

Rechtswissenschaft und -praxis im Kontext der Sozialtheorie*

Gunther Teubner

I. Erfahrungen	142
II. Publication bias: Ein Rechtsfall und drei Thesen	142
III. Erste These: Transversalität	144
1. Deutsche Sonderwege	144
2. Distanzierter Umgang	149
IV. Zweite These: Responsivität	154
VI. Dritte These: Eigennormativität	159
V. Ergebnis	164

Der Beitrag identifiziert eine spezifisch deutsche Entwicklung im Verhältnis des Rechts zur Sozialtheorie. Drei Theoriekatastrophen sind dafür verantwortlich, dass nach anfänglich hoher Theorieaffinität die deutsche Rechtsdogmatik sich heute gegenüber Sozialtheorien weitgehend immunisiert hat. Der Beitrag entwickelt die Alternative eines distanziererten Umgangs mit Sozialtheorien am Beispiel der horizontalen Grundrechtswirkung in halb-privaten Netzwerken. Ein distanzierter Umgang kann in der Begegnung von Sozialtheorie und Recht einen rechtsdogmatischen Mehrwert dann erzeugen, wenn es der Rechtsdogmatik gelingt, dem prekären Verhältnis von Autonomie und Verflechtung in drei unterschiedlichen Dimensionen – (1) Transversalität, (2) Responsivität, (3) Eigennormativität – gerecht zu werden.

Summary: Three theory disasters are the reason why legal doctrine which, particularly in Germany in the early 20th century, had developed a close symbiosis of law and social theory, has immunized itself against the influence of social theory. The alternative to this self-immunization is a distanced approach, whereby the law does not take social theories at their nominal value, but in a complex process of translation generates added value to legal doctrine. The article deals with three problems in the relation between law and social theory: (1) Competition between theories: How is the law supposed to make a selection if competing social theories give rise to mutually incompatible analyses of social phenomena? (2) Knowledge transfer: Can the results of social theories be directly applied within the law? Can social theories guide the selection of legal rules and sanctions? (3) Finally, there is the extremely difficult question of the normativity of social theories: Can normative criteria for legal practice be derived from social theories? The article uses as an example the problem of horizontal effects of constitutional rights in semi-private networks of medical research.

* Ich danke *Isabell Hensel* für wertvolle Mitarbeit.

I. Erfahrungen

Das Verhältnis von Recht und Sozialtheorie beschäftigt mich seit meiner Doktorarbeit, also seit 40 Jahren. Meine Erfahrungen möchte ich in folgenden Punkten zusammenfassen:

1. Es existiert nicht eine einzige Gesellschaftstheorie, an der sich das Recht orientieren könnte. Es kann sie nicht geben und es darf sie nicht geben.

2. In den letzten 80 Jahren ist die deutsche Rechtswissenschaft dreimal der Versuchung erlegen, sich einer Gesellschaftstheorie *in toto* zu unterwerfen. Das endete mit zwei Theoriekatastrophen. Ob sich die dritte Theoriekatastrophe auch im Recht auswirkt, steht noch aus.

3. Das Recht steht vor einem Dilemma. Totalübernahme einer Sozialtheorie ist unmöglich, dennoch ist das Recht zwangsläufig dem Einfluss von Sozialtheorien ausgesetzt. Der Ausweg könnte heißen: Distanzierter Umgang. Das Recht übernimmt nicht Sozialtheorien zum Nennwert, sondern erzeugt in einem komplizierten Übersetzungsprozess rechtsdogmatische Mehrwerte.

Verba docent, exempla trahunt. Also beginne ich mit einem Fall.

II. Publication bias: Ein Rechtsfall und drei Thesen

Publication bias – in verschiedenen Ländern wird dieses beunruhigende, aber weitverbreitete Phänomen diskutiert, für das die folgende Fallkonstellation typisch ist.¹ Um ein wirksames Medikament gegen eine schwere, aber seltene Krankheit zu entwickeln, schließen sich verschiedene private und öffentliche Institutionen mit Hilfe bilateraler Verträge zu einem *Private-Public-Partnership*-Netzwerk zusammen. Da sich für die Pharmaindustrie die hohen Entwicklungskosten nicht rentieren, wird die Finanzierung hauptsächlich von einer privaten Stiftung getragen und vom nationalen Gesundheitsministerium bezuschusst. Die Grundlagenforschung übernimmt ein Universitätsinstitut, während die klinischen Studien von einem privaten Forschungsinstitut, einer *Contractual Research Organisation*, durchgeführt werden. Produktion und Vermarktung des Medikaments organisiert ein privates Pharma-Unternehmen. Eine Kommunikationsagentur sorgt für Informationsverbreitung und für die Veröffentlichung in Wissenschaftsverlagen und sonstigen Medien.

Nach erfolgreicher Zulassung auf der Grundlage der vorgelegten klinischen Studien kommt das Medikament auf den Arzneimittelmarkt. Doch häufen sich nach einiger Zeit Meldungen über schwere Nebenwirkungen bei zahlreichen

¹ Dazu *Song/Hooper/Loke* OA Journal of Clinical Trials 2013, 71 ff.; *Song/Parekh/Hooper* Health Technol. Assess. 14 (2010), 1 ff.; *Schott/Pachl/Limbach u.a.* Dtsch. Ärztebl. Int. 107 (2010), 279 ff.; *dies.* Dtsch. Ärztebl. Int. 107 (2010), 295 ff.

Patienten. Systematische Nachforschungen ergeben, dass das PPP-Netzwerk für gravierende Manipulationen verantwortlich war. Innerhalb des Netzwerks waren die Nebenwirkungen durchaus bekannt, aber das Netzwerk verhinderte erfolgreich ihre Veröffentlichung. Die Publikation von Experimentreihen, in denen negative Folgen auftraten, wurde unterbunden,² wozu die bilateralen Verträge zwischen den Forschungsinstituten und der Pharma-Firma auch berechtigten.³ Andere Experimentreihen wurden zwar veröffentlicht, aber ihre Ergebnisse wurden zugunsten positiver Wirkungen verfälscht.⁴ An den Manipulationen war nicht nur die Pharma-Firma beteiligt, sondern auch die Forschergruppen selbst und die Kommunikationsagentur, die jeweils ein Eigeninteresse an einer verfälschten Darstellung der Ergebnisse hatten.

Die zahlreichen Skandale um den *publication bias* riefen durchaus Gegenreaktionen hervor. Empirische Studien zeigen die Ubiquität des Problems. Und es gibt erste Versuche, mit Regulierung gegenzusteuern.⁵ Doch stellen sich hier nicht nur Probleme politischer Steuerung, sondern auch fundamentale Fragen des Verfassungsrechts: Entfaltet das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit Drittwirkungen auch innerhalb halb-privater PPP-Netzwerke? Kann das Patientengrundrecht auf Gesundheit gegenüber dem Netzwerk oder einzelnen seiner Mitglieder geltend gemacht werden?

Auch für die Sozialtheorie ist die Frage, ob und wie Grundrechte gegenüber privaten Netzwerken Geltung beanspruchen können, von hohem Interesse. Theorien der Netzwerkgesellschaft, wie sie etwa *Manuel Castells* entwickelt hat, bezeichnen die gesellschaftsweite Vernetzung von Kollektivakteuren als das hervorstechende Merkmal moderner Gesellschaften und identifizieren un-

² Ein Beispiel: Der Pharmakonzern Sandoz beauftragte Ende der 80er Jahre eine Arbeitsgruppe der University of Tennessee at Memphis mit der MIDAS-Studie, die einen neuen Calciumkanal-Blocker mit älteren und billigeren Medikamenten vergleichen sollte. Als die Ergebnisse offen legten, dass das neue Medikament keine Vorteile gegenüber bewährten Wirkstoffen, dafür aber viele schädliche Nebenwirkungen aufwies, versuchte Sandoz, die Veröffentlichung der Studiendaten durch Druck auf die Wissenschaftler zu verhindern. Dazu *Applegate / Furberg / Byington* JAMA 277 (1997), 297 f.

³ Eine Wissenschaftlerin der University of California erhielt von Boots Pharmaceuticals einen Forschungszuschuss und verpflichtete sich, mit möglichen negativen Ergebnissen ohne die Zustimmung des Konzerns nicht an die Öffentlichkeit zu gehen. Unter Verweis auf die vertragliche Zensurregelung wurde über Jahre die Veröffentlichung verhindert. Der Konzern kam wegen Unterdrückung, unlauterer Werbung und Verstoß gegen Verbrauchervorschriften vor Gericht. Dazu *King, Jr.* WSJ v. 12.04.1996, 1, 6.

⁴ *Pfizer* veröffentlichte 1997 zu seinem Antidepressivum nur einen kleinen Teil der tatsächlich durchgeführten Studien und zwar nur den positiven, während die Daten bezüglich potentieller Nebenwirkungen und der Effektivität des Wirkstoffes zurückgehalten wurden. Dazu *Eyding / Lelgemann / Grouwen* BMJ 341 (2010), c4737.

⁵ Siehe etwa VO (EG) 726/2004 für die Einführung von Studienregistern. Die EU-RL 2001/20/EG, umgesetzt 12. AMG Novelle, BGBl. 2004 I, 2013, führte die parallele Bewertung durch Ethik-Kommissionen bei der Durchführung klinischer Studien ein.

ter dem Stichwort Netzwerkversagen gravierende gesellschaftliche Risiken.⁶ Die Gefährdung von Grundrechten in nichtstaatlichen Sphären, in Märkten, Organisationen und eben auch Netzwerken beschäftigt nicht nur Juristen, sondern wird auch von verschiedenen Sozialtheorien, etwa von *Chris Thornhills* Verfassungssoziologie, aufgeworfen und auf die Expansionstendenzen nicht-staatlicher Kollektivakteure zurückgeführt.⁷

Da beide Fragenkomplexe juristisches Neuland sind, dürften die Befunde der Sozialtheorien von hoher Relevanz sein. Doch wenn es um konkrete Schlussfolgerungen für die Rechtspraxis geht, stellen sich dornige Probleme:

1. Theoriekonkurrenz: Wie soll das Recht eine Auswahl treffen, wenn konkurrierende Sozialtheorien miteinander nicht kompatible Analysen der Netzwerke liefern oder wenn sie über Geltung und Wirkung der Grundrechte gegenüber nicht-staatlichen Kollektivakteuren alles andere als einig sind? Dazu heißt meine These in einem Wort: Transversalität.

2. Wissenstransfer: Lassen sich die Aussagen der Sozialtheorien im Recht unmittelbar anwenden, also in netzwerkadäquate Grundrechtsstandards umsetzen? Und können Sozialtheorien dazu beitragen, dass Sanktionen gegen Grundrechtsverletzungen so gewählt werden, dass sie gegenüber der Eigenlogik von Netzwerken wirksam werden? Meine These dazu wieder in einem Wort: Responsivität

3. Und schließlich die heikelste Frage nach der Normativität von Sozialtheorien: Lassen sich aus wissenschaftlichen Theorien normative Kriterien zur Frage der Grundrechtswirkung in gemischt öffentlich-privaten Netzwerken gewinnen? Meine These Meine These in zehn Worten: Eigennormativität – nicht nur des Rechts, sondern auch der betroffenen Sozialbereiche.

III. Erste These: Transversalität

1. *Deutsche Sonderwege*

In Deutschland hat das Verhältnis von Sozialtheorie und Recht Höhepunkte und Tiefpunkte erlebt, wie sie andernorts nicht mit solch extremen Ausschlägen zu beobachten waren. Zunächst begann es gemeineuropäisch. Es gab Zeiten, in denen die gelehrte Rechtswissenschaft mit Theorien des menschlichen Zusammenlebens ein geradezu symbiotisches Verhältnis hatte. Das trifft nicht nur auf naturrechtliche Kosmologien zu, sondern auch noch auf die Zeit der Aufklärung, in der die Philosophie mit Selbstverständlichkeit den Anspruch erhob, eine Theorie der Gesellschaft zu entwickeln, die für die Politik und für das

⁶ *Castells*, *The Rise of the Network Society*, 2000; *Weyer*, *Soziale Netzwerke: Konzepte und Methoden der sozialwissenschaftlichen Netzwerkforschung*, 2011.

⁷ *Thornhill*, *Ind. Journal of Global Legal Studies* 20 (2013), 551.

Recht verbindliche Vorgaben machte. Ausdruck dieses symbiotischen Verhältnisses war das Vernunftrecht, in dem laut *Franz Wieacker* „die alte Rechts- und Gesellschaftsphilosophie des Abendlands („Naturrecht“) in der Gestalt, welche ihr die Frühaufklärung gegeben hatte, unmittelbaren Einfluss auf Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtspflege der meisten europäischen Völker gewann“.⁸ Auf einen Höhepunkt lief diese Entwicklung im deutschen Sprachraum zu, als *Friedrich Carl von Savigny* auf die als Gesellschaft der Individuen formulierte Sozialtheorie Immanuel Kants mit dem System des heutigen Römischen Rechts reagierte: „Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen innewohnenden Freiheit willen.“⁹ Die Kantische Sozialtheorie, wonach die Bürger über Sphären der Willkürfreiheit verfügen, die idealerweise derart voneinander abgegrenzt sind, dass das Recht eine verallgemeinerungsfähige Form annehmen kann, wurde in eine Rechtsdogmatik übersetzt, die sich als ein in sich geschlossenes System subjektiver Rechte verstand.

Doch schon bald musste die Philosophie ihre Rolle als Leitwissenschaft für das Recht aufgeben. Verantwortlich dafür war die sich beschleunigende funktionale Differenzierung der Gesellschaft, in der sich verschiedene Rationalitätssphären der Gesellschaft so stark gegeneinander verselbständigten, dass sich ihnen gegenüber kein übergeordneter Standpunkt mehr gewinnen ließ, von dem aus eine einheitliche Rechtskonzeption der Gesellschaft entwickelt werden konnte.¹⁰ In der modernen „Gesellschaft ohne Spitze und ohne Zentrum“, wie sie *Niklas Luhmann* bezeichnet,¹¹ wird es prinzipiell unmöglich, eine allgemeingültige Sozialtheorie, die das Recht inkorporieren könnte, zu entwerfen. „Das Gesellschaftssystem selbst wird unter solchen Bedingungen in einer Weise komplex, die es nicht mehr erlaubt, mit einer einzigen Systembeschreibung auszukommen.“¹² Stattdessen wird aus der Perspektive höchst unterschiedlicher gesellschaftlicher Rationalitäten heraus eine Vielheit von eigenständigen Sozialtheorien entwickelt, die trotz aller Verselbständigung eng miteinander verflochten sind. Damit entsteht nicht bloß eine der üblichen Theoriekontroversen, die man letztlich zugunsten der plausibelsten Theorie entscheiden könnte. Vielmehr entsteht eine ganz neuartige Theorielage, die der Philosoph *Gottward*

⁸ *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Aufl. 1967, 249.

⁹ *von Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 2, 1840, 2.

¹⁰ Die bedeutendsten soziologischen Beiträge zur Sozialtheorie dürften Theorien der sozialen Differenzierung von Emile Durkheim, Georg Simmel, Max Weber, Talcott Parsons, Pierre Bourdieu und Niklas Luhmann geleistet haben. Ein Überblick bei *Schimank*, *Theorien gesellschaftlicher Differenzierung*, 1996. Auch das Recht und die Rechtsdogmatik selbst werden von diesem Autonomisierungsprozess ergriffen (dazu unten Abschnitt III.) mit der Konsequenz, dass der Rechtspositivismus seinen Siegeszug antritt.

¹¹ *Luhmann*, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, 1981, 22.

¹² *Luhmann* *Rechtstheorie* 17 (1986), 171, 180.

Günther als *Polykontexturalität* bezeichnet hat.¹³ Verschiedene gesellschaftliche Sinnwelten entwerfen aus ihrer spezifischen Rationalität heraus je eigene Theorien der Gesellschaft, die sich prinzipiell nicht mehr in einer einheitlichen Theorie synthetisieren lassen, sondern gleichursprünglich nebeneinander bestehen. Schon *Max Weber* sprach von einem „neuen Polytheismus“ in einer historischen Situation, der einen Theorie-Monothetismus unmöglich macht.¹⁴ Es gibt nicht die eine Gesellschaftstheorie, sondern nur noch gleichberechtigte Teilbereichstheorien. Aber jede von ihnen erhebt – und das ist das Beunruhigende – zugleich Anspruch auf universelle Geltung als alleingültige Gesellschaftstheorie. Vor diesem Paradox – eine Vielzahl partieller Rationalitäten mit totalitärem Anspruch – steht heute das Recht, wenn es aus Sozialtheorien Orientierung gewinnen will.¹⁵

Im Einzelnen: Ökonomische Theorien haben längst die Grenzen ihres eigentlichen Gegenstandsbereichs der Wirtschaft überschritten und beanspruchen, eine Theorie sämtlicher sozialer Beziehungen zu liefern, welche die Gesellschaft und damit auch das Recht als ein großes Netz von Nutzenkalkülen begreift. Effizienz wird zum Rechtsprinzip.¹⁶ Gleichermaßen beanspruchen politische Theorien, welche die Gesellschaft in Macht- und Interessenkonflikte zwischen Gruppen und politischen Aggregaten auflösen, verbindliche Leitwissenschaft für Gesellschaft und Recht zu sein.¹⁷ Die demokratisch-konsensuelle Fundierung als Kern politischer Rationalität beansprucht, auch überall im Recht verwirklicht zu werden. Soziologische Rollentheorien, die für die Mikroebene der Gesellschaft entwickelt wurden, werden auf die Makroebene hochgerechnet und erheben die Reziprozität gesellschaftlicher Rollen zur gesamtgesellschaftlichen Norm.¹⁸ Moralische Maßstäbe wiederum bilden sich typisch in konkreten Interaktionen als Ausweis wechselseitiger Achtung. Und doch beanspruchen moralisch-philosophische Sozialtheorien die Regelungshoheit über gesellschaftliche, heute besonders ökologische Fragen und verlangen, über Rechtsnormen implementiert zu werden.¹⁹ Schließlich werden auch – wie es etwa der Kritische Rationalismus tut – im Wissenschaftssystem selbst Ge-

¹³ *Günther*, in: ders. (Hg.), *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik*, Bd. 1 1976, 283 ff.

¹⁴ *Weber*, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 1968, 605 ff.; dazu *Schluchter*, *Religion und Lebensführung*, Bd. 1, 1988, 299 ff., 302.

¹⁵ Zu den unterschiedlichen Rationalitätsansprüchen näher *Teubner ARSP Bh.* 65 (1996), 199 ff. m.w.N.

¹⁶ Dazu eingehend *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 1995.

¹⁷ Ein informativer Überblick bei *Brodocz/Schaal*, *Politische Theorien der Gegenwart*, 2009.

¹⁸ *Dabrendorf*, *Homo Sociologicus: Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der sozialen Rolle*, 1958; *Mead*, *Geist, Identität und Gesellschaft*, 1973.

¹⁹ Der *praeceptor Germaniae postbellicae* weiß fast jede Rechtsfrage mit sozialtheoretischer Autorität zu beantworten. *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992, passim.

sellschaftstheorien entwickelt, die auf vorurteilsfreier Wahrheitssuche als Kern wissenschaftlicher Rationalität beharren und die Gesellschaftstheorien auf Diagnose und Prognose beschränken. Und dennoch beanspruchen sie in einer technokratischen Universalisierung die generelle Verwissenschaftlichung des Rechts.²⁰

Im Laboratorium Weimar, in dem der Verlust einer gesellschaftlichen Gesamtorientierung auch im Recht bewusst wurde, lief nun die Pluralisierung von Sozialtheorien und Recht ihrerseits auf einen Höhepunkt zu. In der Begegnung mit dem hochgetriebenen Pluralismus von Sozialtheorien – Soziologie, Ökonomie, politische Wissenschaften, Moralphilosophie – ließ sich die deutsche Rechtswissenschaft auf kühne Experimente ein. Die großen Kontroversen der Verfassungstheorien (*Carl Schmitt*, *Hans Kelsen*, *Hermann Heller*), der Streit um die Alternative Wirtschaftsverfassung oder Wirtschaftsdemokratie – (*Franz Böhm* und *Hugo Sinzheimer*), die Erfindung der Rechtssoziologie, des Freirechts und der Interessenjurisprudenz, die konkurrierenden Ansätze der soziologischen Jurisprudenz, der „wirtschaftlichen Betrachtung“ im Recht und der „politischen Justiz“, ganz besonders aber die Verselbständigung autonomer Bereichsrechte, speziell die des Wirtschaftsrechts, des Sozialrechts und des Arbeitsrechts, bezeugen den enormen Einfluss, den die Pluralisierung der Sozialtheorien auf eine Pluralisierung des Rechts hatte.²¹

Doch abrupt sollte das deutsche Recht mit diesem anspruchsvollen Sozialtheorie/Recht-Pluralismus brechen, als es sich unter dem massiven Druck der Politik den Monopolansprüchen einer einzigen Sozialtheorie unterwarf. In den Tiefpunkten der neueren deutschen Rechtsgeschichte ist es totalitären Sozialtheorien gelungen, ihre normativen Vorgaben im Recht immer dann erfolgreich durchzusetzen, wenn diese zugleich vom politischen System gestützt wurden. Im 20. Jahrhundert erlag das Recht in Deutschland nicht nur einmal der Versuchung, sich einem solchen Sozialtheorie-Imperialismus zu unterwerfen und dabei nicht nur seine Grundstrukturen, sondern sogar Einzelnormierungen an den Vorgaben der jeweils politisch dominanten Leittheorie zu orientieren.

Die Rassentheorie des Nationalsozialismus war der erste und zugleich monströseste Tiefpunkt für die Herrschaft einer politischen Theorie im Recht.²² Nach dessen Theoriekatastrophe 1945 lief in Deutschland die Beziehung des Rechts zu Sozialtheorien auf zwei entgegengesetzte Extrempositionen zu. Im Osten über-

²⁰ *Albert*, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft: Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz, 1993.

²¹ Zu den Entwicklungen im 20. Jahrhundert im Privatrecht *Wieacker* (Fn. 8), 543 ff., 558 ff., im öffentlichen Recht *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, 1999, 90 ff. (Staatsrechtslehre und Verfassung), 153 ff. (zum Methodenstreit in Weimar), 216 ff. (Ausdifferenzierung des Verwaltungsrechts).

²² Dazu etwa *Rütbers*, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 2004.

nahm unter massivem politischen Druck eine andere totalitäre Sozialtheorie, der dialektische Materialismus, die Führung in Recht und Staat – mit fatalen Folgen für den Rechtsstaat.²³ Der Westen dagegen antwortete auf die unsäglichen Theorie/Recht-Symbiosen des Faschismus und des realen Sozialismus mit einem anderen Extrem: mit einer Immunreaktion des Rechts gegen jegliches Eindringen des Sozialtheorie-Bazillus.²⁴ Aus zweifacher Erfahrung vermeintlich klug geworden, bekämpfte die sich als autonom verstehende Rechtsdogmatik in der Bundesrepublik rigoros alle sozialtheoretischen Fremdeinflüsse. Gegen diese selbstverordnete Abwehr jeglicher Interdisziplinarität konnten auch die kurzen, aber heftigen Sozialtheoriefieberanfälle von 1968 nichts ausrichten, ja die „Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz“²⁵ wurde als Rückfall in totalitäres Denken verstanden und verstärkte noch die Tendenzen zur Selbstimmunisierung der Rechtsdogmatik. Im Rechtsvergleich verblüfft, wie weitgehend dagegen sich in anderen Rechtsordnungen, besonders im Common Law, das Recht gegenüber den Sozialwissenschaften öffnete. Mit einem gewissen Befremden registrieren ausländische Beobachter, wie sich die deutsche Rechtswissenschaft, die gerade wegen ihrer starken Theorieausrichtung im 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts international hohen Respekt genoss, nun auf bloße Dogmatik verengte.²⁶ Ironischerweise folgte das zutiefst verunsicherte deutsche Recht der Nachkriegszeit vielen internationalen Einflüssen, besonders bereitwillig denen aus der amerikanischen Rechtswelt, verweigerte sich aber beharrlich, den in USA dominanten Tendenzen der „*law and ...*“-Bewegungen zu folgen.

Mit einer Ausnahme: In den siebziger und achtziger Jahren trat auch in Deutschland eine Sozialtheorie mit Alleinvertretungsanspruch auf den Plan, die in den USA schon länger mit massiver politischer Unterstützung und reichlich fließender privater Finanzierung als Leitwissenschaft sämtliche Rechtsgebiete dominierte.²⁷ Transaktionskostentheorie, Theorie der Eigentumsrechte,

²³ Dazu etwa *Stolleis*, Sozialistische Gesetzlichkeit. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in der DDR, 2009, 28 ff., 43 ff.

²⁴ Dazu die schneidende Kritik von *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, 1968, 10, 27 f., 39 ff.

²⁵ *Lautmann*, Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz: Zur Kooperation der beiden Disziplinen, 1971.

²⁶ „German jurists once wrote short but profound treatises like those of Puchta and Windscheid which attempted to explain the foundational principles of private law. Now, many German academics write contributions to long multi-volume treatises, each volume divided into a multitude of subsections and each subsection written by a different author. ... Die *Einheit der Rechtsordnung* is either left to take care of itself or is handled by cross-references.“ *Gordley*, in: Jansen/Michaels (Hg.), *Beyond the State: Rethinking Private Law*, 2008, 219, 222. Die mangelnde Interdisziplinarität der deutschen Rechtswissenschaft kritisiert auch der Wissenschaftsrat, der zugleich die nachdrückliche Empfehlung formuliert, die interdisziplinären Kontakte zu intensivieren, *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft: Situation, Analysen, Empfehlungen 2012, 7 f., 27, 29, 32.

²⁷ Dazu *Teles*, *The Rise of the Conservative Legal Movement: The Battle for Control of the Law*, 2008.

public choice und ökonomische Analyse des Rechts sind verschiedene Strömungen ökonomischer Theorie, die den ausgelaugten Begriff der Gerechtigkeit durch das Ideal ökonomischer Effizienz des Rechts ersetzen wollen.²⁸ Sie beanspruchen, ältere moralisch-politische Orientierungen des Rechts vollständig abzulösen und dulden in ihrem totalitären Anspruch keine anderen Sozialtheorien. Selbstbewusst bekennen sie sich offen zu einem Theorie-Imperialismus, der zwar Interdisziplinarität, etwa in der Institutionentheorie, zulässt, dies aber nur zu ihren eigenen Bedingungen. Doch nachdem dreißig Jahre lang ökonomische Theorien in alle Lebensbereiche hinein massiv expandieren konnten, bis hin zur ökonomischen Analyse der Liebesbeziehungen und des religiösen Glaubens,²⁹ passierte hier – in der Finanzkrise 2008 – nun die dritte Theoriekatastrophe, unter deren Eindruck das Deutungsmonopol der Ökonomie in vielen Disziplinen zusammenbrach.³⁰ Ob diese Theoriekatastrophe aber auch im Recht den Imperialismus ökonomischer Denkmodelle beendet, ist heute eine offene Frage.

2. Distanzierter Umgang

Was empfiehlt sich nach solchen abrupten Wechseln zwischen Höhen und Tiefen für das Recht in seiner Beziehung zur Sozialtheorie? – Ein distanzierter Umgang. Angesichts der drei Theoriekatastrophen erscheint zwar die dezidierte nachkriegsdeutsche Selbstimmunisierung der Rechtsdogmatik beinahe „alternativlos“. Doch eine Alternative ist vorstellbar. Sie heißt: Transversalität. In der Philosophie wurde Transversalität als Reaktion auf eine ähnliche Situation entwickelt, als Verfahren des Umgangs mit der heutigen Diskurspluralität, die auf den Zusammenbruch der *grands récits* folgte.³¹ Transversalität im Recht würde bedeuten: Das Recht zieht Konsequenzen daraus, dass unter den Bedingungen extremer Differenzierung der Gesellschaft eine einzige allgemeingültige Sozialtheorie keine Existenzberechtigung mehr hat, sondern nur noch eine Vielzahl gleichursprünglicher Sozialbereichstheorien. Ihre Berechtigung beziehen sie aus dem oben angesprochenen Nebeneinander, das heißt aus der hohen Autonomie und aus den gleichzeitigen wechselseitigen Abhängigkeiten unter-

²⁸ Eine kurze Darstellung der Rechtsökonomik bei *Butler*, Law and Economics, Internet Encyclopedia of Philosophy, 2011 (<http://www.iep.utm.edu/law-econ/>). Freilich hat die Rechtsökonomik in Deutschland bisher nicht die Dominanz im Rechtsdenken erobert wie es in den USA geschehen ist. Verantwortlich dafür dürften unter anderem die angesprochenen Selbstimmunisierungstendenzen der deutschen Rechtsdogmatik sein.

²⁹ Besonders radikal Gary Becker, dazu *Pies/Leschke*, Gary Beckers ökonomischer Imperialismus, 1998; positive Bewertung bei *Lazear* QJE 115 (2000), 99 ff.

³⁰ Dieser Zusammenbruch passiert selbst im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht, dazu *Orts*, Business Persons: A Legal Theory of the Firm, 2013.

³¹ Besonders von *Welsch*, Vernunft: Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft, 1996 in Reaktion auf *Lyotard*, Der Widerstreit, 2. Aufl. 1989.

schiedlicher gesellschaftlicher Rationalitäten. Das Recht verweigerte sich dann seiner einseitigen Ökonomisierung ebenso wie seiner einseitigen Politisierung, Soziologisierung, Szientifizierung oder Moralisierung. Es wehrte den Totalitätsanspruch einer jeden Theorie ab. Aber es akzeptierte das Eigenrecht nebeneinander bestehender Sozialtheorien und verarbeitete – und hier liegt die heutige Herausforderung – in Begriffsbildung und Normformulierung die neuartige Sprachspielpluralität. Das kann dann gelingen, wenn das Recht auf dem Partialcharakter der verschiedenen Sozialtheorien insistiert und sich zugleich ihrem Einfluss nur insoweit öffnet, als sie für ihren Teilbereich gültige Aussagen machen.

Transversalität bedeutet jedoch mehr als nur die territoriale Autonomie verschiedener Teilbereichstheorien anzuerkennen. Auf die mit der hohen Autonomie einhergehende Verflechtung gesellschaftlicher Teilbereiche muss das Recht mit einem systematischen Durchgang durch die innere Logik aller konkurrierenden Teilbereichstheorien antworten.³² *Max Weber* schon nahm diese Transversalität im Ansatz vorweg, als er von einer im „neuen Polytheismus“ unausweichlichen „Kette letzter Entscheidungen“ sprach, die situativ immer wieder aufs Neue im Durchgang durch unterschiedliche Rationalitätsansprüche zu fällen sind.³³ Das wäre kein beliebiges *pick and choose*, sondern die selbstauferlegte Verpflichtung des Rechts, alle Theorieansprüche sorgfältig zu prüfen, um der Pluralität gesellschaftlicher Rationalitäten gerecht zu werden.

Transversale Vernunft im Recht würde den heute erhobenen Totalitätsanspruch ökonomischer Theorien schroff zurückweisen, ihr relatives Eigenrecht als Selbstbeschreibung des Wirtschaftssystems dagegen anerkennen. Der Autonomie und der gleichzeitigen Verflechtung der Teilbereichstheorien wäre dann Genüge getan, wenn man im Wirtschaftsrecht die primäre Relevanz ökonomischer Expertise anerkennt, was zugleich aber bedeutete, dass im Wirtschaftsrecht sekundär auch andere Sozialtheorien rechtlich relevant werden.³⁴ Ähnliches gilt für politische Theorien des Rechts, etwa John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit, die nur für den Bereich politischer Verfassung primäre, aber

³² Besonders akzentuiert *Wietbölder*, für den das Recht erst dann auf der Höhe seiner Zeit ist, wenn es die Botschaften der Systemsoziologie, der Kritischen Theorie und des ökonomischen Institutionalismus gründlich verarbeitet hat, *Wietbölder*, in: Teubner (Hg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht, 1994, 89, 95 f. Weiterführend *Wielsch* JZ 2009, 67 ff.

³³ *Weber* (Fn. 14), 507 f.; dazu *Schluchter* (Fn. 14), 339 ff.

³⁴ Eine exemplarische Studie bietet *Wielsch*, Zugangsregeln: Die Rechtsverfassung der Wissensteilung, 2008, der für das Recht geistigen Eigentums im Internet zunächst auf ökonomische Theorie rekurriert, dann aber konkurrierende Sozialtheorien heranzieht, um insbesondere den politischen, wissenschaftlichen und künstlerischen Anforderungen gerecht zu werden. Dass ein transversales Vorgehen zu gekonnt selektiver Verwertung von unterschiedlichen Theoriekonstrukten für rechtsdogmatische Analyse führen kann, zeigt *Beckers*, Taking Corporate Codes Seriously: Towards Private Law Enforcement of Voluntary Corporate Social Responsibility Codes, i.E.

nicht ausschließliche, Geltung beanspruchen kann. Oder für *Habermas'* Diskurstheorie, die von ihrem angemessenen Anspruch einer Gesellschaftstheorie auf den Status einer Moraltheorie lebensweltlicher Interaktion zurückgestutzt werden muss und nur dort auf diskursive Rationalität hoffen kann. Auch die Systemtheorie, für die ich meine Sympathien nicht verberge, kann nicht den Anspruch erheben, als neue Supertheorie die Leitwissenschaft für das Recht zu werden. Sie ist ihrerseits nur Partialtheorie gesellschaftlicher Kommunikation, ihrer Differenzierung und ihrer Interdependenzen – sozusagen Spezialistin fürs Allgemeine – welche keine der Partialrationalitäten der Moderne bevorzugt oder gar selbst eine mit Alleinvertretungsanspruch entwickelt, sondern die Gleich-Gültigkeit verschiedener gesellschaftlicher Rationalitäten zum zentralen Thema macht.

Zurück zum *publication bias*. Was bedeutet der distanzierte Umgang der Transversalität für die rechtliche Qualifikation eines öffentlich-privaten Netzwerks, in dem Pharma-Unternehmen, wissenschaftliche Institute und öffentliche Einrichtungen kooperieren, um ein neues Medikament zu entwickeln? Ausgangspunkt ist, dass ein neuartiges Phänomen wie das PPP-Netzwerk weder vom Vertragsrecht noch vom Gesellschaftsrecht befriedigend erfasst wird. Weder der Rechtsbegriff des Vertragszwecks noch der des Gesellschaftszwecks werden den Zielen der Vernetzung unterschiedlicher privater und öffentlicher Institutionen gerecht. Vielmehr ist, wie es inzwischen zahlreiche Autoren vertreten, der eigenständige Rechtsbegriff des „Netzzwecks“ zu entwickeln.³⁵ Hier öffnet sich das Recht bereitwillig den Analysen der ökonomischen Transaktionskostentheorie, wonach rationale Akteure dann die neuartige Form des Unternehmensnetzwerkes wählen, wenn sie gegenüber vertraglichen oder gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen Transaktionskostenvorteile bietet.³⁶ Doch sobald die ökonomische Theorie darüber hinausgeht und darauf insistiert, dass der Netzzweck ausschließlich auf Transaktionskostenminimierung gerichtet ist, weiterhin, wenn sie die Konfliktregulierung prinzipiell der *private governance* im Netzwerk überlassen will und Interventionen des staatlichen Rechts als ineffizient zurückweist,³⁷ muss sich das Recht dem ökonomischen Deutungsmonopol widersetzen. Erst im transversalen Durchgang durch andere Sozialtheorien wird deutlich, dass der Rechtsbegriff des Netzzweckes komplexer zu fassen ist als eine bloße Transaktionskostenminimierung. Er ist als Mehrfacherorientierung zu verstehen, zum einen als Verpflichtung auf die verschiedenen Einzelprojekte der Netzwerkteilnehmer, zum anderen auf das übergrei-

³⁵ Z.B. *Grundmann* AcP 207 (2007), 718, 720, 729 ff.; rechtsvergleichend *Cafaggi*, in: ders. (Hg.), *Contractual Networks, Inter-Firm Cooperation and Economic Growth*, 2011, 1, 11.

³⁶ *Gomez*, in: *Cafaggi* (Hg.), *Contractual Networks, Inter-Firm Cooperation and Economic Growth*, 2011, 21, 22, 25; *locus classicus*: *Williamson*, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, 1985, 180 ff.

³⁷ *Williamson* ASQ 36 (1991), 269, 273 ff.

fende Projekt des Netzwerkes.³⁸ Mit einer transversalen Orientierung nimmt das Recht nacheinander die Impulse ökonomischer, politischer, soziologischer, ethischer Theorien und anderer Teilbereichstheorien auf und begreift dann intersystemische Netzwerke als ein organisatorisches Arrangement, in dem der Konflikt zwischen unterschiedlichen gesellschaftlichen Rationalitäten geradezu institutionalisiert ist. Ein so gefasster Rechtsbegriff des Netzwerks verpflichtet die Akteure darauf, ihr Verhalten auf verschiedene widersprüchliche Handlungslogiken einzustellen. Im Fall des öffentlich-privaten Forschungsnetzwerks wird von den Teilnehmern gefordert, gleichzeitig, wenn auch mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung, vier kategorische Imperative zu berücksichtigen, genauer, die widersprüchlichen Anforderungen von ökonomischer Rentabilität, wissenschaftlicher Erkenntnis, medizinischen Standards und politischer Gemeinwohlorientierung. In der Tat scheinen Netzwerke, wie unterschiedliche Sozialtheorien es ausdrücken, durch ihren hybriden Charakter wie geschaffen dafür zu sein, mehrere widersprüchliche Rationalitäten in sich aufzunehmen. Sie erlauben deren wechselseitige Interferenz ohne hierarchische Ordnung.³⁹

Kann eine rechtliche Netzwerkverfassung auf solche Herausforderungen antworten? Statt schlicht nur die Minimierung von Transaktionskosten zu fördern, wird eine Rechtsverfassung von Netzwerken Grundsätze der institutionellen Autonomie, der Grundrechte, der Verfahrensfairness, der Rechtsstaatlichkeit und der politischen Verantwortlichkeit für diese gemischt öffentlich-privaten Konfigurationen entwickeln müssen.⁴⁰ Die rechtliche Ausformung des Netzwerks darf kein Theoriemonopol – nicht allein Transaktionskostenreduktion, aber auch nicht allein *policy*-Orientierung, wissenschaftlichen Erkenntnisgewinn oder ethische Verhaltensmaßstäbe – anerkennen, sondern muss im Durchgang durch verschiedene Sozialtheorien die Multi-Dimensionalität der Netzwerke zu erfassen suchen. Dem Recht ist es verboten, die Dominanz einer anderen gesellschaftlichen Teilrationalität zu akzeptieren.

Eine ähnliche Mehrfachorientierung wurde schon im Rechtsbegriff des Konzerninteresses entwickelt.⁴¹ Kein Wunder, denn Konzerne sind Netzwerke ebenso wie die hier angesprochenen Vertragsverbindungen. Doch anders als

³⁸ Zur Doppelzurechnung in Netzwerken aus sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund: Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just in Time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht, 2004, 120 ff. m.w.N.

³⁹ Zu den Rationalitätskollisionen in intersystemischen Netzwerken *Amstutz*, in: Grundmann/Cafaggi/Vettori (Hg.), *The Organizational Contract: From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law*, 2013, 319 ff., 350 ff.; *ders.*, *KritV* 89 (2006), 105, 121 ff.; *Teubner*, in: *Amstutz* (Hg.), *Die vernetzte Wirtschaft: Netzwerke als Rechtsproblem*, 2004, 7, 40 ff.

⁴⁰ *Teubner* (Fn. 39).

⁴¹ Dazu *Emmerich/Habersack*, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht-Kommentar*, 7. Aufl. 2013, § 18 Rn. 7, vor § 311 Rn. 47–50, § 311 Rn. 77–81; *Hoffmann-Becking*, in: FS für Peter

im Konzernrecht, das über rechtliche Garantien der Autonomie der Tochtergesellschaften rein wirtschaftliche Interessen der Tochtergesellschaften gegen die Konzernzentrale schützt und umgekehrt,⁴² geht es im Fall der intersystemischen Netzwerke um sehr viel mehr. In unserem Beispiel darf nicht nur Gewinnerzielung als Netzzweck gelten, sondern auch die institutionelle Integrität von Forschungsinstituten, von medizinischen Einrichtungen, von privaten Stiftungen und von öffentlicher Verwaltung muss in der dezentralen Struktur eines Netzwerks respektiert werden. Während es im Konzernrecht immer noch sinnvoll ist, ein für alle Konzernglieder gemeinsames wirtschaftliches Konzerninteresse in Form von prozeduralen und materiellen Rechtsnormen zu formulieren, kann ein Netzzweck in PPP-Kooperationen nur als Suchprozess nach dem Raum der Kompatibilität verschiedener Rationalitäten bestehen.

Seine rechtliche Konkretisierung findet dieser Verbundzweck intersystemischer Netzwerke – ganz parallel zum Vertragszweck und zum Gesellschaftszweck – unter anderem in sanktionsbewehrten Loyalitätspflichten der Netzwerkteilnehmer.⁴³ Diese Pflichten bestehen sowohl gegenüber den anderen Teilnehmern, erfordern also Rücksichtnahme auf deren Eigeninteressen, wie gegenüber dem gesamten Netzwerk, sind also auf den Erfolg des Projektes als Ganzem gerichtet.⁴⁴

Die Manipulationen der Forschungsergebnisse, welche in unserer Fallkonstellation die Kommunikationsagentur, die Pharma-Firma und das für die klinischen Studien verantwortlichen Wissenschaftsinstitut aus ihrem jeweiligen Eigeninteresse vornahmen, verstößen eklatant gegen beide Ausformungen der Treupflichten und lösen drastische Rechtssanktionen aus. Anders als der Vertragszweck oder der Gesellschaftszweck, verpflichtet der Netzzweck darauf, die beteiligten unterschiedlichen gesellschaftlichen Rationalitäten zu fördern und sie zugleich gegeneinander auszubalancieren. Im Gegensatz zur traditionellen Abwägung, die Individualinteressen im Einzelfall gegeneinander verrechnet, wäre das Ergebnis der Transversalität, dass unterschiedliche gesellschaftliche Rationalitäten in einem rechtlichen Abwägungsprozess verarbeitet werden.

Hommelhoff, 2012, 433, 441 ff.; zur europäischen Diskussion des Konzerninteresses *Drygala* AG 16 (2013), 198 ff.

⁴² Nur die Ansätze eines soziologisch informierten Konzernrechts gehen über diese monotexturale Orientierung hinaus, etwa *Amstutz*, Konzernorganisationsrecht: Ordnungsfunktion, Normstruktur, Rechtssystematik, 1993.

⁴³ Außenhaftung der Netzwerke ist das andere wichtige Rechtsproblem, für das netzwerkadäquate Normen zu entwickeln sind, dazu *Teubner* (Fn. 38), 204 ff. m.w.N.

⁴⁴ Im Detail rechtsvergleichend *Weitzenboeck*, A Legal Framework for Emerging Business Models: Dynamic Networks as Collaborative Contracts, 2012, 186 ff.

IV. Zweite These: Responsivität

Distanzierter Umgang empfiehlt sich auch in anderer Hinsicht. Wenn das Recht im transversalen Durchgang über seine Kontakte zu Sozialtheorien entschieden hat, dann verlangen diese, dass ihre Erkenntnisse im Recht unverfälscht übernommen werden. Besonders die Rechtsdogmatik, deren Wissenschaftscharakter ohnehin dubios ist, steht hier unter Verdunkelungsverdacht.⁴⁵ Entsprechend hat, inspiriert von Jherings Polemik gegen die Begriffsjurisprudenz, der amerikanische *Legal Realism* die traditionelle Rechtsdogmatik als „*transcendental nonsense*“ ridiculisiert und durch eine von politischer Theorie angeleitete Konzeption des Rechts als folgenorientierter Gesellschaftspolitik ersetzt. *Critical Legal Studies* verschärften noch mit dem Rückgriff auf Kritische Sozialtheorie das „*trashing*“ der Dogmatik und forderten die offene Politisierung der Rechtskonflikte. Der Hauptvertreter der ökonomischen Rechtstheorie *Richard Posner* sprach der Rechtsdogmatik jeden autonomen Beitrag zur rationalen Normbildung ab und verlangte, die überholte moralisch-politische Orientierung durch ökonomische Effizienzkriterien zu ersetzen. Andere Autoren wiederum entwickelten die Forderung nach der Einheit der Sozialwissenschaften, in denen die Jurisprudenz als „Realwissenschaft“ nur ein Teilgebiet der Sozialwissenschaften ist und über keine Eigenständigkeit verfügt.⁴⁶

Dem ist in aller Härte entgegenzuhalten: Ein authentischer Transfer von Sozialtheorie in das Recht ist ein Ding der Unmöglichkeit. Er scheitert an der unbiegsamen Autonomie des Rechtssystems. So lehrt es nicht nur die traditionelle Rechtsdogmatik, sondern gerade auch die avancierte Systemtheorie.⁴⁷ Die schon angesprochene funktionale Differenzierung der Gesellschaft ergreift neben anderen Sozialsystemen auch das Recht selbst. Unter der exklusiven Geltung des binären Codes Recht/Unrecht entwickelt es ein komplexes Begriffsgebäude namens „Dogmatik“, das mit wissenschaftlichen Theorien in der Tat inkommensurabel ist. Der sich von anderen binären Codierungen der Gesellschaft unterscheidende Rechtscode begründet die nicht hintergehbare Autonomie der Rechtsdogmatik, die eine Eins-zu-eins-Übernahme von Sozialtheorien kategorisch ausschließt.

Gleichwohl ist angesichts der Interdependenz gesellschaftlicher Teilrationalitäten eine Verflechtung von Sozialtheorie und Dogmatik notwendig. Die Verflechtung kann jedoch nur auf der Grundlage beiderseitiger Autonomie ge-

⁴⁵ Zur problematischen Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz geben einen Überblick über die Diskussion *Klaus Röhl/Hans Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*, 2008, 79 ff.

⁴⁶ *Loci classici: Cohen* ColumLR 35 (1935), 809 ff.; *Kennedy* HarvLR 89 (1975), 1685 ff.; *Posner* HarvLR 100 (1987), 761 ff.; *Albert* (Fn. 20).

⁴⁷ *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 538 ff.; weiterführend *Vesting*, *Rechtstheorie: Ein Studienbuch*, 2007, 141 ff.

schehen.⁴⁸ Deswegen ist es irreführend, von „relativer Autonomie“ des Rechts zu sprechen; vielmehr besteht zwischen hoher Autonomie des Rechts und hoher Interdependenz mit anderen Sozialsystemen ein Steigerungsverhältnis.⁴⁹ In erster Linie heißt dies strikte Arbeitsteilung zwischen zwei selbständigen Suchprozessen: Sozialtheorien liefern Strukturanalysen gesellschaftlicher Phänomene, sie identifizieren gesellschaftliche Probleme, die diese in ihrer Umwelt erzeugen, und sie vermögen Richtungsangaben zu möglichen Problemlösungen zu machen, die sie einem funktionalen Vergleich aussetzen. Daran kann die Rechtsdogmatik anknüpfen, wenn sie – diachronisch in der Pfadabhängigkeit historisch entwickelter Rechtsbegriffe und synchronisch im Kontext des Rechtscodes und bestehender Rechtsprogramme – eigenständige Normen entwickelt.

Über das bloße Abstecken von Reviergrenzen geht jedoch die Verflechtung von Recht und Sozialwissenschaften dann hinaus, wenn die Rechtsdogmatik damit beginnt, unterschiedliche Rechtsinstitute daraufhin sorgfältig zu untersuchen, ob sie ihrer normativen Eigenlogik nach, ihrem „inneren Grunde“ nach, wie Juristen gern formulieren, geeignet sind, auf die Strukturen und Probleme der vom Recht wahrgenommenen Sozialphänomene sensibel zu reagieren. Diese subtilen Suchoperationen, die mit Hilfe der Fühlbegriffe der Dogmatik veranstaltet werden, sollen hier mit dem Ausdruck Responsivität bezeichnet werden.⁵⁰ Responsivität des Rechts ist weder vor dem Forum der Sozialwissenschaften, das über die authentische Begriffsverwendung wachte, noch vor dem Forum einer übergeordneten Drittinanz, die zwischen Recht und Sozialtheorie vermittelte, sondern nur vor dem *forum internum* des Rechts selbst zu erreichen. In einem komplexen Prüfungsvorgang lässt sich das Recht von den externen Problemanalysen der Sozialtheorien irritieren, aber nur dann, wenn sie nach den eigenen Selektionskriterien verwendbar sind, und es rekonstruiert diese intern in seiner eigenen Sprache, in der es dann Probleme und Lösungen miteinander abgleichen kann. Erst wenn diese Rekonstruktion die juristische Argumentation in die Lage versetzt, im Inneren des Rechts zwischen Normen und „Tatsachen“, zwischen Rechtsbegriffen und „gesellschaftlichen Interessen“ unterscheiden zu können, dann ist der Moment gekommen, in dem das Recht

⁴⁸ Eine exemplarische Studie für die Verflechtung von ökonomischer Institutionentheorie, Systemtheorie und Rechtsdogmatik bietet *Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherträge: Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz, 2006.

⁴⁹ Der Unterschied ist wichtig. Relative Autonomie bedeutet, dass Abhängigkeit und Unabhängigkeit auf dem gleichen Mechanismus beruhen, der graduelle Unterschiede erlaubt; ein Steigerungsverhältnis ist dann möglich, wenn Abhängigkeit und Unabhängigkeit auf unterschiedliche Mechanismen zurückzuführen sind. Die Unabhängigkeit des Rechts beruht auf der Verkettung von Rechtsakten, die Abhängigkeit beruht auf der Irritation der Programme des Rechts.

⁵⁰ *Locus classicus Nonet/Selznick*, Law and Society in Transition: Toward Responsive Law, 1978.

die Frage der Sozialadäquanz aufwerfen kann, mit anderen Worten die Frage, ob die rechtlichen Entscheidungen denjenigen Aspekten der Außenwelt gerecht werden, wie sie intern rekonstruiert worden sind.⁵¹

Dazu bedarf es noch eines zusätzlichen Schrittes, nämlich der prospektiven Einschätzung, wie die rechtliche Normänderung in der sozialen Welt aufgenommen werden wird.⁵² Durch ein nachträgliches *monitoring* dieser Sozialwelteffekte des Rechts werden diese prospektiven Einschätzungen korrigiert, wenn ähnliche Sozialkonflikte wieder vor dem Recht ausgetragen werden und in längeren Rechtsprechungsketten Modifikationen gesucht werden. Damit sucht das Recht den Verfremdungseffekt zu kompensieren, der dadurch entstanden ist, dass das Recht Sozialkonflikte in seiner autonomen Sprache rekonstruiert und nur rechtsinterne Lösungen produziert. Wieder ist zu betonen, dass es sich auch bei einem solchen *monitoring* um rechtsinterne Operationen der Umweltbeobachtung handelt. Sozialwissenschaftliche Analysen der Wirkung des Rechts können hier wieder Irritationen des Rechts auslösen und das bloße Monitoring über Rechtsprechungsketten modifizieren. Responsivität des Rechts gegenüber den Sozialwissenschaften ist also nicht begrenzt auf die Rekonstruktion von Konflikten vor der Rechtsentscheidung, sondern erstreckt sich auf die Beobachtung der Folgen von Rechtsentscheidungen in der Gesellschaft.

Insofern ist die rechtliche Rezeption von Sozialtheorien nie authentische Übernahme sozialwissenschaftlicher Beobachtungen, sondern stets „*re-entry*“ der System-Umwelt-Differenz, durch den ein „imaginärer Raum“ im Recht entsteht, also stets eine interne rechtliche Rekonstruktion externer Forderungen von Gesellschaft, Menschen und Natur.⁵³ Responsivität als gesellschaftstheoretische Irritierbarkeit des Rechts ist keineswegs eine „Schleuse, durch die“ – wie es Niklas Luhmann ausdrückt – „vermehrt und gleichsam hemmungslos soziales Wissen in das Recht einfließen könnte. Im Gegenteil: Die Betonung liegt auf Systemsubjektivität, wenn man so formulieren darf und damit auf der unausweichlichen Systemrelativität aller Perspektiven.“⁵⁴ Die Kollision zwischen autonomem Recht und autonomer Sozialtheorie ist prinzipiell nicht überwindbar, mehr noch: sie ist erwünscht.⁵⁵ Sie kann nur, um es überspitzt zu formulieren, mit einem „produktiven Missverständnis“ innerhalb des Rechts bewältigt werden. Das Missverständnis ist unvermeidlich, produktiv wird es dann, wenn die Rechtsdogmatik Sozialtheorien als externe Irritationen behan-

⁵¹ Zu „*enaction*“ der Umwelt als Alternative zu ihrer „*representation*“, Varela, in: ders./Dupuy (Hg.), *Understanding Origins: Contemporary Views on the Origin of Life, Mind and Society*, 1992, 235 ff.

⁵² Amstutz (Fn. 39) 324 ff.

⁵³ Zum Zusammenhang von „*re-entry*“ und „*imaginary space*“ Brown, *Gesetze der Form*, 1997; in der Anwendung auf das Recht und seine Umwelten Luhmann (Fn. 47), 76 ff.

⁵⁴ Luhmann *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1985), 1, 7.

⁵⁵ Auf die Pflege der Kollisionen, nicht auf ihre Ausschaltung kommt es an, dazu Hensel, in: *Soziologische Jurisprudenz: FS für Gunther Teubner*, 2009, 509, 521 ff.

delt, diese dann aber nicht in *splendid isolation* abweist, sondern sie rechtsintern mit eigenständiger Begriffsbildung rekonstruiert und erst dann mit autonomer Normbildung reagiert.

Wird die „Übersetzung“ von Sozialtheorie in Rechtsdogmatik in dieser Weise vollzogen, dann hat sie das Potential, einen rechtsdogmatischen Mehrwert zu erzeugen.⁵⁶ Sie geht, wie gesagt, nicht als bloße Übertragung identischen Sinnes in einer anderen Sprache vor sich, sondern so, dass sich rechtseigene Begrifflichkeiten nach den Bedingungen ihrer inneren Entwicklungslogik von sozialtheoretischen Konstrukten irritieren und daraufhin zu ganz andersartig strukturierter Neubildungen inspirieren lassen. Erst die rechtsintern vollzogene Sequenz von Irritation – Re-Konstruktion – Normänderung – Wirkungsbeobachtung erzeugt den dogmatischen Mehrwert, der weder in der Selbstimmunisierung der Rechtsdogmatik noch im direkten Transfer von sozialtheoretischen Konstrukten in das Recht zu erzielen ist.

Wo läge der dogmatische Mehrwert für die eingangs aufgeworfenen Rechtsfragen im PPP-Netzwerk? Netzwerk ist kein Rechtsbegriff. Keinesfalls kann das Effizienzprinzip, auf das hin Ökonomen Netzwerke als Hybride zwischen Markt und Hierarchie analysieren, als rechtliches Leitprinzip geschweige denn als unmittelbar geltende Rechtsnorm für Netzwerke dienen. Ebenso wenig das Prinzip der „*social embeddedness*“ ökonomischer Transaktionen, das Soziologen als Kennzeichen der Vernetzung herausstellen.⁵⁷ Stattdessen gilt strikte Arbeitsteilung. Sozialwissenschaftliche Netzwerktheorien identifizieren die eigensinnige Handlungslogik von Netzwerken, decken Chancen und Risiken von netzwerkgesteuerten Handlungsformen auf und eröffnen Alternativen für Strukturösungen jenseits von Markt und Hierarchie. Das Vertragsrecht lässt sich davon irritieren, rekonstruiert die Netzwerkproblematik mit rechtseigenen Begriffen und entwickelt aus ihren Denktraditionen heraus eigenständige Normen und Prinzipien für Netzwerke, die als angemessene Rechtslösungen für neuartige Koordinations- und Haftungsprobleme gelten können.

Die eigentliche Herausforderung eines responsiven Vorgehens über die bloße Arbeitsteilung hinaus besteht nun darin herauszufinden, welche unter verschiedenen historisch entwickelten Rechtsfiguren des Privatrechts am ehesten über das normative Potential verfügen, Tatbestände und Rechtsfolgen für netzwerkadäquate Regeln zu entfalten. Welche Rechtsfigur kann über die bilateralen Einzelverträge hinaus eine umfassende rechtliche Bindung aller Teilnehmer an den Gesamtverbund erreichen? Zur Auswahl stehen: BGB-Gesellschaft, Netz-

⁵⁶ Zum Zusammenhang von Irritation, Rekonstruktion und symbolischem Mehrwert allgemein Mölders ZfR Soz 33 (2012), 5 ff., 18 ff.; im Verhältnis Sozialtheorie/Recht Teubner RJ 17 (1998), 234, 250 ff.

⁵⁷ Netzwerkbegriff ökonomisch: Williamson (Fn. 37), 180 ff.; soziologisch: Powell, in: Kenis/Schneider (Hg.), Organisation und Netzwerk – Institutionelle Steuerung in Wirtschaft und Politik, 1996, 213 ff.

vertrag, Geschäftsgrundlage, Drittschutzvertrag, Vertragsverbindung. In aller Kürze: Gesellschaftsrechtliche Konstruktionen sind nicht netzwerkadäquat, da sie die ausschließliche Verpflichtung auf den Gesellschaftszweck enthalten und die für Netzwerke charakteristische gleichzeitige Orientierung an Individualzwecken als rechtswidrig qualifizieren müssen. Die Konstruktion eines zwischen allen Teilnehmern abgeschlossenen Netzvertrages ist gegenüber der Rechtswirklichkeit der Netzwerke unsensibel, da sie eine Vielzahl von Rechtsfiktionen der Stellvertretung und der Vollmachtserteilung aller für alle erfinden muss.⁵⁸ Die Geschäftsgrundlage scheidet aus, da sie nur auf Abwicklung gerichtet ist und keine Rechtspflichten erzeugen kann.⁵⁹ Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erzeugt zwar Bindungswirkungen für Dritte, ist aber nicht für multilaterale Beziehungen geeignet und verfehlt mit dem Kriterium der Leistungsnähe und der Rechtsgütergefährdung die im Netzwerk notwendige Ausrichtung auf Vertragserfüllung.⁶⁰ Als am ehesten netzadäquat erweist sich die für finanzierte Kaufverträge entwickelte Rechtsfigur der Vertragsverbindung, da sie die Spannung zwischen Selbständigkeit der Einzelverträge und ihrer wechselseitigen Verknüpfung präzise abbildet, die netzwerktypische Doppelorientierung auf Knoten und Gesamtnetz als Rechtsbindung formuliert. Sie stellt für die Entstehung des Verbundes drei genau umrissene Tatbestandsmerkmale auf: (1) wechselseitiger Bezug der Verträge, (2) gemeinsamer Vertragszweck und (3) faktische Kooperation, ohne dass es eines vollständigen mehrseitigen Vertragsschlusses bedarf.⁶¹ Netzwerk versus Vertragsverbund – diese Differenz von sozialtheoretischer Analyse und juristischer Qualifikation birgt das Potential, den gesuchten rechtsdogmatischen Mehrwert zu erzeugen. Ob der Vertragsverbund die angemessene Rechtslösung für die in Netzwerken entstehenden Konflikte darstellt, wird letztlich dadurch entschieden, wie das Recht die Wirkungen seiner Entscheidungen in der Sozialwelt beobachtet.⁶²

⁵⁸ Die Konstruktion eines eigenständigen Netzvertrages bei *Robe*, Netzverträge: Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen, 1998.

⁵⁹ Vorschlag von *Grundmann*, in: FS für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, 2008, 227 ff.

⁶⁰ Vorschlag von *Lange*, Das Recht der Netzwerke, 1998, 195 ff., 200.

⁶¹ *Teubner* (Fn. 38), 109 ff.

⁶² Dazu wieder *Amstutz*, in: Grundmann/Cafaggi/Vettori (Hg.), *The Organizational Contract: From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law*, 2013, 330 ff., der in der Tat subtile Selbstkorrekturen in einer beginnenden Rechtsprechungskette des BGH zu Vertragsnetzen identifiziert.

VI. Dritte These: Eigennormativität

Als schwierigstes Problem schließlich wirft unser Fall des *publication bias* die Frage auf: Lassen sich aus sozialwissenschaftlichen Theorien normative Kriterien gewinnen, in unserem Fall zur Grundrechtswirkung in gemischt öffentlich-privaten Netzwerken? Heutige Vertreter der Einheit von Theorie und Praxis erblicken gerade darin ihre vornehmste Aufgabe, nämlich in einer gesamtgesellschaftlichen Analyse normative Potentiale der gesellschaftlichen Entwicklung aufzudecken, die für Politik und Recht Richtungsangaben machen.⁶³ Und von der normativ coolen Systemtheorie wird verlangt, sie müsse, wenn sie für das Recht relevante Aussagen machen wolle, erst eine „normative Wende“ durchmachen.⁶⁴

Doch mit harter Hand zwingt uns auch hier – nun zum dritten Mal – die funktionale Differenzierung der Gesellschaft zu einer Korrektur. Sie zerstört unwiderruflich die alteuropäische Einheit von Theorie und Praxis und weist die Wissenschaft in die Schranken einer exklusiven wahr/falsch-Codierung, die es nicht zulässt, dass Sozialtheorien statt bloßer kognitiver Aussagen auch normative Aussagen im Code der Politik, der Moral oder des Rechts machen können. Das Wissenschaftssystem kann andere Handlungskontexte prinzipiell nicht mit normativen Kriterien beliefern.⁶⁵ Normative Empfehlungen sind stets *trans-scientific issues*.⁶⁶

Diese Selbstbeschränkung trifft besonders schmerzhaft die Philosophie, von der sich das Recht – trotz *Rawls'* und *Habermas'* Bemühenszusagen – keinen Import von Normativität erhoffen kann. Die Philosophie kommt aus dem Münchhausen-Trilemma der Normbegründung – infiniten Regress, Abbruch, Zirkularität – nicht heraus. Letztlich laufen alle Begründungsversuche von Normen auf Paradoxien hinaus. Die Entparadoxierung kann jedoch nicht von einer sich normativ gebärdenden Philosophie geleistet werden, sondern nur von sozialen Praktiken in der Kommunikation und von Individuen in ihrer Introspektion.⁶⁷ Die Konsequenz dieses Theorieversagens heißt: Eigennormativität. In zwei ganz unterschiedlichen Prozessen kommt diese zustande. In rechtsinternen Verfahren bildet sich die Eigennormativität des Rechts und in rechtsexternen Prozessen entsteht die Eigennormativität von gesellschaftlichen Praktiken, auf die das Recht zurückgreifen kann.

⁶³ Prominent *Habermas*, Theorie und Praxis: Sozialphilosophische Studien, 1963, bes. 231 ff.

⁶⁴ *Francot-Timmermans/Christodoulidis* Rechtsphilosophie & Rechtstheorie 40 (2011), 187 ff.

⁶⁵ *Luhmann*, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1990, 627 ff. Freilich entwickelt auch das Wissenschaftssystem normative Orientierungen, aber eben nur für seine eigene Praxis.

⁶⁶ *Locus classicus: Weinberg* *Minerva* 10 (1972), 209 ff.

⁶⁷ Dazu näher *Teubner*, in: *Eposito/Corsi* (Hg.), Paradoxien der Verfassung, 2014, i. E.

Das Recht ist selbst eine der sozialen Praktiken, die Eigennormativität erzeugen, ohne dass sie auf ihre wissenschaftliche oder philosophische Begründung angewiesen wären. Zu dieser Konsequenz nötigen, um einige wichtige Autoren zu nennen, *Hans Kelsens* Grundnorm, *Herbert Harts internal view* und *Niklas Luhmanns* binärer Code des Rechts.⁶⁸ Rechtliche Eigennormativität funktioniert als Selbstreproduktion normativer Vorgaben aus geltendem Recht und als Produktion abweichender Normen nach den Bedingungen des Rechtsbetriebs. Und nur im Rahmen dieser Eigennormativität des Rechts kann Sozialtheorie normativ relevant werden, aber eben nur im Rahmen von Irritation und Rekonstruktion, wie das oben beschrieben wurde.

Doch Selbstreproduktion des Rechtssystems erzeugt nur die eine, die rechtsinterne Eigennormativität. Rechtsextern ergänzt die Eigennormativität anderer sozialer Praktiken die rechtsinterne Normenproduktion, insofern das Recht auf sie zugreift. Soziale Systeme erzeugen nicht nur ihre Eigen-Rationalität im Sinne *Max Webers*, sondern zugleich auch ihre Eigen-Normativität. Am deutlichsten hat dies *Lon Fuller* gemacht, der die „*morality of associations*“ als emergentes Phänomen sozialer Kommunikation beschreibt. Doch gehört diese Einsicht seit *Wittgenstein* bis hin zu *Liotard* zum anerkannten Forschungsstand der Sprachphilosophie. Die Normativität einer Vielheit von Sprachspielen ruht auf ihren Lebensformen auf und ist keiner Letztbegründung zugänglich – weder philosophisch noch sozialtheoretisch. Ganz ähnlich identifiziert der Institutionalismus gesellschaftliche Praktiken als Erzeuger von Normenensembles unter der Herrschaft einer „*idée directrice*“.⁶⁹

An dieser Stelle wird deutlich, dass das treibende Motiv der Suche nach interdisziplinärer Begegnung des Rechts mit Sozialtheorien gar nicht primär der Kontakt zur Wissenschaft ist, sondern der Kontakt zur Gesellschaft. Über seine Eigennormativität hinaus sucht das Recht normative Orientierungen in unterschiedlichen Lebenswelten und ihren Normen und bittet dazu die Sozialtheorien um Hilfe. Doch zeigt sich bei genauerem Hinsehen, dass vieles was hier unter dem Titel Sozialtheorie läuft, gar nicht wissenschaftliche Theorie im strengen Sinne ist, sondern eine Reflexionspraxis, besser noch, eine Reflexions-Dogmatik in verschiedenen sozialen Welten analog zur Theologie und zur Rechtsdogmatik, die in gesellschaftlichen Praktiken normative Orientierungen erzeugt.

Rechtsnormativität entwickelt sich immer auch im Kontakt mit diesen Reflexions-Dogmatiken anderer gesellschaftlicher Teilbereiche. Es gilt also, das szientifische Missverständnis zu vermeiden, das die sich wissenschaftlich gebenden Programme der soziologischen Jurisprudenz, der politischen Rechts-

⁶⁸ *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, 206 f.; *Hart*, The Concept of Law, 1961, 55 ff.; *Luhmann* (Fn. 47), 165 ff.

⁶⁹ *Fuller*, Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller, 1983; *Liotard*, Der Widerstreit, 1989; *Hauriou*, Die Theorie der Institution, 1965.

theorie oder der Rechtsökonomik befördern. So wichtig, wie gezeigt, die Strukturanalysen der Sozialwissenschaften für die oben angesprochene Responsivität des Rechts sind, so geht es hier doch um etwas anderes – um normative Orientierungen, welche die vorurteilsfreien Wissenschaften prinzipiell nicht liefern können, sondern nur die normativ aufgeladenen „Dogmatiken“ sozialen Handelns. Ganz ähnlich wie die Rechtsdogmatik selbst oder wie die Mutter aller Dogmatiken, die Theologie, ihrerseits nicht Wissenschaften sind, sondern als Lehrgebäude systematisierte Reflexionen der gesellschaftlichen Praktiken Recht oder Religion, so sind auch weite Bereiche der Betriebswirtschaft, Wirtschaftswissenschaft oder Politologie nicht Teile der auf den kognitiven Wahr/falsch-Code verpflichteten Wissenschaft, sondern im Gewande von wissenschaftlichen Sozialtheorien auftretende Reflexions-Dogmatiken gesellschaftlicher Sinnwelten, also Lehren richtigen Handelns im Unternehmen, in der Wirtschaft oder in der Politik, welche die jeweiligen normativen Grundorientierungen ihrer Praktiken teilen und diese informieren. Ähnlich wie man ja auch in der Rechtswissenschaft Rechtstheorie als Praxisreflexion und Rechtssoziologie als wissenschaftliche Beobachtung des Rechts unterscheidet, müsste man deutlich auf die Binnendifferenzierung der akademischen Disziplinen achten, in Diskurse, die als Reflexions-Dogmatiken dem jeweiligen gesellschaftlichen Teilsystem zugeordnet werden und in Diskurse, die als Sozialtheorie im strengen Sinne dem Wissenschaftssystem zuzurechnen sind.

Gesucht ist hier also der Kontakt zu der Eigennormativität sozialer Praktiken, über die in den Reflexions-Dogmatiken der ökonomischen und sozialen Praxis gerungen wird.⁷⁰ Gegenüber dem angesprochenen szientifischen Missverständnis ist damit zweierlei gewonnen. Die Orientierung an sozialen Reflexions-Dogmatiken liefert eine Fülle normativer Gesichtspunkte, von den *idées directrices* sozialer Institutionen über soziale Erwartungen, Ansprüche, Grundrechtsforderungen, Hoffnungen der beteiligten Personen, über kollektiv gewonnene Einsichten der Sozialsysteme über ihre Leistungsfähigkeit bis hin zu Festlegungen ihrer gesamtgesellschaftlichen Funktion.⁷¹ Dies könnten

⁷⁰ Besonders prominent die schon institutionalisierten Normen der Professionen, dazu mit Ergebnissen empirischer Forschung Herberg, in: *Dilling / Markus*, (Hg.), *Ex Rerum Natura Ius? Sachzwang und Problemwahrnehmung im Umweltrecht*, 2014, 73. Exemplarisch für den Kontakt zwischen Rechtsdogmatik und gesellschaftlichen Reflexions-Dogmatiken: *Gruber*, *Bioinformationsrecht: Zur Persönlichkeitsentfaltung des Menschen in technisierter Verfassung*, i.E.

⁷¹ Besonders *Ladeur* betont immer wieder, wie stark das Recht auf eine „soziale Epistemologie“, also auf das Wissen sozialer Praktiken angewiesen ist, *Ladeur*, *Der Staat gegen die Gesellschaft: Zur Verteidigung der Rationalität der „Privatrechtsgesellschaft“*, 2006. Weiterführend *Augsberg*, *Informationsverwaltungsrecht: Zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen*, 2013. Zum subkutanen Einfluss des *decorum* der Kunst auf die Rechtsprechung zu Fragen des Persönlichkeitsrechts *Steinhauer*, *Bildregeln: Studien zum juristischen Bilderstreit*, 2009, 174 ff.

„voraussetzungslose“ und „vorurteilsfreie“ Sozialtheorien niemals erzeugen, aber auch die Rechtsdogmatik könnte sie aus sich selbst heraus nie erfinden. Zugleich aber sind hier für das Recht wieder Distanzierungsmöglichkeiten vorgezeichnet, wenn es über Rechtskontrollen seine eigenen partiell-universalen Orientierungen durchsetzen muss. Was sich also unter der Flagge der Wissenschaft segelnd als soziologische Jurisprudenz, Rechtsökonomik, Rechtspolitik, Rechtsethik bezeichnet, müsste in Wahrheit als rechtlicher Umgang mit den Konflikten verschiedener Reflexions-Dogmatiken ausgeflaggt werden.

Um nochmals auf die Moralphilosophie zurückzukommen: Kann man also *Rawls* oder *Habermas* zur Begründung von Rechtsnormen heranziehen? Es kommt darauf an. Nein, sofern sie eine wissenschaftliche Sozialtheorie zu produzieren beanspruchen, da sie – entgegen ihrem Selbstverständnis – im Wahrheitscode der Wissenschaft keine Normen begründen können. Ja, sofern sie als Teilnehmer an Moralpraxis oder an Politikpraxis, deren Reflexions-Dogmatiken sie mitgestalten, verstanden werden können. Auch als solche sind sie noch nicht unmittelbar juristisch relevant, sondern müssen erst die Rechtsfilter von Rechtstheorie, Dogmatik und richterlicher, besonders verfassungsrechtlicher, Entscheidungspraxis durchlaufen.

Wenden wir uns ein letztes Mal dem *publication bias* zu. Wenn hier die Eigennormativität des Rechts und die Eigennormativität gesellschaftlicher Institutionen zusammenspielen, was bedeutet dies für die Drittwirkung von Grundrechten in privaten Netzwerken? Kurz gesagt: die Herausforderung ist, gegenüber den Expansionstendenzen wirtschaftlicher Rationalität den institutionellen Schutz von Expertise einerseits, die Integrität des Gesundheitssystems andererseits zu normieren.

Der normative Gehalt der Horizontalwirkung der Grundrechte lässt sich nicht mit Sozialtheorien begründen, sondern ist zunächst ein Produkt rechtsinterner Operationen. Der Gleichheitsgrundsatz als fundamentales Prinzip der Eigennormativität des Rechts verlangt, Grundrechtsschutz nicht nur gegenüber staatlichen Instanzen, sondern auch gegenüber privaten Netzwerken zu gewähren, wenn in Konstellationen privater Macht ebenso gravierende Grundrechtsgefährdungen entstehen.⁷² Die den *publication bias* auslösenden Manipulationen im Netzwerk – die vertraglich vereinbarten Publikationsbeschränkungen ebenso wie die selektive Veröffentlichung von Forschungsergebnissen – verletzen sowohl das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit als auch das

⁷² Nach der h.L. strahlen die Grundrechte dann (mittelbar) auf die Privatrechtsverhältnisse aus, wenn eine strukturelle Gefährdungslage aufgrund sozialer Macht vorliegt, wie etwa in Monopolstrukturen, Miets- oder Arbeitsverhältnissen. Dazu ausführlich, Maunz/Dürig-Herdegen, Grundgesetz-Kommentar, 68. Erglfg. 2013, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 59–65. Eine theoretisch anspruchsvolle Diskussion bieten *Christensen / Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts: Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte, 2007.

Grundrecht auf Gesundheit. Wie die vehementen Proteste von Privatrechtlern gegen eine solche Art von Drittwirkung zeigen, ist allerdings problematisch, ob durch eine Abwägung von individuellen Grundrechtspositionen, wie es von der herrschenden Lehre vertreten wird, ein wirksamer Grundrechtsschutz zu erreichen ist.⁷³ Ein Ausweg aus diesem Dilemma ist, den Grundrechtsschutz gegen private Macht von der individuellen Ebene auf die institutionelle Ebene zu verlagern. Nicht durch einklagbare Individualrechtspositionen ist dann die Horizontalwirkung der Grundrechte garantiert, in unserem Fall Wissenschaftsfreiheit und das Grundrecht auf Gesundheit, sondern erst durch Organisation und Verfahren, die ihre institutionelle Seite schützen.⁷⁴

Welche Organisation und welche Verfahren aber dem Schutz der Institutionen Wissenschaft und Gesundheitswesen dienen, kann die Eigennormativität des Rechts nicht mehr befriedigend beantworten. Der normative Gehalt der institutionellen Grundrechtsgarantien kann nur rechtsextern aus der Eigennormativität gesellschaftlicher Praxis gewonnen werden. Wissenschaft und Gesundheitswesen bilden in ihren eigenen Codes und Programmen normative Orientierungen heraus, die nicht etwa mit konventionellen Meinungen von Individuen identisch sind, sondern institutionellen Charakter haben.⁷⁵ Eine solche institutionelle Normativität wird in den historisch gewachsenen Strukturen sedimentiert, in den Reflexions-Dogmatiken der Wissenschaft und des Gesundheitswesens reaktiviert und in „politischen“, deliberativen Entscheidungen weitergebildet, ehe das Recht sie rezipieren kann.

Für die *publication-bias*-Manipulationen haben in der Tat die Reflexionsdiskurse von Wissenschaft und Gesundheitswesen eine institutionelle Alternative zum Individualschutz entwickelt, deren rechtliche Ausformung sich empfiehlt: *Trial-registration* als Drittwirkung der Wissenschaftsfreiheit und des Rechts auf Gesundheit durch Organisation und Verfahren.⁷⁶ Es werden öffentliche Studien- und Ergebnisregister eingerichtet, welche die Experimente von Anfang an vollständig erfassen, um Transparenz und Kontrolle zu ermöglichen.⁷⁷

⁷³ Besonders kritisch Zöllner, AcP 196 (1996), 1 ff.

⁷⁴ In der Drittwirkungsdiskussion werden regelmäßig individuelle Grundrechte gegeneinander abgewogen, nur selten wird bisher hier die institutionelle Dimension der Grundrechte herangezogen, dazu Hensel (Fn. 54), 517 ff. Einzelstudien in dezidiert institutioneller Perspektive Graber, Zwischen Geist und Geld: Interferenzen von Kunst und Wirtschaft aus rechtlicher Sicht, 1994; Karavas, Digitale Grundrechte: Zur Drittwirkung der Grundrechte im Internet, 2006.

⁷⁵ Vesting (Fn. 47), 95 ff. spricht hier von „gesellschaftlichen Konventionen und implizitem Wissen“.

⁷⁶ Vorbildfunktion hat die USA mit dem „FDA Amendments Act“ von 2007, Food and Drug Administration: FDA Amendments Act (FDAAA) of 2007, public law no. 110–85 § 801 (<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-110publ85/pdf/PLAW-110publ85.pdf>).

⁷⁷ Anfänge dazu bieten das staatliche US-Studienregister <http://clinicaltrials.gov> oder das Deutsche Register Klinischer Studien am Universitätsklinikum Freiburg (<http://www.germanctr.de>).

Zugleich machen Fachzeitschriften die Eintragung aller durchgeführten Studien in diese Register zwingend zur Publikationsvoraussetzung.⁷⁸ Klinische Studien für Produkte, die auf dem Markt vertrieben werden sollen, müssen zuvor in einem Klinischen Versuchsregister mit allen Ergebnissen der Studien eingetragen werden.⁷⁹

V. Ergebnis

Was hier – am Beispiel der horizontalen Grundrechtswirkung in öffentlich-privaten Netzwerken – allgemein zu zeigen versucht wurde, ist, dass in der Begegnung von Sozialtheorie und Recht ein rechtsdogmatischer Mehrwert dann erzeugt werden kann, wenn das prekäre Verhältnis von Autonomie und Verflechtung in drei unterschiedlichen Dimensionen respektiert wird.

1. Transversalität zieht die Konsequenz aus der Autonomie verschiedener inkomensurabler Sozialtheorien und ihrer wechselseitigen Verflechtung. Das Recht verweigert sich jedem Monopolanspruch und wählt im transversalen Durchgang die Kontaktpunkte.

2. Responsivität insistiert auf der Autonomie der Rechtsdogmatik gegenüber Sozialtheorien und wird der Verflechtung mit ihnen dadurch gerecht, dass sich das Recht den Irritationen der Sozialtheorien öffnet, sich davon zu normativen Neubildungen inspirieren lässt und deren Auswirkungen auf die Sozialwelt beobachtet.

3. Eigennormativität: Das Recht gewinnt normative Orientierung nicht aus Sozialtheorien, sondern nur aus rechtsinternen Prozessen und zugleich aus der Eigennormativität, wie sie Reflexionsdogmatiken anderer Sozialsysteme entwickeln.

Konkret für den Fall des *publication bias*: Verschiedene dogmatische Konstruktionen – ein gegenüber Vertragszweck und Gesellschaftszweck eigenständiger Netzzweck, der Vertragsverbund als Rechtsbegriff für soziale Netzwerke und eine institutionelle Garantie der horizontalen Grundrechtswirkung durch Organisation und Verfahren in der Form der *trial registration* – können in unserer Fallkonstellation als sozialadäquate Rechtsfortbildungen gelten, die in einem distanzierten Umgang des Rechts mit sozialwissenschaftlichen Netzwerktheorien entstehen.

⁷⁸ *De Angelis/Drazen/Frizelle u.a.* N Engl J Med 351 (2004), 1250 f. Es gibt auch einige Interzeitschriften, die vorrangig Negativ-Studien veröffentlichen, so bspw. das Journal of Negative Results in Biomedicine (<http://www.jnrnm.com/>).

⁷⁹ Eine detaillierte Analyse der Drittwirkung von Grundrechten im Falle des *publication bias* bei *Hensel/Teubner* KJ 2014, 150.