

§ 2 American Legal Realism

- 11 Die amerikanischen Rechtsrealisten (*legal realists*) wandten sich in den zwanziger und dreissiger Jahren des 20. Jahrhunderts gegen den damals vorherrschenden „Formalismus“ und die „mechanische Jurisprudenz“ der klassischen Juristen. Die Rechtsrealisten bezweifelten, dass Streitfälle aufgrund von Rechtsregeln entschieden wurden und bestritten, dass die „Lösung“ von rechtlichen Problemen aus abstrakten Konzepten abgeleitet werden konnte. Die Rechtsrealisten selber betrachten OLIVER WENDELL HOLMES, JR. (1841-1935) als ihren intellektuellen Vorfahren, der Rechtsrealismus als eigenständige intellektuelle Strömung aber entstand in den zwanziger Jahren des letzten Jahrhunderts an den Rechtsfakultäten von Columbia und Yale. KARL N. LLEWELLYN, WALTER WHEELER COOK, UNDERHILL MOORE und HERMAN OLIPHANT waren ihre wichtigsten Vertreter; JEROME FRANK in mancher Hinsicht ihr extremster. Als „amerikanischer“ Rechtsrealismus wird die Strömung in Abgrenzung zum ungefähr gleichzeitig blühenden skandinavischen Rechtsrealismus bezeichnet, auf den ich hier nicht weiter eingehe.²²
- 12 Die Rechtsrealisten argumentieren, dass das Recht in zweifacher Hinsicht unbestimmt (*indeterminate*) ist.²³ Erstens ist das Recht *normativ* unbestimmt in dem Sinne, dass die verfügbaren rechtlichen Argumente und Konzepte ein bestimmtes Urteil nicht *rechtfertigen* können; zumindest nicht in den schwierigen Fällen (*hard cases*), wie sie in der Regel vor Berufungsgerichten verhandelt werden.²⁴ Zweitens ist das Recht *deskriptiv* unbestimmt in dem Sinne, dass die rechtlichen Regeln nicht genügen, um zu erklären, warum ein Gericht einen Fall so und nicht anders entschieden hat. LLEWELLYN wies darauf hin, dass Präjudizien eng oder weit interpretiert werden können und es kein logisches Argument gibt, der einen oder anderen Interpretation den Vorzug zu geben.²⁵ Bei einer engen Interpretation wird die bindende Wirkung des Präjudizes auf die spezifischen Fakten beschränkt, die dem Fall zu Grunde lagen, während bei der weiten Interpretation versucht wird, ein allgemein gültiges Prinzip abzuleiten, das auf alle vergleichbaren Fälle anwendbar ist. Präjudizien als Rechtsquellen können daher ein Urteil allein nicht erklären, da verschiedene Regeln aus ihnen abgeleitet werden können.
- 13 Da sich die Realisten einig waren, dass sich aus Rechtsregeln alleine ein Gerichtsurteil in einem schwierigen Fall nicht voraussagen lässt, musste es etwas anderes sein, das den Ausgang eines Verfahrens bestimmte. Für BRIAN LEITER ist Kern (*core claim*) der realistischen Sicht, dass Richter in erster Linie auf die dem Fall zugrunde liegenden *Fakten*

²² Für einen Überblick über Gemeinsamkeiten und Unterschiede der beiden Realismen siehe GREGORY S. ALEXANDER, Comparing the Two Legal Realisms – American and Scandinavian, American Journal of Comparative Law 2002, 131-174.

²³ Die Darstellung folgt dem Aufbau von BRIAN LEITER, American Legal Realism, in: WILLIAM EDMUNDSON/ MARTIN GOLDING (Hrsg.), The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory, Oxford 2004, 50-66.

²⁴ KARL LLEWELLYN, Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound, Harvard Law Review 1931, 1222-1264, 1239 (die Unbestimmtheit des Rechts einschränkend auf Fälle, die von vernünftigen Parteien durchprozessiert werden: in *diesen* Fällen gibt es in der Regel mindestens zwei widersprüchliche *vertretbare* Interpretationen des anwendbaren Rechts).

²⁵ KARL N. LLEWELLYN, The Bramble Bush, New York 1930, 74 ff.

reagieren, wenn sie einen Fall entscheiden, und nicht auf rechtliche Normen und Konzepte.²⁶ HERMAN OLIPHANT schrieb, dass Gerichte auf den Stimulus der Fakten des spezifisch zu entscheidenden Falles reagieren und nicht auf den Stimulus der allzu generellen und abgenutzten abstrakten Regeln, die in Urteilen und Kommentaren postuliert werden.²⁷ JEROME FRANK zitiert einen angesehenen Richter, der ihm gestanden habe, er sehe aufgrund der Fakten, wo die Gerechtigkeit liege. Erst dann setze er sich hin und suche nach Rechtsquellen, und in fast allen Fällen finde er Prinzipien, die seiner Sicht des Falles entsprächen.²⁸ LLEWELLYNS Rat an Anwälte, das Gericht aufgrund des Sachverhaltes zu überzeugen, dass die von ihnen vertretene Partei zu gewinnen verdient und dem Gericht bloss eine „technische Brücke“ zur Verfügung zu stellen, die das Urteil rechtfertigt, setzt die gleiche Sicht voraus.²⁹

- 14 Die Aussage allein, dass das Gericht aufgrund der Fakten entscheidet, ist natürlich banal. Die Aussage der Realisten ist stärker: sie behaupten, dass Gerichte (auch) aufgrund von Fakten entscheiden, die gemäss den anwendbaren Normen *irrelevant* sind.³⁰ Ein Ziel der Rechtsrealisten war daher, die ihrer Ansicht nach zu abstrakten rechtlichen Prinzipien neu zu formulieren, so dass sie die Fakten, die den Urteilen *tatsächlich* zu Grunde liegen, berücksichtigen.³¹
- 15 Die Behauptung, dass Richter Fälle aufgrund der Fakten und nicht der Normen entschieden, wirft natürlich die Frage auf, welche Fakten entscheidend sind. Der „soziologische“ Flügel der Rechtsrealisten – OLIPHANT, MOORE und LLEWELLYN – dachte, dass juristische Entscheidungen voraussehbar sind: vorauszusagen nicht (nur) durch das Studium der Rechtsquellen, sondern durch das Studium der sozialen Kräfte, die auf Richter wirken. Der von LEITER als „idiosynkratisch“ bezeichnete Flügel hingegen behauptete, dass Persönlichkeit und Psychologie des Richters determinieren, wie er auf die Fakten reagiert.³² Für FRANK, den prominentesten Vertreter des idiosynkratischen Flügels, bestimmen unbewusste Begehren die Entscheidung des Richters; da diese für einen aussenstehenden Beobachter kaum zu erkennen sind, sind richterliche Entscheidungen unmöglich zu prognostizieren. Kritiker der Realisten machten sich über diese Sicht lustig, indem sie behaupteten, gemäss den Realisten bestimme „was der Richter zum Frühstück hatte“ den Ausgang von Gerichtsverfahren; eine Aussage, die FRANK so nie gemacht hat.³³
- 16 Vertreter des soziologischen Flügels glauben, dass das Studium des sozialen Kontexts von juristischen Entscheidungen, der Einstellung von Richtern und ihrer Berufsauffassung die Voraussehbarkeit von Gerichtsurteilen verbessern kann.³⁴ Rechtssoziologie ist daher für

²⁶ LEITER, FN 23, 52.

²⁷ HERMAN OLIPHANT, A Return to Stare Decisis, American Bar Association Journal 1928, 71-76, 107, 159-162, 75. Der Begriff „Stimulus“ lehnt sich bewusst an die Terminologie des behavioristischen Psychologen WATSON an.

²⁸ JEROME FRANK, Law and the Modern Mind, New York 1930, 104.

²⁹ KARL LLEWELLYN, FN 25, 76.

³⁰ LEITER, FN 23, 53.

³¹ OLIPHANT, FN 27, 159 f.

³² LEITER, FN 23, 54.

³³ LEITER, FN 23, 54.

³⁴ JOSEPH WILLIAM SINGER, Legal Realism Now, California Law Review 1988, 467-544, 470 f.

LLEWELLYN in erster Linie eine empirische, deskriptiv-analytische Wissenschaft. Wenn das Recht sich im Verhalten des Rechtsstabes äussert – in Anlehnung an den viel zitierten Ausspruch von HOLMES „*the prophecies of what the courts will do in fact and nothing more pretentious are what I mean by the law*“³⁵ – dann muss eine Wirklichkeitswissenschaft vom Recht Verhaltensforschung sein.³⁶ Die empirischen Studien der Rechtsrealisten – die als erste Juristen selber empirisch forschten – werden aber wegen ihrer Theorie- und Konzeptlosigkeit als wenig erfolgreich angesehen.³⁷

- 17 Da Rechtsregeln gerichtliche Entscheidungen nach Ansicht der Rechtsrealisten nicht nur unvollständig beschreiben, sondern auch nicht alleine rechtfertigen können, müssen Urteile durch (nach klassischem Verständnis) ausserrechtliche Argumente begründet werden. Die Rechtsrealisten appellierten daher an die Richter, die Folge- und Zweckmässigkeitsüberlegungen (*policy considerations*), die ihren Urteilen implizit ohnehin zu Grunde lägen, explizit offen zu legen und damit zur Diskussion zu stellen.³⁸ LEITER nennt die Rechtsrealisten, die diese Forderung aufstellen (v.a. HOLMES, FELIX COHEN und FRANK als Richter) „*Proto-Posnerian*“, weil RICHARD POSNER, der wohl bekannteste Vertreter der Ökonomischen Analyse des Rechts, fordert, dass Gerichtsurteile explizit mit Effizienzüberlegungen (und damit Folge- und Zweckmässigkeitsüberlegungen) begründet werden sollen.³⁹ Folgeüberlegungen setzen wiederum empirische sozialwissenschaftliche Studien, oder zumindest eine Theorie sozialen Verhaltens (wie die Ökonomik), voraus, wenn sie überzeugend sein sollen. Damit spielen die Sozialwissenschaften auch eine Rolle bei der Frage, wie das Recht sein soll, und nicht nur bei der Frage, warum es so ist, wie es ist.
- 18 Dem deutschsprachigen Juristen fallen die Parallelen des amerikanischen Rechtsrealismus zur (zeitlich früheren) deutschen Freirechtsschule (EUGEN EHRLICH, ERNST FUCHS, HERMAN KANTOROWICZ) auf. EHRLICH, der von den Freirechtlern als geistiges Haupt anerkannt wurde,⁴⁰ hatte in „*Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*“ bereits 1903 die technische juristische Methode kritisiert. Er verlangte, dass sich die Rechtswissenschaft von dogmatischen Klimmzügen („unfruchtbarer Scharfsinn“) weg- und dem Studium des Rechts in seinem sozialen Kontext zuwendet.⁴¹
- 19 Die Parallelen zwischen *Legal Realism* und Freirechtsschule sind kein Zufall. ROSCOE POUND, der den Begriff der „soziologischen Jurisprudenz“ prägte, scheint die meisten

³⁵ OLIVER WENDELL HOLMES, JR., *The Path of the Law*, Harvard Law Review 1897, 457- 469, 460; erhältlich unter www.gutenberg.org/etext/2373 (besucht am 20. April 2005).

³⁶ MANFRED REHBINDER, Karl N. Llewellyn als Rechtssoziologe, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 1966, 532-556, 546.

³⁷ JOHN H. SCHLEGEL, *American Legal Realism and Empirical Social Science*, Durham 1995, 233 f.; M.D.A. FREEMAN, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 7. Aufl. London 2001, 803.

³⁸ So bereits HOLMES, FN 35, 467.

³⁹ LEITER, FN 23, 58.

⁴⁰ MANFRED REHBINDER, Neues über Leben und Werk von Eugen Ehrlich, in: FRIEDRICH KAULBACH/WERNER KRAWIETZ (Hrsg.), *Festschrift für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag*, Berlin 1978, 403-418, 408.

⁴¹ EUGEN EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig 1903; Nachdruck in: EUGEN EHRLICH, *Recht und Leben: Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, ausgewählt und eingeleitet von MANFRED REHBINDER, Berlin 1967, 170-202.

Werke der Freirechtler gelesen zu haben und hat ihre Ideen in seinen frühen Werken für die USA rezipiert.⁴² Er meinte: „we have a great deal of freie Rechtsfindung in America, while disclaiming it in theory“.⁴³ 1917 erschien „*The Science of Legal Method*“, ein Sammelband mit englischen Übersetzungen der wichtigsten Texte der Freirechtler, darunter FRANÇOIS GENYS’ „*Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif*“ und EHRLICH’S „Freie Rechtsfindung“.⁴⁴ BENJAMIN CARDOZOS einflussreiches Werk „*The Nature of Judicial Process*“, publiziert 1921, zitiert GENYS’ „*Méthode*“ elf Mal, EHRLICH 16 Mal und KANTOROWICZ’ „Kampf um die Rechtswissenschaft“ sieben Mal.⁴⁵ LLEWELLYN schliesslich gab zwischen 1928 und 1932 Gastvorlesungen in Leipzig, beabsichtigte, EHRLICH’S „Grundlegung der Soziologie des Rechts“ ins Englische zu übersetzen und war ein Freund von KANTOROWICZ, mit dem er einen regen Briefverkehr führte.⁴⁶

- 20 Trotzdem wird der Rechtsrealismus von Amerikanern als einziger eigenständiger Beitrag der USA zu einer generellen Rechtstheorie bezeichnet.⁴⁷ Die Rechtsrealisten beriefen sich nie explizit auf deutsche Quellen (auch nicht auf deren englische Übersetzungen), so dass dieser Eindruck leicht entstehen konnte. Der Grund dafür dürfte darin zu suchen sein, dass Deutschland und Deutsche in den zwanziger und dreissiger Jahren des letzten Jahrhunderts in den USA, um es gelinde zu sagen, nicht besonders populär waren.⁴⁸
- 21 Nach dem zweiten Weltkrieg galt der Rechtsrealismus in den USA als „tot“. Dafür waren verschiedene Gründe verantwortlich. Einerseits gelang es den Realisten nicht, ein fruchtbares empirisches Forschungsprogramm auf die Beine zu stellen;⁴⁹ andererseits bezog die Strömung (wie auch die Freirechtler) einen grossen Teil ihrer Kraft aus der Kritik an der herrschenden Jurisprudenz. Es war relativ einfach, dogmatische Argumente der klassischen *case law* Methode oder der Begriffsjurisprudenz als hohl zu entlarven, aber schwierig, etwas Neues an deren Stelle zu errichten. In dieser Hinsicht versagten die Realisten in den Augen mancher Rechtshistoriker; HERGET/WALLACE meinen: „*Much was torn down, little was built*“.⁵⁰ Den Todesstoss versetzte dem *Legal Realism* der englische Rechtsphilosoph HLA HART in seinem 1961 publizierten, einflussreichen Buch „*The Concept of Law*“, mit dem er den Positivismus wieder belebte. Ein Kapitel war den „Regel-Skeptikern“ gewidmet, womit HART die Rechtsrealisten meinte. Obwohl die Kritik von HART an den Rechtsrealisten nicht besonders überzeugend ist und auf einer irreführenden Beschreibung der

⁴² JAMES E. HERGET/STEPHEN WALLACE, *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, *Vanderbilt Law Review* 1987, 399-455, 422.

⁴³ ROSCOE POUND, *Enforcement of Law*, *Green Bag* 1908, 401-415, 406 (zitiert nach HERGET/WALLACE, FN 42, 422).

⁴⁴ HERGET/WALLACE, FN 42, 428.

⁴⁵ HERGET/WALLACE, FN 42, 428.

⁴⁶ ULRICH DROBNIG, *Llewellyn and Germany*, in: ULRICH DROBNIG/MANFRED REHBINDER (Hrsg.), *Rechtsrealismus, multikulturelle Gesellschaft und Handelsrecht: Karl N. Llewellyn und seine Bedeutung heute*, Berlin 1994, 17-43, 18, 29 f. und 35 f.

⁴⁷ ROBERT S. SUMMERS, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca 1982, 19 (zitiert nach HERGET/WALLACE, FN 42, 400).

⁴⁸ HERGET/WALLACE, FN 42, 432.

⁴⁹ SCHLEGEL, FN 37, 213 f.

⁵⁰ HERGET/WALLACE, FN 42, 435.

realistischen Position beruht,⁵¹ führte sie dazu, dass sich die Rechtsphilosophen vom Rechtsrealismus abwandten.⁵²

- 22 Die Rechtsrealisten hinterliessen aber ein einflussreiches Erbe, nämlich ihr instrumentelles Rechtsverständnis. Um es mit JOSEPH W. SINGER zu sagen:⁵³

Es ist nicht länger möglich, der Forderung, dass Vermieter für alle Schäden der Mieter kausal haften, mit dem Argument entgegenzutreten: „es liegt in der Natur der Miete, dass sie Besitz überträgt und daher der Mieter, als unmittelbarer Besitzer der Mietsache, für sich selber verantwortlich ist“. Obwohl das 1890 übliches juristische Denken war, überzeugt es heute schlicht nicht mehr als rechtliches Argument. Der rechtliche Diskurs hat sich wegbewegt von der Deduktion von Folgen aus abstrakten Konzepten hin zum Versuch, das Recht durch Zweckmässigkeitsüberlegungen (*policy*), Moral und institutionellen Interessen zu rechtfertigen. Dieser revolutionäre Wandel im juristischen Diskurs stellt eine monumentale Leistung dar.

- 23 Die Vertreter der Ökonomischen Analyse des Rechts sehen die Aufgabe des Richters ebenfalls nicht darin, Fälle durch die logische Ableitung von Folgen aus abstrakten Konzepten zu entscheiden, sondern gemäss Regeln, die ein soziales Ziel – im Falle der Ökonomen „Effizienz“ – am besten verwirklichen. Vertreter des Effizienzzielles im Rechts glauben wie die Rechtsrealisten, dass eine juristische Doktrin an ihren sozialen Folgen gemessen werden muss. Ob eine Rechtsregel effizient ist, lässt sich nur sozialwissenschaftlich feststellen. Auch halten Vertreter der ÖAR die formalistische Herleitung von Normen für falsch, da sie die tatsächlichen Entscheidungsgründe vernebelt und eine offene Diskussion über die politischen Interessen, die jeder Entscheidung zu Grunde liegen, verhindert. In diesem Sinne kann die Ökonomische Analyse des Rechts als „Anwendung des Rechtsrealismus“ bezeichnet werden.⁵⁴ Andererseits ist die Ökonomische Analyse des Rechts formalistisch, weil sie auf einem formalen Menschenbild beruht, das empirischer Überprüfung nicht standhält, und die Gleichsetzung von „Nutzen“ im utilitaristischen Sinn mit der Bereitschaft zu zahlen ein formaler, wenig überzeugender Kunstgriff ist.⁵⁵

⁵¹ LEITER, FN 23, 61 ff.

⁵² LEITER, FN 23, 65.

⁵³ SINGER, FN 34, 475.

⁵⁴ SINGER, FN 34, 515.

⁵⁵ SINGER, FN 34, 522 ff.