

Stephan Vesco

Die Erfindung der ökonomischen Rechtswissenschaft

Eine kritische Rekonstruktion
von Jhering zu Posner

312 Seiten · broschiert · € 39,90
ISBN978-3-95832-274-5

© Velbrück Wissenschaft 2021

I Einleitung: Überblick über die maßgeblichen Thesen

Die vorliegende Arbeit hat die »Erfindung« der ökonomischen Rechtswissenschaft zum Thema. Sie hat den Anspruch, diese genealogisch im Privatrechtsdenken selbst nachzuzeichnen. Im Fahrwasser der amerikanischen *law & economics* gibt es mittlerweile auch im deutschsprachigen Raum einige durchaus gelungene Monografien zur ökonomischen Rechtswissenschaft, welche teilweise auch ihre historischen Grundlagen miteinbeziehen.¹ Mir ist aber keine Arbeit bekannt, die den Ursprungspunkt der Ökonomisierung im modernen Privatrechtsdenken selbst nachzuzeichnen und diese von dort aus nach ihren normativen Ansprüchen und Spannungsproblemen zu entwickeln versucht. Damit ist, freilich in noch sehr abstrakter Weise, der

1 Vgl. etwa Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip* oder Mathis, *Effizienz statt Gerechtigkeit?* Der Rekurs auf die historischen Grundlagen steht bei Letzterem stärker im Vordergrund.

Genuinitätsanspruch des vorliegenden Buches bezeichnet. Er bedarf der weiteren Begründung sowie der Klärung der hier maßgeblichen Begriffe und Intentionen.

»Erfindung« meint hier einen in/auf mehreren Stufen erfolgenden Wandel, der das Privatrecht von begrifflicher Rationalität und dem Freiheits- und Gleichheitspostulat zur ökonomischen Effizienzlogik führt. Das Privatrecht wird dabei, so meine These, *für sich*, was es *an sich* gewesen ist.² In der Zeit Savignys mag die von Kant und Locke inspirierte autonome Privatrechtswissenschaft noch auf die Errichtung einer staatsfreien Sphäre zwischen Freien und Gleichen gezielt und somit als Grundrechtsäquivalent fungiert haben.³ Aber auch sie war bereits mit wirtschaftlichen Zwecksetzungen, mit der Erfüllung der Bedürfnisse des »Lebens« und des ökonomischen Verkehrs, wie es beim zunächst noch rechtsbegrifflich denkenden Jhering heißt,⁴ verwoben. Diese kommen über die hier weiter verfolgten Entwicklungsstufen beim »nachbegrifflichen« Jhering ab den 1860er Jahren, bei Hayek und dann bei *law & economics* zusehends klarer und schließlich als die entscheidenden zur Geltung. Sie führen das Privatrecht zu wirtschaftlicher Effizienz und Maximierung als seinem eigentlichen Kerngehalt.

Mit diesem Wandel des Privatrechts hängt freilich auch ein historischer Prozess zusammen, in dem die *Ökonomie* ihre gesellschaftliche Gestaltungskraft intensiviert und eine *unzweifelhafte Führungsrolle* erlangt. Dieser Prozess setzt in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts mit einer Epoche beispiellosen Wirtschaftswachstums ein, die oft als »Blütezeit«⁵ des Kapitalismus schlechthin bezeichnet wird (die »Gründerzeit«

- 2 Diese hegelianische Formulierung der rekonstruktiven Ausrichtung meines Projekts verdanke ich einer Bemerkung von Alexander Somek.
- 3 Vgl. Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 208.
- 4 Vgl. Jhering, *Geist*, III (1. Aufl.), 33, 70.
- 5 Hobsbawm datiert die »Blütezeit« des Kapitals auf die Jahre 1848–1873 (vgl. ders., *Die Blütezeit des Kapitals 1848–1873*). 1848 ereignete sich die letzte allgemeine Revolution im Westen, ab ca. 1850 begann die neue Welt der Konjunkturzyklen und des exponentiellen Wirtschaftswachstums (vgl. ebd., 45 ff.). 1873 kam es zum Börsenkrach in Wien, der sich über die Länder der damals industrialisierenden Welt ausbreitete. Die Zeit in den Folgejahren wurde zunächst als »Große Depression« bezeichnet, was allerdings nicht den Tatsachen entspricht und in der Folgezeit auch wieder zurückgenommen (und für die Zeit der 1930er Jahre reserviert) wurde. Denn die Wirtschaft erholte sich vor allem in Deutschland, wo die Industrialisierung gerade erst begonnen hatte, bereits ab 1877 rasch. Diese »Gesundung« beschleunigte sich in den 1890er Jahren durch die Entwicklungen in der Elektroindustrie (vgl. Dobb, *Entwicklung des Kapitalismus*, 310 f.). In den USA waren die »Erweiterung der Grenzen«, welche Möglichkeiten

in Deutschland und Österreich-Ungarn,⁶ aber auch das »gilded age« in den USA). In ihr ereignen sich nicht nur die ersten Weltausstellungen, die großen Ingenieurbauten und Erfindungen, sondern auch die Ökonomie beginnt sich als selbstständige, um die Paradigmen der Effizienz und Maximierung gebaute und technisch-mathematisch ausformulierte Wissenschaft zu etablieren. Durch den marginalen Utilitarismus bzw. die Grenznutzenschule⁷ erfährt sie entscheidende Prägungen.⁸ Eben diesen *Niederschlag jener ökonomischen Intensivierung und Führungserlangung*⁹ in der theoretischen Konzeptualisierung von Privatrecht nach-

für Investitionen und Märkte bot, sowie eine durch Einwanderung und Bevölkerungswachstum große Arbeitsreserve, aber auch der Eisenbahnbau und sonstige Entwicklungen der Technik und Ingenieurskunst maßgebliche Faktoren für ein nachhaltiges, je nur kurz unterbrochenes Wachstum (vgl. Dobb, *Entwicklung des Kapitalismus*, 311; zum »gilded age« [ca. 1870 bis 1900] und der dort vorherrschenden Begeisterung für die »Wunderwerke« der Ingenieurskunst und die Idee des physikalischen Gleichgewichts, vgl. auch Hovenkamp, *The Opening of American Law. Neoclassical Legal Thought, 1870–1970*, 30 f.). Entsprechend wird mit »Blütezeit« hier der ganze Zeitraum der insgesamt von hohen Wachstumsraten und technischen Entwicklungen geprägten zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und noch des frühen 20. Jahrhunderts verstanden (die freilich schwierige Bestimmung eines Endpunkts könnte man mit dem Beginn des Ersten Weltkriegs vornehmen, als Zeitenwende, die schließlich in die erste wirkliche »große« Depression der 1930er führt; der von Hobsbawm unterschiedene Zeitraum des »imperialen Zeitalters« (vgl. Hobsbawm, *Das imperiale Zeitalter, 1875–1914*) würde dann noch in die »Blütezeit« miteingerechnet).

- 6 Zum »pulsierenden« Charakter Wiens während des Aufenthalts Jherings zwischen 1868 bis 1872 vgl. Kunze, *Rudolf von Jhering – ein Lebensbild*, 18.
- 7 Die von Jevons (vgl. ders., *Theory of Political Economy*, siehe dort insb. das 2. Kapitel, »Theory of Pleasure and Pain«, 28 ff. und das 3. Kapitel, »Theory of Utility«, 37 ff.), Menger (vgl. ders., *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre*, siehe dort insb. das 3. Kapitel, »Die Lehre vom Werthe«, 77 ff.), Walras (vgl. ders., *Elements of Pure Economics* [frz. Originaltitel: *Éléments d'économie politique pure*], siehe dort insb. das 8. Kapitel, »Utility Curves or Want Curves. The Theorem of Maximum Utility of Commodities«, 115 ff. und das 36. Kapitel, »The Marginal Productivity Theorem. Expanding Output. The Law of General Movements in a Progressive Economy«, 382 ff. sowie die Folgekapitel) und anderen begründet wurde.
- 8 Vgl. etwa Hovenkamp, *The Opening of American Law*, 34 f., 77 f.
- 9 Vgl. auch die These eines als »Revolution der Neuzeit« bezeichneten Führungswechsels von Politik auf Wirtschaft bei Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, 32. Dieser würde die Demokratisierung der Politik und die volle Positivierung des Rechts erst möglich machen, indem er strukturierende Problemvorgaben von außerhalb des politischen Systems generiert (vgl.

zuverfolgen, ist wesentlicher Gehalt des rekonstruktiven Anspruchs der vorliegenden Abhandlung.

Daran angeschlossen ist allerdings ein kritischer Anspruch. Jede hier charakterisierte Stufe postuliert nämlich, die Freiheits- und Gleichheitsideale mit dem wirtschaftlichen Imperativ versöhnen, ja gerade durch diesen am besten bedienen zu können. Die Uneinlösbarkeit dieses Postulats wird durch Herausstellung seiner Spannungen und Widersprüche immer wieder aufzuweisen sein. Verbunden mit dieser Kritik ist auch eine Herausarbeitung der politischen Natur des Privatrechts, welche die Gesellschaft normativ auf bestimmte Ziele hin gestaltet. Dies ist auch anhand dessen zu zeigen, dass die normativen Ziele selbst innerhalb des ökonomischen Rechtsdenkens zwischen je unterschiedlichen Bestimmungen von Effizienz changieren.

Was die Auswahl der hier charakterisierten Stufen betrifft, so hängt diese zum einen mit den in ihren Texten mitunter explizit miteinander kommunizierenden Autoren zusammen.¹⁰ Vor allem rührt sie aber daher, dass sie jeweils Positionen im dialektischen Prozess der Ökonomisierung von Privatrechtswissenschaft markieren, in dem die Wirtschaftlichkeit des Rechts zunächst unbestimmt von außen herangetragen (Jhering), dann wieder als dem dogmatischen Gewohnheitsrecht inhärent reklamiert (Hayek) und schließlich selbst als neue Dogmatik reformuliert wird (Posner als Vertreter von *law & economics*). Freilich kann diese Studie nicht beanspruchen, eine global einheitliche Entwicklung darzustellen, was ja schon an den Unterschieden zwischen der angelsächsischen und kontinentaleuropäischen Tradition scheitern müsste. Tatsächlich aber ist auch der Verlauf des Bogens dieser Studie von Deutschland

ebd., 32, 150). Dem Markt- und Geldmechanismus komme deshalb die nunmehrige Führungsrolle zu, weil er am ehesten in der Lage sei, sehr hohe Komplexität zu erhalten (vgl. ebd., 149 f., Fn. 78). An anderer Stelle spricht Luhmann gar von einer »Usurpierung« der Gesellschaft durch ein Teilsystem als notwendiger Voraussetzung für den gesellschaftlichen Evolutionsprozess (vgl. ders., *Rechtssoziologie*, 244). Tatsächlich ist es erst der »späte« Luhmann, welcher, durch Vollzug des Paradigmenwechsels vom Konzept der Umweltoffenheit zum Konzept der Selbstreferenz (vgl. ders., *Rechtssoziologie*, Vorwort zur 2. Auflage), eine radikalisierte Autonomiekonzeption gleichrangiger Systeme entwirft und damit das zunächst vertretene Primat der Wirtschaft (vgl. ders., *Ausdifferenzierung des Rechts*, 150) verabschiedet (zum neuen Konzept des Ökonomischen als eines Subsystems unter anderen vgl. ders., *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 9, 11). Interessant ist und noch aufzugreifen sein wird freilich, dass sich die Denkentwicklung Luhmanns damit genau umgekehrt zur bei Jhering und über diese Studie beobachteten Verstärkung des Führungswechsels und zur Zunahme der Heteronomie bzw. Allopoiese des Rechts verhält. Vgl. unten, 2.2.6.3.3.

¹⁰ Siehe gleich unten.

(und Österreich) in die USA nicht zufällig, sondern folgt der Verlagerung der akademischen Wissensproduktionszentren. Wie Jhering die amerikanische Jurisprudenz wesentlich mitbeeinflusst hat,¹¹ so wirkt nun *law & economics* zurück auf die europäische Rechtswissenschaft,¹² freilich ohne dass hierzulande, zumal in Österreich, ein Ersatz der alten Rechtsdogmatik schon absehbar wäre.

Wenn man zur Darstellung des hier thematisierten Wandels im Privatrechtsdenken nun nach diesem inhärenten Beschreibungskriterien sucht, so bietet sich im Anschluss an Kantorowicz zunächst das von diesem für die Geschichte der Rechtswissenschaften überhaupt für maßgeblich erachtete Gegensatzpaar von *Formalismus* und *Finalismus* an.¹³ Das Pendel der Rechtswissenschaft würde seit dem alten Rom, so Kantorowicz, in geschichtlichen Abschnitten zwischen diesen Polen hin und her schlagen.¹⁴ Nach großen Epochen des Finalismus in der Scholastik und im Rationalismus habe niemand anderes als Jhering nach Verabschiedung des zunächst vertretenen Formalismus die dritte und neueste Form des Finalismus eingeläutet.¹⁵ Interessant ist auch Kantorowicz' Beobachtung, dass die jüngere Historische Schule¹⁶ gerade als Gemenge von formalistischen und finalistischen Elementen zu begreifen sei,¹⁷ die Jhering dann erst mit seinem späten, zweckorientierten Rechtsmodell (zugunsten letzterer) unterschieden hätte.¹⁸

Die hier untersuchte Ökonomisierung des Privatrechtsdenkens lässt sich daran anknüpfend durchaus als Zusammenspiel zweier Elemente

¹¹ Vgl. in beispielhafter Weise etwa den maßgeblichen Bezug Cohens in seinem für den amerikanischen *legal realism* klassischen Beitrag »Transcendental Nonsense and the Functional Approach« auf Jherings Abrechnung mit dem begrifflichen Rechtsdenken in *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (siehe Cohen, »Transcendental Nonsense and the Functional Approach«, 809; vgl. Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, dort die dritte Abteilung, »Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild«, 245–333).

¹² Vgl. etwa Mathis, *Law and Economics in Europe*.

¹³ Vgl. Kantorowicz, »Die Epochen der Rechtswissenschaft«.

¹⁴ Vgl. Kantorowicz, »Die Epochen der Rechtswissenschaft«, 1.

¹⁵ Vgl. Kantorowicz, »Die Epochen der Rechtswissenschaft«, 14.

¹⁶ Kantorowicz meint hiermit in erster Linie die von Jhering maßgeblich in seinem Beitrag »Unsere Aufgabe« (1857) charakterisierte Konstruktionsjurisprudenz, welche gerade über ein besonders »freies« und »produktives« Handhaben der Rechtsdogmatik die Bedürfnisse der wirtschaftlichen Praxis befriedigen zu können vermeinte. Allerdings war dieses »produktive« Verständnis von Jurisprudenz auch bereits bei Savigny, in der »älteren« Historischen Schule zugrunde gelegt und durch Jhering von dort schon in den 1840er Jahren direkt rezipiert worden (vgl. unten, 2.2.1).

¹⁷ Vgl. Kantorowicz, »Die Epochen der Rechtswissenschaft«, 13.

¹⁸ Vgl. Kantorowicz, »Die Epochen der Rechtswissenschaft«, 14.

beschreiben. Allerdings wird hier zum einen ein Charakteristikum des formalistischen Elements in der Autonomie bzw. *Selbstbestimmtheit* des Rechts gesehen, welche verschiedentlich negiert oder auch auf andere Instanzen übertragen werden kann. Zum anderen wird das finalistische Element (hier im Wesentlichen synonym als *Teleologie* bezeichnet) so begriffen, dass es selbst auch einen formalen bzw. dogmatischen Charakter annehmen kann. So ist der hier rekonstruierte Gegensatz nicht nur einer zwischen (rechtlichem) Formalismus und (wirtschaftlichem) Finalismus, sondern auch zwischen rechtlichem und ökonomischem Formalismus, wie sich in der Hinführung zu *law & economics* zeigen wird.

Der Verlauf der nach diesen Charakteristika vorzunehmenden Rekonstruktion im Wandel des Privatrechtsdenkens kann in den folgenden Linien vorgezeichnet werden.

In seiner »ersten Phase« ist es Jhering selbst, der dem Recht die *Selbstbestimmtheit* und die *Teleologie* als wesentliche Eigenschaften zuschreibt. Selbstbestimmtheit ist hier die *Autonomie* des Rechts und seiner Begriffe, mit welcher der liberalen Gesellschaftskonzeption autonomer Sphären vorgedacht ist. Diese selbstbestimmte Bewegung des Rechts ist weiterhin *teleologisch* gedacht, und zwar sowohl in Bezug auf das Recht selbst, insofern jeder neu entwickelte Begriff als Aktualisierung eines bereits im Recht inhärenten Potenzials gedacht wird, als auch in Bezug auf die externen Wirkungen, insofern der Rechtsentwicklung eine Art Intentionalität für die bestmögliche Realisierung individueller und gesellschaftlicher Bedürfnisse, im Wesentlichen privater Willkürfreiheit und wirtschaftlicher Gedeihlichkeit, zugedacht wird.¹⁹ Der normative Zielanspruch dieses Rechtsmodells besteht ausschließlich in der Entfaltung der rechtlichen Begriffe selbst und der ihnen inhärenten Zweckgehalte. Dieses formalistisch verstandene Privatrecht wurde jüngst durch den kanadischen Rechtswissenschaftler Ernest Weinrib revitalisiert, wobei er genau dessen Autonomie und ausschließliche Zweckausrichtung auf die Hervorbringung der eigenen begrifflichen Formen als die entscheidenden Merkmale hervorhebt,²⁰ und steht aktuell im Zentrum transatlantischer Debatten.²¹

19 Dieses Rechtsmodell entwickelt Jhering vor allem im zweiten Teil seines *Geists des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, siehe *Geist*, II/I und *Geist*, II/II; vgl. dazu unten, 2.2.

20 Vgl. Weinrib, *The Idea of Private Law*. Siehe dazu unten, 2.2.5.6.

21 Ein weiterer, ebenfalls in Kanada lehrender Vertreter dieses »Privatrechtsidealismus« neuerer Schule ist Arthur Ripstein, vgl. etwa zuletzt erschienen ders., *Private Wrongs* (vgl. kritisch dazu Gardner, »Private Authority in Ripstein's *Private Wrongs*«, 52 ff.). In seiner erst 2015 erschienenen Habilitationsschrift hat Rödl nicht nur eine Darstellung von Weinribs und Ripsteins Hauptthesen unternommen, sondern auch versucht, unter Berücksichtigung

Genau dieses Modell (*I.I.*) wird allerdings bereits bei Jhering in einer Art Krisenerfahrung aufgegeben,²² was eben mit der Intensivierung und unzweifelhaften Dominanzerlangung des Ökonomischen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts erklärt werden kann. Dabei ist festzustellen, dass von den erwähnten Eigenschaften der Selbstbestimmung und Teleologie je eine zugunsten der anderen aufgegeben wird. In eben dieser Aufspaltung, so meine These, zeigt sich das Vorwärtsdrängen und die Primatbeanspruchung des Ökonomischen über ein einflussreiches System unter anderen hinaus. Einem Modell, das auf *reine Stabilisierung* und Rettung der Selbstbewegung unter Absehung von äußerlichen Zwecken ausgerichtet ist, nämlich dem Kreislaufmodell aus dem *Kampfs ums Recht (I.II.)*,²³ steht ein durchaus klassisch *utilitaristisches* entgegen (*I.III.*),²⁴ das die rechtliche Form der reinen Teleologie der gesellschaftlichen Wohlfahrt opfert.

Am Ausgang bei Jhering ist damit festzustellen, dass mit der rechtlichen Form auch die Willkürfreiheit und die von ihr gewährleisteten Freiheitssphären eliminiert werden.

Dagegen möchte sich der nach dem 2. Weltkrieg entwickelte neoliberale Ansatz wenden, wie er beispielhaft von Hayek vertreten wird. Wenn die expliziten Bezugnahmen Hayeks zu Jhering auch spärlich sind,²⁵ so begreift sich dieser Ansatz ausdrücklich als Kritik an rationalistischen, kollektivistischen und utilitaristischen Gesellschaftsmodellen. Er hält diesen gleichermaßen vor, dass in ihnen kein Platz für die individuelle Selbstbestimmung sei, ja der Kollektivismus egal welcher Prägung immer schon auf den Weg in

der Debatten in Deutschland, deren dortige Rezeption einzuleiten, vgl. Rödl, *Gerechtigkeit unter freien Gleichen* (siehe dazu auch die durchaus kritischen Besprechungen von Kähler, »Pluralismus und Monismus in der normativen Rekonstruktion des Privatrechts«, 118–136; Arnold, »Freiheit, ausgleichende Gerechtigkeit und die Zwecke des Privatrechts«, 137–150; Lomfeld, »Der Mythos vom unpolitischen Privatrecht«, 151–169 sowie Zumbansen, »Wessen Herzschlag höre ich da?«, 170–177). Eine affirmative Verarbeitung der Thesen kommt zudem von den in Israel lehrenden Hanach Dagan und Avihay Dorfman vgl. etwa Dagan/Dorfman, »Just Relationships«, 1395 ff.

22 Anlassfall ist ein Gutachten zu einem handelsrechtlichen Rechtsfall, mit dem Jhering beauftragt wurde und den er begriffslogisch nicht zufriedenstellend zu lösen vermochte, vgl. am Schluss dieser Einleitung.

23 Welches wesentlich in Jherings so betiteltem Vortrag verortet wird. Siehe dazu unten, 2.3.

24 Welches Jhering in seinem zweibändigen Spätwerk *Der Zweck im Recht entwickelt*, siehe dazu unten, 2.4.

25 Vgl. aber etwa Hayek, »Rechtsordnung und Handlungsordnung«, 58 f., dort vor allem Fn. 33 auf S. 59; Hayek, *Die Verfassung der Freiheit*, Fn. 25 auf S. 306 mit Verweis auf Jhering, *Zweck*, I, 421 f.; vgl. zudem ebd., 301; siehe auch ders., »Rechtsordnung und Handlungsordnung«, Fn. 49 auf S. 70.

die Knechtschaft und Diktatur führe (entsprechend programmatisch ist der Titel seines Buches: *The Road to Serfdom*). Hayeks Rechtstheorie, die ich als *Model II*.²⁶ untersucht habe, lässt sich genau als Versuch der Versöhnung von individueller Selbstbestimmung mit wirtschaftlicher Maximierung rekonstruieren, eben indem beide in der Form privatrechtlicher Tauschverträge und der entsprechenden Verhaltensregeln verklammert sind.

Hayek scheint dabei zu Jherings erstem Modell, dem begrifflichen Formalismus, und zwar im Sinne eines Systems privatrechtlicher Verhaltensregeln, zurückzukehren. Allerdings findet dabei eine Aufspaltung in mehrere Ebenen statt. Die *Dogmatik* bestimmt sich hier nicht länger aus sich selbst heraus, sondern wird als *durch* eine (darüberliegende) *evolutionäre Kraft bestimmt* begriffen. Sie bewahrt dabei zwar einen *teleologischen Gehalt*, der aber auf eine einzige, außerhalb des Rechts selbst liegende normative Zwecksetzung reduziert wird, nämlich die angebliche (sich vor allem wirtschaftlich zeigende) *Selbstbestimmung des Individuums*. Durch die Wahrnehmung der Letzteren und die sich dadurch aktualisierenden Marktprozesse trägt das Individuum umgekehrt zur Stabilisierung der Ordnung bei.²⁷ Mein Versuch ist es nun, und zwar unter Rekurs auf die Wurzeln des hayekschen Modells im schottischen Liberalismus, zu zeigen, wie auch diese Modifikation an ihren eigenen Ansprüchen scheitert, weil im hayekschen Modell tatsächlich die Ausrichtung auf die Reproduktion der etablierten Rechts- und Wirtschaftsordnung sowie die *Generierung von Wirtschaftswachstum* die *maßgebliche* ist. Insofern *kippt* meines Erachtens auch die liberal gerechtfertigte Dogmatik Hayeks letztendlich *in eine Art Utilitarismus*. Es ist allerdings nicht mehr der klassische Utilitarismus Jherings, sondern jener, der bereits das Kriterium der Messbarkeit und Vergleichbarkeit von Nutzwerten aufgegeben hat, und zwar zugunsten einer sich bloß je subjektiv zeitigenden und in Tauschvorgängen äußernden wirtschaftlichen Bewertung, deren angezielte *Maximierung* eben dann erreicht ist, *wenn alle je individuell gewünschten Tauschvorgänge getätigt* wurden. Es ist der Utilitarismus in der Fassung der *Paretoeffizienz*,²⁸

26 Die umfassendste Darstellung einer Rechtstheorie hat Hayek im ursprünglich in drei Teilen erschienenen *Recht, Gesetz und Freiheit* vorgenommen. Es ist aber Anspruch meiner Studie bzw. des Kapitels zu Hayek, dessen Rechtskonzeption möglichst aus seinem Gesamtwerk und dessen verschiedenen (auch Evolutionstheorie und Psychologie enthaltenden) Versatzstücken zu rekonstruieren. Siehe dazu unten, 3.

27 In anderen Worten könnte man das so ausdrücken, dass die Menschen nach einer *latenten*, ihnen selbst fremd bleibenden Teleologie handeln bzw. durch ihr Eigenhandeln *funktionell* die gesellschaftliche Harmonie und das wirtschaftliche Wohlgedeihen bewirken.

28 Paretoeffizienz, in der kürzest möglichen Definition, beurteilt jede Veränderung, die jemanden besser stellt, *ohne jemand anderen schlechter zu stellen*, als ökonomische Verbesserung (vgl. Mathis, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*,

der sich bei Hayek noch unter einem selbstbestimmt-liberalen Antlitz versteckt.

Die in den 1960er Jahren entstehenden *law & economics* explizieren und formulieren schließlich das bereits bei Hayek qua Rechtsdogmatik angelegte Effizienzdenken in ökonomischen Termini aus (*Modell III*).²⁹ Damit wendet sich diese Schule aber auch explizit gegen Hayeks Versuch einer Revitalisierung des Liberalismus³⁰ und kehrt letztendlich zum utilitaristischen Modifikationsversuch Jherings zurück.³¹ Mit der ökonomischen Ausformulierung des Privatrechts geschieht gleichermaßen das endgültige Zurücklassen der alten Rechtsdogmatik wie auch des Tauschprinzips. Beide gelangen nun wirklich in den prüfenden Blick ökonomischer Effizienz und können ihm nicht standhalten. Insofern hat Posner recht, wenn er schreibt, dass das Tauschprinzip und die freie Zustimmung nur die operationale, aber nicht die theoretische Basis der *Paretoeffizienz* sind.³² Sobald sich ein anderes, für die ökonomische Maximierung besseres Prinzip findet, ist die Grundierung in Tauschvorgängen hinfällig. Dieses Prinzip stellt das *Kaldor/Hicks-Kriterium* dar. Diesem entsprechend gilt eine Maßnahme dann als effizienzsteigernd, wenn sie zwar monetäre Nachteile für gewisse Personen hat, aber die *Möglichkeit* bestünde, diese

49). Als solche kann sie aber insofern eng mit den Bedingungen eines idealen Marktes verknüpft werden (und wird sie tatsächlich), als angenommen wird, dass »freie« Tauschverträge zu einer Verbesserung der Position der Tauschenden führen würden (ansonsten würden diese den Tauschvertrag ja nicht eingehen), ohne dass sich dadurch die Position der anderen verschlechtern würde, vgl. ebd., 51. Dazu und den damit verbundenen problematischen Implikationen siehe unten, 4.2.2.2.2, dort den Unterabschnitt: Verknüpfung mit den Bedingungen eines idealen Marktes.

29 Das heißt im Endergebnis in jenen des Kaldor/Hicks-Kriteriums bzw. der Reichtumsmaximierung. Das Recht soll nun explizit und ausschließlich nach diesen erklärt und gestaltet werden. Die Hauptreferenz hier sind Richard Posners Ansätze. Siehe dazu gleich im Fließtext und unten, 4.

30 Bei Posner u. a. explizit deshalb, weil er das Ermessen der Richter durch die strikte Bindung an das Gewohnheitsrecht und seine überlieferten Begrifflichkeiten zu stark einschränke und daher die Vornahme einer eigenen (richterlichen oder gesetzgeberischen) ökonomischen Analyse nicht zulasse, vgl. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, 60; ders., *Law, Pragmatism and Democracy*, 280.

31 Insofern sie die ökonomische »Bearbeitung« und Durchbrechung rechtsbegrifflicher Formen und damit verbundener privatautonomer Schutz zonen zur Maximierung eines Gesamtwerts ermöglicht. Dies tut sie im Wesentlichen qua Anwendung des Kaldor/Hicks-Kriteriums, vgl. Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought*, 161 f; siehe auch gleich im Fließtext.

32 Vgl. Posner, »The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication«, 490.

zu entschädigen, und nach der Entschädigung noch ein Restvorteil übrig bliebe. Die *tatsächliche* Entschädigung ist keinesfalls erforderlich.³³

Wie verhält sich dieses Rechtsmodell nun zu den ursprünglichen Kriterien Jherings? Lässt es sich überhaupt durch diese beschreiben? Allerdings, denn zum einen ist es in seiner Ausrichtung auf die *Reichtumsmaximierung* klar *teleologisch*. Zum anderen ist es auch selbstbestimmt. Die Instanz, welche sich *selbst bestimmt*, ist nur nicht länger das Recht, sondern *die Ökonomie*. Bei Jhering und Hayek nimmt die Dogmatik die Impulse der sich intensivierenden ökonomischen Vorherrschaft noch als externe auf und versucht, sie in interne Modifikationen zu übertragen. Bei *law & economics* bzw. Posner *internalisiert* das *Recht* diese Impulse hingegen in sich selbst und macht sie, eben als *wirtschaftliche Effizienz* im Sinne des Kaldor/Hicks-Kriteriums, zu seinem eigenen »Geist« bzw. normativen Inhalt. Dadurch kann es wieder die abstrakten Kriterien der Dogmatik annehmen und die Rekalibrierung des Privatrechtsdenkens seit der »Krise« Jherings kommt zum Abschluss. Auch dieses ökonomische Denken operiert formalistisch. Das Effizienzstreben ist keine empirische Annahme, sondern ein kontrafaktisches Prinzip, das konsequent durchgehalten wird.³⁴ Im Unterschied zur rechtsformalen Dogmatik duldet dieses Denken allerdings keine autonomen Systeme neben sich, sondern ist umfassendes Erklärungsprinzip.

Damit zeigt sich auch der tatsächliche Charakter der Kriterien von *Selbstbestimmung und Teleologie*. Sie sind *dem Recht und der Ökonomie jeweils selbst zugeordnet*, sie sind es, die sich jeweils selbst bestimmen und auf die Verfolgung ihnen inhärenter Zwecke ausgelegt sind. Die *Selbstbestimmung der Individuen* spielt eine lediglich *nachgereichte, instrumentelle* Rolle. Auch ist, in der hier untersuchten Entwicklung von Rechtsmodellen, *gegenüber der Selbstbestimmung insgesamt das teleologische Moment* als das *letztendlich entscheidende* auszuweisen. Die erstere hat durchaus liberale Implikationen in Jherings autonomem Rechtsmodell, insofern es einen Vorläufer des komplexen Liberalismus von Luhmanns Gesellschaftstheorie selbstständiger (autopoietischer) Subsysteme³⁵ darstellt,³⁶ oder Explikationen, insofern Hayek in der Anknüpfung am »klassischen« Liberalismus³⁷ die politische Zurückhaltung mit individueller

33 Vgl. Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 51.

34 Vgl. unten, 4.2.2.1.1.

35 Vgl. Luhmann, *Soziale Systeme*.

36 Als solche wird die Systemtheorie hier jedenfalls von mir, quasi mit der Brille Walzers (vgl. ders., *Sphären der Gerechtigkeit*), verstanden, wengleich Luhmann selbst mit dieser Zuschreibung freilich seine Probleme hätte, weil sie für ihn wohl die Beschreibung der Systemtheorie aus der politischen Teilerperspektive in ihrer Semantik bedeuten würde. Siehe auch unten, 2.2.5.4 sowie die Fn. 168.

37 Vgl. nur Hayek, »Liberalismus«.

Freiheit zu verbinden beansprucht. Die Teleologie als Wesensmerkmal des Rechts steht hingegen bereits *ex definitione* (wegen seines Konsequentialismus) dem Utilitarismus nahe. Und jener ist es, welcher spätestens bei *law & economics* als das eigentlich Entscheidende auszuweisen ist und von dort aus bereits in den Vorstufen der Rekonstruktion sichtbar wird. Die drei Stufen der Rekonstruktion lassen sich letztendlich als drei Ausprägungen des Utilitarismus fassen: (1) Jherings Modell bzw. seine Zweckkonzeption als klassischer, auf die Gesamtmaximierung gesellschaftlichen Nutzens abzielender, Utilitarismus, (2) Hayeks Modell als rechtsimmanent argumentierende »Vorwegnahme«³⁸ der Paretoeffizienz, (3) *law & economics* als um das Kaldor/Hicks-Kriterium bzw. die Reichtumsmaximierung gebaute ökonomische Dogmatik. Entgegen den egalitären Gehalten von begrifflicher Rationalität, Selbstbestimmung und Liberalismus kommt ein in Wahrheit nicht- bis antiegalitäres Modell der wirtschaftlichen Maximierung zum Vorschein. Die Kurzschaltung der Zweckverfolgung mit ökonomischem Kalkül ist dabei freilich nicht mein eigenes Postulat, sondern Resultat der beobachteten Entwicklung im formalen Rechtsdenken, über die andere mögliche Zweckverfolgungen ausgeschieden werden. Dass damit letztendlich einem Verständnis von Recht als Macht Vorschub geleistet wird, hat Mestmäcker wiederum in Anschluss an Hayek gegen Posner vorgebracht.³⁹

Die Herausarbeitung des systematischen Zusammenhangs zwischen dem privatrechtlichen Formalismus und dem Utilitarismus von *law & economics* läuft wie erwähnt auch auf die These hinaus, dass Letztere das Privatrecht auf eine Weise konsequent zu Ende denken. Es gibt seit der »Krise« Jherings freilich andere Versuche einer systematischen Rekonzeptualisierung des Rechts, die sich aber größtenteils kritisch gegen die und außerhalb der privatrechtlichen Dogmatik situieren und von klassisch marxistischen Ansätzen⁴⁰ bis zu den dekonstruktiv geschulten *critical*

38 Die später als »Paretokriterium« bekannt gewordene Effizienzbestimmung Vilfredo Paretos (vgl. Pareto, *The Mind and Society*, IV, sec. 2127–2129, S. 1465–1467) stammt freilich schon aus den 1910er Jahren (die Übersetzung der erwähnten Schrift aus den 1930er Jahren). Für die Rechtstheorie erlangte sie indessen erst mit *law & economics* eine explizite Bedeutung. Hayek schließt zwar einerseits die Berücksichtigung von *bestimmten* Kriterien wirtschaftlicher Effizienz für das Recht aus, wie und weil er eine durch einen technokratischen Gesetzgeber vorzunehmende Umgestaltung des Rechts insgesamt ausschließt, andererseits kann seine These, dass das aus reinen Eigentums- und Tauschregeln bestehende Recht im Endeffekt ohnehin das effizienteste sei, sehr wohl als implizite Artikulation genau der Paretoeffizienz rekonstruiert werden. Vgl. dazu das 3. Kapitel, siehe dort insb. 3.7.3.D.

39 Vgl. Mestmäcker, *A Legal Theory without Law*, 55, 61.

40 Vgl. etwa grundlegend Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*.

*legal studies*⁴¹ reichen. Diese können in der vorliegenden Studie allenfalls hinsichtlich ihrer eigenen Fragestellungen in den Blick genommen werden. Sie beansprucht einen allgemeinen, das Privatrecht inhaltlich übersteigenden Wandel im Rechtsdenken als ihren Gegenstand, möchte diesen aber in erster Linie *im und aus dem Privatrecht rekonstruieren*. In ihrer 2014 veröffentlichten Habilitationsschrift *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne* unterscheidet Marietta Auer zwei unterschiedliche Möglichkeiten, den »Einbruch« in die klassische Rechtsdogmatik eines Äußeren, das sie im »Sozialen« oder »Öffentlichen« verortet, konzeptuell zu verarbeiten. Die eine Möglichkeit bestünde in der theoretischen Ausklammerung oder Marginalisierung, die andere in der Umwandlung der Dogmatik und ihrer Begriffe selbst.⁴² Auer erläutert das beispielhaft anhand des Eigentums und dessen seit dem 19. Jahrhundert zunehmenden Beschränkungen, die zum einen – etwa durch den Begriff des Gesetzesvorbehaltes – in klassischer Weise aus der privatrechtlichen Eigentumsdogmatik ausgeklammert würden,⁴³ zum anderen – beginnend mit Jherings Forderung eines anderen, »gesellschaftlichen« Eigentumsbegriffs⁴⁴ – zu Verschiebungen innerhalb der Dogmatik führen würden.⁴⁵ Meine Absicht ist es, mich ganz auf die zweite Perspektive und Verarbeitungsweise, die – um es wieder mit Auers Worten zu sagen – »Entgrenzung von innen«,⁴⁶ zu fokussieren, freilich mit dem Anspruch, dass sich darin die »Entgrenzung von außen«⁴⁷ gespiegelt finde.

Auch die Schule Kelsens wird hier höchstens punktuell in den Blick kommen, weil sie, jedenfalls nach hier vertretener Auffassung, im Großen und Ganzen eine Fortsetzung des autonom-begrifflichen Rechtsmodells darstellt, von dessen Krise als unhintergehbarem Faktum die vorliegende Studie ausgeht. Genauer gesagt, wäre die kelsensche Schule als Ausweitung der Begriffsdogmatik ins öffentliche Recht hinein zu begreifen, die von Hayek aufgrund ihrer angeblich totalitären Züge⁴⁸ abgelehnt, von Posner aber mit der folgenden Überlegung be-

41 Siehe etwa Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*. Auf die dort (114 ff. und 151 ff.) enthaltene kritische Analyse von *law & economics* wird im dritten Teil dieser Arbeit noch Bezug zu nehmen sein.

42 Vgl. Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 130 ff.

43 Vgl. Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 131, 136.

44 Vgl. Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 133; siehe Jhering, *Zweck*, I, 519, 523, 526 f.; siehe dazu unten, 2.4.4.2.

45 Vgl. Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 142.

46 Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 165.

47 Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 166.

48 Hayeks Argument ist, dass die kelsensche Rechtstheorie dem Gesetzgeber keine qualitative Schranke auferlege, sondern alles, was im ordnungsgemäßen Verfahren beschlossen werde, für zulässig erkläre (vgl. Hayek, »Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs«, 185).

grüßt wird: Indem Kelsen das Recht minimal, d. h. als System zwangsbewehrter Normen, begriffen und die Gültigkeit von Normen nur aufgrund ihrer rechtmäßigen Erzeugungsweise bestimmt habe, habe er einen »reinen« bzw. leeren Raum geschaffen, der sich gerade zur Befüllung mit ökonomischen Inhalten eigne.⁴⁹ Insofern wäre hier die kelsensche Rechtslehre an einer Schnittstelle positioniert, an der gerade ihr formaler und positivistischer Charakter (sozusagen) die Aufnahme und Verarbeitung ökonomischer Impulse gewährleisten würde. Diese Zusammenhänge auszuerzählen, bedürfte allerdings einer eigenen Studie.

Während neo-formalistische Ansätze uns aktuell bei und in der Folge von Weinrib als mögliche Gegenspieler zur ökonomischen Betrachtungsweise zu begegnen scheinen, scheidet auch deren separate Behandlung hier deshalb aus, weil in Jherings »Umkehr« ein *point of no return* erblickt wird. Anders gesagt, werden sie hier hauptsächlich als Aktualisierungen des begrifflichen Rechtsdenkens Jherings (und anderer) verstanden und sind daher lediglich in der Ausdeutung dieser Phase (des Modells *I.I.*) mitzubespochen.

Eine Rolle, zunächst als »abwesender Anwesender«, spielt hier hingegen der Rechtsrealismus. Er ist, idealtypisch gesprochen, die Artikulation als Bewegung des von Jhering zuerst ausgerufenen Unzureichens der Dogmatik.⁵⁰ Die mit ihm nachgerade bewirkte »Entleerung« des tradierten Rechtsdenkens ist gleichzeitig die Grundlage für *law & economics*, das umgekehrt und vor allen anderen neuen Schulen und Bewegungen, so meine These, die Füllung dieser Leere (»filling the void«, in Mercurio und Medemas Worten⁵¹) mit einer neuen Dogmatik bewirkt und, indem es seine von vornherein gegebene Ein- und Ausrichtung in bzw. auf ökonomische(n) Umwelten in sich selbst aufnimmt, das Privatrecht schlüssig zu Ende denkt. Auer wünscht sich eine Rechtstheorie, die dem »Prinzipienwandel von Autonomie zu objektiver Zurechnung« gerecht würde.⁵² Wenn man unterstellt, dass das Attribut »objektiv« in Wahrheit den Gehalt ökonomischer Effizienz hat, lässt sich *law & economics* durchaus als das Gesuchte Auers begreifen.

Dieser Auffassung liege ein Verständnis von Gesellschaft ganz als Produkt bewusster Anordnung für bestimmte Zwecke und nicht als spontane Ordnung zugrunde, das sich letztendlich nicht von jenem Schmitts unterscheide (vgl. Hayek, »Rechtsordnung und Handlungsordnung«, 69 f.).

49 Vgl. Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy*, 251, 254 ff.

50 Vgl. grundlegend Holmes, »The Path of the Law«, 457–478 und klassisch Cohen, »Transcendental Nonsense and the Functional Approach«, 809–849.

51 Mercurio/Medema, *Economics and the Law, From Posner to Post-Modernism and Beyond*, 17 ff.

52 Vgl. Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 165 f.

Nicht ganz ausgeklammert werden können außerdem die historischen staatsrechtlichen Hintergründe einerseits des privatrechtlichen Formalismus, andererseits von dessen Aufgabe zugunsten eines utilitaristischen Rechtsmodells im 19. Jahrhundert. So war es ursprünglich, in der Zeit um 1800, der Absolutismus, welcher für die geschlossene Autonomie des Privatrechts als methodisches Bollwerk gegen seine Gesetzgebungsansprüche mit maßgeblich war.⁵³ Daran anschließend können die Verfassungsbewegungen sowie die Entstehung des öffentlichen Rechts als eigenständig rechtswissenschaftliche Disziplin in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts hinsichtlich ihres Verhältnisses zur methodischen Entgrenzung des Privatrechts in den Blick genommen werden.⁵⁴ Als nicht unwesentlich wird sich in diesem Zusammenhang allerdings die Entwicklung zur Einigung Deutschlands in den späten 1860er Jahren sowie die bismarckische Wirtschaftspolitik nach der Reichgründung erweisen.⁵⁵

Mit den erwähnten Einbeziehungen und Ausklammerungen ist eine möglichst konzise Einlösung des rekonstruktiven sowie kritischen Anspruchs dieser Studie intendiert. Zweiterer zielt wie eingangs erwähnt auf die Offenlegung der normativen und politischen Implikationen des Privatrechts. Diese Studie soll seinen politischen Charakter sichtbar machen, und zwar als einen, der nicht bloß leben lässt, indem er abstrakte Freiheitsräume schafft, sondern der auch *Leben macht*,⁵⁶ das heißt Gesellschaft proaktiv auf bestimmte normative Ziele hin gestaltet. Diese Ziele sind nicht gleichbleibend, sondern verschieben sich mit der je unterschiedlichen Anknüpfung an das Ökonomische bzw. spezifischen Definition des Effizienzkriteriums. Die Nachbildung dieser Verschiebung im Rechtsdenken will sich in aller Bescheidenheit auch als Studie über die *Widerspiegelung des Recht übersteigender Veränderungen im Rechtsdenken* begreifen. Damit ist eine Denktradition aufgerufen, die eine sich im 19. und vor allem 20. Jahrhundert zeitigende Verschiebung vom Privatrecht zum öffentlichen Recht konstatiert und mit einer von Freiheit zu sozialer Verantwortung führenden Entwicklung erklären möchte.⁵⁷ In ihrer erwähnten Habilitationsschrift hat Auer diesen Ansatz einer Aktualisierung unterzogen, welcher sie die moderne

53 Vgl. unten, 2.2.2.

54 Vgl. unten, 2.2.3.

55 Vgl. unten, 2.4.6.

56 Vgl. Foucault, *Der Wille zum Wissen. Sexualität und Wahrheit* 1, 165: »Man könnte sagen, das alte Recht [des Souveräns, meine Anmerkung], sterben zu machen oder leben zu lassen, wurde abgelöst von einer Macht, leben zu machen oder in den Tod zu stoßen.«

57 Vgl. klassisch etwa Wieacker, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*. Vgl. dazu auch Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 4 f., 135 ff.

Privatrechtsentwicklung wesentlich als (das ist ihre eigentliche These) rechtsimmanente *Reflexivität des Privatrechts auf seine eigenen Grundlagen* begreifen lässt. Die Entwicklung des Privatrechts wird dabei als diskursiver Prozess der Aufklärung gedacht, in welchem sich das Autonomieprinzip und seine Durchbrechungen wechselseitig ergänzen.⁵⁸ Nicht zuletzt liegt dieser Rekonstruktion auch das Narrativ vom Aufstieg des Sozialstaats zugrunde. Allein, die historische Entwicklung geht in eine andere Richtung, in der wohlfahrtsstaatliche Errungenschaften sich im Abbau befinden und deren Hochzeit in den *Trente Glorieuses* sich im Rückblick fast nur als Zwischenspiel in dem seit spätestens den 1850er Jahren angestoßenen gigantischen Prozess kapitalistischer Ökonomisierung und Akkumulierung ausnimmt. Meine Studie möchte sich an diesen Prozess halten bzw. selbst den Nachweis führen, dass sich die Privatrechtsentwicklung in ihrer reflexiven Dimension als Widerspiegelung desselben plausibler und für das kritische Interesse gewinnbringender auserzählen lässt als durch ihre (mehr oder weniger) idealisierende Zurichtung.

Insofern ist es zum anderen auch ein Anliegen dieser Studie, an das kritische und progressive Erbe des Rechtsrealismus anzuknüpfen. »You see how the vague circumference of the notion of duty shrinks and at the same time grows more precise when we wash it with cynical acid and expel everything except the object of our study, the operations of the law«, hatte Holmes 1897 in »The Path of the Law« geschrieben⁵⁹ und damit, als deren Vorreiter, die Grundlagen für die Bewegung des *American Legal Realism* gelegt. Durch einen sehr nüchternen Blick auf das Recht, den Holmes bekannterweise mit jenem eines »bad man«⁶⁰ bezeichnet hat, wird es möglich, seine Unterwerfung unter selbiges von normativen Überfrachtungen zu lösen und auf ein Mindestmaß zu reduzieren. Diese Sichtweise auf das Recht ist bereits bei Holmes von inhärent ökonomischem Charakter: Der »bad man« hält sich nur dann und insofern an das Recht, wenn sich das eher rechnet, als ihm die Gefolgschaft zu versagen.⁶¹ Dieser reduktive Blick ist bei *law & economics* mit einer politisch grundsätzlich progressiven Agenda verknüpft.⁶² Diese Verknüpfung lässt sich in Anschluss an Michael Green etwa so begreifen, dass der *Legal Realism* die Rechtsprechung, indem er ihr den Vorwand einer in Rechtsbegrifflichkeiten selbst liegenden Moralität entzieht, auf die moralische Überprüfung

58 Vgl. Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, insb. 46 f., 60 ff.

59 Holmes, »The Path of the Law«, 461 f.

60 Vgl. Holmes, »The Path of the Law«, 459–461.

61 Vgl. Holmes, »The Path of the Law«, 459. Auf die Verwandtschaft zwischen *homo oeconomicus* und »bad man« hinweisend, vgl. auch Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 36.

62 Vgl. Green, »Legal Realism as Theory of Law«, 1968.

von Entscheidungen (und ihren Konsequenzen) im eigentlichen Sinn verpflichtet.⁶³ Wäre es nicht unter Umständen möglich, *law & economics* als Fortsetzung dieser so verstandenen Tradition zu begreifen? Dies wird allerdings nur dann gelingen, wenn die ökonomische Rechtsschule selbst von ihrer Dogmatik befreit und einem neuen Realismus zugeführt wird, was versuchsweise anhand der *behavioral law & economics* und des ökonomischen Zweigs der *critical legal studies* gezeigt werden kann. Darauf wird im Schlusskapitel der Arbeit noch eigens zurückzukommen sein.⁶⁴

Noch sind diese Fragestellungen verfrüht. Zu beginnen ist hier in der Hochzeit der pandektistischen Dogmatik, tief im 19. Jahrhundert. Jhering hat in der Folge Puchtas an dieser mitgeschrieben, ihr drei Teile (bzw. vier Bände)⁶⁵ zum *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* gewidmet, als ihn im Winter 1858 die erwähnte akademische »Krise« ereilt. Es gelingt ihm anlässlich eines zu erstattenden Rechtsgutachtens nicht, aus kaufrechtlichen Prinzipien ein wirtschaftlich zufriedenstellendes Ergebnis zu deduzieren. Jhering ist in heller Gemütsaufregung. Eine gerechte Strafe für seine theoretischen Verirrungen? So fragt er sich selbst.⁶⁶ Von dieser »Krise« aus, die sich in den weiteren Schriften Jherings niederschlägt, sollen die hier untersuchten Verschiebungen im Privatrechtsdenken lesbar gemacht werden. Aber der Reihe nach.

63 Vgl. Green, »Legal Realism as Theory of Law«, 1970 ff.

64 Vgl. unten, 5.2.3 bzw. 5.2.4.

65 Siehe gleich unten, Fn. 3.

66 Vgl. Jhering, »Über den Sinn des Satzes: Der Käufer trägt die Gefahr, mit besonderer Beziehung auf den Fall des mehrfachen Verkaufes«, 449 ff. (451). Vgl. auch die Darstellung bei Behrends, »Rudolph von Jhering (1818–1892). Der Durchbruch zum Zweck«, 253 f.