

Ancilla Iuris

Vom „Naturstudium“ zur Systemtheorie:
Soziologische Ansätze im Wirtschaftsrecht
*From “the study of nature” to systems theory:
Sociological approaches in economic law*

Moritz Renner*
Translated by Jacob Watson

Der Beitrag geht in einer ideengeschichtlichen Skizze dem Einfluss soziologischer Ansätze auf die wirtschaftsrechtliche Diskussion nach. Dabei schlägt er einen Bogen von der historischen Handelsrechtswissenschaft Levin Goldschmidts über Max Webers Rechtssoziologie und den US-amerikanischen Rechtsrealismus Karl Llewellyns bis hin zu Niklas Luhmanns Systemtheorie des Rechts. Dieser Bogen folgt nicht nur nachweisbaren literarischen Einflüssen, sondern er zeigt auch eine erstaunliche Kontinuität der Methoden und Gegenstände. Damit zeichnet er zugleich eine Forschungsrichtung vor, die es aufzugreifen und fortzuführen gilt.

I. ANFÄNGE

Vor gut 150 Jahren, im Jahr 1858, erscheint die Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (ZHR), bis heute die führende deutsche Zeitschrift ihres Fachs, zum ersten Mal. Der erste Beitrag, den die ZHR abdruckt, in Band 1 auf Seite 1, trägt den Titel „Über die wissenschaftliche Behandlung des deutschen Handelsrechts“.¹ Verfasst hat ihn der Gründungsherausgeber Levin Goldschmidt, damals Privatdozent in Heidelberg. Goldschmidts Anliegen: Er will „den widerstrebenden Sinn des deutschen Juristenstandes zur eingehenden Prüfung der Rechtsprinzipien bestimmen, nach welchen unser heutiges Verkehrsleben sich regelt“. Das Handelsrecht soll sich an den tatsächlichen Verhältnissen des Wirtschaftslebens orientieren, nicht an abstrakten Prinzipien. Denn, so Goldschmidt: „Es lässt sich nicht vornehm ignorieren, was auf Schritt und Tritt begegnet, und jeden Denkenden zum Nachdenken anregt“.²

Diese Anregung will mein Beitrag in einer kurzen methodengeschichtlichen Erzählung aufnehmen.³ Im ersten Teil will der Beitrag zeigen: Goldschmidt hat den Grundstein für eine soziologische Betrachtung des Wirtschaftsrechts gelegt, noch bevor es die Soziologie als Disziplin überhaupt gab (unten II). Dieser Ansatz hatte in der deutschen Rechtswissenschaft lange keine Zukunft. Der zweite Teil des Beitrags handelt daher von der Emigration des Ansatzes in die Gesellschaftswissenschaften (unten III). Der dritte Teil des Beitrags will zeigen,

This article explores the history of sociological approaches in commercial law. It traces an intellectual trajectory from Levin Goldschmidt's historical commercial law, through Max Weber's sociology of law and Karl Llewellyn's legal realism to Niklas Luhmann's systems theory of law. This trajectory not only follows direct biographical contacts and literary influences, but it also exposes a remarkable continuity of methods and subjects. At the same time, it points to a promising field of future research.

I. BEGINNINGS

A good 150 years ago, in 1858, the *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* (ZHR), still the leading German journal in its field today, was published for the first time. The first article printed by ZHR, in volume 1 on page 1, is entitled “On the academic treatment of German commercial law”.¹ It was written by the founding editor Levin Goldschmidt, a Privatdozent in Heidelberg at that time. Goldschmidt's intention: He wants to “overcome the reluctance of the German legal profession to examine in detail the legal principles by which our present-day commercial life is regulated”. Commercial law should be based on the actual conditions of economic life, not abstract principles. Because, according to Goldschmidt: “One must not be so lofty as to ignore what one encounters at every twist and turn, and what incites thought in any thorough thinker”.²

This contribution will take up Goldschmidt's suggestion in a short methodological-historical narrative.³ In the first part, this article will show: Goldschmidt laid the foundation for a sociological approach to commercial law even before sociology existed as a discipline at all (below II). Any potential future for this approach was then long barred from German jurisprudence and legal studies. The second part of the paper therefore deals with the emigration of the approach to the social sciences (below III). The third part of the paper will show

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales und Europäisches Wirtschaftsrecht an der Universität Mannheim. Der Aufsatz beruht auf der Antrittsvorlesung des Autors an der Universität Mannheim am 30.10.2019. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

1 *L. Goldschmidt*, Ueber die wissenschaftliche Behandlung des dt. Handelsrechts und die Zwecke dieser Zeitschrift, ZHR 1 (1858), 1.
2 *Goldschmidt*, ZHR 1 (1858), 1.
3 Eine Andeutung zur „Spur von Niklas Luhmann über Talcott Parsons und Max Weber zurück zu Goldschmidt“, der dabei nachgegangen werden soll, findet sich schon bei *C. Wollschläger*, Lothar Weyhe, Levin Goldschmidt. Ein Gelehrtenleben in Deutschland, ZHR 1998 (1998), 395, 400.

* The author holds the Chair of Civil Law, International and European Commercial Law at the University of Mannheim. This essay is based on the inaugural lecture of the author at the University of Mannheim on 30.10.2019. Therefore, it retains its presentation style.

1 *L. Goldschmidt*, Ueber die wissenschaftliche Behandlung des dt. Handelsrechts und die Zwecke dieser Zeitschrift, ZHR 1 (1858), 1.
2 *Goldschmidt*, ZHR 1 (1858), 1.
3 A suggestion to “follow the tracks left by Niklas Luhmann via Talcott Parsons and Max Weber back to Goldschmidt”, which is to be taken up here, can already be found in *C. Wollschläger*, Lothar Weyhe, Levin Goldschmidt. Ein Gelehrtenleben in Deutschland, ZHR 1998 (1998), 395, 400.

wie der Ansatz auch geographisch emigrierte – in die Vereinigten Staaten von Amerika (unten IV). Und schließlich soll es vierten und letzten Teil des Beitrags darum gehen, ob und wie die Soziologie des Wirtschaftsrechts zurückkehren kann aus dem Exil, zurück in die deutsche Rechtswissenschaft (unten V).

II.

LEVIN GOLDSCHMIDT UND DER
LUCCA-PISTOJA-AKTIENTREIT

Zunächst aber zurück zu Levin Goldschmidt: Was ist sein methodischer Ansatz? Und was ist daran soziologisch? Goldschmidts Ziel ist ein „Naturstudium“ des Handelsrechts, verstanden als „die klare Erfassung der wirtschaftlichen Gesetze, nach denen der Wille der Verkehrtreibenden sich bestimmt, und denen gemäß er die Regel aufstellt, welche allmählich in Form der Gewohnheit oder des Gesetzes sich zum positiven Recht verdichten“.⁴ Goldschmidt sucht das „wirklich im Bewußtsein des Handelsstandes lebende Recht“.⁵ Er nimmt damit einen rechtssoziologischen Grundbegriff Eugen Ehrlichs⁶ vorweg. Heute würde man sagen: Es geht Goldschmidt um das „law in action“ im Unterschied zum „law in books“.⁷ Es geht darum, so sagt er an anderer Stelle „das geltende Recht als eine angemessene Norm der Lebensverhältnisse darzulegen und fortzubilden“.⁸ Was aber heißt das konkret?

Goldschmidt hat seinen Ansatz in unterschiedlichen Bereichen verfolgt: in einer Vielzahl von wissenschaftlichen Publikationen, Gesetzgebungsvorschlägen und in seinem unvollendet gebliebenen Handbuch des Handelsrechts.⁹ Besonders deutlich wird er aber in einem Rechtsgutachten, das Goldschmidt als junger Privatdozent erarbeitet. Das Rechtsgutachten betrifft den berühmten Lucca-Pistoia-Aktienstreit.¹⁰

how the approach also emigrated geographically – to the United States of America (below IV). And finally, the fourth and last part of the article will deal with whether and how the sociology of commercial law may return from exile, back to German jurisprudence (below V).

II.

LEVIN GOLDSCHMIDT AND THE
LUCCA-PISTOJA STOCK DISPUTE

But first back to Levin Goldschmidt: What is his method? And what is sociological about it? Goldschmidt's goal is a “natural study” of commercial law, understood as “the clear capture of the laws of economics according to which the will of the trader is determined and according to which this will establish the rules that gradually, in the form of habit or legislation, condense into positive law”.⁴ Goldschmidt seeks the “law that actually lives in the awareness of the trading class”⁵. In doing so, he anticipates a basic concept of Eugen Ehrlich's⁶ sociology of law. Today one would say: Goldschmidt is concerned with “law in action” as opposed to “law in books”.⁷ It is a matter, he says elsewhere, of “presenting and developing the law in force as an appropriate norm for real life conditions”.⁸ But what does that mean in concrete terms?

Goldschmidt pursued his approach in various areas: in a large number of academic publications, legislative proposals, and in his unfinished Handbook of Commercial Law.⁹ It becomes particularly clear, however, in a legal opinion that Goldschmidt draws up as a young private lecturer in regards to the famous Lucca-Pistoia stock dispute.¹⁰

4 *Goldschmidt*, ZHR 1 (1858), 1, 19.

5 *Goldschmidt*, ZHR 1 (1858), 1, 13.

6 *E. Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913); 415: „Das also ist das lebende Recht im Gegensatz zu dem bloß vor Gericht und in den Behörden geltenden. Das lebende Recht ist das nicht in Rechtssätzen festgelegte Recht, das aber doch das Leben beherrscht“.

7 Der später modisch gewordene Begriff geht zurück auf *R. Pound*, Law in Books and Law in Action, American Law Review 44 (1910), 12.

8 So wenige Jahre später *L. Goldschmidt*, Handbuch des Handelsrechts. Erster Band (1. Aufl., Stuttgart, 1864), XI.

9 Zu Goldschmidts Leben und Wirken *B. Großfeld/I. Papagiannis*, Levin Goldschmidt: Ein Gelehrtenleben in Deutschland, ZHR 1995, 529; *K. Schmidt*, Levin Goldschmidt, in: Grundmann et al. (Hg.), FS 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin (2010), 327; *L. Weyhe*, Levin Goldschmidt. Ein Gelehrtenleben in Deutschland. Grundfragen des Handelsrechts und der Zivilrechtswissenschaft in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts (Berlin: Duncker & Humblot, 1996).

4 *Goldschmidt*, ZHR 1 (1858), 1, 19.

5 *Goldschmidt*, ZHR 1 (1858), 1, 13.

6 *E. Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913); 415: “This, then, is the living law as opposed to that which is only valid in court and in the government bodies. Living law is the law that is not defined in legal doctrines, but which nevertheless governs life”.

7 The later fashionable term goes back to *R. Pound*, Law in Books and Law in Action, American Law Review 44 (1910), 12.

8 Thus, a few years later *L. Goldschmidt*, Handbuch des Handelsrechts. Erster Band (1. Aufl., Stuttgart, 1864), XI.

9 On Goldschmidt's life and work *B. Großfeld/I. Papagiannis*, Levin Goldschmidt: Ein Gelehrtenleben in Deutschland, ZHR 1995, 529; *K. Schmidt*, Levin Goldschmidt, in: Grundmann et al. (eds.), FS 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin (2010), 327; *L. Weyhe*, Levin Goldschmidt. Ein Gelehrtenleben in Deutschland. Grundfragen des Handelsrechts und der Zivilrechtswissenschaft in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts (Berlin: Duncker & Humblot, 1996).

Worum geht es? Im Jahr 1859 wendet sich ein Frankfurter Bankier an Goldschmidt. Der Name des Bankiers lautet ebenfalls Goldschmidt, er ist mit Levin Goldschmidt aber weder verwandt noch verschwägert. Das Bankhaus Goldschmidt wird in insgesamt 26 parallelen Verfahren beklagt. Der Vorwurf: Das Bankhaus habe wertlose Aktien als angeblich sichere Geldanlage verkauft.¹¹ Es handelt sich um Aktien eines Eisenbahnunternehmens, das eine Bahnstrecke in der Toskana plant, zwischen den Städten Lucca und Pistoia. Die toskanische Regierung gab auf die Papiere eine Zinsgarantie von 5 % für die Dauer von 99 Jahren. Die Garantie stand aber unter der Bedingung, dass der Bau der Eisenbahn in zwei Jahren abgeschlossen würde. Das Bankhaus Goldschmidt platzierte die Papiere sehr erfolgreich. Es verwies auch auf die Zinsgarantie der toskanischen Regierung. Die Bedingungen für die Zinsgarantie wurden in der öffentlichen Ankündigung aber nicht dargestellt. Es kam wie es kommen musste: Wegen zahlreicher Unregelmäßigkeiten wurde die Eisenbahn nie fertiggestellt. Damit verfiel die Zinsgarantie, und die Aktien wurden praktisch wertlos.

Kern des Streits: Haftet das Bankhaus auf Schadensersatz, weil die Ankündigung der Aktienemission unvollständig war? Die Frage stellt sich noch unter dem gemeinen Recht, auf dessen Details hier nicht eingegangen werden kann.¹² Der Fall zieht jedenfalls weite Kreise. Während Goldschmidt für das Bankhaus gutachtet, nimmt für die Klägerseite kein geringerer als Rudolf von Jhering Stellung.¹³ Zugleich hat der Fall ökonomische und politische Dimensionen: Ist es hinnehmbar, dass das Bankhaus bei dieser fragwürdigen Emission sanktionslos bleibt, während die Anleger erhebliche Verluste erleiden?

What is at issue? In 1859 a Frankfurt banker approaches Goldschmidt. The banker's name is incidentally also Goldschmidt, though not related to Levin Goldschmidt. Bankhaus Goldschmidt is being sued in a total of 26 parallel proceedings. The accusation: The bank had sold worthless shares as an allegedly safe investment.¹¹ These are shares in a railway company that is planning a railway line in Tuscany, between the cities of Lucca and Pistoia. The Tuscan government has guaranteed interest on the stocks at 5% for a period of 99 years. However, the guarantee is subject to the condition that the construction of the railway would be completed within two years. Bankhaus Goldschmidt had great success in selling the securities. It did so also by referring to the interest rate guaranteed by the Tuscan government. But, the conditions for the interest guarantee were not presented in the bank's public announcement. And what was bound to happen happened: Due to numerous irregularities, the railway was never completed. This meant that the interest guarantee expired and the shares became practically worthless.

The question at the heart of the dispute: Is the bank liable for damages because the announcement of the share issue was incomplete? The question still arises under *ius commune*, the details of which cannot be discussed here.¹² In any case, the case has wide ramifications. While Goldschmidt gives his opinion on behalf of the bank, none other than Rudolf von Jhering prepares a statement for the plaintiffs.¹³ The case has economic as well as political dimensions: Is it acceptable for the bank to go unsanctioned after this questionable stock issue while investors suffer substantial losses?

10 *L. Goldschmidt*, Der Lucca-Pistoja-Actien-Streit. Handelsrechtliche Erörterungen (Frankfurt a.M.: Sauerländer, 1859). Zum Lucca-Pistoja-Aktienstreit weiterführend *H.-D. Assmann*, Prospekthaftung als Haftung für die Verletzung kapitalmarktbezogener Informationsverkehrspflichten nach deutschem und US-amerikanischem Recht (München: Heymann, 1985), 48 ff.; *J.-U. Franck*, Marktordnung durch Haftung (Tübingen: Mohr Siebeck, 2016), 391 f. Eine literarische Verfremdung des Streits findet sich bei *A. Kluge*, Das Bohren harter Bretter (Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2001), 18 f.

11 *Weyhe* (Fn. 9), 222

12 Dazu *Weyhe* (Fn. 9), 22 ff.

13 Veröffentlicht als *R. Jhering*, Der Lucca=Pistoja Eisenbahnstreit: Ein Beitrag zu mehreren Fragen des Obligationenrechts, insbesondere der Theorie des *dolus* und der Lehre von der Stellvertretung, Arch. f. prakt. Rechtswiss. N.F. 4 (1867), 225 und *R. Jhering*, Der Lucca=Pistoja Eisenbahnstreit: Zweiter Beitrag, betreffend die Frage vom Abschluß der Verträge für, aber nicht auf Namen des Mandanten, Arch. f. prakt. Rechtswiss. N.F. 4 (1867), 335.

10 *L. Goldschmidt*, Der Lucca-Pistoja-Actien-Streit. Handelsrechtliche Erörterungen (Frankfurt a.M.: Sauerländer, 1859). On the Lucca-Pistoja stock dispute *H.-D. Assmann*, Prospekthaftung als Haftung für die Verletzung kapitalmarktbezogener Informationsverkehrspflichten nach deutschem und US-amerikanischem Recht (München: Heymann, 1985), 48 ff.; *J.-U. Franck*, Marktordnung durch Haftung (Tübingen: Mohr Siebeck, 2016), 391 f. A literary alienation of the dispute is found in *A. Kluge*, Das Bohren harter Bretter (Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2001), 18 f.

11 *Weyhe* (fn. 9), 222

12 More on this *Weyhe* (fn. 9), 22 ff.

13 Published as *R. Jhering*, Der Lucca=Pistoja Eisenbahnstreit: Ein Beitrag zu mehreren Fragen des Obligationenrechts, insbesondere der Theorie des *dolus* und der Lehre von der Stellvertretung, Arch. f. prakt. Rechtswiss. N.F. 4 (1867), 225 and *R. Jhering*, Der Lucca-Pistoja Eisenbahnstreit: Zweiter Beitrag, betreffend die Frage vom Abschluß der Verträge für, aber nicht auf Namen des Mandanten, Arch. f. prakt. Rechtswiss. N.F. 4 (1867), 335.

Goldschmidt stellt sich in seinem Gutachten entschieden auf die Seite des Bankhauses und weist Schadensersatzansprüche der Anleger zurück. Das hat ihm den Vorwurf eingetragen, er habe sich für eine „laxe Handhabung“ der rechtlichen Regeln im Sinne eines kapitalistischen „Manchesterturns“ eingesetzt.¹⁴ Der Vorwurf ist aber unberechtigt. Er ist zumindest auch nicht frei von antisemitischen Untertönen.¹⁵

Was Goldschmidt in seinem Gutachten unternimmt, ist nichts anderes als das, was er in seinen Programmschriften zur handelsrechtlichen Methode fordert: Bei der Auslegung der maßgeblichen Normen berücksichtigt er die tatsächlichen Verhältnisse des wirtschaftlichen Verkehrs. Eine zentrale Streitfrage des Falls ist die Frage der Kausalität: War das Verschweigen der Garantiebedingungen ursächlich dafür, dass die Anleger die Aktien erwarben?¹⁶

Goldschmidt beantwortet die Frage nicht nur enger am geltenden Recht als Jhering,¹⁷ sondern auch näher an der wirtschaftlichen Realität. Für ihn ist entscheidend, dass sämtliche Erwerber der Papiere Kaufleute waren und dass ein großer Teil der Anleger die Papiere am Sekundärmarkt erworben hatte, ohne die Verkaufsankündigung zu kennen.¹⁸ Goldschmidt argumentiert: Die üblichen Bedingungen von Eisenbahnkonzessionen seien dem sachkundigen Anlegerpublikum allgemein bekannt gewesen.¹⁹ An der Beweisführung mag man im Einzelnen zweifeln. Sie beruht auf unvollständiger Empirie, und sie ist natürlich parteilich. Dennoch zeigt sie ein sehr modernes Verständnis dessen, was wir heute Prospekthaftung nennen: Kausalitätsfragen und Beweisregeln stehen im Mittelpunkt, und der Anlegerhorizont bestimmt die Pflichten des Emittenten.²⁰

In his expert opinion, Goldschmidt takes the bank's side and rejects the investors' claims for damages. This was to earn him the accusation that he had advocated a "lax handling" of the legal rules following capitalist "Manchesterism".¹⁴ But the accusation is unjustified. And it is also not in the least free of anti-Semitic undertones.¹⁵

What Goldschmidt undertakes in his expert opinion is nothing less than what he demands in his programmatic writings on commercial law methods: The interpretation of the relevant law must account for the actual circumstances of commercial transactions. A central issue in the case is the question of causality: Were investors induced to buy the shares by the very fact that the guarantee conditions had been concealed?¹⁶

Goldschmidt answers the question not only more firmly based on positive law than Jhering¹⁷ but also closer to economic reality. For Goldschmidt, it is crucial that all the buyers of the securities were merchants and that a large proportion of the investors had purchased the securities on the secondary market without knowing of the announcement of the sale.¹⁸ Goldschmidt argues: The usual terms and conditions of railway concessions were generally known to the savvy investing public.¹⁹ Doubts may be raised about Goldschmidt's evidence in detail. It is based on incomplete empirical data, and it is naturally biased. Nevertheless, it shows a very modern understanding of what we now call prospectus liability: Causality issues and rules of evidence are central, and the investor horizon determines the issuer's obligations.²⁰

14 Zum Vorwurf der „laxen Handhabung der Grundsätze über den dolus“ im „Interesse des Verkehrs“ schon *Jhering*, Arch. f. prakt. Rechtswiss. N.F. 4 (1867), 225, 227; zum – methodisch freilich gegenläufigen – Vorwurf des „manchesterlichen Formalismus“ noch deutlich später *L. Mitteis*, Rudolf Jhering, ADB 50 (1905), 652, 663; Nachklänge bei *W. Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung Bd. III (Tübingen: Mohr Siebeck, 1976), 106 mit Fn. 17 und – fictionalisiert – bei *Kluge* (Fn. 10), 18 f.

15 Zu den Folgen des Antisemitismus für Leben und Wirken Goldschmidts noch unten bei Fn. 24.

16 Dazu einerseits *Goldschmidt* (Fn. 10), 73 ff.; andererseits *Jhering*, Arch. f. prakt. Rechtswiss. N.F. 4 (1867), 225, 307 ff.

17 Zu dieser Einschätzung *E. Landsberg*, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt., 2. Halbd. (München und Berlin: Oldenbourg, 1910), 946; gleichsinnig wohl *Weyhe* (Fn. 9), 230.

18 Zu den Ansprüchen der Erwerber am Sekundärmarkt *Goldschmidt* (Fn. 10), 96 ff.

19 *Goldschmidt* (Fn. 10), 41 ff.

20 Zur Fortentwicklung des Prospektrechts in der Folge der Lucca-Pistoia-Aktienstreits *Assmann* (Fn. 10), 51 ff.; *Franck* (Fn. 10), 391 ff.

14 On the accusation of the "lax handling of the principles on the dolus" in the "interest of trading" already *Jhering*, Arch. f. prakt. Rechtswiss. N.F. 4 (1867), 225, 227; on the – methodically contrary – accusation of "Manchester formalism" still much later *L. Mitteis*, Rudolf Jhering, ADB 50 (1905), 652, 663; echoes in *W. Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung Bd. III (Tübingen: Mohr Siebeck, 1976), 106 with footnote 17 and – fictionalized – in *Kluge* (fn. 10), 18 f.

15 On the consequences of anti-Semitism for Goldschmidt's life and work, see fn.24

16 On the one hand *Goldschmidt* (fn. 10), 73 ff.; on the other *Jhering*, Arch. f. prakt. Rechtswiss. N.F. 4 (1867), 225, 307 ff.

17 On this assessment *E. Landsberg*, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 3. Abt., 2. Halbd. (München and Berlin: Oldenbourg, 1910), 946; in the same vein well *Weyhe* (fn. 9), 230.

18 Regarding the claims of buyers on the secondary *Goldschmidt* (fn. 10), 96 ff.

19 *Goldschmidt* (fn. 10), 41 ff.

20 On the further development of prospectus law in the wake of the Lucca-Pistoia stock dispute *Assmann* (fn. 10), 51 ff.; *Franck* (fn. 10), 391 ff.

Ist Goldschmidts Methode damit schon eine soziologische, Goldschmidt ein Rechtssoziologe? Das zu behaupten würde zu weit gehen. Goldschmidt ist in erster Linie Handelsrechtler.²¹ Er knüpft aber einerseits an die Tradition der Historischen Rechtsschule an, indem er das Handelsrecht als ein lebendes und werdendes Recht begreift.²² Andererseits sieht er das Recht als Ausdruck gesellschaftlicher Bedürfnisse und stellt konsequent die „Natur der Sache“ über das Wesen des Rechts. Deshalb befasst er sich mit der produktiven Kraft von Handelsbräuchen und tritt für die Schaffung einer eigenständigen Handelsgerichtsbarkeit mit Beteiligung kaufmännischer Laienrichter ein.²³ So bereiten Goldschmidts Arbeiten schon Mitte des 19. Jahrhunderts den Boden für eine Verbindung von Wirtschaftsrecht und Sozialwissenschaften.

Diese Verbindung kann in Deutschland zunächst keine Wurzeln schlagen. Das ist auch eine Folge der politischen Geschichte. Schon zu Lebzeiten hat Goldschmidt immer wieder mit antisemitischen Diskriminierungen zu kämpfen.²⁴ Die Berliner Universität – deren Dekan er später werden wird – verweigert ihm die Promotion, die Universität Heidelberg – die ihn später zum ordentlichen Professor ernennen wird – will ihn zunächst nicht zum Extraordinarius ernennen.²⁵ Die schärfsten Angriffe erfährt Goldschmidts Werk nach seinem Tod. Zu Goldschmidts Lebzeiten wird noch prophezeit, sein Werk werde das seiner Zeitgenossen Windscheid, Jhering und Gerber überdauern.²⁶ In den 1930er Jahren wird er dann in dem von Carl Schmitt so bezeichneten „Kampf“ der Nationalsozialisten „gegen den jüdischen Geist“²⁷ aus dem Gedächtnis der deutschen Rechtswissenschaft gedrängt.²⁸ Nach dem zweiten Weltkrieg wird er in Deutschland nur sehr zögerlich rezipiert. Auch wenn Goldschmidt durchaus nicht vollends in Vergessenheit gerät, wird jedenfalls sein Beitrag zur allgemeinen Geschichte des Privatrechts und der Rechtswissenschaft auch in der jüngeren Vergangenheit oft nicht hinreichend gewürdigt.²⁹

Does this make Goldschmidt’s method a sociological one, Goldschmidt a sociologist of law? To say so would be going too far. Goldschmidt is first and foremost a commercial lawyer.²¹ However, on the one hand, he does take up the tradition of the historical school of law by understanding commercial law as a living and evolving law.²² On the other hand, he sees law as an expression of social needs and consistently places the “nature of things” above the essence of law. This is why he is concerned with the productive force of trade customs and why he advocates the creation of independent commercial courts with merchants as lay judges.²³ In this way, Goldschmidt’s works pave the way for a combination of commercial law and social sciences as early as the mid-19th century.

At first, this connection cannot take root in Germany. This is also a consequence of political history. Already during his lifetime, Goldschmidt repeatedly had to struggle with anti-Semitic discrimination.²⁴ The University of Berlin – where he would later become dean – first refused him his doctorate, and the University of Heidelberg – which would later appoint him as full professor – initially not even want to appoint him as associate professor.²⁵ Goldschmidt’s work experienced the sharpest attacks after his death. During Goldschmidt’s lifetime it is still prophesied that his work would outlive that of his contemporaries Windscheid, Jhering, and Gerber.²⁶ In the 1930s, in what Carl Schmitt called the “battle” of the National Socialists “against the Jewish spirit”,²⁷ he was then erased from the memory of German jurisprudence.²⁸ After the Second World War, Goldschmidt was received only with great hesitation in Germany. Even if Goldschmidt has by no means been completely forgotten, his contribution to the general history of private law and jurisprudence has often not been sufficiently appreciated, even in the recent past.²⁹

21 Zur Einordnung von Goldschmidts wissenschaftlichem Werk aus heutiger Sicht Großfeld/Papagiannis, ZHR 1995, 529, 537 ff.; Schmidt (Fn. 10), 430 ff.

22 *Locus classicus* zur Historischen Rechtsschule F. C. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft (Heidelberg, 1814).

23 Zur gewohnheitsrechtlichen Geltung handelsrechtlicher Rechtssätze Goldschmidt (Fn. 10), 218 ff.; zu Goldschmidts Einsatz für die Schaffung von Handelsgerichten Weyhe (Fn. 9), 80 mit weiteren Nachw.; zum ideengeschichtlichen Kontext J. Whitman, Commercial Law and the American Volk, Yale Law Journal 97 (1987), 156, 163 ff.

24 Besonders explizit wird dies in der Auseinandersetzung mit Treitschke, dazu Weyhe (Fn. 9), 132 ff. Die Bedeutung von Goldschmidts jüdischer Herkunft für seine Biographie betont Wollschläger, ZHR 1998 (1998), 395 ff.; differenzierend insoweit T. Henne, Antijüdische Diskriminierung gegen Levin Goldschmidt, ZHR 162 (1998), 722 ff.

25 Weyhe (Fn. 9), 44 f. und 73 ff.

26 Weyhe (Fn. 9), 23.

27 C. Schmitt, Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist, DJZ 1936, Sp. 1193.

28 Weyhe (Fn. 9), 156

29 Darauf weist zutreffend Wollschläger, ZHR 1998 (1998), 395, 399 f. hin.

21 On the classification of Goldschmidt’s scholarly work from today’s perspective Großfeld/Papagiannis, ZHR 1995, 529, 537 ff.; Schmidt (fn. 10), 430 ff.

22 *Locus classicus* on the historical school of law F. C. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft (Heidelberg, 1814).

23 On the customary validity of commercial law principles Goldschmidt (fn. 10), 218 ff.; on Goldschmidt’s commitment to the creation of commercial law courts Weyhe (fn. 9), 80 with further essays; on the history of ideas context J. Whitman, Commercial Law and the American Volk, Yale Law Journal 97 (1987), 156, 163 ff.

24 This becomes particularly explicit in the discussion with Treitschke, see Weyhe (fn. 9), 132 ff. The significance of Goldschmidt’s Jewish origins for his biography is emphasized Wollschläger, ZHR 1998 (1998), 395 ff.; differentiating insomuch T. Henne, Antijüdische Diskriminierung gegen Levin Goldschmidt, ZHR 162 (1998), 722ff.

25 Weyhe (fn. 9), 44 f. and 73 ff.

26 Weyhe (fn. 9), 23.

27 C. Schmitt, Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist, DJZ 1936, Sp. 1193.

28 Weyhe (fn. 9), 156

29 This is pointed out correctly by Wollschläger, ZHR 1998 (1998), 395, 399 f.

III.
MAX WEBER UND DIE
„BÖRSENSCHRIFTEN“

Während die deutsche Rechtswissenschaft in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts Goldschmidts Werk aus dem Kanon verbannt, lebt sein Ansatz aber andernorts fort. Schon im Jahr 1889 wird nämlich bei Levin Goldschmidt in Berlin ein vielversprechender junger Jurist mit einer Arbeit zur „Entwicklung des Solidarhaftprinzips und des Sondervermögens der offenen Handelsgesellschaft aus den Haushalts- und Gewerbevereinigungen in den italienischen Städten“³⁰ promoviert. Sein Name ist Max Weber. Weber soll nach seiner darauffolgenden Habilitation Goldschmidts handelsrechtlichen Lehrstuhl in Berlin übernehmen, er folgt dann aber einem Ruf auf einen Lehrstuhl für Nationalökonomie in Freiburg. Von dort geht sein Weg weiter nach Heidelberg, wo er zu einem der Begründer der modernen Soziologie und der Rechtssoziologie in Besonderen wird.

Webers Frühwerk wurde noch unmittelbar von Goldschmidt angeregt. In den so genannten „Börsenschriften“³¹ setzt sich Weber in den 1890er Jahren – wiederum in der ZHR – mit den rechtlichen und soziologischen Grundlagen der Finanzmärkte seiner Zeit auseinander.

Die Finanzmarkt- und Börsenregulierung ist schon damals ein hoch umstrittenes Thema. Im Mittelpunkt der Kontroverse steht die Bewertung von Termin- und Derivatgeschäften. Weite Teile der Rechtslehre wollen sie unter Berufung auf den sogenannten Spieleinwand zu Fall bringen: Forderungen aus Termin- und Derivatgeschäften seien wie Spiel- oder Wettschulden nicht klagbar.³² Goldschmidt hat sich allerdings schon als Richter am Reichsoberhandelsgericht gegen den Spieleinwand stark gemacht. Forderungen aus Termin- und Derivatgeschäften hat er für grundsätzlich klagbar gehalten.³³

Max Weber folgt in der Sache seinem Lehrer Goldschmidt und wendet sich „gegen eine allzu morali-

III.
MAX WEBER AND THE
“BÖRSENSCHRIFTEN”

While German jurisprudence bans Goldschmidt's work from its canon in the first half of the 20th century, his approach lives on elsewhere. Indeed, as early as 1889, a promising young lawyer is awarded a doctorate in Berlin under Levin Goldschmidt with a thesis on the history of commercial partnerships in the Middle Ages.³⁰ His name is Max Weber. After his subsequent habilitation, Weber is to take over Goldschmidt's commercial law chair in Berlin, but instead he becomes professor of economics in Freiburg. From there he continues on to Heidelberg, where he becomes one of the founders of modern sociology and the sociology of law in particular.

Weber's early work was still directly inspired by Goldschmidt. In the 1890s, Weber deals with the legal and sociological foundations of the financial markets of his time in the so-called “Börsenschriften”³¹ – again published in the ZHR.

Financial market regulation and stock exchange rules are already highly controversial topics by that time. The controversy centers on the legal assessment of futures and derivative transactions. A wide swath of legal doctrine hold such contracts to be unenforceable under the so-called difference objection: Claims from futures and derivative contracts are compared to gambling or betting debts, and considered as non-actionable.³² Goldschmidt, however, has already rejected this argument as a judge at the Reich Higher Commercial Court. He considered claims from futures and derivative transactions to be actionable in principle.³³

Max Weber follows his teacher Goldschmidt in this matter and argues “against an all too moralizing

30 *M. Weber*, Die Entwicklung des Solidarhaftprinzips und des Sondervermögens der offenen Handelsgesellschaft aus den Haushalts- und Gewerbevereinigungen in den italienischen Städten (Stuttgart: Kröner, 1889).

31 *M. Weber*, Die Ergebnisse der deutschen Börsenquote, ZHR 44 (1896), 29 (erster Teil); ZHR 43 (1895), 457 (zweiter Teil); ZHR 44 (1896), 29 (dritter Teil) und ZHR 45 (1896), 69 (vierter Teil); im Folgenden zitiert nach der Max Weber Gesamtausgabe (Tübingen 1999), Band I/5.

32 Zur zeitgenössischen Auseinandersetzung eingehend *G. Wermert*, Börse, Börsengesetz und Börsengeschäfte (Leipzig: Duncker & Humblot, 1904), 295-368; *U. Wolter*, Termingeschäftsfähigkeit kraft Information (Paderborn: Schöningh, 1991), 24-88.

33 *K. Borchardt*, Max Webers Börsenschriften: Rätsel um ein übersehenes Werk (München: Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 2000), 25 f.

30 *M. Weber*, Die Entwicklung des Solidarhaftprinzips und des Sondervermögens der offenen Handelsgesellschaft aus den Haushalts- und Gewerbevereinigungen in den italienischen Städten (Stuttgart: Kröner, 1889).

31 *M. Weber*, Die Ergebnisse der deutschen Börsenquote, ZHR 44 (1896), 29 (first part); ZHR 43 (1895), 457 (second part); ZHR 44 (1896), 29 (third part) and ZHR 45 (1896), 69 (fourth part); in the following quoted from the Max Weber Gesamtausgabe (Tübingen 1999), volume I/5.

32 On the contemporary discussion in detail *G. Wermert*, Börse, Börsengesetz und Börsengeschäfte (Leipzig: Duncker & Humblot, 1904), 295-368; *U. Wolter*, Termingeschäftsfähigkeit kraft Information (Paderborn: Schöningh, 1991), 24-88.

33 *K. Borchardt*, Max Webers Börsenschriften: Rätsel um ein übersehenes Werk (München: Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 2000)p. 25 f.

sierende Betrachtung der Handlungen an Kapitalmarkt³⁴.³⁴ Börsengeschäfte, so Weber, werden von erfahrenen Kaufleuten betrieben, und „eine starke Börse kann eben kein Klub für ‚ethische Kultur‘ sein“.³⁵ Interessanter noch als diese Positionierung in der Sache ist, dass Weber auch in seiner Methode Goldschmidt folgt.³⁶ Wie schon in seiner Dissertation fragt Weber mit Blick auf die Börse, wie „sich im einzelnen die Rechtsbildung gestaltet hat, – ob hier neue Rechtsgedanken, aus den sich schnell vervielfältigenden Bedürfnissen des Tages erwachsen, durch Übergang in den Handelsbrauch und von da in das Handelsgewohnheitsrecht, sich Anerkennung verschaffen“.³⁷ Mit anderen Worten. Wie schafft ein gesellschaftlicher Bereich seine eigenen, ihm angemessenen Regeln, und wie erlangen diese Regeln nach und nach rechtliche Verbindlichkeit?

Aus diesem soziologisch interessierten Ansatz entwickelt Weber seine juristischen Positionen. Er spricht sich für die Zulassung von Termin- und Derivatgeschäften aus. Diese Geschäfte seien notwendig für Kurssicherungs- und Arbitragegeschäfte,³⁸ und deshalb empfinde das „Rechtsbewußtsein des Händlerstandes“ den in der juristischen Spieleinwand als „schnöde Unreelität“.³⁹ Den Dogmatismus der Juristen hält Weber für „nicht sehr glücklich“ bis „geradezu kindlich“.⁴⁰

Bei alledem spricht Weber noch in erster Linie als Jurist. Er sucht nach Rechtsregeln, die der gesellschaftlichen Wirklichkeit angemessen sind. Er ist nicht bloß soziologischer Beobachter, sondern bringt seine soziologischen Erkenntnisse in die juristische Diskussion ein. Dem entspricht es, dass Weber in seinen frühen Freiburger Jahren auch noch juristische Lehrveranstaltungen anbietet,⁴¹ bevor zum Mitbegründer einer neuen wissenschaftlichen Disziplin wird: der Soziologie. Und während sich Max Weber nun ganz der Soziologie zuwendet, beginnt sich die Rechtswissenschaft

view of the actions on capital markets”.³⁴ Stock exchange transactions, Weber says, are carried out by experienced traders, and “a strong stock exchange cannot be a club for ‘ethical culture’”.³⁵ Even more interesting than this positioning in the matter is that Weber also follows Goldschmidt in his method.³⁶ As already in his dissertation, Weber asks, with a view to the stock exchange, how “in detail the formation of law has been shaped, – whether here new legal ideas, arising from the rapidly multiplying needs of the day, gain recognition through the transition to commercial practice and from there to customary commercial law”.³⁷ In other words: How does a social sphere create the rules that are appropriate to it, and how do these rules gradually become legally binding?

Weber develops his legal positions from this sociologically interested approach. He is in favor of permitting futures and derivative transactions. In his view, these transactions are necessary for hedging and arbitrage transactions,³⁸ and therefore the “legal consciousness of the traders’ profession” perceives the legal arguments against their actionability as “disdainful unreality”.³⁹ Weber considers the dogmatism of lawyers to be “not very fortunate” if not “downright childish”.⁴⁰

In all this, Weber still speaks to us primarily as a lawyer. He seeks legal rules that suit societal reality. He is not a mere observer of society; he brings his sociological findings to the legal discussion. It is in keeping with this that Weber also offers legal courses in his early years in Freiburg⁴¹ before becoming the co-founder of a new scientific discipline: sociology. And while Max Weber now turns entirely to sociology, legal studies begin already to turn away from it. Representing the prevailing doctrine of his time, Hans Kelsen states in his discussion with Eugen Ehrlich: “What law is ..., the sociol-

34 Borchardt (Fn. 33), 29

35 M. Weber, Die technische Funktion des Terminhandels, in: Baier et al. (Hg.), Max Weber Gesamtausgabe Bd. I/5, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000), 597, 612.

36 Womöglich sogar „konsequenter als dieser selbst“, so G. Dilcher/S. Lepsius, Einleitung, in: Baier et al. (eds.), Max Weber Gesamtausgabe Bd. I/1, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008), 75.

37 M. Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter (Stuttgart: Enke, 1889), 1.

38 M. Weber, Die Ergebnisse der deutschen Börsenenquete, in: Baier, Horst/Hübinger, Gangolf/Lepsius, M. Rainer/Mommsen, Wolfgang J./Schluchter, Wolfgang/Winckelmann, Johannes (Hrsg.), Max Weber Gesamtausgabe Bd. I/5, Tübingen 2000, 195, 517 ff. unter Bezugnahme auf Sachverständigengutachten.

39 Weber (Fn. 38), 509.

40 Weber (Fn. 38), 537.

41 Borchardt (Fn. 33), 35 f.

34 Borchardt (fn. 33), 29

35 M. Weber, Die technische Funktion des Terminhandels, in: Baier et al. (eds.), Max Weber Gesamtausgabe Bd. I/5, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000), 597, 612.

36 Possibly even “more consistent than itself”, says G. Dilcher/S. Lepsius, Einleitung, in: Baier et al. (eds.), Max Weber Gesamtausgabe Bd. I/1, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008), 75.

37 M. Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter (Stuttgart: Enke, 1889), 1.

38 M. Weber, Die Ergebnisse der deutschen Börsenenquete, in: Baier, Horst/Hübinger, Gangolf/Lepsius, M. Rainer/Mommsen, Wolfgang J./Schluchter, Wolfgang/Winckelmann, Johannes (eds.), Max Weber Gesamtausgabe Bd. I/5, Tübingen 2000, 195, 517 ff. with reference to expert opinions.

39 Weber (fn. 38), 509.

40 Weber (fn. 38), 537.

41 Borchardt (fn. 33), 35 f.

schon von ihr abzuwenden. Stellvertretend für die herrschende Lehre seiner Zeit stellt Hans Kelsen in seiner Auseinandersetzung mit Eugen Ehrlich fest: „Was Recht ist ..., das kann die Rechtssoziologie nicht bestimmen“.⁴² In der Jurisprudenz bleibt damit kein Raum für soziologische Methoden.

IV. KARL LLEWELLYN UND DER UNIFORM COMMERCIAL CODE

Derweil finden Goldschmidts Gedanken aber wiederum andernorts ganz unerwartete Verbreitung. Zwischen 1929 und 1931 reist ein amerikanischer Jurist namens Karl Llewellyn mehrfach nach Leipzig, um das deutsche Handelsrecht zu studieren. Llewellyn hat da schon ein bewegtes Leben hinter sich. 1893 in Seattle geboren hat er einen Teil seiner Schulzeit in Deutschland verbracht und seitdem eine enge Beziehung zu Deutschland. Die Beziehung ist sogar so eng, dass sich Llewellyn 1914 mit Ausbruch des Ersten Weltkriegs freiwillig für den Dienst in einem Preußischen Infanterieregiment meldete. 1915 kehrt er, mit dem Eisernen Kreuz dekoriert, in die Vereinigten Staaten zurück und beginnt in Yale eine beeindruckende akademische Karriere.⁴³

Llewellyn wird bald zu einem Vordenker der so genannten Legal Realists, die ab den 1920er Jahren das US-amerikanische Rechtsdenken revolutionieren. Dabei hält er enge Verbindung zu Deutschland. Bei seinen Studienaufenthalten in Leipzig vertieft er sich in die Quellen der deutschen Handelsrechtswissenschaft, und Goldschmidt wird bald zu seiner Leitfigur.⁴⁴ Durch diesen nur wenig beachteten Zusammenhang fließen zentrale Gedanken des Goldschmidtschen Rechtsdenkens in den amerikanischen Legal Realism ein. Tatsächlich teilen die Rechtsrealisten von Anfang an Goldschmidts wichtigstes Anliegen: Recht und Rechtswissenschaft müssen den dogmatischen Formalismus überwinden und sich an den Bedürfnissen der Gesellschaft orientieren.⁴⁵

Llewellyn teilt dieses Anliegen nicht nur auf einer abstrakten Ebene, sondern es prägt auch sein juristisches Arbeiten durch und durch. Llewellyn ist

„... the logic of law cannot determine.“⁴² In jurisprudence there remains thus no room for sociological methods.

IV. KARL LLEWELLYN AND THE UNIFORM COMMERCIAL CODE

Meanwhile, Goldschmidt's thinking gains unexpected currency elsewhere. Between 1929 and 1931, an American lawyer named Karl Llewellyn travels to Leipzig several times to study German commercial law. Llewellyn has already lived an eventful life by then. Born in Seattle in 1893, he has spent part of his school years in Germany and has maintained a close relationship with Germany ever since. In fact, the relationship remains so close that Llewellyn volunteers for service in a Prussian infantry regiment when World War I breaks out in 1914. In 1915, decorated with the Iron Cross, he returns to the United States and begins an impressive academic career at Yale.⁴³

Llewellyn soon becomes a mastermind of the so-called legal realists, who revolutionize US legal thinking from the 1920ies onwards. In doing so, he maintains close ties with Germany. During his study visits to Leipzig, he delves into the sources of German commercial law, and Goldschmidt soon becomes a leading figure for him.⁴⁴ Through this little-noticed connection, central ideas of Goldschmidt's legal thinking flows into American legal realism. Indeed, the legal realists share Goldschmidt's most important concern from the very beginning: Law and jurisprudence must overcome doctrinal formalism and orient themselves towards the needs of society.⁴⁵

Llewellyn shares this concern not only on an abstract level; it shapes his legal work through and through. Llewellyn is himself a commercial lawyer,

42 H. Kelsen, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik 1915, 839; Ausgangstexte der *Kelsen/Ehrlich*-Debatte wiederabgedruckt in H. Kelsen/E. Ehrlich, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17) (Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2001).

43 Zu diesem Abschnitt in *Llewellyn's Leben W. Twining*, Karl Llewellyn and the Realist Movement (2012); 89 ff.; weitere biografische Quellen bei Whitman, Yale Law Journal 97 (1987), 156, 166.

44 Whitman, Yale Law Journal 97 (1987), 156, 167.

45 Zu zentralen Thesen und ideengeschichtlichem Hintergrund des US-amerikanischen Rechtsrealismus B. Leiter, American Legal Realism, in: Golding/Edmundson (Hg.), The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, Malden: Blackwell, 2005), 50.

42 H. Kelsen, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik 1915, 839; Source texts of the *Kelsen/Ehrlich* debate reprinted in H. Kelsen/E. Ehrlich, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17) (Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2001).

43 On this part of *Llewellyn's* life W. Twining, Karl Llewellyn and the Realist Movement (2012); 89 ff.; further biographical sources in Whitman, Yale Law Journal 97 (1987), 156, 166.

44 Whitman, Yale Law Journal 97 (1987), 156, 167.

45 On central theses and the historical background of ideas of US American legal realism B. Leiter, American Legal Realism, in: Golding/Edmundson (eds.), The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, Malden: Blackwell, 2005), 50.

nämlich selbst Handelsrechtler, einer der bedeutendsten und wirkmächtigsten seiner Zeit.⁴⁶ Und deswegen nimmt er auch zu handelsrechtlichen Problemen Stellung, und zwar ganz im Sinne Goldschmidts. Mehrfach zitiert er in seinen Abhandlungen zum Handelsrecht Goldschmidt wörtlich: „Every fact-pattern of common life, so far as the legal order can take it in, carries within itself its appropriate, natural rules, its right law. ... The highest task of law-giving consists in uncovering and implementing this immanent law“.⁴⁷ Es geht ihm mit Goldschmidt nicht um ein unveränderliches Vernunft- und Naturrecht, sondern im Gegenteil um das natürliche Recht der realen Lebensverhältnisse. Bei seinen amerikanischen Zeitgenossen löst er mit der Formulierung allerdings verständliches Unverständnis aus.⁴⁸

Llewellyn zieht aus der Aussage aber ganz konkrete Konsequenzen. Wie Goldschmidt tritt er entschieden für die Schaffung spezialisierter Handelsgereichte ein, die mit sachkundigen Schöffen besetzt werden sollen.⁴⁹ Und er betont die Bedeutung von Handelsbräuchen, denen er rechtsschaffende Qualität zuerkennt.⁵⁰ Mit Goldschmidt teilt er auch die Vorstellung einer universellen *lex mercatoria*, eines globalen Handelsrechts.⁵¹

Noch stärker als Goldschmidt gelingt es Llewellyn, seine Vorstellungen in die Gesetzgebung zu tragen. Llewellyn ist einer der Väter des Uniform Commercial Code, auf dem noch heute die Handelsgesetze fast aller US-Bundesstaaten beruhen.⁵² Und der Uniform Commercial Code entspricht in vielerlei Hinsicht dem Idealbild eines Handelsgesetzbuchs, wie es auch Goldschmidt hätte entwerfen können. Er enthält nur wenige materielle Regeln und verweist immer wieder auf Gewohnheiten und soziale Normen, über Begriffe wie „reasonableness“, „customs“ und „usages of trade“.⁵³ Handelsgereichte sollen diese Begriffe nach den tatsächlichen

one of the most important and effectual of his time.⁴⁶ And that is why he also comments on problems of commercial law, in line with Goldschmidt’s own interests. He directly quotes Goldschmidt several times in his treatises on commercial law: “Every fact-pattern of common life, so far as the legal order can take it in, carries within itself its appropriate, natural rules, its right law. ... The highest task of law-giving consists in uncovering and implementing this immanent law“.⁴⁷ As with Goldschmidt, he is not concerned with an unchangeable law of reason and nature; on the contrary, he cares about the natural law of real living conditions. His American contemporaries, however, understandably find his formulation incomprehensible.⁴⁸

But Llewellyn draws very concrete conclusions from this statement. Like Goldschmidt, he strongly advocates the creation of specialized commercial courts, to be staffed by lay judges who are knowledgeable in the matters at hand.⁴⁹ And he emphasizes the importance of trade custom, to which he ascribes law-making quality.⁵⁰ He also shares with Goldschmidt the idea of a universal *lex mercatoria*, a global commercial law.⁵¹

Even more so than Goldschmidt, Llewellyn succeeds in getting his ideas incorporated into legislation. Llewellyn is one of the fathers of the Uniform Commercial Code, on which the commercial laws of almost all US States are still based today.⁵² And the Uniform Commercial Code corresponds in many respects to the ideal of a commercial code, as Goldschmidt might have designed himself. It contains only few substantial rules and refers again and again to habits and social norms, via concepts such as “reasonableness”, “customs” and “usages of trade“.⁵³ Commercial courts are to fill these concepts with life according to the actual needs of eco-

46 Treffend *Whitman*, Yale Law Journal 97 (1987), 156: „American commercial law is largely the creation of America’s most eccentric legal philosopher“.

47 *K. N. Llewellyn*, The Common Law Tradition (Boston: Little, Brown, 1960), 122. Das Originalzitat findet sich bei *L. Goldschmidt*, Handbuch des Handelsrechts. Erster Band: Universalgeschichte des Handelsrechts (3. Aufl., Stuttgart, 1891), 302.

48 *Twining* (Fn. 43), 217 bezeichnet die Passage als einen „apparent headlong plunge into metaphysics“; weitere Reaktionen und Interpretationen bei *Whitman*, Yale Law Journal 97 (1987), 156, 158 mit Fn. 17.

49 Vorgesehen war dies in sec. 59 des maßgeblich von *Llewellyn* vorbereiteten Entwurfs zum Uniform Commercial Code; dazu *I. D. Abyad*, Commercial Reasonableness in Karl Llewellyn’s Uniform Commercial Code Jurisprudence, Virginia Law Review 83 (1997), 429, 448 f. Ausdrücklich zum deutschen Vorbild des Ansatzes *K. N. Llewellyn*, Recht, Rechtsleben und Gesellschaft (Berlin: Duncker & Humblot, 1977), 101 mit Fn. 11.

50 Etwa *K. N. Llewellyn*, The Effect of Legal Institutions Upon Economics, American Economic Review 15 (1925), 665, 672 f.; Nachw. zu *Llewellyn* rechtspolitischen Stellungnahmen in diesem Sinne bei *L. Bernstein*, The Questionable Empirical Basis of Article 2’s Incorporation Strategy: A Preliminary Study, University of Chicago Law Review 66 (1999), 710, 713 ff. mit Fn. 13 und 16.

51 *Whitman*, Yale Law Journal 97 (1987), 156, 170.

52 Zu *Llewellyn*’s Beitrag eindrücklich *E. F. Mooney*, Old Kontract Principles and Karl’s New Kode: An Essay on the Jurisprudence of Our New Commercial Law, Villanova Law Review 11 (1966), 213

53 *Whitman*, Yale Law Journal 97 (1987), 156.

46 Appropriate *Whitman*, Yale Law Journal 97 (1987), 156: “American commercial law is largely the creation of America’s most eccentric legal philosopher“.

47 *K. N. Llewellyn*, The Common Law Tradition (Boston: Little, Brown, 1960), 122. The original quote can be found in *L. Goldschmidt*, Handbuch des Handelsrechts. Erster Band: Universalgeschichte des Handelsrechts (3. Aufl., Stuttgart, 1891), 302.

48 *Twining* (fn. 43), 217 describes the passage as an “apparent headlong plunge into metaphysics“; further reactions and interpretations in *Whitman*, Yale Law Journal 97 (1987), 156, 158 with fn. 17.

49 This was provided for in sec. 59 of the draft of the Uniform Commercial Code prepared by *Llewellyn*; see *I. D. Abyad*, Commercial Reasonableness in Karl Llewellyn’s Uniform Commercial Code Jurisprudence, Virginia Law Review 83 (1997), 429, 448 f. Expressly on the German model of the approach *K. N. Llewellyn*, Recht, Rechtsleben und Gesellschaft (Berlin: Duncker & Humblot, 1977), 101 with fn. 11.

50 Approximately *K. N. Llewellyn*, The Effect of Legal Institutions Upon Economics, American Economic Review 15 (1925), 665, 672 f.; epilogue on *Llewellyn*’s legal policy statements in this sense in *L. Bernstein*, The Questionable Empirical Basis of Article 2’s Incorporation Strategy: A Preliminary Study, University of Chicago Law Review 66 (1999), 710, 713 ff. with fn. 13 and 16.

51 *Whitman*, Yale Law Journal 97 (1987), 156, 170.

52 On *Llewellyn*’s contribution, significantly *E. F. Mooney*, Old Kontract Principles and Karl’s New Kode: An Essay on the Jurisprudence of Our New Commercial Law, Villanova Law Review 11 (1966), 213

53 *Whitman*, Yale Law Journal 97 (1987), 156.

chen Bedürfnissen des Wirtschaftslebens mit Leben füllen, durch Betrachtung der „realen ... Lebensverhältnisse“. Die von Llewellyn geforderten Handelsgerichte wurden in den Vereinigten Staaten allerdings nie geschaffen. Den Verfahrensvorschriften seines Vorschlags⁵⁴ folgte die Kommission zur Erarbeitung des Uniform Commercial Code nicht. Das Regelwerk bleibt damit an entscheidender Stelle unvollendet. Denn die offenen, auf die Lebenswirklichkeit zielenden Begriffe von „reasonableness“, „customs“ und „usages of trade“ sind durch juristische Auslegung allein nur schwer mit Leben zu füllen.⁵⁵

Der „Legal Realism“ zielte aber ohnehin auf eine Überwindung der klassischen juristischen Methode ab. Gerade Llewellyn hat darauf hingewiesen, dass Rechtsregeln notwendigerweise unbestimmt sind. In „hard cases“ seien immer unterschiedliche Auslegungen möglich und plausibel.⁵⁶ Für Llewellyn und die Rechtsrealisten folgt daraus die Notwendigkeit einer „sociological jurisprudence“, die auch ganz ausdrücklich so bezeichnet wird.⁵⁷ Gemeint ist damit zweierlei. Auf der einen Seite wird Rechtswissenschaft zur Juristensoziologie. Ihre Aufgabe ist nicht die Begründung richtiger Ergebnisse, sondern die Voraussage dessen „what the courts will do in fact“.⁵⁸ Auf der anderen Seite führt die soziologische Methode zu einem veränderten Verständnis von der Rolle des Rechts in der Gesellschaft. Llewellyn geht von einem funktionalen Rechtsverständnis aus – und von einer sehr begrenzten Funktion des Rechts.⁵⁹ Gesellschaftliche Ordnung entsteht für ihn weitgehend außerhalb des Rechts: „Law plays mostly upon the fringes“.⁶⁰ Für das Handelsrecht im Besonderen spitzt er diese Aussage an anderer Stelle zu: „[I]t is highly probable that ... commercial law contributed almost nothing to the development of commerce, in a hundred years“.⁶¹ Die Aufgabe des Rechts besteht für ihn darin, dass es gesellschaftliche Selbststeuerung

conomic life, by considering the “real life conditions”. However, the commercial courts that Llewellyn calls for were never established in the United States. The commission did not follow the procedural rules of his draft proposal for the Uniform Commercial Code.⁵⁴ The Code thus remains unfinished at a crucial juncture. Without an apposite procedural framework, the open concepts of “reasonableness”, “customs” and “usages of trade”, which aim at the reality of life, are difficult to fill with life.⁵⁵

In any case, “legal realism” was aimed at overcoming the classical legal method. Llewellyn in particular has pointed out that legal rules are necessarily vague. In “hard cases” different interpretations are always possible and plausible.⁵⁶ For Llewellyn and the legal realists, this leads to the necessity of a “sociological jurisprudence”, which is also expressly referred to as such.⁵⁷ This means two things. On the one hand, jurisprudence becomes a sociology of legal practice. Its task is not to justify correct results but rather to predict “what the courts will do in fact”.⁵⁸ On the other hand, the sociological method leads to a changed understanding of the role of law in society. Llewellyn starts from a functional understanding of law – and from a very limited function of law.⁵⁹ For him, social order arises largely outside the law: “Law plays mostly upon the fringes”.⁶⁰ For commercial law in particular, he intensifies this statement elsewhere: “[I]t is highly probable that ... commercial law contributed almost nothing to the development of commerce, in a hundred years.”⁶¹ For him, the law’s job is to enable social self-control by stabilizing behavioral expectations formed in practice and by settling concrete conflicts.⁶²

54 Vgl. oben Fn. 49.

55 Zu den daraus erwachsenden Schwierigkeiten etwa *Abyad*, Virginia Law Review 83 (1997), 429; *R. Danzig*, A Comment on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code, Stanford Law Review 27 (1974-1975), 621; *M. Franklin*, On the Legal Method of the Uniform Commercial Code, Law & Contemporary Problems 16 (1951), 330.

56 Etwa *K. N. Llewellyn*, The Bramble Bush. Some Lectures on Law and Its Study (New York: Oceana, 1930), 62 f.: “Logic and science can tell us .. what the doctrinal possibilities are.... But they give us no certainty as to whether the possibility embodied in the argument will be adopted by a given court.”

57 Zur Bedeutung des soziologischen Funktionalismus in *Llewellyn's Werk W. C. Heffernan*, The Dual Problems of Legal Justification: A Key to the Unity of Karl Llewellyn's Jurisprudence, Chicago Law review 45 (1978), 654, 669 ff.; zum Zusammenhang von „Sociological Jurisprudence“ und Rechtsrealismus *W. E. Rumble*, Legal Realism, Sociological Jurisprudence and Mr. Justice Holmes, Journal of the History of Ideas 26 (1965), 547; *G. E. White*, From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America, Virginia Law Review 58 (1972), 999.

58 Zuerst bei *O. W. Holmes*, The Path of the Law, Harvard Law Review 10 (1897), 457, 461.

59 *Llewellyn* (Fn. 56), 107 ff.

60 *Llewellyn* (Fn. 56), 110.

61 *K. N. Llewellyn*, On Law and Our Commerce, Wisconsin Law Review 1949, 625, 627.

54 Cf. above footnote 49.

55 For example, *Abyad*, Virginia Law Review 83 (1997), 429, on the difficulties arising from this ; *R. Danzig*, A Comment on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code, Stanford Law Review 27 (1974-1975), 621; *M. Franklin*, On the Legal Method of the Uniform Commercial Code, Law & Contemporary Problems 16 (1951), 330.

56 Such as *K. N. Llewellyn*, The Bramble Bush. Some Lectures on Law and Its Study (New York: Oceana, 1930), 62 f. “Logic and science can tell us... what the doctrinal possibilities are... But they give us no certainty as to whether the possibility embodied in the argument will be adopted by a given court.”

57 On the significance of sociological functionalism in *Llewellyn's work W. C. Heffernan*, The Dual Problems of Legal Justification: A Key to the Unity of Karl Llewellyn's Jurisprudence, Chicago Law review 45 (1978), 654, 669 ff.; on the connection between “sociological jurisprudence” and legal realism *W. E. Rumble*, Legal Realism, Sociological Jurisprudence and Mr. Justice Holmes, Journal of the History of Ideas 26 (1965), 547; *G. E. White*, From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America, Virginia Law Review 58 (1972), 999.

58 First, at *O. W. Holmes*, The Path of the Law, Harvard Law Review 10 (1897), 457, 461.

59 *Llewellyn* (fn. 56), 107 ff.

60 *Llewellyn* (fn. 56), 110.

61 *K. N. Llewellyn*, On Law and Our Commerce, Wisconsin Law Review 1949, 625, 627.

62 *Llewellyn* (fn. 56), 110 ff.

ermöglicht, indem es in der Praxis gebildete Verhaltenserwartungen stabilisiert und konkrete Konflikte beilegt.⁶²

Für die Entwicklung des US-amerikanischen Rechtsdenkens ist der Rechtsrealismus eine entscheidende Wegmarke. Hier liegt der ideengeschichtliche Punkt, an dem sich die amerikanische Entwicklung endgültig von der kontinentaleuropäischen trennt.⁶³ Während in Kontinentaleuropa gesellschaftswissenschaftliche Ansätze in der Rechtswissenschaft marginal bleiben, wird der Rechtsrealismus in den USA zum Mainstream: „We are all realists now“, lautet dort der Leitspruch.

Der amerikanische Rechtsrealismus mündet in den folgenden Jahrzehnten in das so genannte Law & Society Movement. Damit verbindet sich eine doppelte Perspektivverschiebung. Erstens werden gesellschaftswissenschaftliche Ansätze jetzt unmittelbar in die juristische Methode integriert. Die theoretischen Einsichten des Rechtsrealismus werden zum normativen Programm: Rechtliche Regeln sind so auszulegen, dass sie ihrer gesellschaftlichen Funktion gerecht werden. Mit dieser Forderung verbinden sich natürlich neue Unbestimmtheiten. Denn wie genau bestimmt man eigentlich die gesellschaftliche Funktion einer Norm? Mit dem Siegeszug von Law & Society geht, und das ist die zweite Perspektivverschiebung, eine Ausdifferenzierung der Gesellschaftswissenschaften einher. Neben die Soziologie treten Verhaltenswissenschaft, Ökonomik und Psychologie. Auf Law & Society folgen Law & Anthropology, Law & Economics, Law & Psychology und so fort. Jede dieser Disziplinen hat ihre eigenen Antworten auf die Frage nach der gesellschaftlichen Funktion des Rechts. Eine rechtsanthropologische Auslegung des Grundsatzes von Treu und Glauben entspricht nicht unbedingt dem ökonomischen Effizienzgebot – und umgekehrt.

Womöglich noch folgenreicher als die disziplinäre Ausdifferenzierung der Law & Society-Bewegung ist ihre Politisierung. Die setzt bereits in den 1930er Jahren ein. Schon Llewellyn zeigt in seinen späten Schriften große Sympathien für Roosevelts New Deal.⁶⁴ Viele Rechtsrealisten sehen gerade das Wirtschaftsrecht als ideales Instrument des „Social Engineering“ im Dienste einer besseren Gesellschaftsordnung.⁶⁵ Noch stärker wird die Poli-

Legal realism is a decisive milestone in the development of US American legal thinking. This is the point in the history of ideas at which the American development finally separates from that of continental Europe.⁶³ While in continental Europe social science approaches remain marginal in jurisprudence, legal realism becomes the mainstream approach in the USA: “We are all realists now”, is the motto there.

In the following decades, American legal realism leads to the so-called Law & Society Movement. This is associated with a dual shift in perspective. First, social science approaches are now directly integrated into the legal method. The theoretical insights of legal realism become a normative program: Legal rules must be interpreted in such a way that they best fulfil their social function. This demand is of course associated with novel uncertainties: How exactly does one actually determine the social function of a norm? With the triumph of Law & Society, and this is the second shift in perspective, a differentiation of the social sciences takes place. Sociology is joined by behavioral science, economics and psychology. Consequently, Law & Society is followed by Law & Anthropology, Law & Economics, Law & Psychology and so on. Each of these disciplines has its own answers to the question of the social function of law. A legal-anthropological interpretation of the principle of good faith will not necessarily correspond to the principle of economic efficiency – and vice versa.

Perhaps even more momentous than the disciplinary differentiation of the Law & Society Movement is its politicization. This already starts in the 1930s. Already Llewellyn shows great sympathy for Roosevelt’s New Deal in his late writings.⁶⁴ Many legal realists see commercial law in particular as an ideal instrument of “social engineering” in the service of a better social order.⁶⁵ The politicization becomes even stronger after the Second World

62 Llewellyn (Fn. 56), 110 ff.

63 So etwa K. Grechenig/M. Gelter, Divergente Evolution des Rechtsdenkens – Von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik, *RabelsZ* 72 (2008), 513.

64 Zu den politischen Hintergründen eingehend A. R. Kamp, Between-the-Wars Social Thought: Karl Llewellyn, Legal Realism, and the Uniform Commercial Code in Context., *Albany Law Review* 59 (1995-1996), 325.

65 Besonders deutlich wird dies im Werk *Roscoe Pound’s*, dazu L. J. McManaman, Social Engineering: The Legal Philosophy of Roscoe Pound, *St. John’s Law Review* 33 (1958), 1.

63 Such as K. Grechenig/M. Gelter, Divergente Evolution des Rechtsdenkens – Von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik, *RabelsZ* 72 (2008), 513.

64 More on the political background A. R. Kamp, Between-the-Wars Social Thought: Karl Llewellyn, Legal Realism, and the Uniform Commercial Code in Context., *Albany Law Review* 59 (1995-1996), 325.

65 This becomes particularly clear in *Roscoe Pound’s* work, on that topic L. J. McManaman, Social Engineering: The Legal Philosophy of Roscoe Pound, *St. John’s Law Review* 33 (1958), 1.

tisierung nach dem Zweiten Weltkrieg. Amerikanische Rechtssoziologen propagieren jetzt immer offener einen gesellschaftlichen Wandel durch das Recht, etwa im Rahmen von Lyndon Johnson's „War on Poverty“.⁶⁶ Von Levin Goldschmidts „Naturstudium“ des Handelslebens hat sich die Soziologie des Wirtschaftsrechts damit denkbar weit entfernt.

Die Gegenbewegung setzt ab den 1960er Jahren in Chicago an. Hier hat Ronald Coase mit seinen Arbeiten zur ökonomischen Funktion des Rechts den Grundstein für die Law & Economics-Bewegung gelegt.⁶⁷ Die Bewegung teilt zunächst das Grundanliegen des Law & Society Movement. Sie will ein besseres Verständnis von der gesellschaftlichen Funktion des Rechts erreichen, allerdings mit wirtschaftswissenschaftlichen Methoden. Schon bald verengt sich der methodische Ansatz aber auf die neoklassische Ökonomik, der Effizienzgrundsatz wird zum alleinigen normativen Maßstab erhoben.⁶⁸ Damit einher geht auch hier eine zunehmende Politisierung. Law & Economics wird ab den späten 1970er Jahren bewusst als konservatives Gegenprojekt zur linksliberalen Law & Society-Forschung in Stellung gebracht. Eine Schlüsselrolle spielt die John M. Olin Foundation, gegründet von dem amerikanischen Waffenproduzenten und Großindustriellen John Olin.⁶⁹ Sie will mit der Einrichtung von Stiftungslehrstühlen und der großzügigen Finanzierung von Forschungsprogrammen eine marktliberale „counterintelligentsia“ an den amerikanischen Law Schools etablieren. Deren Gedankengut wird durch Richterschulungen breit in die Praxis getragen.⁷⁰ Auch diese Bewegung hat in den 1970er und 1980er Jahren nicht mehr viele Gemeinsamkeiten mit dem Goldschmidts „Naturstudium“ des Rechts – zumal Goldschmidt selbst schon deutlich vor einem „seichten ökonomischen Raisonement ohne jeden juristischen Halt“⁷¹ gewarnt hat.

War. American sociologists of law are now openly propagating social change through the law, for example in the context of Lyndon Johnson's „War on Poverty“.⁶⁶ The sociology of commercial law has thus moved away from Levin Goldschmidt's „natural study“ of commercial life.

The countermovement begins in Chicago in the 1960ies. It is here that Ronald Coase lays the foundation for the Law & Economics Movement with his work on the economic function of law.⁶⁷ The movement initially shares the basic concern of the Law & Society Movement. It wants to achieve a better understanding of the social function of law, yet with economic methods. Before long, however, the methodological approach is narrowed down to neo-classical economics, and the principle of efficiency becomes the sole normative standard.⁶⁸ This is, again, accompanied by an increasing politicization of the discipline. From the late 1970ies onwards, Law & Economics is deliberately positioned as a conservative counter-project to left-liberal Law & Society research. A key role is played by the John M. Olin Foundation, founded by the American weapons manufacturer and industrialist John Olin.⁶⁹ By establishing endowed chairs and generously funding research programs, the Olin Foundation aims to establish a conservative „counterintelligentsia“ at American law schools. Their ideas are put into practice on a broad scale through training programs for judges.⁷⁰ This movement, too, no longer has much in common with Goldschmidt's „natural study“ of law by the 1970ies and 1980ies – especially since Goldschmidt himself had clearly warned against a „shallow economic reasoning without any legal footing“.⁷¹

66 Deutlich wird dies etwa in den ersten Ausgaben des Law & Society Review, begründet 1966.

67 Grundlegend insbesondere *R. H. Coase*, The Nature of the Firm, *Economica* 1937, 386; *R. H. Coase*, The Problem of Social Cost, *The Journal of Law & Economics* 3 (1960), 1.

68 Kritisch zu dieser Entwicklung *R. Swedberg*, The Case for an Economic Sociology of Law, *Theory and Society* 32 (2003), 1, 25 ff., der in diesem Zusammenhang auch auf „Coase's apparent tendency not to subscribe to the Coase Theorem“ verweist (27).

69 Zum Hintergrund *R. von Horn/P. Mirowski*, The Rise of the Chicago School of Economics and the Birth of Neoliberalism, in: Philip Mirowski/Dieter Plehwe (Hrsg.), *The Road from Mont Pélerin* (2009), 139.

70 Dazu etwa *S. Schindler*, Case Study: Revolutionizing Legal Discourse: Law and Economics. John M. Olin Foundation (1978), verfügbar unter: https://cspsc.sanford.duke.edu/sites/default/files/descriptive/revolutionizing_legal_discourse.pdf (zuletzt abgerufen am 24.02.2020).

71 *Goldschmidt*, ZHR 1 (1858), 1, 12 f.

66 This becomes clear, for example, in the first editions of the Law & Society Review, established in 1966.

67 Essentially, in particular *R. H. Coase*, The Nature of the Firm, *Economica* 1937, 386; *R. H. Coase*, The Problem of Social Cost, *The Journal of Law & Economics* 3 (1960), 1.

68 Critical of this development *R. Swedberg*, The Case for an Economic Sociology of Law, *Theory and Society* 32 (2003), 1, 25 ff., which in this context also refers to „Coase's apparent tendency not to subscribe to the Coase Theorem“ (27).

69 On background: *R. von Horn/P. Mirowski*, The Rise of the Chicago School of Economics and the Birth of Neoliberalism, in: Philip Mirowski/Dieter Plehwe (eds.), *The Road from Mont Pélerin* (2009), 139.

70 On this, for instance: *S. Schindler*, Case Study: Revolutionizing Legal Discourse: Law and Economics. John M. Olin Foundation (1978), available at: https://cspsc.sanford.duke.edu/sites/default/files/descriptive/revolutionizing_legal_discourse.pdf (last accessed 24.02.2020).

71 *Goldschmidt*, ZHR 1 (1858), 1, 12 f.

V.

NIKLAS LUHMANN UND
DAS WIRTSCHAFTSRECHT

Gibt es nach alledem noch Hoffnung für Goldschmidts Projekt? Gibt es nach der Zersplitterung der Gesellschaftswissenschaften, nach den politischen Kämpfen der 1970er Jahre heute und hier noch eine Zukunft für soziologische Ansätze im Wirtschaftsrecht? Die Antwort lautet: ja. Womöglich waren die Zukunftsaussichten für solche Ansätze seit Goldschmidts ZHR-Aufsatz nie besser. Dafür gibt es im Wesentlichen zwei Gründe.

Erstens finden die Gesellschaftswissenschaften, die sich mit Recht beschäftigen, seit einigen Jahren wieder zueinander. Auf der einen Seite öffnet sich die Ökonomik wieder für ein weiteres Verständnis gesellschaftlicher Institutionen im Allgemeinen und des Rechts im Besonderen.⁷² Auf der anderen Seite wird auch von Seiten der Soziologie das gemeinsame Erbe von Wirtschafts-, Sozial- und Rechtswissenschaften wiederentdeckt.⁷³

Zweitens öffnet sich auch die Rechtswissenschaft wieder für eine breitere Integration gesellschaftswissenschaftlicher Ansätze, gerade im Wirtschaftsrecht.⁷⁴ Das sieht man zum Beispiel in der Corporate Governance-Forschung,⁷⁵ in verhaltenswissenschaftlichen Studien zum Kapitalmarktrecht,⁷⁶ in der empirischen Rechtsvergleichung⁷⁷ oder in neuen Studien zur Diskursanalyse des Gesellschaftsrechts.⁷⁸

Und so scheint es, als könnte Goldschmidts soziologische Methode des Wirtschaftsrechts vielleicht heimkehren aus ihrer doppelten Emigration, aus der Emigration in die Sozialwissenschaften einerseits und in die US-amerikanische Diskussion andererseits. Vorbereitet wurde diese Heimkehr womöglich schon im Jahr 1960. In diesem Jahr reist ein deutscher Verwaltungsjurist namens

V.

NIKLAS LUHMANN AND
COMMERCIAL LAW

After all this, is there still hope for Goldschmidt's project? After the fragmentation of the social sciences, after the political struggles of the 1970ies, is there still a future for sociological approaches to economic law in the here and now? The answer is: yes. Perhaps the future prospects for such approaches have never been better since Goldschmidt's ZHR article. There are two main reasons for this.

First, the social sciences dealing with law have been coming together again for some years now. On the one hand, economics is re-opening itself to a broader understanding of social institutions in general and law in particular.⁷² On the other hand, sociology is rediscovering the common intellectual heritage of economics, social sciences and law.⁷³

Secondly, jurisprudence is also opening up again for a broader integration of social science approaches, especially in private and commercial law.⁷⁴ This can be seen, for example, in corporate governance research,⁷⁵ in behavioral studies on capital market law,⁷⁶ in empirical comparative law⁷⁷ or in recent studies on the discourse analysis of corporate law.⁷⁸

And so it seems that Goldschmidt's sociological method of commercial law might return home from its dual emigration, from emigration into the social sciences on the one hand and into the US American discussion on the other. The groundwork for this homecoming may have been laid as early as 1960. This is the year that a German administrative lawyer named Niklas Luhmann travels to the United

72 Insbesondere bei *D. C. North*, *Institutions*, *Journal of Economic Perspectives* 5 (1991), 97; *O. E. Williamson*, *The Economics of Governance*, *American Economic Review* 95 (2005), 1.

73 Insbesondere *V. Nee/R. Swedberg*, *Economic Sociology and New Institutional Economics*, in: *Menard/Shirley* (Hg.), *The Handbook of New Institutional Economics*, Dordrecht: Springer, 2005), 789; *Swedberg*, *Theory and Society* 32 (2003), 1. Zur Diskussion vgl. auch die Beiträge in *M. Schmidt* (Hg.), *Der „Neue Institutionalismus“* (2018).

74 Mit weiteren Nachweisen, *Grundmann/H. Micklitz/M. Renner*, *Privatrechtstheorie* (2015), 1 ff.; jüngst in diesem Sinne auch *M. Grünberger*, *Responsive Rechtsdogmatik – Eine Skizze*, *AcP* 219 (2019), 824.

75 Überblick bei *K. Hopt*, *Vergleichende Corporate Governance – Forschung und internationale Regulierung*, *ZHR* 175 (2011), 444.

76 Beispielhaft *L. Klöhn*, *Kapitalmarkt, Spekulation und Behavioral Finance* (Berlin: Duncker und Humblot, 2006); *P. C. Leyens*, *Informationsintermediäre des Kapitalmarkt* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2017).

77 Grundlegend *R. la Porta/F. Lopez-de-Silanes/A. Shleifer/R. W. Vishny*, *Legal Determinants of External Finance*, *Journal of Finance* 52 (1997), 1131; Kritik und Weiterentwicklung etwa bei *K. Pistor*, *A Legal Theory of Finance*, *Journal of Comparative Economics* 41 (2013), 315.

78 *H. Fleischer*, *Gesellschaftsrechts-Honoratioren: Schlüsselfiguren im Gesellschaftsrecht und ihr diskursives Zusammenwirken*, *NZG* 2019, 921.

72 In particular with *D. C. North*, *Institutions*, *Journal of Economic Perspectives* 5 (1991), 97; *O. E. Williamson*, *The Economics of Governance*, *American Economic Review* 95 (2005), 1.

73 Especially *V. Nee/R. Swedberg*, *Economic Sociology and New Institutional Economics*, in: *Menard/Shirley* (eds.), *The Handbook of New Institutional Economics*, Dordrecht: Springer, 2005), 789; *Swedberg*, *Theory and Society* 32 (2003), 1. For discussion see also the contributions in *M. Schmidt* (ed.), *Der „Neue Institutionalismus“* (2018).

74 With further evidence, *S. Grundmann/H. Micklitz/M. Renner*, *Privatrechtstheorie* (2015), 1 ff.; recently in this sense also *M. Grünberger*, *Responsive Rechtsdogmatik – Eine Skizze*, *AcP* 219 (2019), 824.

75 Overview *K. Hopt*, *Vergleichende Corporate Governance – Forschung und internationale Regulierung* –, *ZHR* 175 (2011), 444.

76 Example *L. Klöhn*, *Kapitalmarkt, Spekulation und Behavioral Finance* (Berlin: Duncker und Humblot, 2006); *P. C. Leyens*, *Informationsintermediäre des Kapitalmarkt* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2017).

77 Fundamental *R. la Porta/F. Lopez-de-Silanes/A. Shleifer/R. W. Vishny*, *Legal Determinants of External Finance*, *Journal of Finance* 52 (1997), 1131; Criticism and further development of *K. Pistor*, *A Legal Theory of Finance*, *Journal of Comparative Economics* 41 (2013), 315.

78 *H. Fleischer*, *Gesellschaftsrechts-Honoratioren: Schlüsselfiguren im Gesellschaftsrecht und ihr diskursives Zusammenwirken*, *NZG* 2019, 921.

Niklas Luhmann in die Vereinigten Staaten, wo er in Harvard einen Forschungsaufenthalt absolviert. Dort hört er Vorlesungen des berühmten Soziologen Talcott Parsons. Der wiederum hatte schon in den 20er Jahren bei einem Studienaufenthalt in Heidelberg die Witwe Max Webers kennengelernt, die Rechtshistorikerin Marianne Weber. Marianne Weber hatte nach Max Webers Tod seine wissenschaftliche Korrespondenz weitergeführt. Sie war auch für die Veröffentlichung seines Hauptwerks „Wirtschaft und Gesellschaft“ verantwortlich. In den Folgejahren übersetzt Parsons das Werk ins Englische. Sichtlich beeindruckt von Webers soziologischer Handlungstheorie entwickelt Parsons eine Theorie gesellschaftlicher Systeme, die Niklas Luhmann dann als Systemtheorie in die deutschsprachige Soziologie einführt.

Der gelernte Jurist Luhmann wendet seine theoretischen Einsichten von Anfang auch auf das Rechtssystem an. In seiner 1972 zuerst erschienenen Rechtssoziologie⁷⁹ gibt Luhmann Max Webers Arbeiten zum Zusammenhang von Recht und Gesellschaft eine neue Grundlage. Das Rechtssystem wird hier erstmals konsequent als gesellschaftlicher Kommunikationszusammenhang begriffen, der die Funktion hat, normative Erwartungen zu stabilisieren.⁸⁰ Auf der Grundlage dieses Ansatzes lässt sich das Verhältnis von Handelsbräuchen und Handelsgerichtsbarkeit, das Goldschmidt und Llewellyn so intensiv beschäftigt hat, neu formulieren. Im Zentrum des Rechtssystems stehen für Luhmann die Gerichte – nicht etwa die staatliche Gesetzgebung.⁸¹ Die Gesetzgebung steht nur an der Peripherie des Rechtssystems, zusammen mit „denjenigen Tätigkeiten, die man gewöhnlich als ‚privat‘ bezeichnet“.⁸² Vertragsschlüsse,⁸³ aber auch das Gewohnheitsrecht⁸⁴ haben in Luhmanns Theorie damit denselben Status wie das staatlich geschaffene Recht. Luhmann verweist in diesem Zusammenhang auf die Formel vom „selbst geschaffenen Recht der Wirtschaft“.⁸⁵ Er sieht selbst, dass dieser Ansatz „in krassem Gegensatz zur üblichen ... Rechtsquellenlehre steht“.⁸⁶

Die Entthronung des staatlichen Rechts beruht für Luhmann auch auf einer historischen Einsicht, die er mit Goldschmidt teilt: „Das Recht war gleichsam schon da, als der moderne Staat sich politisch zu konsolidieren begann“.⁸⁷ Von Luhmann inspirierte

States where he does research at Harvard. There he attends lectures by the famous sociologist Talcott Parsons. Parsons, in turn, had met Max Weber's widow, the legal historian Marianne Weber, during a study visit to Heidelberg in the 1920ies. Marianne Weber had continued his scientific correspondence after Max Weber's death. She had also been responsible for the publication of his major work "Economy and Society". In the following years Parsons translates the work into English. Visibly impressed by Weber's sociological theory of action, Parsons develops a theory of social systems, which Niklas Luhmann then introduces into German-language sociology as systems theory.

Luhmann, a trained lawyer, also applied his theoretical insights to the legal system from the very beginning. In *A Sociological Theory of Law*,⁷⁹ first published in 1972, Luhmann furnishes a new base for Max Weber's work on the relationship between law and society. Here, for the first time, the legal system is understood strictly as a context of social communication, one that has the function of stabilizing normative expectations.⁸⁰ On the basis of this approach, it is possible to reformulate the relationship between trade customs and commercial jurisdiction that Goldschmidt and Llewellyn had been so intensely concerned with. For Luhmann, the courts are at the heart of the legal system – not legislation by the state.⁸¹ Legislation only lingers at the periphery of the legal system, alongside "those activities that are usually called 'private'".⁸² Thus, the conclusion of contracts,⁸³ but also customary⁸⁴ law, have the same status as state-created law according to Luhmann's theory. In this context, Luhmann is referring to the formulation of "the economy's self-made law".⁸⁵ He, himself, sees that this approach is "in stark contrast to the usual ... doctrine of legal sources".⁸⁶

Luhmann's dethronement of state law is also based on a historical insight that he shares with Goldschmidt: "The law was already there when the modern state began to consolidate itself politically".⁸⁷ Lawyers inspired by Luhmann push this idea fur-

79 N. Luhmann, *Rechtssoziologie I* (Reinbek: Rowohlt, 1972).

80 Luhmann (Fn. 78), 27 ff.

81 N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1993), 320 ff.

82 Luhmann (Fn. 80), 321.

83 Ebd., 321.

84 Ebd., 88 und 289 f.

85 Ebd., 324 unter Verweis auf H. Großmann-Doerth, *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht* (Freiburg i. Br.: Wagner, 1933).

86 Luhmann (Fn. 80), 324.

87 Ebd., 408.

79 N. Luhmann, *Rechtssoziologie I* (Reinbek: Rowohlt, 1972).

80 Luhmann (fn. 78), 27 ff.

81 N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1993), 320 ff.

82 Luhmann (fn. 80), 321.

83 Ibid., 321.

84 Ibid., 88 und 289 f.

85 Ibid., 324 with reference to H. Großmann-Doerth, *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht* (Freiburg i. Br.: Wagner, 1933).

86 Luhmann (fn. 80), 324.

87 Ibid., 408.

Juristen spinnen diesen Gedanken weiter: Das Recht ist auch dort, wo der moderne Staat wieder verschwindet – in der globalen Bukowina⁸⁸ der transnationalen Finanzmärkte,⁸⁹ der grenzüberschreitenden Konzerne⁹⁰ und privaten Handelschiedsgerichte.⁹¹

VI. AUSBLICK

Und hier schließt sich endlich der Kreis zu Goldschmidts „Naturstudium“. Ein Wirtschaftsrecht, das heute seine Aufgabe ernstnimmt, kann „nicht vornehm ignorieren, was auf Schritt und Tritt begegnet, und jeden Denkenden zum Nachdenken anregt“. Es muss das Recht nicht vom Gesetzbuch, sondern von der gesellschaftlichen Wirklichkeit aus entwickeln. Heute geht es nicht mehr um die Prospekthaftung beim Angebot toskanische Eisenbahnaktien, sondern um die Haftung bei Menschenrechtsverletzungen ausländischer Zulieferunternehmen,⁹² um die Behandlung digitaler Finanzinstrumente,⁹³ um den Missbrauch von Kreditderivaten und um interne Ermittlungen in globalen Unternehmensgruppen.⁹⁴ Auch dahinter steht aber eine Entwicklung, die Goldschmidt schon erkannt hat. Gerade „[d]ie immer wachsenden Dimensionen des auswärtigen Warenhandels, der enge Zusammenhang der Geldverhältnisse in allen Theilen der Erde, die steigende Bedeutung der überallhin verbreiteten Creditpapiere, die Entstehung ungeheurerer Associationen, welche ihre Operationen über alle civilisirten Länder ausdehnen“, bringen ein „allgemeines Recht aller handelstreibenden Staaten“ hervor, die „gleichen Bedürfnisse“ erzeugen „überall ähnliche Normen“.

ther: The law also exists where the modern state disappears again – in the global Bukovina⁸⁸ of transnational financial markets,⁸⁹ cross-border corporations⁹⁰ and international commercial arbitration.⁹¹

VI. OUTLOOK

And here, finally, Goldschmidt’s “study of nature” comes full circle. Any approach to commercial law that takes its task seriously, today, cannot “be so lofty as to ignore what it encounters at every twist and turn, and incites thought in any thorough thinker”. It must analyze and develop law not from the books but from social reality itself. Today, this is not about prospectus liability in the offering of Tuscan railway shares, but about liability for human rights violations by foreign suppliers,⁹² the treatment of digital financial instruments,⁹³ the abuse of credit derivatives and internal investigations in global corporations.⁹⁴ Yet behind this, too, is a development that Goldschmidt had already recognized. It is precisely “[t]he ever-increasing dimensions of foreign trade in goods, the close connection of monetary relations across all parts of the world, the growing importance of credit papers which are spread everywhere, the emergence of enormous associations which extend their operations over all civilized countries” that produce a “general law of all trading states” where “the same needs” give rise to “similar norms everywhere”.

88 Grundlegend *G. Teubner*, Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, RJ 1996, 255.

89 *J. Horst*, Lex Financiaria. Das transnationale Finanzmarktrecht der International Swaps and Derivatives Association (ISDA), AVR 53 (2015), 461.

90 *M. Amstutz*, Globale Unternehmensgruppen (Tübingen: Mohr Siebeck, 2017)

91 *M. Renner*, Zwingendes transnationales Recht. Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates (Baden-Baden: Nomos, 2011).

92 Aus rechtssoziologischer Perspektive etwa *L. C. Backer*, Transnational Corporations’ Outward Expression of Inward Self-Constitution. The Enforcement of Human Rights by Apple, Inc., Indiana Journal of Global Legal Studies 20 (2013), 805; zur aktuellen Diskussion *M. Habersack/M. Ehrl*, Verantwortlichkeit inländischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Zulieferer, AcP 219 (2019), 155; *M.-P. Weller/C. Thomale*, Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen, ZGR 2017, 509.

93 *K. Langenbacher*, Digitales Finanzwesen, AcP 218 (2018), 385.

94 *K. Moosmayer/M. Petrasch*, Gesetzliche Regeln für internal Investigations, ZHR 182 (2018), 504.

88 Foundational *G. Teubner*, Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, RJ 1996, 255.

89 *J. Horst*, Lex Financiaria. Das transnationale Finanzmarktrecht der International Swaps and Derivatives Association (ISDA), AVR 53 (2015), 461.

90 *M. Amstutz*, Globale Unternehmensgruppen (Tübingen: Mohr Siebeck, 2017)

91 *M. Renner*, Zwingendes transnationales Recht. Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates (Baden-Baden: Nomos, 2011).

92 From a legal-sociological perspective, for example *L. C. Backer*, Transnational Corporations’ Outward Expression of Inward Self-Constitution. The Enforcement of Human Rights by Apple, Inc., Indiana Journal of Global Legal Studies 20 (2013), 805; on the current discussion *M. Habersack/M. Ehrl*, Verantwortlichkeit inländischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Zulieferer, AcP 219 (2019), 155; *M.-P. Weller/C. Thomale*, Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen, ZGR 2017, 509.

93 *K. Langenbacher*, Digitales Finanzwesen, AcP 218 (2018), 385.

94 *K. Moosmayer/M. Petrasch*, Gesetzliche Regeln für internal Investigations, ZHR 182 (2018), 504.