

URS ALBRECHT KLEIN

# Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft

*Internet und Gesellschaft*

19

---

**Mohr Siebeck**

Internet und Gesellschaft  
Schriften des Alexander von Humboldt Institut  
für Internet und Gesellschaft

Herausgegeben von  
Jeanette Hofmann, Ingolf Pernice,  
Thomas Schildhauer und Wolfgang Schulz

19





Urs Albrecht Klein

# Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft

Einfluss amerikanischer Rechtstheorie auf  
Rechtsverständnis und Praxis

Mohr Siebeck

*Urs Albrecht Klein*, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin und der Uniwersytet Warszawski, Warschau; 2014–2019 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Immaterialgüterrecht, insbesondere Gewerblicher Rechtsschutz der Humboldt-Universität zu Berlin; 2017–2018 LL.M.-Studium an der University of California, Los Angeles; 2020 Promotion; 2019–2021 Referendariat am Kammergericht Berlin.

ISBN 978-3-16-159743-5 / eISBN 978-3-16-159744-2  
DOI 10.1628/978-3-16-159744-2

ISSN 2199-0344 / eISSN 2569-4081 (Internet und Gesellschaft)

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

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

*Gewidmet dem Andenken meiner Großmutter,  
Dr. Gisela Alber (geb. Steng)*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2019 an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Nach mündlicher Prüfung im Februar wurden Änderungen bis Juni 2020 berücksichtigt. Die Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Immaterialgüterrecht von Prof. Dr. Axel Metzger an der Humboldt-Universität zu Berlin sowie im Rahmen meines LL.M.-Studiums an der University of California, Los Angeles.

Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Axel Metzger, der mich zu diesem grundlagenorientierten Thema ermuntert hat. Er hat diese Arbeit durch viele wertvolle Anregungen bereichert und mich immer wieder darin bestärkt, auch methodisch einen eigenen Weg einzuschlagen. Auch möchte ich ihm meinen Dank für die langjährige vertrauensvolle Zusammenarbeit am Lehrstuhl aussprechen.

Bei Prof. Dr. Dipl.-Biol. Herbert Zech bedanke ich mich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Den Herausgebern danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe *Internet und Gesellschaft*.

Mein Dank gilt auch Prof. Dr. Dieter Simon, der von Beginn des Studiums an in rechtsphilosophischen und vor allem methodenkritischen Vorlesungen und Seminaren meinen Blick auf das Recht geprägt und mein Interesse an den Grundlagenfächern geweckt hat. Ohne ihn wäre diese Arbeit nicht entstanden.

Meine Eltern und meine Familie haben mich nicht nur während der Erstellung dieser Arbeit, sondern über mein ganzes Studium hinweg liebevoll unterstützt. Den Aufenthalt in Los Angeles ermöglichte mir nicht zuletzt meine Tante Isolde Alber. Hierfür bin ich ihnen zutiefst dankbar.

Die Promotionszeit bereichert haben aber auch viele Freunde und Kollegen. Nennen möchte ich dabei vor allem Martin Böhme, Amit Datta, Alexander Erbguth, Carl Jacob Haller, Simon Keßler, Hannah Lenz, Niklas Maamar, Henrike Maier, Friederike Schulte zu Sundern, Sven Vetter, Charlotte Vollenberg und Pauline Weller. Et Audrey Achour, merci de me soutenir.

Tübingen, im Juni 2020

Urs Albrecht Klein



# Inhaltsverzeichnis

Einleitung .....	1
1. Problemstellung und Erkenntnisinteresse.....	1
2. Gang der Untersuchung.....	4
Erster Teil: Ausgangspunkte.....	7
<i>§ 1 Vorüberlegungen zur Methode: Rechtsvergleichung</i> .....	7
A. Ziele moderner Rechtsvergleichung.....	7
B. Rechtsvergleichende Methodik .....	8
C. Funktionalität – Chimäre der Rechtsvergleichung .....	9
I. Funktionale Rechtsvergleichung.....	10
II. Kritische Literatur.....	12
III. Zusammenfassung und Bewertung .....	14
D. Rechtskulturvergleichung – Betonung des Unterschiedlichen.....	15
I. Begriff der Rechtskultur .....	16
II. Vergleichende Rechtsideenlehre.....	17
III. Comparative Jurisprudence.....	18
IV. Kritische Wertung.....	20
E. Eigene Methode .....	21
<i>§ 2 Grundlagen</i> .....	23
A. Geistesgeschichtlicher Hintergrund: Pragmatismus .....	23
B. Historische Rechtsentwicklung in den Vereinigten Staaten .....	25
C. Das angloamerikanische Präjudiziensystem.....	30
D. Gerichtssystem der Vereinigten Staaten.....	31
E. Juristenausbildung an US-amerikanischen Universitäten .....	33
F. Justizberufe in den Vereinigten Staaten .....	35

Zweiter Teil: Die Rechtsrealisten .....	38
§ 3 <i>Oliver Wendell Holmes, Jr. – Wegbereiter des Rechtsrealismus</i> .....	38
A. Biographische Daten .....	39
B. Holmes' rechtstheoretischer Beitrag .....	40
I. Die Einleitung zum „Common Law“ .....	40
II. The Path of Law – Ursprung der „bad man theory of law“ .....	43
III. Holmes' Richtertätigkeit: Lochner v. New York .....	46
C. Geistesgeschichtliche Einordnung von Holmes' Wirken .....	48
I. Zeitgenössische Kritik an Langdells Harvard .....	48
II. Sozialdarwinistische Einflüsse .....	49
III. Holmes und der Pragmatismus .....	51
IV. Wegbereiter einer prädiktiven Rechtstheorie .....	53
D. Fazit .....	55
§ 4 <i>Karl N. Llewellyn – Vertreter eines soziologischen Rechtsrealismus</i> ...	58
A. Biographische Daten .....	58
B. Llewellyns Werke .....	59
C. Die Einleitung zum „Bramble Bush“ .....	60
I. Gegenstand des Rechts .....	62
II. Recht als Vorhersage zukünftigen Richterhandelns .....	64
III. Die Bedeutung von Normen für Juristen .....	64
IV. Die Funktion von Recht .....	65
V. Fazit .....	66
D. „A Realistic Jurisprudence – The Next Step“ – Programmatischer Aufruf zum Rechtsrealismus .....	67
I. Abkehr von Definitionsversuchen für den Begriff des Rechts .....	68
II. Betrachtungsgegenstand der Norm .....	68
III. Subjektiv-zweckorientierte Normbetrachtung .....	70
IV. Forderung nach empirischer Rechtswissenschaft .....	71
V. Die Rolle der Norm in einer empirischen Rechtswissenschaft .....	72
VI. Fazit .....	73
E. „Some Realism about Realism“ – Gründungsmanifest des Rechtsrealismus .....	74
I. Die Debatte zwischen Karl Llewellyn und Roscoe Pound .....	75
1. Pounds Kritik am Rechtsrealismus .....	75
2. Minutiöse Replik Llewellyns .....	76
II. „Movement“ statt „Schule“ .....	78
III. Instrumentelles Verständnis von Recht .....	79
IV. Rechtsrealistische Rechtswissenschaft .....	80

V.	Thesen des Rechtsrealismus .....	82
1.	Entscheidungsbegründungen als Rationalisierungen ex post .....	82
2.	Auslegungsspielräume beim Umgang mit Präjudizien.....	83
3.	Tatsachen- statt Begriffsorientierung .....	84
VI.	Fazit .....	84
F.	„The Theory of Rules“ – Llewellyns Theorie der Normen? .....	86
I.	Betrachtungsgegenstand der Norm .....	87
1.	Normtheoretische Analyse .....	87
a.	Imperativentheorien .....	88
b.	Prädiktive Normtheorien .....	89
c.	Llewellyns Mittelweg.....	90
2.	Normen als technische Hilfsmittel .....	91
3.	Grammatische Struktur der Norm: Propositionale Form.....	93
4.	Präzision des Wortlauts als Faustregel: die „rule of thumb“ .....	95
a.	Wortlautpräzision im Civil Law .....	96
b.	Wortlautpräzision im Common Law .....	97
II.	Rechtsrealistischer Rechtskulturbegriff .....	98
1.	Präskriptive und deskriptive Normen.....	99
2.	Deskriptiver Gehalt von Verhaltensregeln .....	99
3.	„Folk-concept of law“ – Laien im Zentrum der Rechtskultur .....	100
III.	Regelskeptizismus .....	102
1.	Der Regelskeptizismus des Richters .....	102
2.	Der Regelskeptizismus der Rechtsanwälte.....	104
IV.	Rechtsfortentwicklung .....	106
1.	Stabilität im Wandel .....	107
2.	Situativ bestimmte Normkonzepte .....	107
3.	Laiengerechte Rechtsfortentwicklung.....	109
V.	Fazit .....	110
1.	Zusammenfassung.....	110
2.	Bewertung.....	113
§ 5	<i>Jerome Frank und die Idiosynkrasien des Richters</i> .....	115
A.	Biographische Daten .....	115
B.	Franks Werke .....	116
C.	„Law and the Modern Mind“ – Radikaler Regelskeptizismus und Sigmund Freud .....	117
I.	Franks Definition von Recht.....	117
II.	Entwicklungspsychologische Gründe für den Mythos des Rechts..	118
III.	Wie „findet“ der Richter das Recht? .....	120
IV.	Recht als Entscheidung von Einzelfällen .....	123
V.	Fazit.....	124

D. „What Courts Do in Fact“ – das Bauchgefühl des Richters als zentraler Ort der Rechtsfindung .....	125
I. Einführende Bemerkungen .....	125
II. Franks Kritik an formalem Recht.....	126
III. Was tun Richter wirklich? .....	128
IV. Sind Entscheidungen des Richters an Normen gebunden?.....	128
V. Das Bauchgefühl des Richters: der „hunch“ .....	129
VI. Fazit .....	130
E. „Courts on Trial“ – Faktenskeptizismus und Reformbemühungen.....	131
I. Einführende Bemerkungen .....	131
II. Bedeutung und Unzulänglichkeiten von Tatsachengerichten.....	132
III. Franks Vorschläge für eine Reform des Rechtssystems.....	134
1. Abschaffung des Jury-System.....	134
2. Psychologische Schulungen für Richter .....	135
3. Praktische Juristenausbildung .....	137
IV. Fazit.....	138
 § 6 <i>Llewellyn und Frank: Fazit</i> .....	140
A. Gemeinsame Ausgangspunkte.....	140
B. Llewellyns Hinwendung zu Soziologie .....	141
C. Franks radikaler Regel- und Faktenskeptizismus .....	144
 § 7 <i>Weitere Rechtsrealisten</i> .....	146
 § 8 <i>Rechtstheoretischer Kern des Rechtsrealismus</i> .....	147
A. Ausgangspunkt: Kritik am Formalismus .....	148
B. Kernthesen des Rechtsrealismus .....	148
I. Ausbildung zweier rechtsrealistischer Flügel .....	149
II. Mehrdeutigkeit richterlicher Entscheidung.....	150
III. Idiosynkrasien des Richters .....	150
IV. Das soziologische Profil des Richters.....	152
C. Deskriptive Theorie richterlicher Entscheidung .....	154
 § 9 <i>Parallelentwicklung in Deutschland</i> .....	156
A. Die Entdeckung des Zwecks – Rudolph v. Jhering .....	156
B. Die Freirechtsschule.....	158
C. Interessenjurisprudenz.....	161
D. Weitere Entwicklung.....	164
E. Zusammenfassung .....	164

## Dritter Teil: Rezeption des Rechtsrealismus ..... 166

§ 10 „*Realism is dead.*“ –*Kritische Auseinandersetzungen mit dem Rechtsrealismus* ..... 166

A. Zeitgenössische Kritik durch Hermann Kantorowicz –	
„Some Rationalism about Realism“ .....	167
I. Zum Verhältnis von Freirechtsschule und Rechtsrealismus.....	167
II. Kantorowicz’ Kritik an den Rechtsrealisten .....	169
III. Einordnung der Kritik.....	172
1. Kontinentaleuropäisch geprägte Perspektive Kantorowicz’ .....	173
2. Pragmatismus und Drei-Welten-Lehre als unvereinbare Ausgangspunkte .....	174
3. Systematisierung als Ziel Kantorowicz’ Rechtswissenschaft.....	175
4. Kantorowicz in New York .....	176
IV. Fazit.....	177
B. H.L.A. Harts „ <i>Concept of Law</i> “ .....	178
I. Einleitung .....	179
II. Der Begriff des Rechts.....	179
III. Harts Kritik am Rechtsrealismus .....	181
1. Konzeptioneller Regelskeptizismus .....	181
2. „ <i>Charitable reading</i> “ des Rechtsrealismus .....	182
3. Zusammenfassung.....	183
IV. Replik .....	183
1. Was bedeutet „ <i>Konzeptioneller Regelskeptizismus</i> “?.....	184
2. Zu Harts „ <i>charitable reading</i> “ .....	185
V. Fazit.....	186
C. Normativer Quietismus und fehlende empirische Methodik .....	187
D. Rückbesinnung auf puritanische Werte durch die <i>Legal Process School</i> .....	189

§ 11 „*We are all Realists now.*“ – *Einzug rechtsrealistischen Denkens**in den rechtswissenschaftlichen Mainstream* ..... 191

A. Die <i>Critical Legal Studies</i> als illegitime Erben der Rechtsrealisten .....	192
B. Rechtsrealistische Ursprünge der <i>Law and Economics</i> .....	194
C. Rekonstruktionsbemühungen rechtsrealistischen Denkens .....	196
I. Brian Leiter: „ <i>Naturalized Jurisprudence</i> “ .....	197
II. Frederick Schauer: „ <i>Realism Untamed</i> “ .....	199
III. Hanoch Dagan: „ <i>Rethinking American Legal Realism</i> “ .....	200
D. Zusammenfassung zum Rechtsrealismus .....	203
I. Rechtsrealismus als Historisches Phänomen und Nachhall.....	203
II. Der rechtstheoretische Beitrag des Rechtsrealismus.....	205

§ 12 Aspekte eines rechtsrealistischen Rechtsverständnisses .....	208
A. Rechtswissenschaft und Ausbildung .....	208
B. Verlust des vernunftrechtlich legitimierten Befolgungsanspruchs .....	209
C. Funktionalität und Instrumentalismus .....	210
D. Konsequenzen für die Richterschaft.....	210
E. Konsequenzen für den Blick der Rechtsunterworfenen und der Anwaltschaft .....	211
F. Fazit .....	213
Vierter Teil: Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft.....	214
§ 13 Einführung.....	214
A. Informationstechnologie im Wandel .....	214
B. Digitale Wirtschaft .....	216
C. Querschnittsmaterie Informationstechnologierecht .....	218
D. Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft .....	219
§ 14 Shrinkwrap-Verträge: Rechtsrealismus bei der Gestaltung von Herstellervereinbarungen .....	221
A. Überblick.....	222
I. Age of the Shrink-wrap.....	223
II. Verwendung in der Praxis.....	224
III. Shrinkwrap-Vereinbarung als Oberbegriff.....	225
B. Shrinkwrap-Lizenzen in den Vereinigten Staaten .....	226
I. Unwirksamkeit von Shrinkwrap-Lizenzen.....	227
1. Vault v. Quaid (5 <sup>th</sup> Circuit) .....	227
2. Step-Saver v. Wyse Tech. (3 <sup>rd</sup> Circuit) .....	228
3. ProCD v. Zeidenberg I (District Court) .....	229
II. Kehrtwende: ProCD II und UCITA .....	232
1. ProCD v. Zeidenberg II (7 <sup>th</sup> Circuit) .....	232
2. UCITA: gescheiterte Kodifikation .....	236
III. Fazit .....	237
C. Shrinkwrap-Verträge in Deutschland .....	238
I. Urheberrechtlicher Hintergrund.....	239
1. Ausschließlichkeitsrechte des Herstellers .....	239
2. Bestimmungsgemäßer Gebrauch des Nutzers .....	240
3. Besondere Vertragsvereinbarungen .....	241
II. Herstellervereinbarungen.....	242
1. Vertriebsarten .....	242
a. Direktvertrieb .....	243

b. Einschaltung eines Zwischenhändlers .....	243
2. Vertragsschluss: Dogmatische Konstruktionen.....	244
a. Stellvertretungslösungen .....	244
b. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.....	245
c. Eigene, zeitlich nachgeschobene Vereinbarung seitens des Herstellers.....	247
III. Fazit.....	251
D. Rechtsrealistische Aspekte .....	252
I. Neue gesellschaftliche Herausforderungen bedingt durch technischen Wandel .....	252
II. Gestaltung der Rechtslage durch das Schaffen von Fakten.....	253
III. Rechtsrealistische Rechtsfortentwicklung in den Vereinigten Staaten und fehlende deutsche Entsprechung.....	254
IV. Instrumenteller Blick der Softwareunternehmen .....	255
V. Beeinflussung der faktischen Rechtslage durch eine gefühlte Rechtsbindung.....	255
VI. Zusammenfassung .....	256
 § 15 Uber: Rechtsrealismus und Disruption.....	257
A. „Unicorn of Unicorns“ .....	257
I. Globaler Mobilitätsdienstleister.....	257
II. Funktionsweise der Uber-App .....	259
III. Wachstum und Expansion.....	260
IV. Ökonomische Grundlagen multidirektionaler Plattformen .....	261
B. Uber-Aktivität in Deutschland .....	263
I. Wer ist Uber?.....	264
II. Vereinbarkeit der Geschäftsmodelle mit deutschem Recht.....	265
1. UberPop – Digitale Mitfahrzentrale? .....	266
a. Ordnungsverfügungen in Hamburg und Berlin .....	266
b. Vereinbarkeit von UberPop mit dem Personenbeförderungsgesetz.....	267
aa. Entgeltlichkeit von UberPop .....	267
bb. Weder Linien- noch Taxiverkehr .....	268
cc. Gelegenheitsverkehr mit Mietwagen.....	268
c. Zwischenergebnis.....	269
2. UberBlack – „Das originale Uber“ .....	270
a. Verwaltungsgerichtsverfahren.....	270
b. Verstoß gegen das Personenbeförderungsgesetz als Wettbewerbsverstoß .....	270
c. Vereinbarkeit mit dem Personenbeförderungsgesetz.....	271
aa. Gelegenheitsverkehr mit Mietwagen.....	272
bb. Abgrenzung zum Taxiverkehr.....	272

cc. Rückkehrpflicht und Auftragsannahme während der Fahrt .....	273
d. Zwischenergebnis.....	275
3. UberX – alles rechtskonform? .....	276
a. Vergleichbarkeit von UberX und UberBlack .....	277
b. UberX in Berlin: RocVin-Dienste als Subunternehmer.....	277
c. Weiterhin Umgehung des PBefG .....	279
d. Zusammenfassung.....	279
4. UberPool.....	280
5. Zusammenfassung.....	281
III. Vermittler oder Beförderer?.....	282
1. Unternehmer im Sinne des Personenbeförderungsgesetzes.....	282
a. Auftreten im Außenverhältnis .....	283
b. Übergeordnete Rolle von Uber.....	284
c. Erwartungshorizont des Nutzers .....	285
d. Zwischenergebnis.....	285
2. Keine Einschränkung durch Unionsrecht.....	285
a. Elite Taxi v. Uber Spain.....	286
b. BGH Uber Black II .....	287
3. Zusammenfassung.....	288
IV. Fazit: Uber in Deutschland .....	288
C. Rechtsrealistische Aspekte .....	290
I. Gesellschaftliche Herausforderungen bedingt durch technologischen Wandel .....	290
II. Instrumenteller Blick von Uber: Folgenorientierung .....	291
1. Wahrscheinlichkeit des Eintritts von Sanktionen.....	292
2. Kalkulierte Niederlagen vor Gericht.....	292
3. Lange Dauer gerichtlicher Überprüfung .....	293
III. Verlust des normativen Befolungsanspruchs .....	293
IV. Aufeinanderprallen unterschiedlicher Rechtskulturen .....	294
 Fünfter Teil: Gesamtbetrachtung und Ausblick.....	 296
§ 16 Gesamtbetrachtung.....	296
§ 17 Ausblick.....	299
 Literatur.....	 302
Sachregister .....	319

# Einleitung

## 1. Problemstellung und Erkenntnisinteresse

Uber, 2009 als Start-Up in San Francisco gegründet, gehört trotz einem hinter den Erwartungen gebliebenen Börsengang im Mai 2019 zu den wertvollsten Unternehmen der Welt. Der Unternehmenswert von Uber übertraf bereits zehn Jahre nach Gründung den von Konzernen wie Siemens, Bayer oder Volkswagen.<sup>1</sup> Dieser rasante Aufstieg ist auch einer als besonders aggressiv und rücksichtslos wahrgenommenen Expansionsstrategie zu verdanken.

So bietet Uber seine Dienste inzwischen in mehr als 600 Städten weltweit an. Einen wichtigen Markt stellt für Uber freilich auch Deutschland dar. Mit ihren disruptiven Geschäftsmodellen setzen Unternehmen wie Uber darauf, „überregulierte“ Branchen wie das Taxigeschäft aufzubrechen und durch Vermittlungsplattformen zu ersetzen, bei denen sich Anbieter und Nachfrager der gewünschten Dienstleistungen über eine Smartphone-App vernetzen.<sup>2</sup>

Wie bei vielen Unternehmen der Digitalwirtschaft ist Teil der Erfolgsstrategie ein transnationales Geschäftsmodell. Für die Teilnehmer der Uber-Plattform darf es keinen Unterschied bedeuten, ob eine Vermittlung in Berlin, Los Angeles oder Johannesburg stattfindet. Gleichzeitig unterliegen die von Uber angebotenen Dienstleistungen in vielen Ländern strengen Regelungen, die Abstandsgebote zu einem traditionell staatlich privilegierten Taxigeschäft beinhalten. So auch in Deutschland. Hier lassen sich Uber-Dienstleistungen nach geltender Rechtslage nicht anbieten, ohne dass systematisch gegen das Personenbeförderungsgesetz verstoßen wird.<sup>3</sup> Wiederholt haben sich deutsche Gerichte mit verschiedenen Geschäftsmodellen von Uber befasst und erkannt,

---

<sup>1</sup> *Azevedo/Wilhelm*, 2019 IPO Parade Marches On With Uber, PagerDuty On Deck, Crunchbase News vom 19.4.2019; *Davies*, Uber valued at \$82.4bn as it prices IPO at \$45 per share, The Guardian vom 9.5.2019.

<sup>2</sup> Vergleichbare Geschäftsmodelle verfolgen beispielsweise Airbnb bei der Kurzzeitvermietung von Ferienwohnungen oder der Essenslieferdienstvermittler Takeaway.

<sup>3</sup> Daran dürfte sich auch nach der angestrebten Reform des Personenbeförderungsgesetzes im Grundsatz nicht ändern (mit Ausnahme von *UberPool*), vgl. zum noch unveröffentlichten Eckpunktepapier *Schwär*, Die Große Koalition macht Zugeständnisse an Sammeltaxi-Apps – doch ein entscheidendes Privileg bleibt Taxi-Fahrern vorbehalten, Business Insider vom 5.6.2020.

dass sich diese nicht mit dem deutschen Recht vereinbaren lassen.<sup>4</sup> Die Literatur schließt sich dieser Einschätzung einhellig an. Dennoch ist der Expansionsdrang Ubers auch auf dem deutschen Markt ungebrochen.<sup>5</sup> Wie lässt sich dieses Verhalten begründen? Freilich folgt das Geschäftsmodell von Uber den Gesetzmäßigkeiten der Plattökonomie.<sup>6</sup> Doch dies allein vermag die kaum verhohlene Missachtung rechtlicher Wertungen nicht erklären.

Wie eine Vielzahl anderer marktstarker informationstechnologiegetriebener Unternehmen wurde auch Uber in den Vereinigten Staaten gegründet. Eine entscheidende Rolle für die Entwicklung von Informationstechnologie nahm und nimmt dabei das Silicon Valley ein. Die Digitalwirtschaft ist insofern zu weiten Teilen von US-amerikanischen Auffassungen geprägt, was sich in den vorherrschenden Unternehmensstrukturen offenbart. Dies schlägt sich aber auch im Umgang der Digitalwirtschaft mit Recht nieder.

Ziel dieser Arbeit ist es, rechtskulturelle Besonderheiten in den Vereinigten Staaten aufzuzeigen und darzustellen, wie diese in der gelebten Praxis durch transnationale Geschäftsmodelle von Unternehmen der Digitalwirtschaft in andere Rechtsordnungen exportiert werden. Hierfür wird der Blick auf die rechtstheoretischen Voraussetzungen gerichtet, die dem amerikanischen Rechtsdenken zugrunde liegen. Dabei zeigt sich, dass der amerikanische Rechtsrealismus als identitätsstiftende rechtswissenschaftliche Bewegung der Vereinigten Staaten bis heute den Umgang mit Recht auch in der Praxis stark beeinflusst.

Als rechtswissenschaftliche Ausprägung des Pragmatismus bewirkte der Rechtsrealismus, dass Recht in den Vereinigten Staaten primär instrumentell und funktional betrachtet, Systematisierungsbemühungen hingegen eine Absage erteilt wird. Recht wird folgenorientiert betrachtet und sein moralischer Befolgungsanspruch infrage gestellt. Damit einher geht ein Verständnis, welches der Rechtswissenschaft als Disziplin die Autonomie abspricht.

Der Rechtsrealismus bewirkte, dass Recht in den Vereinigten Staaten grundlegend anders beurteilt wird als in Deutschland, wo eine Rezeption des Pragmatismus wenngleich nicht völlig ausblieb, aber doch kaum Nachwirkungen für das gesamtgesellschaftliche Denken besaß.

Mit dieser Arbeit werden insofern zwei auf den ersten Blick sehr unterschiedliche Anliegen verbunden. Zum einen wird der amerikanische Rechtsrealismus als ernstzunehmende rechtstheoretische Strömung von ihren Ursprüngen bis hin zu heutigen rechtswissenschaftlichen Rekonstruktionsbemühungen untersucht. Die in dieser Untersuchung zu Tage tretenden, das amerikanische Rechtsdenken grundlegend beeinflussenden rechtsrealistischen Aspekte werden hervorgearbeitet und eingeordnet. In einem weiteren Schritt werden

---

<sup>4</sup> Vgl. für *UberX* jüngst LG München I, Urt. v. 10.02.2020 – 4 HK O 14935/16 sowie für *Uber Black* BGH GRUR 2019, 298 – *Uber Black II* m. Anm. Klein.

<sup>5</sup> Im April 2019 begann Uber seinen *UberX*-Dienst auch in Köln anzubieten, Weigler, *Wohin soll's gehen? – Uber in Köln*, Uber Blog vom 8.4.2019.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu grundlegend *Evans/Schmalensee*, *Matchmakers* (2016).

exemplarisch zwei Phänomene aus der Rechtspraxis der Digitalwirtschaft dargestellt, die für den deutschen Beobachter befremdlich wirken, aber unter Berücksichtigung rechtsrealistischer Aspekte an Nachvollziehbarkeit gewinnen können.

Shrinkwrap-Vereinbarungen entstammen der Frühphase des Informationsrechtlich. Weil es an einem effektiven Schutzregime für den Vertrieb von Standardsoftware mangelte, wurde mit der Shrinkwrap-Lizenz ein Modell entwickelt, bei dem eine vertragliche Bindung des Nutzers an den Softwarehersteller durch Realakt erfolgen sollte, auch wenn Nutzer und Hersteller in vielen Fällen nicht in direktem Kontakt zueinanderstanden. Obwohl dies aus deutscher Sicht niemals rechtswirksam erfolgen konnte, waren Shrinkwrap-Vereinbarungen gängige Praxis der Softwareindustrie und finden sich bis heute wieder. Dass hier über die Jahre hinweg milliardenfach Verträge nur vermeintlich geschlossen wurden, hielt die Softwareunternehmen nie davon ab, diese Art des „Vertragsschlusses“ beizubehalten.<sup>7</sup> Vielmehr war die gefühlte Vertragsbindung des Nutzers stets Teil des Geschäftsmodells. Hier zeigen sich deutliche rechtsrealistische Tendenzen.

Ebenso offenbaren sich diese im Geschäftsgebaren von Uber auf dem deutschen Markt. Schulterzuckend werden behördliche Verbote und Gerichtsurteile hingenommen, ohne dass sich daraus grundlegende Veränderungen der Geschäftsmodelle ergeben. Die meisten Geschäftsmodelle von Uber beruhen auf einer systematischen Umgehung des Personenbeförderungsgesetzes. Weil eine global einheitliche Nutzererfahrung einen wesentlichen Teil zum Erfolg von Uber beiträgt, wird sich hieran wohl kaum etwas ändern. Das exemplarische Aufzeigen rechtsrealistischen Denkens innerhalb der Digitalwirtschaft ermöglicht rechtstheoretische Einsichten, die dieses befremdlich erscheinende Geschäftsgebaren in einem anderen Licht und nachvollziehbarer erscheinen lassen.

Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den rechtstheoretischen Implikationen rechtsrealistischen Denkens ist in Deutschland bislang ausgeblieben.<sup>8</sup> Dies ist nicht ausschließlich mit Desinteresse zu begründen. Neben der in den vergangenen Jahren aufkeimenden Diskussion um das rechtstheoretische Erbe der Rechtsrealisten sind auch wichtige Werke wie etwa *Karl N. Llewellyns* erst

---

<sup>7</sup> Auch heute finden sich noch Shrinkwrap-Vereinbarungen, etwa bei Videospiele; veränderte Vertriebswege und neue Geschäftsmodelle wie Software as a Service (SaaS) oder Softwareabonnements führen jedoch in vielen Fällen dazu, dass heute vermehrt Online-Clickwrap-Vereinbarungen eingesetzt werden.

<sup>8</sup> *Casper*, *Juristischer Realismus* (1967) untersuchte den Rechtsrealismus vor allem durch die Brille der Legal Process School; auch *Fikentscher*, *Methoden*, Band II (1975), S. 273 ff. widmete sich im 14. Kapitel seiner Methodenlehre ausführlich dem Rechtsrealismus; die in jüngerer Zeit erschienene Arbeit von *Rea-Frauchiger*, *Der amerikanische Rechtsrealismus* (2006) nähert sich dem Rechtsrealismus dagegen in erster Linie aus rechtshistorischer Perspektive.

2011 posthum erschienene *Theory of Rules* bislang nicht rezipiert worden.<sup>9</sup> In dieser Arbeit werden sie erstmals einer deutschen Leserschaft zugänglich gemacht. Diese Arbeit will also zweierlei: einerseits eine rechtstheoretische Rezeptionslücke schließen, andererseits aber auch ganz konkret aufzeigen, wie rechtstheoretische Grundannahmen das Rechtsleben in der Praxis beeinflussen können. Dabei handelt es sich freilich nicht um eine klassische rechtsvergleichende Studie, weshalb an den Beginn der Arbeit einige Bemerkungen zur Methode gestellt sind.

## 2. Gang der Untersuchung

Diese Arbeit ist in fünf Teile untergliedert. Der erste Teil widmet sich den für das Verständnis dieser Arbeit wichtigen Ausgangspunkten. Weil es sich weder um eine funktional orientierte, rechtsvergleichende Studie handelt noch um eine streng rechtstheoretische Arbeit, sind zunächst einige Bemerkungen zur Methode angezeigt. Ausgehend von einer kurzen Diskussion rechtsvergleichender Methodik wird der in dieser Arbeit verfolgte Ansatz entwickelt. Im Anschluss werden die für das Verständnis des Rechtsrealismus als besonderes Phänomen US-amerikanischer Rechtswissenschaft wichtigen Grundlagen dargestellt. In geistesgeschichtlicher Hinsicht wäre der Rechtsrealismus ohne die Vorarbeit des Pragmatismus nicht denkbar. Auch die Besonderheiten des Rechtssystems der Vereinigten Staaten spielen eine wichtige Rolle, weshalb kurz die historische Rechtsentwicklung dargestellt wird. Daran schließt sich ein Überblick über das Präjudiziensystem an. Einen wichtigen Bezugspunkt der Rechtswissenschaft in den Vereinigten Staaten bildet *Langdell*, dessen Fallbuchmethode in der Juristenausbildung bis heute Anwendung findet. Besonderheiten zeigen sich auch im Zugang zu Justizberufen sowie deren Ausübung.

Im zweiten Teil werden drei bedeutsame Vertreter der amerikanischen Rechtswissenschaft im Hinblick auf den theoretischen Beitrag ihres Werks dargestellt. *Oliver Wendell Holmes, Jr.* wird oftmals als Rechtsrealist angeführt, doch geht diese Bezeichnung strenggenommen fehl, vielmehr ist er ein Vorbote des Rechtsrealismus. Als solcher schaffte er einige Jahrzehnte zuvor mit seiner konsequenten Betonung des Faktischen die Voraussetzungen für die spätere rechtsrealistische Kritik. *Holmes*, das „große Orakel“ des amerikanischen Rechtsdiskurses, ist jedoch nicht nur für die Rechtsrealisten, sondern auch für viele andere Rechtswissenschaftler unterschiedlicher Provenienz wichtiger Anknüpfungspunkt.

Wenn es eine zentrale Figur des amerikanischen Rechtsrealismus gibt, so ist dies zweifellos *Karl N. Llewellyn*. Seine Beiträge setzten den Auftakt für die Diskussion um Inhalte und Forderungen der Rechtsrealisten. Obwohl er sich

---

<sup>9</sup> Siehe zu *Llewellyn*, *The Theory of Rules* (2011) unten S. 86 ff.

nicht als Rechtsphilosoph verstand, vermitteln seine Werke wichtige Einblicke in die rechtstheoretischen Einsichten der Rechtsrealisten. Dies wird exemplarisch an vier Beiträgen *Llewellyns* nachvollzogen. Der *Bramble Bush* erlangte große Aufmerksamkeit, weil *Llewellyn* sich hier erstmals und in besonders expliziter Weise zu rechtsrealistischen Auffassungen äußerte. *A Realistic Jurisprudence* und *Some Realism about Realism* waren zentral für die Entwicklung einer rechtsrealistischen Bewegung. Die *Theory of Rules* bietet zwar die umfassendsten Einblicke in *Llewellyns* Gedankenwelt, jedoch konnte er das Werk zu seinen Lebzeiten nicht fertigstellen. Erst viele Jahre nach seinem Tod wurde das noch immer unvollendete Manuskript im Jahr 2011 veröffentlicht. Eine Rezeption der Schrift liegt in deutscher Sprache bislang nicht vor.

*Jerome Frank* ist neben *Llewellyn* einer der einflussreichsten Rechtsrealisten. In *Law and the Modern Mind* liefert er in eher belletristischem als wissenschaftlichem Stil einen Überblick über seine Vorstellungen von Recht. *What Courts do in Fact* ist dagegen ein dezidiert rechtswissenschaftlicher Beitrag, in dem *Frank* den richterlichen Entscheidungsprozess analysiert. *Courts on Trial* ist *Franks* Spätwerk, bei welchem er seinen primär rechtskritischen Einsichten positive Reformvorstellungen hinzufügt.

Die Darstellung von *Llewellyn* und *Frank* zeigt auf, dass beide Autoren stellvertretend für die Ausprägung zweier rechtsrealistischer Flügel stehen, *Llewellyn* für einen gemäßigten, rechtssoziologisch argumentierenden Rechtsrealismus, *Frank* für einen die höchstpersönlichen Eigenheiten des individuellen Richters betonenden Regel- und Faktenskeptizismus.

An einen kurzen Überblick über die weiteren rechtsrealistischen Akteure schließt sich eine Analyse des rechtstheoretischen Beitrags des Rechtsrealismus an. Ausgangspunkt aller Rechtsrealisten ist die Kritik des Formalismus. Hieraus entwickelt sich eine deskriptive Theorie der richterlichen Entscheidung, der zufolge nicht Normen, sondern außerrechtlich zu bestimmende Argumente die wichtigsten Faktoren der Rechtsfindung darstellen. Am Schluss dieses Teils findet sich ein Überblick über die zum Rechtsrealismus parallel in Deutschland verlaufende rechtswissenschaftliche Entwicklung.

Der dritte Teil der Arbeit setzt sich mit der Rezeption des Rechtsrealismus auseinander. Die kritischen Stimmen in der Rechtswissenschaft, allen voran *Hermann Kantorowicz* und später *H.L.A. Hart*, hatten einen maßgeblichen Anteil daran, dass der Rechtsrealismus in den 1950er Jahren in Vergessenheit geriet. Dem normativen Quietismus des Rechtsrealismus setzte die *Legal Process School* eine sinnstiftende Wertlehre entgegen. Für eine Rückbesinnung auf die Rechtsrealisten stehen dagegen die *Critical Legal Studies* ab den späten 1970er Jahren. Ebenso finden sich bei den *Law and Economics* rechtsrealistische Bezugnahmen. Auch deshalb setzte sich in den Vereinigten Staaten die Überzeugung durch, dass „wir jetzt alle Realisten sind“. Daran anknüpfend folgt eine Darstellung der Rekonstruktion, um die sich die amerikanische Rechtstheorie seit den späten 1990er Jahren bemüht, die aber in Deutschland bislang kaum

rezipiert wurde. Am Ende des dritten Teils steht der Versuch einer Skizze eines rechtsrealistischen Rechtsverständnisses.

Im vierten Teil der Arbeit wird aufgezeigt, auf welche Weise sich dieses Rechtsverständnis in der Praxis der Digitalwirtschaft widerspiegelt. Hierfür werden zwei Beispiele angeführt. Zum einen werden sogenannte Shrinkwrap-Verträge, über Jahrzehnte hin gängige Praxis der Softwareindustrie, auf ihre Rechtswirksamkeit hin untersucht. Hier zeigt sich, dass die deutsche und die amerikanische Rechtslage auseinanderfallen. Hinsichtlich des Einsatzes in der Praxis hatte dies jedoch keine Konsequenzen. Zum anderen werden die Geschäftsmodelle des Fahrdienstvermittlers Uber im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit deutschem Recht erörtert. Die umfangreiche Rechtsprechung macht deutlich, dass eine rechtskonforme Tätigkeit in Deutschland nach derzeitiger Rechtslage ausgeschlossen ist. Dennoch stellt Deutschland für Uber einen wichtigen Markt dar. Beide Beispiele illustrieren unterschiedliche Aspekte eines rechtsrealistischen Rechtsverständnisses, die jeweils dargestellt werden.

Am Schluss der Arbeit steht eine Gesamtbetrachtung, die den Bogen spannt von den gewonnenen rechtstheoretischen Einsichten zu den in der Rechtswirklichkeit der Informationstechnologiebranche beobachteten Phänomenen. Dabei zeigt sich, dass der sich offenbarende Rechtskulturexport amerikanischen Rechtsdenkens kein abgeschlossener Prozess ist. Ob dies langfristig zu einer Rechtskulturrezeption führen wird, bleibt abzuwarten.

## Erster Teil

# Ausgangspunkte

### § 1 Vorüberlegungen zur Methode: Rechtsvergleichung

Zu untersuchen, wie sich Lebenssachverhalte in verschiedenen Rechtsordnungen darstellen, unterfällt bei den juristischen Literaturkategorien dem Bereich der Rechtsvergleichung. Dies wirft die Frage auf, wo genau ein solches „Miteinandervergleichen von verschiedenen Rechtsordnungen der Welt“<sup>1</sup> beginnt. Rechtsvergleichung „muss historischen, philosophischen und soziologischen Erklärungen von Gleichklang und Verschiedenheit nachspüren. [...] Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie sind wie Rechtsvergleichung nur verschiedene erkenntnistheoretische Bemühungen auf der Suche nach dem Gemeinsamen in Zeit und Raum, der Vielfalt der Ausdrucksformen der Rechtsidee.“<sup>2</sup> Auch wenn die Debatten darum, ob es sich bei der Rechtsvergleichung um eine bloße Vorgehensweise, um eine bestimmte Perspektive, um eine eigene empirische Wissenschaftsdisziplin oder einen (wie auch immer näher zu spezifizierenden) „body of knowledge“ handelt,<sup>3</sup> als überholt angesehen werden dürfen, bleibt mitunter unklar, was Objekt der Rechtsvergleichung ist. Auch Funktionen und Ziele der Rechtsvergleichung sowie die Frage, nach welcher Methode verfahren werden sollte, sind umstritten.

Erstrecken kann sich ein Rechtsvergleich auf eine Analyse der Rechtstexte, aber auch auf kulturelle und geschichtliche Hintergründe, er kann wirtschaftliche Beweggründe berücksichtigen oder der Rechtsvergleichende kann in das Fremde so sehr eintauchen, „dass das ursprünglich Eigene als fremd empfunden wird“.<sup>4</sup>

#### *A. Ziele moderner Rechtsvergleichung*

Moderne Rechtsvergleichung geht zurück auf *Eduard Gans* und *Josef Kohler* (dort als metahistorische Universalrechtsgeschichte), vor allem aber auf *Ernst*

---

<sup>1</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (3. Aufl. 1996), S. 2.

<sup>2</sup> *Neumayer* in: *David/Grasmann* (2. deutsche Aufl. 1988), Tz. 9.

<sup>3</sup> *Reimann*, 50 Am. J. Comp. L. 2002, S. 671 (683 f.).

<sup>4</sup> So laut *Kischel*, Rechtsvergleichung (2015), § 3 Rn. 30 eine praktische Konsequenz postmoderner Kritik der Rechtsvergleichung; vgl. zum „Eintauchen“ in fremde Rechtskulturen *Curran*, 46 Am. J. Comp. L. 1998, S. 43 (43 ff.).

Rabel.<sup>5</sup> Dieser formulierte: „Der Name ihres Ziels heißt einfach: Erkenntnis.“<sup>6</sup> Die Ergebnisse der Rechtsvergleichung stellen in vielen Ländern, nicht zuletzt in supranationalen Konstrukten wie der Europäischen Union, dem Gesetzgeber unentbehrliche Arbeitsinstrumente anheim, sie kann der Auslegung nationaler Rechtsnormen dienen und ein wichtiges Hilfsmittel bei Projekten übernationaler Rechtsvereinheitlichung darstellen,<sup>7</sup> was insbesondere bei der Entstehung europäischen Privatrechts deutlich zutage tritt.<sup>8</sup>

Rechtsvergleichung gibt aber auch ein Hilfsmittel anheim, die Kommunikation zwischen Subjekten verschiedener Rechtsordnungen zu erleichtern, indem Irritationen ab- und neue Verständnisbeziehungen aufgebaut werden. So lässt sich als Ziel der Abbau kultureller Missverständnisse formulieren, um damit ein respektvolles Miteinander in der globalisierten Welt zu fördern.<sup>9</sup> Allerdings befindet sich moderne Rechtsvergleichung in einem *cultural turn*, weg von einer funktionalen, an positivem Recht orientierten Methodik hin zu einem Verständnis von Rechtskultur, lokalisiert im Schnittfeld von Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung.<sup>10</sup>

### B. Rechtsvergleichende Methodik

Erkenntnisgegenstand und Ziele der Rechtsvergleichung sind breit gefächert und unklar umrissen. So besteht folglich auch hinsichtlich der anzuwendenden Methode eine weitreichende Uneinigkeit.<sup>11</sup>

Entgegen der – in anderen Teildisziplinen der Rechtswissenschaft weitaus weniger leidenschaftlich geführten – Methodendiskussion „funktioniert“ Rechtsvergleichung in praxisnahen Arbeiten ohne größere Hürden: Es gibt nicht wenige rechtsvergleichende Arbeiten, die auch ohne tiefergehende Beschäftigung mit der Methode zu aufschlussreichen Ergebnissen führen. Oftmals wird die zugrundeliegende Methode dabei in wenigen Sätzen festgelegt.<sup>12</sup>

---

<sup>5</sup> Neumayer in: David/Grasmann (2. deutsche Aufl. 1988), Tz. 10; Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung (3. Aufl. 1996), S. 9; vgl. zum Einfluss von Josef Kohler auf Ernst Rabel Utermark, Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung bei Ernst Rabel (2005), S. 124 ff.

<sup>6</sup> Rabel in: Ernst Rabel, Gesammelte Aufsätze, Band III (1967), S. 1 (6).

<sup>7</sup> Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung (3. Aufl. 1996), S. 14 ff.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu Schwartze in: Europäische Methodenlehre (2015), S. 53 (53 ff.).

<sup>9</sup> Cotterrell in: The Oxford Handbook of Comparative Law (2008), S. 709 (731; 736).

<sup>10</sup> Mankowski, Rechtskultur (2016), S. 3 m.w.N. zur Diskussion.

<sup>11</sup> Vgl. zu alternativen methodischen Ansätzen etwa Saccos „Lehre von den rechtlichen Formanten“, *Constantinescos* „3-Phasen-Modell“ oder (für das öffentliche Recht) *Tschentschers* „Dialektische Rechtsvergleichung“. Sacco, 39 Am. J. Comp. L. 1991, S. 1 ff.; *Constantinesco*, Rechtsvergleichung Band 1 (1972); *Tschentscher*, JZ 2007, S. 807 ff. Hierzu eingehend auch *Kischel*, Rechtsvergleichung (2015), § 3 Rn. 31 ff.

<sup>12</sup> Vgl. dazu statt vieler nur *Festner*, Interessenkonflikte (2006), S. 16 f., der die funktionale Methode nach *Zweigert/Kötz* geradezu lehrbuchhaft anwendet, jedoch ohne sich ausdrücklich darauf zu beziehen.

Mitunter wird die Methode gar stillschweigend vorausgesetzt und ergibt sich allein aus dem Aufbau der Studie.<sup>13</sup>

Selbst *Zweigert/Kötz* konstatieren, dass die richtige Methode oft nur durch versuchsweises Herantasten in jedem einzelnen Fall herausgefunden werden kann. Gerade bei der Rechtsvergleichung ist Methode nicht in allen Einzelheiten festgelegt, kann allenfalls als Hypothese formuliert werden und sich dann, im Nachhinein, als brauchbar oder unbrauchbar, als praktisch oder unpraktisch herausstellen.<sup>14</sup>

Rechtsvergleichung kennt keine allgemeine, verbindliche oder herrschende Methode. Die hier vorliegende Arbeit verfolgt ein Forschungsziel, welches sich abseits der konventionellen rechtsvergleichenden Erkenntnislinien bewegt, sodass eine kurze Auseinandersetzung mit rechtsvergleichender Methodik erforderlich ist. Die Abgrenzung zu *Zweigert/Kötz* führt zu einer für die vorliegende Arbeit tauglichen Methode einer topisch orientierten rechtskulturvergleichenden Studie.

### C. Funktionalität – Chimäre der Rechtsvergleichung

Die am häufigsten angetroffene Methode im Privatrechtsdiskurs ist die funktionale Rechtsvergleichung, deren Anwendung von europäischen Rechtsvergleichenden geradezu erwartet wird.<sup>15</sup> Funktionale Rechtsvergleichung geht auf *Konrad Zweigert* und *Hein Kötz* zurück, die sich ihrerseits auf *Ernst Rabel* als gedanklichen Vater berufen.<sup>16</sup> Ihre Methode der Rechtsvergleichung erlangte große Aufmerksamkeit und wurde weltweit rezipiert.<sup>17</sup> Obwohl die funktionale Rechtsvergleichung die ganz überwiegend angewandte Methodik für rechtsvergleichende Untersuchungen darstellt, bleibt Kritik nicht aus. Dabei zeigt sich, dass die Methode nach *Zweigert/Kötz* aufschlussreiche Ergebnisse produzieren kann, wo das Herausarbeiten von Gemeinsamkeiten verschiedener Rechtsordnungen im Vordergrund steht. In anderen Fällen stößt die funktionale Rechtsvergleichung aber an ihre Leistungsgrenzen.

---

<sup>13</sup> Vgl. etwa *Kircher*, Sachmängelhaftung beim Warenkauf (1998); *Uhlmann*, Elektronische Verträge (2003).

<sup>14</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (3. Aufl. 1996), S. 32.

<sup>15</sup> Vgl. hierzu *Legrand* in: *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (2003), S. 240 (299).

<sup>16</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (3. Aufl. 1996), S. 61. So auch *Brand*, 32 *Brook. J. Int'l L.* 2007, S. 405 (411); eine kurze Darstellung der Entwicklung findet sich bei *Husa*, 58 *Revue internationale de droit comparé* 2006, S. 1095 (1099 ff.).

<sup>17</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (3. Aufl. 1996). Die erste Auflage wurde 1969/1971 aufgelegt. Übersetzungen liegen mittlerweile u.a. auf Englisch, Italienisch, Japanisch, Russisch und Chinesisch vor.

### I. Funktionale Rechtsvergleichung

Funktionale Rechtsvergleichung ist sachproblemorientiert. Wichtigster Dreh- und Angelpunkt aller rechtsvergleichenden Überlegungen ist ein ganz konkretes Sachproblem.<sup>18</sup> Von diesem Punkt gehen die weiteren Schritte aus. Dahinter steht eine Grundannahme von Ähnlichkeit, eine *praesumptio similitudinis*<sup>19</sup>, die sich in drei Grundthesen zergliedern lässt. Zunächst ist davon auszugehen, dass jede menschliche Gesellschaft im Wesentlichen vor gleichgelagerten Sachproblemen steht. Jedoch werden die verschiedenen Rechtsordnungen der jeweiligen Gesellschaften diese Probleme auf sehr unterschiedliche Weise lösen. Schließlich wird Recht verstanden als Instrument zur Steuerung menschlichen Verhaltens, als Funktion.<sup>20</sup>

Von den drei operativen Prämissen<sup>21</sup> ausgehend wird *Funktionalität* zum methodischen „Grundprinzip der gesamten Rechtsvergleichung“ erklärt. Von diesem „archimedischen Punkt“ aus bestimmen sich alle weiteren methodischen Kategorien: Auswahl und Umfang der zu untersuchenden Rechte, ein inhärentes Bedürfnis zur Systembildung und auch mögliche Ergebnistypen.<sup>22</sup> Dieses frühe Festlegen verlangt aber auch, dass der Rechtsvergleichende bereits die Ausgangsfrage funktional stellen muss, frei von „Systembegriffen der eigenen Rechtsordnung“. Die Betonung liegt deshalb auf dem konkreten *Sachproblem*, rechtliche Kategorien müssen zunächst außen vor bleiben.<sup>23</sup>

Was simpel klingt, erfordert insbesondere vom der Dogmatik verbundenen deutschen Juristen große Anstrengung. Denn oftmals zeigt sich bei genauer Betrachtung eines vermeintlichen Problems, dass das Fehlen einer vergleichbaren Regelung in fremden Rechtsordnungen in Wahrheit einem theorielastigen Vollständigkeitsbedürfnis geschuldet ist, an dem eine wissenschaftlich ausgearbeitete Kodifizierung leidet.<sup>24</sup> Wo auf der einen Seite eine radikale Befreiung bei eigenen dogmatisch-juristischen Vorurteilen gefordert ist, muss auf der anderen Seite „alles, was das Rechtsleben der herangezogenen Ordnung gestaltet oder mitgestaltet“<sup>25</sup>, betrachtet werden. Dies umfasst nicht nur Geset-

---

<sup>18</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (3. Aufl. 1996), S. 33.

<sup>19</sup> Vgl. ausführlich *Zweigert* in: *Inchieste di diritto comparato*, Vol. II (1973), S. 735 (755); aber Erwähnung des Begriffs bereits auch bei *Zweigert* in: *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Vol. I (1960), S. 198 ff.

<sup>20</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (3. Aufl. 1996), S. 33.; dabei finden sich auch Einflüsse rechtsrealistischen Denkens, vgl. hierzu *Brand*, 32 *Brook. J. Int'l L.* 2007, S. 405 (409 f.).

<sup>21</sup> Vgl. zur Unterscheidung von Sach-, logischen und operativen Prämissen eingehend *Gast*, *Juristische Rhetorik* (4. Aufl. 2006), Rn. 167 ff.

<sup>22</sup> *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (3. Aufl. 1996), S. 33.

<sup>23</sup> *Kischel*, *Rechtsvergleichung* (2015), § 3 Rn. 3.

<sup>24</sup> *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung* (3. Aufl. 1996), S. 34.

<sup>25</sup> *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung* (3. Aufl. 1996), S. 34.

# Sachregister

- Critical Legal Studies, 5, 191 ff., 205 ff.
- Digitalwirtschaft, 1 ff., 214 ff., 219 ff., 296 ff.
- Frank, Jerome
  - Courts on Trial, 131 ff.
  - Frühstück, 78, 151 f.
  - Law and the Modern Mind, 117 ff.
  - Recht als Summe von Einzelentscheidungen, 123 ff.
  - Reformvorschläge, 134 ff.
  - Sigmund Freud, 42, 118 f., 145
  - What Courts do in Fact, 125 ff.
- Freirechtsschule, 74, 156 ff., 172 ff., 205 ff.
- Holmes, Oliver Wendell Jr.
  - Bad-man Theory of Law, 43 ff., 53 ff.
  - Common Law, Einleitung, 40 ff.
  - Lochner v. New York, 46 ff.
  - Path of the Law, 43 ff.
  - Prädiktive Rechtstheorie, 53 ff.
  - Sozialdarwinismus, 49 ff.
- Interessenjurisprudenz, 71, 156 ff.
- Law and Economics, 5, 194 ff., 205, 209, 297
- Legal Process School, 189 f., 205
- Llewellyn, Karl N.
  - A Realistic Jurisprudence, 67 ff.
  - Bedeutung und Stellenwert von Normen, 64 f., 72 f., 91 ff.
  - Bramble Bush, 60 ff.
  - Instrumentelles Rechtsverständnis, 70 f., 79 f.
  - Some Realism about Realism, 74 ff.
  - Stability in Change, 106 ff.
  - Theory of Rules, 86 ff.
- Pragmatismus, 2, 23 ff., 51 f., 155, 174 f., 195, 203.
- Quietismus, normativer, 5, 154 f., 187 f., 207
- Rechtsrealismus
  - Rechtshistorisches Phänomen, 166 ff., 189 ff.
  - Kernthesen, 82 ff., 148 ff.
  - Legal Indeterminacy, 149 ff.
  - Legal Realism Untamed, 199 f.
  - Naturalized Jurisprudence, 197 ff.
  - Rationalisierung ex post, 82 f., 150 f.
  - Rethinking Legal Realism, 200 ff.
  - Schule, 78 f.
  - Ursprünge, 38 ff., 67 ff.
- Rechtsvergleich
  - Comparative Jurisprudence, 18 ff.
  - Funktionale, 9 ff.
  - Rechtskulturvergleich, 15 ff.
  - Ursprünge, 7 f.
  - und Rechtsideenlehre, 17 ff.
- Regelskeptizismus
  - des Rechtsanwalts, 104 f.
  - des Richters, 102 f.
  - Faktenskeptizismus, 131 ff., 144 ff., 150
  - konzeptioneller, 181 ff.
- Shrinkwrap-Verträge
  - ProCD I und II, 229 ff.
  - Rechtsrealistische Aspekte, 252 ff.
  - Ursprung, 223 ff.
  - Vertragskonstrukte in Deutschland, 238 ff.

## Uber

- BGH Uber Black II, 287 f.
- Elite Taxi v. Uber Spain, 286 f.
- Plattformökonomie, 261 ff.
- Rechtsrealistische Aspekte, 290 ff.
- UberBlack, 257, 270 ff.
- UberPool, 280 f.
- UberPop, 266 ff.
- UberX, 276 ff.
- Vermittler oder Beförderer, 282 ff.