, verweist diese „Einheitssemantik“ eher auf Restbestände politischer Theologie („Corpus-Mysticum-Tradition“)<sup>46</sup>, während es heute darauf ankäme, die historischen Bedingtheiten eines derartigen Vorrangs der Identität vor der Differenz zu reflektieren und den Primat der Differenz gegenüber der Einheit in einer komplexitätsadäquaten Modellierung des liberalen Rechtsmodells (wieder-)herzustellen.

Ersetzt man die frühliberalen Vorstellungen von vorgegebener Einheit und Allgemeinheit durch ein „postmodernes“ Modell der heterarchischen relationalen Ordnungsbildung im Fluß der Zeit, wird des weiteren deutlich, dass mit der Rechtsfigur subjektiver Rechte kein neues kompaktes „System“ der Grundrechte an die Stelle der alten normativen Einheit des traditionellen Gemeinwesens getreten ist.<sup>47</sup> Mit der Auflösung der naturalen Einheit der „alteuropäischen“ Gesellschaft wird gerade das relativ starre Gefüge von festen vorgegebenen Positionen,

---

<sup>44</sup> Vgl. dazu nochmals zusammenfassend *N. Luhmann*, Die Politik der Gesellschaft, 2000, S. 15 f.

<sup>45</sup> *Groys* FN 37, S. 156; vgl. auch *J.-M. Guéhenno*, Das Ende der Demokratie, 1994, S. 57.

<sup>46</sup> Vgl. dazu den Überblick bei *S. Breuer*, Der Staat, 1998, S. 189 ff.; zu den theologischen Wurzeln vgl. *E. Kantorowicz*, Die zwei Körper des Königs (1957), 1994.

<sup>47</sup> Dies wird z.B. von *Jellinek* FN 2, S. 95, klar gesehen.

die Einbindung der Individuen in eine vorgeordnete ewige Hierarchie der Zwecke, aufgelöst. An die Stelle der naturalen Einheit tritt also keine neue „Einheit“ oder „Wertordnung“<sup>48</sup>, sondern - dem Charakter einer offenen Gesellschaft entsprechend – eine mehr Flexibilität, Variabilität und Veränderung ermöglichende Rechtsordnung, die mit artifiziellen Konstruktionen wie der Zuerkennung einer abstrakten juristischen Persönlichkeit und frei verfügbaren subjektiven Rechten operieren. Die tradierte Ordnung innerhalb eines stabilen „Gemeinwesens“ wird durch eine, wie Karl Heinz Ladeur sie nennt, „distribuierte Ordnung privater Entscheidungsrechte“ ersetzt, und diese dient der Ermöglichung der Kooperation zwischen Fremden (und nicht der von Brüdern).<sup>49</sup> Die moderne liberale Gesellschaft stattet das Individuum gewissermaßen zur Entschädigung seiner Statusrechte mit subjektiven Rechten aus<sup>50</sup>, allen voran mit property rights (im weiten englischen Sinn). Die liberalen Grundrechte und die Rechtsfigur des subjektiven Rechts sind infolgedessen Ausdruck des Verselbständigungseffekts der modernen Gesellschaft gegenüber dem Menschen. Das heißt umgekehrt gesehen aber nichts anderes, als dass sich in der Negativität der Freiheitsrechte zugleich die Unmöglichkeit der Individuen manifestiert, ein unmittelbar „positives“ Verhältnis zur Gesellschaft aufzubauen.

Eine historisch informierte Lektüre könnte diese Herauslösung der Individuen aus der naturgegebenen Ordnung der adeligen Standesgesellschaft bereits im *Leviathan* von Thomas Hobbes nachweisen. Ernst Forsthoff bemerkt in seinem *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* zu Recht, dass das subjektive Recht eine umfassende „Rationalisierung“ des Rechtsdenkens voraussetze, zu der neben der Negation der patriarchalischen und patrimonialen Vorstellungen von Berechtigungen, Verpflichtungen, Schutz- und Fürsorgepflichten die Vorstellung gehöre, dass der Staat eine juristische Person sei.<sup>51</sup> Beides leistet aber nicht erst Albrechts bekannte Besprechung von Maurenbrechers *Grundsätzen des heutigen Staatsrechts* aus dem Jahre 1837, sondern schon der Hobbessche Gesellschafts-

---

<sup>48</sup> BVerfGE 7, 198 – Lüth.

<sup>49</sup> K.-H. Ladeur, Der „Eigenwert“ des Rechts – die Selbstorganisationsfähigkeit der Gesellschaft und die relationale Rationalität des Rechts, in: Ch. J. Meier-Schatz (Hrsg.), *Die Zukunft des Rechts*, 1999, S. 31 ff., 36; ders. FN 6, S. 9.

<sup>50</sup> Luhmann FN 5, S. 487 f. Das Rechtssystem ermöglicht also seit dem 17. Jahrhundert erhebliche Innovationen, woraus dann z.B. bei Weber oder Luhmann die wohl nicht ganz unbegründete Vorstellung entsteht, dass die Voraussetzungen für eine moderne Wirtschaftsordnung eher im Rechtssystem als im politischen System geschaffen worden seien. Vgl. nur Luhmann FN 5, S. 275.

<sup>51</sup> E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1. Bd., 1966, S. 178.

vertrag.<sup>52</sup> Dies insbesondere dadurch, dass Hobbes mit Hilfe einer die aristotelisch-christliche Metaphysik unterlaufenden, ja diese geradezu zerstörenden Methode die Individuen aus ihrer „natürlichen“ Ordnung löst und die Einzelmenschen als „Letztelemente“ eines nur noch nach *Naturgesetzen* verlaufenden Ursache- und Wirkungszusammenhangs setzt.<sup>53</sup> Dieses Verfahren, das auf eine faktische Abschaffung Gottes hinausläuft und ganz an der neuen geometrischen Methode eines Galilei und Descartes orientiert ist, ermöglicht Hobbes einerseits, die empirischen Einzelmenschen, die Individuen, „so wie sie wirklich sind“, an einen „einheitlichen“, aber artifiziellen, durch konventionalisierte Sprach- und Schriftregeln konstituierten Willen zu binden.<sup>54</sup> Dieser einheitliche Wille autorisiert den *neuen* Souverän als Garanten von Einheit und Ordnung, wobei Hobbes an die in England seit dem Mittelalter laufende Diskussion über die zwei Körper des Königs anknüpfen kann.<sup>55</sup> Andererseits wird die abstrakt gewordene und nur noch symbolisch darstellbare Souveränität des Monarchen selbst an den Zweck der Autorisierung und damit an die Regeln und Regelmäßigkeiten eines über Sprache, Schrift und Buchdruck laufenden Rechtscodes angeschlossen. Die Souveränität wird damit an die Individuen rückgekoppelt, die damit zugleich in abstrakte Zurechnungseinheiten von *rechtsförmigen* Entscheidungen transformiert werden und der Sache nach - auch ohne die explizite Ausformulierung von Grundrechten - als prinzipiell gleichberechtigte *Rechtssubjekte* anerkannt werden. Die Souveränität konstituiert bei Hobbes also vor allem einen Raum gemeinsamer „bürgerlicher“ Regelorientierung, nicht aber: einen Raum der freien „absoluten“ Willkür des Monarchen. In diesem Raum nimmt das positive Recht einen besonderen Platz ein, da dessen Regeln von allen Rechtssubjekten, auch dem König und seinen Stellvertretern, akzeptiert und internalisiert werden müssen. Dieses Moment der Formalisierung, das eine Rechtsordnung ermöglicht, in der individuellen Zwecksetzungen gegenüber der repräsentativen Öffentlichkeit des Adels der Vorrang gebührt, wird dann in den property rights und der Geldtheorie John Lockes zugunsten einer weiteren Absicherung subjektiver Rechte ausgebaut.

#### 4. Zur Einführung des subjektiven Rechts im deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrecht

Es dürfte inzwischen deutlicher geworden sein, warum die herrschende Meinung, derzufolge subjektive Rechte die „Willensmacht“ verkörpern, „die Rechtsordnung

---

<sup>52</sup> *Jellinek* FN 2 bemerkt dazu, S. 33 f.: „Die spätere juristische Theorie hat diesen Ausführungen (gemeint ist Hobbes) nichts wesentlich neues hinzufügen können“.

<sup>53</sup> Vgl. dazu nur *Kondylis* FN 19, S. 187 ff.

<sup>54</sup> Darin ist zugleich ein kognitives Moment des Entwurfs angelegt, insofern als der Zeichengebrauch seine Sicherheit in der Übereinstimmung mit einer vorliegenden Realität verliert und zum Darstellungsmittel einer Version von möglichen Weltbeschreibungen wird. Vgl. dazu allg. *J. Simon*, Philosophie des Zeichens, 1989.

<sup>55</sup> Dazu näher *Kantorowicz* FN 45.

zur Verfolgung eigener Interessen einzusetzen“<sup>56</sup>, die Funktion liberaler Freiheitsrechte nur sehr unzureichend beschreibt. Diese Sichtweise ist durchaus nicht liberal. Sie verdankt sich auch in der Lesart, in der Privatautonomie und Marktwirtschaft *gegen* den Staat akzentuiert werden, einer antithetischen Fixierung *auf* den Staat und insbesondere auf die dritte Gewalt, die staatliche Gerichtsbarkeit. Gerade die Funktion der Grundrechte wird von der herrschenden Theorie der Eingriffsabwehr auf den Aufbau einer stabilen Grenze zwischen dem Privaten und dem Öffentlichen reduziert; dabei wird im Ergebnis das Öffentliche von der anderen Seite des Abwehrrechts, den normativen Selbstorganisations- und Selbstregulierungsmechanismen innerhalb eines transsubjektiven Beziehungsnetzwerks verteilter subjektiver Entscheidungsrechte, abgelöst. Diese Ablösung wird nicht selten noch dadurch verstärkt, dass innerhalb dieser Konzeption das Private und das Öffentliche schroff entgegengesetzt werden und sogar mit einer normativen Asymmetrierung gearbeitet wird, die dann auf eine Überordnung der Vernunftgehalte des Öffentlichen über das Private hinausläuft.<sup>57</sup> Dies ist m.E. schon in Kants Verselbständigung des Allgemeinwillens zu einem „ursprünglich und a priori vereinigten Willen“ angelegt.<sup>58</sup> Sie wird in Hegels Rechtsphilosophie, in der die Existenz des Staates bekanntlich als „Gang Gottes in der Welt“ erscheint<sup>59</sup>, nur radikalisiert. Bei Bluntschli schlägt sich diese Ablösung und Überordnung des Öffentlichen im Konzept einer organischen „Staatssoveränität“ nieder, bei Gerber in der Konzeption des „organischen Volksstaates“.<sup>60</sup> Selbst bei Georg Jellinek, der aufgrund seiner kategorischen Ablehnung aller organistischer Staats- und Ge-

---

<sup>56</sup> Schmidt-Aßmann FN 1, S. 75.

<sup>57</sup> Vgl. die Nachweise in FN 7. In einer „kritischen“ Lesart dieser Staatsfixierung kann dann das Öffentliche (z.B. in Form des Bundesverfassungsgerichts) zu einer Art „normativem Bollwerk“ stilisiert werden. Im Medium des Öffentlichen wird dann das „Leitbild einer interessierten, kompetenten („mündigen“) und folgenreichen Beteiligung der Bürger am Prozeß der laufenden Hervorbringung ihres Gemeinwesens“ gegen die angebliche „Ökonomisierung“ der Gesellschaft verteidigt. So z.B. bei H. Rossen-Stadtfeld, Verfassungsgericht und gesellschaftliche Integration, in: G.F. Schuppert/Ch. Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, S. 169 ff., 193.

<sup>58</sup> I. Kant, Metaphysik der Sitten (1797/98), 1968, AB 91, 92.

<sup>59</sup> G.-W. Hegel, Rechtsphilosophie (1821), 1970, § 258 Zusatz.

<sup>60</sup> Vgl. nur P. v. Oertzen, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, 1974, S. 118 ff.; 170 ff.

sellschaftsauffassungen sehr viel vorsichtiger argumentierte, schafft bekanntlich erst der Staat die objektiven Voraussetzungen für die Existenz der Rechtspersönlichkeit und der subjektiven Rechte.<sup>61</sup> Mit einer gewissen Vereinfachung kann man daher sagen, dass der deutsche Entwicklungspfad des öffentlichen Rechts in der Vergangenheit weniger die Funktion zerstreuter subjektiver Rechte in einer a-zentrisch gewordenen Gesellschaft akzentuiert hat, sondern genau umgekehrt die *politische Funktion des Staates, des Volkes, der Nation, der Öffentlichkeit, der Verfassung oder des „Systems“ der Grundrechte als „Einheitsgaranten“*. Die Wirtschaft erscheint dann als Ort der in lauter Partikularinteressen zerfallenden „zügellosen“ Konkurrenz, des „Wildwuchses“; der „Anarchie“ usw., während das in eine distribuierte Ordnung autonomer Entscheidungsrechte eingebaute „Sozialkapital“ überhaupt nicht zur Kenntnis genommen wird; eine Konzeption, die erst in jüngster Zeit - u.a. durch die ökonomische Analyse des Rechts - etwas stärker unter Druck geraten ist.

Diese Abschließung des öffentlichen Rechts gegenüber den Prozessen der spontanen gesellschaftlichen Selbstorganisation und Selbstregulierung führt in der Diskussion um subjektive Rechte zu einer verzerrten Wahrnehmung. Um Mißverständnissen vorzubeugen: Kritisiert werden soll hier nicht, dass die herrschende Lehre die nach dem Zweiten Weltkrieg erfolgreich implementierte „Subjektivierung des Bürger-Staat-Verhältnisses“ verteidigt und diese gegen jedwede „Vereinnahmung des Bürgers für staatliche Zwecke“ richtet.<sup>62</sup> Es soll hier auch nicht kritisiert werden, wenn etwa Wahl skeptisch gegenüber der richterrechtlichen Selbstproduktion von subjektiven Rechtspositionen ist und auf eine stärkere gesetzliche Mediatisierung der subjektiv-öffentlichen Rechte drängt<sup>63</sup>; oder wenn

---

<sup>61</sup> *Jellinek* FN 2, S. 82; zu Jellineks „Staatslehre“ vgl. auch *S. Breuer*, Georg Jellinek und Max Weber, 1999. Jellinek ist nicht einfach einzuordnen. Einerseits bildet bei Jellinek das öffentliche Recht die Voraussetzung für die Existenz des Privatrechts, andererseits dürfte der hinter seiner Konzeption stehende Systemgedanke vor allem der Akzentuierung der autonomen selbstreferentiellen Erzeugung von Recht aus Recht gedient haben.

<sup>62</sup> *Schmidt-Aßmann* FN 1, S. 76. Allerdings bedarf, wie Schmidt-Aßmann im übrigen selbst einräumt, die Bürger/Staat-Semantik einer Modernisierung.

<sup>63</sup> *Wahl* FN 1, S. 642 ff., 645.

Schoch angesichts der stärker auf objektive Rechtsdurchsetzung ausgerichteten Entwicklungsimpulse des EG-Rechts für eine moderate und das eigene „System“ schonende Fortentwicklung der „Schutznormlehre“ plädiert.<sup>64</sup> Aber es ist eine folgenreiche Verengung der Rechtsfigur des subjektiven Rechts, dieses auf eine gegen staatliches Handeln gerichtete Abwehrfunktion zu reduzieren, weil damit insbesondere die Folgen der praktischen *Ausübung* von subjektiven Rechten und insbesondere auch von Grundrechten ausgeblendet werden.<sup>65</sup> Die Verengung der Perspektive läßt sich probeweise auch an der Arbeit von Johannes Masing über *Die Mobilisierung des Bürger für die Durchsetzung des Rechts* belegen: Schlägt man nur einmal das Inhaltsverzeichnis auf, dann zeigt sich, wie sehr auch Masing das subjektive Recht und seine „Individualbezogenheit“ zur Grundlage des Verwaltungsrechtsschutzes erklärt, diesen zum Zentrum des Verwaltungsrechts und die Grundrechte von dort aus als eine Art Unterfall des so verstandenen subjektiv-öffentlichen Rechts qualifiziert.<sup>66</sup> Richtig wäre indessen ein umgekehrt ansetzender Argumentationsgang: Zunächst hat sich in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhundert allmählich eine bürgerliche „Privatrechtsgesellschaft“ etabliert, und in dem Maße, in dem diese sich ökonomisch und kulturell gegen „den absterbenden Staat der ständischen Gesellschaft“ festigen konnte<sup>67</sup>, konnte die Rechtswissenschaft den Verknüpfungsbegriff des subjektiven Rechts als dogmatische Figur ausdifferenzieren und ihn auf Fragen der subjektiven Verfügung über die Inanspruchnahme von Rechtsschutz zuschneiden.<sup>68</sup> Dies galt in besonderem

---

<sup>64</sup> Schoch FN 2, S. 457 ff.

<sup>65</sup> Vgl. Luhmann FN 5, S. 158, der darauf hinweist, dass das Recht nicht nur „natürliche Freiheiten“ einschränkt, sondern überhaupt erst Freiheiten, also konsensentlastete Handlungsmöglichkeiten, erzeugt.

<sup>66</sup> J. Masing, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, 1997, S. 148 ff. Allerdings räumt Masing am Ende seiner Untersuchung, S. 238, auch ein, daß wenn „die Sicherung der bürgerlichen Rechtssphäre des je einzelnen zum allein maßgeblichen Kriterium individueller Befugnisse bestimmt“ wird, sie von „Grund auf den Blick auf die Bedeutung, die individuelle Befugnisse – welcher Art auch immer – für die Rechtsordnung insgesamt haben“, versperrt.

<sup>67</sup> Jellinek FN 2, S. 2; vgl. auch R. v. Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, (1879), 1958, S. 8 ff., 32 f.

<sup>68</sup> Luhmann FN 5, S. 535; die Entwicklung dokumentiert neben der häufig zitierten Arbeit von Bühler FN 1 u.a. A. Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht* (1878), (1964).

Maße für das subjektiv öffentliche Recht, für das ein Rechtssystem in der Form der Verwaltungsgerichtsbarkeit erst noch geschaffen werden mußte.<sup>69</sup> Aber all die Erörterungen und Schlußfolgerungen, die man dann bei Gerber oder, in systematischer Form, bei Jellinek über subjektiv öffentliche Rechte findet, setzen die Umstellung der Gesellschaft auf eine neue Form der „nachträglichen“ dynamischen Ordnungsbildung durch ein distribuiertes Netz verteilter Entscheidungsrechte voraus – und um die Funktion von subjektiven Rechten in kollektiven Beziehungsnetzwerken, die aus Interaktionen von Individuen und Organisationen hervorgehen, aber nicht auf „Bürger“ und ihre „Willensverhältnisse“ reduziert werden können, geht es hier.

### **5. Subjektive Rechte zwischen Freiheit und (Selbst-)Bindung**

Nach den bisherigen Ausführungen läßt sich somit festhalten, dass die Schutzfunktion subjektiver Rechte keineswegs nur gegen das politische System und die Verwaltung gerichtet ist. In einer netzwerktheoretischen Perspektive, wie sie hier ansatzweise entwickelt worden ist, besteht die weitaus wichtigere Funktion liberaler Freiheitsrechte darin, die *produktive* Koordination und Kooperation von verteilten Entscheidungsrechten in einer a-zentrischen Gesellschaft zu ermöglichen und zu fördern.<sup>70</sup> Gerade weil in der modernen Gesellschaft alles Stabile auf der dynamischen Stabilität artifizierlicher Beziehungsnetzwerke beruht, kann kollektive Ordnung nur noch unbeabsichtigt, als Effekt einer stets provisorischen, vorübergehenden transsubjektiven Verknüpfung subjektiver Rechte generiert werden. Grundrechte haben die Funktion, die temporäre Haltbarkeit dieser kollektiven Verknüpfungseffekte zu gewährleisten. Ihre Aufgabe ist es, die produktive Anschlussfähigkeit von subjektiven Entscheidungsrechten im Prozess der beständigen Selbstmodifikation der liberalen Gesellschaft zu erhalten, d.h. einer Gesellschaft, die sich nur noch an den Regeln und Regelmäßigkeiten ihrer eigenen Praxis orientieren kann.

---

<sup>69</sup> Siehe nur v. *Gneist* FN 00, S. 252 ff.

<sup>70</sup> Dies ist eine der Kernthesen des Buches von *Ladewig* FN 5, an die die hier angestellten Überlegungen anzuknüpfen suchen.

Daraus ergibt sich einmal, dass eine liberale Grundrechtstheorie nicht von einer stabilen Trennung zwischen dem Öffentlichen und dem Privaten ausgehen kann. Es ist nicht möglich, auf der Seite des Privaten einfach ein stabiles Gleichgewicht zu unterstellen, das durch private Interessen und die „invisible hand“ auf wunderbare Weise produziert wird, wenn man nur die Selbstorganisationskapazitäten des Marktes von staatlichen Interventionen freihält. Auch der Markt ist auf eine funktionierende Regel- und Konventionsbildung angewiesen<sup>71</sup>, die bei steigender Komplexität durch politische und rechtliche (Vor-)Leistungen stabilisiert und gegebenenfalls ergänzt werden muß; das galt schon für die oligopolistischen Märkte der Massengüterproduktion und gilt noch mehr für die extrem dynamischen Märkte der neuen Ökonomie, man denke nur an die Bedeutung technischer Normen für die Telekommunikations- und Computerindustrie.<sup>72</sup> In der zukunfts-offenen Gesellschaft der Gegenwart, in der vor allem Organisationen das wirtschaftliche und soziale Geschehen bestimmen<sup>73</sup>, erzeugt die ständige Suche nach neuen Technologien, neuen Produkten und neuen Organisationsformen immer wieder nicht beabsichtigte Zwänge, Pfadabhängigkeiten und Selbstblockierungseffekte<sup>74</sup>, die auch die Grenzen der Bewältigung von Komplexität durch marktwirtschaftliche Selbstorganisation und Selbstregulierung anzeigen. Das private Interesse wird heute stark durch Organisationen und die dadurch begrenzten Formen der Wissensgenerierung und Regelbildung mediatisiert. Es käme also darauf an, den liberalen Ausgangspunkt nicht aufzugeben<sup>75</sup>, die „Individualbezogenheit“ des liberalen Rechts aber stärker von seinen gegenwärtigen Möglichkeitsbedingungen her zu denken und nicht außer Acht zu lassen, dass auch das Private pragmatisch gesehen nur als „Knoten“ in einem Gefüge von transsubjektiven Verknüpfungsef-

---

<sup>71</sup> Vgl. die Nachweise in FN 10.

<sup>72</sup> Vgl. nur *P. A. David*, *The Internet and the Economics of Network Technology Evolution*, in: Ch. Engel/K. H. Keller (Hrsg.), *Understanding the Impact of Global Networks on Local, Social and Cultural Values*, 2000, S. 39 ff.; *K.-H. Ladeur*, *Die Regulierung von Telekommunikation und Medien im Zeitalter ihrer Konvergenz*, Rtkom 1999, S. 68 ff.; vgl. auch *Th. Vesting*, *The New Economy – A Challenge for a New Public Law*, im Erscheinen.

<sup>73</sup> Vgl. dazu nur *K.-H. Ladeur (Hrsg.)*, *Liberal Institutions, Economic Constitutional Rights, and the Role of Organizations*, 1997.

<sup>74</sup> Vgl. nur Bickchandini/Hirschhschleifer

<sup>75</sup> *Schmidt-Aßmann* FN 1, S. 77.



fekten beschrieben werden kann.

Das muß zum anderen auch Auswirkungen auf die juristische („normative“) Konstruktion der subjektiven Rechte und Grundrechte haben. Die distribuierte Ordnung verteilter Entscheidungsrechte ist ein Effekt des Endes der teleologischen Ordnung der Tradition. Subjektive Rechte sind also nicht einfach Ausdruck einer „an sich“ schrankenlosen individuellen Persönlichkeitsentfaltung in einer Welt ohne Anschlußzwänge. Eine solche Vorstellung entspricht weder der liberalen Tradition, worauf in jüngerer Zeit insbesondere Stephen Holmes und Karl-Heinz Ladeur hingewiesen haben<sup>76</sup>, noch kann in einer „vernetzten Welt“, die durch komplexere Systeme der Ordnungsbildung gekennzeichnet ist, einfach „das“ Einzelindividuum zum Dreh- und Angelpunkt der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht erklärt werden. Vielmehr müssen die Effekte der praktischen Ausübung subjektiver Rechte in ihren jeweiligen Handlungsfeldern auf die juristische Konstruktion des subjektiven Rechts selbst zurückwirken und auch dogmatisch zum Zweck der Steigerung von Lernfähigkeit im Sinne der Verarbeitung von (positiven oder negativen) Erfahrungen genutzt werden. Das wäre ein Plädoyer für komplexere „prozedurale“ rechtswissenschaftliche Figuren, die ihre eigene Unabgeschlossenheit reflektieren und in die über laufende Selbst- und Fremdbeobachtung mehr Flexibilität eingeführt werden kann.<sup>77</sup>

Diese Position läuft nicht auf die Vorstellung einer „Gemeinschaftsgebundenheit“ des Individuums hinaus, die vom „demokratischen Staat“ im Rahmen „objektiv-rechtlicher“ Grundrechtsgehalte verwaltet werden könnte oder müßte. Es geht hier um eine Rekonstruktion des liberalen Rechtsmodells, dessen a-zentrische und mehr Variabilität zulassende Grundstruktur nicht einfach gegen „positive Rechte“ ausgetauscht und ersetzt werden kann, auch wenn die Rechtsform der Grundrechte eine solche Erweiterungsmöglichkeit suggeriert. Dies ist vor allem darin be-

---

<sup>76</sup> S. Holmes, *The Anatomy of Antiliberalism*, 1993, insb. S. 211 ff.; Ladeur FN 5.

<sup>77</sup> Ein Pendant im Staatsorganisationsrecht wäre eine stärker auf Selbstbeobachtung und Selbstrevision angelegte Gesetzgebung, wie sie in BVerfGE 49, 89 (130 ff.) ansatzweise entwickelt worden ist.

gründet, dass in die Form negativer Freiheitsrechte nicht nur eine normative, sondern zugleich eine kognitive Komponente eingelassen ist, d.h. ein spezifisches Verfahren der Erzeugung, Suche, Sammlung, Verteilung und Revision von gesellschaftlichem Wissen. Die Auflösung der Einheit der alten Standesgesellschaft führt zu neuen Form der zerstreuten provisorischen Ordnungsbildung, in der Meinungen an die Stelle von Wahrheit treten und falsifizierbare Hypothesen an die Stelle ewiger Gesetze. Der Markt institutionalisiert ein auf Spontanität gründendes Verfahren der wechselseitigen Beobachtung der Praxis, das zu einer Dauervariation und Dauerrevision des Wissens führt, so dass Unvollständigkeit und Vorläufigkeit des Wissens zum Grundbestand der Bewältigung des Unbekanntseins der Zukunft werden. Diese auf Dauervariation und Dauerrevision angelegten Formen „nachträglicher“ Ordnungsbildung können nicht einfach durch öffentliche Entscheidung ersetzt werden; der Staat ist selbst Teil der Komplexität, die er zu bewältigen sucht; auch er kann die liberale Gesellschaft nicht erreichen! Das bedeutet in unserem Zusammenhang, dass subjektive Rechte sehr viel stärker als bisher als Teil eines autonomen Rechtssystems mit einer Mehrheit von Umweltperspektiven beschrieben werden müssen. Vor allem sind die Grundrechte kein Teil des politischen Systems. Sie sollten Politik und Gesetzgebung daher auch nicht einfach für *deren* Entscheidungspraxis zur Verfügung gestellt werden, eine Entwicklungstendenz, wie sie insbesondere in der neueren Schutzpflichtdogmatik angelegt ist.<sup>78</sup> Jedenfalls muss sich das öffentliche Recht darauf einstellen, dass eine offene Gesellschaft Lernfähigkeit nur über eine distribuierte Ordnung subjektiver Entscheidungsrechte erhalten kann. Auch positive Leistungsrechte müssen deshalb künftig genauer als bisher daraufhin überprüft werden, ob sie eine Form der produktiven Verknüpfung und Ergänzung negativer Rechte erzeugen; und dafür bieten sich vor allem „prozedurale“, auf privat-öffentliche Kooperation angelegte Formen an. Das öffentliche Recht müsste sich als Partner auf der Suche nach Wegen der kollektiven Ordnungsbildung begreifen, als Angebot der Kombination unterschiedlicher Ressourcen der Selbstorganisation und Selbstregulierung der Gesellschaft; als kooperatives Recht im Streit um die beste Praxis – nicht aber

---

<sup>78</sup> Kritisch R. Wahl/J. Masing, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553 ff.

als Ausdruck einer „souveränen Entscheidung“, die sich im Zweifel nur an sich selbst orientiert.

## V. Zur Funktion des Eigentums

### 1. Zur Kritik der herrschenden Meinung

Wenn man diese Überlegungen akzeptiert, erscheint auch das Eigentum in einem neuen Licht. Die Funktion des Eigentumsrechts wird verkannt, wenn es primär über eine antithetische Fixierung auf das politische System bestimmt wird, beispielsweise als Einräumung von individuellen Verfügungsrechten über ökonomische Güter, die gegen staatliche Eingriffe zu schützen sind; oder, etwas anders formuliert, als Sicherstellung eines die eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens ermöglichenden „Freiheitsraum(s) im vermögensrechtlichen Bereich“.<sup>79</sup> Derartig staatsfixierte individualistisch-personalistische Beschreibungen sind schon deshalb wenig überzeugend, weil sie zu unhistorisch ansetzen bzw. den historischen Kontext, in dem das Naturrecht die Vorstellung von Eigentum als Grundlage selbstbestimmter Individualität entfaltet hatte, ausblenden. Begriffe wie „Freiheit“, „Individualität“ und „Personalität“ werden dann nur noch als unreflektierter Sprachgebrauch weitergeführt.<sup>80</sup> Die herrschende Lehre vernachlässigt vor allem, dass mit dem Übergang zur modernen (Geld-)Wirtschaft im Laufe des 18. Jahrhunderts, dem Aufkommen der „commercial society“ im Sinne von Adam Smith, das (Grund-)Eigentum allmählich seine politische Funktion verlor. Je mehr das Eigentum seine politische Funktion einbüßte, desto stärker wurde aber nun seine Funktion als Medium neuer sozialer Beziehungen jenseits der Adelswelt akzentuiert. Die liberale Auffassung thematisiert daher weniger das vertikale Ver-

---

<sup>79</sup> Vgl. BVerfGE 68, 222; 53, 290; 31, 239; 24, 367, 389; zur Akzentuierung des Eigentums als personenbezogenem staatsgerichtetem Abwehrrecht vgl. nur *Wieland* FN 12, Rn. 21; *Deppenheuer* FN 12, Rn. 11 ff.

<sup>80</sup> *Luhmann* FN 5, S. 484 f. Kritik an der personalistischen Ausrichtung der h.L. auch bei *C. Hellbach*, *Öffentliche Interessen und Unternehmenseigentum*, 1989, insb. S. 157 ff.; vgl. auch *J. Meyer-Abich*, *Der Schutzzweck der Eigentumsgarantie*, 1980, z.B. S. 118. Eine ganze Batterie unreflektierter Formeln bietet z.B. *Deppenheuer* FN 12, Rn. 11 ff., u.a.: „Eigentum ist Freiheit“ oder - hegelianisch ! - „Wirklichkeit der Freiheit“, „gespeicherte“, „geprägte“ usw. Freiheit.

hältnis von Eigentümer und Staat und eher die horizontale Relation des Eigentümers zu anderen privaten Dritten. Gerade bei frühliberalen Autoren verkörpert Eigentum ein Interesse *an* Staat oder Gesellschaft (und nicht: Schutz vor ihnen)<sup>81</sup>, womit zugleich die Akzeptanz der Regeln und Konventionen der neuen commercial society verbunden ist. Die liberale Theorie kritisiert zwar die Annahme einer göttlichen Natur des gesellschaftlichen Zusammenlebens, aber nicht die Notwendigkeit von sozialer Ordnung schlechthin. Selbst bei Hobbes schließen die vereinzelt Einzelnen noch einen *Gesellschaftsvertrag*, und außerdem war die neu entstehende Geldwirtschaft zweifellos auf die Steigerung und Verdichtung kommunikativer Ereignisse angelegt. Anders formuliert: Das liberale Eigentumsrecht gründet primär - und dies ist nur bei oberflächlicher Betrachtung eine Paradoxie - in der flexiblen Bereitschaft *zur* Assoziation, „die sich in neuen Formen der Konventionsbildung, der Stabilisierung von Erwartungen, der Möglichkeit zur Erzeugung und Aneignung neuen Wissen etc. niederschlägt“.<sup>82</sup>

Dass es heute für eine auch kognitiv angemessene Beschreibung der Funktion des Eigentums nicht mehr genügt, einfach auf die gegen den Staat gerichtete „Privatnützigkeit“ des Eigentums zu rekurrieren<sup>83</sup>, wird vielleicht deutlicher, wenn man sich in Erinnerung ruft, dass die frühen liberalen Rechtstheoretiker vorrangig mit dem Problem der *Rechtfertigung* der Institution des Privateigentums konfrontiert waren. Diese Aufgabe war aufgrund der durch das Eigentum (und das Geld) verursachten Ungleichheit alles andere als leicht zu bewältigen. Zudem bezogen sich die zunächst verbreiteten Konzepte des „unschuldigen Anfangs“ der Eigentumsentstehung durchgehend auf die Eigentumslehre der „alteuropäischen“ Tradition, und diese war vor dem Hintergrund der Differenz Haushalt („oikos“) und politischem Gemeinwesen („polis“) entwickelt worden. In diesem Kontext hatte das Eigentum einen primär politischen Sinn. Das Eigentum hatte die Funktion, die

---

<sup>81</sup> Vgl. die Nachweise bei *N. Luhmann* Am Anfang war kein Unrecht, in: *ders.*, Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 3, 1989, S. 11 ff., 17. Dort auch ein Zitat von Mirabeau: „C'est la propriété qui fait le citoyen.“

<sup>82</sup> *Ladeur* FN 5, S. 68 f.

<sup>83</sup> So z. B. BVerfGE 24, 367, 389; 26, 215, 222; 31 229, 240; zuletzt BVerfG, 1BvR 1864/95 vom 10. 5. 2000, Rn. 20.

Unabhängigkeit von subsistenzsichernder Arbeit und damit die Abkömmlichkeit der Mitglieder der politischen Gesellschaft zu gewährleisten. Auf diese Weise war das Eigentum direkt auf die perfektste aller Gesellschaften, die politische Gesellschaft, bezogen<sup>84</sup>, d.h. das Eigentum hatte unmittelbar herrschaftsbegründende Funktionen. Diesen unmittelbar politischen Bezug hat das Eigentum auch in den Agrargesellschaften des Mittelalter nie verloren; die mittelalterliche Feudalordnung bestimmte über das Grundeigentum den Grad der Partizipation am politischen Leben<sup>85</sup>, was etwa darin zum Ausdruck kam, dass Rittergüter aufgrund der als nicht-akzeptabel erachteten *politischen* Implikationen einer „Kommerzialisierung“ von Grundbesitz nicht verkauft werden konnten.<sup>86</sup> Gegen diese Schranken der ständischen Gesellschaft richtete sich die Forderung der „Privatnützigkeit“, und es ist klar, dass diese Forderung ihren Sinn verliert, wenn diese Referenz verblaßt. Das konnte in der Vergangenheit nur dadurch überspielt werden, dass die Ideologie des Sozialismus/Kommunismus die ursprüngliche Referenz lange Zeit in einer Art Stellvertreterfunktion ersetzt hat.

Die Spuren dieser „alteuropäischen“ Tradition lassen sich entgegen einer in der Kommentarliteratur weit verbreiteten Ansicht auch in der Eigentums- und Gesellschaftstheorie von John Locke nachweisen. Aufgrund der auch im England des späten 17. Jahrhunderts noch nicht vorhandenen Ausdifferenzierung einer autonomen (Geld-)Wirtschaft und aufgrund der bis in das 18. Jahrhundert hinein vorherrschenden ökonomischen Theorie des Merkantilismus, steht auch John Lockes Theorie der Entstehung des Eigentums aus Aneignungsarbeit eher in der alten Tradition einer *politischen* Eigentumstheorie.<sup>87</sup> Das zeigt sich schon daran, dass Lockes Ausgangspunkt das noch nicht geteilte „ursprüngliche“ Gemeineigentum bildet<sup>88</sup>, also eine begrifflich paradoxe Institution, nämlich ein „Grund-

---

<sup>84</sup> Luhmann FN 79, S. 12.

<sup>85</sup> Riedel FN 11, S. 134.

<sup>86</sup> Dies ist in Deutschland noch in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ein Thema. Vgl. nur *C.F. v. Gerber*, System des deutschen Privatrechts, 1867, §§ 78, 79.

<sup>87</sup> Gegen die These von MacPherson, der in Lockes Theorie der property rights die Vorwegnahme einer „privatkapitalistischen“ Gesellschaft gesehen hat, hat sich vor allem James Tully gewandt. Vgl. die Nachweise bei *Ladeur* FN 6, S. 28 ff.; und *Luhmann* FN 79, S. 11 ff., 37; kritisch zu MacPherson auch *S. Breuer*, Sozialgeschichte des Naturrechts, 1983, S. 326 ff.; vgl. auch *Riedel* FN 11, S. 134, 137, spricht von „Übergangsgesellschaft.“; vgl. auch *Hellbach* FN 79, S. 108 ff., 110.

<sup>88</sup> *J. Locke*, Two Treatises on Government (1689), 1988, § 25 „as King David says, Psal. CXV. xvj. has given the Earth to the children of Men, given it Mankind in

eigentum“, dem das entscheidende Begriffsmerkmal des Eigentums, nämlich seine Ausschließungsbefugnis fehlt; Gemeineigentum ist (noch) nicht Eigentum! Die Aufteilung des Gemeineigentums erfolgt bei Locke allerdings nicht mehr durch Zugriff (*occupatio*), wie in der Tradition, sondern durch Arbeit bzw. genauer: nur noch durch Arbeit. Die dynamischen und individuumbezogenen Momente, die über die Lockesche Arbeitswertlehre in den Eigentumsbegriff eingeführt werden, können freilich nicht im Sinne der Rechtfertigung eines asozialen „Besitzindividualismus“ interpretiert werden.<sup>89</sup> Das Recht auf Eigentum, das im *Second Treatise* in einem weiten Sinn von „*life, liberty and estate*“ verwendet wird<sup>90</sup>, hat bei Locke primär die Funktion, zur Eigenstabilisierung der neuen Praxis der bürgerlichen Tugend beizutragen, die ihrerseits gegen die sich aus dem Grundeigentum speisende politisch ökonomische Moral des Adels gerichtet ist. Ähnlich wie der Gebrauch des Geldes Konsens voraussetzt, die Zirkulation des Geldes daher gemeinsame Regeln erfordert und damit den Aufbau einer rein innerweltlichen Ordnung der Koordination und Kooperation zwischen Individuen (und Sachen) ermöglicht, geht auch die Ausübung des Eigentumsrecht mit der Einübung neuer Regeln und Konventionen einher.<sup>91</sup> Die politischen Institutionen wie der Staat gründen deshalb bei Locke auf keinem so radikalen Einschnitt wie bei Hobbes, sondern dienen dazu, Mängel und Störungen der neuen Form der gesellschaftlichen Selbstorganisation und Selbstregulierung zu kompensieren; deshalb wird der Staat - anders als bei Hobbes - als eine Art koordinierender Dritter gedacht, als ein „*trust in government*“<sup>92</sup>. Damit ist aber nicht nur eine Verselbständigung des Staates gegenüber den gesellschaftlichen Beziehungsnetzwerken ausgeschlossen (die schon im Naturzustand *Beziehungsnetzwerke* sind), sondern auch die Vorstellung, dass der Staat „natürlich“ vorgegebene subjektive Rechte nach dem „Eintritt“ in die Gesellschaft zu schützen hätte. Locke geht es ja gerade darum, eine neue Logik der dynamischen Ordnungsbildung, die ihrerseits auf zahlreichen Konventionen aufbaut (Ehe, Geld etc.), gegen die stationäre Praxis der adeligen Repräsentation in Anschlag zu bringen. Es geht also um die Erhaltung der Möglichkeit der dauernden Umschaltung von Freiheit auf (Selbst-)Bindung innerhalb individuell gewählter Beziehungen *zwischen* Rechtssubjekten. An dieser horizontalen Relationierung ist die liberale Rechtsstruktur orientiert.<sup>93</sup>

Zum anderen verliert die herrschende Meinung, die das Eigentumsrecht als Ab-

---

common“; ähnlich § 26; weitere Nachweise bei *Luhmann* FN 79 S. 21, 33 ff.; und *Ladeur* FN 5, S. 28 ff.; zu den schöpfungstheologischen Motiven und Rechtsbegründungen bei Locke vgl. auch *W. Kersting*, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages*, 1996, S. 109 ff., 11, 115 u.ö.

<sup>89</sup> Vgl. dazu nochmals *Holmes* FN 76, S. 213 f.

<sup>90</sup> *Locke* FN 88, § 123.

<sup>91</sup> *Ladeur* FN 5, S. 31; *Breuer* FN 54, 337, 340.

<sup>92</sup> Dazu näher *Riedel* FN 11, S. 145 ff. Hannah Arendt hat in einem Aufsatz über zivilen Ungehorsam aus dem Jahre 1970 - mit problematischer Begründung, aber in der Sache treffend - von einer „horizontalen Version des Gesellschaftsvertrages“ bei John Locke gesprochen.

<sup>93</sup> Vgl. *Ladeur* FN 5, S. 69.

wehrecht konstruiert, in dem Maße an Überzeugungskraft, in dem die Abwesenheit des *eingreifenden* Staates in die Prozesse einer ausdifferenzierten, sich selbst organisierenden und sich selbst regulierenden Wirtschaft mehr oder weniger selbstverständlich werden. Schon in der Vergangenheit hat der Wohlfahrtsstaat den Blick auf die Bedeutung der Selbstorganisations- und Selbstregulierungsprozesse in der Wirtschaft eher verstellt, für neue Ökonomie ist Selbstorganisation und Selbstregulierung aber eher die Regel als die Ausnahme.<sup>94</sup> Im Vordergrund einer adäquaten juristischen Theorie des Eigentums müssen künftig also die kollektiven horizontalen Verknüpfungseffekte stehen, die durch die Ausübung der Eigentumsfreiheit in den jeweiligen Handlungsfeldern der Gesellschaft erzeugt werden. Dabei muss insbesondere berücksichtigt werden, dass Eigentum reflexive Produktion ermöglicht, d.h. Produktion aus Produkten. Die Ausübung der Eigentumsfreiheit steigert die Handlungsmöglichkeiten von und zwischen unterschiedlichen Rechtsträgern, in der neuen Ökonomie insbesondere von und zwischen Organisationen, und damit den Optionenraum von Anschlußmöglichkeiten in intra- und interorganisationalen Relationierungsnetzwerken. Um diesen Gedanken an einem Beispiel zu verdeutlichen: Nachdem Microsoft den Personal Computer durch das Betriebssystem Windows ubiquitär gemacht hatte, konnte Netscape eine Schnittstelle für den Internetzugang entwickeln, die es Jeff Bezos 1997 ermöglicht hat, den ersten elektronischen Buchhandel der Welt mit einer gewissen Aussicht auf Erfolg zu eröffnen. Heute, nur drei Jahre später, hat Amazon.com ca. sechs Millionen Besucher auf seiner WeBSITE wöchentlich und eine Entwicklungsperspektive, die auf massive Eingriffe in den herkömmlichen Buchhandel angelegt ist. Dabei ist es momentan zwar nicht auszuschließen, dass die Kapitalmärkte amazon.com am Ende nicht zutrauen werden, diesen Umstrukturierungsprozeß erfolgreich voranzutreiben. Aber selbst ein Scheitern von amazon.com wird die Auflösung der bisherigen Beziehungsnetzwerke zwischen Verlagen, Großhändlern, Zwischenhändlern, Verkauf und Kunden nicht verhindern, sondern nur einem

---

<sup>94</sup> Das zeigt - neben dem Internet - auch der Umbruch des Mediensystem durch die neuen technischen Möglichkeiten. Vgl. dazu nur *B. Grzeszick*, Neue Medienfreiheiten zwischen staatlicher und gesellschaftlicher Ordnung. Das Beispiel des Internets, AÖR 123 (1998), S. 173 ff.

anderen Internetunternehmen wie z.B. barnesandnobels.com die Chance geben, aus diesem Veränderungsprozeß als Sieger hervorzugehen

Dieses Beispiel zeigt auch, dass die Eigentumsfreiheit in der liberalen Gesellschaft mit dem Privileg verbunden ist, andere vorsätzlich zu schädigen, weil und sofern diese Schädigung im Rahmen wirtschaftlicher Konkurrenz erfolgt.<sup>95</sup> So sind Microsoft, Netscape und amazon.com als Unternehmen z.B. von den Folgen des Arbeitsplatzverlustes im herkömmlichen Buchhandel entlastet, ja sogar von Betriebsschließungen, und dies obwohl nach der herrschenden Lehre ein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb jedenfalls im Rahmen des § 823 BGB grundsätzlich anerkannt wird.<sup>96</sup> Unternehmen müssen in einer liberalen Wirtschaft aber auch von derartigen Folgen entlastet sein. Das Rechtssystem einer liberalen Gesellschaft kann sich nicht an Vorstellungen wie z.B. denen der Politischen Theologie Carl Schmitts orientieren und etwa katechontische Funktionen in das Recht einbauen. Im Gegenteil, es muss den in die anderen Kommunikationsnetzwerke eingelassenen Innovationszwang - die „permanente Revolution“ im Sinne Carl Schmitts - im Rechtssystem aufnehmen und versuchen, den Druck der unablässigen Innovation möglichst produktiv zu binden. Das Neue läßt sich nach der hier zugrundeliegenden Auffassung aber nur in einer dezentralen Struktur dynamischer Ordnungsbildung bewältigen, und darin finden auch die mit dem Eigentum verknüpften Entscheidungsrechte ihre Legitimation. Sie ermöglichen eine vorübergehende Konsensentlastung („Freiheit“), die die Suchprozesse nach der besten Praxis und damit die Dauerinnovation einer komplexen Gesellschaft in Gang halten.

## **2. Zur Formulierung eines „netzwerkgerechten“ Eigentumsschutzes**

Bis hierhin konnten einige Punkte, die aus der Perspektive des Rechtssystem genauer beobachtet und analysiert werden müssen, nur angedeutet werden. Dazu ge-

---

<sup>95</sup> *Luhmann* FN 5, S. 464.

<sup>96</sup> Vgl. nur Thomas, in: Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 59. Aufl. 2000, § 823 Rn. 19; zum Verfassungsrecht vgl. Wieland FN 11 Rn. 43 f., einerseits und C. Engel, AöR 118 (1993), S. 169, 191, 204 f., andererseits.



hört vor allem die Umstellung der gesellschaftlichen Ordnungsbildung auf Organisationen und, im nächsten Schritt, auf Netzwerke, die mit dem zunehmenden Bedeutungsverlust der liberalen Gesellschaft der Individuen zu den zentralen Trägern gesellschaftlichen Wissens und gesellschaftlicher Regel- und Konventionsbildung werden. Außerdem fehlen noch eine Reihe von Zwischenschritten, die hier aus Platzgründen nicht entwickelt werden können. Dennoch lassen es die bislang angestellten Überlegungen zu, sie abschließend in einigen Schlußfolgerungen zusammenzufassen.

Eine erste Schlußfolgerung aus den hier angestellten Überlegungen wäre, dass das Eigentum künftig nicht mehr als Grundbesitz oder wie Sacheigentum gedacht werden kann.<sup>97</sup> Schon in der Industriegesellschaft hat die wirtschaftliche Bedeutung des Eigentums eher darin bestanden, als Bezugspunkt für Kredite sowie für eine Steigerung von vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung zu stehen; diese Notwendigkeit größerer Mobilität hat z. B. die Unterscheidung von Eigentum und Besitz notwendig gemacht, d.h. eine rein juristische Konstruktion hinter den sichtbaren Besitzverhältnissen.<sup>98</sup> Zwar ist das Eigentumsrecht in Form des Schutzes von Patent- und Urheberrechten seit dem 18. Jahrhundert auf immaterielle Güter erweitert worden, aber diese Erweiterung hat – insbesondere aus verfassungsrechtlicher Sicht – doch eher ergänzende Funktionen und wird nicht selten dadurch relativiert, dass die sogenannten „geistig-persönlichen Elemente“ von Patent- und Urheberrechten sehr stark betont werden.<sup>99</sup> In der neuen Ökonomie hat das Eigentum jedoch primär eine kognitive Komponente. Es ermöglicht, neues Wissen in neuen Produkten zu erproben, daraus neues Wissen zu schaffen und daran weitere neue Möglichkeiten der Wissens- und Produktgenerierung für Dritte anzuschliessen. Das bedeutet, dass das Eigentum künftig nach dem Muster

---

<sup>97</sup> Zur Vorherrschaft dieser Perspektive vgl. nur *Wieland* FN 12, Rn. 31; *Deppenheuer* FN 12, Rn. 61; für das englische Recht *Riedel* FN 11, S. 134; für die USA vgl. *Child* FN 13, S. 578 ff.

<sup>98</sup> *Luhmann* FN 5, S. 266 f.

<sup>99</sup> Vgl. nur *Wieland* FN 12, Rn. 51 ff.; sehr stark betont diese Komponente z.B. *P. Kirchhof*, Der verfassungsrechtliche Gehalt geistigen Eigentums, in: FS Zeidler, Bd. 2, 1987, S. 1639 ff., 1659 ff.

des Patentrechts zu modellieren wäre.<sup>100</sup>

Damit wird es zugleich notwendig, die personalistisch-individualistische Konstruktion des Eigentums zu überdenken. Dazu gehört vor allem, wie oben schon angedeutet, eine vertiefte Analyse der juristischen Bedeutung der Organisation, die nicht länger *wie* eine Person (oder black box) behandelt werden darf. Das ist schon für die industrielle Massenproduktion zwingend, da durch den Aufstieg von Großunternehmen die Verfahren der gesellschaftlichen Wissenserzeugung sowie der Regel- und Konventionsbildung verändert werden. Die Generierung neuen Wissens und die Verfügung über das Wissen kann aber auch und gerade in der neuen Ökonomie nicht mehr auf Einzelindividuen und ihre „Lebensgestaltung“ zugerechnet werden. In der neuen Ökonomie werden Wissen und Produkte in hochflexiblen „grenzenlosen Unternehmungen“ erzeugt<sup>101</sup>, d.h. in lose und zu- meist nur vorübergehend geknüpften Netzwerken zwischen Organisationen und „Freelancern“, eine Form, die z.B. bei der Produktion von großen Hollywoodfilmen schon seit langem hoch entwickelt ist.<sup>102</sup> Wissen und Regeln werden in der neuen Ökonomie also vor allem in Beziehungsnetzwerken generiert und von hier aus mit dem über den Markt zerstreuten Wissen verknüpft. Infolgedessen müssen diese Beziehungsnetzwerke zu den zentralen „Referenzobjekten“ für die Bestimmung der Funktion des Eigentums werden. Das Eigentum wäre also stärker als ein auf Kommunikationsnetzwerke bezogenes Grundrecht zu denken, d.h. als Mittel der „Unterbrechung von Konsenserfordernissen“ insbesondere in wirtschaftlichen Beziehungen, als Institution der Parzellierung von Zugriffschancen mit Anerkennung der entsprechenden Chancen anderer.<sup>103</sup> Dabei darf aber nicht einseitig die Ausschließungsfunktion des Eigentums akzentuiert werden (wozu Luhmann neigt), sondern es muss zugleich das daran zwangsläufig anschließende Moment

---

<sup>100</sup> Vgl. *Child* FN 13, S. 578 ff., 588 ff.; *Ladueur* FN 5, S. 183 f.

<sup>101</sup> Vgl. dazu *A. Picot/R. Reichwald/R. T. Wigand*, Die grenzenlose Unternehmung, 1998.

<sup>102</sup> Vgl. nur *K. Kelly*, *New Rules for the New Economy*, 1998, S. 111. Das Stichwort heißt „loose entrepreneurial networks“.

<sup>103</sup> *Luhmann* FN 5, S. 454; vgl. auch *N. Luhmann*, *Grundrechte als Institution*, 1965, S. 120 ff.

der Differenzverknüpfung beachtet werden. Eigentumsrechte dienen mit anderen Worten nicht so sehr der Sicherung von Sachgütern und „anderen privaten vermögenswerten Rechten“, sondern „der Zuteilung von Entscheidungskompetenz über gesellschaftliche Kooperation“.<sup>104</sup> Für die neue Netzwerkökonomie wäre das Eigentum als Medium der Steigerung der Produktivität der gesellschaftlichen Beziehungsnetzwerke neu zu konzipieren. Es müßte darum gehen, die kulturökonomische Bedeutung des Eigentums in den Vordergrund zu rücken und nicht den einzelnen „Erfinder“ zu privilegieren, sondern systematisch den Prozess der Suche nach den besten Technologien und der besten Praxis zum Gegenstand des Eigentumsschutzes zu machen.<sup>105</sup>

Dieser Übergang von einem personen- zu einem stärker netzwerkbezogenen Eigentumschutz korreliert im übrigen mit den internen Begründungsanforderungen eines autonom operierenden Rechtssystems. Da die Eigentumsordnung der liberalen Gesellschaft nicht mehr über eine stabile, in Gott verankerte Fundierung gesichert wird, wird sie metaphysisch gesehen grundlos. Der Ausschlußeffekt der Güterordnung hat selbst keine stabile materielle Basis mehr, auf die rekurriert werden könnte. Damit muss das Rechtssystem jetzt das unlösbare Problem lösen, unter Unentscheidbarkeitsbedingungen zu entscheiden, und dieses unlösbare Problem kann nur durch weitere Entscheidungen bewältigt werden.<sup>106</sup> Dieses Problem taucht schon in den frühbürgerlichen liberalen Theorien auf und wird hier, wie Niklas Luhmann gezeigt hat, über eine juristische Mythologie der Eigentumsentstehung invisibilisiert.<sup>107</sup> Das wirft in der Praxis u.a. das Problem auf, dass die Rechtfertigungsformeln, die die herrschende Lehre für die Begründung der Ausschließungsfunktion des Eigentums anbietet, wie z.B. „persönliche Freiheit“, „Eigenverantwortung“, „persönliche Lebensgestaltung“ etc., die metaphysische Grundlosigkeit des Entscheidens semantisch kaschieren müssen. Das dürfte auf Dauer aber nur gelingen, wenn diese Semantik auf adäquaten kognitiven Beschreibungen aufbaut und nicht nur Glaubensbekenntnisse produziert. Auch deshalb empfiehlt sich ein stärker prozedurales Design der Eigentumsrechte. Da jede Zuteilungsentscheidung, die als momentane Präferenz im Rechtssystem eingefroren wird, immer schon an vorangegangene Zuteilungsentscheidungen anknüpfen muß, erzeugt sie lediglich eine weitere Differenz, die wiederum weitere Differenzen erzeugt und auf diese Weise das unendliche Spiel der Festlegung provisorischer Sinndifferenzen (Eigentum/Nicht-Eigentum) unter dem Zwang des Entscheidungsdrucks der Praxis fortsetzt. Das bedeutet, dass Eigentumsrechte unter der Bedin-

---

<sup>104</sup> *Ladueur* FN 5, S.184.

<sup>105</sup> Vgl. *Allen* (FN 16), S. 112; *Ladueur*(FN. 16), S. 72.

<sup>106</sup> *J. P. Dupuy*, On the Supposed Closure of Normative System, in: G. Teubner (Hrsg.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, 1988, S. 51 ff., 68.

<sup>107</sup> *Luhmann* FN 79, S. 22.

gung einer sich ständig selbst verändernden Praxis auf *Formwandel* angelegt sein müssen, und die Aufgabe der Dogmatik ist es, die Abstimmung zwischen der Notwendigkeit des Formwandels und der Notwendigkeit der Erhaltung stabiler Regeln, an denen sich Erwartungen bilden und orientieren können, zu bewältigen.

## VI. Intellectual Property Rights in der neuen Ökonomie

### 1. Zur Dynamik der neuen Netzwerkökonomie

Die neue Netzwerkökonomie rund um das Internet ist vor allem durch eine veränderte Marktdynamik gekennzeichnet, die sich in herkömmlichen Gleichgewichtsmodellen nicht mehr adäquat abbilden läßt.<sup>108</sup> Die industrielle Massenproduktion wird durch Skalenerträge getrieben, die ab einer bestimmten Größenordnung negative Rückkopplungsschleifen produzieren und in der Regel zu relativ stabilen Oligopolen führen; man denke nur an die Automobilindustrie, die Stahlindustrie, die Chemische Industrie usw. Die neue Ökonomie wird dagegen durch Netzwerkeffekte getrieben.<sup>109</sup> Daraus gehen extrem dynamische Märkte hervor, die ab einem bestimmten Zeitpunkt der Wettbewerbsentwicklung „umkippen“ können, mit der Folge, dass ein Unternehmen und eine gegebenenfalls über proprietäre Standards an das Unternehmen gebundene Technologie sämtliche Konkurrenz verdrängen, eine Erscheinung, die in der neueren ökonomischen Literatur in Anlehnung an die Erfahrungen des Hollywood-Kinos auch als das „winner take-all-market“ Phänomen beschrieben wird.<sup>110</sup> Diese Dynamik führt zwar in der Regel nur zu temporären Monopolen, die durch das Aufkommen neuer Technologiepfade rasch wieder aufgelöst werden können. Aber die neuartige immaterielle Qualität der meisten Güter der neuen Ökonomie, ihre Eigenschaft „experience good“ zu sein, und der enorme Anstieg der Informations- und Wissensanteile bei der Wertschöpfung ermöglicht unendlich fallende Durchschnittskosten bei steigender Ausbringungsmenge. Dadurch werden diejenigen Wettbewerber unverhältnismäßig

---

<sup>108</sup> Zur Netzwerkökonomie vgl. *C. Shapiro/H. R. Varian*, *Information Rules*, 1999; *Kelly* FN 100; *M. Hutter*, *The Commercialization of the Internet*, in: Ch. Engel/K. Kellner (Hrsg.), *Understanding the Impact of Global Networks on Local Social, Political and Cultural Values*, Baden-Baden 2000, S. 73 ff.; *A. Zerdick u.a.*, *Die Internet-Ökonomie*, 1999.

<sup>109</sup> *Shapiro/Varian* FN 106 ,S. 173.

privilegiert, die zuerst in einem Markt erfolgreich sind.

## 2. Vom personalen zum „netzwerkerechten“ Schutz von IP-Rechten: Microsoft, Linux und Napster als Beispiele

Diese Besonderheiten der Netzwerkökonomie, die hier nur sehr knapp skizziert werden konnten, führen dazu, dass die für die moderne Geldwirtschaft ohnehin typische Zeitproblematik in den dynamischen Märkten der Netzwerkökonomie eine neuartige Relevanz gewinnt, die auch für den Eigentumsschutz von großer Bedeutung ist. Die undifferenzierte Ausweitung subjektiver Patent- oder Urheberrechte kann in der neuen Netzwerkökonomie problematisch sein, weil dadurch die ihr immanenten Effekte zur Monopolbildung verstärkt werden. Das sollte aber gerade dann nicht akzeptiert werden, wenn der first mover oder das marktbeherrschende Unternehmen ein geschlossenes System favorisieren, das auf den Aufbau eines zumindest temporären Monopols angelegt ist. Das gilt etwa für das Windows-Betriebssystem von Microsoft. Der Siegeszug der Microsoftprogramme ist ein Paradebeispiel für die Gültigkeit des Theorems des historischen Zufalls mit Abweichungsverstärkung<sup>111</sup>: Durch eine Reihe von Fehlentscheidungen seiner Konkurrenten konnte Microsoft eine keineswegs überlegene Software in nur wenigen Jahren zum nahezu unangefochtenen Marktführer im B2C-Bereich machen und seine marktbeherrschende Stellung durch Ausnutzung von Netzwerkeffekten beispielsweise auch auf andere strategisch wichtige „Knoten“ und Märkte, wie z.B. den der Internet-Browser, ausdehnen. Nach den oben entwickelten Kriterien zur Funktion des Eigentums und der daran anknüpfenden Meta-Regel des Eigentumsschutzes kann diese Entwicklung aber kaum als produktiv eingestuft werden;

---

<sup>110</sup> *Shapiro/Varian* FN 106, S. 177.

<sup>111</sup> Dieses Theorem, demzufolge kleine Ausgangsursachen große Abweichungsverstärkungen haben können, läuft in der Systemtheorie - vor allem in evolutions-theoretischen Zusammenhängen - auch unter dem Stichwort „Bifurkation“. In einer älteren Fassung, die im Kontext der Kybernetik entstanden ist, unter dem Stichwort „positive feedback“. Vgl. *M. Maruyama*, *The Second Cybernetics: Deviation-Amplifying Mutual Causal Processes*, *General Systems* 8 (1963), S. 235 ff.. In der Ökonomie ist dieses Theorem z.B. von *B. W. Arthur*, *Positive Rückkopplung in der Wirtschaft*, *Spektrum der Wissenschaft* 1990, S. 122 ff., aufgegriffen worden, von dem auch der für die neue Ökonomie wichtige Begriff der „increasing returns“ stammt. Von hier aus ist es in die neuere – oben zitierte Lite-

nach dieser Meta-Regel wäre gerade die Offenheit und Entwicklungsfähigkeit der Netzwerke der neuen Ökonomie zu gewährleisten.<sup>112</sup> Das geschlossene Betriebssystem von Microsoft macht jedoch einen Großteil der Technologieentwicklung von nur einer Quelle der Innovation abhängig und sollte daher auch nicht ohne weiteres durch einen großzügigen staatlichen Urheber- oder Patentrechtsschutz privilegiert werden.

Genau in diese Richtung, zu einer undifferenzierten Ausweitung insbesondere des Patentschutzes, tendiert jedoch die neuere Rechtsprechung in den USA und in Europa. Obwohl das US-amerikanische Patentrecht von dem Grundsatz ausgeht, dass Ideen („ideas“) und insbesondere rein abstrakte „wissenschaftliche“ Ideen nicht patentierbar sind<sup>113</sup>, hat die neuere US-amerikanische Rechtspraxis seit der Errichtung eines einheitlichen Beschwerdegerichts für Patentsachen (CAFC) die Zügel nicht nur in Richtung der Patentierbarkeit von Computersoftware gelockert<sup>114</sup>, sondern diese in jüngster Zeit bis in den Bereich von Internet-basierten Geschäftsmethoden ausgedehnt.<sup>115</sup> Diese neue Praxis hat es z.B. amazon.com ermöglicht, seinen „one-click“ als neuartige Geschäftsmethode patentieren zu lassen; ein anderes Beispiel ist priceline.com, ein Unternehmen, dem es gelungen ist, ein computergestütztes Verfahren für sogenannte umgekehrte Auktionen patentieren zu lassen.<sup>116</sup> Auch die Rechtsprechung und Praxis der Patentämter in

---

ratur – eingewandert.

<sup>112</sup> Dazu ausführlicher *K.-H. Ladeur* FN 5, S. 184 („Funktion der Erhaltung des Institutionengefüges und den dadurch gewährleisteten Varietätspool der Gesellschaft“); *T. Vesting*, *The New Economy – A Challenge for a New Public Law (beyond the State)*, im Erscheinen.

<sup>113</sup> Vgl. nur *A. Miller/M. Davis*, *Intellectual Property*, 1990, S. 19 f.

<sup>114</sup> Als Wendepunkt gilt die Entscheidung „Diehr“ des Supreme Court of the United States No. 79-1112 aus dem Jahre 1981, die erstmalig die Patentierung von Software erlaubte. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung *Miller/Davis* (FN 113), S. 31 ff. In den neunziger Jahren hat sich die Anzahl der erteilten Patente absolut verdoppelt.

<sup>115</sup> Als Wendepunkt gilt die Entscheidung „State Street Bank“ des US-Court of Appeal aus dem Jahre 1998, abgedruckt in *GRUR Int.* 1999, S. 633 ff.

<sup>116</sup> US-Patent-Nr. 5, 960, 411 (amazon); US-Patent No. 5, 794, 207 (priceline). In beiden Fällen sind Gerichtsverfahren anhängig und noch nicht endgültig entschieden. Amazon hat aber bereits eine einstweilige Verfügung („preliminary injunction“) zu seinen Gunsten erstreiten können (U.S. District Court Western Di-

Europa und Deutschland befinden sich auf einem ähnlichen Weg. Obwohl nach Art. 52 Abs. 2 lit. c des Europäischen Patentübereinkommens (EPÜ) und § 1 Abs. 2 Nr. 3 Patentgesetz (PatG) Computersoftware „als solche“ nicht patentfähig ist - das deutsche Recht hat den Schutz von Computerprogrammen und Software vor allem zum Gegenstand des Urheberrechts gemacht (§ 2 Abs. 1 Nr. 1; §§ 69 a ff. UrhG)<sup>117</sup> -, hat sich die Rechtsprechung inzwischen dahin entwickelt, den für das Patentrecht zentralen Begriff des Technischen bzw. die Vorstellung des technischen Charakters einer Erfindung<sup>118</sup> weit auszulegen und für Computerprogramme zu öffnen.<sup>119</sup> Nachdem der BGH über viele Jahre die programmbezogenen Erfindungen auf ihr Programmelement reduziert hatte („Kerntheorie“) und damit zu einer Nicht-Patentierbarkeit von Software kam<sup>120</sup>, genügt inzwischen - etwas vereinfacht formuliert - die Erzeugung eines „weiteren Effekts technischer Art“ für die Bejahung der Patentierfähigkeit einer Software.<sup>121</sup> Der „Kerntheorie“ mußte also einer Art „Gesamtbetrachtung“ weichen, und die Folge dieser Rechtsprechungspraxis ist, dass inzwischen eine Vielzahl von Softwarepatenten vom Deutschen und Europäischen Patentamt erteilt worden sind (ca. 10000).

Diese Entwicklungstendenz der neueren Rechtsprechung und Erteilungspraxis erscheint angesichts der extrem dynamischen Entwicklung des Internets als eine Lösung, die wenig auf das öffentliche Interessen der Erhaltung der Offenheit und Innovationsfähigkeit der neuen Netzwerkökonomie abgestimmt ist. Einerseits

---

<sup>117</sup> strict of Washington, No. C 99-1695P). Ein anderes Beispiel ist Dell-Computer, ein Unternehmen, das 77 Patente zur Erhaltung ihres built-to-order System hält. Vgl. dazu *Rehbinder* FN 14, S. 86 ff.; vgl. auch BGHZ 94, 276 – Inkasso-Programm; BGH GRUR 1991, 449 - Betriebssystem. Dagegen wird die zur Zeit wichtige Domain-Name-Problematik durch das Markenrecht bearbeitet.

<sup>118</sup> Zur Definition des Technischen vgl. nur BPatG CR 2000, S. 97, 98; allg. auch *W. Bernhardt/R. Krasser*, Lehrbuch des Patentrechts, 1986, S. 89 ff.; weitere Nachweise bei *R. Schulte*, Kommentar zum Patentgesetz, Art. 52, Rn. 23 ff.

<sup>119</sup> Zur Tendenz der liberalen Interpretation des Patentierungsverbots für Computerprogramme vgl. nur *Mellulis*, GRUR 1998, S. 843 ff.; und *A. Esslinger/J. Betten*, Patentschutz im Internet, CR 2000, S. 18 ff.

<sup>120</sup> Es fehlte dann der Einsatz beherrschbarer Naturkräfte, also von „Technik“. Vgl. nur BGH GRUR 1980, 849 „Antiblockiersystem“; BGH GRUR 1981, 39 „Walzstabeilung“; BGH GRUR 1986, 531 „Flugkostenoptimierung“.

<sup>121</sup> Seit BGH GRUR 1992, 430 „Tauchcomputer“. Zur neueren Rspr. vgl. nur BPatG

werden durch einen extensiven Softwareschutz Konkurrenten daran gehindert, Innovation einfach nachzuahmen, und dieser Schutz kommt prinzipiell auch Newcomern gegenüber größeren Unternehmen zugute.<sup>122</sup> Andererseits kann der Patentschutz im Regelfall nur durch aufwendige Patentverfahren und nur unter Hinzuziehung hochspezialisierter und hochbezahlter Patentanwälte gesichert und durchgesetzt werden, sodass im Ergebnis eher der first mover oder marktbeherrschende Stellungen geschützt werden; und beides wirkt in dynamischen Märkten eher wettbewerbshindernd. Ähnliches gilt auch für das Urheberrecht: Die Strategie, ein hohes Schutzniveau für Software über staatlich abgesicherte Urheberrechte zu gewährleisten, fördert zwangsläufig proprietäre Systeme wie Windows oder, im Bereich der Großrechner, Systeme wie sie Sun-Microsystems verwendet. Dagegen demonstriert die Open-Source-Entwicklung, also die Unternehmen in der neuen Ökonomie, die offene Programme mit jedermann zugänglichen Quellcodes wie Linux favorisieren<sup>123</sup>, dass diese zu technisch überlegenen Programmen und auch zu einer schnelleren Verbreitung von Innovationen führen können.<sup>124</sup> Spätestens im Fall der freien Programme stößt die personalistisch-individualistische Fassung des geistigen Eigentums aber an seine Grenzen: Linux ist ein konnexio-nistisch und nachbarschaftlich aufgebautes System, dessen Weiterentwicklung einem kollektiven „öffentlichen“ Prozess schrittweiser dezentraler Experimente überantwortet wird. Die Innovationsergebnisse können hier also nicht mehr auf ein vermeintliches Personensubjekt als Anfang des Prozesses der Innovation zugerechnet werden. Die individualistische Fassung des Patent- und Urheberrechtsschutzes wird dadurch gesprengt. Es ist deshalb kein Wunder, dass sich zur Zeit die Stimmen mehren, die verlangen, dass die über intellectual property rights laufende Zuordnung und Zuteilung von Entscheidungskompetenz neu geordnet werden muß.<sup>125</sup>

---

CR 2000, 91, 93; BPatG CR 2000, 97, 98.

<sup>122</sup> Das betonen *Esslinger/Betten* FN S. 18 ff., 21 ff.

<sup>123</sup> Zu Linux vgl. nur *B. Grzeszick*, Freie Software: Eine Widerlegung der Urheberrechtstheorie? MMR 2000, S. 412 ff.; und *L. Lessig*, Code and other Laws of Cyberspace, 1999, S. 104 ff.

<sup>124</sup> *Grzeszick* FN 122, S. 412 ff., 416.

<sup>125</sup> *Grzeszick* FN 122, S. 412 ff., 417 m.w.N. in Fn 59; vgl. allg. auch *Th. Hoeren*,



Dieses Beispiel belegt aber auch - und das steht hier im Vordergrund -, dass die dogmatischen Selbstbeschreibungen des Rechtssystems und des öffentlichen Rechts an die mit dem Bedeutungsverlust stabiler Personensubjekte (hier: des „schöpferischen Genies“) einhergehenden Veränderungen angepasst werden müssen. So ist es gerade vor dem Hintergrund der im letzten Abschnitt dieser Untersuchung skizzierten metaphysischen Grundlosigkeit der Ausschließungsfunktion des Eigentumsrechts wenig überzeugend, wenn das Bundesverfassungsgericht in einer neueren Entscheidung zum Patentrecht die „Privatnützigkeit“ und „grundsätzliche Verfügungsfähigkeit über das Eigentumsobjekt“ im Sinne der Zuordnung „des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung an den Patentinhaber“ zum „Kern“ des Patentrechts stilisiert.<sup>126</sup> Das gilt besonders angesichts einer empirischen Situation, in der Patente fast ausschließlich großen Softwareunternehmen zugute kommen, von diesen bewußt zur Besetzung technologischer Felder eingesetzt werden („strategic patenting“) und daher in erster Linie Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen Unternehmen haben (und nicht: auf die persönliche Lebensgestaltung von Einzelindividuen).<sup>127</sup> Es macht also wenig Sinn, die „Freiheit“, in „eigener Verantwortung“ über Patente verfügen zu können, zum Ausgangspunkt einer höchstrichterlichen Entscheidung über die Funktion des Patentrechts zu machen. Hier käme es vielmehr darauf an, die Bedeutung der Organisation, die zur Übertragung der Patent- und Urheberrechte an die Organisation eingesetzten innerorganisationalen Muster (z.B. Arbeitsverträge) sowie die Bedeutung der Zuordnung von Patenten an Unternehmen in dynamischen Wettbewerbssituationen zu reflektieren und in einer komplexitätsangemessenen Begründung abzubilden.

---

Urheberrecht 2000 – Thesen für eine Reform des Urheberrechts, MMR 2000, S. 3 ff. Dazu müßte in der neuen Ökonomie z.B. auch gehören, den Patentschutz, der heute 20 Jahre beträgt, zeitlich kürzer zu strukturieren. Außerdem wird aufgrund der extremen Dynamik auch der Begriff der Neuheit (Erfindung) zum Problem. BVerfG, 1 BvR 1864/95 vom 10. 5. 2000, Rn. 20.

<sup>126</sup>

<sup>127</sup>

Zur Empirie vgl. nur *The Economist*, Vol 355, 8. April 2000, S. 85 ff. („The Knowledge Monopolies“); *Der Spiegel* 30/2000, S. 54 ff. („Aufrüstung im Patentrecht“). Um nur ein Beispiel zu geben: IBM macht ein Fünftel seines Gewinns mit Patenten.

Die Probleme, die das subjektzentrierte Patent- und Urheberrecht aufwirft, lassen sich noch an einem anderen Beispiel, dem Kopiernetzwerk von Napster, dokumentieren. In der us-amerikanischen Literatur ist schon sehr früh vermutet worden, dass das Internet eine gigantische Kopiermaschine sei, die den Schutz von IP-Rechten durch das herkömmliche Urheberrecht nahezu unmöglich mache und daher in Zukunft vor allem technische Lösungen des Urheberschutzes verlange.<sup>128</sup> Diese Vermutung scheint sich durch die jüngsten Erfahrungen, die die Musikindustrie mit neuartigen Kopierverfahren wie MP-3 machen muss, zu bestätigen. Napster ersetzt den materiellen Austausch über die bislang übliche Ware-/Geld-Beziehung durch (bislang kostenlose) Zugangsmöglichkeiten, die auf rein immateriellen Netzwerkbeziehungen aufbauen. Dies hat gleich mehrere Vorteile: Von den Kunden her gesehen beseitigt das Kopiernetzwerk nahezu sämtliche natürlichen Restriktionen, da diese nun prinzipiell an jedem Ort der Welt und zu jeder Zeit, rund um die Uhr, auf dieses Netzwerk zugreifen können. Von der Vertriebsseite her gesehen senkt das Kopiernetzwerk vor allem die Transaktionskosten. Ob der Aufbau derartiger Netzwerke, von denen Napster zweifellos nur ein Vorbote ist<sup>129</sup>, zu einem Verschwinden der Logik des Marktes und des Eigentums als solchem führen wird, wie Jeremy Rifkin meint<sup>130</sup>, erscheint fraglich. Richtig ist jedoch, dass das bisherige System von IP-Rechten hier vor neue und sehr schwer zu lösende Aufgaben gestellt wird: Ein Festhalten an dem bisherigen personalistisch-individualistischen Urheberrechtskonzept führt dazu, eine zweifellos innovative Entwicklung zu blockieren, die überdies zu einer äußerst produktiven Restrukturierung der gesamten Musikbranche führen könnte. Eine konservative Position ist in diesem Fall auch insofern recht problematisch, als das herkömmliche System seinerseits Erscheinungen produziert hat, wie z.B. den Stareffekt, dessen ökonomischen

---

<sup>128</sup> *Shapiro/Varian* FN 106, S. 83 ff.

<sup>129</sup> Marktprognosen in den USA gehen davon aus, dass schon 2005 mit Online-Abonnements für Musik ein Umsatz von 980 Millionen Dollar erzielt werden wird, während der Umsatz durch Online-Bestellungen von CDs nur 531 Millionen Dollar betragen wird. Vgl. FAZ vom 16. 8. 2000, Nr. 189, S. 45.

<sup>130</sup> Vgl. *J. Rifkin*, Die Teilung der Menschheit, FAZ vom 12. 8. 2000, Beilage S. I und II.

mische Folgen schwerlich als rational eingestuft werden können. Die derzeitige Aufteilung der Tantiemen zwischen Großunternehmen, Verwertungsgesellschaften und Einzelkünstlern beschert wenigen Superstars exorbitante Einkünfte, ohne dass die Unternehmen, Verwertungsgesellschaften und Superstars ihrerseits einen systematischen Beitrag zur Erhaltung der Innovationsfähigkeit der Musikwirtschaft leisten würden (Nachwuchsförderung etc.).<sup>131</sup> Auf der anderen Seite ist es aber auch nicht zu akzeptieren, das derzeitige Urheberrecht einfach als „feudalistisch“ zu qualifizieren und die bislang Begünstigten prinzipiell „rechtlos“ zu stellen, indem man ihnen jede Form des Urheberrechtsschutzes verweigert. Es käme also darauf an, den Urheberrechtsschutz von der romantischen Vorstellung des „schöpferischen Genies“ zu lösen und die Erhaltung der Innovationsfähigkeit in einem Netzwerk zum Gegenstand von grenzziehenden Ausschließungsrechten zu machen.

### **3. Zur Kritik der Entwicklung der europäischen Gesetzgebung zum Patentschutz für Computersoftware**

Angesichts der aggressiven US-amerikanischen Patenterteilungspraxis, der Informationsprobleme europäischer Unternehmen und der aus Sicht der EG-Kommission nicht mit Art. 27 TRIPS zu vereinbarenden Art 52 EPÜ (§ 1 PatG) gibt es auch auf europäischer Ebene seit einiger Zeit Anstrengungen, den Schutz von IP-Rechten an die Bedingungen der „Informationsgesellschaft“ anzupassen.<sup>132</sup> Die EG-Kommission hat schon 1998 eine Richtlinie erarbeitet und bereitet derzeit den Vorschlag einer Richtlinie über die Patentierbarkeit von Computerprogrammen vor, zu der eine Revidierung von Art. 52 EPÜ gehören wird.<sup>133</sup> Diese Aktivitäten sind aber ebenfalls wenig an der Erhaltung der Dynamik der neuen Netzwerkökonomie orientiert. Ziel des EU-Richtlinienentwurfs zum Urheberrecht ist es in ers-

---

<sup>131</sup> Diese Argument bedürfte der Verfeinerung, es gilt aber z.B. - und dies in einer besonders inakzeptablen Weise - im Bereich der klassischen Musik.

<sup>132</sup> Vgl. zu den Motiven der EG-Rechtsetzung *J. Reinbothe*, Geistiges Eigentum und die Europäische Gemeinschaft, ZEuP 2000, S. 5 ff.

<sup>133</sup> Vgl. nur *B. Müller*, Künftige EG-Richtlinie über Patentierbarkeit von Computerprogrammen, CRI 2000, S. 17 ff.; ; zur Entwicklung der Gesetzgebung in den USA vgl. *S. Freytag*, Digital Millenium Copyright Act und europäisches Urheberrecht für die Informationsgesellschaft, MMR 1999, S. 207 ff.

ter Linie, den Rückstand an Patenten gegenüber den USA aufzuholen. Dabei fehlen jedoch tiefer greifende industriebezogene pragmatische Überlegungen zur Erhaltung der Variabilität und Varietät der Netzwerkökonomie. Die gesetzgeberischen Überlegungen sind noch zu einseitig an der Vorstellung „individueller Kreativität“ orientiert, was sich u.a. darin zeigt, dass die Urheberschaft von juristischen Personen lediglich „toleriert“ wird. Ähnliches gilt auch für die nationale Ebene. Auch in den §§ 69 ff UrhG wird die romantische Vorstellung des schöpferischen Individuums erst gar nicht hinterfragt. Die Innovationsergebnisse werden weiterhin gegenständlich auf einen „Urheber“ als Stiftersubjekt des Neuen zugerechnet; mit allen Problemen, die dies in der Praxis mit sich bringt, wie insbesondere die schlechte Absicherung der Urheberrechte von kleinen unabhängigen Softwareunternehmen.

#### **4. Zusammenfassung**

Die dargestellten Beispiele bestätigen noch einmal die hier vertretene These, dass die Rechtstheorie und das öffentliche Recht die personalistische, gegen den Staat gerichtete Engführung subjektiver Rechte aufgeben muss, wenn die Rechtswissenschaft *selbst* einen produktiven Beitrag zur Erhaltung der Innovationsfähigkeit der Netzwerkökonomie leisten will. Es genügt nicht, die Eigentumsfreiheit und ihre immaterialgüterrechtlichen Formen als Ausdruck einer an sich schrankenlosen individuellen Persönlichkeitsentfaltung in einer Gesellschaft ohne Anschlußzwänge zu interpretieren. Subjektive Rechte können auch in der Form *negativer* Patent- und Urheberrechte nicht von ihren kollektiven Verknüpfungseffekten gelöst werden, in die sie durch ihre praktische Ausübung verstrickt sind. Die Betonung des Moments der Differenz (des Persönlich-Individuellen) ist insofern akzeptabel, als damit das Moment „spontaner“ privater Entscheidungsrechte akzentuiert wird, aber das heißt keineswegs, dass die kollektiven Verknüpfungseffekte, die auch durch eine Ordnung distribulierter privater Entscheidungsrechte erzeugt werden, vernachlässigt werden könnten. Die neue Netzwerkökonomie macht vielmehr neue Formen der Selbstbeschreibung des Rechtssystem erforderlich, die auf dogmatischer (und regulierungsbezogener) Ebene stärker daran orientiert werden müssen, den Patent- und Urheberrechtsschutz auf die neue „Logik der Vernet-

zung“ einzustellen.

## **VI. Abschießende Bemerkung**

Der Beitrag hat versucht, einen neuen Zugang zur Bestimmung des Eigentums angesichts der dynamischen Entwicklung der Netzwerkökonomie zu gewinnen. Ein Aufsatz kann aufgrund der Platzbeschränkungen nur Denkanstöße geben, aber er kann plausibilisieren, in welcher Richtung die weitere Diskussion verlaufen sollte. Nach den hier angestellten Überlegungen ist es für künftige Debatten über subjektive Rechte und immaterielle Eigentumsrechte entscheidend, sich aus den alten ideologischen Verkrampfungen zu lösen, die Enge der politischen Rechts/Links-Semantik abzustreifen und die Aufmerksamkeit auf die Probleme zu lenken, die vor uns liegen. Das Konzept der „regulierten Selbstregulierung“, das sich stärker auf die Momente der gesellschaftlichen Selbstorganisation und Selbstregulierung konzentriert, und den Staat eher als einen Beobachter zweiter Ordnung denkt, kann bei diesem Unternehmen helfen. Es schärft den Blick für die Eigenheiten sich selbst organisierender Ordnungen und kann dazu beitragen, die Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen des öffentlichen Rechts in der neuen Netzwerkökonomie besser zu verstehen – und das ist unabdingbar, um öffentliche Interessen erfolgreich in den neuen Märkten implementieren zu können.