

Gunther Teubner

translated by Alison Lewis

*Zusammenfassung**

Drei Theoriekatastrophen sind dafür verantwortlich, dass nach anfänglich hoher Theorieaffinität die deutsche Rechtsdogmatik sich heute gegenüber Sozialtheorien weitgehend immunisiert hat. Der Beitrag diskutiert die Alternative eines distanzierten Umgangs mit Sozialtheorien. Dieser kann in der Begegnung von Sozialtheorie und Recht einen rechtsdogmatischen Mehrwert dann erzeugen, wenn es der Rechtsdogmatik gelingt, dem prekären Verhältnis von Autonomie und Interdependenz in drei unterschiedlichen Dimensionen gerecht zu werden: (1) Theoriekonkurrenz: Wie soll das Recht eine Auswahl treffen, wenn konkurrierende Sozialtheorien miteinander nicht kompatible Analysen von Sozialphänomenen liefern? (2) Wissenstransfer: Wie lassen sich Konstrukte der Sozialtheorien in das Recht übertragen? (3) Und schliesslich die heikelste Frage nach der Normativität von Sozialtheorien: Lassen sich aus wissenschaftlichen Theorien normative Kriterien für die Rechtspraxis gewinnen? Antworten zu diesen Fragen werden am Beispiel der horizontalen Grundrechtswirkung in halb-privaten Netzwerken der Medizinforschung formuliert.

*Summary**

Three theory disasters are responsible for the fact that, after an initial close affinity to theory, German legal doctrine has now become largely immunised against social theories. This paper discusses the alternative of a distanced approach to social theories. At the point where social theory comes into contact with law, this approach is able to generate added value for legal doctrine, if legal doctrine is able to take into account the precarious relationship between autonomy and interdependence in three different dimensions: (1) competition between theories: how is the law to make a selection, when competing social theories provide mutually incompatible analyses of social phenomena? (2) knowledge transfer: how can constructs of social theories be transferred to the law? (3) and, finally, the highly complex issue of the normativity of social theories: can normative criteria for legal practice be derived from academic theories? Answers to these questions are formulated on the basis of the example of the horizontal effect of fundamental rights in semi-private networks of medical research.

* Ich danke Isabell Hensel für wertvolle Mitarbeit.

* I would like to thank Isabell Hensel for valuable critique and comments.

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 dogmatische Mehrwerte.

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

I. 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

The relationship between law and social theory has occupied me since I wrote my doctoral thesis, i.e. for the past 40 years. I would like to summarise my experience:

1. There is no single social theory upon which the law could orient itself. Such a theory cannot exist, neither ought it to exist.
2. Over the last 80 years, German law has on three occasions succumbed to the temptation to subject itself totally to a theory of society. This has led to two theory disasters. It remains to be seen whether the third such disaster will also influence the law.
3. The law is faced with a dilemma. Total acceptance of a social theory is impossible, yet of necessity the law is exposed to the influence of social theories. The way out could be: “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.

Verba docent, exempla trahunt. So let me begin with a legal case.

I. Publication bias: A legal case and three theses

Publication bias – this is a worrying but widespread phenomenon that is being discussed in a number of countries.¹ In order to develop an effective drug against a serious but rare disease, various private and public institutions join together to form a private-public partnership (PPP) network, based on bilateral agreements among them. Since the high costs make such projects unprofitable for the pharmaceutical industry, the financing is mainly provided by a private foundation, and subsidies are paid by the national health department. A university institution undertakes the basic research, while the clinical studies are carried out by a private

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 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 un-

research institution, a contractual research organization. A private pharmaceutical company organizes production and marketing of the drug. A communication agency takes care of the dissemination of information and publication of results in scientific publications and other media.

Following successful licensing on the basis of the clinical studies presented, the drug comes on to the market. However, after a while reports begin to mount up on serious side effects in many patients. Subsequent systematic research shows that the PPP network has been responsible for serious manipulation. The side effects were well known within the network, but the network has successfully prevented publication of the relevant results. The publication of experiments in which negative consequences

1 Dazu *Fujian Song/Lee Hooper/Yoon K. Loke*, Publication bias: what is it? How do we measure it? How do we avoid it?, *Open Access Journal of Clinical Trials* (2013) 71–81; *Fujian Song/Sheetal Parekh/Lee Hooper*, Dissemination and publication of research findings: an updated review of related biases, *Technology Assessment* (2010) 1–220; *Gisela Schott et al.*, Finanzierung von Arzneimittelstudien durch pharmazeutische Unternehmen und die Folgen, Teil 1: Qualitative systematische Literaturübersicht zum Einfluss auf Studienergebnisse, -protokoll und -qualität, *Deutsches Ärzteblatt International* 107 (2010) 279–285; Teil 2: Qualitative systematische Literaturübersicht zum Einfluss auf Autorenschaft, Zugang zu Studiendaten sowie -registrierung und Publikation, *Deutsches Ärzteblatt International* 107 (2010) 295–301.

1 Cf. *Fujian Song/Lee Hooper/Yoon K. Loke*, Publication bias: what is it? How do we measure it? How do we avoid it?, *Open Access Journal of Clinical Trials* (2013) 71–81; *Fujian Song/Sheetal Parekh/Lee Hooper*, Dissemination and publication of research findings: an updated review of related biases, *Technology Assessment* (2010) 1–220; *Gisela Schott et al.*, Finanzierung von Arzneimittelstudien durch pharmazeutische Unternehmen und die Folgen, Teil 1: Qualitative systematische Literaturübersicht zum Einfluss auf Studienergebnisse, -protokoll und -qualität, *Deutsches Ärzteblatt International* 107 (2010) 279–285; Teil 2: Qualitative systematische Literaturübersicht zum Einfluss auf Autorenschaft, Zugang zu Studiendaten sowie -registrierung und Publikation, *Deutsches Ärzteblatt International* 107 (2010) 295–301.

terbunden,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 und die Kommunikationsagentur, die jeweils ein Eigeninteresse an einer verfälschten Darstellung der Ergebnisse hatten.

occurred has been suppressed.² This had been indeed authorized by the bilateral agreements between the research institutions and the pharmaceutical company.³ Other series of experiments have been published, but their results have been falsified in favor of positive effects.⁴ It was not just the pharmaceutical company that was involved in the manipulation, but also the groups of researchers and the communication agency, which had their own interest in providing a falsified presentation of the results.

-
- 2 Ein Beispiel: Der Pharmakonzern Sandoz beauftragte Ende der 1980er 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 offenlegten, 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 *William Applegate/Curt Furberg/Richard Grimm/Robert Byington*, The Multicenter Isradipine Diuretic Atherosclerosis Study (MIDAS), *Journal of the American Medical Association* 277 (1996) 297–298.
- 3 Eine Wissenschaftlerin der Irvine 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 *Ralph T. King*, *Bitter Pill: How a Drug Firm Paid for University Study, Then Undermined It*, *The Wall Street Journal* v. 12.4.1996, 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 *Dirk Eydling et al.*, *Reboxetine for acute treatment of major depression: systematic review and meta-analysis of published and unpublished placebo and selective serotonin reuptake inhibitor controlled trials*, *BMJ* (2010) 341, c4737.

-
- 2 An example: at the end of the 1980s the pharmaceutical group Sandoz commissioned a working group at the University of Tennessee at Memphis to carry out the MIDAS study, which was supposed to compare a new calcium channel blocker with older and cheaper drugs. When the results revealed that the new drug offered no benefits compared with tried and tested ingredients, and in fact indicated many harmful side effects, Sandoz tried to prevent the publication of the study data by putting pressure on the research team. Cf. *William Applegate/Curt Furberg/Richard Grimm/Robert Byington*, *The Multicenter Isradipine Diuretic Atherosclerosis Study (MIDAS)*, *Journal of the American Medical Association* 277 (1996) 297–298.
- 3 A researcher at Irvine University of California received a research grant from Boots Pharmaceuticals and undertook not to make any potential negative results public without the agreement of the Group. On the basis of the contractual censorship clause, publication was prevented over a period of years. A legal action was brought against the Group for suppression of data, dishonest advertising and violation of consumer regulations. Cf. *Ralph T. King*, *Bitter Pill: How a Drug Firm Paid for University Study, Then Undermined It*, *The Wall Street Journal* of 12.4.1996, 1, 6.
- 4 In 1997 Pfizer published only a small part of the the studies actually carried out on its antidepressant drug, specifically only the positive results, while data concerning potential side effects and the efficacy of the ingredient were withheld. Cf. *Dirk Eydling et al.*, *Reboxetine for acute treatment of major depression: systematic review and meta-analysis of published and unpublished placebo and selective serotonin reuptake inhibitor controlled trials*, *BMJ* (2010) 341.

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 halbprivater 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 unter 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

The numerous scandals surrounding publication bias have certainly given rise to strong reactions. Empirical studies have shown that this is a ubiquitous problem. Initial attempts are also being made to take regulatory countermeasures.⁵ Yet the problems that arise here are not simply problems of political control, but also fundamental issues relating to constitutional law: does the fundamental right of academic freedom also give rise to third party effects within semi-private PPP networks? Can the fundamental right of patients to health be asserted vis-à-vis the network or individual members of the network?

The question of whether and how fundamental rights can claim validity vis-à-vis private networks is also of great interest as far as social theory is concerned. Theories of the “network society”, as developed by Manuel Castells for example, see the collective actor networks throughout society as the distinguishing characteristic of postmodern societies, and identify “network failures” as serious social risks.⁶ The way fundamental rights are being endangered in non governmental spheres, in markets, organizations and networks, is not only a matter of concern to jurists, but is also an issue raised by various social theories, for example the constitutional sociology of Chris Thornhill; it is a

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

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

5 See VO (EG) 726/2004 on the implementation of government registers. The EU-RL 2001/20/EG, implemented 12. AMG amendment, BGBl. I, 2004, 2013, establishes for clinical trials a simultaneous assessment by ethics committees.

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

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 allgemeine 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: Eigennormativität.

phenomenon which is attributed to the expansionary tendencies of non governmental collective actors.⁷

Since both of these subject areas are juristic “virgin territory”, the findings of social theories may well prove to be highly relevant for the law. However, if we are seeking specific conclusions as far as legal practice is concerned, we are faced with some thorny problems:

1. Competition between theories: How is the law supposed to make a selection if competing social theories give rise to mutually incompatible analyses of networks, or simply do not agree concerning the validity and effect of fundamental rights vis-à-vis non governmental collective actors? On this point, my general thesis in a single word is: transversality.
2. Knowledge transfer: Can the results of social theories be directly applied within the law, i.e. can they be implemented in network adequate standards of fundamental rights. And can social theories guide the selection of sanctions against violations of fundamental rights so that they can be effective vis-à-vis the particular logic of networks? Again, my thesis can be expressed in a single word: responsiveness.
3. Finally, there is the extremely difficult question of the normativity of social theories: Can normative criteria for fundamental rights in mixed public-private networks be derived from social theories? My thesis: self-normativity.

7 Chris Thornhill, A Sociology of Constituent Power: The Political Code of Transnational Societal Constitutions, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 20 (2013) 577 ff.

7 Chris Thornhill, A Sociology of Constituent Power: The Political Code of Transnational Societal Constitutions, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 20 (2013) 577 ff..

II. These 1: Transversalität

A. 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 das 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 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, wur-

II. Thesis 1: Transversality

A. The particularities of German history

In Germany the relationship between social theory and law has experienced highs and lows which have not arisen to such an extreme extent elsewhere. It started at a general European level, with periods in which jurisprudence existed in a close symbiotic relationship with theories about how humans live together. This applies not only to cosmologies of natural law, but also to the period of the Enlightenment, when philosophy boldly claimed to develop a theory of society which would lay down binding principles in regard to politics and law. The law of reason expressed this symbiotic relationship, in which, according to Franz Wieacker, “the old western philosophy of law and society (‘natural law’), in the form which had been given to it by the early Enlightenment, acquired direct influence on jurisprudence, legislation and the administration of justice among most European nations.”⁸ This development reached its high point in the German-speaking countries, when Carl von Savigny responded to the social theory of Immanuel Kant, formulated as a society of individuals, with the modern-day Roman Law system: “All law exists because of the moral freedom inherent in each individual human being.”⁹ Kant’s social theory, which states that citizens have spheres of freedom of choice which are ideally delimited from each other in such a way that the law can assume a form which is capable of general-

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

9 Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 2 (Berlin 1840), 2.

8 Franz Wieacker, *A History of Private Law in Europe: With Particular Reference to Germany* (Cambridge 1996), § 15 I.

9 Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*. vol. 2 (Berlin 1840), 2.

de 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 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 Theo-

ization, was translated into a legal doctrine which saw law as a comprehensive system of subjective rights.

Soon, however, philosophy had to give up its role as the “leading science” for the law. Due to the accelerating functional differentiation of society, different spheres of rationality within society each took on their own separate existence, so that it was no longer possible to hold on to a single overriding viewpoint from which a unified legal concept of society could be developed.¹⁰ In today’s “society without any apex or center”, as Niklas Luhmann describes it,¹¹ it is in principle impossible to devise any generally valid social theory into which the law could be incorporated. “The social system itself becomes so complex under such conditions as to no longer allow one to get away with a single system description.”¹² Instead, based on different social rationalities, a multiplicity of independent social theories are developed that are utterly different, and yet are interwoven with and dependent upon each other. This situation does not even give rise to a “normal” controversy of theories that could ultimately be decided in favor of whichever theory is the most plausible. On the contrary, an entirely new kind of situation arises, to which the philosopher Got-

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 *Uwe Schimank*, *Theorien gesellschaftlicher Differenzierung* (Opladen 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 *Niklas Luhmann*, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat* (München 1981), 22.

12 *Niklas Luhmann*, *Die Codierung des Rechtssystems*, *Rechtstheorie* 17 (München 1986), 171, 180.

10 The most important sociological contributions to social theory are probably theories of social differentiation as developed by Emile Durkheim, Georg Simmel, Max Weber, Talcott Parsons, Pierre Bourdieu and Niklas Luhmann. A summary can be found in *Uwe Schimank*, *Theorien gesellschaftlicher Differenzierung* (Opladen 1996). The law and legal doctrine itself are also covered by this autonomization process (see Section III below on this point) with the consequence that legal positivism is becoming predominant.

11 *Niklas Luhmann*, *Political Theory in the Welfare State* (Berlin 1990), 43.

12 *Niklas Luhmann*, *The Coding of the Legal System*, in: *Alberto Febbrajo/Gunther Teubner* (eds.) *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a New Perspective* (Milano 1992), 145–185, 156.

riekontroversen, die man letztlich zugunsten der plausibelsten Theorie entscheiden könnte. Vielmehr entsteht eine ganz neuartige Theorielage, die der Philosoph Gotthard Günther als Polykontextualität 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-Monotheismus 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 alleinige Gesellschaftstheorie. Vor diesem Paradox – eine Vielzahl partieller Rationalitäten mit totalitärem Anspruch – steht heute das Recht, wenn es aus Sozialtheorien Orientierung gewinnen will.¹⁵

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

thard Günther has given the name “poly-contextuality”.¹³ Out of their own specific rationality, different social “meaning worlds” create their own separate theories of society, which generally speaking can no longer be reduced to a single standard theory, but exist side by side on a basis of equal origin. Max Weber has already spoken of a “new polytheism” in a historical situation, which makes any “monotheism” of theories impossible.¹⁴ There is no longer one theory of society, but only equally justified partial theories relating to areas of society. Yet each one of these – and this is what gives rise to concern – at the same time lays claim to universal validity as the sole theory of society. It is this paradox – a multiplicity of partial rationalities with totalitarian claims – that the law has to face today, if it aims to find a satisfactory relation to social theories.¹⁵

Economic theories have long since gone beyond the boundaries of their actual subject area – the economy – and claim to provide a theory of all social relationships, which society, and therefore also the law, understands as a vast network of utility calculations. Efficiency becomes a principle of law.¹⁶

13 Gotthard Günther, *Life as Poly-Contextuality*, in: Gotthard Günther (Hrsg.), *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik I* (Hamburg 1976), 283–306.

14 Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (Tübingen 1968), 605 ff.; dazu Wolfgang Schluchter, *Religion und Lebensführung*, Bd. 1 (Frankfurt 1988), 299 ff., 302.

15 Zu den unterschiedlichen Rationalitätsansprüchen näher Gunther Teubner, *Altera Pars Audiatur*. Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 65 (1996), 199–220 m.w.N.

16 Dazu eingehend Horst Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip* (Tübingen 1995).

13 Gotthard Günther, *Life as Poly-Contextuality*, in: Gotthard Günther (eds.), *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik I* (Hamburg 1976), 283–306.

14 Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (Tuebingen 1968), 605 ff.; cf. Wolfgang Schluchter, *Religion und Lebensführung*, vol. 1 (Frankfurt 1988), 299 ff., 302.

15 On the different rationality claims in greater detail: Gunther Teubner, *Altera Pars Audiatur*: Law in the Collision of Discourses, in: Richard Rawlings (ed.), *Law, Society and Economy* (Oxford 1997), 149–176 with further references.

16 Cf. Horst Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip* (Tuebingen 1995).

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 Gesellschaftstheorien 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

In a similar way, political theories perceive society as power and interest conflicts between groups and political associations and claim to represent a binding “leading science” in regard to society and the law.¹⁷ The democratic-consensual foundation as the core of political rationality demands to be implemented everywhere in the law. In their turn, sociological role theories, which were developed for the micro level of society, are extrapolated to the macro level, raising the reciprocity of social roles to the status of a general social norm.¹⁸ Again, moral criteria typically take the form of specific interactions as a demonstration of mutual respect. And yet the social theories of moral philosophy claim regulatory sovereignty over social (nowadays, principally ecological) issues and demand to be implemented in the form of legal norms.¹⁹ Finally, social theories are also being developed in the scientific system itself, for instance in critical rationalism. Such theories insist on the impartial search for truth as the core of scientific rationality, and limit social theories to diagnosis and prognosis. Nevertheless they demand the general scientification of the law in a process of “technocratic universalization”.²⁰

17 Ein informativer Überblick bei *André Brodacz/Gary Schaal*, Politische Theorien der Gegenwart (Opladen 2009).

18 *Ralf Dahrendorf*, Homo Sociologicus: Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der sozialen Rolle (Opladen 1958); *George Herbert Mead*, Geist, Identität und Gesellschaft (Frankfurt 1973).

19 Der *praeceptor Germaniae postbellicae* weiss fast jede Rechtsfrage mit sozialtheoretischer Autorität zu beantworten: *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats (Frankfurt 1992), passim.

20 *Hans Albert*, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft: Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz (Baden-Baden 1993).

17 An informative summary can be found in *André Brodacz/Gary Schaal*, Politische Theorien der Gegenwart (Opladen 2009).

18 *Ralf Dahrendorf*, Homo Sociologicus: Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der sozialen Rolle (Opladen 1958); *George Herbert Mead*, Mind, Self and Society from the Standpoint of a Social Behaviorist (Chicago 1967).

19 The *praeceptor Germaniae postbellicae* knows how to answer almost any legal question with the authority of social theory: *Jürgen Habermas*, Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy (Cambridge 1996), passim.

20 *Hans Albert*, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft: Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz (Baden-Baden 1993).

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- und 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

At the “Laboratorium Weimar”, where the loss of a general social orientation was seen in the law, the pluralization of social theories and law reached its high point. Faced with the accelerating pluralism of social theories – sociology, economics, political sciences, and moral philosophy – German jurisprudence embarked upon some bold experiments. The great controversies concerning constitutional theories (Carl Schmitt, Hans Kelsen, Hermann Heller), the dispute surrounding the alternative economic constitution or economic democracy (Franz Böhm and Hugo Sinzheimer), the invention of legal sociology, “Free Law” and the “Jurisprudence of Interests”, the competing approaches of sociological jurisprudence, the “economic viewpoint” in the law and “political justice” are an expression of this pluralism. In particular it is the acquisition of independent status by autonomous areas of the law (especially economic law, social law and labor law) that bears witness to the huge influence, which the pluralization of social theories has had on the pluralization of the law itself.²¹

However, German law abruptly abandoned this pluralism of social theory and law when, under massive pressure from the political sphere, it became subject to the monopolistic claims of a single *Weltanschauung*. During the low points of the more recent history of German law, totalitarian social theories were successful in imposing their normative rules upon the law whenever these rules were at the same time supported by the political systems. In the 20th century, German law succumbed more than

21 Zu den Entwicklungen im 20. Jahrhundert im Privatrecht *Wieacker* (Fn. 8), 543 ff., 558 ff., im öffentlichen Recht *Michael Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914 bis 1945 (München 1999), 90 ff. (Staatsrechtslehre und Verfassung), 153 ff. (zum Methodenstreit in Weimar), 216 ff. (Ausdifferenzierung des Verwaltungsrechts).

21 On these developments in the 20th century in private law: *Wieacker* (Fn. 8), § 28 f., in public law: *Michael Stolleis/Thomas Dunlap*, *A History of Public Law in Germany 1914–1945*, (Oxford 2004), 45 ff. (constitutional law doctrine and constitution), 139 ff. (concerning the dispute over method in Weimar), 188 ff. (differentiation of administrative law).

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 übernahm 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“, die als Rückfall in totalitäres Denken verstanden wurde, verstärkte noch die Tendenzen zur Selbstimmunisierung

once to the temptation to subject itself to just such an “imperialism” of one social theory, basing not only its fundamental principles but even single rules on the requirements of whatever leading political theory was dominant at the time.

The racial theory of National Socialism was the first and also the most horrifying low point in terms of the dominance of a political theory over the law.²² Following the theory catastrophe in 1945, the relationship of the law to social theories in Germany led in the direction of two opposing and extreme positions. In the east, under massive political pressure another totalitarian social theory, dialectical materialism, took control of law and state – with fatal consequences for the rule of law.²³ The west, by contrast, responded to the unspeakable theory/law symbioses of fascism and real socialism with a different extreme: a kind of “immune reaction” of the law against any invasion by the “bacillus” of social theory.²⁴ Having presumably become wiser after this twofold experience, legal doctrine in the Federal Republic, which regarded itself as autonomous, rigorously fought off all alien influences of social theory. This self-imposed defense against any kind of interdisciplinarity remained unshaken even by the brief yet feverish attacks of social theory which occurred in 1968; indeed, the phenomenon of “sociology before the gates of jurisprudence”, which was feared to be a reversion to totalitarianism, further increased the trend towards the “self-immunization” of

22 Dazu etwa *Bernd Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus (Tübingen 2004).

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

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

22 Cf. *Bernd Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus (Tuebingen 2004).

23 Cf. *Michael Stolleis*, Sozialistische Gesetzlichkeit. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in der DDR (Munich 2009), 28 ff., 43 ff.

24 Incisive criticism on this point by *Rudolf Wiethölter*, Rechtswissenschaft (Frankfurt 1968), 10, 27 f., 39 ff.

der Rechtsdogmatik.²⁵ 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 den USA dominanten Tendenzen der „law and ...“-Bewegungen zu folgen.

Mit einer Ausnahme: In den siebziger und achtziger Jahren des 20. Jahrhunderts trat dann 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, *public choice*

legal doctrine.²⁵ In legal comparison it is astonishing how extensively the law opened itself up to the social sciences in other legal systems, particularly in the Common Law. Foreign observers are quite disconcerted to register how German jurisprudence, which because of its strong theoretical orientation enjoyed international respect in the 19th and early 20th centuries, went on to deliberately narrow its focus to mere doctrine.²⁶ It is ironic that German law in the post-war period, in its state of profound uncertainty, followed many international influences, with a particular preference for the American legal world, but it resolutely turned away from the numerous “law and ...” movements which predominated in the USA.

There was however one exception. For in the seventies and eighties of the 20th century, one social theory with a claim to sole representation, which had already for some time dominated all areas of the law as a “leading science” in the USA, enjoying massive political support and an abundant flow of private financing, appeared on the scene in Germany as well.²⁷ Transaction cost theory, the theory of property rights, public choice and

25 Rüdiger Lautmann, *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz: Zur Kooperation der beiden Disziplinen* (Stuttgart 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.“ James Gordley, *The State's Private Law and Legal Academia*, in: Nils Jansen/Ralf Michaels (Hrsg.), *Beyond the State: Rethinking Private Law* (Tübingen 2008), 219, 222.

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

25 Rüdiger Lautmann, *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz: Zur Kooperation der beiden Disziplinen* (Stuttgart 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.“ James Gordley, *The State's Private Law and Legal Academia*, in: Nils Jansen/Ralf Michaels (eds.), *Beyond the State: Rethinking Private Law* (Tuebingen 2008), 219, 222.

27 Cf. *Steven M. Teles*, *The Rise of the Conservative Legal Movement: The Battle for Control of the Law* (2008).

und ökonomische Analyse des Rechts sind verschiedene Strömungen ökonomischer Theorie, die den ausgelagerten 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.

economic analysis of the law are various movements in economic theory which aim to substitute the worn-out concept of justice with the ideal of the economic efficiency of the law.²⁸ These movements claim to entirely supersede the former orientation of the law on moral philosophy, and refuse to countenance any other social theories whatsoever. They self-confidently and openly profess a kind of “theory imperialism”, permitting interdisciplinarity (for example in institutional economics), but only on their own terms.

However, after economic theories had over a period of thirty years succeeded in expanding massively into all areas of life, right through to the economic analysis of love relationships and religious faith,²⁹ there occurred – in the financial crisis of 2008 – the third theory catastrophe, under the effects of which the interpretational monopoly of economics in many disciplines collapsed.³⁰ However, the question of whether this catastrophe also marks the end of the imperialism of economic thought in the law remains undecided.

28 Eine kurze Darstellung der Rechtsökonomik bei *Brian E. 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 *Ingo Pies/Martin Leschke*, *Gary Beckers ökonomischer Imperialismus* (Tübingen 1998); positive Bewertung bei *Edward P. Lazear*, *The Quarterly Journal of Economics* 115 (2000) 99 ff.

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

28 A brief presentation of legal economics can be found in *Brian E. Butler*, *Law and Economics*, Internet Encyclopedia of Philosophy (2011, <http://www.iep.utm.edu/law-econ>). Admittedly legal economics has not so far achieved a position of dominance over legal thinking in Germany in the same way as it has in the USA. One probable reason for this is the self-immunisation tendencies of doctrine which we have referred to.

29 Particularly radical Gary Becker, cf. *Ingo Pies/Martin Leschke*, *Gary Beckers ökonomischer Imperialismus* (Tuebingen 1998); for a favourable evaluation see *Edward P. Lazear*, *The Quarterly Journal of Economics* 115 (2000) 99 ff.

30 This collapse occurred even in the US corporate law, cf. *Eric W. Orts*, *Business Persons: A Legal Theory of the Firm* (Oxford 2013).

B. 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 recits* folgte.³¹ Transversalität im Recht würde bedeuten: Das Recht erkennt an, 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 Nebeneinander, das heisst aus der hohen Autonomie und aus den gleichzeitigen wechselseitigen Abhängigkeiten unterschiedlicher 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, akzeptierte jedoch 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.

B. The distanced approach

What does the law in its relationship with social theory need, following such abrupt changes between heights and depths? – A distanced approach. Admittedly, in light of these theory catastrophes the dedicated self-immunization of German legal doctrine after the war appears to be almost the only option. Yet there is a possible alternative: transversality. In philosophy, transversality was developed as a reaction to a similar situation, as a process for dealing with the postmodern plurality of discourses which has followed the collapse of the *“grands recits”*.³¹ Transversality in the law would mean: The law recognizes that under extreme differentiation of society, there is no more a justification for the existence of any single generally valid social theory, but only for a multiplicity of theories of social areas which are equal in terms of their origin. These derive their justification from their coexistence, i.e. from the high level of autonomy and the simultaneous reciprocal interdependencies of different social rationalities. The law would then reject not only its one-sided economization, but also its one-sided politicization, sociologization, scientification and moralization. It would defend itself against any claim to totality of any theory; however, it would accept the intrinsic right of social theories that exist side by side. It would transform – and herein lies today’s challenge – the new plurality of language-games into the formation of legal concepts and the formulation of legal norms. This is possible if the law insists on the partiality of the various social theories and only opens itself up to their influence to the extent that they make statements, which are valid for their social sphere.

31 Besonders von *Wolfgang Welsch*, *Vernunft: Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft* (Frankfurt 1996).

31 Particularly by *Wolfgang Welsch*, *Vernunft: Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft* (Frankfurt 1996).

Transversalität bedeutet jedoch mehr, als nur die territoriale Autonomie verschiedener Teilbereichstheorien anzuerkennen. Auf die mit der hohen Autonomie einhergehende Interdependenz gesellschaftlicher Teilbereiche muss das Recht mit einem systematischen Durchgang durch die innere Logik aller konkurrierenden Teilbereichstheorien antworten.³² Max Weber schon nahm diese Transversalität 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 selbstaufgelegte 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 wären dann Genüge getan, wenn man im Wirtschaftsrecht die primäre Relevanz

However, transversality means more than just recognizing the territorial autonomy of the theories associated with different social spheres. The proper response to the interdependence of social spheres which is associated with their autonomy must be a systematic exploration by the law of the inner logic of all competing part-area theories.³² Max Weber anticipated this transversality when he spoke of a “chain of final decisions” which is inevitable in the new polytheism, decisions which situationally have to be taken over and over again as we pass through the claims of different rationalities.³³ This would not be any arbitrary “pick and choose”, but a self-imposed obligation to carefully examine the claims of all theories in order to do justice to the plurality of social rationalities.

Transversal reason in the law would categorically reject the claim to totality currently asserted by economic theories, while at the same time acknowledging them as self-descriptions of the economic system. The autonomy and simultaneous interdependence of many partial social theories would be properly taken into account if the primary relevance of economic expertise is acknowledged in economic law, which

32 Besonders akzentuiert *Wiethölter*, 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: *Rudolf Wiethölter*, Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?, in: Gunther Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht (Baden-Baden 1995), 89, 95 f. Weiterführend *Dan Wielsch*, Die epistemische Analyse des Rechts: Von der ökonomischen zur ökologischen Rationalität in der Rechtswissenschaft, *Juristenzeitung* 2 (2009) 67 ff.

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

32 Particularly emphasised by *Wiethölter*, for whom the law is only abreast of the times if it has thoroughly processed the messages of systems sociology, critical theory and economic institutionalism: *Rudolf Wiethölter*, Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe? in: Gunther Teubner (ed.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht (Baden-Baden 1995), 89, 95f.; furthermore *Dan Wielsch*, Die epistemische Analyse des Rechts: Von der ökonomischen zur ökologischen Rationalität in der Rechtswissenschaft, *Juristenzeitung* 2 (2009) 67 ff.

33 *Max Weber* (Fn. 14) 507f.; on that point *Wolfgang Schluchter* (Fn. 14), 339 ff.

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 nicht ausschliessliche, Geltung beanspruchen kann. Oder für Habermas' Diskurstheorie, die von ihrem angemassen 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

would however at the same time mean that within economic law other social theories are also legally relevant in a secondary sense.³⁴ A similar principle applies in respect of political theories of the law, such as John Rawls' theory of justice, which can claim primary (but not exclusive) validity only in regard to the field of political constitution, or Habermas' discourse theory, which has arrogated to itself the status of a social theory but which must be demoted to that of a moral theory of interaction in the real world, and only in that context can aspire to discursive rationality. Even systems theory (which is the one I personally favor) cannot lay claim to becoming a new "super-theory" and thus a leading science for the law, for in its turn it is only a partial theory of social communication, its differentiation and its interdependencies – a specialist in regard to the general, so to speak – which expresses no preference for any of the partial rationalities of the modern age, and certainly does not develop any partial rationality of its own with a claim to sole representation, but instead takes as its central theme the equal validity of different social rationalities.

Let us return to the subject of "publication bias". What does the distanced approach of transversality mean for the legal classification of a public-private network, in which pharmaceutical companies, academic institutions and public bodies cooperate in order to develop a new drug? The starting point is that a new kind of social phenomenon such as a PPP network cannot be satisfactorily covered either by the law of con-

34 Eine exemplarische Studie bietet *Dan Wielsch*, Zugangsregeln: Die Rechtsverfassung der Wissensteilung (Tübingen 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.

34 An exemplary study is offered by *Dan Wielsch*, Zugangsregeln: Die Rechtsverfassung der Wissensteilung (Tuebingen 2008), who in regard to the law of intellectual property in the Internet initially has recourse to economic theory, but then turns to competing social theories in order to do justice to political, scientific and artistic requirements.

Gesellschaftsrecht befriedigend erfasst wird. Weder der Rechtsbegriff des Vertragszwecks noch der des Gesellschaftszwecks werden den Zielen der Vernetzung unterschiedlicher 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

tract or by corporate law. Neither the legal concept of the corporate purpose nor that of the social purpose does justice to the aims of a network of different institutions. On the contrary, as numerous authors have come to agree, a separate legal concept has to be developed, that of the “network purpose”.³⁵ Here, the law readily opens itself up to the analyses of economic transaction costs theory, according to which rational actors choose the novel form of a network when it offers advantages in terms of transaction costs by comparison with the structures of contractual or corporate law.³⁶ But as soon as the economic theory goes beyond this and insists that the network purpose is exclusively based on minimizing transaction costs, and if in addition it tries to hand over the regulation of conflict principally to private governance in the network, rejecting any intervention by state law on grounds of inefficiency,³⁷ the law must oppose the economic monopoly on interpretation. Only in the transversal examination of other social theories does it become clear that the new legal concept of the network purpose covers an area of greater complexity than any mere minimization of transaction costs. It is to be understood as a multiple orientation, em-

35 Z.B. *Stefan Grundmann*, Die Dogmatik der Vertragsnetze, *Archiv für die civilistische Praxis* 207 (2007) 718, 720, 729 ff.; rechtsvergleichend *Fabrizio Cafaggi*, Introduction, in: Fabrizio Cafaggi (Hrsg.), *Contractual Networks, Inter-Firm Cooperation and Economic Growth* (Cheltenham 2011), 1, 11.

36 *Fernando Gómez*, Cooperation, Long-Term Relationships and Open-Endedness in Contractual Networks, in: Fabrizio Cafaggi (Hrsg.), *Contractual Networks, Inter-Firm Cooperation and Economic Growth* (Cheltenham 2011), 21, 22, 25; *locus classicus*: *Oliver E. Williamson*, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting* (New York 1985), 180 ff.

37 *Oliver E. Williamson*, *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, *Administrative Science Quarterly* 36 (1991) 269, 273 ff.

35 E.g. *Stefan Grundmann*, Contractual Networks in German Private law, in: Fabrizio Cafaggi (ed.), *Contractual Networks, Inter-Firm Cooperation and Economic Growth* (Cheltenham 2011), 111–162; from a comparative law perspective *Fabrizio Cafaggi*, Introduction, in: Fabrizio Cafaggi (ed.), *Contractual Networks, Inter-Firm Cooperation and Economic Growth* (Cheltenham 2011), 1, 11.

36 *Fernando Gómez*, Cooperation, Long-Term Relationships and Open-Endedness in Contractual Networks, in: Fabrizio Cafaggi (ed.), *Contractual Networks, Inter-Firm Cooperation and Economic Growth* (Cheltenham 2011), 21, 22, 25; *locus classicus*: *Oliver E. Williamson*, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting* (New York 1985), 180 ff.

37 *Oliver E. Williamson*, *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, *Administrative Science Quarterly* 36 (1991) 269, 273 ff.

als eine blossе Transaktionskostenminimierung zu fassen ist. Er ist als Mehrfaktororientierung zu verstehen, zum einen als Verpflichtung auf die verschiedenen Einzelprojekte der Netzwerkteilnehmer, zum anderen auf das übergreifende 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 Netzzwecks 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 gegenseitig sich ausschliessende kategorische Imperative zu berücksichtigen, genauer, die widersprüchlichen Anforderungen von ökonomischer Rentabilität, wissenschaftlicher Erkenntnis, medizinischen Standards und politischer Gemeinwohlorientierung.

bodying a commitment to the various individual projects of the network participants, on the one hand, and on the other hand to the overarching project of the network as a whole.³⁸ With a transversal approach, the law successively reacts to the impulses coming from economic, political, sociological, ethical theories and other partial theories. At the end the law understands intersystemic networks as organizational arrangements in which the conflict between different social rationalities is actually institutionalized. A legal concept of the network purpose, which is defined in this way, places an obligation on the actors to adjust their behavior to different and contradictory logics of action. In the case of the public-private research network, the participants are required simultaneously, although with varying priorities, to take into account four mutually exclusive categorical imperatives, specifically the contradictory requirements of economic profitability, scientific knowledge, medical standards and the political focus on the common good. In fact, as various social theories have stated, networks appear as a result of their hybrid nature to be almost tailor-made for absorbing several contradictory rationalities

38 Zur Doppelzurechnung in Netzwerken aus sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht *Gunther Teubner*, *Netzwerk als Vertragsverbund: Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just in Time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht* (Baden-Baden 2004), 154 m.w.N.; *Gunther Teubner*, „So ich aber die Teufel durch Beelzebub austreibe, ...“: Zur Diabolik des Netzwerkversagens, in: Ingo Augsberg (Hrsg.), *Ungewissheit als Chance. Perspektiven eines produktiven Umgangs mit Unsicherheit im Rechtssystem*. Mohr Siebeck, Tübingen 2009, 109–134.

38 On double attribution in networks from the perspective of both the social sciences and the law, *Gunther Teubner*, *Networks as Connected Contracts* (Oxford 2011), 154 including detailed references; *Gunther Teubner*, “And if I by Beelzebub Cast out Devils, ...”: An Essay on the Diabolics of Network Failure, in: Stefan Grundmann/Fabrizio Cafaggi/Giuseppe Vettori (eds.), *The Organizational Contract: From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law* (2013), 113–135, 124 ff.

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 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 in diesen gemischt öffentlich-privaten Konfigurationen entwickeln müssen.⁴⁰ Die rechtliche Ausformung des Netzzweckes darf kein Theoriemonopol – nicht allein Transaktionskostenreduktion, aber auch nicht allein *policy*-Orientierung, wissenschaftlicher 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.

“corporate group interest” within themselves, permitting mutual interference without any hierarchical classification.³⁹

Can the law of networks respond to such challenges? Instead of merely promoting the minimization of transaction costs, a legal constitution of networks will have to develop principles of institutional autonomy, fundamental rights, procedural fairness, the rule of law and political responsibility in these mixed public-private configurations.⁴⁰ The legal form of the network purpose ought not to recognize any social theory as having a monopoly – there must be no exclusivity for the reduction of transaction costs, or for policy orientation, or for the acquisition of scientific knowledge, or for ethical standards of behavior. Instead, this legal form must seek to cover the multidimensionality of the networks by exploring different social theories. It is forbidden for the law to accept the dominance of any other partial social rationality.

39 Zu den Rationalitätskollisionen in intersystemischen Netzwerken *Marc Amstutz*, The Nemesis of European Private Law: Contractual Nexus as a Legislative Conundrum, in: Stefan Grundmann/Fabrizio Cafaggi/Giuseppe Vettori (Hrsg.): The Organizational Contract: From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law (2013), 319 ff., 350 ff.; *Marc Amstutz*, Die Verfassung von Vertragsverbindungen, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung 89 (2006) 105, 121 ff.; *Gunther Teubner*, Coincidentia oppositorum: Das Recht der Netzwerke jenseits von Vertrag und Organisation, in: Marc Amstutz (Hrsg.), Die vernetzte Wirtschaft: Netzwerke als Rechtsproblem (Zürich 2004), 7, 40 ff.

40 *Teubner* (Fn. 39).

39 On conflicts of rationalities in inter-systemic networks *Marc Amstutz*, The Nemesis of European Private Law: Contractual Nexus as a Legislative Conundrum, in: Stefan Grundmann/Fabrizio Cafaggi/Giuseppe Vettori (eds.): The Organizational Contract: From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law (2013), 319 ff., 350 ff.; *Marc Amstutz*, The Constitution of Contractual Networks, in: Marc Amstutz/Gunther Teubner (eds.) Contractual Networks: Legal Issues of Multilateral Cooperation (Oxford 2009), 309–346, 335 ff.; *Gunther Teubner*, Coincidentia oppositorum: Hybrid Networks Beyond Contract and Organization, in: Marc Amstutz/Gunther Teubner (eds.) Contractual Networks: Legal Issues of Multilateral Cooperation (Oxford 2009), 3–30, 28 ff.

40 *Teubner* (Fn. 39).

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 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

A similar multiple orientation has already been developed in the legal concept of “corporate group interest”.⁴¹ This is hardly surprising, for corporate groups are networks in just the same way as the contractual networks which we are addressing here. But by contrast with the law on corporate groups, which in addition to the legal guarantees of the autonomy of subsidiaries also protects the purely economic interests of the subsidiaries against the parent company and vice versa,⁴² a great deal more is at stake in the case of inter-systemic networks. In our example, it is not just the acquisition of profits that may be regarded as the legal network purpose, but also the institutional integrity of research institutions, medical facilities, private trusts and public administration have to be respected in the decentralized structure of a network. While it remains expedient in the law on corporate groups to formulate a common economic corporate interest, which is common to all members of a group in the form of procedural and substantive legal norms, a network purpose in PPP cooperation can only consist in a process of searching for an area of compatibility between different rationalities.

This associative purpose of inter-systemic networks finds its legal embodiment – in parallel with the contractual purpose and the company purpose – inter alia in duties of

41 Dazu *Volker Emmerich/Mathias Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht-Kommentar, 7. Aufl. (München 2013), § 18 Rn. 7, vor § 311 Rn. 47–50, § 311 Rn. 77–81; *Michael Hoffmann-Becking*, Gibt es das Konzerninteresse?, in: Bernd Erle et al. (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff (Köln 2012), 433, 441 ff.; zur europäischen Diskussion des Konzerninteresses *Tim Drygala*, Europäisches Konzernrecht: Gruppeninteresse und Related Party Transactions, Die Aktiengesellschaft 16 (2013) 198 ff.

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

41 Cf. *Volker Emmerich/Mathias Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht-Kommentar, 7th ed. (Munich 2013), § 18 no. 7, before § 311 no. 47–50, § 311 no. 77–81; *Michael Hoffmann-Becking*, Gibt es das Konzerninteresse?, in: Bernd Erle et al. (eds.), Festschrift für Peter Hommelhoff (Cologne 2012), 433, 441 ff.; for the European discussion on “corporate group interest” *Tim Drygala*, Europäisches Konzernrecht: Gruppeninteresse und Related Party Transactions, Die Aktiengesellschaft 16 (2013) 198 ff.

42 Only the approaches of sociologically informed corporate group law go beyond this monotextural orientation, e.g. *Marc Amstutz*, Konzernorganisationsrecht: Ordnungsfunktion, Normstruktur, Rechtssystematik (Bern 1993).

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 in Zusammenarbeit mit der Pharma-Firma und dem für die klinischen Studien verantwortlichen Wissenschaftsinstitut aus ihrem jeweiligen Eigeninteresse vornahmen, verstossen 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 der Individualinteressen im Einzelfall wäre das Ergebnis der Transversalität, dass die Autonomien unterschiedlicher gesellschaftlicher Rationalitäten und ihre Verflechtung in einem rechtlichen Abwägungsprozess verarbeitet werden.

III. These 2: 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,

loyalty for the network participants.⁴³ These duties apply both in regard to the other participants (and therefore require their separate interests to be taken into consideration) and also in regard to the network as a whole (and are therefore directed towards the success of the project as a whole).⁴⁴ The manipulations of the research results, which in the circumstances of the case we have described were carried out, on the basis of their respective separate interests, by the communications agency in cooperation with the pharmaceutical company and the scientific establishment responsible for carrying out the clinical studies, were a blatant violation of both forms of the duty of loyalty, and give rise to serious legal sanctions. Unlike the contractual purpose or the company purpose, the network purpose imposes an obligation to promote the different participants' rationalities involved and at the same time to balance them against each other. By contrast with the traditional balancing of interests in the individual case, the result of the transversality approach would be that the autonomies of different rationalities, and the way in which they are interconnected, are examined in a legal balancing process.

III. Thesis 2: Responsiveness

The distanced approach is also recommended in another respect. If the law, in the transversal process, has reached a decision through its contacts with social theories, then these require that their findings be taken over into the law without being modified in any way. Legal doctrine in particular (the scientific character of which is in any

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

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

43 The external liability of networks is the other area of the law for which network-adequate norms have to be developed, cf. *Teubner* (Fn. 38), 235 ff. including detailed references.

44 For a comparative law analysis *Emily M. Weitzenboeck, A Legal Framework for Emerging Business Models: Dynamic Networks as Collaborative Contracts* (Cheltenham 2012), 186 ff.

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 verschärfte noch mit dem Rückgriff auf Kritische Sozialtheorie das „*trashing*“ der Dogmatik und forderte 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 Wissenstransfer von Sozialtheorie in das Recht ist ein Ding der Unmöglichkeit. Er scheitert an der unbieg-samen Autonomie des Rechtssystems. So lehrt es nicht nur die traditionelle Rechtsdogmatik,

case dubious) appears to be guilty of obfuscation here.⁴⁵ Accordingly, inspired by Jhering’s polemic against conceptual jurisprudence, American legal realism has ridiculed traditional legal doctrine as “transcendental nonsense” and replaced it with a conception of the law (based on political theory) as a consequence-oriented social policy. Critical Legal Studies has intensified the “trashing” of doctrine on the basis of critical social theory and has demanded the open politicization of legal conflicts. The principal representative of economic legal theory, Richard Posner, has denied any autonomous contribution by legal doctrine to the rational establishment of norms and has called for the obsolete moral-political orientation to be replaced by criteria of economic efficiency. Other authors in turn have demanded the unity of the social sciences, so that jurisprudence as a “real science” is only a subsection of the social sciences and has no independent status.⁴⁶

This must be vigorously contested: Any authentic transfer of knowledge from social theory into the law is an impossibility. It cannot succeed because of the unyielding autonomy of the legal system. This is the lesson not only of traditional legal doctrine, but

45 Zur problematischen Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz geben einen Überblick über die Diskussion Klaus F. Röhl/Hans C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*, 3. Aufl. (Köln 2008), 79 ff.

46 *Loci classici: Felix S. Cohen*, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, *Columbia Law Review* 35 (1935) 809 ff.; *Duncan Kennedy*, *Form and Substance in Private Law*, *Harvard Law Review* 89 (1975) 1685 ff.; *Richard A. Posner*, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1982–1987*, *Harvard Law Review* 100 (1987) 761 ff.; *Albert* (Fn. 20).

45 On the problematic question of the scientific nature of jurisprudence, a summary of the discussion is provided by Klaus F. Röhl/Hans C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*, 3rd ed. (Cologne 2008), 79 ff.

46 *Loci classici: Felix S. Cohen*, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, *Columbia Law Review* 35 (1935) 809 ff.; *Duncan Kennedy*, *Form and Substance in Private Law*, *Harvard Law Review* 89 (1975) 1685 ff.; *Richard A. Posner*, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1982–1987*, *Harvard Law Review* 100 (1987) 761 ff.; *Albert* (Fn. 20).

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 geschehen. 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.⁴⁸ 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

also of advanced systems theory.⁴⁷ The functional differentiation of society which we have already addressed encompasses the law itself, as well as other social systems. Supported by the exclusive validity of the legal/illegal “binary code”, the law develops a complex structure of concepts which we call “doctrine”, which is in fact incommensurable with scientific theories. The code of law, which is different from other “binary coding” of society, forms the basis of the incircumventable autonomy of legal doctrine, which categorically excludes any one-to-one takeover of social theories.

Nevertheless, in light of the interdependence of social part-rationalities an interconnection between social theory and doctrine is necessary. However, this interconnection can only arise on the basis of autonomy on both sides. It is therefore misleading to speak of the relative autonomy of the law; on the contrary, a relationship of mutual enhancement exists between the autonomy of the law and its interdependence with other social systems.⁴⁸ In the first place, this means a strict division of tasks between two independent search processes: social theories provide structural analyses of social phenomena, they identify social problems which are generated by these phenomena in their environment, and they are able to provide directional information aimed at finding possible solutions to the problems,

47 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt 1993), 538 ff.; weiterführend Thomas Vesting, *Rechtstheorie: Ein Studienbuch* (München 2007), 141 ff.

48 Der Unterschied ist wichtig. Relative Autonomie bedeutet, dass Abhängigkeit und Unabhängigkeit auf dem gleichen Mechanismus beruhen, 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.

47 Niklas Luhmann, *Law as a Social System* (Oxford 2004), 455 ff.; furthermore Thomas Vesting, *Rechtstheorie: Ein Studienbuch* (Munich 2007), 141 ff.

48 The distinction is important. Relative autonomy means that dependence and independence are based on the same mechanism; a relationship of mutual enhancement is possible if dependence and independence are attributable to different mechanisms. The independence of the law is based on the interlinking of legal acts, while dependence is based on the challenges presented to the programs of the law.

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.⁴⁹ 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 eignen Selektionskriterien verwendbar sind, und es rekonstruiert diese intern in der 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 Inter-

which they subject to a functional comparison. This is something that legal doctrine can connect with, if (diachronically in the path dependency of historically developed legal concepts, and synchronically in the context of the code of law and existing law programs) it develops independent norms.

The interconnection between law and social sciences goes beyond the mere staking out of territorial boundaries at the point when legal doctrine starts to carefully examine different legal institutions in order to determine whether, in terms of their internal normative logic, their “inner basis” as jurists like to frame it, they are capable of responding sensitively to the structures and problems of the social phenomena as perceived by the law. These subtle search operations, which are performed with the aid of the sensory concepts of doctrine, are to be referred to here using the term “responsiveness”.⁴⁹ The responsiveness of the law is not to be judged before the forum of the social sciences, which ensure the authentic use of the term, or before the forum of a superordinate third instance acting as an intermediary between law and social theory, but only before the “forum internum” of the law itself. In a complex process of examination, the law is challenged by the external problem analyses of social theories, but only if they are usable according to the law’s own selection criteria, and it reconstructs these internally in its own language, in which it can then match problems and solutions together. Only when this process of reconstruction places legal argumentation in a position where it can distinguish within the law between norms and facts, between legal concepts and social interests, has a point been reached where the law is able to raise the question of social adequacy, in other words the question of

49 *Locus classicus: Philippe Nonet/Philip Selznick, Law and Society in Transition: Toward Responsive Law* (New York 1978).

49 *Locus classicus: Philippe Nonet/Philip Selznick, Law and Society in Transition: Toward Responsive Law* (New York 1978).

essen unterscheiden zu können, ist der Moment gekommen, in dem das Recht 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.⁵⁰

Dazu bedarf es noch eines zusätzlichen Schrittes, nämlich der prospektiven Einschätzung, wie die rechtliche Normänderung in der sozialen Welt aufgenommen wird.⁵¹ 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 blosses 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.

whether legal decisions do justice to those aspects of the outside world as these have been internally reconstructed.⁵⁰

This requires one further stage, namely a predictive estimation of how the legal norm change will be accepted in the social world.⁵¹ Through subsequent monitoring of the “social world effects” of the law, these estimations will be corrected when similar social conflicts are again brought before the law and modifications are sought in the course of longer chains of case law. The law thereby seeks to balance out the alienation effect that arises as a result of the law reconstructing social conflicts in its autonomous language and only producing solutions that are internal to the law. It should be emphasized once again that this monitoring itself involves operations for observing the environment that are internal to the law. Here, social science analyses of the effect exerted by the law can again trigger challenges to the law and modify the simple operation of monitoring via chains of case law. Responsiveness of the law vis-à-vis the social sciences is therefore not limited to the reconstruction of conflicts before the legal decision, but extends to observation of the consequences of legal decisions as these arise within society.

50 Zu „enaction“ der Umwelt als Alternative zu ihrer „representation“ *Francisco J. Varela*, Whence Perceptual Meaning? A Cartography of Current Ideas, in: Francisco J. Varela/Jean-Pierre Dupuy (Hrsg.) *Understanding Origins: Contemporary Views on the Origin of Life, Mind and Society* (Dordrecht 1992), 235 ff.

51 *Amstutz* (2013, Fn. 39) 324 ff.

50 On “enaction“ of the environment as an alternative to its “representation“ *Francisco J. Varela*, Whence Perceptual Meaning? A Cartography of Current Ideas, in: Francisco J. Varela/Jean-Pierre Dupuy (eds.), *Understanding Origins: Contemporary Views on the Origin of Life, Mind and Society* (Dordrecht 1992), 235 ff.

51 *Amstutz* (2013, Fn. 39), 324 ff.

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.⁵² 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“.⁵³ Die Kollision zwischen autonomem Recht und autonomer Sozialtheorie ist prinzipiell nicht überwindbar, mehr noch: Sie ist erwünscht.⁵⁴ 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 behandelt, diese dann aber nicht *in splendid isolation* abweist, sondern sie rechtsintern mit eigenständiger Begriffs-

To that extent the legal reception of social theories is never an authentic takeover, but always a “re-entry” of the system-environment difference, through which an imaginary space arises in the law, i.e. it is always an internal legal reconstruction of external demands made by society, by people, and by nature.⁵² Responsiveness, as the law’s capacity to be challenged by social theories, is by no means a “floodgate” through which – as Niklas Luhmann puts it – “social knowledge could increasingly and, as it were, unhibitedly flow into the law. On the contrary, the stress is on system subjectivity, if one may use this term, and thus on the inevitable system relativity of all perspectives”.⁵³ The conflict between autonomous law and autonomous social theory is in principle not insuperable, indeed it is to be desired.⁵⁴ It can only (to use an exaggerated formulation) be overcome by means of a productive misunderstanding within the law. The misunderstanding is unavoidable, and becomes productive when legal doctrine treats social theories as external “challenges”, but instead of dismissing these in splendid isolation reconstructs them within the law, forming its own concepts, and responds to them with the autonomous formation of norms.

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

53 *Niklas Luhmann*, *Einige Probleme mit „reflexivem Recht“*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1985) 7.

54 Auf die Pflege der Kollisionen, nicht auf ihre Ausschaltung kommt es an, dazu *Isabell Hensel*, *Grundrechtskollisionen in der Stiftungsuniversität: Überwältigte Einheit oder organisierte Vielfalt?*, in: *Gralf-Peter Calliess/Andreas Fischer-Lescano/Dan Wielsch/Peer Zumbansen* (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag* (Berlin 2009), 509, 521 ff.

52 On the connection between “re-entry” and “imaginary space” *George Spencer Brown*, *Laws of Form* (New York 1972); in relation to the application of the law and its environments *Luhmann* (Fn. 47), 105 ff.

53 *Niklas Luhmann*, *Some Problems with Reflexive Law*, in: *Alberto Febbrajo/Gunther Teubner* (eds.) *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems: Regulation and Autonomy in a New Perspective* (Milano 1992), 389–415, 397.

54 The conflicts need to be nurtured, not eliminated, cf. *Isabell Hensel*, *Grundrechtskollisionen in der Stiftungsuniversität: Überwältigte Einheit oder organisierte Vielfalt?*, in: *Gralf-Peter Calliess/Andreas Fischer-Lescano/Dan Wielsch and Peer Zumbansen* (eds.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag* (Berlin 2009), 509, 521 ff.

bildung rekonstruiert und darauf 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.⁵⁵ Sie geht 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 strukturierten Neubildungen inspirieren lassen. Erst die rechtsintern vollzogene Sequenz von Irritation – Rekonstruktion – 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.⁵⁶ Stattdessen gilt strikte Arbeitsteilung. Netzwerktheorien identifizieren die eigensinnige Handlungslogik von Netzwerken, decken Chancen und Risiken von netzwerkgesteuerten Hand-

If the “translation” of social theory into legal doctrine is undertaken in this way, then it has the potential to generate added value in terms of legal doctrine.⁵⁵ The process occurs not as a mere transfer of identical meaning in another language, but in such a way that the law’s own terminology allows itself to be challenged, in accordance with the conditions of its inner development logic, by social theory constructs, and thereupon to be inspired to create quite differently structured new formations. It is only the sequence (executed within the law) of challenge – reconstruction – norm change – observation of effect that generates the doctrinal added value that cannot be achieved either in the self-immunization of legal doctrine or in the direct transfer of social theory constructs into the law.

Where would the doctrinal added value lie within the PPP network with regard to the legal questions we raised at the start of this paper? “Network” is not a legal concept. There is no way that the efficiency principle, on the basis of which economists analyze networks as hybrids between market and hierarchy, is able to serve as a legal guiding principle, far less as a directly applicable legal norm. Neither can the principle of the “social embeddedness” of economic transactions, which sociologists emphasize as the characteristic feature of networking.⁵⁶ Instead, strict division of tasks is necessary. Sociological and economic theories identify the networks’ idiosyncratic logic of action of network dynamics, reveal the opportunities and risks of network-

55 Zum Zusammenhang von Irritation, Rekonstruktion und symbolischem Mehrwert allgemein *Marc Mölders*, Kluge Kombinationen, *ZfRSoz* 33 (2012) 5 ff., 18 ff.; im Verhältnis Sozialtheorie/Recht *Gunther Teubner*, *Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von Private Governance Regimes*, *Rechtshistorisches Journal* 17 (1998) 234, 250 ff.

55 On the connection between challenge, reconstruction and symbolic added value generally, *Marc Mölders*, Kluge Kombinationen, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 33 (2012) 5 ff., 18 ff; in relations between social theories and law *Gunther Teubner*, *Contracting Worlds: Invoking Discourse Rights in Private Governance Regimes*, *Social and Legal Studies* 9 (2000) 399–417, 407 ff.

lungsformen auf und eröffnen Alternativen für Strukturlösungen 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 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 Verträge hinaus eine umfassende rechtliche Bindung aller Teilnehmer an den Gesamtverbund erreichen? Zur Auswahl stehen: BGB-Gesellschaft, Netzvertrag, Geschäftsgrundlage, Drittschutzvertrag, Vertragsverbindung. 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.⁵⁷

controlled forms of action, and open up alternatives for structural solutions that extend beyond market and hierarchy. Contract law allows itself to be challenged thereby, reconstructs network problems in the language of legal doctrine, and on the basis of its own traditions develops norms and principles for networks which can serve as appropriate legal solutions for the new coordination and liability problems.

The real challenge for law's responsiveness is to find out which, among various historically developed private law institutions, is most likely to have the normative potential for devising network-adequate rules. Which legal institution is capable of achieving, over and above the bilateral agreements, a comprehensive legal commitment by all parties to the overall configuration? Potential candidates are partnership, comprehensive network contract, contractual basis (*Geschäftsgrundlage*), contract for the protection of third parties, connected contracts. Corporate law rules are not suitable for networks, since they include the exclusive orientation to the company interest, and would have to classify the simultaneous orientation to individual interests which is a characteristic of networks as unlawful. The construct of a comprehensive network contract concluded between all participants fails to appreciate the legal reality of networks, since it has to invent a multiplicity of legal fictions in regard to representation and authorization of all parties for all parties.⁵⁷ The rules of contractual basis (*Geschäftsgrundlage*) have to

56 Netzwerkbegriff ökonomisch: *Williamson* (Fn. 37), 180 ff.; soziologisch: *Walter Powell*, Weder Markt noch Hierarchie: Netzwerkartige Organisationsformen, in: Patrick Kenis/Volker Schneider (Hrsg.), *Organisation und Netzwerk. Institutionelle Steuerung in Wirtschaft und Politik* (Frankfurt 1996) 213 ff.

57 Die Konstruktion eines eigenständigen Netzvertrags bei *Mathias Rohe*, *Netzverträge: Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen* (Tübingen 1998).

56 "Network" in an economic context: *Williamson* (Fn. 37), 180 ff.; in a sociological context: *Walter Powell*, Neither Market nor Hierarchy: Network Forms of Organization, *Research in Organizational Behavior* 12 (1990) 295–336.

57 The construct of a comprehensive network contract in *Mathias Rohe*, *Netzverträge: Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen* (Tübingen 1998).

Die Geschäftsgrundlage scheidet aus, da sie nur auf Abwicklung gerichtet ist und keine Rechtspflichten erzeugen kann.⁵⁸ 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.⁵⁹ 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.⁶⁰ 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.⁶¹

be excluded because it is only directed towards execution and cannot generate any positive legal duties.⁵⁸ A contract with protective effect in favor of third parties does indeed generate binding effects in respect of third parties, but is not suited to multilateral relationships, and it lacks the orientation towards contractual performance which is necessary in a network.⁵⁹ The doctrine of connected contracts, developed for financed purchase agreements, proves to be the most suitable for networks, since it precisely illustrates the tension between the independent individual contracts and their reciprocal interlinking; it formulates the network-typical double orientation towards network nodes and the network as a whole; and it establishes three precise conditions for connected contracts: (1) (implicit) mutual references between the bilateral contracts, (2) a common purpose, and (3) a de facto cooperation.⁶⁰ Network versus connected contracts – this difference between analysis based on social theory and juristic classification holds the potential for generating the doctrinal added value we are seeking. The question of whether connected contracts represent the appropriate legal solution for the conflicts that arise in networks will ultimately be decided by how the law observes the effects of its decisions in the social world.⁶¹

58 Vorschlag von *Stefan Grundmann*, Vertragsnetz und Wegfall der Geschäftsgrundlage, in: Lutz Aderhold/Barbara Grunewald/Dietgard Klingberg/Walter G. Paefgen (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag (Köln 2008), 227 ff.

59 Vorschlag von *Knut Werner Lange*, Das Recht der Netzwerke (Heidelberg 1998), 195 ff., 200.

60 *Teubner* (Fn. 38), 125 ff.

61 Dazu wieder *Amstutz* (2013, Fn. 39) 330 ff., der subtile Selbstkorrekturen in einer beginnenden Rechtsprechungskette des BGH zu Vertragsnetzen identifiziert.

58 Suggestion of *Stefan Grundmann*, Vertragsnetz und Wegfall der Geschäftsgrundlage, in: Lutz Aderhold/Barbara Grunewald/Dietgard Klingberg/Walter G. Paefgen (eds.), Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag (Cologne 2008), 227 ff.

59 Suggestion of *Knut Werner Lange*, Das Recht der Netzwerke (Heidelberg 1998), 195 ff., 200.

60 *Teubner* (Fn. 38), 158 ff.

61 On this point again *Amstutz* (2013, Fn. 39), 330 ff., who identifies subtle self-corrections in the initial stages of a chain of case law of the BGH on contractual networks.

IV. These 3: 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.⁶² Und von der normativ coolen Systemtheorie wird verlangt, sie müsse, wenn sie für das Recht relevante Aussagen machen wolle, erst eine „normative Wende“ durchmachen.⁶³

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.⁶⁴ Normative Empfehlungen sind stets *trans-scientific issues*.⁶⁵

IV. Thesis 3: Self-normativity

Finally, our “publication bias” case raises the most difficult problem: Can the law obtain normative criteria from social theories – in our case for fundamental rights effects in mixed public-private networks? Present-day advocates of the unity of theory and practice see this as their noblest task, i.e. to reveal, in an analysis of society as a whole, normative potentials for social development which provide guideline information for politics and law.⁶² And the normatively cool systems theory is required first of all to perform a “normative turn” if it wishes to make statements that are relevant to the law.⁶³

Yet here too – for the third time – we are forced by the functional differentiation of society to make a correction. This differentiation irrevocably destroys the old European unity of theory and practice, constraining science by an exclusive true/false coding which does not allow that social theories can also (instead of mere cognitive statements) make normative statements in the code of politics, morality or the law. The social sciences cannot in principle supply other action contexts with normative criteria.⁶⁴ Normative recommendations are always *trans-scientific issues*.⁶⁵

62 Prominent Jürgen Habermas, *Theorie und Praxis: Sozialphilosophische Studien* (Neuwied 1963), bes. 231 ff.

63 Lyana Francot-Timmermans/Emilios A. Christodoulidis, *The Normative Turn in Teubner’s Systems Theory of Law, Rechtsphilosophie & Rechtstheorie* 40 (2011) 187 ff.

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

65 Alvin M. Weinberg, *Science and Trans-Science*, *Minerva* 10 (1972) 209 ff.

62 A notable example being Jürgen Habermas, *Theorie und Praxis: Sozialphilosophische Studien* (Neuwied 1963), particularly 231 ff.

63 Lyana Francot-Timmermans/Emilios A. Christodoulidis, *The Normative Turn in Teubner’s Systems Theory of Law, Rechtsphilosophie & Rechtstheorie* 40 (2011) 187 ff.

64 Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (Frankfurt 1990), 627 ff. The science system also develops normative orientations, but only for its own practice.

65 Alvin M. Weinberg, *Science and Trans-Science*, *Minerva* 10 (1972) 209 ff.

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 – infiniter 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.⁶⁶ 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.

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.⁶⁷ 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

This self-restriction also – and in a particularly painful way – affects philosophy, from which the law (in spite of Rawls' and Habermas' best efforts) cannot expect any import of normativity. Philosophy cannot escape from the Münchhausen trilemma of the foundation of norms – infinite regress, curtailment, circularity. Ultimately, all attempts to normative foundation run up against paradoxes. However, deparadoxation cannot be effected by philosophy in a normative guise, but only by social practices in communication and by individuals in their introspection.⁶⁶ The consequence of this failure of theory is: self-normativity. This is achieved in two entirely different processes: the self-normativity of the law is formed in internal processes of the law, and the self-normativity of social practices (to which the law can have recourse) arises in processes outside of the law.

The law itself is one of the social practices that generate self-normativity without being dependent on their scientific or philosophical basis. This conclusion is forced upon us by (to name a few important authors) Hans Kelsen's basic norm, Herbert Hart's internal view and Niklas Luhmann's binary code of the law.⁶⁷ Legal self-normativity functions as self-reproduction of norms on the basis of applicable law and as production of deviating norms according to the conditions in which the law operates. And it is only within the framework of this legal self-normativity of the law that social

66 Dazu näher *Gunther Teubner*, Exogene Selbstbindung: Die Konstitutionalisierung von Gründungsparadoxien gesellschaftlicher Teilsysteme, in: Elena Esposito/Giancarlo Corsi (Hrsg.), Paradoxien der Verfassung, Konferenz Reggio Emilia 30.–31. Mai 2013, im Erscheinen.

67 *Hans Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen (Wien 1979), 206 f.; *Herbert L.A. Hart*, The Concept of Law (Oxford 1981), 55 ff.; *Luhmann* (Fn. 47), 165 ff.

66 More on that point *Gunther Teubner*, Exogenous Self-binding: How Social Systems Externalise Their Foundational Paradox, in: Giancarlo Corsi/Alberto Febbrajo (eds.). Transconstitutionalism (Farnham 2014), forthcoming.

67 *Hans Kelsen*, General Theory of Norms (Oxford 1990); *Herbert L.A. Hart*, The Concept of Law (Oxford 1981), 55 ff.; *Luhmann* (Fn. 47), 165 ff.

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 Lyotard zum anerkannten Forschungsstand der Sprachphilosophie. Die Normativität einer Vielheit von Sprachspielen ruht auf ihren Lebensformen auf und ist keiner Letztbegründung zugänglich. Ganz ähnlich identifiziert der Institutionalismus gesellschaftliche Praktiken als Erzeuger von Normenensembles unter der Herrschaft einer „*idée directrice*“.⁶⁸

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

theory can become normatively relevant (although only in the context of challenge and reconstruction as described above).

However, such self-reproduction of the legal system only generates one kind of self-normativity, i.e. the self-normativity that is internal to the law. Externally to the law, the self-normativity of other social practices supplements the internal production of norms, insofar as the law has recourse thereto. Social systems generate not only their own rationality – rationality in accordance with Max Weber –, but also their own normativity. This has been demonstrated most clearly by Lon Fuller, who describes the morality of associations as an emerging phenomenon of social communication. Yet from Wittgenstein to Lyotard this insight has become common wisdom in linguistic philosophy. The normativity of a large number of language games is based on their “life forms” (*Lebensform*) and is not accessible to any ultimate justification. In a very similar way, institutionalism identifies social practices as generators of norm ensembles under the guidance of an “*idée directrice*”⁶⁸

At this point it becomes clear that the driving motive for the search for an interdisciplinary encounter between the law and social theories is certainly not primarily contact with academia, but contact with society. Over and above its self-normativity, the law seeks normative orientations in different environments and their local norms, and in addition asks social theories to provide help. Yet upon closer inspection it emerges that much of what goes by the name of social theory is not a scientific theory in the strict

68 Lon Fuller, *Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller* (Durham 1983); Jean-François Lyotard, *Der Widerstreit*, 2. Aufl. (München 1989); Maurice Hauriou, *Die Theorie der Institution* (Berlin 1965).

68 Lon Fuller, *Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller* (Durham 1983); Jean-François Lyotard, *The Differend: Phrases in Dispute* (Manchester 1987); Maurice Hauriou, *La théorie de l’institution et de la fondation: Essai de vitalisme social*, in: Maurice Hauriou (ed.), *Aux sources du droit* (Caen 1986 [1933]), 89–128.

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 Rechtstheorie 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 Wahrheitscode 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 die akademischen Disziplinen intern differenzieren in Diskurse, die als Reflexions-Dogmatiken

sense, but a practice of reflection in different social worlds, or perhaps more accurately “reflection dogmatics”, similar to theology and legal dogmatics, which generates normative orientations in social practices.

Legal normativity also always develops in contact with these reflection dogmatics of other sectors of society. It is therefore important to avoid the scientific misunderstanding, which is promoted by the programmatic statements by sociological jurisprudence, political legal theory or legal economics, which regard themselves as social sciences. As important as the structural analyses of the social sciences are for the responsiveness of the law (as has been demonstrated above), nevertheless the focus is elsewhere here, on normative orientations which in principle cannot be provided by the “impartial” social sciences, but only by normatively loaded “dogmatics” of social practices. Just as legal dogmatics, or the mother of all dogmatics, theology, are not sciences, but self-reflections of the social practices of law or religion which have been systematized as dogmatic systems, so large areas of business economics, economic science, and political science are also not parts of the social sciences which has to observe the binary true/false code, but reflection dogmatics of social “meaning worlds”, appearing in the guise of scientific social theories, i.e. dogma concerning the right way to act in business, in industry, or in politics, sharing and informing the respective normative basic orientations of their practices. In any event a clear internal differentiation ought to be made between the academic disciplines (just as a distinction is made in jurisprudence between legal theory as an internal reflection on practice and legal sociology as an external scientific observation of the law) into discourses which as

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, die in den Reflexions-Dogmatiken der ökonomischen und sozialen Praxis verfeinert werden.⁶⁹ Gegenüber dem angesprochenen wissenschaftlichen 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.⁷⁰ Dies könnten „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 Distanzie-

reflection dogmatics are allocated to the respective social practices, and discourses which as social theory in the strict sense are to be allocated to the science system.

The law searches contact with the self-normativity of social practices, which are refined in the reflection dogmatics of economic and social practice.⁶⁹ As compared with the scientific misunderstanding referred to above, the gain is twofold. The orientation to social reflection dogmatics provides a wealth of normative perspectives, from the abstract *idées directrices* of social institutions, to concrete social expectations, claims, entitlement to basic rights, and individual hopes of persons involved, to collectively obtained insights of the social systems concerning their performance capability, to definitions of their overall social function.⁷⁰ This could never be generated by “presupposition-free” and “prejudice-free” social theories, but neither could it ever be devised by legal doctrine on its own terms. At the same time, however, there are once again indications of distancing possibilities for the

69 Besonders prominent die schon institutionalisierten Normen der Professionen, dazu mit Ergebnissen empirischer Forschung *Martin Herberg*, Professionalisierung als Mechanismus von Global Governance: Zur Rolle des „reflexiven Praktikers“ in der globalen Steuerungsarchitektur, in: Gerd Winter (Hrsg.), „Ex Rerum Natura Ius“: Sachzwang und Problemwahrnehmung im Umweltrecht (Baden-Baden), im Erscheinen.

70 Besonders *Ladeur* betont immer wieder, wie stark das Recht auf eine „soziale Epistemologie“, also auf das Wissen sozialer Praktiken angewiesen ist: *Karl-Heinz Ladeur*, Der Staat gegen die Gesellschaft: Zur Verteidigung der Rationalität der „Privatrechtsgesellschaft“ (Tübingen 2006). Weiterführend *Ino Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht: Zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen (Tuebingen 2014), Kap. 6. Zum subkutanen Einfluss des *decorum* der Kunst auf die Rechtsprechung zu Fragen des Persönlichkeitsrechts *Fabian Steinhauer*, Bildregeln: Studien zum juristischen Bilderstreit (München 2009), 174 ff.

69 Particularly noteworthy, the institutionalized norms of the professions; on this point, with results of empirical research, *Martin Herberg*, “Bringing Professions Back in: A Fresh Look at the Dynamics of Institution-building in (World) Society”, in: Christian Joerges/Josef Falke (eds.) *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets* (Oxford 2011), 107–129.

70 *Ladeur* in particular stresses repeatedly how heavily the law depends on a “social epistemology”, i.e. on the knowledge of social practices: *Karl-Heinz Ladeur*, Der Staat gegen die Gesellschaft: Zur Verteidigung der Rationalität der “Privatrechtsgesellschaft” (Tuebingen 2006). Furthermore *Ino Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht: Zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen (Tuebingen 2014), Kap. 6. On the “subcutaneous” influence of the *decorum* of art on the case law concerning questions of personal rights, *Fabian Steinhauer*, Bildregeln: Studien zum juristischen Bilderstreit (Munich 2009), 174 ff.

rungsmöglichkeiten vorgezeichnet, wenn es über Rechtskontrollen seine eigenen partikular-universalen Orientierungen durchsetzen muss. Was sich also unter der Flagge der Wissenschaftlichkeit segelnd als soziologische Jurisprudenz, Rechtsökonomik, Rechtspolitik, Rechtsethik bezeichnet, müsste in Wahrheit als rechtlicher Umgang mit der Kollision 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 der Moralpraxis oder der Politikpraxis, die an deren Reflexions-Dogmatiken arbeiten, verstanden werden können. Auch als solche sind sie noch nicht unmittelbar juristisch relevant, sondern müssen erst die Rechtsfilter von Rechtstheorie, Dogmatik und richterlicher Entscheidungspraxis durchlaufen.

Wenden wir uns ein letztes Mal dem *publication bias* zu. Was bedeutet das Zusammenspiel von Eigennormativität des Rechts und Eigennormativität gesellschaftlicher Institutionen für die Drittwirkung von Grundrechten in privaten Netzwerken? Kurzgesagt, es gilt, 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

law, if it has to enforce its own “particular-universal” orientations by means of legal controls. The vessel that sails under the flag of the scientific approach as sociological jurisprudence, legal economics, legal politics and legal ethics ought in reality to change its colors to do justice to the conflict between different reflection dogmatics.

To return once more to the subject of moral philosophy: is it possible, then, to adduce Rawls or Habermas for the justification of legal norms? It depends. No, to the extent that they claim to produce a social theory in the strict sense, since (contrary to their self-understanding) they are incapable of establishing any norms in the truth code of science. Yes, to the extent that both philosophers can be understood as participants in moral practice or political practice and are working on the reflection dogmatics thereof. Even as such they are still not directly juristically relevant, but must first go through the legal filter of legal theory, legal doctrine and judicial decision-making practice.

Let us return one final time to publication bias. What does the interplay between the self-normativity of the law and the self-normativity of social institutions mean for the third party effect of fundamental rights in private networks? The answer in short, norms need to be established for the institutional protection of expertise, on the one hand, and for the integrity of the health system on the other hand, against the expansionary tendencies of economic rationality.

The normative content of the horizontal effect of fundamental rights cannot be established on the basis of social theories, but is initially a product of operations taking place inside the law. The principle of equality, as the fundamental principle of the self-normativity of the law, requires that the protection

nur gegenüber staatlichen Instanzen, sondern auch gegenüber privaten Netzwerken zu gewähren, wenn in Konstellationen privater Macht ebenso gravierende Grundrechtsgefährdungen entstehen.⁷¹ Die den *publication bias* auslösenden Manipulationen im Netzwerk – die Publikationsverbote ebenso wie die Verfälschung von Forschungsergebnissen – verletzen sowohl das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit als auch das 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.⁷² 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.⁷³

of fundamental rights be guaranteed not only vis-à-vis governmental instances, but also vis-à-vis private networks, if fundamental rights are similarly put at risk in situations involving private power.⁷¹ The manipulations which trigger publication bias – the bans on publication and the falsification of research results – violate the fundamental right of academic freedom and the fundamental right to health. However, as is demonstrated by the vehement protests of those who uphold the sanctity of private law against any such kind of third party effect, it is problematic whether any effective protection of fundamental rights can be achieved through a balancing of individual rights as envisaged by prevailing doctrine.⁷² A way out of this dilemma is to shift the protection of fundamental rights against private power from the individual level to the institutional level. The horizontal effect of fundamental rights (in our case, the right to academic freedom and the right to health) is then guaranteed not by individual rights positions on the basis of which legal action can be brought, but by organization and process that guard their institutional aspect.⁷³

71 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, *Theodor Maunz/Günter Dürig*, Grundgesetz, Kommentar, 68. Ergänzungslieferung (München 2013), Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 59–65.

72 Besonders kritisch *Wolfgang Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht: Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen, Archiv für die civilistische Praxis 196 (1996) 1 ff.

73 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.

71 According to prevailing doctrine, the influence of fundamental rights (indirectly) extends to private law relationships where a structurally based situation of danger exists on the basis of social power, for example in monopoly structures, leasing relationships and employment relationships. On this subject in detail *Theodor Maunz/Günter Dürig*, Grundgesetz, Kommentar, 68th supplemental volume (Munich 2013), Art. 1 Abs. 3 GG no. 59–65.

72 Particularly critical *Wolfgang Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht: Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen, Archiv für die civilistische Praxis 196 (1996) 1 ff.

73 In the third party effect discussion, individual fundamental rights are usually balanced against each other; the institutional dimension of fundamental rights is rarely used here, cf. *Hensel* (Fn. 54) 517 ff.

Welche Organisation und welche Verfahren aber dem Schutz der Institutionen Wissenschaft und Gesundheitswesen dienen, ist schon nicht mehr rechtsintern zu 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 mit konventionellen Meinungen von Individuen identisch sind, sondern institutionellen Charakter haben.⁷⁴ 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 sie vom Recht rezipiert wird.

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.⁷⁵ Es werden öffentliche Studien- und Ergebnisregister eingerichtet, welche die Studien von Anfang an vollständig erfassen, um Transparenz und Kontrolle zu ermöglichen.⁷⁶ Zugleich machen Fachzeitschriften die Eintragung aller durchge-

The question of what organization and what processes can then be used to protect the institutions of science and the healthcare system is then no longer answerable from inside the law. The normative content of such institutional guarantees of fundamental rights can only be obtained from outside the law, from the self-normativity of social practice. Science and the healthcare system, in their separate codes and programs, give rise to normative orientations which are not the same as the conventional opinions of individuals, but have an institutional character.⁷⁴ An institutional normativity of this kind is embedded in historically developed structures, reactivated in the reflection dogmatics of science and the healthcare system, and re-formed in “political” debates and decisions, before they are absorbed by the law.

As far as publication bias is concerned, the reflective discourses of science and healthcare have in fact devised an institutional alternative to individual protection, the legal formulation of which is to be recommended: trial registration as a third party effect of the right of academic freedom and the right to health through organization and process.⁷⁵ Public registers of studies and results are being set up, which cover all aspects of studies from their very beginning in order to facilitate transparency and control.⁷⁶ At the same time specialist journals are making the registration of all studies car-

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

75 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>).

76 Anfänge dazu bieten das staatliche US-Studienregister ClinicalTrials.gov oder das Deutsche Register Klinischer Studien am Universitätsklinikum Freiburg (www.germanctr.de).

74 *Vesting* (Fn. 47), 95 ff. speaks of “social conventions and implicit knowledge”.

75 The USA functions as a model with the “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>).

76 Initial examples are provided by the US government register ClinicalTrials.gov and the Deutsche Register Klinischer Studien at the Universitätsklinikum Freiburg (www.germanctr.de).

fürten Studien in diese Register zur Publikationsvoraussetzung.⁷⁷ Klinische Studien für Produkte, die auf dem Markt vertrieben werden wollen, müssen zuvor im Klinischen Versuchsregister mit allen Ergebnissen der Studien eingetragen werden.

IV. Ergebnis

Was hier – am Beispiel der horizontalen Grundrechtswirkung in halb-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 inkommensurabler 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 Sozialtheorie 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 Eigen-

ried out a precondition for publication.⁷⁷ Clinical studies in respect of products that are intended for distribution on the market must first have been registered on the clinical trials register with all study results.

IV. Conclusion

We have attempted to show here in a general way, using the example of the horizontal effect of fundamental rights in semi-private networks, is that at the point where social theory meets law an added value can be generated in terms of legal doctrine if the precarious relationship between autonomy and interconnectedness in three different dimensions is respected.

1. Transversality draws conclusions from the autonomy of different incommensurable social theories and their mutual interconnectedness. The law denies any monopoly claim and selects points of contact in a transversal exploration.
2. Responsiveness insists on the autonomy of legal doctrine vis-à-vis social theory and takes account of its interconnectedness with them by the law's self-exposure to the challenges posed by social theories, drawing inspiration from this for normative innovation, and observing the effects thereof on the social world.
3. Self-normativity: the law achieves normative orientation not from social theory, but solely from internal processes of the law and at the same time from the

⁷⁷ De Angelis C./Drazen JM/Frizelle FA et al., Clinical trial registration: a statement from the International Committee of Medical Journal Editors, *N Engl J Med* 351 (2004) 1250 f. Es gibt auch einige Internetzeitschriften, die vorrangig Negativ-Studien veröffentlichen, so bspw. das *Journal of Negative Results in Biomedicine* (<http://www.jnrnm.com>).

⁷⁷ De Angelis C./Drazen JM/Frizelle FA et al., Clinical trial registration: a statement from the International Committee of Medical Journal Editors, *N Engl J Med* 351 (2004) 1250 f. There are also some Internet journals which primarily publish negative studies, e.g. *Journal of Negative Results in Biomedicine* (<http://www.jnrnm.com>).

normativität, 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 im distanzierten Umgang des Rechts mit Netzwerktheorien entstehen.⁷⁸

self-normativity developed by the reflection dogmatics of other social systems.

Specifically, in the case of publication bias: In the circumstances of our case, different doctrinal constructs – a “network purpose” which is distinct from the contractual purpose and the corporate purpose, “connected contracts” as a legal concept for social networks, and an institutional guarantee of the horizontal effect of fundamental rights through organization and process in the form of trial registration – can be regarded as socially adequate developments of the law which arise in the distanced approach to network theories adopted by the law.⁷⁸

78 Eine detaillierte Analyse der Drittwirkung von Grundrechten im Falle des *publication bias* bei *Isabell Hensel/Gunther Teubner*, *Matrix Reloaded: Kritik der staatszentrierten Drittwirkung der Grundrechte am Beispiel des Publication Bias*, *Kritische Justiz* 47 (2014) 150–168.

78 For a more detailed analysis of the third party effect of fundamental rights in the case of publication bias, see *Isabell Hensel/Gunther Teubner*, *Matrix Reloaded: Kritik der staatszentrierten Drittwirkung der Grundrechte am Beispiel des Publication Bias*, *Kritische Justiz* 47 (2014) 150–168.