

„The New Private Law“:  
Die neue amerikanische Privatrechtswissenschaft  
in historischer und vergleichender Perspektive

Von EIKE GÖTZ HOSEMANN, Hamburg\*

*Inhaltsübersicht*

I. Einleitung . . . . .	37
II. Der diskursive Kontext von „The New Private Law“ . . . . .	41
1. Entwicklung der amerikanischen Rechtswissenschaft ca. 1870–1970 . . . . .	41
2. Gegenwart: Drei wichtige Strömungen in der amerikanischen Rechtswissenschaft . . . . .	48
a) Law and economics movement . . . . .	48
b) Critical legal studies movement . . . . .	49
c) Deontologische Privatrechtstheorien . . . . .	50
III. Das wissenschaftliche Programm von „The New Private Law“ . . . . .	52
1. Vorstellung des Programms . . . . .	53
2. Einordnung in den diskursiven Kontext . . . . .	55
IV. Auf der Suche nach der Eigenart von „The New Private Law“: Zwei Einzelstudien . . . . .	57
1. Henry Smith, „Property as the Law of Things“ . . . . .	57
2. Benjamin Zipursky, „Palsgraf, Punitive Damages, and Preemption“ . . . . .	62
3. Vergleichende Betrachtung . . . . .	65
V. Fazit . . . . .	66
Summary: „The New Private Law“: A Historical and Comparative Perspective on the Emerging New Private Law Scholarship in the United States . . . . .	70

I. Einleitung

„Law Reviews – Streifzug durch eine fremde Welt“ lautet der Titel eines Essays von Reinhard Zimmermann aus dem Jahr 1995, in dem dieser die

---

\* Für wertvolle Hinweise danke ich Philipp Eichenhofer, Martin Flohr, Nina Marie Güttler, Nils Jansen und Reinhard Zimmermann sowie den Teilnehmern der „Aktuellen Stunde“ vom 11. 4. 2013 am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.

juristische Zeitschriftenliteratur in den USA einer Beobachtung aus transatlantischer Perspektive unterzieht.<sup>1</sup> Diese Überschrift bringt zum Ausdruck, was innerhalb des rechtsvergleichenden Diskurses heute zum Allgemeingut rechnet: Divergenzen zwischen amerikanischer<sup>2</sup> und deutscher<sup>3</sup> Rechtskultur zeigen sich nicht nur in unterschiedlichen Rechtsregeln und -instituten,<sup>4</sup> sondern gerade auch in der Art der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Recht. Legt man jüngere Arbeiten mit Aussagen speziell zum *Rechtswissenschaftsvergleich Deutschland – USA*<sup>5</sup> zugrunde, so unterscheidet sich – antithetisch zugespitzt – die an den amerikanischen „elite law schools“<sup>6</sup> betriebene Rechtswissenschaft<sup>7</sup> insbesondere durch folgende, eng miteinander zusammenhängende Charakteristika von „der“ deutschen Jurisprudenz: (1) Eine Autonomie des Rechts gegenüber der Politik ist aus ihrer Sicht nicht gegeben; Recht wird als Instrument zur Erreichung bestimmter politischer Ziele begriffen.<sup>8</sup> (2) Rechtsdogmatik, also die begrifflich-systematische Rekonstruktion des geltenden Rechts, gilt ihr nicht als

<sup>1</sup> Reinhard Zimmermann, *Law Reviews – Ein Streifzug durch eine fremde Welt*, in: *Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht*, hrsg. von dems. (1995) 87.

<sup>2</sup> Die Bezeichnung „amerikanisch“ bezieht sich hier und im Folgenden allein auf die USA.

<sup>3</sup> Die Wörter „deutsch“ und „deutschsprachig“ werden im Folgenden synonym verwendet. Stilunterschiede zwischen den Rechtswissenschaften der deutschsprachigen Länder sind im hiesigen Kontext vernachlässigbar.

<sup>4</sup> Hierzu etwa Heinrich Honsell, *Amerikanische Rechtskultur*, in: *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, FS Zäch (1999) 39; Mathias Reimann, *Die Fremdheit des amerikanischen Rechts – Versuch einer historischen Erklärung*, in: *Konflikt der Rechtskulturen?, Die USA und Deutschland im Vergleich*, hrsg. von Knud Krakau/Franz Streng (2003) 23; Rolf Stürmer, *Privatautonomie und Wettbewerb unter der Hegemonie der angloamerikanischen Rechtskultur?*, AcP 210 (2010) 105.

<sup>5</sup> Helge Dedek, *Recht an der Universität: „Wissenschaftlichkeit“ der Juristenausbildung in Nordamerika*: JZ 2011, 540; Kristoffel Grechenig/Martin Gelter, *Divergente Evolution des Rechtsdenkens – Von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik*: RabelsZ 72 (2008) 513; Oliver Lepsius, *Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?*, in: *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, hrsg. von Helmuth Schulze-Fielitz (2007) 319 (*Die Verwaltung*, Beiheft 7); Zimmermann, *Law Reviews* (Fn. 1).

<sup>6</sup> Diese in den USA allgemein gebräuchliche Wendung bezeichnet nach verbreitetem Verständnis die zehn bis zwanzig angesehensten der etwa 200 (Stand 30.9.2013) von der *American Bar Association* akkreditierten *law schools*. Im Folgenden beziehen sich Aussagen über „die“ amerikanische Rechtswissenschaft allein auf die an diesen Institutionen betriebene Forschung. Urteile über die gesamte amerikanische Rechtswissenschaft lassen sich wegen der Heterogenität der amerikanischen Hochschullandschaft nicht sinnvoll treffen. Einzuräumen ist, dass natürlich auch innerhalb der Spitzengruppe der *law schools* Forschungsansätze verfolgt werden, die nicht dem hier mit dickem Pinsel gezeichneten Bild entsprechen.

<sup>7</sup> Mit „Rechtswissenschaft“ wird im Folgenden kein spezifisches wissenschaftliches Programm assoziiert. Der Begriff soll allgemein die wissenschaftliche Befassung mit dem Recht durch Gelehrte an juristischen Fakultäten bzw. *law schools* bezeichnen.

<sup>8</sup> Lepsius, *Staatsrechtslehre* (Fn. 5) 333 ff. Ähnlich Ulrich R. Halterm, *Die Rule of Law zwischen Theorie und Praxis*: Der Staat 40 (2001) 243, 250 f. Speziell in Bezug auf das *critical legal studies movement* auch Zimmermann, *Law Reviews* (Fn. 1) 115.

wertvolle wissenschaftliche Betätigung.<sup>9</sup> (3) Ihr Diskurs ist geprägt von einer Pluralität „externer“ Betrachtungsweisen des Rechts: solchen also, die das Recht mit Methoden einer nicht-juristischen Disziplin analysieren, z. B. mit denen der Ökonomie, Psychologie, Linguistik oder Philosophie.<sup>10</sup> (4) Auf anwendungsorientierte Forschung verzichtet sie häufig zugunsten der Entwicklung von Theorien auf einem der Rechtspraxis enthobenen Abstraktionsniveau.<sup>11</sup>

Wohl nicht allein, aber jedenfalls auch mit den Unterschieden zwischen amerikanischer und deutscher Rechtswissenschaft lässt sich erklären, warum die Idee eines eigenständigen Privatrechts in den USA, anders als in Deutschland, so gut wie keine Unterstützung findet<sup>12</sup> – und die eigentlich Lenin zugeschriebene Sentenz, wonach alles Recht öffentlich sei („all law is public law“), für viele zum Credo der amerikanischen Jurisprudenz zählt.<sup>13</sup> Begreift man – wie der amerikanische juristische Mainstream – Recht generell als Instrument im Dienste politischer Zwecke, so kann die Kategorie des Privatrechts schließlich nur schwerlich materiellen Sinngehalt haben.<sup>14</sup>

Eine regelrechte Überraschung war es daher, als die Harvard Law Review im Jahr 2011 zu einem Symposium lud, dessen Überschrift die Existenz eines Propriums des Privatrechts eindeutig nahelegte: „The New Private Law“. Dieser Titel war insofern missverständlich, als er nicht etwa eine Wandlung des amerikanischen *Rechts*, sondern eine neue Initiative in der amerikanischen *Rechtswissenschaft* bezeichnen sollte. Einen ersten Eindruck

<sup>9</sup> *Dedek*, JZ 2011, 540, 543 ff.; *Grechenig/Gelter*, RabelsZ 72 (2008) 513, 515 f.; *Lepsius*, Staatsrechtslehre (Fn. 5) 326 ff.; *Zimmermann*, Law Reviews (Fn. 1) 123 f.

<sup>10</sup> *Dedek*, JZ 2011, 540, 546; *Lepsius*, Staatsrechtslehre (Fn. 5) 340 f.; *Zimmermann*, Law Reviews (Fn. 1) 87, 122. Ähnlich auch *Holger Fleischer*, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als wissenschaftliche Disziplin, in: *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, hrsg. von Christoph Engel/Wolfgang Schön (2007) 50, 53. Fleischer spricht insoweit von „nichteingebetteter Rechtswissenschaft“.

<sup>11</sup> Tendenziell kritisch hierzu *Zimmermann*, Law Reviews (Fn. 1) 111. Die „Theoriefreudigkeit“ der amerikanischen Rechtswissenschaft erachtet hingegen als vorbildlich *Lepsius*, Staatsrechtslehre (Fn. 5) 364 ff.

<sup>12</sup> Siehe *John Henry Merryman*, The Public Law – Private Law Distinction in European and American Law: J. Publ. L. 17 (1968) 3, 7 f.; *Ralf Michaels/Nils Jansen*, Private Law Beyond the State?, *Europeanization, Globalization, Privatization*: Am. J. Comp. L. 54 (2006) 843, 846, 856 ff.

<sup>13</sup> Pointiert ausgedrückt bei *George P. Fletcher*, Remembering Gary – and Tort Theory: University of California at Los Angeles Law Review (UCLA L. Rev.) 50 (2002/03) 279, 289: „On this particular issue, I am afraid Americans conform to Lenin’s supposed views.“ Für einen Nachweis der Sentenz in Lenins Schriften siehe *Merryman*, J. Publ. L. 17 (1968) 3, 13 Fn. 36.

<sup>14</sup> Zu den Auswirkungen des instrumentellen Rechtsdenkens auf das Privatrechtsverständnis in den USA siehe auch *Nathan B. Oman/Jason M. Solomon*, The Supreme Court’s Theory of Private Law: Duke L.J. 62 (2012/13) 1109, 1114 ff.; *Mathias Reimann*, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht<sup>2</sup> (2004) 10 f., 285 f.

vom Anliegen dieser Initiative verschaffte die im Internet veröffentlichte Ankündigung des „New Private Law“-Symposiums:

„[...] Although scholars in commonwealth and civilian jurisdictions generally regard private law as a useful category, [in the United States] it is barely recognized. Since the rise of Legal Realism and the modern administrative state, the standard academic supposition in this country has been that ‘all law is public law,’ and that any use of the category of private law is unhelpful or pernicious. ‘The New Private Law’ argues that while the Realist critique of private law has been richly generative, it has also caused us to lose sight of entire domains of law and legal study. Nor is the problem merely academic. As judges and practitioners have lost their feel for private law, the quality of opinions and legal representation has suffered, sometimes prominently so. This symposium aims to reconsider the turn away from private law. In particular, its papers aim to demonstrate concretely the value of taking as worthy objects of inquiry private law’s categories and concepts. The goal is to offer a new set of perspectives on time-honored territory by harnessing interdisciplinary analysis in aid of interpretive reconstruction rather than skeptical deconstruction.“<sup>15</sup>

Bemerkenswert erscheint dieses Programm insbesondere in Anbetracht der oben skizzierten Unterschiede zwischen amerikanischer und deutscher Rechtswissenschaft. Soweit darin die Eigenheit des Privatrechts und die Rekonstruktion seiner überkommenen Begriffe propagiert werden, liegt es nahe, Übereinstimmungen mit Positionen der deutschen Jurisprudenz zu sehen. Dies wirft die Frage auf, ob die Bezeichnung „The New Private Law“ noch in einem weiteren Sinne missverständlich gewählt ist: Verbirgt sich hinter ihr womöglich gar keine *neue* Privatrechtswissenschaft, sondern Zivilrechtswissenschaft nach Manier der „Alten Welt“? Wäre dies der Fall, so läge in der Proklamation von „The New Private Law“ eine Pointe: In Deutschland mehren sich schließlich in jüngerer Zeit die Rufe, die hiesige Jurisprudenz solle sich an der amerikanischen Rechtswissenschaft ein Vorbild nehmen.<sup>16</sup> Sollte es so sein, dass sich die amerikanische Rechtswissenschaft gleichzeitig in Richtung der deutschen bewegt?

Statt angesichts einer einzelnen Tagungsankündigung voreilig in „Konvergenzeuphorie“<sup>17</sup> zu verfallen, gilt es freilich zunächst zu klären, was es mit „The New Private Law“ überhaupt auf sich hat. Hierfür ist die historische Perspektive unverzichtbar. Die Entwicklung des modernen amerikanischen Rechtsdenkens folgt schließlich spätestens seit Ende des 19. Jahrhunderts einer eigenen, von der Entwicklung anderer Rechtswissenschaften weitgehend entkoppelten Dynamik. Nachfolgend sollen daher zunächst –

<sup>15</sup> <[http://www.harvardlawreview.org/issues/\\_8348.php](http://www.harvardlawreview.org/issues/_8348.php)>.

<sup>16</sup> Siehe etwa *Lepsius*, Staatsrechtslehre (Fn. 5) 348 ff.; *Armin von Bogdandy*, Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum: JZ 2011, 1, 3 ff.

<sup>17</sup> Kritisch zur „Konvergenzeuphorie“ in Bezug auf englische und deutsche Jurisprudenz jüngst *Martin Flohr*, Richter und Universitätsjuristen in England: RabelsZ 77 (2013) 322, 323.

unter Rückgriff auf die einschlägigen Standardnarrative und Inkaufnahme mancher Vergrößerung – die jüngere Geschichte der amerikanischen Rechtswissenschaft nachgezeichnet und einige im gegenwärtigen amerikanischen Rechtsdenken besonders einflussreiche gedankliche Strömungen vorgestellt werden. Besonderes Augenmerk wird dabei die Frage erhalten, wie sich diese Strömungen im amerikanischen Rechtsdenken zur Idee eines eigenständigen Privatrechts stellen (II.). Anschließend soll das wissenschaftliche Programm von „The New Private Law“ näher vorgestellt und hierzu in Bezug gesetzt werden (III.). In einem nächsten Schritt sollen zwei Beiträge zum „New Private Law“-Symposium in den Blick genommen werden, die nach Auffassung der Tagungsorganisatoren paradigmatisch sind für den Ansatz dieser neuen rechtswissenschaftlichen Initiative (IV.). Auf dieser Grundlage wird abschließend eine Einordnung des Phänomens „The New Private Law“ und ein Vergleich mit der gegenwärtigen deutschen Privatrechtswissenschaft erfolgen (V.).

## II. Der diskursive Kontext von „The New Private Law“

Geschichte und Gegenwart lassen sich bei wissenschaftlichen Diskursen bekanntlich nicht trennscharf voneinander abgrenzen. Gleichwohl entspricht es verbreiteter historiographischer Übung, die Gegenwart der amerikanischen Jurisprudenz etwa in den 1960er oder 1970er Jahren beginnen zu lassen: In dieser Zeit begann deren Fragmentierung in diverse ideologische Strömungen, und viele der auch heute noch einflussreichen Bewegungen im amerikanischen Rechtsdenken nahmen ihren Anfang, darunter insbesondere das *law and economics movement* und das *critical legal studies movement*. Die ereignisreichen 100 Jahre vor 1970 bilden hiernach die für das Verständnis der Gegenwart des amerikanischen Rechtsdenkens eminent wichtige „Vorgeschichte“. Auch hier soll diesem Darstellungsmuster gefolgt werden.

### 1. Entwicklung der amerikanischen Rechtswissenschaft ca. 1870–1970

Deutsche und amerikanische Rechtswissenschaft standen bekanntlich nicht seit jeher im eingangs beschriebenen Gegensatz. Im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts und noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts hatte die in Deutschland bis heute leitbildhafte<sup>18</sup> Idee einer auf das positive Recht bezo-

---

<sup>18</sup> Nach Lepsius war die deutsche Rechtswissenschaft sogar „nie [...] dogmatischer als heute“. Siehe *Oliver Lepsius*, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: *Rechtswissenschaftstheorie*, hrsg. von dems./Matthias Jestaedt (2008) 1, 20. Ihm zustimmend *Helge Dedek*/

genen, unpolitischen, begrifflich-systematischen Rechtswissenschaft auch an den amerikanischen *law schools* wichtige Anhänger.<sup>19</sup> Wie insbesondere Mathias Reimann gezeigt hat, war dies nicht zuletzt der Ausstrahlungskraft der deutschen Pandektistik geschuldet.<sup>20</sup> Einflussreiche amerikanische Rechtsgelehrte wie Christopher Columbus Langdell, 1870–1895 erster Dekan der Harvard Law School, strebten damals danach, das zunehmend unüberschaubare amerikanische Fallrecht in eine klare Ordnung zu bringen.<sup>21</sup> Getragen war dieses Unterfangen von der Überzeugung, dass die Präjudizienmasse mittels wissenschaftlicher Jurisprudenz auf ein geschlossenes und widerspruchsfreies System allgemeiner Begriffe und Prinzipien zurückgeführt werden könne.<sup>22</sup> Die Möglichkeit einer solchen autonomen Rechtswissenschaft hielt man freilich nicht für alle Rechtsbereiche gleichermaßen gegeben: Das Verfassungsrecht und andere öffentlich-rechtliche Materien schienen Langdell und seinen Gefolgsleuten zu politisch, um Gegenstand einer wissenschaftlichen Beschäftigung zu sein.<sup>23</sup> Wohl auch deshalb gewann die – in der Rechtstradition des *common law* bis dahin weitgehend

---

Martin J. Schermaier, German Law, in: Elgar Encyclopedia of Comparative Law<sup>2</sup>, hrsg. von Jan M. Smits (2012) 349, 365.

<sup>19</sup> Siehe Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870–1960* (1992) 9ff.; Mathias Reimann, *Historische Schule und Common Law* (1993) 121ff. und passim. Damit soll nicht gesagt sein, dass das Wissenschaftskonzept der damaligen US-amerikanischen Rechtswissenschaft mit demjenigen der Pandektistik oder gar mit demjenigen der heutigen deutschen Rechtswissenschaft identisch war. Zu damals bereits bestehenden Unterschieden siehe Reimann, *Historische Schule* (diese Fn.) 141f., 161f., 284f.; nunmehr auch David M. Rabban, *American Responses to German Legal Scholarship: From the Civil War to World War I: Comparative Legal History 1* (2012) 13, 23f.; ders., *Law's History – American Legal Thought and the Transatlantic Turn to History* (2013) 498.

<sup>20</sup> Siehe Reimann, *Historische Schule* (vorige Fn.) 142ff. und passim. Mit Blick auf den weitreichenden Einfluss der deutschen Rechtswissenschaft in dieser Zeit hat Duncan Kennedy die Periode von 1850–1914 deshalb in seinem Versuch einer Universalgeschichte des juristischen Denkens seit 1850 als „First Globalization of Legal Thought“ bezeichnet – eine Formel, die prägnant ausdrückt, wie ähnlich sich die Ideologien der Rechtswissenschaftler in Europa und Amerika damals waren. Siehe Duncan Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought, 1850–2000*, in: *The New Law and Economic Development*, hrsg. von David Trubek/Alvaro Santos (2006) 19, 25ff.

<sup>21</sup> Siehe Neil Duxbury, *The Patterns of American Jurisprudence* (1995) 13ff.; Thomas C. Grey, *Langdell's Orthodoxy*: U. Pitt. L. Rev. 45 (1983/84) 1,42f. und passim; Reimann, *Historische Schule* (Fn. 19) 142ff.

<sup>22</sup> Grey, U. Pitt. L. Rev. 45 (1983/84) 1, 24; Reimann, *Historische Schule* (Fn. 19) 130ff. Kontroversen diskutiert wird heute, ob – wie im 20. Jahrhundert vielfach behauptet – Langdell und seine Mitstreiter überdies der Überzeugung waren, dass sich aus den induktiv aus dem Fallmaterial gewonnenen Prinzipien mittels Deduktion eine eindeutige Antwort auf neue Rechtsfragen ableiten lasse. Verneinend (und die Debatte zusammenfassend) Rabban, *Law's History* (Fn. 19) 473ff. und 512f. Kritisch zu verbreiteten Darstellungen der Rechtswissenschaftskonzeption Langdells auch Dedek, *JZ* 2011, 540, 544.

<sup>23</sup> Siehe Grey, U. Pitt. L. Rev. 45 (1983/84) 1, 34, 48. Ähnlich Robert W. Gordon, *The Case for (and against) Harvard*: Mich. L. Rev. 93 (1994/95) 1231, 1243f.

bedeutungslose<sup>24</sup> – Idee einer strikten Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht in der amerikanischen Rechtswissenschaft damals Anhänger.<sup>25</sup>

Ab Ende des 19. Jahrhunderts geriet das heute in den USA als *classical legal thought*<sup>26</sup> bezeichnete begrifflich-systematische Rechtsdenken innerhalb der amerikanischen Rechtswissenschaft zunehmend in die Kritik.<sup>27</sup> Als Vorreiter dieser später als „revolt against formalism“<sup>28</sup> glorifizierten Gegenbewegung gilt Oliver Wendell Holmes,<sup>29</sup> in dessen 1897 in der Harvard Law Review veröffentlichten Rede „The Path of the Law“<sup>30</sup> nicht wenige zeitgenössische Autoren den Gründungstext modernen amerikanischen Rechtsdenkens erblicken.<sup>31</sup> Neben anderen, teils kryptischen Aussagen enthält Holmes' wortgewaltiger Essay eine Zurückweisung der Vorstellung einer allein auf Logik beruhenden Rechtsanwendung sowie ein Plädoyer für ein instrumentelles, sozialwissenschaftlich fundiertes Rechtsverständnis.<sup>32</sup> Beide Gedanken wurden von Vertretern der Anfang des 20. Jahrhunderts rasch

<sup>24</sup> Siehe *John Allison*, *A Continental Distinction in the Common Law* (1996), bespr. von *Nils Jansen*: ZEuP 5 (1997) 971; *Merryman*, *J. Publ. L.* 17 (1968) 3, 5ff. Folgt man neueren rechtsvergleichenden Untersuchungen, so hat die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht in England – anders als in den USA – in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts an Bedeutung gewonnen. Siehe *Allison*, *Distinction* (diese Fn.); *Mark Freedland*, *The Evolving Approach to the Public/Private Distinction in English Law*, in: *The Public Law/Private Law Divide – Une entente assez cordiale?*, hrsg. von *dems./J.-B. Auby* (2006) 93.

<sup>25</sup> Siehe *Morton J. Horwitz*, *The History of the Public/Private Distinction*: *U. Pa. L. Rev.* 130 (1981/82) 1423, 1425.

<sup>26</sup> Die Prägung dieses Begriffs wird heute Duncan Kennedy zugeschrieben, dessen Manuskript „*The Rise and Fall of Classical Legal Thought*“ jahrzehntelang unter amerikanischen Autoren kursierte, ohne als Ganzes irgendwo veröffentlicht worden zu sein. Siehe nunmehr *Duncan Kennedy*, *The Rise & Fall of Classical Legal Thought: with a new preface by the author*, „Thirty years later“ (2006).

<sup>27</sup> Siehe überblicksartig *William W. Fisher III*, *Legal Theory and Legal Education 1920–2000*, in: *The Cambridge History of Law in America*, hrsg. von *Michael Grossberg/Christopher Tomlins*, Band III: *The Twentieth Century and After* (2008) 34, 35f.; *Thomas C. Grey*, *Judicial Review and Legal Pragmatism*: *Wake Forest L. Rev.* 38 (2003) 473, 492ff.; *Natalie Hull*, Stichwort „Jurisprudence, American: The Revolt against Formalism“, in: *The Oxford Companion to American Law*, hrsg. von *Kermit Hall/David S. Clark et al.* (2002) 447.

<sup>28</sup> Siehe *Morton White*, *Social Thought in America: the revolt against formalism* (1949). Kritisch zu diesem Terminus etwa *Duxbury*, *Patterns* (Fn. 21) 10, 64: „There was never, in American jurisprudence, anything so extravagant as a ‘revolt against formalism.’“ Kritisch zu Whites Darstellung auch *Rabban*, *Law's History* (Fn. 19) 476f.

<sup>29</sup> Aus dem amerikanischen Schrifttum siehe anstatt vieler *Horwitz*, *Transformation* (Fn. 19) 109ff. Für eine auch Bezüge zur deutschen Rechtswissenschaft herstellende Perspektive siehe *Grechenig/Gelter*, *RabelsZ* 72 (2008) 513, 523f.; *Reimann*, *Historische Schule* (Fn. 19) 148ff. und passim.

<sup>30</sup> *Oliver Wendell Holmes*, *The Path of the Law*: *Harv. L. Rev.* 10 (1896/97) 457.

<sup>31</sup> Siehe etwa die Nachweise bei *Albert W. Alschuler*, *The Descending Trail: Holmes' Path of the Law One Hundred Years Later*: *Fla. L. Rev.* 49 (1997) 353, 353.

<sup>32</sup> Siehe *Holmes*, *Harv. L. Rev.* 10 (1896/97) 457, 465f., 469 und passim.

an Popularität gewinnenden, überaus heterogenen Strömung des *legal realism* aufgegriffen.<sup>33</sup> Die Überzeugung, dass das Zusammenspiel von Präjudizien und traditioneller juristischer Methodik die richterliche Entscheidungsfindung nicht präzise steuert, bildete nach verbreiteter Darstellung gewissermaßen den „negativen“ bzw. „kritischen“ Part des rechtsrealistischen Ansatzes; die „positive“, „konstruktive“ Seite repräsentierte die (zunächst freilich kaum umgesetzte)<sup>34</sup> Idee, dass sich das Recht, wenn man es nicht als autonom verstehe, sondern als Instrument zur Erreichung bestimmter politischer Ziele, mit den Methoden der Sozialwissenschaften rekonstruieren lasse.<sup>35</sup>

Die Rechtsrealisten bewirkten innerhalb des amerikanischen juristischen Diskurses einen Paradigmenwechsel: Die Vorstellung eines unpolitischen, aus sich heraus begreifbaren, objektiven Rechts war fortan diskreditiert.<sup>36</sup> Einen Ausdruck fand dieser Umstand in der bekannten Sentenz „we are all realists now“<sup>37</sup> – sie verkörpert bis heute ein Selbstverständnis vieler amerikanischer Rechtswissenschaftler.<sup>38</sup> Bislang nicht endgültig geklärt ist, warum die Rechtsrealisten mit ihrer Kritik am „Rechtsformalismus“ des *clas-*

<sup>33</sup> Zu Holmes' Status als Wegbereiter des Rechtsrealismus siehe anstatt vieler *William W. Fisher III/Morton J. Horwitz/Thomas A. Reed, American Legal Realism* (1993) 3ff.; *Reimann, Historische Schule* (Fn. 19) 260f.

<sup>34</sup> Eine kritische Analyse der eher zaghaften Versuche der Rechtsrealisten, sozialwissenschaftliche Methoden zur Rechtsanalyse zu verwenden, liefert *Duxbury, Patterns* (Fn. 21) 301.

<sup>35</sup> Siehe in diesem Sinne etwa prägnant *Horst Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip* (1995) 407f.; *Paul W. Kahn, The Reign of Law: Marbury v. Madison and the Construction of America* (1997) 2ff. Ausführlichere Darstellungen etwa bei *Gerhard Casper, Juristischer Realismus und politische Theorien im amerikanischen Rechtsdenken* (1967) 27ff.; *Wolfgang Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung II* (1975) 273ff.; *Brian Leiter, American Legal Realism*, in: *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, hrsg. von Martin P. Golding/William A. Edmundson (2005) 50; *Norbert Reich, Sociological Jurisprudence und Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas* (1967) 82ff. Insgesamt existieren wegen der Heterogenität der rechtsrealistischen Bewegungen natürlich noch viele andere Deutungsmöglichkeiten als die hier vorgestellte. Pointiert zusammenfassend *Gary Peller, The Metaphysics of American Law: Cal. L. Rev.* 73 (1985) 1151, 1259: „[Realism] is described as a move from formalism to instrumentalism; from universals to particulars; from qualitatively differentiated categories to quantitatively continuous data; from individualism to collectivism; from laissez-faire to social welfare; from absolute first principles to consequentialist policy analysis; from clear rules to flexible standards; and from individual rights to social purposes. And there is little doubt that each of the characterizations is accurate [...]“

<sup>36</sup> Siehe etwa *Dedek, JZ* 2011, 540, 543; *Horwitz, Transformation* (Fn. 19) 193.

<sup>37</sup> Zu deren Bedeutung siehe anstatt vieler *Joseph William Singer, Legal Realism Now, Cal. L. Rev.* 76 (1988) 465, 503 und passim.

<sup>38</sup> Angesichts der weiten Verbreitung dieser nicht immer eindeutig verwendeten Sentenz wurde schon 1986 bemerkt: „The statement has been made so frequently that it has become a truism to refer to it as a truism.“ Siehe *Laura Kalman, Legal Realism at Yale 1927–1960* (1986) 229. Ähnlich *Michael Steven Green, Legal Realism as Theory of Law: Wm. & Mary L. Rev.* 46 (2004/05) 1917, 1917: „[...] it has become a cliché to call it a ‚cliché‘ – that we are all realists now.“



*sical legal thought* ungleich mehr Erfolg hatten als etwa die in Deutschland gleichzeitig auf den Plan tretende Freirechtsbewegung.<sup>39</sup> Als gesicherte Erkenntnis kann aber wohl gelten, dass sich Dynamik und Anziehungskraft der rechtsrealistischen Bewegung nicht allein mit Defiziten der damaligen amerikanischen Privatrechtswissenschaft erklären lassen: Auch die (Verfassungs-)Rechtsprechung jener Zeit ist in den Blick zu nehmen.<sup>40</sup> Diese stand nach verbreiteter Wahrnehmung um die Jahrhundertwende unter dem starken Einfluss der Ideologie des *Laisser-faire*-Liberalismus: Legislative Marktinterventionen, mit denen Missständen des Arbeits- und Wirtschaftslebens entgegengewirkt werden sollte, wurden durch die Rechtsprechung vielfach konterkariert.<sup>41</sup> Als (unrühmlicher) Höhepunkt dieser Entwicklung gilt vielen das Urteil des Supreme Court in Sachen *Lochner v. New York*,<sup>42</sup> in dem dieser im Jahr 1905 ein Gesetz des Bundesstaats New York für verfassungswidrig erklärte, das aus Arbeitnehmerschutzgründen eine Höchst Arbeitszeit für angestellte Bäcker festgesetzt hatte. Dieses Ergebnis war möglich, weil das Gericht die *due process clause* des 14. Zusatzes der amerikanischen Verfassung dahingehend verstand, dass sie auch die privatrechtliche Vertragsfreiheit schütze und Eingriffsbefugnisse des Gesetzgebers hierin eng auslegte.<sup>43</sup>

Das (1937 revidierte)<sup>44</sup> *Lochner*-Urteil stieß bei vielen – Marktinterventionen eher positiv gegenüberstehenden – Rechtsgelehrten auf vehemente Ablehnung.<sup>45</sup> Nach einer damals populären,<sup>46</sup> auch heute noch vielfach vertretenen<sup>47</sup> Deutung war das Urteil – wie die gesamte wirtschaftsliberale Rechtsprechung dieser Zeit – maßgeblich durch das formalistische Rechts-

<sup>39</sup> Zu den Parallelen zwischen beiden Bewegungen und der Erfolglosigkeit der Freirechtsschule siehe statt aller *Grechenig/Gelter*, *RabelsZ* 72 (2008) 513, 550 ff.

<sup>40</sup> Siehe anstatt vieler *Grechenig/Gelter*, *RabelsZ* 72 (2008) 513, 525; *John Henry Schlegel*, Stichwort „Legal Realism“, in: *Oxford Companion* (Fn. 27) 501.

<sup>41</sup> Siehe *Fisher III*, *Legal Theory* (Fn. 27) 35 f.; *Reich*, *Sociological Jurisprudence* (Fn. 35) 22 ff.

<sup>42</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

<sup>43</sup> Deutschsprachige Darstellung und Einordnung etwa bei *Grechenig/Gelter*, *RabelsZ* 72 (2008) 513, 524; *Felix Maultzcsh*, Die Konstitutionalisierung des Privatrechts als Entwicklungsprozess – Vergleichende Betrachtungen zum deutschen und amerikanischen Recht: *JZ* 2012, 1040, 1043; *Reich*, *Sociological Jurisprudence* (Fn. 35) 23; *Reimann*, *Historische Schule* (Fn. 19) 241 f.

<sup>44</sup> Siehe *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). Hierzu im deutschsprachigen Schrifttum etwa *Reich*, *Sociological Jurisprudence* (Fn. 35) 126.

<sup>45</sup> Siehe anstatt vieler *Horwitz*, *Transformation* (Fn. 19) 33 ff.; *Marietta Auer*, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit* (2005) 75 f.

<sup>46</sup> Für einen (kritischen) Überblick über das damalige Schrifttum siehe *Grey*, *Wake Forest L. Rev.* 38 (2003) 473, 494 ff.

<sup>47</sup> Siehe etwa *Horwitz*, *Transformation* (Fn. 19) 33. Ihm folgend *Grechenig/Gelter*, *RabelsZ* 72 (2008) 513, 524. Für eine zusammenfassende Darstellung der Debatte über den Zusammenhang zwischen *classical legal thought* und wirtschaftsliberaler Rechtsprechung siehe *Rabban*, *Law's History* (Fn. 19) 485 ff.

denken des *classical legal thought* und durch dessen Vorstellung eines politisch neutralen Privatrechts beeinflusst. Gegen diese Auffassung sprach zwar die Tatsache, dass sich die Richter keiner begrifflich-systematischen Argumentation nach Art von Langdell bedienten,<sup>48</sup> sowie ferner der Umstand, dass die universitären Vertreter des *classical legal thought* den Primat des Gesetzgebers über das Privatrecht gar nicht bestritten hatten.<sup>49</sup> Es kann hier indes dahingestellt bleiben, ob die Interpretation des *Lochner*-Urteils als verfassungsrechtliche Ausgeburt des klassischen Privatrechtsdenkens vollends ohne Grundlage war.<sup>50</sup> Kaum bestritten wird jedenfalls, dass diese Interpretation dem Kampf gegen den „Rechtsformalismus“ eine willkommene sozialpolitische Dimension verlieh – und so half, Unterstützung hierfür zu mobilisieren.<sup>51</sup> Der *judicial interventionism* des Gerichts in *Lochner* trug also (gewissermaßen unwillentlich) wesentlich dazu bei, dass die von Holmes eingeleitete „Revolte gegen den Rechtsformalismus“ das US-amerikanische Rechtsdenken komplett verändern konnte.<sup>52</sup>

Für die Idee eines eigenständigen Privatrechts bedeutete die durch das *Lochner*-Urteil hervorgerufene Empörung einen dramatischen Ansehensverlust. Im Anschluss an *Lochner* wurde es im amerikanischen juristischen Diskurs populär, Kritik an der sogenannten *public/private distinction* zu üben. Damit war primär die Vorstellung gemeint, dass es einen staatlicher Regulierung und den Umverteilungswünschen der demokratischen Mehrheit entzogenen privaten Lebensbereich gebe.<sup>53</sup> Als Auswuchs einer solchen undemokratischen Vorstellung erschien nicht wenigen die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht.<sup>54</sup> Noch heute sehen sich in

<sup>48</sup> Siehe *Grey*, *Wake Forest L. Rev.* 38 (2003) 473, 496ff.; *Nils Jansen/Ralf Michaels*, *Private Law and the State*: *RabelsZ* 71 (2007) 345, 352.

<sup>49</sup> Siehe *Grey*, *Wake Forest L. Rev.* 38 (2003) 473, 502; ihm folgend *Bernstein*, *Tex. L. Rev.* 82 (2003/04) 1, 18 Fn. 86.

<sup>50</sup> Vgl. die differenzierende Einschätzung von *Reimann*, *Historische Schule* (Fn. 19) 244, der einerseits darauf hinweist, dass „Langdell [...] [kein] erklärter Befürworter des verfassungsrechtlichen Schutzes unbeschränkter wirtschaftlicher Freiheit oder unbedingte[r] Gegner fortschrittlicher Sozialgesetzgebung“ war, der es andererseits aber für nachvollziehbar hält, zwischen Langdells Wissenschaftskonzept und der *Lochner*-Rechtsprechung einen Zusammenhang zu sehen.

<sup>51</sup> Siehe *Grey*, *Wake Forest L. Rev.* 38 (2003) 473, 507: „Langdellian private-law theory was in political terms unimportant compared to laissez-faire constitutionalism. And only because *Lochner* was conceived as an application of the larger phenomenon ‘formalism’ did the entrenchment of jurisprudential antiformalism [...] become a major preoccupation of twentieth-century American legal thinkers.“

<sup>52</sup> Siehe *Grey*, *Wake Forest L. Rev.* 38 (2003) 473, 507; *Horwitz*, *Transformation* (Fn. 19) 33.

<sup>53</sup> Für eine Darstellung der rechtsrealistischen Kritik an der *public/private distinction* siehe *Horwitz*, *U. Pa. L. Rev.* 130 (1981/82) 1423, 1426f.; *Fisher III/Horwitz/Reed*, *American Legal Realism* (Fn. 33) 98ff. Für eine Kritik aus späterer Zeit siehe etwa *Duncan Kennedy*, *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*: *U. Pa. L. Rev.* 130 (1981/82) 1349.

<sup>54</sup> Siehe exemplarisch etwa den Aufsatz von *Horwitz*, *U. Pa. L. Rev.* 130 (1981/82) 1423,

den USA daher Autoren, die die Begriffe „Privatrecht“ oder „private Rechte“ in einem affirmativen Sinn verwenden, zu der Klarstellung genötigt, dass sie keine *Lochner*-Apologie oder die Rückkehr zu einer unregulierten Privatsphäre propagieren.<sup>55</sup> Ihnen steht seit der damaligen Zeit die – eingangs bereits erwähnte – Auffassung der Mehrheit der Rechtswissenschaftler gegenüber, dass das Privatrecht nicht weniger als andere Rechtsgebiete ein Instrument zur Verfolgung öffentlicher Zwecke sei.

Auf die mitunter als turbulent wahrgenommene Hochphase des Rechtsrealismus zwischen den beiden Weltkriegen folgte – nach heute gängiger Darstellung – zunächst eine Periode der Konsolidierung, in der insbesondere prozedurale Rechtstheorien Popularität genossen.<sup>56</sup> Diese befassten sich schwerpunktmäßig nicht mit dem substantiellen Gehalt des Rechts, sondern mit den institutionellen und verfahrensbezogenen Bedingungen legitimer Entscheidungsfindung. Ohne die Vorstellung der Rechtsrealisten vom politischen und instrumentellen Charakter des Rechts preiszugeben, schien es auf diese Weise noch möglich, eine in gewissem Maße autonome Rechtswissenschaft zu betreiben.<sup>57</sup> In den 1960er Jahren schwand die Überzeugung von der Ergiebigkeit des *legal process*-Ansatzes freilich merklich, wohl nicht zuletzt aufgrund der politischen Radikalisierung dieser Zeit. Entwicklungen in nichtjuristischen Disziplinen, insbesondere in den Wirtschaftswissenschaften, schienen zudem die Realisierung der „positiven“ Ambition des *legal realism* zu ermöglichen: die rationale Erfassung des Rechts aus der sozialwissenschaftlichen Perspektive.<sup>58</sup> Unter diesen Umständen nahm die „Gegenwart“ der amerikanischen Rechtswissenschaft nunmehr ihren Anfang.

---

der nicht weiter differenziert zwischen der Theorie der *public/private distinction* und der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht.

<sup>55</sup> Siehe etwa *Oman/Solomon*, Duke L.J. 62 (2012/13) 1109, 1123: „The idea of private-law rights, though, is so closely associated with the *Lochner* doctrine that invoking such rights often invites skepticism from legal scholars.“

<sup>56</sup> Siehe etwa die Darstellungen bei *David Kennedy/William W. Fisher III*, *The Canon of American Legal Thought* (2006) 10f.; *Elizabeth B. Meusch*, Stichwort „Jurisprudence, American, 1945–1970“, in: *Oxford Companion* (Fn. 27) 448; *Richard Posner*, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline, 1962–1987*: Harv. L. Rev. 100 (1986/87) 761, 762ff.

<sup>57</sup> Siehe *Halterm*, *Der Staat* 40 (2011) 243, 251f.; *Horwitz*, *Transformation* (Fn. 19) 253ff.; *Singer*, *Cal. L. Rev.* 76 (1988) 465, 505ff.

<sup>58</sup> Siehe *Kennedy/Fisher III*, *Canon* (Fn. 56) 11; *Meusch*, *Jurisprudence* (Fn. 56) 451; *Posner*, *Harv. L. Rev.* 100 (1986/87) 761, 766ff.

## 2. Gegenwart: Drei wichtige Strömungen in der amerikanischen Rechtswissenschaft

In der zeitgenössischen amerikanischen Rechtswissenschaft existieren so viele diverse, teilweise kaum sinnvoll voneinander abzugrenzende Strömungen und Bewegungen, dass hier nicht der Anspruch erhoben werden kann, ein einigermaßen vollständiges Bild zu zeichnen. Aus der Vielzahl der rechtswissenschaftlichen Gruppierungen seien hier deshalb nur drei herausgegriffen, denen in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit (nach deutschem Verständnis) dem Privatrecht zuzurechnenden Rechtsgebieten besondere Bedeutung zukommt.

### a) *Law and economics movement*

Die bis in die Gegenwart wohl einflussreichste Bewegung im amerikanischen Rechtsdenken ist das bereits erwähnte *law and economics movement*, das damit als Bestätigung der Voraussage von Holmes in „The Path of the Law“ erscheint, wonach der Rechtsgelehrte der Zukunft „the man of statistics and the master of economics“ sein werde.<sup>59</sup> Als Pionierarbeiten dieser Bewegung gelten zwei unabhängig voneinander entstandene Aufsätze von Ronald Coase<sup>60</sup> und Guido Calabresi<sup>61</sup> aus den Jahren 1960 bzw. 1961;<sup>62</sup> ihr eigentlicher Durchbruch erfolgte freilich erst in den frühen 1970er Jahren, etwa zeitgleich mit dem Erscheinen der Erstauflage von Richard Posners Lehrbuch „Economic Analysis of Law“, welches zum Standardwerk avancierte.<sup>63</sup> In Posners Worten bezeichnet *law and economics* „the application of the theories and empirical methods of economics to the central institutions of the legal system.“<sup>64</sup> Verbreitet ist bekanntlich die Unterscheidung zwischen „positiver“ (bzw. deskriptiver) und „normativer“ (bzw. präskriptiver) ökonomischer Analyse des Rechts.<sup>65</sup> Erstere befasst sich schwerpunktmäßig

<sup>59</sup> Siehe Holmes, Harv. L. Rev. 10 (1896/97) 457, 469. Zur (umstrittenen) Einordnung des *law and economics movement* als Erfüllung der Prophezeiung Holmes' siehe nur Grechenig/Gelter, RabelsZ 72 (2008) 513, 528.

<sup>60</sup> Ronald Coase, The Problem of Social Cost: J. L. & Econ. 3 (1960) 1.

<sup>61</sup> Guido Calabresi, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts: Yale L.J. 70 (1960/61) 499.

<sup>62</sup> Siehe Erich Schanze, Ökonomische Analyse des Rechts in den USA, Verbindungslinien zur realistischen Analyse des Rechts<sup>2</sup>, hrsg. von Heinz-Dieter Assmann/Christian Kirchner/Erich Schanze (1993) 1, 2f.; siehe ferner Herbert Hovenkamp, Law and Economics in the United States: a brief historical survey: Camb. J. Econ. 19 (1995) 331, 333, der freilich darauf hinweist, dass ökonomische Methoden von manchen Autoren in den USA auch schon vorher zur Rechtsanalyse herangezogen wurden.

<sup>63</sup> Richard A. Posner, Economic Analysis of Law (1973). Zur Verbreitung der ökonomischen Analyse Anfang der 1970er Jahre siehe wiederum Schanze, Analyse (vorige Fn.) 4f.

<sup>64</sup> Richard A. Posner, The Economic Approach to Law: Tex. L. Rev. 53 (1974/75) 757, 759.

<sup>65</sup> Zu dieser Unterscheidung und zu ihrer nachfolgenden Erläuterung Eidenmüller, Effizi-

mit der Frage, welche Folgen gegebene rechtliche Regelungen – unter Annahme eines bestimmten Verhaltensmodells – in der Wirklichkeit auslösen. Letztere fragt insbesondere, wie das Rechtssystem beschaffen sein muss, um dem Ziel wohlfahrtsökonomischer Effizienz bestmöglich zu dienen. Diesem Unterfangen liegt die Prämisse zugrunde, dass Recht effizient im Sinne der Wohlfahrtsökonomik sein soll. Verfolgt man diesen Ansatz konsequent, so kommt der Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht kein materieller Gehalt zu: Gründe, warum dem Ziel der Effizienz nur bestimmte Rechtsgebiete unterworfen werden sollten, lassen sich aus dem Gedankengebäude der normativen ökonomischen Analyse nämlich nicht ableiten.<sup>66</sup>

#### b) *Critical legal studies movement*

Obleich sich Anhänger des *law and economics movement* über das gesamte politische Spektrum verteilen, wurde die Bewegung insbesondere in ihrer Anfangsphase mit der politischen Rechten assoziiert. Unzweideutig links der politischen Mitte ist dagegen das erwähnte *critical legal studies movement* zu verorten. Als Gründungsmoment dieser einflussreichen Gegenspielerin des *law and economics movement* wird häufig eine Konferenz an der University of Wisconsin im Jahr 1977 benannt.<sup>67</sup> Zu den Kernthesen der *critical legal studies* rechnen die Behauptung der Ununterscheidbarkeit von rechtlichem und politischem Diskurs und, damit zusammenhängend, die der Unbestimmtheit des Rechts.<sup>68</sup> Zuweilen wird das *critical legal studies movement* deshalb als Erbe des „negativen“ Programms der *legal realists* bezeichnet.<sup>69</sup> Über den Regelskeptizismus der Rechtsrealisten gehen ihre Anhänger freilich hinaus: Nicht nur gilt ihnen die Auffassung als falsch, dass sich eine (nicht lediglich banale) Rechtsfrage auf Grundlage eines kohärenten Systems aus Präjudizien und

---

enz (Fn. 35) 21; *Jon D. Hanson/Melissa R. Hart*, Law and Economics, in: *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, hrsg. von Dennis M. Patterson (1996) 311 f.; *Lewis A. Kornhauser*, Economic Rationality in the Analysis of Legal Rules and Institutions, in: *The Blackwell Guide* (Fn. 35) 67.

<sup>66</sup> Zum universellen Anspruch der Rechtsökonomik siehe nur *Eidenmüller*, Effizienz (Fn. 35) 68 ff. Gleicher Befund wie hier auch bei *Richard Craswell*, In that Case, What is the Question?, *Economics and the Demands of Contract Theory: Yale L.J.* 112 (2002/03) 903, 922: „[...] the qualitative distinction between ‘public’ and ‘private’ law [...] has no significance in normative economic analysis.“

<sup>67</sup> Die Entwicklung, die zur ersten „Conference on Critical Legal Studies“ führte, ist geschildert bei *Duxbury*, *Patterns* (Fn. 21) 421 ff., insbes. 449.

<sup>68</sup> Siehe *Mark V. Tushnet*, *Critical Legal Theory*, in: *The Blackwell Guide* (Fn. 35) 80 f. Deutschsprachige Darstellung etwa bei *Tobias Klarmann*, Der Einfluss der Critical Legal Studies in den USA: Greifswalder Halbjahresschrift für Rechtswissenschaft (GreifRecht) 7 (2012) 113.

<sup>69</sup> Siehe *Kahn*, *Reign* (Fn. 35) 43. Vermutlich nach Kahns Vorbild auch *Haltern*, *Der Staat* 40 (2001) 243, 251.

Rechtsnormen eindeutig beantworten lasse; auch die Idee, dass aus den Sozialwissenschaften entlehnte Maßstäbe eine objektive Entscheidungsfindung ermöglichen können, weisen sie als formalistisch zurück.<sup>70</sup> Um zu erklären, warum es trotz der (behaupteten) Unbestimmtheit des Rechts häufig möglich ist, richterliche Entscheidungen mit einiger Bestimmtheit vorherzusagen, rekurren Teile des *critical legal studies movement* nach Manier des orthodoxen Marxismus auf die Interessen der besitzenden Klasse, andere verweisen auf die disziplinierende Wirkung hegemonialer Ideologien.<sup>71</sup> Eine innerhalb der Bewegung verbreitete Methode ist das sogenannte *trashing*, eine Form der Dekonstruktion juristischer Texte, die das Ziel verfolgt, deren inhärente Widersprüche offenzulegen.<sup>72</sup> Nicht selten richten sich diese Bemühungen gegen überkommene Doktrinen auf dem Gebiet des Privatrechts: Ähnlich wie bereits das *legal realism movement*, hat nämlich auch das *critical legal studies movement* Kritik an der *public/private distinction* zu einem ihrer zentralen Anliegen erhoben. Und so richtet sich der Ehrgeiz vieler Autoren darauf, den Nachweis zu erbringen, dass zentrale Konzepte des Privatrechts, die vermeintlich dem freien Willen der Parteien oder der individuellen Gerechtigkeit zum Ausdruck verhelfen, bloß Konstrukte sind – und die Idee eines unpolitischen Privatrechts nicht mehr als eine Chimäre.<sup>73</sup>

### c) Deontologische Privatrechtstheorien

Angesichts der bisherigen Schilderung ließe sich der Eindruck gewinnen, die Idee eines vom öffentlichen Recht kategorial verschiedenen Privatrechts habe seit der „revolt against formalism“ überhaupt keine Unterstützer in der amerikanischen Jurisprudenz – doch dieser Eindruck trügt. So ist seit den 1980er Jahren eine zahlenmäßig eher marginale<sup>74</sup> Gruppe von Autoren in Erscheinung getreten, die für einzelne Teilgebiete des Privatrechts – oder für das Privatrecht in seiner Gesamtheit – sogenannte „rights-based theo-

<sup>70</sup> Siehe *Guyora Binder*, *Critical Legal Studies*, in: *Companion to Philosophy* (Fn. 65) 282; *Tushnet*, *Theory* (Fn. 68) 81.

<sup>71</sup> Siehe *Tushnet*, *Theory* (Fn. 68) 82ff.; ausführlicher *Duxbury*, *Patterns* (Fn. 21) 450ff.

<sup>72</sup> Siehe *Mark Kelman*, *Trashing*: *Stan. L. Rev.* 36 (1984) 293. Deutschsprachige Darstellung bei *Günter Frankenberg*, *Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies etc.*, in: *Neue Theorien des Rechts*, hrsg. von Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (2006) 97, 106ff.

<sup>73</sup> Siehe *Mark Kelman*, *A Guide to Critical Legal Studies* (1987) 102ff.; *Tushnet*, *Theory* (Fn. 68) 84f.

<sup>74</sup> Dementsprechend finden ihre Vertreter in vielen Darstellungen des amerikanischen Rechtsdenkens gar keine Erwähnung oder firmieren lediglich als Teil einer disparaten größeren Strömung. Vgl. etwa *The Blackwell Guide* (Fn. 35) (keine Erwähnung innerhalb der Darstellung der „Contending Schools of Thought“); *Duxbury*, *Patterns* (Fn. 21) (keine Erwähnung); *Fisher III*, *Legal Theory* (Fn. 27) 46ff. (Klassifizierung als Teil einer größeren „Law and Philosophy“-Bewegung).

ries“ propagieren.<sup>75</sup> Nach diesen Theorien ist das Privatrecht deshalb vom öffentlichen Recht verschieden, weil es ihm nicht um kollektive Ziele (also etwa Effizienz) zu tun ist, sondern ausschließlich um subjektive Rechte, die Individuen anderen Individuen gegenüber zustehen. Die Grundlage subjektiver Rechte wird dabei – häufig unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die kantische Philosophie – in der Willensautonomie des Individuums gesehen.<sup>76</sup> Weil diese Theorien die Anerkennung privatrechtlicher Rechte (und Pflichten) demnach nicht unter einen Nützlichkeitsvorbehalt stellen, werden sie auch als „deontologisch“ bzw. „nicht-konsequentialistisch“ bezeichnet. In einigen privatrechtlichen Rechtsgebieten bilden ihre Vertreter inzwischen die wichtigsten Gegenspieler des *law and economics movement*.

Im Vertragsrecht ist vermutlich Charles Fried der bekannteste Vertreter eines deontologischen Ansatzes. In seinem 1981 erschienenen Werk „Contract as Promise“ sucht er darzulegen, dass Grundlage des *contract law* die aus der Achtung der Autonomie des Einzelnen wurzelnde Pflicht zur Einhaltung von gegebenen Versprechen sei.<sup>77</sup> Im Deliktsrecht wurden vielbeachtete „rights-based theories“ insbesondere von Jules Coleman sowie von dem in Kanada lehrenden, aber lebhaft am US-amerikanischen Diskurs teilnehmenden Ernest Weinrib vorgelegt. Beide vertreten, dass die Grundlage des *tort law* im Prinzip der *corrective justice* liege.<sup>78</sup> Weinrib hat seine Deliktsrechtstheorie in seiner 1995 veröffentlichten Monographie „The Idea of Private Law“ zu einer umfassenden Privatrechtskonzeption weiterentwickelt.<sup>79</sup> Darin befürwortet er – unter dem provokant gewählten Banner des *legal formalism* – einen radikalen Perspektiven- und Prinzipienmonismus: Privatrecht, so seine Behauptung, lässt sich nur aus der internen Perspektive verstehen, also ohne jegliche Bezugnahme auf äußere Zwecke, und es lässt sich

<sup>75</sup> Siehe anstatt vieler die Darstellung bei *Oman/Solomon*, Duke L.J. 62 (2012/13) 1109, 1119ff.

<sup>76</sup> Präzise Erläuterung bei *Stephen A. Smith*, Duties, Liabilities, and Damages: Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1727, 1729.

<sup>77</sup> Siehe *Charles Fried*, Contract as Promise (1981) 7ff. und passim; nunmehr auch *ders.*, Contract as Promise Thirty Years on: Suffolk U.L. Rev. 45 (2011/12) 961. Für eine deutschsprachige Darstellung der Theorie Frieds samt Kritik siehe etwa *Hannes Unberath*, Die Vertragsverletzung (2007) 71 ff.

<sup>78</sup> Siehe etwa *Jules L. Coleman*, The Structure of Tort Law: Yale L.J. 97 (1987/88) 1233; *ders.*, Risks and Wrongs (1992); *Ernest J. Weinrib*, Towards a Moral Theory of Negligence Law: Law and Philosophy 2 (1983) 37. Zu den *corrective justice theorists* wird darüber hinaus häufig auch Richard Epstein gerechnet; andererseits steht dieser auch dem *law and economics movement* nahe. Siehe *Richard A. Epstein*, A theory of strict liability: J. Legal Stud. 2 (1973) 151. Für eine Einordnung Epsteins siehe *Benjamin C. Zipursky*, Richard Epstein and the Cold War in Torts: J. Tort L. 3 (2010) Issue 1 Article 5.

<sup>79</sup> *Ernest J. Weinrib*, The Idea of Private Law (1995). Für eine umfangreiche deutschsprachige Rezension siehe *Luidger Röckrath*, Umverteilung durch Privatrecht?: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 83 (1997) 506. Weinribs jüngere Arbeiten zur Privatrechtstheorie finden sich nunmehr zusammengefasst bei *Ernest J. Weinrib*, Corrective Justice (2012).

ausschließlich anhand des Prinzips der ausgleichenden Gerechtigkeit kohärent erklären.<sup>80</sup>

Es nimmt nicht wunder, dass die Vertreter von „rights-based theories“ des Privatrechts mit ihrem nicht-instrumentalistischen Ansatz innerhalb des amerikanischen juristischen Diskurses zuweilen dezidierte Ablehnung erfahren.<sup>81</sup> Gelegentlich werden sie dort sogar als Wiedergänger des „methodologischen Prügelknaben“<sup>82</sup> Langdell geschmäht, etwa deshalb, weil sie – wie dieser – auf einer Trennung von Recht und Politik sowie von Privatrecht und öffentlichem Recht bestehen.<sup>83</sup> Zwischen der Rechtswissenschaft des *classical legal thought* und derjenigen der „Neoformalisten“<sup>84</sup> bzw. „Neotraditionalisten“<sup>85</sup> gibt es freilich gewichtige Unterschiede: Während Langdell die Beschäftigung mit Fragen der Gerechtigkeit sowie allgemein mit der Philosophie für schlicht unvereinbar hielt mit dem Ideal einer wissenschaftlichen Jurisprudenz, nehmen diese Fragen in den Schriften etwa von Weinrib den zentralen Platz ein.<sup>86</sup> An der Anleitung der Rechtspraxis und der Lösung konkreter Rechtsprobleme zeigen er und andere Neoformalisten häufig überhaupt kein Interesse. Ob auch „The New Private Law“ zu diesen „luftige[n] Theorien nordamerikanischer Provenienz“<sup>87</sup> rechnet, wird im Folgenden zu klären sein. Hierfür ist nunmehr das wissenschaftliche Programm von „The New Private Law“ in den Blick zu nehmen.

### III. Das wissenschaftliche Programm von „The New Private Law“

Im Rahmen des „New Private Law“-Symposiums wurden vier Aufsätze zu jeweils unterschiedlichen Teilbereichen des Privatrechts – *copyright*,<sup>88</sup>

<sup>80</sup> Weinrib, *Idea* (vorige Fn.) 5, 18–21, 72 ff. und passim.

<sup>81</sup> In anderen Rechtsordnungen des *common law*, insbesondere in England, ist das Echo hingegen weit weniger kritisch. Siehe dazu noch unten bei Fn. 155.

<sup>82</sup> Dedek, *JZ* 2011, 540, 544.

<sup>83</sup> Siehe etwa John Stick, *Formalism as the Method of Maximally Coherent Classification*: Iowa L. Rev. 77 (1991/92) 773, 777 f.

<sup>84</sup> So etwa die Bezeichnung von Oman/Solomon, *Duke L.J.* 62 (2012/13) 1109, 1119.

<sup>85</sup> So etwa die Bezeichnung von Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (1990) 423 ff.

<sup>86</sup> Siehe etwa die Gegenüberstellung bei Thomas C. Grey, *Freestanding Legal Pragmatism*: Cardozo L. Rev. 18 (1996/97) 21, 27 Fn. 19; Robert L. Rabin, *Law for Law's Sake*: Yale L.J. 105 (1995/96) 2261, 2262 Fn. 5.

<sup>87</sup> So die treffende Bezeichnung von Flohr für die amerikanischen (Neo-)Formalisten. Siehe Flohr, *RabelsZ* 77 (2013) 322, 341.

<sup>88</sup> Siehe Shyamkrishna Balganesh, *The Obligatory Structure of Copyright Law: Unbundling the Wrong of Copying*: Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1664.



*property*,<sup>89</sup> *remedies*<sup>90</sup> und *tort*<sup>91</sup> – vorgestellt. Sie sollen paradigmatisch sein für den Ansatz von „The New Private Law“. Allgemeine Aussagen darüber, worin sich dieser Ansatz vom juristischen Mainstream in den USA unterscheiden soll, trifft der Essay des Vorsitzenden des „New Private Law“-Symposiums, John Goldberg (Harvard Law School), der den Abdruck der Symposiums-Beiträge in der Harvard Law Review einleitet.

## 1. Vorstellung des Programms

Merkmal des „neuen Denkens“ in der amerikanischen Privatrechtswissenschaft ist danach einmal ein Bekenntnis zum Konzeptualismus (*conceptualism*):<sup>92</sup> Hierunter versteht Goldberg das Unterfangen, Rechtsbegriffen durch genaue und kritische Analyse eine stimmige Bedeutung zu geben. Als diesbezügliches Vorbild verweist er auf Wesley Hohfeld. Dessen begriffsanalytische Arbeiten<sup>93</sup> haben freilich auch Rechtsrealisten und *critical legal studies* beeinflusst.<sup>94</sup> Im Unterschied zu jenen Bewegungen soll „The New Private Law“ juristischen Begriffen „wohlgesinnt“ begegnen – und nicht mit der Vermutung, ihnen könne ohnehin keine klare Bedeutung zukommen.

Vom juristischen Mainstream soll sich „The New Private Law“ ferner dadurch unterscheiden, dass es die „komplexe Kohärenz“ (*complex coherence*) des Rechts anerkennt. In Goldbergs Worten: „The world is complicated. So too is law [...]. [M]uch of what legal analysis is about, or should be about, is grasping law’s complexity.“<sup>95</sup> Vorstellungen, wonach sich entwickelte Rechtssysteme auf eine Handvoll Prinzipien zurückführen ließen, steht „The New Private Law“ danach skeptisch gegenüber.

Ein weiteres Charakteristikum von „The New Private Law“ liegt nach Goldberg darin, dass es juristischer Dogmatik (*doctrinalism*) konstruktiv statt destruktiv begegnet und Forschungsleistungen anstrebt, die zwischen Theorie und Praxis eine Brücke schlagen.<sup>96</sup> Hier greift Goldberg die in den USA

<sup>89</sup> Siehe *Henry E. Smith*, Property as the Law of Things: Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1691.

<sup>90</sup> Siehe *Stephen A. Smith*, Duties, Liabilities, and Damages: Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1691, 1727.

<sup>91</sup> Siehe *Benjamin Zipursky*, Palsgraf, Punitive Damages, and Preemption: Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1757.

<sup>92</sup> *John Goldberg*, Introduction: Pragmatism and Private Law: Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1640, 1652.

<sup>93</sup> *Wesley Newcomb Hohfeld*, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning: Yale L.J. 23 (1913/14) 16; *ders.* Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning: Yale L.J. 26 (1916/17) 710.

<sup>94</sup> Zum Einfluss Hohfelds auf die Rechtsrealisten siehe *Casper*, Juristischer Realismus (Fn. 35) 30 ff. Zu dessen Einfluss auf das *critical legal studies movement* siehe *Binder*, Critical Legal Studies (Fn. 70) 280 f.

<sup>95</sup> Siehe *Goldberg*, Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1640, 1653 ff.

<sup>96</sup> Siehe *Goldberg*, Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1640, 1655 f.

zunehmend lauter werdende Kritik an der Praxisferne der amerikanischen Rechtswissenschaft auf.<sup>97</sup>

Gelegenheit zur Abgrenzung vom juristischen Mainstream sieht Goldberg auch bei der Frage der Normativität des Rechts (*law's normativity*).<sup>98</sup> „The New Private Law“ geht nach seiner Darlegung von einem gewissen Zusammenhang zwischen sozialen und privatrechtlichen Verhaltensregeln aus und will letztere nicht unter völliger Ausblendung von Ersteren analysieren. Irrig sei es daher, im Privatrecht – wie etwa von Holmes vertreten<sup>99</sup> – nur ein Sanktionensystem ohne normativen Gehalt zu erblicken.

Auch die in den USA herrschende Lehrmeinung, wonach die Rolle des Staates im Privatrecht keine andere ist als im öffentlichen Recht – und Privatrecht demzufolge nur ein beliebiges Regulierungswerkzeug des Gesetzgebers –, verwirft „The New Private Law“.<sup>100</sup> Allerdings propagiert Goldberg auch nicht die gänzliche Autonomie des Privatrechts vom Staat, sondern positioniert „The New Private Law“ irgendwo zwischen diesen beiden Polen: „The New Private Law“ erkenne an, dass das Privatrecht vom Staat beaufsichtigt und durch diesen realisiert werde; doch müsse kritisch geprüft werden, inwieweit Gerichte bei der Bestimmung privater Rechte und Pflichten öffentliche Interessen heranziehen dürften.

Auch bei der Frage, welchen Gerechtigkeitspostulaten das Privatrecht genügen soll, ist „The New Private Law“ wohl anderer Auffassung als der juristische Mainstream.<sup>101</sup> So äußert Goldberg Skepsis gegenüber einer Ausrichtung des Privatrechts allein an den Maßstäben von Verteilungsgerechtigkeit oder politischer Gerechtigkeit. Die Eigenart des Privatrechts liege gerade darin, dass es Individuen Rechtsmacht verleihe, andere Individuen zur Verantwortung zu ziehen. Diesem soll es deshalb offenbar primär um die Verfolgung anderer Werte zu tun sein als dem öffentlichen Recht.

Was den Konflikt zwischen effizienzorientierten und deontologischen Rechtstheorien anbelangt, so beschreibt Goldberg die Position von „The

<sup>97</sup> Besonders viel Aufsehen erregte in den USA insoweit die auch von Goldberg erwähnte Kritik des Präsidenten des Supreme Court, John Roberts, der bei einer Konferenz im Juni 2011 äußerte: „Pick up a copy of any law review that you see, and the first article is likely to be, you know, the influence of Immanuel Kant on evidentiary approaches in 18th Century Bulgaria, or something, which I'm sure was of great interest to the academic that wrote it, but isn't of much help to the bar.“ Nachweis des Zitats etwa bei *Martin H. Pritikin*, *Can Law and Literature Be Practical?*, *The Crucible and the Federal Rules of Evidence: West Virginia Law Review* (W. Va. L. Rev.) 115 (2012) 687 Fn. 1.

<sup>98</sup> Siehe *Goldberg*, *Harv. L. Rev.* 125 (2011/12) 1640, 1656ff.

<sup>99</sup> Vgl. *Holmes*, *Harv. L. Rev.* 10 (1896/97) 457, 458ff.: „But, as I shall try to show, a legal duty so called is nothing but a prediction that if a man does or omits certain things he will be made to suffer in this or that way by judgment of the court; and so of a legal right.“ Für eine deutschsprachige Auseinandersetzung hiermit siehe etwa *Unberath*, *Vertragsverletzung* (Fn. 77) 171.

<sup>100</sup> Siehe *Goldberg*, *Harv. L. Rev.* 125 (2011/12) 1640, 1658ff.

<sup>101</sup> Siehe *Goldberg*, *Harv. L. Rev.* 125 (2011/12) 1640, 1660ff.

New Private Law“ als „qualifizierten Agnostizismus“ (*qualified agnosticism*):<sup>102</sup> Zwar hätten die Anhänger von „The New Private Law“ bei diesen und anderen Grundsatzfragen durchaus eine Haltung; andererseits seien sie davon überzeugt, dass sich Privatrecht auch von Wissenschaftlern unterschiedlicher Weltanschauung gemeinsam konstruktiv erforschen lasse. Dies sei möglich, indem man das positive Recht als solches „ernst nehme“ – und sich weniger auf die auf hoher Abstraktionsebene angesiedelten, kaum endgültig lösbaren Fragen normativer Theorien konzentriere.

Das verbindende geistige Band zwischen diesen unterschiedlichen Distinktionsmerkmalen von „The New Private Law“ will Goldberg in einer Weltanschauung sehen, die er auf den schillernden Namen „inclusive pragmatism“ tauft. Welchen Blick diese auf Recht und Rechtswissenschaft nimmt, umreißt Goldberg abschließend wie folgt:

„Viewed from the perspective of inclusive pragmatism, law is distinct from politics and morality, but not disconnected from them. Inclusive pragmatism also makes room for conceptual legal analysis without equating the study of law with logic or botany. It takes law seriously while drawing on other disciplines, including philosophy, economics, history, and cognitive science. It recognizes that legal concepts and rules operate in a context-dependent manner, and that law is a human creation administered by fallible persons who approach their jobs from various perspectives. The New Private Law is in all of these respects inclusively pragmatic.“<sup>103</sup>

## 2. Einordnung in den diskursiven Kontext

„What’s New?“ ist der letzte Abschnitt von Goldbergs Ausführungen überschrieben. Damit wirft Goldberg selbst die Frage auf, ob „The New Private Law“ seinen Anspruch der Novität einlösen kann. Auf eine klare Antwort legt er sich insoweit nicht fest. Mehrdeutig schließen seine Darlegungen mit der Bemerkung: „Insofar as academic analysis is cyclical – insofar as ideas come, go, and then come back – the time is ripe for revisiting the dogmas of the last century, and for the New Private Law.“<sup>104</sup> Versucht man sich an Goldbergs Stelle an einer Antwort, ist man mit der Schwierigkeit konfrontiert, dass auch dessen Ausführungen zu den Grundproblemen der Privatrechtstheorie manches im Ungefähren lassen. So spricht Goldberg die Fragen des Verhältnisses von Privatrecht zu Staat, Moral, Verteilungsgerechtigkeit etc. zwar an; jedoch bezieht er für „The New Private Law“ insoweit selten klar Stellung. Eine kohärente allgemeine Theorie des Privatrechts lässt sich seinen Erläuterungen daher nicht entnehmen. Derartiges zu

<sup>102</sup> Siehe Goldberg, Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1640, 1662f.

<sup>103</sup> Goldberg, Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1640, 1663.

<sup>104</sup> Goldberg, Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1640, 1663.

erwarten, hieße die Anforderungen an einen Einleitungsaufsatz zu einem Symposium freilich ohnehin überspannen.

Ergiebiger scheint vor diesem Hintergrund die Frage, wie sich „The New Private Law“ im Hinblick auf seine Methode zu den übrigen Strömungen in der amerikanischen Jurisprudenz verhält. Hier bietet es sich an, eine Positionsbestimmung gewissermaßen von den methodologischen Extremen her anzugehen. Keine Zweifel bestehen aufgrund von Goldbergs Kritik an dekonstruktivem Umgang mit juristischer Dogmatik und an einer simplen Gleichsetzung von Recht und Politik, dass „The New Private Law“ in unterschiedener Opposition zur skeptischen Rechtswissenschaft nach Manier des *legal realism* und der *critical legal studies* steht. Deutlich ist aber auch, dass „The New Private Law“ das Rad der Wissenschaftsgeschichte nicht ins 19. Jahrhundert zurückdrehen möchte. Vom *classical legal thought* unterscheidet es sich unter anderem durch seine Absage an die Ideen eines von Politik und Moral gänzlich autonomen Privatrechts und einer von anderen Wissenschaften abgeschotteten Rechtswissenschaft; ferner dadurch, dass es die Jurisprudenz dazu anhält, sich auch in Bezug auf das Privatrecht mit Fragen der Gerechtigkeit zu beschäftigen.

Weniger deutlich ist das Verhältnis von „The New Private Law“ zum *law and economics movement*. Einerseits scheint in Goldbergs Bejahung von Normativität und Eigenständigkeit des Privatrechts eine Zurückweisung der Betrachtung des Rechts allein durch die Brille der Ökonomie zu liegen; andererseits spricht Goldberg mit Blick auf den Konflikt zwischen deontologischen und effizienzorientierten Privatrechtstheorien von einem theoretischen Agnostizismus von „The New Private Law“; und an anderer Stelle betont er sogar ausdrücklich, dass er keineswegs den Wert der ökonomischen Analyse des Privatrechts in Abrede stellen wolle.<sup>105</sup> Dies ist auch deshalb überraschend, weil Goldberg in seinen übrigen Schriften – die ganz überwiegend einer deontologischen Rekonstruktion des Deliktsrechts gewidmet sind – als dezidierter Kritiker einer ökonomischen Interpretation des Rechts in Erscheinung getreten ist.<sup>106</sup> Dass er seine dortigen Argumentationsmuster nicht aufgreift, lässt darauf schließen, dass „The New Private Law“ mitnichten nur ein neues Etikett für die in den letzten drei Jahrzehnten in den USA vorgelegten deontologischen Privatrechtstheorien sein soll. Auch zwischen manchen der letztgenannten Theorien und den Positionen von „The New Private Law“ gibt es im Übrigen Friktionen – wie etwa das Beispiel von Weinrib zeigt: Zwar scheint Goldbergs Kritik an die Eigenheit des Privatrechts leugnenden amerikanischen Mainstream ganz wesentlich von Weinribs Arbeiten inspiriert; auch gibt es im Hinblick auf die Methode (etwa mit

<sup>105</sup> Siehe *Goldberg*, Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1640, 1649 Fn. 54: „[...] I do not mean to denigrate the capacity of microeconomic analysis to illuminate private law.“

<sup>106</sup> Siehe dazu unten IV. 2.

Blick auf *conceptualism* und *doctrinalism*) Übereinstimmungen;<sup>107</sup> jedoch ist Weinribs „formalistischer“, jede funktionale Betrachtung des Rechts strikt ablehnender Ansatz letztlich doch unvereinbar mit dem von „The New Private Law“ propagierten Pragmatismus.

Das Bild, das sich nach alledem von „The New Private Law“ bietet, lässt sich nicht als gestochen scharf bezeichnen. Deutlich scheint aber zumindest, dass es nicht das zentrale Anliegen dieser Initiative ist, eine puristische rechtswissenschaftliche Methode zu etablieren. Stattdessen soll es offenbar darum gehen, Vertreter unterschiedlicher methodischer Ansätze unter einem Banner zu vereinen, denen gemein ist, dass sie dem Konzept des Privatrechts und der Idee seiner Eigenheit nicht a priori mit Skepsis begegnen. Ob sich auf dieser Grundlage von einer sinnvoll abgrenzbaren rechtswissenschaftlichen Strömung sprechen lässt, scheint zumindest fraglich. In jedem Fall bietet es sich an, mittels Einzelstudien in den Blick zu nehmen, welcher Art die rechtswissenschaftlichen Arbeiten sind, die unter dem Slogan „The New Private Law“ firmieren. Hieraus können möglicherweise weitere Schlüsse über die Existenz einer spezifischen Eigenart von „The New Private Law“ gezogen werden.

#### IV. Auf der Suche nach der Eigenart von „The New Private Law“: Zwei Einzelstudien

Von den vier Aufsätzen, die im Rahmen des „New Private Law“-Symposiums präsentiert wurden, sollen hier zwei exemplarisch herausgegriffen und im Hinblick auf mögliche Gemeinsamkeiten des zutage tretenden Rechts(wissenschafts)verständnisses verglichen werden. Hierfür bieten sich die beiden Aufsätze zu den Kerngebieten des materiellen Privatrechts an: der Aufsatz von Henry Smith (Harvard Law School) zum *property law* und der von Benjamin Zipursky (Fordham Law School) zum *tort law*.

##### 1. Henry Smith, „Property as the Law of Things“

Smiths Aufsatz beschäftigt sich mit dem juristischen Begriff des dinglichen Rechts (*property*) und der Struktur des Sachenrechts (*property law*).<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Vgl. auch Goldberg, Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1640, 1645 f. Fn. 40: „I happily acknowledge that there are overlaps between, on the one hand, my diagnosis of the state of private law theory and my account of some of the tenets of the New Private Law and, on the other hand, Weinrib’s critique of functionalist accounts of private law and his defense of an internal approach.“

<sup>108</sup> Die Übersetzung von *property* mit „dingliches Recht“ und *property law* mit „Sachenrecht“ erfolgt hier einfachheitshalber. Sie ist deshalb ungenau, weil *property* nach jetzigem

Er lässt sich nur im Kontext der lebhaften amerikanischen Debatte hierüber verstehen.<sup>109</sup> Noch im 19. Jahrhundert dominierte in der US-amerikanischen Jurisprudenz das – dem deutschen Juristen bis heute vertraute<sup>110</sup> – Verständnis, wonach ein dingliches Recht eine Rechtsbeziehung zwischen einer Person und einer Sache bezeichne.<sup>111</sup> An der Schwelle zum 20. Jahrhundert kam es – unter Einfluss der analytischen Rechtstheorie von Hohfeld,<sup>112</sup> vor allem aber durch die Arbeiten der Rechtsrealisten<sup>113</sup> – zu einem Paradigmenwechsel: Das Verständnis von *property* als Person-Sache-Beziehung wurde abgelöst durch eines, wonach *property* ein Aggregat von Person-Person-Beziehungen beschreibe – bildlich ausgedrückt: ein Bündel von Rechten (*bundle of rights*).<sup>114</sup> Fortan und bis zum Ende des 20. Jahrhunderts galt die Vorstellung von Rechten an Sachen im amerikanischen juristischen Diskurs als naiv.<sup>115</sup> In jüngerer Zeit mehren sich freilich Stimmen, die auf

---

amerikanischen Verständnis auch Rechte an immateriellen Gütern umfasst. Auf diese Unterschiede kommt es jedoch im Folgenden nicht an. Zum *Property*-Begriff im US-amerikanischen Recht siehe *Steven J. Eagle*, Stichwort „Property“, in: *Oxford Companion* (Fn. 27) 657; *Reimann*, Einführung (Fn. 14) 131 ff.

<sup>109</sup> Deutschsprachige Darstellungen dieser Debatte finden sich bei *Michael Goldhammer*, *Geistiges Eigentum und Eigentumstheorie* (2012) 31 ff.; *Markus Stepanians*, Die angelsächsische Diskussion: Eigentum zwischen „Ding“ und „Bündel“, in: *Was ist Eigentum?*, hrsg. von *Andreas Eckl/Bernd Ludwig* (2005) 232. Aus dem reichen amerikanischen Schrifttum siehe etwa *Michael A. Heller*, *The Boundaries of Private Property*: Yale L.J. 108 (1998/99) 1163, 1188 ff.

<sup>110</sup> Vgl. anstatt vieler *Jürgen F. Baur/Rolf Stürner*, *Sachenrecht*<sup>15</sup> (2009) § 2 Rn. 2: „[...] [unter] *Sachenrecht* im subjektiven Sinn [...] versteht man die Rechtsstellung, die einer konkreten Person an einer konkreten Sache zusteht“ (Hervorhebung im Original). Im Detail ist auch in Deutschland Manches umstritten. Siehe *Walther Hadding*, *Rechtsverhältnis zwischen Person und Sache?*: JZ 1986, 926; *Norbert Niehues*, *Erwiderung*: JZ 1987, 453; *Walther Hadding*, *Schlusswort*: JZ 1987, 454. Für eine historische Einordnung dieser Kontroverse siehe *Ralf Michaels*, in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (2007) vor § 241 Rn. 8.

<sup>111</sup> Die berühmteste, auch in den USA sehr einflussreiche Formulierung dieses Verständnisses stammt vom englischen Juristen *William Blackstone*, der im Jahr 1765 *property* bezeichnete als „[...] that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe.“ Siehe *William Blackstone*, *Commentaries on the Laws of England II* (1765) Kap. 1, 2. Zum Einfluss von Blackstones *property*-Konzeption in den USA siehe nur *Kenneth J. Van develde*, *The New Property of the Nineteenth Century: The Development of the Modern Concept of Property*: Buff. L. Rev. 29 (1980) 325, 330 ff.

<sup>112</sup> Zur Bedeutung Hohfelds für die Wandlung des *Property*-Begriffs siehe *James E. Penner*, *The „Bundle of Rights“ Picture of Property*: UCLA L. Rev. 43 (1995/96) 711, 724 ff.; *Stepanians*, *Diskussion* (Fn. 109) 234 ff.

<sup>113</sup> Zum Einfluss der Rechtsrealisten auf die Wandlung des Begriffs *property* siehe *Gregory S. Alexander*, *Commodity and Propriety – Competing Visions of Property in American Legal Thought 1776–1970* (1997) 381; *Thomas W. Merrill/Henry E. Smith*, *What Happened to Property in Law and Economics?*: Yale L.J. 111 (2001/02) 357, 365.

<sup>114</sup> Siehe *Goldhammer*, *Eigentumstheorie* (Fn. 109) 64 f.; *Stepanians*, *Diskussion* (Fn. 109) 233 f.

<sup>115</sup> Siehe exemplarisch *Bruce A. Ackerman*, *Private Property and the Constitution* (1977)

eine Reintegration der Sache (bzw. des Dinges) in die Theorie des *property* drängen.<sup>116</sup> Auch Smith rechnet zu diesem Lager, wie bereits der Titel seines Aufsatzes andeutet. Die das *property* gewissermaßen „atomisierende“<sup>117</sup> Theorie des Rechtebündels hält Smith deswegen für nicht überzeugend, weil sie nicht beantwortet, warum es *property* in seiner gegenwärtigen Form überhaupt gebe und was es etwa von Rechten aus Vertrag oder Delikt unterscheidet: Sie suggeriere, dass grundsätzlich jede beliebige Ansammlung von interpersonellen Rechten mit dem Label *property* versehen werden könne.<sup>118</sup>

Schon seit über einem Jahrzehnt bemüht sich Smith daher um die Entwicklung einer Theorie, die – anders als nach seiner Wahrnehmung die Bündel-Metapher – die existierende Struktur des amerikanischen *property law* erklären kann. Sein Beitrag zum „New Private Law“-Symposium liefert im Wesentlichen eine Zusammenfassung dieser Bemühungen. Ausgangspunkt von Smiths Überlegungen ist die Identifikation des Zwecks von *property*: Dieser liegt nach seiner Auffassung im menschlichen Interesse an der Nutzung von Sachen.<sup>119</sup> Um zu erklären, wie das *property law* diesem Zweck dient, greift Smith auf die Transaktionskostenlehre der Neuen Institutionenökonomik zurück.<sup>120</sup> In einer Welt ohne Transaktionskosten könnte, wie Smith darlegt, für jede denkbare Form der Ressourcennutzung separat geregelt werden, ob diese erlaubt ist und wer insoweit gegenüber wem Rechte geltend machen kann.<sup>121</sup> In der Wirklichkeit kommt ein solches Re-

---

26f.: „I think it is fair to say that one of the main points of the first-year Property course is to disabuse entering law students of their primitive lay notions regarding ownership [...] Instead of defining the relationship between a person and ‘his’ things, property law discusses the relationships that arise *between people* with respect to things“ (Hervorhebung im Original).

<sup>116</sup> Für eine deutschsprachige Darstellung der Debatte siehe *Goldhammer*, Eigentumstheorie (Fn. 109) 104 ff.; *Stepanians*, Diskussion (Fn. 109) 240 ff.

<sup>117</sup> Vgl. *H. E. Smith*, Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1691, 1709: „The bundle-of-rights picture of property treats property in atom-counting fashion [...]“. Ähnlich zuvor *ders.*, Exclusion and Property Rules in the Law of Nuisance: Va. L. Rev. 90 (2004) 965, 977: „atomizing tendency“; *ders.*, Mind the Gap: The Indirect Relation between Ends and Means in American Property Law: Cornell L. Rev. 94 (2008/09) 959, 962: „the atomizing of property rights into sticks in the bundle“.

<sup>118</sup> Vgl. *H. E. Smith*, Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1691, 1697. Zuvor bereits *ders.*, Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information: Yale L.J. 116 (2007/08) 1742, 1756.

<sup>119</sup> Vgl. *H. E. Smith*, Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1691, 1693. Zuvor bereits ähnlich *ders.*, Yale L.J. 116 (2007/08) 1742, 1752. Smith beruft sich insoweit ausdrücklich auf James Penner, der Mitte der 1990er Jahre als einer der ersten angloamerikanischen Autoren die Bündel-Metapher einer umfassenden Kritik unterzog. Siehe *James E. Penner*, The Idea of Property in Law (1997) 70: „The right to property is grounded by the interest we have in using things in the broader sense.“ Zur Rolle Penners im *Property*-Diskurs ausführlich *Stepanians*, Diskussion (Fn. 109) 240 ff.

<sup>120</sup> Vgl. zu dieser Lehre stellvertretend *Christian Kirchner*, Die ökonomische Theorie, in: Europäische Methodenlehre, hrsg. von Karl Riesenhuber (2006) 93, 111 ff.; *Rudolf Richter/Eirik G. Furubotn*, Neue Institutionenökonomik<sup>4</sup> (2010) 58 ff.

<sup>121</sup> *H. E. Smith*, Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1691, 1696.

gulierungsmodell aufgrund der damit verbundenen Informationskosten<sup>122</sup> nicht in Frage. Hierin liegt nach Smiths Theorie der Grund, weshalb das *property law* einen anderen Ausgangspunkt für die Regelung konfligierender Nutzungsinteressen wählt: Es unterteilt die reale Welt in Sachen und weist – mittels eines gegenüber jedermann wirkenden Ausschlussrechts – die Kontrolle über jede Sache einem Eigentümer zu, der nunmehr eine Art Pfortnerfunktion für die Nutzung derselben ausübt. Ein derartiges, auf Exklusionsrechten beruhendes Regelungsmodell – Smith spricht von „*exclusion strategy*“<sup>123</sup> – birgt den Vorteil, dass eine separate Regelung aller möglichen Formen der Nutzung einer Sache entbehrlich ist und dass Teilnehmer am Rechtsverkehr aufgrund der geringeren Regelungsichte weniger Informationen einholen müssen, um etwa eine Verletzung fremder Rechtspositionen zu vermeiden.<sup>124</sup> Die Sachbezogenheit des *property* lässt sich für Smith somit als Reaktion auf das Problem der Informationskosten erklären.<sup>125</sup>

Keine Rechtsordnung kann es freilich bei der Statuierung von Ausschlussrechten bewenden lassen. Für manche Nutzungskonflikte bedarf es kontextspezifischer Regelungen, so wie sie etwa im Nachbarrecht, im Baurecht oder im Immissionsschutzrecht getroffen werden. Ein solches, einzelne Nutzungsformen konkret in Bezug nehmendes Regulierungsmodell be-

---

<sup>122</sup> Informationskosten bilden nach der Lehre der Neuen Institutionenökonomik einen Unterfall der Transaktionskosten. Siehe stellvertretend Richter/*Furubotn*, Institutionenökonomik (Fn. 120) 59. Sie umfassen nach einer gängigen Definition generell diejenigen Kosten, die für die Gewinnung von Informationen zur Fundierung von Entscheidungen anfallen. Siehe stellvertretend Stichwort „Informationskosten“, in: Gabler Wirtschaftslexikon<sup>17</sup> (2010) 1496. Informationskosten fallen also etwa immer dann an, wenn für eine Entscheidung Informationen über die Rechtspositionen Dritter eingeholt werden müssen; dies kann etwa der Fall sein, wenn der Erwerb einer fremden Rechtsposition oder die Vermeidung der Verletzung einer solchen in Rede steht. Siehe stellvertretend *Christoph Alexander Kern*, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts (2013) 472. Smith stellt im hier untersuchten Aufsatz und auch in anderen Schriften vor allem auf die Sicht desjenigen ab, der die Verletzung einer fremden Rechtsposition vermeiden will. Für diesen wäre ein Rechtsregime, in dem jede mögliche Form der Nutzung einer Ressource eine andere Regelung erfahren hat, mit hohen Informationskosten verbunden. Siehe *Henry E. Smith*, The Language of Property: Form, Context, and Audience: *Stan. L. Rev.* 55 (2002/03) 1105, 1146f.; *Thomas W. Merrill/Henry E. Smith*, Making Coasean Property More Coasean: *J. L. & Econ.* 54 (2011) S77, S90.

<sup>123</sup> Siehe *H. E. Smith*, *Harv. L. Rev.* 125 (2011/12) 1691, 1709f.

<sup>124</sup> Zur Erläuterung des Vorteils, den Exklusionsregeln im Hinblick auf Informationskosten im Rechtsverkehr bieten, benutzt Smith das Beispiel eines Autos: Um zu wissen, dass man ein fremdes Auto nicht benutzen dürfe, benötige man keine Informationen über dessen Eigentümer, über die Art und Weise seines Gebrauchs oder über sonstige dingliche Rechte an diesem. Siehe *H. E. Smith*, *Harv. L. Rev.* 125 (2011/12) 1691, 1703. Zuvor bereits *ders.*, *Yale L. J.* 116 (2007/08) 1742, 1746f.; *ders.*, *Stan. L. Rev.* 55 (2002/03) 1105, 1117.

<sup>125</sup> Siehe *H. E. Smith*, *Harv. L. Rev.* 125 (2011/12) 1691, 1691: „For information-cost reasons, property is, after all, a law of things.“ Ähnliche Gedanken finden sich – nicht in das Vokabular der Informationskostenökonomik eingekleidet – auch im deutschen Schrifttum. Siehe etwa *Niehues*, *JZ* 1987, 453, 454.



zeichnet Smith als „governance strategy“.<sup>126</sup> Welche Regulierungsform – „exclusion“ oder „governance“<sup>127</sup> – eine Eigentumsordnung für einen bestimmten Lebensbereich verfolgt, wird nach Smiths Theorie ganz wesentlich durch eine Kosten-Nutzen-Erwägung bestimmt: Die Vorteile einer besseren Feinsteuerung beim Ausgleich von Nutzungsinteressen sind mit den Nachteilen größerer Informationskosten für den Rechtsverkehr abzuwägen.<sup>128</sup> Auch andere zentrale Prinzipien des *property law* sind für Smith auf Grundlage des Informationskostenmodells erklärbar: Zweck des *numerus clausus* sei es etwa, die mit der privatautonomen Schaffung atypischer *property rights* verbundene Erhöhung der Informationskosten für den Rechtsverkehr zu begrenzen.<sup>129</sup>

*Property* stellt sich aus dem Blickwinkel von Smiths Theorie somit als ein System dar, in dem kontextspezifische „governance rules“ und kontextunabhängige „exclusion rights“ mittels verschiedener Schnittstellen ineinandergreifen, um so die Komplexität menschlicher dingbezogener Interaktionen auf ein zu bewältigendes Maß zu reduzieren. Die atomisierende Betrachtungsweise der Bündel-Theorie will Smith vor diesem Hintergrund durch ein Bild ersetzen, das dieses Zusammenspiel – und die holistische Natur des *property* – besser zum Ausdruck bringen soll: die Metapher des Moduls.<sup>130</sup> Zusammengefasst in den Worten von Smith:

„Property law is a modular system. It helps define what a thing is in the first place and why we should care [...]. It gives content to the notion of a ‘law of things.’ [...] Modular property manages the complexity of human interactions by using exclusionary strategies to treat these interactions as nearly decomposable and by delineating semitransparent boundaries around complementary clusters of attributes. It then specifies the interface between the modular components of property through governance strategies that make more direct reference to uses and purposes [...].“<sup>131</sup>

<sup>126</sup> Siehe *H. E. Smith*, Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1691, 1694.

<sup>127</sup> Zu dieser Unterscheidung bereits *Henry E. Smith*, Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights: J. Leg. Stud. 31 (2002) S453.

<sup>128</sup> Siehe *H. E. Smith*, Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1691, 1705.

<sup>129</sup> Siehe *H. E. Smith*, Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1691, 1706f. Zuvor bereits *Thomas W. Merrill/Henry E. Smith*, Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle: Yale L.J. 110 (2000/01) 1, 26–34. Smiths Erklärung des *numerus clausus* wird inzwischen auch im deutschsprachigen Schrifttum (kritisch) diskutiert. Siehe *Holger Fleischer*, Der *numerus clausus* der Sachenrechte im Spiegel der Rechtsökonomie, in: Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse, FS Schäfer (2008) 125, 131 ff.; *Kern*, Typizität (Fn. 122) 456 ff., insbes. 473; ferner *Rolf Stürmer*, Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik: JZ 2012, 10, 22 Fn. 119.

<sup>130</sup> *H. E. Smith*, Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1691, 1700. Diese Metapher findet sich schon bei *dems.*, Yale L.J. 116 (2007/08) 1742, 1751 ff.

<sup>131</sup> *H. E. Smith*, Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1691, 1725.

## 2. Benjamin Zipursky, „Palsgraf, Punitive Damages, and Preemption“

Zipurskys Artikel ist – ähnlich wie die Arbeit von Smith – nur ein kleines Puzzlestück in einem großen akademischen Projekt, das darauf abzielt, ein Teilgebiet des US-amerikanischen Privatrechts neu zu erklären: Gemeinsam mit Goldberg bemüht sich Zipursky bereits seit Ende der 1990er Jahre um die Entwicklung einer interpretativen Theorie des geltenden amerikanischen *tort law*.<sup>132</sup> Dieses Rechtsgebiet war bekanntlich ein wichtiger Ausgangspunkt des Aufschwungs des *law and economics movement*.<sup>133</sup> Ein Teil jener Bewegung verfolgt ebenfalls einen interpretativen, d. h. auf Erklärung des positiven Rechts gerichteten Ansatz.<sup>134</sup> Aus Sicht der hier zu rechnenden Autoren dienen die Haftungsnormen des geltenden *tort law* allein dem Zweck, den Verkehrsteilnehmern Anreize für ein mit Blick auf die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt optimales Verhalten zu vermitteln. Einen prägnanten Ausdruck hat diese Konzeption in der Metapher vom Kläger als *private attorney general*<sup>135</sup> gefunden: Sie veranschaulicht, dass sich auf Grundlage einer derartigen, utilitaristischen Deliktsrechtstheorie das Klagerecht des durch einen *tort* Geschädigten letztendlich allein mit dem Interesse der Allgemeinheit an der Durchsetzung des wohlfahrtsökonomisch erwünschten Verhaltensstandards erklären lässt.<sup>136</sup>

<sup>132</sup> Siehe insbesondere *Benjamin C. Zipursky, Rights, Wrongs, and Recourse in the Law of Torts*: Vand. L. Rev. 51 (1998) 1; *ders. Civil Recourse, Not Corrective Justice*: Georgetown Law Journal (Geo. L.J.) 91 (2002/03) 695; *ders., A Theory of Punitive Damages*: Tex. L. Rev. 84 (2005/06) 105. Ferner *John C. P. Goldberg/Benjamin C. Zipursky, The Moral of MacPherson*: U. Pa. L. Rev. 146 (1997/98) 1733; *dies., The Restatement (Third) and the Place of Duty in Negligence Law*: Vand. L. Rev. 54 (2001) 657; *dies., Torts as Wrongs*: Tex. L. Rev. 88 (2010) 917; *dies., Torts* (2010) 917–986.

<sup>133</sup> Siehe etwa *Calabresi*, Yale L.J. 70 (1960/61) 499; *Richard A. Posner, A Theory of Negligence*: J. Leg. Stud. 1 (1972) 29.

<sup>134</sup> Siehe etwa *William M. Landes/Richard A. Posner, The Economic Structure of Tort Law* (1987) 312: „Our objective in this book has been to expound and test the hypothesis that the rules of the Anglo-American common law of torts are best explained as if designed to promote efficiency in the sense of minimizing the sum of expected damages and costs of care; [...]“

<sup>135</sup> Zur Geschichte dieses Begriffs und seinen mannigfaltigen Verwendungen siehe *William B. Rubenstein, On What a “Private Attorney General” is – and Why it Matters*: Vand. L. Rev. 57 (2004) 2129. Kürzere deutschsprachige Erläuterung bei *Reimann, Einführung* (Fn. 14) 285.

<sup>136</sup> Vgl. *John C. P. Goldberg, Twentieth-Century Tort Theory*: Geo. L.J. 91 (2002/03) 513, 554; *Scott Hershovitz, What Does Tort Law Do?, What Can it Do?: Valparaiso University Law Review* (Val. U. L. Rev.) 47 (2012/13) 99, 102. Darauf hinzuweisen ist, dass der Ausdruck *private attorney general* keine Erfindung der *economic analysis of law* ist und von Vertretern dieser Schule im Kontext des *tort law* häufig allein in Bezug auf Kläger verwendet wird, die Strafschadensersatz einklagen oder mittels einer Sammelklage Masseschäden geltend machen. Dessen ungeachtet gehen Goldberg, Hershovitz und andere m.E. zu Recht davon aus, dass die Bezeichnung *private attorney general* generell (und nicht nur für den Fall des Strafschadensersatzes o. ä.) treffend charakterisiert, welches Verständnis von der Rolle des Klägers im *tort law* Vertreter der *economic analysis* an den Tag legen. Denn auf der Grundlage des ökonomischen

Profiliertere Gegenspieler der konsequentialistischen, effizienzorientierten Deliktsrechtstheorien sind die bereits erwähnten, ein deontologisches Erklärungsmodell propagierenden *corrective justice theorists*.<sup>137</sup> Ihr wohl bekanntester Kritikpunkt am abschreckungsorientierten Erklärungsansatz lautet, dass dieser der Bipolarität des geltenden *tort law* nicht Rechnung trage, also der im *tort law* angelegten Verbindung zwischen Schädiger und Geschädigten. Nur das Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit vermöge zu erklären, warum der Schädiger gerade dem Geschädigten Ersatz leisten müsse (und der Geschädigte gerade vom Schädiger Ersatz verlangen könne).<sup>138</sup>

Die Vertreter der *corrective justice theories* haben Goldbergs und Zipurskys Ende der 1990er Jahre einsetzende Arbeiten zum *tort law* maßgeblich beeinflusst.<sup>139</sup> Insbesondere stimmen beide mit diesen überein, dass eine interpretative Theorie des *tort law* vor allem die besondere rechtliche Verbindung zwischen Schädiger und Geschädigtem erklären können muss<sup>140</sup> – und dass die instrumentalistischen Theorien des *tort law* hierzu nicht in der Lage sind.<sup>141</sup> Das Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit ist aus Sicht von Goldberg und Zipursky hierfür jedoch letztlich ebenfalls nicht geeignet. Insbesondere trägt es nach Ansicht beider dem Umstand nicht ausreichend Rechnung, dass das *tort law* nicht unmittelbar Wiedergutmachung der Rechtsverletzung durch den Schädiger erzwingt, sondern zunächst nur dem Geschädigten eine Möglichkeit einräumt, gegen den Schädiger gerichtlich vorzugehen.<sup>142</sup> In letzterem Charakteristikum des *tort law* sehen Goldberg und Zipursky den Ausdruck eines Rechtsprinzips, welches sie „the principle of civil recourse“<sup>143</sup> nennen und welches ihrer Ansicht nach in der Ideengeschichte bis zur Theorie des Gesellschaftsvertrages bei John Locke zurück-

---

Verständnisses geht es auch beim nur kompensatorischen Schadensersatz primär um die Durchsetzung von allgemeinen Verhaltensstandards, nicht um Durchsetzung spezieller Interessen des Klägers – letztere ließen sich schließlich, soweit sie auf Geld gerichtet sind, zu weitaus geringeren Kosten mit einem allgemeinen Versicherungssystem befriedigen.

<sup>137</sup> Siehe die oben in Fn. 78 genannten Autoren.

<sup>138</sup> Siehe etwa *Ernest J. Weinrib*, *Understanding Tort Law*: Val. U.L. Rev. 23 (1988/89) 485, 501 ff. Der Substanz nach ähnlich *Coleman*, *Yale L.J.* 97 (1987/88) 1233, 1243 ff. Mit dem sogenannten „bipolarity argument“ wenden sich die genannten Autoren auch gegen eine Rechtfertigung des geltenden *tort law* auf Grundlage des Kompensationsgedankens: Mit diesem lasse sich nämlich nicht erklären, warum gerade der *Schädiger* dem Geschädigten Ersatz zu leisten habe.

<sup>139</sup> Siehe etwa *Zipursky*, *Harv. L. Rev.* 125 (2011/12) 1757, 1757 Fn. 1: „To a significant extent, New Private Law theory in torts has drawn from the work of corrective justice theorists.“

<sup>140</sup> Siehe etwa *John C. P. Goldberg/Benjamin C. Zipursky*, *Unrealized Torts*: Va. L. Rev. 88 (2002) 1625, 1647 Fn. 56.

<sup>141</sup> Siehe etwa *Goldberg/Zipursky*, *U. Pa. L. Rev.* 146 (1997/98) 1733, 1771.

<sup>142</sup> Siehe etwa *Zipursky*, *Geo. L.J.* 91 (2002/03) 695, 718 ff. Eine scharfe Zurückweisung dieser Kritik aus Sicht eines Vertreters der *corrective justice theory* findet sich bei *Ernest J. Weinrib*, *Civil Recourse and Corrective Justice*: Fla. St. U.L. Rev. 39 (2011/12) 273, 284 ff.

<sup>143</sup> Erstmalige Verwendung bei *Zipursky*, *Vand. L. Rev.* 51 (1998) 1, 82.

geführt werden kann.<sup>144</sup> Das Recht eines Verletzten zur Erhebung einer privatrechtlichen Klage gegen den Rechtsverletzer bildet nach dieser Konzeption einen Teil des im (hypothetischen) Naturzustand zwischen den Individuen in der Gesellschaft geschlossenen Kompromisses: Die Partner des Kontrakts verzichten zugunsten des Allgemeinwohls grundsätzlich darauf, in Reaktion auf eine Rechtsverletzung Gewalt gegenüber dem Rechtsverletzer zu üben; im Gegenzug garantiert der Staat nicht nur ein öffentliches Strafrecht, sondern auch die Möglichkeit, dass der Verletzte mittels eines staatlich geordneten Zivilverfahrens gegen den Verletzer vorgeht.<sup>145</sup> Letztere Möglichkeit wird von Goldberg und Zipursky als „avenue of civil recourse“ bezeichnet.

Die Erklärungskraft der *civil recourse theory* anhand dreier Streitfragen des amerikanischen *tort law* darzulegen, ist Ziel von Zipurskys Beitrag zum „New Private Law“-Symposium. Als erstes<sup>146</sup> wendet er sich hierfür der 1928 ergangenen Entscheidung des New York Court of Appeals in Sachen *Palsgraf v. Long Island Railroad*<sup>147</sup> zu, deren von Benjamin Cardozo verfasster Urteilsspruch bis heute Gegenstand kontroverser Interpretationsversuche ist. Das zweite<sup>148</sup> angesprochene Problem betrifft die Einwirkung des Verfassungsrechts auf das *tort law*; konkret die Frage, ob die Verhängung von *punitive damages* an ebenso strengen verfassungsrechtlichen Maßstäben zu messen ist wie die öffentlich-rechtlicher Sanktionen. Dritter Untersuchungsgegenstand schließlich ist die Auslegung bestimmter Haftungsfreistellungen im amerikanischen Produkthaftungsrecht.<sup>149</sup> Folgt man Zipursky, so soll sich von der Warte der *civil recourse theory* die Lösung für diese Streitfragen klar präsentieren. Insbesondere die Erkenntnis, dass es im *tort law* allein um die Geltendmachung privater Rechtsverletzungen gehe – und nicht etwa um Verfolgung sozialschädlichen Verhaltens durch einen *private attorney general* –, soll den Weg zur Lösung weisen. In Zipurskys Worten:

<sup>144</sup> Siehe Benjamin C. Zipursky, *Philosophy of Private Law*, in: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, hrsg. von Jules Coleman/Scott Shapiro (2002) 623, 637 ff.; John C. P. Goldberg, *The Constitutional Status of Tort Law: Due Process and the Right to a Law for the Redress of Wrongs*: Yale L.J. 115 (2005/06) 524, 541 ff.

<sup>145</sup> Siehe Zipursky, *Philosophy* (vorige Fn.) 643: „In the case of *redressing wrongs* personal to an individual, the rejection of purely private aggression is replaced by the empowerment of private parties to alter the legal status of wrongdoers, through a civil process that includes the state“ (Hervorhebungen im Original).

<sup>146</sup> Siehe Zipursky, *Harv. L. Rev.* 125 (2011/12) 1757, 1760 ff.

<sup>147</sup> *Palsgraf v. Long Island Railroad*, 248 N. Y. 339 (1928). Deutschsprachige Darstellungen etwa bei Gert Brüggemeier, *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich* (2006) 78; Felix Maultzsch, *Streitentscheidung und Normbildung durch Zivilprozess* (2010) 210; Reimann, *Einführung* (Fn. 14) 98.

<sup>148</sup> Siehe Zipursky, *Harv. L. Rev.* 125 (2011/12) 1757, 1771 ff.

<sup>149</sup> Siehe Zipursky, *Harv. L. Rev.* 125 (2011/12) 1757, 1788 ff.

„[...] when we reject a private attorney general model and take the structure of tort law as private law seriously, we will finally be able to see a clear path to the resolution of today's pressing problems in tort law.“<sup>150</sup>

### 3. Vergleichende Betrachtung

Vergleicht man die Aufsätze von Smith und Zipursky im Hinblick auf Rechtsverständnis und Methode, fallen zunächst vor allem Unterschiede in den Blick. So basiert Smiths Theorie des Sachenrechts auf einem sozialwissenschaftlich-ökonomischen Ansatz, Zipurskys Deliktsrechtstheorie auf einem interpretativ-philosophischen. Smiths Rechtsverständnis ist instrumentell geprägt, Zipurskys hingegen deontologisch. Und während die Frage der Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht bei Zipursky eine wichtige Rolle spielt, kommt ihr bei Smith allenfalls marginale Bedeutung zu. Auch was die Praxisrelevanz beider Aufsätze anbelangt, zeigen sich Differenzen. Zipursky bietet für einige die Rechtspraxis interessierende Fragen zumindest Lösungsansätze. Smiths Ausführungen hingegen zielen überhaupt nicht auf den praktisch tätigen Juristen (woran im Übrigen deutlich wird, dass keineswegs alle der unter der Überschrift „The New Private Law“ präsentierten Arbeiten sämtliche der von Goldberg skizzierten Eigenschaften aufweisen).

Angesichts dieser Differenzen liegt es nahe, die oben bereits geäußerten Zweifel an der hinreichenden Homogenität des unter der Überschrift „The New Private Law“ verfolgten Ansatzes bestätigt zu sehen. Zu berücksichtigen ist freilich, dass auch viele andere Strömungen im amerikanischen juristischen Diskurs nicht von Anfang über ein sachlich klar umrissenes Programm oder eine personell eindeutig definierte Anhängerschar verfügten. Im Falle des *legal realism* wird sogar weithin bestritten, dass ihm Derartiges überhaupt zu irgendeinem Zeitpunkt zukam. Populär ist die Auffassung, die Rechtsrealisten habe lediglich eine intellektuelle „Stimmung“ (*mood*) verbunden: ein Gefühl der Unzufriedenheit mit dem etablierten Rechtsdenken, das sich in unterschiedlicher Weise Bahn gebrochen habe.<sup>151</sup> Legt man an die Aufsätze von Smith und Zipursky einen ähnlichen Maßstab an – und vergleicht man vor allem die im Werk beider zum Ausdruck kommende Einstellung und Motivation –, so lassen sich durchaus Übereinstimmungen feststellen.

So scheint auch Zipursky und Smith – wie weiland die Rechtsrealisten – eine Stimmung der Unzufriedenheit mit dem vorherrschenden (Privat-) Rechtsdenken zu verbinden. Bei beiden Autoren richtet sich diese ironi-

<sup>150</sup> Zipursky, Harv. L. Rev. 125 (2011/12) 1757, 1760.

<sup>151</sup> Siehe anstatt vieler Duxbury, Patterns (Fn. 21) 65 ff., insbes. 69.

scherweise gegen Auffassungen, die sich (jedenfalls mittelbar) auf das Erbe des *legal realism* zurückführen lassen: im Falle von Smith gegen die Theorie, *property* sei lediglich ein Etikett für ein nahezu beliebig zusammengesetztes Bündel an Rechten; im Falle von Zipursky gegen die Auffassung, im *tort law* gehe es nicht um private Rechte, sondern um öffentliche Regulierung. Eine weitere Gemeinsamkeit zwischen beiden Autoren ist, dass ihre grundsätzliche Einstellung vor allem konstruktiv, nicht destruktiv ist. Beide begnügen sich nicht damit, die Defizite der herrschenden Theorien aufzuzeigen; vielmehr haben sie jeweils eigene Theorien entwickelt, die das Ziel verfolgen, die Struktur des *property law* bzw. *tort law* in seinen wesentlichen Zügen zu erklären. Diese Theorien sind – ungeachtet aller methodischer Unterschiede – insoweit vergleichbar, als sie die Eigenständigkeit ihres jeweiligen Gegenstands betonen: Smiths Theorie bewahrt das *property law* vor der völligen Dekomposition durch die Bündel-Theorie; Zipursky bewahrt das *tort law* davor, als Unterfall des Regulierungsrechts zu enden. Gewissermaßen füllen also beide Arbeiten tradierte privatrechtliche Konzepte mit neuem Leben. Das scheint – im diskursiven Kontext einer seit Beginn des 20. Jahrhunderts privatrechtsskeptischen amerikanischen Rechtswissenschaft – durchaus eine bemerkenswerte Entwicklung.

## V. Fazit

Es gibt also tatsächlich Anzeichen für einen neuen Geist innerhalb der amerikanischen Rechtswissenschaft: für ein wachsendes Interesse an konstruktiver und theoretisch ambitionierter Auseinandersetzung mit Grundsatzzfragen des Privatrechts; und eine zunehmende Bereitschaft, dem Begriff des Privatrechts materiellen Gehalt zuzusprechen. Anhaltspunkte für eine solche Tendenz sind innovative, großangelegte Theorieentwürfe zu Kerngebieten des Privatrechts, die in jüngerer Zeit vorgelegt wurden und vorherrschende, privatrechtsskeptische Lehrmeinungen in Frage stellen. Die Ausrufung von „The New Private Law“ ist der Versuch, diese neuen Theorien des Privatrechts unter ein gemeinsames Banner zu fassen. Von einer homogenen rechtswissenschaftlichen Bewegung lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt freilich noch nicht sprechen: Hierfür sind die methodischen Ansätze der neuen Privatrechtstheorien zu divers und die von ihren Vertretern bislang getroffenen programmatischen Aussagen zu unbestimmt. So liefert die Proklamation von „The New Private Law“ einstweilen lediglich ein zusätzliches Indiz für die Evolution einer neuen, im Einzelnen noch unbestimmten privatrechtsfreundlichen Strömung in der amerikanischen Rechtswissenschaft.

Ob sich der Topos „The New Private Law“ durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. Interessanter ist freilich die Frage nach dem zukünftigen Verlauf

der damit bezeichneten Strömung. Für Prognosen ist es insoweit zu früh. Gegenwärtig bilden die Vertreter dieser neuen Strömung jedenfalls nur eine marginale Gruppe in der amerikanischen Rechtswissenschaft – selbst wenn man berücksichtigt, dass auch jenseits des Teilnehmerkreises des „New Private Law“-Symposiums verstärkt junge amerikanischen Professoren auf den Plan treten, die dem Begriff des Privatrechts normativen Gehalt zusprechen.<sup>152</sup> Sogar wenn man überdies die Vertreter deontologischer Privatrechtstheorien aus der älteren Professoren-Generation zu dieser Entwicklung hinzurechnet (wofür angesichts vieler geistiger Verbindungslinien manches spricht), bleibt der Eindruck einer sehr überschaubaren Wissenschaftlergruppe bestehen. Umso bemerkenswerter scheint, dass ihre Stimmen innerhalb der Kakophonie der amerikanischen Rechtswissenschaft trotzdem Gehör finden: So wird der Diskussion der neuen Privatrechtstheorien in renommierten *law reviews* ein beachtlicher Raum eingeräumt<sup>153</sup> und ihre Vertreter sind teils an besonders angesehene *law schools* berufen worden.

Interessanterweise hat das Phänomen „The New Private Law“ auch eine transkontinentale Dimension. Zwar richtet sich der Fokus seiner Proponenten eindeutig auf den nordamerikanischen juristischen Diskurs, und an genuin rechtsvergleichenden Betrachtungen haben viele von diesen<sup>154</sup> ein beklagenswert geringes Interesse. Allerdings stehen insbesondere die Vertreter der neuen deontologischen Privatrechtstheorien in einem intensiven intellektuellen Austausch mit den jungen Vertretern der zunehmend rechtsdogmatisch denkenden englischen<sup>155</sup> Rechtswissenschaft.<sup>156</sup> Man ist geneigt, insoweit von der Evolution eines neuen *Rechtswissenschaftsbewusstseins* innerhalb des *common law* zu sprechen. Diese Entwicklung ist auch deshalb beachtlich, weil die amerikanische Jurisprudenz bislang im übrigen *common law* nicht selten mit ähnlich großem Befremden wahrgenommen wird wie in Deutschland.<sup>157</sup>

---

<sup>152</sup> Siehe etwa *Andrew S. Gold*, *A Moral Rights Theory of Private Law*: *Wm. & M.L. Rev.* 52 (2010/11) 1873; *Oman/Solomon*, *Duke L.J.* 62 (2012/13) 1109.

<sup>153</sup> So wurden etwa der *civil recourse theory* von Goldberg und Zipursky in jüngerer Zeit gleich zwei Symposien von *law reviews* gewidmet. Siehe die Beiträge in: *Fla. St. U.L. Rev.* 39 (2011/12) 1–371; *Indiana Law Journal* (Ind. L.J.) 88 (2012/13) 419–609.

<sup>154</sup> Eine Ausnahme bildet insoweit Henry Smith. Siehe jüngst *Yun-chien Chang/Henry E. Smith*, *An Economic Analysis of Civil versus Common Law Property*: *Notre Dame L. Rev.* 88 (2013) 1.

<sup>155</sup> Zur neueren englischen Privatrechtswissenschaft und ihrer Beeinflussung durch die amerikanischen Vertreter von „rights-based theories“ des Privatrechts siehe jüngst *Flohr*, *RabelsZ* 77 (2013) 322, 340f.

<sup>156</sup> Dies zeigt nicht zuletzt die Einladung des in England und Kanada ausgebildeten, nach langjähriger Lehrtätigkeit in Oxford nunmehr an der McGill University lehrenden Stephen Smith zum „New Private Law“-Symposium. Siehe *S.A. Smith*, *Harv. L. Rev.* 125 (2011/12) 1727.

<sup>157</sup> Siehe etwa *Peter Cane*, *Searching for United States Tort Law in the Antipodes*: *Pepperdine Law Review* (Pepp. L. Rev.) 38 (2010/11) 257, 279ff. (Vergleich der rechtswissenschaft-

Damit sei schließlich die eingangs in den Raum gestellte Frage aufgegriffen, inwieweit „The New Private Law“ eine Annäherung der amerikanischen Jurisprudenz an das deutsche Rechtswissenschaftskonzept markiert. Wer angesichts der Tagungsankündigung zum „New Private Law“-Symposium entsprechende Erwartungen hegte, wird angesichts der einzelnen Tagungsbeiträge ernüchtert sein. Zwar entsprechen die neuen amerikanischen Privatrechtstheorien nicht in allen Punkten dem (möglicherweise ohnehin stereotypen) deutschen Bild von der amerikanischen Jurisprudenz. Gleichwohl unterscheiden sie sich doch merklich von der Privatrechtswissenschaft, wie sie in Deutschland gepflegt wird. Das zeigt sich einmal anhand der wissenschaftlichen Perspektive: Der von der traditionellen deutschen Zivilistik favorisierte „strictly legal point of view“<sup>158</sup> wird von den Proponenten des „New Private Law“ nicht eingenommen; ihre Privatrechtstheorien beruhen ganz wesentlich auf der Heranziehung von Deutungsmustern nicht-juristischer Disziplinen. Augenfällige Differenzen gibt es aber darüber hinaus bei den behandelten Fragestellungen. Die Vertreter von „The New Private Law“ widmen sich – ihrem Bekenntnis zum Wert praxisrelevanter Forschung zum Trotz – überwiegend der Entwicklung von eher abstrakten Großtheorien. Zielpublikum ist weniger die Richterschaft als vielmehr die *academic community*. Die privatrechtlichen Grundsatzfragen, die in diesem Zusammenhang in amerikanischen *law reviews* rege diskutiert werden – etwa: Worin liegt die Eigenheit des Privatrechts? Was ist Eigentum? Wozu dient Haftungsrecht? –, werden in der deutschen juristischen Literatur vergleichsweise selten behandelt – und noch seltener zum Gegenstand fruchtbarer Auseinandersetzung.<sup>159</sup> Anders als in den USA dominieren in den hiesigen Periodika Aufsätze, die sich auch an den praktisch tätigen Juristen wenden. Abhandlungen zu Grundfragen des Privatrechts finden sich allenfalls in ambitionierten akademischen Monographien sowie gelegentlich in Archivzeitschriften – und kaum je erfahren solche Beiträge in der deutschen

---

lichen Betrachtung des Deliktsrechts in den USA und dem *commonwealth*). Ein anschauliches Bild für die unterschiedliche Rechtswissenschaftskultur in England und den USA liefert (aus amerikanischer Sicht) *Chaim Saiman*, *Private Law, Public Law, and Legal Science*: *Am. J. Comp. L.* 56 (2008) 691, 696: „[...] I have argued that Peter Birks, a leading figure of Anglo-Continental private law thought in the late twentieth century, would have had difficulty securing tenure at even a third-tier American law school.“

<sup>158</sup> Siehe für ein entsprechendes Plädoyer jüngst *Wolfgang Ernst*, *Gelehrtes Recht, Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers*, in: *Das Proprium der Rechtswissenschaft* (Fn. 10) 3, 15 ff. Skeptisch hinsichtlich der Öffnung der Rechtswissenschaft gegenüber den Perspektiven anderer Disziplinen etwa auch jüngst *Christian Wolf*, *Perspektiven der Rechtswissenschaft und der Juristenausbildung*: *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP) 46 (2013) 20 f. Anders hingegen z. B. jetzt *Stefan Grundmann*, *Ein doppeltes Plädoyer für internationale Öffnung und stärker vernetzte Interdisziplinarität*: *JZ* 2013, 693.

<sup>159</sup> Kritik hieran etwa bei *Gerhard Wagner*, *Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?*: *AcP* 206 (2006) 352, 424: „[...] über die Grundprinzipien des allgemeinen Privatrechts [wird] in Deutschland kaum diskutiert [...]“.



Fachwelt solche Aufmerksamkeit, wie sie in den USA etwa den Beiträgen von Fried oder Weinrib zuteil geworden ist.

Ob das deutsche Ideal einer primär an den Bedürfnissen der richterlichen Tätigkeit ausgerichteten Rechtswissenschaft vor diesem Hintergrund weiterhin erstrebenswert ist, wird bekanntlich unterschiedlich beurteilt.<sup>160</sup> Auch diejenigen deutschen Rechtslehrer, die insoweit Zweifel anmelden, reden jedoch richtigerweise keiner gänzlichen Abkehr der Wissenschaft von der Rechtspraxis das Wort. Entgegenzutreten ist freilich denjenigen, die behaupten, dass es an amerikanischen *law schools* „nichts [gibt], dessen Studium oder gar ‚Rezeption‘ sich lohnen würde“.<sup>161</sup> Dass das Gegenteil zutrifft, zeigt sich längst nicht mehr nur im Wirtschaftsrecht, sondern gerade auch in den Kerngebieten des Privatrechts: Wo dessen Grundlagen erörtert werden, führt an einer Auseinandersetzung mit den neueren amerikanischen Privatrechtstheorien auch hierzulande immer seltener ein Weg vorbei – wie der Blick in vielgelobte akademische Qualifikationsschriften jüngerer Dautums beweist.<sup>162</sup> Auch die viele dieser Theorien hervorbringende intellektuelle Strömung – „The New Private Law“ – hat daher die Aufmerksamkeit der deutschen Rechtswissenschaft verdient.

---

<sup>160</sup> Kritisch zur Anwendungsorientierung der deutschen Rechtswissenschaft etwa *Oliver Lepsius*, Nie war sie so dogmatisch wie heute: FAZ v. 19.5.2011, S. 8; *Hans Michael Heinig/Christoph Möllers*, Kultur der Kumpanei: FAZ v. 24.3.2011, S. 8; *von Bogdandy*, JZ 2011, 1, 5. Kritik an so gearteter Kritik etwa bei *Claus-Wilhelm Canaris/Reiner Schmidt*, Hohe Kultur: FAZ v. 7.4.2011, S. 8; *Peter M. Huber/Henning Radtke*, Leistungsfähig und vorbildlich: FAZ v. 7.4.2011, S. 8; *Stephan Lorenz*, Forschung, Praxis und Lehre im Bericht des Wissenschaftsrats „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“: JZ 2013, 704, 706f. Ein Plädoyer für ein enges Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis auch bei *Reinhard Zimmermann*, Wider die „verderbliche Einseitigkeit“: RabelsZ 77 (2013) 300, 307.

<sup>161</sup> *Honsell*, Rechtskultur (Fn. 4) 52. Für „besonders dankenswert“ hält Honsells Ausführungen zu den USA *Eugen Bucher*, Rechtsüberlieferung und heutiges Recht: ZEuP 8 (2000) 394, 409 Fn. 16.

<sup>162</sup> Siehe exemplarisch für das Vertragsrecht *Unberath*, Vertragsverletzung (Fn. 77): Auseinandersetzung mit Fried und Weinrib bei 71 ff. und 80 ff.; für das Sachenrecht *Kern*, Typizität (Fn. 122): Auseinandersetzung mit den Arbeiten von H. E. Smith u. a. bei 456 ff.; für das Deliktsrecht *Nils Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts (2003): Auseinandersetzung mit Epstein und Weinrib bei 92 ff. und 99 ff. Dass die *civil recourse theory* von Goldberg und Zipursky in Deutschland noch so gut wie keine Rezeption gefunden hat, liegt wohl vor allem daran, dass ein umfassender Theorieentwurf von diesen erst nach Erscheinen von Jansens Arbeit vorgelegt wurde.

## Summary

### “THE NEW PRIVATE LAW”: A HISTORICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVE ON THE EMERGING NEW PRIVATE LAW SCHOLARSHIP IN THE UNITED STATES

In 2011, the Harvard Law Review held a symposium entitled “The New Private Law”. This title was chosen to capture what is allegedly a new stream in US legal scholarship: a group of scholars arguing for the normative distinctiveness of private law and proposing a reconstructive, rather than deconstructive, approach to its traditional concepts. This essay analyses “The New Private Law” from a historical and comparative perspective. It briefly recalls what are presently perceived to be the typical differences between German and American legal scholarship. Afterwards it traces the origins of this divergence, thereby focussing on the decline of doctrinal scholarship and the rise of the critique of private law in the US over the course of the 20<sup>th</sup> century. Against this background, the essay then examines the program of “The New Private Law” and some of the new theories of private law that are put forward under this heading. While it is too early to refer to “The New Private Law” as a coherent intellectual movement, the essay contends that one can indeed speak of a new mood in American legal thought: a growing dissatisfaction with the established, critical accounts of private law that gives rise to the development of innovative new theories offering constructive reinterpretations of some of its most fundamental concepts. The essay concludes by noting significant differences between “The New Private Law” and present private law scholarship in Germany. In particular, it holds that the first is more ambitious in theoretical terms than most of the latter.

