

# Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung

Herausgegeben von der  
Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

31





Recht und Sozialtheorie  
im Rechtsvergleich  
Law in the Context of Disciplines

Interdisziplinäres Denken  
in Rechtswissenschaft und -praxis  
Interdisciplinary Approaches  
in Legal Academia and Practice

herausgegeben von  
Stefan Grundmann und Jan Thiessen

Mohr Siebeck

*Stefan Grundmann*: geboren 1958, Dr. iur., Dr. phil., LL.M. (Berkeley), ist Professor für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin, derzeit beurlaubt für eine Professur für Transnationales Recht am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz. Seine Hauptwerke gelten dem Europäischen Vertragsrecht, dem Vertragsrecht allgemein, dem Europäischen Gesellschaftsrecht, dem Bankrecht, dem Internationalen Recht in seinen verschiedenen Facetten und der Privatrechtstheorie. Er ist Präsident der Society of European Contract Law, der European Law School (Berlin/London/Paris/Rom/Amsterdam) und geschäftsführender Herausgeber der *European Review of Contract Law* sowie der (deutschen und englischen) Lehr- und Handbuchreihe *Ius Communitatis*.

*Jan Thiessen*: geboren 1969, Dr. iur., ist Professor für Bürgerliches Recht, Deutsche Rechtsgeschichte und Juristische Zeitgeschichte, Handels- und Gesellschaftsrecht an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen. Seine wesentlichen Forschungsinteressen betreffen die neuere Wirtschaftsrechtsgeschichte und die Juristische Zeitgeschichte, das Recht der Unternehmensnachfolge sowie das Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht mit seinen insolvenzrechtlichen Implikationen.

ISBN 978-3-16-153670-0

ISSN 1861-5449 (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt und von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

## Vorwort

Rechtsvergleichung, insbesondere die funktionale Rechtsvergleichung des letzten halben Jahrhunderts im Gefolge von *Konrad Zweigert*, nimmt vor allem Fälle und Rechtssätze in den Blick, eingebettet in ihre Kontexte („law in action“). Seit gut zwanzig Jahren tritt daneben international eine stark „empirisch“-statistisch geprägte Richtung, die sog. legal origins-Forschungsrichtung, die sich anschickt, „Erfolg“, d.h. Effizienzbeiträge von Rechtsnormen und -traditionen zu „messen“ und statistisch zu vergleichen. Diese Richtung hat vor allem mit dem Postulat Aufsehen erregt, die common law-Tradition gebe den Ländern, die sie übernehmen, ungleich bessere wirtschaftliche Entwicklungschancen als etwa ein kodifiziertes Recht im Gefolge der französischen oder auch der deutschen Rechtstradition. Unabhängig von der Stichhaltigkeit des Ergebnisses, hat dieses Postulat vielfach gewirkt, in Entwicklungsindices und -projekten der Weltbank und mehr, der Protagonist *Andrej Shleifer* avancierte zum meistzitierten Ökonom des 21. Jahrhunderts. Während sich die Lehre von den Rechtsfamilien in der europäischen Rechtsvergleichung bereits im Rückzug befand, lebt sie hier in anderem Gewand wieder auf – mit einem echten Tabubruch, denn die funktionale Rechtsvergleichung beschrieb, doch sie bewertete nicht, jedenfalls nicht in dieser Form flächendeckend. Damit tritt zugleich das Thema Methoden in den Blick. In der Tat scheint heute ein weiteres Feld der Vergleichung besonders wichtig: die Frage nach dem Theorienschatz, der in den jeweiligen Rechtsordnungen oder -kreisen von besonderer Bedeutung ist. Gerade wenn die Lösungen etwa zwischen den demokratisch-rechtsstaatlich verfassten Marktwirtschaften, vor allem des Westens, nicht mehr so stark divergieren, ja nach vielfacher Einschätzung sogar konvergieren, ist die Frage nach der Methode und Rechtstheorie besonders interessant: Gerade bei den Theorien – aus Recht und allen Gesellschaftswissenschaften – scheinen die Rechtsordnungen und ihre Entwicklung doch noch relativ stark voneinander geschieden, vielleicht sogar viel stärker geschieden als früher und viel stärker geschieden als hinsichtlich der Fälle und Statuten: Hinsichtlich des dominanten Theorieansatzes scheint eine jede viel stärker (noch) ihr Eigenleben zu führen. Das war Anlass, einen ersten Schritt auf das Feld des Vergleichs der Rechtstheorie (einschließlich der Sozialtheorien) zu wagen. Das kann nur ein erster Schritt sein. Um dem Ansatz dennoch genügend Konkretheit zu verleihen, wurden alle Referenten aus vier (oder fünf) Rechtstraditionen gebeten, einen für sie besonders signifikanten Theorieansatz herauszugreifen

und im Zusammenspiel mit der Rechts- und Sozialtheorie der beschriebenen Rechtsordnung zu beleuchten.

Das Programm und das Buch wurden ermöglicht durch die Struktur der Gesellschaft für Rechtsvergleichung. Ihr gilt unser erster, herzlicher Dank, gleichermaßen den Referentinnen und Referenten, die sich in unbekanntes Terrain vorwagten. Verdient gemacht hat sich um die Redaktion Swantje Ernst. Ihr sei ebenso herzlich gedankt wie dem Verlag Mohr Siebeck, speziell ihrem juristischen Cheflektor Dr. Franz-Peter Gillig und in der Herstellung Ilse König.

Der Band versteht sich als Auftakt einer vergleichenden rechtstheoretischen Forschungsagenda, zu der der erstgenannte Herausgeber derzeit eine „Privatrechtstheorie“ vorlegt (ebenfalls bei Mohr Siebeck), sowie zur vergleichenden Wirtschaftsrechtsgeschichte, der sich der zweitgenannte Herausgeber künftig verstärkt widmen wird. Wir freuen uns auf regen weiteren Austausch.

Berlin/Florenz/Tübingen im Mai 2015

Die Herausgeber

## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	IX
 <i>Stefan Grundmann/Jan Thiessen</i>	
Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich. Interdisziplinäres Denken in Rechtswissenschaft und -praxis .....	1
 <i>Aditi Bagchi</i>	
Re-Dressing the Naked Emperor, or How to think about Political Economy and Law .....	25
 <i>Simon Deakin</i>	
Law as Evolution, Evolution as Social Order. Common Law Method Reconsidered .....	45
 <i>Aldo Schiavone</i>	
Political Theory of Democracy from an Italian Prospective .....	69
 <i>Keizo Yamamoto</i>	
Rechtsverständnis und Rechtsvergleichung. Die Erfahrungen der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis in Japan .....	85
 <i>Daniel Zimmer</i>	
Kartellrecht und Ökonomik. Paradigma einer Wechselwirkung .....	105
 <i>Veronica Aoki Santarosa</i>	
The Legal Construction of Early Financial Markets. Lessons from the History of an Eighteenth-Century Legal Innovation ..	115
 <i>Gunther Teubner</i>	
Rechtswissenschaft und -praxis im Kontext der Sozialtheorie .....	145
 Autorenverzeichnis .....	 169



## Abkürzungsverzeichnis

aaO.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AC	Appeals Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AER	American Economic Review
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Die Aktiengesellschaft – Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, für deutsches, europäisches und internationales Kapitalmarktrecht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJS	American Journal of Sociology
Am. Econ. Ass'n	American Economy Association
AMG	Arzneimittelgesetz
Am. J. Juris	American Journal of Jurisprudence
Am. Sociol. Rev.	American Sociological Review
Am. U. L. Rev.	American University Law Review
Anm.	Anmerkung
ARSP	Archiv für Recht- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
art.	Article
ASQ	Administrative Science Quarterly
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
Bd.	Band
Bde.	Bände
BEA	Bills of Exchange Act
Begr.	Begründer
bes.	besonders
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bh.	Beiheft
BMJ	British Medical Journal
Bull N.P.	Buller's Law of Nisi Prius
Burr.	Burrow's Reports
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise

c.	chapter number
ca.	circa
cf.	confer
ch.	chapter
co.	Company (Compagnie)
ColumLRev	Columbia Law Review
Cong.	Congress
cp.	compara
d.h.	das heißt
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	Derselbe
Dtsch. Ärztebl. Int.	Deutsches Ärzteblatt International
dies.	Dieselbe
DNA	deoxyribonucleic acid
Doug.	Douglas Reports
e. g.	exempli gratia
EC	European Community
ECLR	European Competition Law Review
ebd.	ebenda
ed.	edition/editor
eds.	Editors/Éditeurs
Edw. III	Edward III, Act of the Parliament of England
EG	Europäische Gemeinschaft(-en)
Entsch.	Entscheidung(-en)
ER	English Reports
Erglfg.	Ergänzungslieferung
et al.	et alii
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EU-RL	Europäische Richtlinie
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
ex.	example
f./ff.	folgende
FDAAA	Food and Drug Administration Amendments Act
Fn./fn.	Fußnote/footnote
Fort.	Fortescue's King's Bench Reports
FS	Festschrift
FTC	Federal Trade Commission
Geo. III (Hil. Term)	George III. (Hilary Term)
Geo. Mason L. Rev.	George Mason Law Review
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
h. L.	herrschende Lehre
H. Fin. Services Comm.	House Financial Services Community
HarvLR	Harvard Law Review
Health Technol. Assess.	Health Technology Assessment

hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
i.e.	id est
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
ibid./id.	ibidem
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IMI-Verordnung	Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems und zur Aufhebung der Entscheidung 2008/49/EG der Kommission
Ind. Journal of Global Legal Studies	Indiana Journal of Global Legal Studies
insbes.	insbesondere
Introd.	Introduction
IR	Industrial Reports
J. Finance	Journal of Finance
J.L. & Econ.	Journal of Law and Economics
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
JAMA	Journal of the American Medical Association
JEL	Journal of Economic Literature
Jh.	Jahrhundert
JJS	Journal for Juridicial Sciences
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KB	King's Bench
KJ	Kritische Justiz. Vierteljahresschrift für Recht und Politik
Komm.	Kommentar/Kommission
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Ld. Raym.	Lord Raymond's King's Bench Reports 1694–1732
lib.	liber/libro
Lit.	Literatur
loc. cit.	loco citato
LR	Law Review
Ltd.	Limited (company)
Lut.	Lutwyche's Entries and Reports, Common Pleas 1682–1704
M & S	Maule & Selwyn's King's Bench Reports
M & W	Meeson & Welsby's Exchequer Reports
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

m.	mit
MIDAS-Studie	Multicenter Isradipine Diuretic Atherosclerosis Study
Mio.	Millionen
MLR	The Modern Law Review
Mod.	Leach's Modern Reports
MünchKomm BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
n.	note
N Engl J Med	The New England Journal of Medicine
n.F.	neue Fassung
NJ	New Jersey
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no./No.	number
Nr.	Nummer
NY	New York Court of Appeals Reports
NYU	New York University
o. g.	oben genannte (r,s)
o.ä.	oder ähnliche(r,s)
OA Journal of Clinical Trials	Open Access Journal of Clinical Trials
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
p./pp.	page/pages
para.	Paragraph
PPP	Public-private-Partnership
QBD	Queen's Bench Division
QJE	Quarterly Journal of Economics
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rg	Rechtsgeschichte – Legal History, Zeitschrift des Max-Planck Instituts für europäische Rechtsgeschichte
R.I.D.C.	Revue Internationale de Droit Comparé
R.I.E.J.	Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques
RJ	Rechtshistorisches Journal
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
R.S.C.	Revised Statutes Canada
S.	Siehe/Seite
Salk.	Salked's Reports
SC	Senior Counsel/State Counsel/Supreme Court/Session Cases, Decisions of the Court of Sessions (Scot)
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
SCC	Supreme Court of Canada
SCR	Supreme Court Reports
Slg.	Sammlung
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r,s)
SS	Selden Society
SSRN	Social Science Research Network
stat.	statute

tit.	titre
trans.	translate/translated
u.	und
u.ä.	und ähnliche
u.a.	unter anderem/und andere
UNC Legal Studies Research Paper	University of North Carolina Legal Studies Research Paper
US	United States
USA	United States of America
Urt.	Urteil
Übers./übers.	Übersetzer(in)/übersetzt
v	versus
v.	vom/von/vor
v.a.	vor allem
Var.	Variante
Vent.	Ventris' King's Bench Reports
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VSR	Variation Selection and Retention
WSJ	Wall Street Journal
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb – Zeitschrift für deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht
Yale L. J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfR Soz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZfSö	Zeitschrift für Sozialökonomie
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
z.T.	zum Teil
ZVglRWiss.	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft



# Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich

## Interdisziplinäres Denken in Rechtswissenschaft und -praxis

*Stefan Grundmann/Jan Thiessen*

1. Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich – Status Quo und Bedeutung des Themas .....	2
a) Rechtsvergleichung zu Recht und Sozialtheorie .....	2
b) Bedeutungszuwachs für eine Betrachtung von Recht und Sozialtheorie weltweit und in Europa .....	5
c) Recht und Sozialtheorie als Schlüsselfrage der Rechtsentwicklung der Gegenwart? .....	7
2. Rechtsvergleich und Länderberichte .....	11
a) US-amerikanische Rechtswissenschaften und -praxis (Aditi Bagchi) .....	12
b) Japanische Rechtswissenschaften und -praxis (Keizo Yamamoto) .....	13
c) Englische Rechtswissenschaften und -praxis (Simon Deakin) .....	14
d) Italienische Rechtswissenschaften und -praxis (Aldo Schiavone) .....	16
3. Querschnittsthemen und Generalbericht .....	17
a) Historische Perspektive in Wirtschaftsrecht und Sozialtheorie (Veronica Santarosa) .....	17
b) Wirtschaftsregulierung, namentlich Kartellrecht, und Sozialtheorie, namentlich Ökonomik (Daniel Zimmer) .....	19
c) Generalbericht (Gunther Teubner) .....	21
4. Schlussfolgerungen .....	22

Dieser Beitrag enthält sowohl eine Grundthese als auch eine Übersicht zum Buch: Er erklärt namentlich, warum breite Interdisziplinarität (vor allem in den Gesellschaftswissenschaften) wichtig ist für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis und inwiefern eine rechtsvergleichende Umschau zu dieser Frage in Hauptrechtsordnungen förderlich sein kann. Das Kernargument geht dahin, dass Rechtswissenschaften und Rechtspraxis zu den Fragen, die sie zu beantworten haben, schlicht eine breitere Problemsicht erwerben können durch eine solchermaßen breite Interdisziplinarität und dass sie sich insoweit nicht nur auf eine Nachbardisziplin stützen dürfen (etwa Institutionenökonomik). Denn einerseits bereichern in den Nachbardisziplinen entwickelte Problemsichten jede primär dogmatische Diskussion um Aspekte, die hier fehlen, andererseits muss jedoch die ganze Vielfalt an Wertungen reflektiert werden, die dem – insbesondere verfassungsrechtlich etablierten – Wertesystem in modernen pluralistischen Gesellschaften eigen ist. Zugleich erkennt der Beitrag an, dass solche Theorien nicht einfach unverändert übernommen werden dürfen – etwa unter dem dort herrschenden Paradigma, etwa (ökonomischer) Effizienz –, sondern

dass sie – anhand des genannten, vor allem verfassungsrechtlich geprägten pluralistischen Wertesystems – re-konstruiert werden müssen. Dieser Grundansatz – Rechtswissenschaften und Rechtspraxis berücksichtigen die Theorienvielfalt in den Gesellschafts- und Verhaltenswissenschaften, unterwerfen sich jedoch nicht blind deren jeweils herrschendem Paradigma – wird dann im ganzen Buch ausgebreitet, wobei verschiedene Hauptrechtsordnungen ebenso herangezogen wie – meist primär auf eine Rechtsordnung bezogen – wichtige Nachbardisziplinen. Diese vergleichende Sicht wird sodann verschränkt und bereichert mit Querschnittsbeiträgen: historischer Art, für ein Hauptgebiet gelebter Interdisziplinarität und durch ein Generalreferat.

This paper explains the rationale for a broadly interdisciplinary (social sciences oriented) approach in legal scholarship and legal practice and why a comparison of major jurisdictions in this respect can give insight into the state of the art in this question and thereby add to its potential. The paper mainly argues that legal scholarship and legal practice have to be informed by the core social sciences approaches to questions which they have to answer, not just one as for instance in law & economics. The paper argues in this way, because on the one hand, the broad insight from social sciences adds dimensions which dogmatic legal scholarship lacks and because, on the other hand, such an interdisciplinary approach has to be just as manifold as feasible in order to reflect the multitude of values which are typical for a constitutional value system in a pluralistic society. The paper argues, however, also that this is a difficult task of re-constructing insight from other disciplines and not just incorporate them under their main paradigm – for instance efficiency for economic theory. This main approach – legal scholarship and practice being informed by other social sciences and their approaches, but not being subordinated to their paradigm – is then spelt out in more detail for different disciplines and different countries, each paper focusing on one country and (mainly) on one other discipline. This comparative survey is strengthened and enriched by cross-section themes: of historical nature, on one key area which really is dominated by an interdisciplinary approach (antitrust law) and finally by an overall perspective and conclusion.

## 1. Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich – Status Quo und Bedeutung des Themas

### *a) Rechtsvergleichung zu Recht und Sozialtheorie*

Während die Rechtsvergleichung in Deutschland und in Europa eine Tradition hat wie in kaum einem anderen Land bzw. einer anderen Region weltweit, ist dies hinsichtlich ihrer methodischen, vor allem jedoch ihrer interdisziplinären Grundlagen viel weniger der Fall. Sicherlich kommt die große – klassisch rechtsvergleichend aufgebaute – Methodenlehre, die *Fikentscher* vorlegte, sofort in den Sinn,<sup>1</sup> wobei dort die Länderberichte im Vordergrund stehen, weniger die Vergleichung an sich. Auch einige andere klassische Methodenlehren oder

---

<sup>1</sup> *Fikentscher*, Methoden des Rechts, 5 Bde., 1975–1977.

Aufsätze aus diesem Bereich weisen (deutliche) rechtsvergleichende, zum Teil auch interdisziplinäre Elemente auf.<sup>2</sup>

Diese betreffen freilich sämtlich nicht – oder nur am Rande vereinzelt – das hier in den Mittelpunkt gerückte Thema, wie Rechtswissenschaften und Rechtspraxis mit der Sozialtheorie (nicht mit der eigenen Methodenlehre) umgehen. Dabei ist „Sozialtheorie“ nicht eng mit Blick auf die Soziologie gemeint, sondern trotz des Singulars als Gesamtheit der Nachbarwissenschaften. Es geht hier also vor allem darum, wie Rechtswissenschaften und Rechtspraxis mit anderen Disziplinen verfahren, soweit diese Probleme behandeln, die im Kontext des Rechts ebenfalls auftreten. Für die Rechtsvergleichung wird hier insofern Neuland betreten, als nicht lediglich Rechtsordnungen verglichen werden, sondern ‚interdisziplinäre Umgänge‘ mit Recht in verschiedenen Rechtsordnungen und bei verschiedenen Rechtsproblemen.

Beispielsweise stellt sich die Frage, wie Rechtswissenschaften und -praxis mit dem Umstand umgehen, dass es eine institutionenökonomische Diskussion zu der Frage gibt, ob und in welchem Umfang bei der Rechtsschaffung und Rechtsauslegung im Vertragsrecht der Umstand Berücksichtigung finden sollte, dass die eine Vertragspartei (typischer Weise) deutlich weniger begütert ist als die andere. Die Diskussion betrifft die Frage, ob – und ggf. in welchen Fällen – bei der Vertragsrechtsetzung oder -auslegung Aspekte einer Umverteilung von der begüterereren Vertragspartei zur weniger begüterten Vertragspartei einfließen dürfen, sollen oder müssen, beispielsweise vom Anbieter hin zum Verbraucher.<sup>3</sup> Es mag sich auch fragen, wie Rechtswissenschaften und -praxis mit dem Umstand umgehen, dass in der Wirtschaftssoziologie verschiedene Grade an Vertrauen festgestellt werden, die für bestimmte Arten von Verbindungen in Netzwerken typisch sind.<sup>4</sup> Die Beispiele sind unzählig, Grenzen setzt vor allem die Aufnahmekapazität in den Rechtswissenschaften und in der Rechtspraxis.

Auch diese Frage – wie halten es die Rechtswissenschaften und die Rechtspraxis mit der Sozialtheorie, welche Bedeutung messen sie ihr zu? – kann rechtsvergleichend betrachtet werden: Offensichtlich ist das Maß, in dem sich Richter zu einem interdisziplinären Ansatz – wie Law & Economics – bekennen, etwa

---

<sup>2</sup> Baumgarten, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 1. Aufl. 2005; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991; Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1, 11. Aufl. 2013; Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999; Smits, The Mind and Method of the Legal Academic, 2012; vor allem zur Methode der Rechtsvergleichung, aber auch in einer Vielfalt (moderat interdisziplinär ausgerichteter) Methoden fußend: Jaluzot R.I.D.C. 51 (2005), 29–48.

<sup>3</sup> Shavell Am. Econ. Ass'n Papers & Proceedings 71 (1981), 414; dann Kaplow/Shavell J. Legal Stud. 23 (1994), 667; dies. J. Legal Stud. 29 (2000), 821; Kritik namentlich von Markovits Geo. Mason L. Rev. 13 (2005), 511; Sanchirico J. Legal. Stud. 29 (2000), 797.

<sup>4</sup> Granovetter AJS 78 (1973), 1360 („weak links“ und „strong links“); ders., Getting A Job – A Study of Contacts and Careers, 1974; speziell auf das Element Vertrauen ausgeweitet: ders. AJS, 91 (1985), 481.

in den USA<sup>5</sup> ein anderes als selbst in Deutschland. Hier fristet die ökonomische Theorie des Rechts zwar ebenfalls keineswegs ein bloßes Schattendasein.<sup>6</sup> Doch wurde ihr erst jüngst in Goldhagener Rhetorik der Vorwurf gemacht, sie lasse sich zu einem „willigen Vollstrecker“ dominanter Wirtschaftswissenschaften degradieren.<sup>7</sup> Demgegenüber ist sicherlich das Maß, in dem Law & Economics im Studium gelehrt werden, zumal an den Spitzenuniversitäten, in den USA besonders prominent. Sicher können dort gerade an Eliteuniversitäten mit einem spezifischen Law & Economics-Ansatz absolut überragende Karrieren gemacht werden und werden dann auch die Ergebnisse weithin wahrgenommen.<sup>8</sup> Unterschiedlich kann jedoch auch, zweitens, der Schwerpunkt interdisziplinärer Zusammenarbeit sein. So wird in den USA eine Dominanz der Law & Economics-Bewegung konstatiert<sup>9</sup> und sehr explizit auch für richtig gehalten.<sup>10</sup> Umgekehrt wird man in England, jedenfalls in Oxford als der traditionell führenden Universität, eher eine gewisse Dominanz der (philosophischen) Be-

<sup>5</sup> Führende Richter haben zentrale Werke der Law & Economics vorgelegt, vor allem Präsident Reagan hat solche Exponenten für den Supreme Court nominiert. Vgl. etwa R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 1972, heute: 5. Aufl. 2003 (Federal Judge am 7th Circuit Court of Appeals); Easterbrook/Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, 2. Aufl. 1996 (Easterbrook ist ebenfalls Federal Judge am 7th Circuit Court of Appeals); Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978 (Federal Judge am District of Columbia Circuit Court of Appeals).

<sup>6</sup> Etwa Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts*, 4. Aufl. 2005; Adams, *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*, 1985; Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip – Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 1999; Kirchner, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 1997; Mestmäcker, *A Legal Theory without Law – Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law*, 2007; Ruffner, *Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft – ein Beitrag zur Theorie der Corporate Governance*, 2000. Und dennoch kann Kötz seine Kritik (am Fehlen einer ökonomischen Theorie) mit den Worten „*Judex calcula!*“ auf den Punkt bringen, Kötz/Schäfer JZ 1992, 355.

<sup>7</sup> So auf der Würzburger Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung im September 2013 Stürner AcP 214 (2014), 7, 40 („In vielen Fragen gesamtgesellschaftlicher und wirtschaftlicher Bedeutung ist das öffentliche und politische Terrain weithin von Vertretern der Wirtschaftswissenschaften besetzt, zu deren willigem Vollstrecker die Rechtswissenschaft zu werden droht.“) und passim. Direkt dagegen die Diskussionsbeiträge von Wagner und vermittelnd Grundmann, dokumentiert bei Christiandl AcP 214 (2014), 55 ff. Zum Verständnis von Stürners Kritik Stürner, in: Grundmann/Riesenhuber (Hg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, Bd. 1, 2007, 385, 398; durchaus warnend in diesem Band auch Teubner, 153 f.

<sup>8</sup> Vgl. als ein Beispiel unter vielen, Professorin in Yale Law School: Jolls, *Behavioural Economics and the Law*, 2011.

<sup>9</sup> Auch von Opponenten wie etwa Kennedy Am. U. L. Rev. 34 (1985), 999; ders., in: Newman (Hg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, Bd. 2, 465.

<sup>10</sup> Sicherlich R. Posner (Fn. 5); aber auch E. Posner Yale L.J. 112 (2003), 829 (der viel skeptischer ist, wenn es darum geht, ob Law & Economics auch wirklich Ergebnisse konkret tragen können, vgl. namentlich für beides die Zusammenfassung); Cooter/Ulen, *Law & Economics*, 6. Aufl. 2012; Zerbe, *Economic Efficiency in Law and Economics*, 2001.

schäftigung mit Fragen der Rechtsbegründung, allgemeiner des Rechtspositivismus, konstatieren, seiner Durchleuchtung und Fortbildung.<sup>11</sup> In Frankreich und Deutschland mag noch immer eine besondere Bedeutung rechtssoziologischer (einschließlich systemtheoretischer) Ansätze zu konstatieren sein (wenn auch nicht vergleichbar dominant).<sup>12</sup> Interessant ist auch eine dritte Frage, namentlich, inwieweit sich in unterschiedlichen Schwerpunktsetzungen auch Eigenheiten der jeweiligen Gesellschaft wiedergespiegelt finden mögen (Stichwort: „durchgängige Ökonomisierung der US-amerikanischen Gesellschaft“<sup>13</sup>) oder auch des Rechtssystems und zentraler Gehalte desselben: So mag etwa die eher wohlwollende rechtsphilosophische Beschäftigung mit dem Rechtspositivismus<sup>14</sup> auch eine gewisse Nähe zu dem ungleich konservativeren Umgang mit Präjudizien im britischen *Common Law* haben, namentlich zu der ungleich geringeren Neigung zu einem „*overruling*“.<sup>15</sup>

Alles Fragen, deren Diskussion von grundlegender Bedeutung erscheint, die jedoch rechtsvergleichend bisher kaum in den Blick genommen wurden. Alles Fragen, auf die eine reiche Palette deskriptiver („positiver“) Überlegungen, aber auch normativer Aussagen als Antworten denkbar erscheinen.

### *b) Bedeutungszuwachs für eine Betrachtung von Recht und Sozialtheorie weltweit und in Europa*

Werden Fragen nach der Rolle von Sozialtheorie und Interdisziplinarität in Rechtspraxis und Rechtswissenschaften auch kaum rechtsvergleichend gestellt, stehen beide doch keineswegs unverbunden nebeneinander. Eine Wechselbezüglichkeit liegt nahe.

<sup>11</sup> Hart, *The Concept of Law*, 2. Aufl. 1994; Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, 1979; ders., *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, 2009; auch Gardner *Am. J. Juris.* 46 (2001), 199; auch in: ders., *Law as Leap to Faith – Essays on Law in General*, 2012, 19–53.

<sup>12</sup> Etwa Carbonnier, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 1. Aufl. 1969, 10. Aufl. 2001; Luhmann, *Soziale Systeme*, 1983; ders., *Das Recht der Gesellschaft*, 1995; Teubner, *Recht als autopoietisches System*, 1989; Calliess, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2006, 57–75.

<sup>13</sup> Vgl. Schimank/Volkmann, in: Maurer (Hg.), *Handbuch der Wirtschaftssoziologie*, 2008, 382 ff.

<sup>14</sup> Raz (Fn. 11); vgl. demgegenüber für Deutschland Haferkamp, in: Behrends/Schumann (Hg.), Franz Wieacker. *Historiker des modernen Privatrechts*, 2010, 181 ff., 185 ff.

<sup>15</sup> Während in den USA das offene „*overruling*“ schon lange praktiziert und als geradezu charakteristisch für die Dynamik des US-Amerikanischen Rechts gesehen wurde und wird, war es im englischen *Common Law* ausgeschlossen (Präjudizien waren wegen der Theorie des „*stare decisis*“ bindend): vgl. Cross/Harris, *Precedent in English Law*, 4. Aufl. 1991; Fikentscher, *Methoden des Rechts*, Bd. 2, 1975, etwa S. 81–86; Laun, *Stare decisis: The Fundamentals and the Significance of Anglo-Saxon Case Law*, 2. Aufl. 1947; Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, 2 Bde., 2001, etwa 955 ff.

Zwar erfolgten die großen Entwicklungen in den USA, in denen sich Gesellschaftswissenschaften und Sozialtheorie in den Rechtswissenschaften seit den 1960er Jahren einen breiten Raum verschafften, relativ unabhängig von rechtsvergleichenden Überlegungen: Sowohl die Law & Economics-Bewegung als auch die Gegenbewegung der *Critical Legal Studies* entwickelten sich so, dass rechtsvergleichende Gegenüberstellungen allenfalls am Rande eine Rolle spielten.<sup>16</sup> Nur bei einzelnen Exponenten wie *Duncan Kennedy* war ein breites rechtsvergleichendes Interesse unverkennbar.<sup>17</sup> Doch auch in den USA erscheinen spätestens mit der *Legal Origins*-Debatte Rechtsvergleichung und statistisch-ökonomische Ansätze als eng verknüpft<sup>18</sup> – unabhängig davon, ob man nun die dort rechtsvergleichend erhobenen Gehalte der einzelnen Rechtsordnungen für zutreffend erfasst halten mag oder nicht.

Und gerade für das Europäische (Privat-)Recht ist die Entwicklung der letzten Jahrzehnte in ihrem Kern durchaus plausibel folgendermaßen erklärt worden: Mit der Entwicklung von einer funktionalen Rechtsvergleichung, die vor allem Unterschiede und (funktionale) Gemeinsamkeiten konstatierte, hin zu einer Rechtsvergleichung als *ancilla legislatoris*, die Harmonisierung und supranationale Vereinheitlichung und Kodifizierung vorbereitet, ging ein Wandel in der Diskussionskultur einher. Es genügte nicht mehr, Unterschiede und (funktionale) Gemeinsamkeiten zu konstatieren, vielmehr musste eine rechtspolitische Bewertung prominent hinzutreten. Über die einzelnen Rechtsordnungen hinaus tragfähig erwiesen sich dabei – durchaus zentral – sozialwissenschaftlich fundierte normative Ansätze: Mit der gesteigerten Notwendigkeit, Antworten normativ zu begründen, ging eine größere Bereitschaft bzw. ein gesteigertes Bedürfnis nach sozialwissenschaftlicher Fundierung einher.<sup>19</sup> Freilich ist zuzugeben, dass gerade das zentrale Kompendium dieser Bemühungen, der Gemeinsame Referenzrahmen, jedenfalls offen kaum einmal auf interdisziplinäre Ansätze zurückgreift.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Vgl. nur die großen Law & Economics Lehrbücher von *R. Posner* (Fn. 5); und *Cooter/Ulen*, *Law & Economics*, 6. Aufl. 2012; ausdrücklich in diesem Band auch *Bagchi*, 27.

<sup>17</sup> Vgl. etwa *Kennedy/Belleau* R.I.E.J. 56 (2006), 163.

<sup>18</sup> Bekanntlich wird hier „gemessen“, in welchem Umfang verschiedene Rechtsordnungen zur Entwicklungsfähigkeit verschiedener Volkswirtschaften beigetragen haben (sollen): bahnbrechend *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer/Vishny* *J. Finance* 52 (1997), 1131–1150; *Glaeser/Shleifer* *QJE* 117 (2002), 1193–1229; *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer* *JEL* 46 (2008), 285–332; schöne Übersicht in *Deakin/Pistor* (Hg.), *Legal Origin Theory*, 2012; in Europa, vor allem auf dem Kontinent (überwiegend kritisch, dabei aber dem kritisierten Ansatz nicht gerecht werdend) etwa *Lieder* *ZVglRWiss*, 109(2) (2010), 216–264. In der Grundaussage weicht der Beitrag von 2008 – hinsichtlich der Einordnung innovationsfähiger Rechtsordnungen – freilich geradezu diametral von der ursprünglichen Aussage ab, die in Europa für einen Aufschrei sorgte (und auch das Interesse so publikumswirksam befeuert) hatte.

<sup>19</sup> In diesem Sinne früh und prominent: *Hesselink*, *The New European Legal Culture*, 2001.

<sup>20</sup> Erstmals: *Bar/Clive/Schulte-Nölke* et al. for the Study Group on a European Civil

c) *Recht und Sozialtheorie als Schlüsselfrage der Rechtsentwicklung der Gegenwart?*

Mit dem Ruf nach einer Rechtsvergleichung in Fragen der Interdisziplinarität im Recht geht einher eine Grundüberzeugung dahingehend, dass das Verhältnis zwischen Recht und Sozialtheorie allgemeiner eine Schlüsselfrage der Rechtsentwicklung der Gegenwart bildet, gerade auch für die Fortentwicklung von Rechtswissenschaften, aber auch Rechtspraxis, sicherlich auch in der Rechtsetzung.<sup>21</sup>

Die zwei Hauptaspekte bei der Beantwortung dieser Schlüsselfrage gehen wohl dahin, (i) welche Sozialtheorie in die Rechtswissenschaften eingehen sollte, ob sie überhaupt in der Rechtsanwendung und -praxis maßgeblich sein kann und darf, und (ii) wie eine einzelne Theorie ggf. in Rechtswissenschaften und -praxis dann „re-konstruiert“, also konkret fruchtbar gemacht werden kann und soll – mit anderen Worten, wie viel „Übersetzungsarbeit“ nötig ist oder ob und inwieweit sie unverändert schlicht „übernommen“ und „rezipiert“ werden kann.<sup>22</sup>

Die erste Frage war in Deutschland in den 1990er Jahren durchaus umstritten, und zwar für den Raum, der Effizienzüberlegungen – also einem Law & Economics-Ansatz – im Recht, namentlich in der Rechtsauslegung, eingeräumt werden sollte oder durfte.<sup>23</sup> Betrachtet man diese Frage aus der Perspektive prägender methodischer Ansätze, namentlich der Hermeneutik, wie sie vor allem *Esser* auf der Grundlage *Gadamers* für die Rechtswissenschaften fruchtbar gemacht hat, aber auch der jüngsten philosophischen Überlegungen zu Rechtspositivismus und Rechtsinnovation (in Oxford),<sup>24</sup> so scheint ein Zweifel an einer grundsätzlich bejahenden Antwort kaum möglich.<sup>25</sup> Die Frage geht dann vor allem dahin, wie sehr Rechtswissenschaften Erkenntnisse aus Nachbarwissenschaften „filtern“, also „re-konstruieren“ müssen, oder ob sie sie schlicht „rezipieren“ können (dazu sogleich). Doch auch auf dem Boden

---

Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (Hg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2008, später kommentierte weitere Fassungen.

<sup>21</sup> Vgl. zum Folgenden näher *Grundmann*, in: Purnhagen/Rott (Hg.), *Varieties of European Economic Law and Regulation. Liber Amicorum for Hans Micklitz*, 2014, 3, 5–11.

<sup>22</sup> Diese Frage bildet den Kern des Generalreferats, in diesem Band *Teubner*, 158 ff., siehe dazu noch unten 3 c).

<sup>23</sup> Vgl. einerseits *Taupitz* AcP 196 (1996), 114, 127 f. und 135 f.; und im Grundsatz auch *Eidenmüller*, (Fn. 6), 451 f.; und andererseits *Grundmann* *RabelsZ* 66 (1997) 423, 430–443.

<sup>24</sup> *Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 1970, hier zitiert nach der Ausgabe 1972, bes. 116–141, dazu *Frommel*, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, 83 ff., 90 ff.; *Köndgen*, in: *Grundmann/Riesenhuber* (Fn. 7), 103, 116 ff.; *Haferkamp* AcP 214 (2014), 60, 85 ff.; *Raz*, *Between Authority and Interpretation* (Fn. 11), bes. Kap. 12 (Interpretation).

<sup>25</sup> Dazu näher *Grundmann*, in: *ders./Micklitz/Renner*, *Privatrechtstheorie*, 2015, 5, Kap. 1.

einer klassischen Methodenlehre – im Rahmen der *Savigny* zugeschriebenen Methodenkanones, wie sie heute etwa von *Larenz/Canaris* interpretiert werden<sup>26</sup> – ist unschwer eine zentrale Bedeutung beispielsweise des Effizienzparadigmas – und damit von Law & Economics – zu begründen: Der historische Gesetzgeberwille schließt das Effizienzparadigma zentral – teils explizit, häufig jedoch auch implizit – in seine Überlegungen ein. Gerade der Europäische Gesetzgeber betont das allzu häufig in den Erwägungsgründen.<sup>27</sup> Noch grundsätzlicher ist zu sagen, dass eine prinzipielle Abschottung der Rechtswissenschaften von ihren Nachbarwissenschaften nicht nur eine geistige Verengung bedeutet, sondern dass sie in einer pluralistischen Gesellschaft, mit ihren vielschichtigen Rechtsetzungsprozessen auch mit Verfassungsgrundwerten kaum vereinbar erscheint. Die vorherrschenden Auffassungen in der Gesellschaft, die in der Vielfalt der Sozialwissenschaften zum Ausdruck kommen, sind etwa im Konzept „Gesetz und Recht“, aber auch in einem breit verstandenen Demokratieprinzip und Subsidiaritätsverständnis mit erfasst.<sup>28</sup> Und wenn es maßgeblich um die Feststellung des im Rechtsetzungs- und Rechtsauslegungsprozess maßgeblichen Wissens geht, darf man die Augen auch nicht verschließen vor den zwei wohl prominentesten Theorien und Konzepten, die das Zusammenwirken von Wissen von vielen, den gegenseitigen Nutzen, beleuchten: Es sind dies einerseits *v. Hayeks* Konzept vom „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“, welches das Denken von Märkten – gerade auch Wissensmärkten – weit über die Ökonomik hinaus prägt,<sup>29</sup> und

<sup>26</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, 141–167; zum Kontrast gegenüber *Savigny* etwa *Baldus*, in: *Riesenhuber* (Hg.), Europäische Methodenlehre. Handbuch für Praxis und Ausbildung, 2. Aufl. 2010, 26, 46 ff., 52 ff.; *Rückert*, in: *ders./Seinecke* (Hg.), Methodik des Zivilrechts – von *Savigny* bis Teubner, 2. Aufl. 2012, 35, 45 ff.; *Thiessen*, in: *Fleischer* (Hg.), Mysterium Gesetzesmaterialien. Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, 2013, 45, 57 ff.

<sup>27</sup> Als beliebiges neueres Beispiel sei nur genannt Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2013/55/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 2013 zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“), ABl. L 354, 132: „In Anbetracht des Ziels, den Binnenmarkt zu stärken und die Freizügigkeit von Berufstätigen zu fördern und gleichzeitig eine effizientere und transparentere Anerkennung der Berufsqualifikationen zu gewährleisten, würde ein Europäischer Berufsausweis einen Mehrwert darstellen. [...] Zweck des Europäischen Berufsausweises ist es, das Anerkennungsverfahren zu vereinfachen und die finanzielle und operative Effizienz zu steigern, wovon Berufsangehörige und zuständige Behörden profitieren werden.“

<sup>28</sup> Dazu nur *Herzog/Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig* (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, 70. Ergänzungslieferung 2013, Art. 20. Abs. 1 Rn 11 ff., Art. 20 Abs. 3 Rn. 60 ff.; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig* aaO., Art. 23 Rn 99 ff.

<sup>29</sup> Bahnbrechend *v. Hayek* *Am. Econ. Rev.* 35 (1945), 519. Für den „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“ vgl. etwa *v. Hayek*, *Competition as a Discovery Procedure*, in: *ders.* (Hg.), *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, 1978, 179–190. Dazu in diesem Band *Zimmer*, 108.

*Surowiecki*s Konzept von der „Weisheit der Massen“, die – unter gewissen Voraussetzungen – systematisch größer ist als das Wissen des einzelnen, selbst des – individuell ungleich besser ausgebildeten – Experten.<sup>30</sup>

Beide Konzepte konvergieren in den vorliegend zentralen Punkten: Beide gehen davon aus, dass ein Austausch von Wissen vieler besonders fruchtbar ist, wenn einerseits das Wissen hinreichend unabhängig voneinander bleibt, also vielfältig in seiner Form und seinen Gehalten (insbesondere kein „Herdenverhalten“), wenn aber andererseits Mechanismen des gegenseitigen Austausches, der gegenseitigen Befruchtung, d.h. der Überlappung, hinreichend stark aufgeprägt sind. Mit anderen Worten: wenn „Vielfalt“ und „Einheit“ im Wechselspiel stehen. Alle diese Überlegungen sprechen nicht nur dafür, Sozialtheorie aus den Nachbarwissenschaften grundsätzlich in den rechtswissenschaftlichen und -praktischen Diskurs breit einzubeziehen.

Alle diese Überlegungen sprechen vielmehr auch dafür, dass eine Verengung auf *eine einzige* Nachbardisziplin konzeptionell nicht zu rechtfertigen ist. Sie mag leichter in der Anwendung sein und auch schneller zu konkreten Ergebnissen führen, sie ist jedoch im Ansatzpunkt eben verengt, wie jeder Ausschluss weiterer Erkenntnisquellen. Sie ist darin sogar bis zu einem gewissen Punkt vergleichbar einer Rechtswissenschaft, die sich gänzlich interdisziplinären Überlegungen verschließt. Aus diesem Grund fragt das vorliegende Buch – rechtsvergleichend – nach der Rolle der Sozialtheorie allgemein – nicht nur von Recht & *einer* Disziplin – in Rechtswissenschaften und -praxis. Dass das Idealziel in der konkreten Umsetzung nicht oder nicht umfassend zu erreichen ist, spricht nicht dafür, auf seine Leitbildwirkung schon a priori zu verzichten. Law & Economics oder institutionenökonomische Überlegungen wären in diesem Bild dann als Wegetappen zu sehen, (sehr) wichtig zwar, aber nicht als der ganze Weg. Auch dass die Institutionenökonomik in bemerkenswertem Maße selbst andere Disziplinen unter dem eigenen Leitparadigma „rekonstruiert“ und solchermaßen integriert hat, ist zwar bewundernswert. Doch geschah dies stets unter dem Blickwinkel eines Leitparadigmas, das für die Rechtswissenschaften nur eines von mehreren sein kann: dem Paradigma der allgemeinen Wohlfahrt.<sup>31</sup> Diese in der (Institutionen)Ökonomik geleistete Arbeit ist also zwar hilfreich, entbindet die Rechtswissenschaften jedoch nicht davon, die „Re-konstruktion“ selbst ebenfalls zu leisten. Damit ist die zweite Frage angesprochen:

---

<sup>30</sup> *Surowiecki*, *The Wisdom of Crowds – Why the Many Are Smarter Than the Few and How Collective Wisdom Shapes Business, Economies, Societies and Nations*, 2004: Schaffen und nutzen eine Vielzahl von Individuen Wissen, indem sie unabhängig voneinander, aber verbunden in einer Masse agieren, führt dies im Durchschnitt zu signifikant besseren (richtigeren) Ergebnissen als entsprechendes Agieren von Einzelnen (selbst wenn die Einzelnen besser ausgebildet sind – etwa als Experten – als alle Mitglieder der Masse).

<sup>31</sup> Vgl. aber zu den Unterschieden zwischen dem neoklassischen Ansatz und der Institutionenökonomik *Kirchner*, in: *Riesenhuber* (Fn. 26), 132, 147 ff.

Die zweite oben genannte Frage ist nicht weniger wichtig, sie betrifft die Rekonstruktions-Arbeit *in concreto*. Solchermaßen handelt es sich praktisch sogar um die ungleich wichtigere Frage. Theorien in Nachbardisziplinen können Lebenswirklichkeiten, die für rechtliche Fragestellungen von Belang sind, vor allem beschreiben und so für die Rechtswissenschaft sichtbar machen. Sie können jedoch auch Modellannahmen setzen – in den Sozialwissenschaften wohl am prominentesten: die Rationalitätsannahme<sup>32</sup> – und darauf aufbauend – typischer Weise – normative Aussagen treffen. Soweit Modellannahmen gemacht werden, ist der erste Schritt einer „Rekonstruktion“ unumgänglich: Diese – und jedes normative Leitbild, wie etwa die Gesamtnutzenmaximierung („*overall welfare maximization*“) – müssen verglichen werden mit den Wertungen – genauer: der Wertungshierarchie –, die sich im demokratischen Rechtsstaat *rechtlich* als die zentralen begründen lassen. Wenn beispielsweise die Menschenwürde, wie sie das Bundesverfassungsgericht sieht, einer Idee der Gesamtnutzenmaximierung – prominent etwa beim Abschluss entführter Flugzeuge<sup>33</sup> – widerspricht und den Vorrang vor dieser fordert, dann ist diese Modellannahme etwa der Ökonomik zu beschränken, die Aussagen sind zu „rekonstruieren“. Oder wenn die Spieltheorie optimale Gleichgewichte in Verhandlungssituationen propagiert,<sup>34</sup> mag das Grundrecht auf Parteiautonomie dagegen sprechen, diesen Ergebnissen rechtlich Verbindlichkeit zuzusprechen oder eine richterliche Überprüfung zuzulassen, etwa im Sinne einer *ustum pretium*-Doktrin.<sup>35</sup> Konzeptionell handelt es sich offenbar um zwei Schritte: einerseits die Überprüfung von Modellannahmen anhand der demokratisch-rechtsstaatlich zu legitimierenden Wertegrundordnung, andererseits die Frage nach dem Aussagegehalt einer Theorie aus Nachbardisziplinen auch für rechtliche Fragestellungen.

<sup>32</sup> Selbstverständlich in der Ökonomik, vgl. nur *Franz*, in: Universität Potsdam (Hg.), International Economics Working Paper, 2004-02; *Rost* ZfSÖ 156/157 (2008), 50–58; breiter: *Kirchgässner*, Homo oeconomicus: Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, 3. Aufl. 2008 (1. Aufl. 1991), 11–58. Doch auch beispielsweise prominent in der politischen Philosophie und selbst Wirtschaftssoziologie (nur mit einem geringeren Ausschließlichkeitsanspruch): vgl., sehr bezeichnend, *Rawls*, A Theory of Justice, 1971 (revised edition 1999), 347–396 (Rationalitätsannahme, freilich unter Ausblendung von „Neid“ und unter Einschluss eines Gefühls für Gerechtigkeit).

<sup>33</sup> Bundesverfassungsgericht, Urteil des Ersten Senats vom 15. 2. 2006 – 1 BvR 357/05 – BVerfGE 115, 118, 151 ff.

<sup>34</sup> Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2010, Stichwort: Game Theory (*D. Ross*), unter 2.5 et passim; *Diekmann*, Spieltheorie – Einführung, Beispiele, Experimente, 3. Aufl. 2013, 21 ff., 90 ff., 230 ff.; zu Grenzen vor allem *Gintis*, The Bounds of Reason: Game Theory and the Unification of the Behavioral Sciences, 2009.

<sup>35</sup> Anders aber seit Ende der 1970er Jahre die deutsche Rechtsprechung mit Billigung des Bundesverfassungsgerichts, dazu nur *Armbrüster*, in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2012, § 138 Rn. 118 ff.; zuletzt Bundesgerichtshof, Urteil vom 24.1.2014 – V ZR 249/12 – NJW 2014, 1652. Zum historischen Hintergrund *Thiessen*, in: FS für Jan Schröder, 2013, 187 ff.

Zu diesen zwei Schritten kommen, da nach dem Gesagten potentiell Theorien aus verschiedenen, ja aus einer ganzen Anzahl von Nachbardisziplinen einzubeziehen sind, weitere hinzu: Diese Theorien sind untereinander und mit den Ergebnissen herkömmlicher Dogmatik „ins Gespräch“ zu bringen. Fruchtbar ist solch ein breiter Dialog wohl nur anhand hinreichend konkreter Einzelfragen. Die – theoretisch zwingend zu fordernde – Multidisziplinarität in der sozialwissenschaftlichen Betrachtung von Recht ist handhabbar (wohl) nur bei gleichzeitiger Beschränkung und enger Konturierung des jeweiligen Anwendungsfalles. Multidisziplinarität setzt also praktisch Fokussierung auf eng umrissene Anwendungsfragen voraus. Als Kommunikationsmodell für solch einen Dialog besonders geeignet erscheint vor allem die Hermeneutik. Was *Esser* vor allem für die Wechselwirkung zwischen Normen und Fakten beschrieben hat – das berühmte Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Normen und Fakten zur gegenseitigen Erhellung und Befruchtung<sup>36</sup> –, scheint auch zwischen Theorien verschiedener Disziplinen besonders vielversprechend. Dabei sind die Grundlagen – in welchem Verhältnis eine Theorie Modellannahmen setzt und wie diese im Verhältnis zu einer demokratisch-rechtsstaatlichen Werteordnung zu sehen sind – so gut wie möglich transparent zu machen. Zugleich ist – auf dieser Grundlage – dann im Bewusstsein zu halten, dass ein vorverständnisfreies, rein technisches Abwägen nicht möglich ist. Der Entscheidungsträger wird Entscheidungen treffen müssen, es handelt sich bei diesen Fragen nicht um „wertfreie Anwendung“. Es kann nur darum gehen, die Voraussetzungen, das Vorverständnis so deutlich wie möglich zu machen und die Ergebnisse als in der Rechtsgemeinschaft und mit ihren Grundwerten so gut wie möglich kompatibel zu begründen. Die praktische Konkordanz zwischen verschiedenen Theoriesätzen ist keine Frage des Messens, sondern des Wertens und vor allem des Transparentmachens der Wertungsgrundlagen. Hier bewährt sich die vielbeschworene „Methodenehrlichkeit“.<sup>37</sup>

## 2. Rechtsvergleich und Länderberichte

Angesichts des gewählten Themas waren nicht klassische Länderberichte gefragt, sondern Berichte zum Umgang mit Nachbardisziplinen des Rechts in einzelnen Ländern. Naturgemäß konnte nicht jeder Referent alle Diszipli-

<sup>36</sup> Vgl. oben Fn. 24; sowie *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1. Aufl. 1943 (3. Aufl. 1963), 15.

<sup>37</sup> Kritisch zu Anspruch und Wirklichkeit *Ogorek*, in: Forstmoser/Ogorek/Schlupe (Hg.), Rechtsanwendung in Theorie und Praxis. Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Beiheft zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht 15, 1993, 21, 29 (= *dies.*, Aufklärung über Justiz, Bd. 1, 2008, 121, 130); *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl. 2013, 391 f., 426, 432, Rn. 653, 724, 730d. Begriffsprägend wohl *Brecher*, in: FS für Arthur Nikisch, 1958, 227, 230.

nen behandeln. Den Referenten war – ihren bisherigen Forschungen entsprechend – eine Schwerpunktsetzung bei jeweils einer Nachbardisziplin nahegelegt worden.

Der auf den ersten Blick scheinbar heterogene Zugriff der Autoren war folglich beabsichtigt. So betrachten die Länderberichte zwei Ebenen, die je nationale Entwicklung im Lichte einer dem betreffenden Autor besonders nahestehenden Nachbarwissenschaft. In der Gesamtheit mit den beiden Querschnittsreferaten und dem Generalreferat ergibt sich ein sehr umfassendes, wenn auch nicht vollständiges Bild möglicher interdisziplinärer Anknüpfungspunkte.

*a) US-amerikanische Rechtswissenschaften und -praxis (Aditi Bagchi)*

Sind die US-amerikanischen Rechtswissenschaften und teils auch die Rechtspraxis durch eine gewisse Dominanz der Ökonomik gekennzeichnet, ist es doch wichtig, die ganze Breite in den Blick zu nehmen. Nicht eine einzige Richtung mit recht klar umrissenen – aber auch engen – Modellannahmen wie die Wohlfahrts- oder auch die Institutionenökonomik war allein oder auch nur primär zu betrachten. Es lag daher für *Aditi Bagchi*<sup>38</sup> nahe, einen alternativen – kritischen – Ansatz zur Grundlage des Länderberichts zu machen: Schon im Ausgangspunkt wird auf die Wichtigkeit der Philosophie – namentlich mit *Dworkin*<sup>39</sup> –, der Geschichte und in jüngerer Zeit vor allem der Verhaltenswissenschaften, namentlich der *Behavioral Economics* hingewiesen,<sup>40</sup> desgleichen auf eine wichtige institutionelle Grundlage der Interdisziplinarität, das *Collegesystem* (mit zwingend vorangehender Bachelorausbildung in einer anderen Disziplin). Solchermaßen leuchtet der Beitrag die ideengeschichtliche Entwicklung eher breit aus, von *Dworkin* und sogar *Raz* (Oxford) bis hin zur *Corporate Governance* und der politischen Ökonomik, die sich dort offenbart. All dies erfolgt wiederum in Abgrenzung zu den Critical Legal Studies, die mit der politischen Ökonomik zwar die Erkenntnis teilen, dass Rechtsgewinnungsprozesse ihrem Wesen nach politisch sind, nicht jedoch die Suche nach einer neuen Legitimationslinie.

Als Metadisziplin, von der aus die Entwicklung analysiert wird, wählt der Länderbericht denn auch den Ansatz der politischen Ökonomie, indem vor allem in den Blick genommen wird, wie der Rechtsetzungs- und der Rechtsanwendungsprozess – im *Common Law* beide besonders eng verknüpft – in den Rechtswissenschaften analysiert wird oder werden sollte: Kernaussage dieses Ansatzes – eines, wie *Bagchi* betont, keineswegs dominierenden Ansatzes in den USA – ist es, dass diese Prozesse vor allem als politisch motiviert – ge-

<sup>38</sup> In diesem Band, 25 ff.

<sup>39</sup> Vgl. nur *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1977; *ders.*, *Law's Empire*, 1986; *ders.*, *Justice for Hedgehogs*, 2011.

<sup>40</sup> Vgl. schon Fn. 8.

nauer als aus Eigeninteressen der Akteure motiviert – zu sehen sind (sog. *political choice*), nicht als ein Streben der Akteure nach einem Gemeinwohl maximierenden oder optimierenden Streben heraus. Während das Maß, in dem Eigeninteressen verfolgt werden, für die Rechtsetzung und die Rechtsanwendung potentiell doch als unterschiedlich gesehen werden, ist wichtig, dass sich die US-amerikanische Literatur, die die Rechtspraxis analysiert, doch stark auf die Rechtsanwendung fokussiert, dass jedoch zentrale Werke – wie namentlich von *Marc Roe* u.a. – auch zentrale Rechtsgebiete und die legislatorischen Prozesse, etwa der *Corporate Governance*, in den Blick genommen haben.<sup>41</sup> Interessant ist, dass diese Betrachtungsweise zunehmend auch von Exponenten zentraler institutionenökonomischer „Entdeckungen“ oder Entwicklungen eingenommen wird, etwa von *Roberta Romano* (als der großen Wegbereiterin des Konzepts Wettbewerb der Regelgeber) – inhaltlich durchaus naheliegend, teilt doch die politische Ökonomie mit der Wohlfahrtsökonomik den Ausgangspunkt, dass Entscheidungsprozesse primär aus der individuellen Anreizstruktur der Entscheidungsträger her zu erklären sind (*normativer Individualismus*). Der Länderbericht zeigt auf, wie der gewählte Ansatz sich außerhalb der klassischen Rechts-, aber auch Wirtschaftswissenschaften positioniert und sich ihnen als Analyseobjekt gleichsam „von außen“ nähert. Damit erklärt sich auch die Grundthese, dass einerseits eine Legitimationslinie gebrochen wird, diejenige durch eine angenommene höhere inhaltliche Qualität (vor allem „*reconstructive potential of political economy*“), eine andere hingegen eröffnet wird: Diese geht dahin, vor allem die Entscheidungsprozesse zu betrachten, die beteiligten Interessen der Entscheidungsträger oder -beeinflusser – gerade auch bei jeder Form der Rechtsetzung – als zentral in den Blick zu nehmen, genau zu analysieren und transparent zu machen („*political economy as light*“).

#### b) Japanische Rechtswissenschaften und -praxis (Keizo Yamamoto)

Ein Gegenstück zu der US-amerikanischen Entwicklung – mit ihrer, wie *Bagchi* es ausdrückt, „*strong [...] confidence in the legitimacy or optimality of American institutions*“<sup>42</sup> – bildet die japanische, sogar ein sehr extremes. So erschien eine Sozialtheorie, die gar keine Sozialtheorie im engen Sinne darstellt, sondern eher eine rechtswissenschaftliche Methode, die Rechtsvergleichung, als der zentrale Ansatz, den es zu beleuchten galt – in sich freilich Ansätze der Sozialtheorie vereinend. Mit diesem Rüstzeug ging *Keizo Yamamoto*<sup>43</sup> in seinem Länderbericht die Kernfrage an, was denn die Rezeption (vor allem die zweite Rezeption, die westlichen [Privat-]Rechts) trieb, was diese für das japanische

<sup>41</sup> Näher in diesem Band *Bagchi*, 30.

<sup>42</sup> In diesem Band *Bagchi*, 27.

<sup>43</sup> In diesem Band, 85 ff.

Recht bewirkte, wie sie heute in Rechtswissenschaft und auch -praxis interpretiert wird. Zentral ist hier für die Frühzeit des 20. Jahrhunderts, noch im nahen Zusammenhang mit der Gesetzesrezeption selbst, wie es auch zu einem Nachvollziehen der rechts- und sozialwissenschaftlichen Betrachtungsweisen des Rechts kam – zunächst der pandektistischen Sichtweise, dann aber auch einer Sichtweise, die von der aufblühenden Rechtssoziologie eines *Eugen Ehrlich* mit beeinflusst wurde.

Das nach außen Schauende, behutsam „Nachvollziehende“ des japanischen Rechts wird also auch in der Rezeption der Sozialtheorie deutlich, die ihrerseits freilich das genuin Japanische, das Einheimische als Betrachtungsgegenstand stärker in den Mittelpunkt zu rücken beginnt. Während die Beschäftigung mit der Sozialtheorie – gerade in Law & Economics – einen nach außen gewandten, global ausgreifenden Charakter annimmt, ist die Bewegung in Japan also eher umgekehrt, auf das Eigene bezogen, was dann solch praktische Auswirkungen hat wie etwa die geringe Streitdichte, die Bevorzugung alternativer Methoden der Streitschlichtung – was dann sehr unterschiedlich bewertet wird, teils mit Tendenzen zu anthropologischen Einordnungen, teils ungleich mehr soziologisch oder funktional, auch entmythologisierend.

Gerade für die – für Japan häufig als so charakteristisch angesehene – Vernetzung der Wirtschaft wird der rechtssoziologische Ansatz als ein alternativer stark erkannt, mit Rückgriff auf die Literatur zu den *relational contracts*. Das stärker Informelle, die Mischung zwischen Rezeption und lokaler Adaption scheinen auf, insgesamt stellt sich die Entwicklung – wie der Beitrag zum japanischen Recht – dar als eine, die offen ist für den ganzen Kranz der Sozialtheorie als Inspirationsquelle, weniger als Leitlinie – mit Anleihen bei so unterschiedlichen Ansätzen wie „Systemtheorie, der ökonomischen Theorie, der institutionellen Ökonomie oder“ – in der Diskussion stark hinterfragt – „der Evolutionstheorie.“<sup>44</sup> Überhaupt haben die Überlegungen zur Rezeption, ihren Wirkmechanismen, am Beispiel von Japan eine schöne Parallelität zum Generalthema, in dem es um eine Art „Rezeption“ der Sozialtheorie im Recht geht – rechtsvergleichend betrachtet.

### c) Englische Rechtswissenschaften und -praxis (Simon Deakin)

Rechtsvergleichend erscheint keine Eigenheit des englischen Rechts herausgehobener als die der *Common Law*-Technik. Diese aus dem Blickwinkel interdisziplinärer Theoriebildung zu beleuchten, hat deswegen seinen besonderen Reiz – und dabei, teils auch en passant, zugleich über die englische Rechtswissenschaft und Rechtspraxis unter dem Gesichtspunkt zu berichten, wie sie sonstige Sozialtheorie integriert und fruchtbar macht. Dabei stellt der Länder-

<sup>44</sup> In diesem Band *Yamamoto*, 104.

bericht von *Simon Deakin*<sup>45</sup> zusammenfassend – wenn auch nicht ausdrücklich im Gegensatz zu den USA – fest:

„Explicit reference to theoretical paradigms drawn from outside legal analysis is rare in English judicial practice ... but the language used by English judges reflects their perception of the need [of] an essentially evolutionary perspective on the law.“

*Deakin* sieht also in der Quintessenz im *Common Law* als Technik eine besondere Herangehensweise an das Problem, wie sich Recht evolutionär – dynamisch – entwickelt, wobei er das analytische Instrumentarium international – weltweit – wählt, etwa unter Einschluss von *Luhmanns* Systemtheorie, um dieses dann – gleichsam national begrenzt – spezifisch auf den (englischen) *Common Law*-Mechanismus „anzuwenden“. Dafür wählt *Deakin* nacheinander beide Seiten als Betrachterstandpunkt: Zunächst das Fallrecht, wie es auf die Gesellschaft und ihre Spannungen blickt, um sie im Sinne eines evolutionären und zugleich stabilen Modells zu erfassen (namentlich mit *Donoghue v. Stevenson* und seinen Aussagen zum *stare decisis*). Dann Teile der Sozialtheorie, wie sie auf das Recht blicken: namentlich *v. Hayek* mit seinem Verständnis von Recht (vor allem in England) als „spontaner Ordnung“, die, weil viele (vor allem Richter) parallel die Entwicklung vorantreiben, ein besonderes Entdeckungsverfahren bereithält (vgl. bereits oben 1 c); sowie die *Legal Origins-Bewegung*, die mit Mitteln der Institutionenökonomik und Statistik zu belegen trachtete, dass das *Common Law* Wirtschaftsentwicklung und -wachstum insgesamt effizienter unterstützt, als dies *Civil Law*-Systeme mit dem Vorrang von Kodifikationen vermögen (wobei die *Legal Origins-Bewegung* die zentrale Aussage von der strukturellen Überlegenheit des *Common Law* freilich gut ein Jahrzehnt später praktisch völlig zurücknahm, vgl. bereits oben 1 b).

Im Abschnitt zum Fallrecht wird vor allem die flexible Adaptionsmöglichkeit, von Fall zu Fall, passgenau, als evolutionäre – vor allem prozedurale – Stärke herausgearbeitet. Zugleich wird die Balance zwischen evolutionären Elementen und stabilisierenden, und dann – inhaltlich – der teils sehr bewusste Umgang mit Einflüssen betont, die über die Rechtslehre im klassischen Sinne hinausreichen, gerade auch mit Argumenten der allgemeinen Wohlfahrt im Produkthaftungsrecht. Im Abschnitt zu den Sozialtheorien wird zunächst der Gedanke *v. Hayeks* näher beleuchtet, dass ein Fallrecht die Vorzüge dezentraler Wissensverwendung stärker nutzen kann (ähnlich wie die Marktwirtschaft im Vergleich zur Planwirtschaft), und dann die *Legal Origins-Bewegung* in den Blick genommen (und hinterfragt), bevor im letzten Abschnitt auf die zentrale konzeptionelle Frage eingegangen wird, wie Zufall im Einzelfall und (durchaus stringente) Evolution im Gesamtbild zusammengehen können, welche Mechanismen beides nebeneinander als plausibel erscheinen lassen.

---

<sup>45</sup> In diesem Band, 45 ff., für das folgende Zitat 47.

## Autorenverzeichnis

*Aditi Bagchi*, ist Professor of Law an der Fordham University, New York, NY

*Simon Deakin*, M.A., Ph.D. (Cantab.), Ph.D. (h.c.) (Louvain-la-Neuve), ist Professor of Law an der University of Cambridge

*Stefan Grundmann*, Dr. iur., Dr. phil., LL.M. (Berkeley), ist Professor für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin; derzeit beurlaubt lehrt er als Professor of Transnational Private Law am Europäischen Hochschulinstitut Florenz

*Veronica Aoki Santarosa*, Ph.D. in economics (Yale), LL.M. (Yale), EMLE (Hamburg), LL.B. (Sao Paulo), ist Assistant Professor of Law an der Michigan Law University

*Aldo Schiavone*, ist Professor für Römisches Recht an der Scuola Normale Superiore, Pisa-Firenze

*Gunther Teubner*, Dr. iur., M.A. (law and society, Berkeley), ist Professor Emeritus für Privatrecht und Rechtssoziologie an der Goethe-Universität Frankfurt am Main

*Jan Thiessen*, Dr. iur., ist Professor für Bürgerliches Recht, Deutsche Rechtsgeschichte und Juristische Zeitgeschichte, Handels- und Gesellschaftsrecht an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

*Keizo Yamamoto*, Dr. iur., ist Professor für Bürgerliches Recht an der Universität Kyoto

*Daniel Zimmer*, Dr. iur., LL.M. (UCLA), ist Professor für Handels- und Wirtschaftsrecht und geschäftsführender Direktor des Instituts für Handels- und Wirtschaftsrecht und des Center for Advanced Studies in Law and Economics (Castle) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn