

Oliver Wendell Holmes Jr.'s *The Path of the Law*

die Geburtsstunde des *American Legal Realism*

Kai Wörner*

In diesem Artikel wird die Bedeutung des 1897 von Oliver Wendell Holmes Jr. veröffentlichten Aufsatzes *The Path of the Law*¹ für die Entstehung des *American legal realism* sowie dessen Auswirkungen sowohl auf die juristische Ausbildung, als auch auf die höchstrichterliche Rechtsprechung des 20. Jahrhunderts, aufgezeigt.

Einleitung

“*The Life of the Law has not been logic; it has been experience*”². Dieses Zitat des US-amerikanischen Juristen Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) ist Morton Horwitz zufolge Schlachtruf einer der bedeutsamsten rechtstheoretischen Strömungen des 20. Jahrhunderts: dem *legal realism*³. Ausgangspunkt dieser Bewegung ist der im Folgenden vorgestellte Aufsatz *The Path of the Law* aus dem Jahr 1897, den der US-amerikanische Professor Richard Posner sogar als den besten juristischen Aufsatz aller Zeiten bezeichnet⁴.

In diesem Artikel werden zunächst die Kernaussagen von *The Path of the Law* herausgearbeitet, ehe verschiedene Interpretationsansätze des Aufsatzes dargestellt und gewürdigt werden. Anschließend wird die Entwicklung des sich auf Holmes' Thesen stützenden *American legal realism*, sowie dessen Einfluss auf die juristische Ausbildung einerseits und auf die Rechtsprechung des *US Supreme Court* im 20. Jahrhundert andererseits, analysiert.

A. Kernthesen von *The Path of the Law*

I. Kontextualisierung von *The Path of the Law*

The Path of the Law wurde im Januar 1897 als Rede zur Einweihung eines neu errichteten Fakultätsgebäudes an der *Boston University School of Law* vor Studenten, Richtern, Anwälten und Dozenten gehalten, ehe sie im März 1897 in der *Harvard Law Review* abgedruckt wurde⁵. Holmes selbst war zu diesem Zeitpunkt 55 Jahre alt und in seinem Leben bereits zu einiger Berühmtheit gelangt. Durch sein Werk *The Common Law*, in dem er das *common law* einer systematischen Analyse unterzog, erlangte er 1882 als langjähriger Anwalt in Boston einen Ruf an die *Harvard Law School*⁶. Diese verließ er aber bereits

im selben Jahr, um eine Position als Richter am *Massachusetts Supreme Court* einzunehmen, die er auch zum Zeitpunkt der Rede im Jahr 1897 innehatte⁷. Mit der ihm durch dieses Amt verliehenen Autorität formulierte er seine Thesen, die den im Ausgang des 19. Jahrhunderts herrschenden Ansichten beinahe diametral entgegenstanden.

II. Kernthesen von *The Path of the Law*

In *The Path of the Law* sprach Holmes darüber, was Recht ist, was Recht sein soll und wie Recht seiner Meinung nach sein müsse. Diese Kernthesen werden im Folgenden vorgestellt, ehe sie analysiert und damit in einen größeren Theoriezusammenhang gestellt werden.

1. Recht als Vorhersage des Richterspruchs

Holmes verstand Recht nicht als logisch kohärentes System, dessen Methode die Ableitung von Recht aus juristischen oder ethischen Prinzipien ist⁸. Dieser wissenschaftszentrierten Sichtweise stellte er seine Ansicht entgegen, die den Bürger zum Ausgangspunkt der Überlegungen zum Wesen des Rechts macht. Dieser Bürger interessiere sich weder für das kohärente System, noch für das Handeln der Legislative. Stattdessen komme es ihm nur darauf an, wer letztlich über ihn entscheide. Somit sei für den Bürger der Richter die zentrale Person seines Verständnisses von Recht. Der Bürger möchte wissen, wann und in welchem Kontext er auf diesen Richter treffe und vor allem, wie dieser entscheiden werde. Demnach sei für den Bürger, wie auch für Holmes, Recht die Vorhersage dessen, wie der Richter einen Fall entscheiden werde⁹.

2. Trennung von Recht und Moral zu Analyse Zwecken

Auch mit seiner zweiten These übte Holmes Kritik am zeitgenössischen Verständnis des Rechts. So kritisierte er, dass Recht und Moral miteinander vermischt seien und zeigte gleichsam auf, dass rechtliche Begriffe wie der des subjektiven Rechts oder der Verpflichtung moralisch aufgeladen seien, obwohl dies für die rechtliche Betrachtung keine Rolle spiele¹⁰. Als Beispiel zog er das englische Vertragsrecht heran: Die in einem Vertrag eingegangene Verpflichtung sei lediglich die Vorhersage, dass bei einer Verletzung der Verpflichtung eine Zahlungspflicht bestehe¹¹. Darüber hinaus gehe mit einem Vertragsbruch keine moralische Verwerflichkeit einher. Hol-

¹ Holmes 10 Harv. L.R. (1897), 457-478.

² Holmes The Common Law, 1.

³ Horwitz Transformation, 187f.

⁴ Posner Essential Holmes, X.

⁵ Aus der Korrespondenz von Holmes an Lady Castleton geht hervor, dass die Rede gelesen und nicht frei vorgetragen wurde, zitiert in: Horwitz Transformation, 143. Es ist daher davon auszugehen, dass sie wörtlich mit dem Aufsatz übereinstimmt.

⁶ Holmes The Common Law, 1; Novick, 110 Harv. L.R. (1997), 1030; DeWolfe Shaping Years, 7, 285; Gilmore American Law, 51; Fisher Legal Thought, 21.

⁷ Patterson Jurisprudence, 502.

⁸ Holmes 10 Harv. L.R. (1897), 457.

⁹ Ebd., 458.

¹⁰ Ebd., 459.

¹¹ Ebd., 462.

mes plädierte daher nicht nur für die Trennung von Recht und Moral zum Zweck der präziseren Analyse des Rechts, sondern auch für die Aufhebung der Unterscheidung zwischen rechtswidrigem und rechtmäßigem Verhalten¹². Es gebe, so ein weiteres Beispiel, keinen Unterschied zwischen einer Steuer und einer Geldbuße, die ein Bürger zu zahlen habe, da für ihn in beiden Fällen eine Verpflichtung zur Zahlung eines bestimmten Betrags entstehe¹³. Nichtsdestoweniger erkannte auch Holmes an, dass Recht zwar nicht mit Moral vermischt werden solle, Recht aber dennoch Ausdruck der moralischen Vorstellungen einer Gesellschaft sei und ihm daher eine normative, verhaltensleitende Funktion zukomme¹⁴.

3. Soziokulturelle Abhängigkeit der Rechtsfindung und -fortbildung

Nachdem Holmes mit den ersten beiden Thesen die Grenzen und Schwächen des zeitgenössischen Rechtsverständnisses aufzeigte, ließ er in *The Path of the Law* Gedanken dazu folgen, wie seiner Meinung nach Recht entstehe bzw. entwickelt werden könne und sollte. Holmes zufolge könne Recht nicht, wie von der herrschenden Meinung angenommen, durch eine rein logische Deduktion aus ethischen Prinzipien entstehen. In Wahrheit geschehe dies so auch nicht, da dies voraussetze, dass es genau eine richtige Lösung für eine juristische Fragestellung gebe¹⁵. In der Realität zeige sich aber, dass es immer mehrere Möglichkeiten zur Lösung eines juristischen Sachverhaltes gebe und der Richter somit letztlich eine politische und damit opportune Entscheidung treffe. Nach Holmes ist daher ein Urteil nur die Verkörperung einer Meinung eines bestimmten (Rechts-)Körpers zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort. Erst im Nachhinein werde dieser Entscheidung der Anschein der Logik gegeben¹⁶. Überdies kritisierte Holmes, dass die Existenzberechtigung des Rechts in der zeitgenössischen Gegenwart mit seiner Historizität und seiner Tradition legitimiert werde. Er wollte diese von der herrschen Lehre genutzte Methode der historischen Analyse jedoch nicht vollständig aus dem Rechtsdenken verbannen. Stattdessen helfe sie bei der Neubewertung des existierenden Rechts¹⁷.

4. Recht als Instrument der Erfüllung eines gesellschaftlichen Nutzens

Für Holmes ist der Zweck des Rechts, als Instrument bei der Erfüllung eines gesellschaftlichen Nutzens zu dienen¹⁸. Ob Recht diesen Zweck erfülle, könne eine historische Analyse aufzeigen. Auch hier bediente sich Holmes eines Beispiels aus dem Vertragsrecht des *common law*. Jede der dort zulässigen Klagearten, also die *action of assumpsit*, *debt* und *covenant* statuieren für den Klagegegner eine Zahlungspflicht. Eine Unterscheidung der Klagearten sei, bezogen auf ihren Zweck der Feststellung einer Zahlungspflicht, nicht zielführend. Es zeige sich, dass diese Differenzierung lediglich historisch be-

dingt sei und nicht länger aufrechterhalten werden müsse¹⁹. Bei der Rechtsetzung müsse nach Holmes somit der Zweck einer Norm, die Mittel zu dessen Erreichung sowie die gesamtgesellschaftlichen Kosten im Zentrum der Betrachtung stehen²⁰. Seine Forderung war daher, dass die Wechselwirkungen zwischen dem Recht auf der einen Seite und der Wirtschaft sowie der Gesellschaft auf der anderen Seite beachtet werden müssen, damit sich Recht nicht immer weiter von gesellschaftlichen Bedürfnissen entferne²¹.

5. Breitere Ausbildung der Jurastudierenden

Damit Richter diese Aufgabe jedoch erst wahrnehmen können, müsse seiner Ansicht nach die juristische Ausbildung breiter ausgerichtet sein. Holmes zufolge müssen Juristen daher auch Kenntnisse in den Sozial- und Wirtschaftswissenschaften erlangen, um die Wechselwirkungen von Recht und gesellschaftlichen Bedingungen verstehen, analysieren und durch Rechtsetzung beeinflussen können²².

B. Analyse und Interpretation von *The Path of the Law*

The Path of the Law wird von heutigen Rechtsgelehrten als Vorbote des Beginns einer modernen Ära der amerikanischen Rechtstheorie angesehen²³. Auch wenn sich Holmes mit seiner Rede an zukünftige Juristen richtete und somit sein Schwerpunkt vermeintlich auf einer Kritik der juristischen Ausbildung lag, geht seine heutige Relevanz weit darüber hinaus²⁴. Dies verwundert nicht, da der juristischen Ausbildung (rechts)theoretische Vorannahmen zugrunde liegen, weshalb vor allem in den USA rechtstheoretische Diskurse und solche zur Ausbildung schon immer sowohl historisch als auch gedanklich eng miteinander verknüpft waren und sind²⁵. Im Folgenden werden, ohne in Hinblick auf die umfassende Literatur einen Anspruch auf Vollständigkeit erheben zu wollen, einzelne Interpretationsansätze vorgestellt und einer Kritik unterzogen²⁶.

I. Holmes als Rechtspositivist

Holmes entwickelt zunächst verschiedene Ideen, die einem rechtspositivistischen Verständnis des Rechts zugeordnet werden können.

¹² Ebd., 461.

¹³ Ebd., 461.

¹⁴ Ebd., 459.

¹⁵ Ebd., 465.

¹⁶ Ebd., 466.

¹⁷ Ebd., 469.

¹⁸ Ebd., 468, 474.

¹⁹ Ebd., 472.

²⁰ Ebd., 476.

²¹ Ebd., 467.

²² Ebd., 474.

²³ So *Sebok* 63 Brook. L.R. (1997), 1; *Gordon* 110 Harv. L.R. (1997), 1013.

²⁴ *Twining* 58 Corn. L.R. (1973), 277f; Realist Movement, 19.

²⁵ *Twining* 58 Corn. L.R. (1973), 277f.; so auch *Anmerkung* 79 Yale L.J. (1970), 1153.

²⁶ Neben den hier vorgestellten Lesarten existiert zudem eine pragmatistische, die hier nicht vorgestellt werden kann, siehe nur *Grey* 41 Stan. L.R. (1989), 787.

1. Kritik am herrschenden naturrechtlichen Verständnis von Recht

Für Holmes ist Recht, wie er es in *The Path of the Law* mehrfach betont, die Vorhersage des Richterspruchs, *“and nothing more pretentious”*²⁷. Um diese Vorhersagen treffen zu können, müsse der Rechtsanwender die *precedents* studieren. Holmes erachtete Recht daher als etwas von Menschen Gemachtes und nicht aus präexistierenden ethischen Prinzipien Ableitbares. Mit dieser These wandte er sich gegen ein metaphysisches, naturrechtliches Verständnis des Rechts, dessen Vertreter genau das postulieren. Nach dieser Ansicht werde Recht nicht gemacht, sondern lediglich erkannt, indem aus ethischen Prinzipien, aus einem Vernunftrecht, abgeleitet werde²⁸. Dieses naturrechtliche Verständnis war 1897 stark vertreten und bestimmte die Judikatur des *US Supreme Court* spätestens seit *Swift v Tyson* im Jahr 1842²⁹. Stattdessen schloss sich Holmes mit seinen Äußerungen Jeremy Bentham (1748-1832) und John Austin (1790-1859) an, die den englischen Rechtspositivismus im 18. und 19. Jahrhundert begründeten³⁰. Die traditionelle, naturrechtliche Konzeption des Rechts erachtete er dementsprechend als aufklärungsfeindlich, vergänglich und entbehrlich³¹.

2. Recht als Instrument

Im Einklang mit dem Rechtspositivist Austin verstand auch Holmes das Recht als Instrument, das mit einer Sanktion bzw. einer Rechtsfolge verknüpft ist³². Während jedoch Holmes' zentrales Objekt, an dem er seine Untersuchungen ausrichtete, der Richter war, stand bei Austin die Legislative im Zentrum³³. Inwieweit Holmes darüber hinaus wie Austin Recht als Instrument in den Händen der Mehrheit bzw. des Herrschenden sah, oder aber zur Erreichung eines gesellschaftlichen Nutzens, bleibt jedoch unklar. Jedenfalls sind in *The Path of Law* Ansatzpunkte für beide Ansichten zu finden³⁴.

3. Trennungstheorie von Recht und Moral

Auch Holmes' These von der Trennung von Recht und Moral für dessen besseres Verständnis und zum Zwecke einer genaueren Analyse gehörten zum Programm der englischen Rechtspositivisten. Austin und Bentham legten besonderen Wert darauf, dass zu Analyse Zwecken zwischen dem Sein, also dem was Recht tatsächlich ist, und dem Sollen, dem was moralisch wünschenswert wäre, eine klare Unterscheidung getroffen wird³⁵. Nur die Bestimmung des Seins sei die Aufgabe des

Rechts. Auch an dieser Stelle wird abermals der Bruch der Rechtspositivisten und Holmes mit den Vertretern des Naturrechts deutlich, da letztere die ethischen Prinzipien gerade als das Fundament des Rechts betrachteten.

Holmes verstand Recht somit als von der Moral zu trennendes System, da Recht im Gegensatz zu moralischen Normen auch immer mit einer Sanktion verknüpft sei. Hier schloss er sich dem *legal formalism* an, der unter anderem von Christopher Langdell (1826-1906) im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts an der *Harvard Law School* entwickelt wurde³⁶. Der *legal formalism* wird auch als die zweite Phase innerhalb der Periodisierung der amerikanischen Rechtsgeschichte angesehen, deren Beginn auf das Ende des Amerikanischen Bürgerkriegs datiert wird und bis in die 1920er- bis 1930er-Jahre hineinreichte³⁷. Er beschreibt ein formalistisches Verständnis des Rechts³⁸. Demnach könne Recht als ein lückenloses, logisch kohärentes, geschlossenes System betrachtet werden, das allein durch die Berücksichtigung juristischer Prinzipien und Regeln erforscht und angewandt werden könne³⁹. Als Grundlage des juristischen Systems sah der *legal formalism* also im Einklang mit Holmes nicht ethische, sondern juristische Prinzipien und plädierte damit ebenfalls für eine Trennung von Moral und Recht. Jedoch kritisiert Holmes in *The Path of the Law*, dass der *legal formalism* de facto Recht und Moral durch seine Arbeitsweise vermische und die juristischen Prinzipien meist gleichsam ethische Prinzipien darstellten.

II. Holmes als Vorreiter des *legal realism*

Während Holmes also in Bezug auf die Trennungstheorie von Recht und Moral den *legal formalism* stützte, kritisierte er ihn in seinen übrigen Thesen stark, indem er seine Ansichten beinahe als Antithese zu ihm formulierte⁴⁰. Diese Kritik bereitete später den Vertretern des *legal realism* den Weg.

1. Kritik am *legal formalism*

Der *legal formalism* verstand das Recht als eigenständiges System. Im Gegensatz zu Holmes jedoch agiere nach Ansicht der *legal formalists* dieses System unabhängig von seinem soziokulturellen Kontext oder seinen gesellschaftlichen Konsequenzen, sodass ihrer Meinung nach Rechtsetzung und Rechtsentwicklung allein durch logische Deduktion aus juristischen Prinzipien, welche mithilfe historischer Analysen entdeckt werden, erfolgen könne⁴¹. Mit diesem Ansatz entwickelten die Vertreter des *legal formalism* Theorien, welche weite Teile des *common law* abdeckten und die Theorienvielfalt auf ein zu bewältigendes Maß reduzierten⁴². Jedoch setzte der *legal formalism* unter diesem vermeintlich apolitischen Deckmantel, gestützt auf wortlautgetreue Interpretationen von Normen, ein politisches Programm durch, welches von der Lehre

²⁷ Holmes 10 Harv. L.R. (1897), 461.

²⁸ *Swift v Tyson* (1842) 41 U.S. 1, 18; Reich Legal Realism, 30; Bix Jurisprudence, 152.

²⁹ *Swift v Tyson* (1842) 41 U.S. 1, Reich Legal Realism, 11f., 30. Bix Jurisprudence, 33.

³⁰ Posner 110 Harv. L.R. (1997), 1040; Reich Legal Realism, 12f.

³¹ DeWolfe Proving Years, 66f; Reich Legal Realism, 30; Wacks Understanding Jurisprudence, 71; Goldberg 63 Brook. L.R. (1997), 241f; Gordon 110 Harv. L.R. (1997), 1015.

³² Fisher Legal Thought, 23; Grey 63 Brook. L.R. (1997), 37; Twining Realist Movement, 29 Fn. 29; DeWolfe Proving Years, 75f.

³³ Fikentscher Holmes, 29; Higgins 110 Harv. L.R. (1997), 1019 in Anlehnung an Holmes 10 Harv. L.R. (1897), 460.

³⁴ Austin Lectures on Jurisprudence, 214; Twining 63 Brook. L.R. (1997), 195f.; Bix Jurisprudence, 33; Wacks Understanding Jurisprudence, 71.

³⁶ Duxbury Jurisprudence, 14; Rea-Fauchiger Rechtsrealismus, 22.

³⁷ Reich Legal Realism, 31; Pound 41 Harv. L.R. (1927), 174; Duxbury Jurisprudence, 9; anders Gilmore American Law, 41, der das Ende auf den Ausbruch des Ersten Weltkriegs terminiert.

³⁸ Tamanaha Sociology and Law.

³⁹ Duxbury Jurisprudence, 10; Tamanaha Sociology and Law.

⁴⁰ So auch Grey 63 Brook. L.R. (1997), 40.

⁴¹ Duxbury Jurisprudence, 10; Tamanaha Sociology and Law.

⁴² Gilmore American Law, 43; Rea-Fauchiger Rechtsrealismus, 23.

von den *vested rights*, unabdingbar geschützter Individualrechte und der Tradition des *laissez-faire* geprägt war⁴³. Diese Denktradition basierte auf einem starken Glauben an einen sich selbst regulierenden Markt und an einen moralischen und wirtschaftlichen Individualismus⁴⁴. Die öffentliche Gewalt müsse Eingriffe ins Privatrecht unterlassen⁴⁵. Amerikanische Gerichte setzten dies ab Ende des 19. Jahrhunderts um, indem sie regelmäßig Gesetze für verfassungswidrig erklärten, die in vertragliche Beziehungen zwischen Privaten eingriffen⁴⁶. Dies führte dazu, dass um 1900 bereits in Ansätzen ein Auseinanderklaffen zwischen dem Recht und den gesellschaftlichen Bedürfnissen zu beobachten war, was Holmes nicht nur in *The Path of the Law* stark kritisierte⁴⁷. Als Richter des *US Supreme Court* formulierte er etwa in *Lochner v New York* (1905) einen wortgewaltigen *dissent* zum Mehrheitsvotum. In diesem Urteil erklärte das Gericht mithilfe einer formalistischen Auslegung des 14. Verfassungsgrundsatzes eine Beschränkung der Arbeitszeit von Bäckern auf zehn Stunden am Tag für verfassungswidrig, da es gegen die *due process clause* bei Eigentumseingriffen verstoße⁴⁸.

Eine weitere Kritik von Holmes am *legal formalism* findet sich in Bezug auf die Abhängigkeit des Rechts von seinem soziokulturellen Kontext. Nach Holmes erfolge die vom *legal formalism* propagierte, vermeintlich rationale Entwicklung des Rechts durch eine strikte *black letter*-Interpretation in Anlehnung an die deutsche historische Schule allein auf Grundlage einer historischen Analyse⁴⁹. Ein derartiges Verständnis von Recht verschleierte laut Holmes, dass die Richter de facto beeinflusst von ihrem soziokulturellen Hintergrund entschieden, sodass das Urteil nur eine bestimmte Neigung eines Organs zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort repräsentiere⁵⁰. Dieses Urteil würde erst später in ein vermeintlich logisches Gewand gegossen, um so der herrschenden Methode zu entsprechen und den politischen Charakter der Entscheidung zu verdecken⁵¹. Ein solches Vorgehen führe ebenfalls dazu, dass sich das Recht immer weiter von den gesellschaftlichen Verhältnissen entferne⁵².

2. Vermeintliche Widersprüche in Holmes' Argumentation

Inkonsistenzen in Holmes' Argumentation sind hier erkennbar. Eine Betrachtung des Rechts in Abhängigkeit zu soziokulturellen Umständen steht im Gegensatz zu seiner Vorhersagetheorie. Wo sich Richter nicht mehr an bestehenden Urteilen orientieren sollen, werden die Vorhersagen, die die Anwälte treffen

sollen, ungenauer⁵³. Dieser vermeintliche Widerspruch kann jedoch entschärft werden. Für Holmes erneuerte sich die Grundlage der Vorhersagen, die *precedents*, ständig, da sie immer an einem sich ändernden gesellschaftlichen Zweck ausgerichtet werden sollten. Somit bleiben die zu kennenden relevanten *precedents* stets überschaubar⁵⁴. Zugleich werden nach den Vorstellungen von Holmes auch Anwälte durch eine breitere Ausbildung in die Lage versetzt, selbst den gesellschaftlichen Zweck einer Norm zu bestimmen und so eine Entscheidung des Richters genauer vorherzusehen.

III. Holmes als Utilitarist?

Fraglich ist, ob Holmes' Ansatz zur Weiterentwicklung des Rechts in *The Path of the Law* auch einer utilitaristischen Denkweise zugeordnet werden kann, indem er Recht als Instrument zur gesellschaftlichen Verbesserung betrachtete⁵⁵.

Jeremy Bentham gilt nicht nur als Begründer eines englischen Rechtspositivismus, sondern auch des Utilitarismus. Demnach muss jede Handlung dem Nützlichkeitsprinzip unterstellt sein, um das größtmögliche gesellschaftliche Glück zu erzeugen⁵⁶. Zur Bestimmung dieses Glücks werde zwischen den einzelnen Interessen der Individuen qualitativ und nicht quantitativ abgewogen, sodass nach Benthams Utilitarismus auch das Interesse eines Einzelnen etwa in Hinblick auf dessen Menschenwürde jenes der Gesellschaft überwiegen könne⁵⁷.

Holmes und Benthams Utilitarismus teilten die Ansicht, dass Recht als Instrument zur Verbesserung der gesellschaftlichen Umstände dienen müsse. Für Holmes bestand diese Verbesserung im Erreichen eines größtmöglichen gesellschaftlichen Nutzens, welchen er sehr rational verstand⁵⁸. Damit der Richter diesen Nutzen korrekt identifizieren könne, forderte Holmes die Vermittlung von Kenntnissen in den Sozial- und Wirtschaftswissenschaften im Laufe der juristischen Ausbildung sowie die Durchführung empirischer Forschung⁵⁹.

Einige Autoren sehen in Holmes' Ausführungen zum gesellschaftlichen Nutzen sozialdarwinistische Züge⁶⁰. Dies werde am Beispiel des Strafrechtssystems erkennbar, an dem er die Notwendigkeit empirischer Forschung verdeutlichte. So könne ihm zufolge ein mögliches Ergebnis der Delinquenzforschung sein, dass es für die Gesellschaft besser sein könnte, Straffällige ganz loszuwerden⁶¹. Außerdem zeigt sein Votum in *Buck v Bell* (1927) während seiner Tätigkeit am *US Supreme Court*,

⁵³ *Grey* 63 Brook. L.R. (1997), 40. Das Problem erkennend: *Posner* 110 Harv. L.R. (1997), 1041f. der deshalb betont, dass diese Änderungen langsam erfolgen müssten.

⁵⁴ *Holmes* 10 Harv. L.R. (1897), 458.

⁵⁵ So *Patterson* Jurisprudence, 505f; *Grey* 63 Brook. L.R. (1997), 44; *Pohlman* Utilitarian Jurisprudence, 11.

⁵⁶ *Bentham* Morals and Legislation, 2; *Patterson* Jurisprudence, 439f.

⁵⁷ *Bentham* Morals and Legislation, 3.

⁵⁸ *Holmes* 10 Harv. L.R. (1897), 467; *Novick* 110 Harv. L.R. (1997), 1030f; *Gordon* 110 Harv. L.R. (1997), 1015; *Summers* Instrumentalism, 60; *Reich* Legal Realism, 58.

⁵⁹ *Holmes* 10 Harv. L.R. (1897), 469f.; *Higgins* 110 Harv. L.R. (1997), 1021; *Rosenberg* 110 Harv. L.R. (1997), 1044.

⁶⁰ *Grey* 41 Stan. L.R. (1989), 849; *Knudson* 11 J. Transnational L. & P. (2002), 408; *Trevino* 18 Mid-Am. R. Soc. (1994), 27; *Reich* Legal Realism, 47.

⁶¹ *Holmes* 10 Harv. L.R. (1897), 470. Im Original: "He must be got rid of".

⁴³ *Rea-Fauchiger* Rechtsrealismus, 27; *Duxbury* Jurisprudence, 11.

⁴⁴ *Duxbury* Jurisprudence, 26.

⁴⁵ *Singer* 76 Cal. L.R. (1988), 478.

⁴⁶ *Reich* Legal Realism, 23; *Duxbury* Jurisprudence, 30.

⁴⁷ *Hull* Revolt Against Formalism; *Reich* Legal Realism, 21ff; *Horwitz* Transformation, 109.

⁴⁸ *Lochner v New York* 198 U.S. (1905), 45, siehe auch *Adkins v Children's Hospital* 261 U.S. (1923), 525; *Hull* Revolt Against Formalism; *Reich* Legal Realism, 21; *Horwitz* Transformation, 109.

⁴⁹ So auch *Herget* Influence of German Thought, 203; *Novick* 110 Harv. L.R. (1997), 1031.

⁵⁰ *Holmes* 10 Harv. L.R. (1897), 466f.

⁵¹ *Higgins* 110 Harv. L.R. (1997), 1020; *Holmes* 10 Harv. L.R. (1897), 466.

⁵² *Holmes* 10 Harv. L.R. (1897), 467f.

dass er einer utilitaristischen Art des Abwägens nicht abgeneigt war⁶². Im genannten Fall hielt Holmes den *Virginia Sterilisation Act*, ein Gesetz zur Zwangssterilisation von Menschen mit geistiger Behinderung, als verfassungsmäßig aufrecht, indem er unter Verweis auf naturwissenschaftliche Erkenntnisse den Nutzen dieser Eugenik für die Gesellschaft betonte und dieser den Vorrang vor den Individualrechten der Betroffenen zuerkannte⁶³. Während dieses Votum zwar aus heutiger Sicht und aus ethischen Gesichtspunkten als klares Fehlurteil bezeichnet werden muss, hat es nach Ansicht des Autors jedoch nichts mit Bentham's Utilitarismus gemein, da letzterer auch den Individualrechten und insbesondere Grundrechten Einzelner Vorrang vor gesamtgesellschaftlichen Bedürfnissen einräumte.

Holmes präsentierte also in *The Path of the Law* Alternativen zur herrschenden Lehre dieser Zeit und versuchte damit, die Zuhörer zur Weiterentwicklung seiner Ideen anzuregen⁶⁴. In der Tat entwickelten sich einige bedeutende (rechtstheoretische) Strömungen entweder implizit, aber auch explizit aus seinen in *The Path of the Law* getroffenen Aussagen.

C. Rezeption von The Path of the Law durch den American legal realism

Im Folgenden soll der Weg von Holmes' Thesen durch den American legal thought des 20. Jahrhunderts am Beispiel des American legal realism nachgezeichnet werden⁶⁵.

Was genau der American legal realism ist und wo seine Anfänge zu finden sind, ist umstritten⁶⁶. Zumindest wurde der Begriff 1930 durch Karl Llewellyn (1893-1962), seinem wichtigsten Vertreter, als Selbstbeschreibung eingeführt⁶⁷. Für eine Charakterisierung der häufig unter den Begriff des legal realism gefassten Standpunkte kann die Frage der Definition dahinstehen⁶⁸. Zumindest besteht größtenteils Einigkeit darüber, dass Holmes nicht selbst legal realist war, sondern deren Vordenker⁶⁹. An welche seiner in *The Path of the Law* entwickelten Ideen die Vertreter des legal realism anknüpften, wird ausgehend von einer Charakterisierung des legal realism untersucht.

I. Richterliche Entscheidungsfindung

Erstes Charakteristikum des American legal realism ist, dass seine Vertreter das Recht als Handlung der öffentlichen Gewalt einschließlich der Richter verstanden und zum Ausgangspunkt

ihrer Analysen machten⁷⁰. Die legal realists formulierten als Ziel die Vorhersehbarkeit der richterlichen Entscheidung und kritisierten damit einhergehend die bisherige Art der Entscheidungsfindung. Diese Forderung der American legal realists geht eindeutig auf Holmes' Verständnis des Rechts zurück und verbindet Austins und Bentham's auf die Legislative fokussierte Analyse mit Holmes' richterzentrierter Betrachtung⁷¹.

1. Vorhersagetheorie

Die legal realists forderten, dass die Voraussagen des Richterspruches genauer werden müssten. Um dies zu erreichen, sollten Untersuchungen über die Person des Richters und dessen Umfeld angestellt werden. Was aber tatsächlich ausschlaggebend für die Entscheidung des Richters sei und somit zum Untersuchungsgegenstand werden müsse, wurde von den legal realists unterschiedlich beantwortet. Die Ansichten können dabei in zwei Gruppen eingeteilt werden⁷².

Unter anderem Jerome Frank (1889-1954) und Herman Oliphant (1884-1939) rückten die Persönlichkeit des Richters in den Mittelpunkt ihrer Analysen⁷³. Ihnen zufolge sei das Urteil des Richters die Folge einer Vorahnung, die wiederum die Reaktion „auf die verschiedenartigsten ‘stimuli’“ darstelle⁷⁴. Zu den *stimuli* gehörten zum einen Rechtsregeln einschließlich der *precedents*, und zum anderen die moralischen, wirtschaftlichen und politischen Vorstellungen des Richters, sowie seine Einstellung gegenüber den Prozessparteien⁷⁵. Sie betonten, dass der Richter kreativ tätig werde und in der Urteilsbegründung lediglich versuche, die getroffene Entscheidung zu rationalisieren⁷⁶.

Karl Llewellyn wiederum sah im Zwang zur Urteilsbegründung selbst einen die Entscheidung beeinflussenden Faktor. Er ging davon aus, dass der Richter als Glied einer Institution an gewisse institutionelle Gesetzmäßigkeiten gebunden sei und deshalb nicht nur nach seinen persönlichen Vorstellungen entscheide⁷⁷. Der Richter habe bei der Urteilsfindung die Aufgabe, im Rahmen seines Ermessens zu einem gerechten Ergebnis zu gelangen, das darüber hinaus mit vorherigen Entscheidungen vereinbar sein solle⁷⁸.

Mit diesen Thesen nahmen die *American legal realists* Holmes' Äußerungen zur soziokulturellen Abhängigkeit des Richters und somit des Rechts auf und stellten überdies, seiner

⁶² *Buck v Bell* 274 U.S. (1927), 200.

⁶³ *Buck v Bell* 274 U.S. (1927), 200, 207; *Novick* 110 Harv. L.R. (1997), 1031.

⁶⁴ *Minda* 63 Brook. L.R. (1997), 141.

⁶⁵ Auf eine Darstellung von Roscoe Pounds *Sociological Jurisprudence* muss hier verzichtet werden.

⁶⁶ zur Entstehungszeit *Leiter* Legal Realism, 261; *Minow* Harv. L.R. (1997), 1023; *Summers* Instrumentalism, 36; für den Rechtsrealismus als Rechtstheorie *Schauer* Realist Movement, XIV; *Martin* Legal Realism, 29.

⁶⁷ *Llewellyn* 30 Col. L.R. (1930), 431; *Horwitz* Transformation, 171. Weitere eindeutig dem Rechtsrealismus zuzuordnende Juristen sind Jerome Frank, Underhill Moore, Herman Oliphant und Benjamin Cardozo.

⁶⁸ So auch *Martin*, Legal Realism, 1, der die Kernelemente vorstellt und die Definitionsfrage offenlässt.

⁶⁹ *Schauer* Realist Movement, XIX Fn. 36; *Fisher/Horwitz/Reed* Legal Realism, 3; *Purcell* 75 Am. Hist. R. (1969), 424.

⁷⁰ *Rea-Frauchiger*, Rechtsrealismus, 156; *Martin* Legal Realism, 30f; *Patterson* Jurisprudence, 539; gegen die Vorhersagetheorie als Gemeinsamkeit *Reich* Legal Realism, 93f.

⁷¹ *Holmes* 10 Harv. L.R. (1897), 459-461; 464; 466-469.

⁷² *Rumble* Legal Realism, 141.

⁷³ So z. B. Jerome Frank und Underhill Moore, *Reich* Legal Realism, 85.

⁷⁴ *Reich* Legal Realism, 86; *Frank* Courts on Trial, 173f., 178; *Rumble* Legal Realism, 159f; *Oliphant* 14 A.B.A.J. (1928), 159; *Martin* Legal Realism, 31.

⁷⁵ *Fischer/Horwitz/Reed* Legal Realism, 165; *Reich* Legal Realism, 86; *Frank* 26 Ill. L.R. (1932), 655f; *Leiter* Legal Realism, 270.

⁷⁶ *Frank* Courts on Trial, 176; *Oliphant* 14 A.B.A.J. (1928), 159; *Martin* Legal Realism, 40; *Herget* Jurisprudence, 176. Hier finden sich Gemeinsamkeiten zur Freirechtsschule, die die schöpferische Tätigkeit des Richters betonte, *Bülow* Gesetz und Richteramt, 39.

⁷⁷ So vor allem Karl Llewellyn, *Leiter* Legal Realism, 272; *Reich* Legal Realism, 85.

⁷⁸ *Llewellyn* Common Law, 217-223; *Reich* Legal Realism, 97.

Forderung folgend, empirische Studien an, um die Vorhersagen genauer zu machen⁷⁹. Zudem forderten auch die Vertreter des *American legal realism* eine Reform der *law school*-Ausbildung, damit Juristen künftig wirtschaftswissenschaftliche und gesellschaftliche Zusammenhänge besser analysieren können. Diese Forderung wurde später im Übrigen durch die *Law and Society*-Bewegung aufgenommen⁸⁰.

2. Rule skepticism

Alle *legal realists* einte ihre ablehnende Haltung gegenüber der stark an *precedents* verhafteten, wortlautgetreuen Art richterlicher Entscheidungsfindung, die noch bis 1930 die Rechtsprechung bestimmte⁸¹. Problematisch sei, dass es durch die Fülle an Urteilen zu viele sich widersprechende *precedents* gebe, sodass sich jede juristische Argumentation auf einen *precedent* berufen könne⁸². Daher wurde das strikte Festhalten an der *rule of precedent* von den Vertretern des *legal realism* als mechanischer Prozess unter Ausschluss richterlicher Freiheiten kritisiert, der dazu führe, dass das Recht zunehmend den Bezug zur Realität verliere⁸³.

Auch hier findet sich bereits bei Holmes eine Blaupause der von den *legal realists* geäußerten Kritik. Bereits Holmes kritisierte den zunehmenden Bezugsverlust des Rechts durch die zu strikte *black letter*-Interpretation. Jedoch teilte er deren Kritik an der Unübersichtlichkeit und Widersprüchlichkeit der *precedents* nicht. Stattdessen ging er davon aus, dass das System der *precedents* eine geeignete Form der Entscheidungsfindung sei, solange die Systemfortbildung nicht auf Prinzipien gestützt bleibe, sondern sich entlang eines gesellschaftlichen Nutzens aufbaue, dem das Recht dienen könne.

II. Recht als Instrument

Ein weiteres Charakteristikum des *American legal realism* ist die Ablehnung der von den *legal formalists* vertretenen Trennung von öffentlicher Gewalt und dem Privatrecht und der damit verbundenen *laissez-faire*-Doktrin⁸⁴. Sie zeigten, dass die öffentliche Gewalt durch ihr Nichteingreifen in das Privatrecht Vertragsbeziehungen beeinflusste, indem dies der stärkeren Partei die Möglichkeit gab, ihre überlegene Macht auszunutzen⁸⁵. Daher müsse Recht, wie dies auch schon Holmes 1897 formulierte, als Instrument zur Steuerung privatrechtli-

cher Beziehungen dienen⁸⁶. Während bei Holmes jedoch die Steuerung einer politischen, sozialdarwinistischen Denkweise dienen soll, kann dem *legal realism* keine klare politische Agenda entnommen werden⁸⁷.

D. Einflüsse des legal realism auf den American legal thought

Es zeigt sich, dass Holmes tatsächlich als Vordenker des *legal realism* bezeichnet werden kann. Abschließend sollen die Einflüsse des *legal realism* auf den *American legal thought* und die Rechtsprechung des 20. Jahrhunderts aufgezeigt werden.

I. Juristische Ausbildung

Der *legal realism* ist Hessel Yntema zufolge für den *American legal thought* ab dem Ende des Zweiten Weltkriegs bis in die 1960er so bestimmend, dass er sich, etwa in der Form der *Law and... lectures*, die die Interdisziplinarität des Rechts förderten, an den *Law Schools* durchsetzte und dort zum etablierten Paradigma aufstieg⁸⁸.

II. Rechtsprechung des US Supreme Court

Nicht nur die juristische Ausbildung, sondern auch die Rechtsprechung wurde von Holmes maßgeblich geprägt. Während seiner Amtszeit am *US Supreme Court* von 1902 bis 1932 prägte er mit 873 Voten, deren Formulierung als besonders prägnant beschrieben wird, das amerikanische Recht maßgeblich⁸⁹. So gehen etwa die *fruit of the poisonous tree doctrine* im Bereich des *law of evidence*, der Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen und des *judicial self-restraint* sowie die *clear and present danger doctrine* zum Umfang des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit auf Holmes zurück⁹⁰.

Doch nicht nur Holmes beeinflusste durch seine Richtertätigkeit selbst die Rechtsprechung des *US Supreme Court* unmittelbar, sondern auch seine Thesen wurden von anderen Richtern, unter anderem Benjamin Cardozo (1870-1938), Louis Brandeis (1856-1941) und Felix Frankfurter (1882-1965) in der Form des *legal realism* immer mehr aufgenommen. So wurden, teilweise unter direkter Bezugnahme auf von Holmes verfasste Minderheitsvoten, in *West Coast Hotel v Parrish* (1937) die jahrzehntelange, auf die *due process clause* gestützte *laissez-faire*-Rechtsprechung und in *Erie Railroad Co. v*

⁷⁹ Cook 13 A.B.A.J. (1927), 303; Rumble Legal Realism, 141; Herget Jurisprudence, 178; Llewellyn 44 Harv. L.R. (1931), 1248; Reich Legal Realism, 150; Herget Jurisprudence, 178.

⁸⁰ Die *Law and Society*-Bewegung, unter die auch die *Law and Economy*-Bewegung gefasst werden kann, entstand in den 1960er-Jahren aus dem *legal realism* und hatte zum Ziel, rein deskriptiv die Interdependenzen zwischen dem Wertesystem Recht und Gesellschaft zu analysieren. Der interdisziplinäre Dialog sollte durch die Schaffung der sog. *Law and... lectures* gestärkt werden. Letztere dienten wiederum der Verbreitung des *legal realism*, zu allem Talley Law and Economics; Silbey Law and Society. Rumble Legal Realism, 48, 50.

⁸¹ Martin Legal Realism, 40; Rumble Legal Realism, 56; Fisher/Horwitz/Reed Legal Realism, 165.

⁸² Llewellyn Common Law, 11-14; Rumble Legal Realism, 49, 66f.; Rea-Frauchiger Rechtsrealismus 54f.; Twining Realist Movement, 206.

⁸³ Singer 76 Cal. L.R. (1988), 482.

⁸⁴ Singer 76 Cal. L.R. (1988), 482; Pound 18 Yale L.J. (1909), 482-484, 487.

⁸⁵ Singer 76 Cal. L.R. (1988), 482; Dagan Legal Realism, 33; Hale 38 Polit. Sc. Q. (1923), 470, 492f.

⁸⁶ So auch Twining 60 NYU L.R. (1985), 355-359; Holmes 10 Harv. L.R. (1897), 474. Eine klare (progressiv linke) politische Agenda formulierten erst die *critical legal studies* der 1970er-Jahre, die sich aus dem *legal realism* entwickelten und diesen gleichzeitig kritisierten. Minow 110 Harv. L.R. (1997), 1024; Schlegel Critical Legal Studies; Martin Legal Realism, 209ff. für eine ausführliche Darstellung.

⁸⁷ So Yntema 14 Vand. L.R. (1960), 325; Rumble Legal Realism, 53; Riesman 9 Stan. L.R. (1957), 656;

⁸⁸ Hirsch 82 Va. L.R. (1996), 387 Fn. 20; Coper 54 Al. L.R. (2003), 1080.

⁸⁹ Schenck v United States, 249 U.S. (1919), 47, 51; Silverthorne Lumber Co. v United States, 251 U.S. (1920), 385, 392; Blodgett v Holden, 275 U.S. (1927), 142, 148, der erst 2012 in National Federation of Independent Business v. Sebelius 567 U. S. ____ (2012), Docket No. 11-393, aufgegriffen wurde, um die Verfassungsmäßigkeit des Patient Protection and Affordable Care Act („Obamacare“) festzustellen.

Tompkins die für beinahe ein Jahrhundert gültige Rechtsprechung *Swift v Tyson* (1842) aufgegeben⁹¹.

Darüber hinaus wurde in *United States v Darby* (1941) die seit 1918 gültige Rechtsprechung *Hammer v Dagenhart* verworfen⁹². Durch ein auf die *interstate commerce clause* gestütztes Gesetz, das ein Verbot des zwischenstaatlichen Handels von durch Kinderarbeit hergestellten Waren vorsah, wollte die US-Regierung die Kinderarbeit zurückdrängen⁹³. Während in *Hammer v Dagenhart* ein ähnliches Vorhaben als Verstoß gegen verfassungsrechtlich geschützte Gesetzgebungskompetenzen der Einzelstaaten im Bereich der Arbeitsgesetzgebung gewertet wurde, entschied der *US Supreme Court* nun, dem damals abweichenden Votum von Holmes folgend, dass ein Verbot zwischenstaatlichen Handelns solange rechtmäßig sei, wie die Verfassung nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmte⁹⁴. Dabei ging das Gericht insbesondere darauf ein, dass die Rechtsprechung *Hammer v Dagenhart* unerwünschte gesellschaftliche Konsequenzen hatte und bezog sich damit abermals auf Holmes' Äußerungen in *The Path of the Law*.⁹⁵

In der Folgezeit wurden weitere Urteile in diesem Sinne getroffen, sodass zumindest bis in die 1960er-Jahre der *legal realism* bestimmend für die Entwicklung der Rechtsprechung des *US Supreme Court* war, auch wenn dabei nicht die gängige Auslegungsmethode der *precedents* aufgegeben wurde.⁹⁶

Fazit

Kaum ein anderes Werk hat den *American legal thought* des 20. Jahrhunderts derart beeinflusst wie *The Path of the Law*. Die in der Rede pointiert geäußerten Thesen ziehen sich wie ein roter Faden durch die zu Beginn des 20. Jahrhunderts entstehenden rechtstheoretischen Strömungen. Zu seiner Amtszeit am *US Supreme Court* hatten seine in Schriften und Urteilen geäußerten Ideen nur geringe Bedeutung für die Fortentwicklung des *American legal thought*. Doch dienten sie als Aus-

gangspunkt für die Formierung des *American legal realism* zunächst an den *law schools* und ab den späten 1930er-Jahren auch in der Rechtsprechung des *US Supreme Court*. Holmes hat somit durch den *legal realism* auch heute noch großen Einfluss auf das amerikanische Rechtssystem. Trotz seiner großen Verdienste darf aber nicht vergessen werden, dass seine sozialdarwinistischen Ansichten auch zu unvermeidbaren Ergebnissen geführt haben.

Seine Gedanken werden jedoch nicht lediglich durch die Zeit weitergetragen. Vielmehr reichert der andauernde wissenschaftliche Diskurs um die Auslegung der Rede den *American legal thought* immer wieder mit neuen Ideen an. Auch durch die von ihm vorgeschlagene Interdisziplinarität der juristischen Ausbildung ergeben sich immer wieder neue Sichtweisen auf bekannte Probleme, die den Rechtsdiskurs befruchten. Holmes hat darüber hinaus gesellschaftliche Veränderungen antizipiert, die sich später ereignet haben und heute nicht weniger aktuell sind. Dass Recht oft nicht mit gesellschaftlichen Entwicklungen Schritt halten kann, zeigt sich auch heute noch in Bezug auf die Herausforderungen, die das Internet mit seinen neuen Möglichkeiten dem Recht stellt. Somit kann uns Holmes auch abseits der Vereinigten Staaten als Inspiration dienen. Oliver Wendell Holmes Jr. wird daher nicht zu Unrecht von Posner als die herausragende Figur in der Geschichte des amerikanischen Rechts bezeichnet⁹⁷.

* Der Autor studiert Rechtswissenschaften, Soziologie und Psychologie an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Der Autor ist derzeit studentische Hilfskraft am Institut für Öffentliches Recht, Abt. 5 (Verfassungsrecht) bei Bundesverfassungsrichter Prof. Dr. Johannes Masing. Dieser Artikel beruht auf einer im März 2016 erstellten Arbeit im Rahmen des Seminars zum Thema „Das Privatrecht der Moderne: Schlüsseltexpte zur neueren Privatrechtsgeschichte“ unter der Leitung von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhold Zimmernann, Prof. Dr. Nils Jansen und Prof. Dr. Sonja Meier.

⁹¹ *West Coast Hotel Co. v Parrish* 300 U.S. (1937), 379; *Swift v Tyson* 41 U.S. (1842), 1; *Erie Railroad Co. v Tompkins* 304 U.S. (1938), 64.; Reich Legal Realism, 126.

⁹² *United States v Darby* 312 U.S. (1941), 100, 101; *Hammer v Dagenhart* 247 U.S. (1918), 251.

⁹³ Reich Legal Realism, 126.

⁹⁴ *United States v Darby* 312 U.S. (1941), 100, 115f; 121.

⁹⁵ *United States v Darby* 312 U.S. (1941), 100, 117f.

⁹⁶ Reich Legal Realism, 130f.; so auch das Verständnis von Cardozo, der die traditionelle Arbeitsweise als die alltägliche erhalten wollte, *Cardozo Judicial Process*, 20.

⁹⁷ So Posner 110 Harv. L.R (1997), 1039.