

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

Dritter Teil: Rezeption des Rechtsrealismus	166
§ 10 „ <i>Realism is dead.</i> “ – <i>Kritische Auseinandersetzungen mit dem Rechtsrealismus</i>	166
A. Zeitgenössische Kritik durch Hermann Kantorowicz – „Some Rationalism about Realism“	167
I. Zum Verhältnis von Freirechtsschule und Rechtsrealismus	167
II. Kantorowicz’ Kritik an den Rechtsrealisten	169
III. Einordnung der Kritik	172
1. Kontinentaleuropäisch geprägte Perspektive Kantorowicz’	173
2. Pragmatismus und Drei-Welten-Lehre als unvereinbare Ausgangspunkte	174
3. Systematisierung als Ziel Kantorowicz’ Rechtswissenschaft	175
4. Kantorowicz in New York	176
IV. Fazit	177
B. H.L.A. Harts „Concept of Law“	178
I. Einleitung	179
II. Der Begriff des Rechts	179
III. Harts Kritik am Rechtsrealismus	181
1. Konzeptioneller Regelskeptizismus	181
2. „Charitable reading“ des Rechtsrealismus	182
3. Zusammenfassung	183
IV. Replik	183
1. Was bedeutet „Konzeptioneller Regelskeptizismus“?	184
2. Zu Harts „charitable reading“	185
V. Fazit	186
C. Normativer Quietismus und fehlende empirische Methodik	187
D. Rückbesinnung auf puritanische Werte durch die Legal Process School	189
§ 11 „ <i>We are all Realists now.</i> “ – <i>Einzug rechtsrealistischen Denkens</i> <i>in den rechtswissenschaftlichen Mainstream</i>	191
A. Die Critical Legal Studies als illegitime Erben der Rechtsrealisten	192
B. Rechtsrealistische Ursprünge der Law and Economics	194
C. Rekonstruktionsbemühungen rechtsrealistischen Denkens	196
I. Brian Leiter: „Naturalized Jurisprudence“	197
II. Frederick Schauer: „Realism Untamed“	199
III. Hanoach Dagan: „Rethinking American Legal Realism“	200
D. Zusammenfassung zum Rechtsrealismus	203
I. Rechtsrealismus als Historisches Phänomen und Nachhall	203
II. Der rechtstheoretische Beitrag des Rechtsrealismus	205

<i>§ 12 Aspekte eines rechtsrealistischen Rechtsverständnisses</i>	208
A. Rechtswissenschaft und Ausbildung	208
B. Verlust des vernunftrechtlich legitimierten Befolgungsanspruchs	209
C. Funktionalität und Instrumentalismus	210
D. Konsequenzen für die Richterschaft.....	210
E. Konsequenzen für den Blick der Rechtsunterworfenen und der Anwaltschaft	211
F. Fazit	213

Vierter Teil: Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft..... 214

<i>§ 13 Einführung</i>	214
------------------------------	-----

A. Informationstechnologie im Wandel	214
B. Digitale Wirtschaft	216
C. Querschnittsmaterie Informationstechnologierecht	218
D. Rechtsrealismus und Digitalwirtschaft	219

<i>§ 14 Shrinkwrap-Verträge: Rechtsrealismus bei der Gestaltung von Herstellervereinbarungen</i>	221
--	-----

A. Überblick.....	222
I. Age of the Shrink-wrap.....	223
II. Verwendung in der Praxis.....	224
III. Shrinkwrap-Vereinbarung als Oberbegriff.....	225
B. Shrinkwrap-Lizenzen in den Vereinigten Staaten	226
I. Unwirksamkeit von Shrinkwrap-Lizenzen.....	227
1. Vault v. Quaid (5 th Circuit)	227
2. Step-Saver v. Wyse Tech. (3 rd Circuit)	228
3. ProCD v. Zeidenberg I (District Court)	229
II. Kehrtwende: ProCD II und UCITA	232
1. ProCD v. Zeidenberg II (7 th Circuit)	232
2. UCITA: gescheiterte Kodifikation	236
III. Fazit.....	237
C. Shrinkwrap-Verträge in Deutschland	238
I. Urheberrechtlicher Hintergrund.....	239
1. Ausschließlichkeitsrechte des Herstellers	239
2. Bestimmungsgemäßer Gebrauch des Nutzers	240
3. Besondere Vertragsvereinbarungen	241
II. Herstellervereinbarungen.....	242
1. Vertriebsarten	242
a. Direktvertrieb	243

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

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