



EUI WORKING PAPERS IN LAW

EUI Working Paper LAW No. 92/25

**Geschichte als Nicht-Geschichte:
Unterschiede und Ungleichzeitigkeiten zwischen
Friedrich Kessler und der deutschen Rechtswissenschaft**

**History as Non-History:
Divergences and Time Lag between Friedrich Kessler
and German Jurisprudence**

CHRISTIAN JOERGES

European University Institute, Florence

European University Library



3 0001 0013 4807 9

Please note

As from January 1990 the EUI Working Paper Series is divided into six sub-series, each sub-series is numbered individually (e.g. EUI Working Paper ECO No 90/1).

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE

DEPARTMENT OF LAW

WP

Fa9

EUR

EUI Working Paper LAW No. 92/25

**Geschichte als Nicht-Geschichte:
Unterschiede und Ungleichzeitigkeiten zwischen
Friedrich Kessler und der deutschen Rechtswissenschaft**

**History as Non-History:
Divergences and Time Lag between Friedrich Kessler
and German Jurisprudence**

CHRISTIAN JOERGES

BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)

All rights reserved.
No part of this paper may be reproduced in any form
without permission of the author.

© Christian Joerges
Printed in Italy in June 1992
European University Institute
Badia Fiesolana
I - 50016 San Domenico (FI)
Italy

Geschichte als Nicht-Geschichte: Unterschiede und Ungleichzeitigkeiten zwischen Friedrich Kessler und der deutschen Rechtswissenschaft

Seite I - 47

Eine erste Fassung dieses Beitrages habe ich auf dem von Marcus Lutter, Michael H. Hoeflich und Ernst C. Stiefel organisierten Symposium "Der Einfluß deutschsprachiger Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland" am 11.-14. September 1991 in Bonn vorge-
tragen. -- Während des Symposiums und im Anschluß daran ich viele
Gesprächsmöglichkeiten nutzen können. Dies hat zu erheblichen Verände-
rungen des ursprünglichen Textes geführt, mir aber auch deutlich gemacht,
daß bei vielen der angesprochenen Fragen an kurzfristig erreichbare Ant-
worten nicht zu denken ist. Ich habe namentlich Gerhart Haupt, Ulrich
Jessorun d'Oliveira, Eric Stein, Gunther Teubner, Massimo LaTorre, Rudolf
Wiethölter zu danken und um Verständnis dafür zu bitten, daß dieser Bei-
trag seiner Thematik noch immer nicht gerecht wird.

History as Non-History: Divergences and Time Lag between Friedrich Kessler and German Jurisprudence

Pages 49 - 95

A first version of this paper has been presented to a symposium on the
influence of German speaking emigrés on legal developments in the United
States and Germany, organised by Marcus Lutter, Michael H. Hoeflich and
Ernst C. Stiefel in September 1991 in Bonn, Germany. -- I am grateful for
many comments I have received during and subsequent to that event and
particularly indebted to Gerhard Haupt, Ulrich Jessorun d'Oliveira, Eric
Stein, Massimo LaTorre, Gunther Teubner and Rudolf Wiethölter. They
have inspired many revisions of the original text. However, I am quite aware
that many questions raised are still left to be answered in the future

March 1992

Christian Joerges

III

Geschichte als Nicht-Geschichte: Unterschiede und Ungleichzeitigkeiten zwischen Friedrich Kessler und der deutschen Rechtswissenschaft

GLIEDERUNG:

I.	Einführung	2
II.	Brüche und Kontinuitäten	6
1.	Sonderwege der deutschen Rechtswissenschaft?	7
2.	Methodologie und Privatrechtstheorie	13
3.	Kritik des vertragsrechtlichen Formalismus: Rechtsrealismus und Nationalsozialismus.	17
a)	Friedrich Kessler und Karl Larenz	20
b)	Deutsche Erfahrungen und Legal Realism.	26
III.	Brüche und Ungleichzeitigkeiten	32
1.	Rückbesinnungen	33
2.	Entwicklungen	38
a)	Vertragsfreiheit und wirtschaftliche Macht	39
b)	Wirtschaftliche Macht und Recht in der Demokratie.	40
3.	Die Botschaft Friedrich Kesslers	43

I. Einführung

Es geht in diesem Beitrag nicht um eine Biographie, sondern vielmehr um eine inhaltliche Würdigung des Werkes von Friedrich Kesslers¹. Die Ablösung der Interpretation vom Kontext der persönlichen Biographie kann nun allerdings nicht etwa als vollständige Abstraktion von den verschiedenen Zäsuren in Friedrich Kesslers Entwicklung gemeint sein. Diese Zäsuren spiegeln ja unmittelbar seine Lebensgeschichte². Die Dissertation³ und die Habilitationsschrift aus d. J. 1932⁴, denen rasch noch zwei Kommentare zum Wechsel- und Scheckrecht gefolgt sind⁵, weisen ihn als ungemein produktiven deutschen Rechtswissenschaftler aus, der sich durch seine rechtsvergleichenden Interessen und seine Themen als Modernist und Hoffnungsträger empfahl. Nach der Emigration i. J. 1934 dauert es fast ein Jahrzehnt bis er sich erneut zu Wort meldete -- mit einer methodisch und sachlich dem sozialreformerischen Flügel des Legal Realism verpflichteten Philippika gegen das traditionelle Vertragsrechtsverständnis und mit einer rechtstheoretischen Arbeit, die sich von den rechtstheoretischen Beiträgen der realistischen Bewegung

- 1 Abgekürzt werden zitiert:
Contracts of Adhesion -- Some Thoughts About Freedom of Contract, 43 Col. L. Rev. 629 (1943); Contracts of Adhesion; Natural Law, Justice and Democracy -- Some Reflections on Three Types of Thinking About Law and Justice, 19 Tulane L. Rev. 31 ff., 33 (1944); Natural Law; Freiheit und Zwang im nordamerikanischen Vertragsrecht, FS Martin Wolff, Tübingen 1952, 67 ff.: Vertragsrecht
Automobile Dealer Franchises: Vertical Integration by Contract, 66 Yale, 1139, 1156 (1957): Automobile Dealer;
F. Kessler/ R. Stern, Competition, Contract, and Vertical Integration, 69 Yale L.J. 1, 107 (1959): Competition.
- 2 Nähere Angaben bei O. Sandrock, Friedrich Kessler 80 Jahre, JZ 1981, 638 f.; E. Stiefel/ F. Mecklenburg, Deutsche Juristen im amerikanischen Exil (1933-1950), Tübingen 1991, 59 f.
- 3 Uniform State Laws in den Vereinigten Staaten -- Das Recht der Eheschließung, Z. f. ausl. u. int. Privatrecht 1927, 185 ff., 886 ff.
- 4 Fahrlässigkeit im nordamerikanischen Recht, Berlin 1932.
- 5 Kommentar zum Wechselgesetz, 1933. Kommentar zum Scheckgesetz, 1934.

signifikant abhebt, die aber gleichzeitig ein entschiedenes Interesse an der angelsächsischen Tradition der Sozialphilosophie bezeugt. I. J. 1953 erscheint die erste Auflage seines Casebook⁶, die Friedrich Kesslers Position innerhalb der amerikanischen Rechtswissenschaft dauerhaft bestimmt. Gleichzeitig übersendet er die Ergebnisse seiner Arbeiten in den USA -- unretuschiert und mit nur marginalen Bezugnahmen auf die deutsche Tradition versehen⁷. Er entwickelt sein Vertragsrecht weiter⁸, setzt dabei neue Akzente, meldet sich immer wieder in deutscher Sprache zu Wort⁹, empfiehlt in den USA die Anerkennung deutscher rechtsdogmatischer Entdeckungen¹⁰ und wirkt jahrzehntelang als Vermittler und Katalysator im amerikanisch-deutschen Wissensaustausch.

Dies alles sind Denkbewegungen und Handlungen, die zwar für sich selbst sprechen, die aber auch verschlüsselt bleiben: Wie hat Friedrich Kessler seine eigene rechtswissenschaftliche Arbeit in den wissenschaftlichen und politischen Auseinandersetzungen der Weimarer Zeit bewertet? Wie sah er die Entwicklung der

-
- 6 F. Kessler/ M. Sharp, *Cases on Contracts*, New York 1953.
 - 7 F. Kessler, *Freiheit und Zwang im nordamerikanischen Vertragsrecht*, FS Martin Wolff, Tübingen 1952, 67 ff.
 - 8 F. Kessler/ G. Gilmore, *Contracts: Cases and Materials*, 2nd ed., Boston-Toronto 1970; F. Kessler /G. Gilmore/ A. Kronmann, 3rd ed., Boston 1986; *The Protection of the Consumer Under Modern Sales Law, Part 1. A Comparative Study*, 74 Yale L.J. 262 (1964); *Products Liability*, 76 Yale L.J. 887 (1987).
 - 9 *Einige Betrachtungen zur Lehre von der Consideration*, FS Ernst Rabel, Bd. 1, Tübingen 1954, 251 ff.; *Die soziale Funktion des Vertrages zugunsten Dritter im nordamerikanischen Recht*, FS Eduard Wahl, Heidelberg 1973, 81 ff.; *Der Konflikt zwischen Antitrustrecht und Vertragsfreiheit im Automobilvertrieb im nordamerikanischen Recht*, FS Ludwig Raiser, Tübingen 1974, 437 ff.; *Der Schutz des Vertrauens bei Vertragsverhandlungen in der neueren amerikanischen Rechtsprechung*, FS Ernst v. Caemmerer, Tübingen 1978, 873 f.; *Metamorphosen im Amerikanischen Vertragsrecht*, JZ 1988, 109 ff.
 - 10 F. Kessler/ E. Fine, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study*, 77 Harvard L. Rev. 401 (1964).

deutschen Rechtswissenschaft zum und im Nationalsozialismus? Wie hängt seine Anlehnung an den Legal Realism und seine Hinwendung zum New Deal mit der deutschen Geschichte zusammen? Sind in seine rechtstheoretische Grundlagenarbeit und in seine Konzeptualisierung des Vertragsrechts die Hintergrunderfahrungen mit der deutschen Rechtswissenschaft und ihren Orientierungsverlusten, Fehlorientierungen und Verfehlungen eingegangen? Wie sind seine Gesprächsangebote an die deutsche Rechtswissenschaft der Nachkriegszeit zu verstehen? Wie hat er das Verhältnis der deutschen Rechtswissenschaft der Nachkriegszeit zu ihrer eigenen Geschichte aufgenommen? Wie interpretiert er selbst die Differenzen zwischen seinen eigenen Überzeugungen und den in Deutschland herrschenden Schulrichtungen? All diese Fragen gehören in eine Würdigung der Wirkungsgeschichte Friedrich Kesslers. Aber so wichtig es wäre, seine Antworten aufzuzeichnen, so deutlich ist doch auch, daß es sich nicht notwendigerweise um seine eigenen Fragen, sondern vielmehr und in erster Linie um die Fragen einer Generation handelt, die mit der Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft ihre eigenen Probleme austragen muß. Als Nachgeborene sehen wir uns -- entgegen Rudolf v. Jherings berühmtem Diktum -- durch diese Geschichte in Verlegenheit versetzt. Wir können im Rückblick auf die Stationen von Kesslers Biographie nicht von all dem absehen, was wir über das Scheitern der Weimarer Republik, über die Herrschaft des Nationalsozialismus, über die Verhältnisse in der Nachkriegszeit jetzt wissen. Gewiß sollen und können wir versuchen, uns in die Wirklichkeit einer Alltäglichkeit neben der wirklichen Geschichte hineinzudenken. Wir haben uns vor Selbstgerechtigkeit zu hüten, wenn wir mit moralischer Entrüstung auf Beteiligung und Teilnahme, auf Opportunismus und Gleichgültigkeit reagieren. Und wir müssen uns die eigene Blindheit vor Augen führen: Wir haben nicht gesehen (nicht sehen wollen?), wie viele eigene Lehrer in den Nationalsozialismus verstrickt waren; wir haben lange nicht gefragt (nicht wissen wollen?), was die Autoren führender Lehrbücher vor 1945

geschrieben hatten; wir haben sie nicht genötigt (nicht zu nötigen gewagt?), zu den Leerstellen ihrer Selbstdarstellungen Stellung zu nehmen.

Wie ist es bei solchen Vorbelastungen und Versäumnissen möglich, das Werk Friedrich Kesslers und seine Wirkungsgeschichte in Deutschland zu begreifen und zu beschreiben? Aus den emotionalen Wechselbädern, denen uns der Nachvollzug der Emigration ausliefert, können wir keine klaren Orientierungen gewinnen. Aber wir können versuchen, uns denjenigen Fragen zu stellen, die sich aus der Belastung und der Verunsicherung durch die eigene Geschichte aufnötigen. Deshalb müssen wir zunächst den Bruch mit Deutschland, den Friedrich Kessler durch seine Emigration vollzogen hat, auch als wissenschaftliche Aussage ernstnehmen. In der Umorientierung, die mit der Emigration verbunden war, ging es gewiß *auch* um einen Prozeß der sog. Akkulturation, die sich als Hinwendung zum amerikanischen Rechtsdenken beschreiben läßt und bei der gleichwohl die in Deutschland schon geleistete Arbeit nicht einfach im Nichts versunken sein kann. Jedenfalls bedeutet die Umorientierung in Amerika eine doppelte Herausforderung: Zum einen hat sich Friedrich Kessler in den USA als Kritiker des traditionellen Formalrechts profiliert. Dies haben auch seine in Deutschland tonangebenden Zeitgenossen getan -- und deshalb ist es wichtig zu wissen, wie sich die nationalsozialistische Kritik des liberalen Privatrechts zu Kesslers Positionen verhält (dazu unten II). Friedrich Kesslers Kritik am überkommenen Privatrechtsverständnis verbietet es aber auch, ihn umstandslos als Bewahrer der in Deutschland vom Nationalsozialismus verdrängten oder überlagerten rechtswissenschaftlichen Traditionen in Anspruch zu nehmen. Seine Emigration hat ihn nicht nur zu diesen Traditionen auf Distanz gebracht, sondern auch, als sich die deutsche Rechtswissenschaft in der Nachkriegszeit neu formierte, die Rezeption seiner Arbeiten behindert. Der Umstand, daß sein

Werk -- im doppelten Sinne des Wortes -- anstößig geblieben ist, daß sich seine Wirkungsgeschichte im Deutschland der Nachkriegszeit zunächst einmal als Nicht-Geschichte darstellt, daß er nur indirekt, umweghaft und zeitverschoben Wirkungen entfaltete, ist eine zweite und ebenfalls schwer verkraftbare Herausforderung. Sie hängt mit der ersten zusammen. Denn die Frage, wer aus welchen Gründen gegenüber dem Nationalsozialismus im Recht gewesen ist, berührt das Selbstverständnis der deutschen Rechtswissenschaft der Nachkriegszeit. Es ist schwer zu sehen, wie der instrumentelle Umgang mit dieser Frage, der ihre Klärung so sehr erschwert, vermieden werden kann. Aber am Beispiel Friedrich Kesslers läßt sich immerhin zeigen, wie sperrig sich sein Werk gegenüber Instrumentalisierungsversuchen und -versuchungen verhält (unten III).

II. Brüche und Kontinuitäten

Den Umstand, daß Friedrich Kessler nach der Emigration in die USA seine wissenschaftlichen Positionen neu bestimmte, kann man sich leicht erklären. Die Identifikation mit dem amerikanischen Rechtsdenken war für eine wissenschaftliche Laufbahn in den USA unabdingbar. Für die Lernprozesse, die ihm dabei abverlangt wurden, war er durch seine rechtsvergleichenden Studien bestens gerüstet. Die Yale Law School, an die ihn ein Stipendium der Rockefeller Foundation und die Vermittlung des "Emergency Committee in Aid of Displaced Foreign Scholars" führte¹¹, war das intellektuelle Zentrum des Legal Realism und der rechtspolitische Think Tank des New Deal-Reformismus¹². Es ist also kein Wunder, daß Kesslers berühmte Arbeit über die Adhäsionsverträge diese Einflüsse aufnahm. Aber war

11 E. Stiefel/ F. Mecklenburg, a.a.O. (Fn. 2), 59.

die "Sache selbst", um die es Kessler ging, nicht in Deutschland bereits bedacht worden? War es bloß opportun¹³, bei Hinweisen auf deutsche Autoritäten auch da Zurückhaltung zu üben, wo es sich nicht um die zeitgenössischen Wortführer handelte?

Wenn diese Fragen sich bejahen ließen, so ergäbe sich daraus ein beruhigendes Deutungsmuster: Friedrich Kessler mag sich auf Amerika eingelassen haben; in der Sache aber blieben die Verbindungen und die Übereinstimmung mit der vom Nationalsozialismus nicht affizierten "eigentlichen" deutschen Rechtskultur erhalten; wenn die Differenzen mit Deutschland sich in der Nachkriegszeit nicht völlig erledigt haben, so wäre dies teils auf die allgemeinen Unterschiede zwischen den deutschen und den amerikanischen Rechtstraditionen zurückzuführen, teils den mehr oder minder waghalsigen, auch in den USA umstrittenen, Positionen Kesslers zuzuschreiben.

1. Sonderwege der deutschen Rechtswissenschaft?

Der wundeste Punkt solcher Deutungen ist deren Wahrnehmung des Nationalsozialismus. Diese Dunkel-Stelle der deutschen Geschichte und Rechtsgeschichte bleibt gerade dann im Dunkeln, wenn sie als bloße Abweichung beklagt oder gar mit eben dem gleichen Begriff gebrandmarkt wird, den der artbewußte Nationalsozialismus für seine Feinde benutzte. Der Nationalsozialismus hat Deutschland nicht wie ein Meteorit aus dunklen Himmeln befallen; weder seine Weltanschauung noch sein Rechtsverständnis kamen aus fernen Landen. Die ausweglos erscheinende wirtschaftliche Lage in den Jahren vor der

12 L. Kalman, *Legal Realism at Yale, 1927-1960*, Chapel Hill-London 1986, 120 ff.

Machtergreifung¹⁴, die sozialen Krisen der Weimarer Republik und die politische Überforderung ihrer Institutionen mögen verständlich machen, warum sich ein diktatorisches System der Krisen-Bewältigung aufdrängte; aber sie reichen nicht hin, um die besonderen Züge dieses Systems und die Entwicklung, die mit der Machtergreifung ihren Lauf nahm, zu determinieren. Fest steht allerdings: Die nationalsozialistische Programmatik war vorgedacht worden. Sie stand auch in einer geisteswissenschaftlichen Wirkungsgeschichte, an der die Rechtswissenschaft ihren gehörigen Anteil hatte.

Schon im Zeichen des Ersten Weltkriegs hat John Dewey¹⁵ eine Debatte über die Verflechtungen der Praxis der deutschen Geschichte mit den Traditionen der deutschen Philosophie eröffnet. Im Zeichen des Nationalsozialismus und der Emigration mußte diese Diskussion neu aufbrechen¹⁶. Seither ist sie nicht mehr zur Ruhe gekommen¹⁷. Helmuth Plessners These über die

- 13 Vgl. J. Klapisch, Der Einfluß der deutschen und österreichischen Emigranten auf contracts of adhesion and bargaining in good faith im US-amerikanischem Recht, Baden-Baden 1991, 63 (Fn. 176 f.).
- 14 Vgl. nur K. Borchardt, Wachstum, Krisen, Handlungsspielräume der Wirtschaftspolitik. Studien zur Wirtschaftsgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts, Göttingen 1982, 165 ff.
- 15 German Philosophy und German Politics (1915); hier zitiert nach der deutschen Übersetzung der aktualisierten, in den USA i.J. 1942 erschienenen Neuauflage: Deutsche Philosophie und deutsche Politik, Meisenheim/Glan 1954, 32 ff.
- 16 Vgl. als Übersicht I. Srubar, Das Bild Deutschlands in den Werken der sozialwissenschaftlichen Emigration 1933 - 1945, in: ders. (Hrsg.), Exil, Wissenschaft, Identität. Die Emigration deutscher Sozialwissenschaftler 1933 - 1945, Frankfurt/M. 1988, 281 ff. Die Emigranten wichen der Frage nicht aus, ob sie nicht selbst Traditionen verpflichtet waren, die nun zu ihrer Vertreibung geführt hatten. -- John Dewey hat diese Verbindung zwischen den Opfern und Tätern geradezu rücksichtslos herzustellen versucht (vgl. J.K. Helling, Wirken in der Emigration. Fallstudie einer mißlungenen Annäherung am Beispiel des Briefwechsels zwischen John Dewey, Arthur F. Bentley und Felix Kaufmann, in: I. Srubar [Hrsg.] a.a.O., 181 ff., 197). -- In der Debatte um die sozialstrukturellen Ursachen des Nationalsozialismus scheint eine Deutung überwogen zu haben, die auch Friedrich Kesslers Position entspricht (vgl. unten II 3 c); vgl. I. Srubar, a.a.O., 296. Zur Nachkriegsdiskussion in Deutschland vgl. H.A. Winkler, Die "neue Linke"

Verspätung der Nationenbildung und des Nationalstaats in Deutschland¹⁸, die die Ursprünge der Ideologie des Dritten Reiches und "Deutschlands Protest gegen den politischen Humanismus Westeuropas" weit zurückverfolgte, Ralf Dahrendorfs Diagnose einer verspäteten Modernisierung¹⁹, Fritz Ringers Sozialgeschichte der deutschen Wissenschafts-Mandarine²⁰, die deren konservativ-unpolitisches Selbstverständnis mit ihrer Anfälligkeit für organizistisch-irrationale Gesellschaftsbilder in Verbindung bringt, haben Elemente für eine Aufklärung des Zusammenwirkens historisch-sozialer Bedingungen, philosophisch-wissenschaftlicher Traditionen und politischer Einstellungen zusammengetragen, an die sich eine reichhaltige und andauernde Diskussion um das Verhältnis der deutschen Geistesgeschichte zu den Traditionen der westlichen Demokratien anschließt²¹.

Bei all dem ist die Rechtswissenschaft ein anderer Fall als andere Fälle, ein anderer Fall vor allem als ihre sozialwissenschaftlichen Nachbardisziplinen. Für die Soziologie²² hat M.

und der Faschismus. Zur Kritik neomarxistischer Theorien über den Nationalzialismus, in: ders., Revolution, Staat, Faschismus. Zur Revision des Historischen Materialismus, Göttingen 1978, 65 ff.

- 17 Auch nicht in den USA; vgl. nur A. Bloom, *The Closing of the American Mind*, New York-London 1987, 141 ff.
- 18 In seinem 1935 unter dem Titel "Das Schicksal deutschen Geistes im Ausgang seiner bürgerlichen Epoche" erschienenen und dann nach dem Krieg neu aufgelegtem Buch "Die verspätete Nation. Über die politische Verführbarkeit bürgerlichen Geistes" (1959), 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1988.
- 19 *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland*, München 1965.
- 20 *Die Gelehrten. Der Niedergang der deutschen Mandarine 1890-1933*, Stuttgart 1983.
- 21 Zur Diskussionsgeschichte der Sonderweg-These in der Geschichtswissenschaft vgl. den Überblick bei B. Faulenbach, *Die These vom deutschen Sonderweg und die historische Legitimation politischer Ordnung in Deutschland*, in: K.-E. Jeismann (Hrsg.), *Geschichte als Legitimation*, Braunschweig 1984, 99 ff.; J. Kocka, *German History before Hitler: The Debate about the German Sonderweg*, *J. of Contemporary History* 23 (1988), 3 ff.
- 22 Zur Politikwissenschaft vgl. G. Göhler/ B. Zeuner (Hrsg.), *Kontinuitäten und Brüche in der deutschen Politikwissenschaft*, Baden-Baden

Rainer Lepsius für die nationalsozialistische Epoche einen Stillstand der Wissenschaftspflege diagnostiziert; die "Deutsche Soziologie" der 20er Jahre sei im Nationalsozialismus nicht fortgeführt worden; die "Völkische Soziologie", die an ihre Stelle treten wollte, konnte jedenfalls im Nachkriegsdeutschland nicht fortwirken: so habe der Zusammenbruch des Dritten Reiches den Weg zur Etablierung der "Soziologie in Deutschland" geöffnet²³.

Auch wenn dieses Bild inzwischen Korrekturen erfahren hat²⁴, so bleibt doch die Lage der Rechtswissenschaft schwieriger. Diese hatte auf den Übergang von der konstitutionellen Monarchie zur demokratischen Republik nicht etwa mit einer paradigmatischen Erneuerung reagiert, sondern anti-demokratische, gegen die Weimarer Republik instrumentalisierbare Traditionen gepflegt und ausgebaut²⁵. Die korrespondierenden politischen Einstellungen der Professorenschaft -- und der Studenten -- sind gut dokumentiert²⁶. Die Machtergreifung durch den Natio-

1991; zur Wirtschaftswissenschaft vgl. Ch. Kruse, Die Volkswirtschaftslehre im Nationalsozialismus, Freiburg i.Br. 1988; zur Psychoanalyse vgl. U. Geuter, Die Professionalisierung der deutschen Psychologie im Nationalsozialismus, Frankfurt a.M. 1988.

- 23 M.R. Lepsius, Die Entwicklung der Soziologie nach dem Zweiten Weltkrieg, 1945 - 1967, in: G. Lüschen (Hrsg.), Deutsche Soziologie seit 1945, KZfSS Sonderheft 21 (1979), 25 ff., 26 ff.
- 24 O. Rammstedt, Theorie und Empirie des Volksfeindes. Zur Entwicklung einer "deutschen Soziologie", in: P. Lundgreen (Hrsg.), Wissenschaft im Dritten Reich, Frankfurt a.M. 1985, 253 ff.; C. Klingemann, Soziologie im NS-Staat. Vom Unbehagen an der Soziologiegeschichte, Soziale Welt 36 (1985), 366 ff.; neuere Literatur bei ders., Die deutschen Sozialwissenschaften zwischen den beiden Weltkriegen. Mythos und Realität von Entwicklungsbrüchen, in: G. Göhler/ B. Zeuner (Hrsg.), a.a.O., 23 ff.
- 25 Vgl. speziell zum Staatsrecht I. Maus, Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts, München 1976, 27 ff.; Ch. Müller/ I. Staff (Hrsg.), Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu Ehren, Frankfurt a.M. 1985; K. Sontheimer, Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, München 1962, 244 ff.; G. Rapp, Die Stellung der Juden in der nationalsozialistischen Staatsrechtslehre, Baden-Baden 1990, 56 ff.

nalsozialismus bedrohte den institutionellen Fortbestand der Rechtswissenschaft keineswegs insgesamt und deren Gleichschaltung bereitete keine nennenswerten Schwierigkeiten. Ausnahmen gab es. Aber sie waren wirklich Ausnahmen: Man ergriff Partei, diente sich an, nutzte die neuen Karrierechancen, duckte sich. Daneben gab es Hoffnungen auf Erneuerungen und echte Irrtümer. All dies ist angesichts der Zeichen, die der Nationalsozialismus setzte²⁷, leicht zu verurteilen und gerade deshalb so schwer zu begreifen.

Deutlich sichtbar aber ist: Die Gleichschaltung betraf alle Juden, Halbjuden und "jüdisch versippten" ohne Rücksicht auf den ihnen zugeschriebenen Geist²⁸. Betroffen waren aber gleichzeitig die systematischen Verbindungen der Rechtswissenschaft

- 26 Vgl. F. Halfmann, Eine "Pflanzstätte bester nationalsozialistischer Rechtsgelehrter. Die juristische Abteilung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät, in: H. Becker/ H.-J. Dahms/ C. Wiegeler (Hrsg.), Die Universität Göttingen unter dem Nationalsozialismus, München-London-New York-Oxford-Paris 1987, 88 ff., 89 ff., N. Hammerstein, Die Johann Wolfgang Goethe Universität Frankfurt am Main, Bd. I, Neuwied-Frankfurt a.M. 1989, 171 ff., beide mit vielen Nachw.; zum allgemeinere Kontext F. Ringer, a.a.O. (Fn. 21), bes. 186 ff. (zu den politischen Einstellungen der "Mandarine").
- 27 Im Jahre 1932 konnte Friedrich Kessler noch mit einem Ruf nach Göttingen rechnen, der dann nicht mehr ausgesprochen wurde (E. Stiefel/ F. Mecklenburg, a.a.O., Fn. 2, 59). Die näheren Umstände sind mir nicht bekannt. Aber die Schilderungen von F. Halfmann, a.a.O. (Fn. 26), 92 ff. zeigen, daß nach dem 30. Januar 1933 mit weiteren Bemühungen der Göttinger Fakultät für einen "jüdisch Versippten" nicht mehr zu rechnen war, und vom Juni dieses Jahres ab kam auch offiziell eine Aufnahme dieser Gruppe in den Staatsdienst nicht mehr in Betracht. -- In die Zielgruppe der "Unsauberen" wurden die bereits beamteten "Versippten" im Jahre 1937 aufgenommen; vgl. H.-J. Dahm, Einleitung, in: H. Becker/ H.-J. Dahm/ C. Wiegeler (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 26), 30. -- Äußerungen zu all dem sind selten. Um so bemerkenswerter F. Wieacker, Die Georgia Augusta: Dauer im Wandel, in: 250 Jahre Georgia Augusta (Göttinger Universitätsreden, 841, Göttingen 1988, 27 ff., 39: "Das innerste Lebensgesetz einer Hochschule berührt aber der Vorwurf, sie habe die Solidarität der Korporation gegenüber ihren verfeimten und verfolgten Mitgliedern aufgekündigt: er ist es, der eine noch tiefere Schädigung anzeigt, als die äußeren Verheerungen durch die nationalsozialistische Hochschulpolitik".

mit der Theorie und Praxis der rechtsstaatlich-parlamentarischen Demokratie, alle diejenigen methoden-, rechts- und gesellschaftspolitischen Richtungen, die nicht mehr in die neue Zeit paßten. Es ging um eine persönliche und gleichzeitig eine sachliche Selektion. Deshalb waren die Wirkungen im Staats- und Verfassungsrecht anders als im Privatrecht, im Wirtschaftsrecht anders als im Arbeitsrecht, im Völkerrecht²⁹ anders als im IPR, in der Rechtsphilosophie, Methodenlehre und Rechtssoziologie³⁰ anders als in der Rechtsgeschichte. Zuweilen erscheinen die Differenzen auf den ersten Blick geradezu paradox. M. Stolleis³¹ kommt -- trotz Carl Schmitt, Ernst Rudolf Huber, trotz Ernst Forsthoff und der vielen später noch so hochgeschätzten und in der Tat hervorragenden Fachvertreter -- zu dem Ergebnis, daß es eine "Staats- und Verwaltungsrechtslehre, die diesen Namen als wissenschaftliches Fach verdiente", im Nationalsozialismus nicht gegeben habe³², während er -- und im Gegensatz dazu -- ausgerechnet im Fach Römische Rechtsgeschichte, das sich institutionell bedroht fühlen mußte, eine Reihe von Fortschritten registriert, die gerade aus der Gefährdung des Faches erklärbar sind³³. Aber diese vermeintlichen Paradoxien entsprechen genau dem selektiven Zugriffsmuster des Nationalsozialismus. Eine "zweite deutsche Kultur"³⁴ konnte sich neben der herrschenden

28 Carl Schmitt, Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist, Deutsche Juristen-Zeitung 1936, 1195 ff., 1196.

29 Vgl. den Bericht von D. Vagts, International Law in the Third Reich, 84 American J. Int'l. L. 661 (1990), der allerdings den genuin nationalsozialistischen Gehalt des Völkerrechtslehre im Nationalsozialismus eher vernachlässigt.

30 Vgl. H. Rottleuthner, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie im Nationalsozialismus, in: R. Dreier/ W. Sellert (Hrsg.), Recht und Justiz im "Dritten Reich", Frankfurt a.M. 1989, 295 ff, 307 ff.

31 Die Staats- und Verwaltungsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, Nihon University: Comparative Law 6 (1989), 11 ff.

32 A.a.O., 26.

33 M. Stolleis, "Fortschritte der Rechtsgeschichte" in der Zeit des Nationalsozialismus?, in: ders./ D. Simon, Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus, Tübingen 1989, 177 ff.

durchaus behaupten, auch wenn sie ihre Sprache verschlüsseln mußte oder sich gar selbst mißverstand³⁵.

2. Methodologie und Privatrechtstheorie

Der Ruhm der deutschen Privatrechtswissenschaft gründet sich auf ihre Leistungen im 19. Jahrhundert. Matthias Reimann hat erst kürzlich wieder eindringlich gezeigt³⁶, welche Faszination von der Wissenschaftlichkeit der historischen Schule gerade auch in den USA ausging; er hat Gründe für diese Anziehungskraft benannt und nachgezeichnet, wie das deutsche Vorbild allmählich seinen Glanz verlor. Der 1. Weltkrieg ist nur ein erstes vordergründig-äußeres Datum in diesem Entfremdungsprozeß, die Machtergreifung ein zweites. Die Gesprächsschwierigkeiten zwischen der deutschen und der amerikanischen Rechtswissenschaft haben tiefere Gründe.

Die wissenschaftsgeschichtlich herausragenden Ereignisse in der Emanzipation des amerikanischen Rechtsdenkens von ihrer formativen Ära, sind die Kritik am Formalismus, die bereits im ausgehenden 19. Jahrhundert einsetzte, die Begründung der "sociological jurisprudence", die Entfaltung des Legal Realism und dessen Bündnis mit den Reformen des New Deal. Bei all

34 M.R. Lepsius, Juristen in der sozialwissenschaftlichen Emigration, in diesem Band, #.

35 Vgl. Ph. Hecks Präsentation seiner im Kern pluralistischen Konzeption als der "großen Rechtserneuerung" angemessene Methodenlehre (Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre, Tübingen 1936), die er dann auch noch mit dem Nachweis ihres arischen Charakters untermauerte (Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner, AcP 132 [1936], 129 ff., 151).

36 The Fascination of Legal Science: The German Historical School of Law in American Legal Scholarship, Typoskript (University of Michigan Law School) 1989, besonders Kap. 9; vgl. auch M. Hoeflich, Law and Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell, 30 Am. J. Legal History 95 (1986).

diesen Ereignissen gibt es Verbindungslinien mit Deutschland. Der Polemik Holmes' gegen die Analytical Jurisprudence³⁷ können wir Jherings Spott über die Begriffsjurisprudenz an die Seite stellen³⁸; Eugen Ehrlich war in den USA ein geschätzter Gesprächspartner³⁹; die methodische Kritik und der Wertskeptizismus des Gnaeus Flavius aus dem Jahre 1906⁴⁰ steht in ihrer Radikalität keinem Realisten⁴¹ nach; spätestens seit Hugo Sinzheimer gab es -- nicht bloß kathedersozialistische -- Bemühungen, die sozialkritischen Impulse des Freirechts und eine sozialreformerisch-sozialistische Programmatik in einer neuen "soziologischen Jurisprudenz" zu integrieren⁴².

Beide, das Freirecht und die soziologische Jurisprudenz, stellten die Tauglichkeit der "herrschenden" Jurisprudenz für die Bewältigung der Probleme ihrer Zeit in Frage. Tatsächlich hatte ja die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts die Kluft zwischen dem kodifizierten "Sozialmodell" des BGB und der rechtlich-sozialen Wirklichkeit, die Konkurrenz und Differenz zwischen der Welt des BGB, den wirtschaftsrechtlichen "Nebengesetzen", dem politisch-staatlichen Interventionismus

- 37 Vgl. nur O.W. Holmes, *The Common Law*, Boston, Mass. 1881; ders., *The Path of the Law* (1897), in: *Collected Legal Papers*, New York 1952, 167 ff.
- 38 Vgl. den Ersten der "vertraulichen Briefe über die heutige Jurisprudenz" (1861), in: R. von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Darmstadt 1980, 3 ff.
- 39 Zur Klärung der wissenschaftlichen Differenzen zu Roscoe Pound vgl. D. Nelken, *Law in action or living law? Back to the beginning in sociology of law*, *Legal Studies* 4 (1984), 157 ff.
- 40 H. Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906.
- 41 Nicht überzeugend ist allerdings die zuletzt wieder von J. Herget/ St. Wallace (*The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*, *Virginia L. Rev.* 73 [1987], 399 ff.) belebte These, daß die Freirechtler den Realismus bereits vorweggenommen hätten.
- 42 Vgl. die Analyse von H. Rottleuthner, *Drei Soziologen: Eugen Ehrlich, Hugo Sinzheimer, Max Weber*, in: E.V. Heyen (Hrsg.), *Histo-*

und den privat organisierten Steuerungsinstitutionen der Wirtschaft immer wieder nur in der "bewährten" Weise der Jurisprudenz wahrgenommen und bewältigt⁴³. Hieran entzündete sich in den kurzen Weimarer Jahren, ausgehend von den Bestimmungen zur Wirtschafts- und Arbeitsverfassung (Art. 151 - 165 WRV) eine echte Grundlagendiskussion, in der programmatische Vorstellungen über die "Gemeinwirtschaft" und "Wirtschaftsdemokratie" entfaltet wurden und daneben die Grundlagen für eine entschieden marktwirtschaftliche, aber den formalistischen Instrumentierungen des Privatrechts entgegen-tretende Position gelegt wurden⁴⁴.

Die Entfaltungsbedingungen und -möglichkeiten für all diese -- und weitere -- Ansätze waren in der Weimarer Republik nun aber höchst prekär. Das Freirecht fand Anhänger nicht nur in der Richter- und Anwaltschaft. Aber innerhalb der in Deutschland so wichtigen akademischen Rechtswissenschaft konnten weder die Rechtssoziologie noch die sozialkritisch-sozialistischen Nachfolger der soziologischen Jurisprudenz Positionen erringen, die der Stellung Yales in den USA⁴⁵ vergleichbar gewesen wäre. Wichtiger und spezifisch deutsch war die Unübersichtlichkeit der politischen Verhältnisse. Die freirechtliche Kritik an den Rechtsanwendungsmodellen des 19. Jahrhunderts und

rische Soziologie der Rechtswissenschaft (Ius Commune. Sonderheft 26), Frankfurt a.M. 1986, 227 ff.

- 43 Vgl G. Brüggemeier, Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus, Band 1, Frankfurt a.M. 1977, 31 ff.; R. Unger, Law in Modern Society, New York-London 1977, 181 ff.
- 44 Übersicht bei D. Hart in: AK-BGB vor § 116 Rz. 43 ff.; K.W. Nörr, Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik, Tübingen 1988, 173 ff.; die gründlichste (und fairste) Würdigung der Leistungen und Überzeugungen F. Böhms findet sich bei R. Wiethölter, Franz Böhm (1895-1977), in: B. Diestelkamp/ M. Stolleis (Hrsg.), Juristen an der Frankfurter Universität, Baden-Baden 1989, 208 ff.; vgl. bes. 216 ff., 230 ff.
- 45 Prestige immunisiert allerdings gerade in den USA nicht gegen Kritik; zu den Attacken gegen den Realismus in Yale vgl. L. Kalman, a.a.O. (Fn. 12), 121 ff., 132 ff. sowie unten 3.

das Plädoyer für den schöpferischen Richter waren unter den Bedingungen eines autoritären Rechtsstaats formuliert worden. Was war von dieser Kritik unter den neuen Bedingungen einer parlamentarischen Republik zu halten? Hatte die freirechtliche Distanz zur wissenschaftlichen Dogmatik und zur Gesetzgebung ein Spezifikum der modernen Privatrechtsentwicklung zur Sprache gebracht? Arbeitete sie Einstellungen der Richterschaft in die Hände, wie sie sich in den Auseinandersetzungen um die Aufwertung in der Eingabe des Vorstandes des Richtervereins am RG an die Reichsregierung vom Januar 1924 artikulierten⁴⁶? Galt es nicht, demgegenüber auf die Legitimität des parlamentarischen Gesetzes und folglich auf einer legalistischen Treue zum Gesetzesrecht zu bestehen⁴⁷? Wem nutzte unter den gegebenen Bedingungen die Propagierung einer Wirtschaftsdemokratie? Mußte nicht die Forderung nach einer wettbewerblichen Rechtsverfassung der Wirtschaft den Protagonisten eines nicht bloß starken, sondern autoritären Staates in die Hände spielen?

Weimar war die Republik der mangelnden Zeit und der sich überstürzenden Ereignisse. Die Verhältnisse änderten sich schneller als sie begriffen wurden. K.W. Nörr, der die Entwicklung des Privatrechts der Weimarer Republik am eindringlichsten geschildert hat, resumiert resignativ-kritisch, das Privatrecht sei als "Kategorie verunsichert", eine "Theorie" seiner "gewandelten Stellung in dem neuen politischen, sozialen und wirtschaftlichen Umfeld (aber) nicht erarbeitet worden"⁴⁸. Man darf auch anders akzentuieren: Die von wirtschaftlichen und sozialen Krisen geschüttelte Weimarer Republik hatte das Privatrechtssystem durch zwingende sozial-, arbeitsrechtliche und wirtschaftsrechtli-

46 Vgl. die Berichte und -kontroversen - Interpretationen bei K.W. Nörr, a.a.O. (Fn. 44), 57 ff.; S. Simitis, *Stolpersteine der Privatrechtsgeschichte*, RJ 8 (1989), 3 ff., 17 ff.

47 So bekanntlich von links E. Fraenkel, *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, Berlin 1927, 36 ff.

che Regulierungen eingegrenzt und durchsetzt. Die entstandene Lage haben politische Privatrechtstheorien, "linke", "liberale" und "konservative", zu begreifen versucht und als praktisch-politische Herausforderung verstanden. Sie sind allesamt ohnmächtig geblieben. Indessen: Auch das aus der konstitutionellen Monarchie überkommene klassisch-formalistische Rechtsdenken stand mit seinem "Privatrechtsbegriff" der neuen Wirklichkeit fassungslos gegenüber.

3. Kritik des vertragsrechtlichen Formalismus: Rechtsrealismus und Nationalsozialismus

Friedrich Kessler hat sich, wenn ich recht sehe, in die Auseinandersetzungen zwischen konservativen, autoritären, irrational-reaktionären, sozialstaatlich-sozialistischen und illusionären Projekten der Weimarer Republik nicht eingemischt. Aber die deutschen Kontroversen und Diskussionserfahrungen der Weimarer Republik mußten nachwirken, als er Deutschland verließ und sich dem amerikanischen Recht zuwandte. *Daß* er eine Neuorientierung suchte, ist schon aus seinen persönlichen Erfahrungen mit den neuen Verhältnissen⁴⁹ und aus den wirtschaftlichen Zwängen der Emigration erklärbar. *Wie* aber diese Neuorientierung des im Jahr der Emigration immerhin 32jährigen ausfiel, ist eine andere Frage: diese Frage erscheint mir als der faszinierendste Element seiner wissenschaftlichen Biographie.

In einer Art Typologie der Wissenschaftsemigration unterscheidet Lewis A. Coser⁵⁰ -- mit Franz Neumann -- drei Reaktionsmuster: (1) Den Bruch mit der eigenen wissenschaftli-

48 A.a.O. (Fn. 44), 240 i.V.m. 46.

49 Vgl. oben Fn. 27.

chen Vergangenheit zugunsten der Akkulturation; (2) Die Verteidigung der eigenen Kultur, die sich mit einer gleichsam missionarischen Haltung verbinden und/oder zur Isolation führen konnte; (3) die Bemühung um eine produktive Synthese des eigenen Erbes mit den neuen Erfahrungen. -- Findet Friedrich Kessler in dieser Typologie seinen Platz? Neumann und Coser stehen, wenn sie ihr drittes Muster auf die Rechtswissenschaftler beziehen, sicher unter dem Eindruck derjenigen, die -- wie Franz Neumann selbst, aber auch z.B. Ernst Fraenkel und Otto Kirchheimer -- in ihrer weiteren Arbeit am Recht das Fach wechselten und denen dabei ihre sozialwissenschaftliche-theoretische Vorbildung zu Hilfe kam.

Friedrich Kessler hat dies nicht getan. Er hat auch nicht auf seine spezifisch internationalrechtliche Qualifikationen im IPR und in der Rechtsvergleichung gesetzt, sondern sich auf das materielle Recht der USA eingelassen. Und dies geschah ausgerechnet in Yale. Dies war das Zentrum des Legal Realism und auch sonst ein besonderer Ort. Die Fakultät war, wie Laura Kalman berichtet⁵¹, zerstritten und umstritten. Im Angesicht der politischen Europaentwicklung man unter den Realisten nicht nur Marxismus, sondern auch Hitlerismus⁵². Über den neuen Instructor Friedrich Kessler und seine Haltung in jener Zeit erfährt man in den vielen Geschichten über den Realismus nicht viel⁵³. Kalman bemerkt, daß sein Kurs über

50 Refugee Scholars in America. Their Impact and Their Experiences, New Haven-London 1984, 12.

51 A.a.O. (Fn. 12), 120 ff.

52 L. Kalman, a.a.O., 121 mit Nachw. in Fn. 101 (267 f.); vgl. auch die bei J. Whitman, A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code, 97 Yale L.J. 156, 170 f. (1987) erwähnten Vorwürfe gegen K. Llewellyn. Eine Antwort auf den bei L. Kalman zitierten Jesuiten-Pater Lucey findet sich bei F. Kessler, Natural Law, 58.

53 Durchgesehen habe ich zur spezifischen Situation in Yale neben dem Buch von L. Kalman die "Rezension" von J. Singer, Legal Realism Now, 76 California L. Rev. 465 (1988), die Arbeiten von J. Schlegel,

"negotiable instruments" zwar der realistischen Richtung zugeordnet wurde, aber zu dem praxisnahen und bei den Studenten erfolgreichen Teil des Lehrangebots gehörte⁵⁴. Aber Anfang der 40er Jahre meldet sich Friedrich Kessler zweimal so zu Wort, daß über seine Schul-Identität keine Zweifel mehr aufkommen -- auf seine eigene Handschrift wird allerdings sogleich zurückzukommen sein⁵⁵. Und nach der Hochphase des New Deal, nach dem Ende des 2. Weltkriegs, nach dem Ausbruch des Kalten Krieges und dem damit verbundenen Umschwung der öffentlichen Meinung in Amerika⁵⁶, veröffentlicht er sein Casebook, dessen Ausrichtung offenbar niemanden überrascht hat⁵⁷.

Das Verständnis der Positionen Kesslers im amerikanischen Meinungsspektrum ist auch für sein Verhältnis zur Rechtswissenschaft in Deutschland bedeutsam. Aber der Interpretation dieser Beziehung muß notwendigerweise zunächst einmal eine Klärung der Frage vorausgehen, wovon er sich eigentlich distanziert hat. Bei dieser Frage geht es um das Verhältnis zu der im nationalso-

American Legal Realism and Empirical Social Science: From the Yale Experience, 28 Buffalo L. Rev. 459 (1979); American Legal Realism and Social Science: The Singular Case of Underhill Moore, 29 Buffalo L. Rev. 195 (1980); American Legal Theory and American Legal Education: A Snake Swallowing Its Tale, in: Ch. Joerges/ D. Trubek (eds.), Critical Legal Thought: An American-German Debate, Baden-Baden 1989, 49 ff.

54 A.a.O., 137.

55 Unten b).

56 "From *Undeutsch* to Un-American" -- so kennzeichnet A. Heilbut, *Exiled in Paradise. German Refugee Artists and Intellectuals in America from the 1930s to the Present*, Boston, Mass. 1983, 364 ff. die Auswirkungen dieses Stimmungswandels auf exponierte Emigranten. - Zur anti-zyklischen Entwicklung Yales vgl. L. Kalman, a.a.O. (Fn. 12), 145 ff.

57 Vgl. die Rezensionen von J. Dawson, 6 J. Legal Education 405 (1954) und von F. Schultz, 22 Chicago L. Rev. 290 (1954); vgl. zuvor schon Kesslers Besprechung von Corbins Vertragsrecht, 61 Yale L.J. 1092 (1952); das einleitende Kapitel "Contract as a Principle of Order" ist aus den Veranstaltungsmaterialien bereits abgedruckt bei M. Cohen/ F. Cohen, *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy*, Boston-Toronto 1951, 140 ff.

zialistischen Deutschland tonangebenden Doktrin und zu der daneben fortlebenden "zweiten Kultur".

a) *Friedrich Kessler und Karl Larenz*

Das politische System des Nationalsozialismus hat sich nicht systematisch auf philosophische oder sonstige theoretische Anleitungen verpflichtet. Es verfügt nicht über kanonisierte Schriften, in deren Exegese seine Anhänger eine vorgegebene Ideologie hätten entfalten können. Vielen Autoren, die sich bemühten, die geforderte Gesinnung unter Beweis zu stellen, ist anzumerken, wie sie im Dunkeln tappten und nichts besseres als eine hohle Phraseologie zu Papier bringen konnten. Aber dem Nationalsozialismus war durchaus daran gelegen, seine weltanschaulichen Grundlagen auszuweisen. Im Denken und in allen Bereichen der Erziehung und Ausbildung sollte sein Geist herrschen. Folglich war auch eine nationalsozialistische Rechtsphilosophie und ein nationalsozialistisches Rechtsdenken gefragt. Die Befriedigung dieser Nachfrage konnte nicht einheitlich-geschlossen ausfallen⁵⁸. Aber es gab doch einige feste Bezugspunkte: die völkische Idee, den damit zusammenhängenden Rasse-Gedanken, das Führerprinzip⁵⁹. Und es gab Theoretiker und Rechtsphilosophen, die umfassend angelegte, als Begründung der Neuen Ord-

58 Vgl. nur M. Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin 1984, 39 ff.; speziell zum Vertragsrecht vgl. B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, Tübingen 1968 (=Frankfurt a.M. 1973, 360 ff.); H.-J. Pflug, *Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, München 1986, 151 ff.; D. Hart in: *AK-BGB vor § 116 Rz. 78 ff.*; R. Schröder, *Zur Rechtsgeschäftslehre in nationalsozialistischer Zeit*, in: P. Salje (Hrsg.), *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*, Münster 1985, 8 ff.

59 Knapp und präzise H. Rottleuthner, *Substantieller Dezisionismus. Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus*, in: ders. (Hrsg.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus (ARSP Beiheft Nr. 18)*, Wiesbaden 1983, 20 ff.; J. Rückert, *Das "gesunde*

nung gemeinte Systeme entfalteten. Ihr prominentester und anspruchsvollster Protagonist war für das Privatrecht Karl Larenz. Es kann hier nicht darum gehen, den Larenzschen Beitrag anstelle der Vertragsrechtstheorie Kesslers zu würdigen⁶⁰. Aber eine Gegenüberstellung ist schon deshalb belangreich, weil sich beide, Kessler (und der Legal Realism im allgemeinen) wie Larenz (und der Nationalsozialismus im allgemeinen), gegen die Traditionen des formalistischen Vertragsrechts gewandt haben. Ausgangspunkte, Berührungspunkte, Unterschiede lassen sich knapp kennzeichnen -- als Drama in 5 Akten⁶¹:

(i) ENTSTEHUNG UND BEGRÜNDUNGSDEFIZITE

Larenz: Das moderne Vertragsrecht ist eine Produkt der "Aufklärung mit ihrer Fiktion des sich selbst genügenden einzelnen Individuums". Aber: Der Vertrag setzt ein "gegenseitiges Vertrauen" voraus, das nur in einem "bestehenden Gemeinschaftsverhältnis seine Wurzel finden kann" (Vertragsbegriff, 490). Diese Einsicht ist in der deutschrechtlichen Tradition lebendig geblieben (Gemeinschaftsgedanke, 356⁶²).

Volksempfinden" - eine Erbschaft Savignys?, *SavZ* (GA) 103 (1986), 199 ff., 231 ff.

- 60 Die genaueste und wichtigste Analyse liegt leider lediglich in italienischer Sprache vor: M. La Torre, La "Lotta contro il diritto soggettivo" -- Karl Larenz e la dottrina giuridica nazional-socialista, Mailand 1988; aus der deutschen Literatur vgl. zur rechtsphilosophischen und methodischen Grundlage vor allem M. Stolleis, a.a.O. (Fn. 58), 50 ff.; H. Rottleuthner, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Frankfurt a.M. 1973, 217 ff. und M. Frommel, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Ebelsbach 1981, 178 ff.; zur Vertragsrechtstheorie J. Schröder, a.a.O., bes. 17 ff.; zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen H.-J. Pflug, a.a.O. (Fn. 58), 147 ff.
- 61 Aus dem ungemein zahlreichen Schriften von Karl Larenz beziehe ich mich vor allem auf: Die Wandlung des Vertragsbegriffs, *Deutsches Recht* 5 (1935), 488 ff. (im Text: "Vertragsbegriff"); Der Gemeinschaftsgedanke in der deutschen Rechtsphilosophie, *Geist der Zeit* 19 (1941), 355 ff. ("Gemeinschaftsgedanke"). Für die Arbeiten Kesslers vgl. oben Fn. 1.
- 62 Näher ausgeführt z.B. in: *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, *AcP* 143 (1937), 257 ff., 268 ff.; *Sittlichkeit und Recht. Untersuchungen zur Geschichte des deutschen Rechtsdenkens und der Sittenlehre*,

Kessler: Das moderne Vertragsrecht entspricht der kapitalistischen Wirtschaftsrationalität (Adhesion, 629 f.). Die Vertragsfreiheit, die Überwindung von Statusverhältnissen, wird zugleich von den moralischen Überzeugungen des Liberalismus getragen (Natural Law, 45; Vertragsrecht, 71). Aber: Das Formalrecht hat sich real nie vollkommen durchgesetzt; das Vertragsrecht bewahrte Elemente einer materialen Rationalität (Vertragsrecht 67 f.).

(ii) SOZIALE KRITIK DER VERTRAGSFREIHEIT

Larenz: Die "liberalistisch verstandene Freiheit" hat zu Abhängigkeit und wirtschaftlicher Not geführt. "Die überraschende wirtschaftliche Stellung der Unternehmer als der Inhaber der Produktionsmittel" ermöglichte das Diktat der Arbeitsbedingungen. Die Vertragsfreiheit verkehrte sich aber auch mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in ihr Gegenteil; denn hier gibt es nur die Wahl, diese Bedingungen "anzuerkennen oder auf den Vertragsschluß überhaupt zu verzichten". In vielen Bereichen (Banken, Versicherungen, Spediteure) kann "von einem freien Aushandeln nicht wohl die Rede sein". Die Vertragsfreiheit bedeutet einen "leeren Schein", wenn "der eine Teil eine Monopolstellung innehat" (Vertragsbegriff, 488 f.).

Kessler: Vertragsfreiheit in den Arbeitsbedingungen ist in Wirtschaftskrisen gleichbedeutend mit der "Notlage breiter sozialer Schichten" (Vertragsrecht, 74). Die Standardisierung von Verträgen hat wirtschaftlich rationale Gründe. Aber die Bedingungen werden typischerweise von der stärkeren Partei gesetzt. Sie lassen der schwächeren Partei keine Wahl, wenn und weil der Verwender eine Monopolstellung inne hat oder alle Wettbewerber die gleichen Bedingungen verwenden; "they are à prendre ou à laisser" (Adhesion, 632). Durch ungleiche Eigentumsverhältnisse wird die Vertragsfreiheit zu einem "einseitigen Vorrecht" (Vertragsrecht, 74). "Freedom of contract enables enterprises to legislate by contract and, what is even more important, to legislate in a substantially authoritarian manner. Standard contracts in particular could thus become effective instruments in the hands of powerful industrial and commercial overlords enabling them to impose a new feudal order of their own making upon a vast host of vassals" (Adhesion, 640).

in: K. Larenz (Hrsg.), Reich und Recht in der deutschen Philosophie, Bd. 1., Stuttgart 1943, 169 ff.

(iii) REAKTIONEN DES RECHTSSYSTEMS

Larenz: Die mit der Vertragsfreiheit in den Arbeitsbeziehungen einhergehenden Mißstände wurden durch kollektive Verhandlungs- und Kampfformen abgelöst. Aber dieses System führte durch die "Uebersteigerung des Gruppenegoismus zur Zerrüttung der Wirtschaft und gefährdete den Bestand der Volksgemeinschaft". Deshalb ersetzte es der Nationalsozialismus durch ein System staatlich festgelegter oder doch kontrollierter Bedingungen (Vertragsbegriff, 488). Im Arbeitsverhältnis selbst erkennen wir "eine gegenseitige Treupflicht, eine Fürsorgepflicht des Unternehmers und eine Treupflicht des Gefolgsmannes an" (Gemeinschaftsgedanke, 356).

Im übrigen entwickelte sich, verstärkt schon im 1. Weltkrieg, für bestimmte Unternehmen und im Mietrecht das Mittel des Kontrahierungszwangs und die "diktierten Verträge". "*Was ursprünglich nichts als ein Mittel war, um einem Mißbrauch der dabei grundsätzlich als bestehend angenommenen Vertragsfreiheit entgegenzutreten, das ist unter der nationalsozialistischen Führung ... zu einem Mittel sachgerechter Ordnung des Gemeinschaftslebens geworden...*" (Vertragsbegriff, 489). Den gegenseitigen Treupflichten im Arbeitsverhältnis entsprechen Pflichten "zu gegenseitiger Rücksichtnahme und zu einträchtigem Zusammenwirken". "Aus den «Vertragsgegnern» werden «Vertragsgenossen» (Gemeinschaftsgedanke, 356).

Kessler: In den Arbeitsbeziehungen wurde der Individualvertrag durch Massenverträge ersetzt, die mit den Gewerkschaften ausgehandelt werden müssen (Vertragsrecht, 76 f.). Gesetzliche Regelungen oder behördliche Kontrollen bestimmen den Inhalt vieler vertraglicher Bedingungen (z.B. Versicherungsrecht, im Mietrecht) (Vertragsrecht, 77). So haben sich zwei konträre Prinzipien, "das der individuellen Freiheit und das des Zwanges ..., Gebiete erobert, in denen (sie) fast unbestritten (herrschen). Zwischen diesen beiden Reichen aber liegen unzählige Grenzgebiete ... Beide Prinzipien sind hier am Werke, entweder als Strömung oder als Gegenströmung ... (Vertragsrecht, 68). "But apparently, the realization of the deepgoing antinomies is too painful an experience to be permitted to raise to the full level of our consciousness ... As a result, our common law of standardized contracts is highly contradictory and confusing" (Adhesion, 633). "The elasticity of the common law, with

rule and counter-rule constantly competing, makes it possible for courts to follow the dictates of «social desirability» (Adhesion, 638).

(iv) DIE LEGITIMITÄT DER VERTRAGSFREIHEIT UND DEREN GRENZEN

Larenz: "Der Nationalsozialismus schaltet den Willen, die Initiative des einzelnen Volksgenossen nicht aus; er fordert von ihm Verantwortung und muß ihm daher auch ein gewisses Maß von pflichtgebundener, echter Bestimmungsfreiheit gewähren". Aber diese Einschränkungen "*müssen als Folgen der dem Vertrage unter Volksgenossen von vornherein innewohnenden Gemeinschaftsbezogenheit und der dadurch gegebenen Relativität der Bestimmungsfreiheit verstanden werden*". Der Vertrag bedeutet die Betätigung "einer den Volksgenossen im Rahmen der Gesamtordnung eingeräumten und je nach den Notwendigkeiten des Volkslebens mehr oder weniger weit gefaßten Bestimmungsfreiheit, die niemals anders als im Einklang mit der völkischen Ordnung ausgeübt werden kann (Vertragsbegriff, 491).

Kessler: Es entspricht der Rationalität des kapitalistischen Marktsystems, "to delegate legislation to the contracting parties" (Adhesion, 629; vgl. Vertragsrecht 70 f.). Das Prinzip der Vertragsfreiheit ist letzten Endes "ein Ausdruck des Gebots der freien Selbstbestimmung und der Verantwortlichkeit des Individuums für die Gestaltung seines eigenen Schicksals" (Vertragsrecht, 71). Aber "auf großen Gebieten unseres sozialen und ökonomischen Lebens (ist) der Vertrag nicht mehr eine private Angelegenheit, sondern eine "*soziale Institution*", die nicht nur die Interessen der beiden Vertragsparteien betrifft ...*Kontrolle durch die Gesellschaft* ist ein ganz wesentlicher Teil des Vertragsrechts geworden ..." (Vertragsrecht, 78).

(v) DAS RICHTIGE VERTRAGSRECHT UND SEINE VERWIRKLICHUNG

Larenz: Die "vertragliche Regelung muß sich, um rechtsgültig zu sein ... als Konkretisierung und Weiterverwirklichung der völkischen Ordnung darstellen. Die «völkische Ordnung» darf dabei nicht als ein starres und festes Normengefüge vorgestellt werden. Sie enthält zunächst nur die Richtlinien, die dauernd der näheren Ausgestaltung und Ausführung bedürfen, in der sich erst die Ordnung als konkrete Lebensform verwirklicht. Die eigene Willensbestim-

mung der Vertragsschließenden ... ist nur der zweite Faktor neben der in erster Linie maßgebenden Bestimmung durch den Gemeinschaftswillen, der ebenso im Gesetz wie in der Anordnung des Treuhänders der Arbeit z.B. oder des Beauftragten des Reichsernährungsministers wirksam sein kann" (Vertragsbegriff, 490)⁶³. "Es handelt sich heute nicht mehr um bloße Einschränkungen der Vertragsfreiheit oder des Geltungsbereichs der normalen Vertragsgrundsätze, sondern um eine *Wandlung des Vertragsbegriffs*⁶⁴ selbst" (Vertragsbegriff, 489). Eben diese "völlige gegenseitige Durchdringung und konkrete Einheit des Einzelnen und des Ganzen", des Einzelwillens und des Gemeinwillens, der Gesinnung der Volksgenossen und der objektiven Ordnung" konstituiert die "objektive Sittlichkeit" des Rechts (Gemeinschaftsgedanke, 359 f.). Es ist dabei nicht jede beliebige Anordnung, die Recht schafft, "sondern nur der Wille eines Gesetzgebers, der die Rechtsidee eines Volkes als die Substanz seines eigenen Denkens und Wollens in sich trägt"⁶⁵.

Kessler: Die realistische Kritik an der "analytical jurisprudence has made us realize that preoccupation with efforts at making the law consistent and predictable (at a high level of abstraction) may afford an easy escape from a more important task: namely, of constantly testing out the desirability, efficiency and fairness of inherited legal rules and institutions in terms of the present needs of society. Legal realism

-
- 63 Vgl. als insoweit durchaus kongeniale Fortschreibung W. Schmidt-Rimpler, Vom System des Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrechts, (1937), in: W. Schubert (Hrsg.), Volksgesetzbuch. Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien, Berlin-New-York 1988, 409 ff., 415: "Systemglieder des alten Systems, wie Vertrag, Zugehörigkeitsrechte, Gesellschaften usw." bestünden durchaus fort. Das Neue aber liege "darin, daß der Einzelne von der Gemeinschaft als Glied eingesetzt «wird», sei es durch den Staat, sei es durch andere Instanzen der Gemeinschaft, insbes. der Selbstverwaltung, die bei dem Einsatz von dem Gesichtspunkt der Eingliederung in die Gemeinschaft ausgehen".
- 64 Verstanden als konkret-allgemeiner Begriff, wie dies K. Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, 43 ff. und auch in seiner Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960, 105, 353 ff. erläutert; vgl. dazu M. Frommel, a.a.O. (Fn. 60), 136 ff.
- 65 K. Larenz, Volksgeist und Recht. Zur Revision der Rechtsanschauung der historischen Schule, Zs. f. Deutsche Kulturphilosophie 1 (1935), 40 ff., 57.

has given us a deeper understanding of the judicial process and of the art of government ... It is not the «rule of law» as such which guarantees liberty but only the rule of law within the larger framework of a liberal democracy full of strength and vitality" (Natural Law, 53).

"Jenseits von Naturrecht und Positivismus" hat Karl Larenz korrekt und selbstbewußt seine Rechtsphilosophie als die "eigentlich deutsche" Position verortet⁶⁶. Wo steht Friedrich Kessler?

b) *Deutsche Erfahrungen und Legal Realism*

Sein Konzept des Vertragsrechts ist zunächst einmal eine Antithese zum nationalsozialistischen Rechtsdenken: Kesslers Zugang zum liberalen Recht, bei dem er sich auf die englische Sozialphilosophie, auf Maine und Max Weber stützt, hat mit dem Wirklichkeitsbegriff des objektiven Idealismus und dem organistischen Gesellschaftsbild Larenz' nichts zu tun; die Analyse rechtlicher Entwicklungen und ihrer Widersprüchlichkeit steht gegen ein substantialistisches Rechtsdenken, das die Einheit alles Normativen postuliert, ohne sich dabei Grenzen aufzuerlegen und an Regeln zu binden; die Konfliktlösungen im demokratisch verfaßten Rechtsstaat, die in geordneten Verfahren und in der Bindung an Kompetenznormen erreicht werden, haben eine andere Legitimität als jene sittliche Totalität des völkischen Rechtsdenkens, die im Zweifelsfall der Führerwille⁶⁷ herstellt⁶⁸.

66 Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Aufl., Berlin 1935, 150.

67 Treffend deshalb die Qualifikation des nationalsozialistischen Rechtsdenkens mit dem Paradoxon vom "substantiellen Dezisionismus" durch H. Rottleuthner, a.a.O. (Fn. 59), 29 f.

68 Vgl. in diesem Kontext die Auseinandersetzung F. Kesslers mit der Tradition des objektiven Idealismus seit Plato, Natural Law, 35 ff.

Aber ist Kessler nicht wenigstens ein Erbe und Gesprächspartner der zweiten, vom Nationalsozialismus nur unterdrückten, aber nicht etwa eliminierten deutschen Rechtskultur? Gerade zu den "adhesion contracts" hatte sich bereits in der Weimarer Republik eine recht intensive Diskussion entwickelt. Gewiß konzentrierte man sich vor allem auf die Problematik der Rechtsqualität der durch Allgemeine Geschäftsbedingungen geschaffenen "Ordnungen". Aber ebensowenig, wie man in den Kartellverträgen einen illegitimen Gebrauch der Vertragsfreiheit sah⁶⁹, fand man vertragsrechtliche Ansatzpunkte zur inhaltlichen Kontrolle des Gebrauchs der Vertragsfreiheit⁷⁰. Immerhin: Schon Anfang der zwanziger Jahre hatte O. Schreiber Allgemeine Geschäftsbedingungen als einseitige, von wirtschaftlicher Macht getragene Produkte qualifiziert⁷¹; diese Ansätze wurden Anfang der dreißiger Jahre weitergeführt⁷², und im Jahre 1933 legte Ludwig Raiser seine berühmt gewordene Habilitationsschrift über "Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen" vor⁷³, die Friedrich Kessler, wenn auch mit falschem Erscheinungsdatum⁷⁴, als einzigen zeitgenössischen deutschen Beitrag erwähnt.

69 Vgl. D. Hart in: AK-BGB vor § 116 Rz. 116 ff., 49; K.W. Nörr, a.a.O. (Fn. 44), 141 ff. m.w.Nachw.

70 Vgl. H.-J. Pflug, a.a.O. (Fn. 58), 119 ff. Zur Rechtsprechung des RG vgl. H.-J. Pflug, a.a.O. 94 ff. sowie D. Hart, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Justizsystem, Kronberg/Ts. 1975, 13 ff., 22 ff.; zum 19. Jh. vgl. R. Ogorek, Privatautonomie unter Justizkontrolle. Zur Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts (1870-1879), ZHR 150 (1986), 87 ff.

71 O. Schreiber, Handelsbräuche, Mannheim-Berlin-Leipzig 1922.

72 Nachw. bei H.-J. Pflug, a.a.O., 117 f., 153 f.; K.W. Nörr, a.a.O., 54.

73 Raisers Ernennung zum Dozenten wurde ministeriell abgelehnt; das Buch erschien jedoch: Hamburg 1935; eine eindringliche Analyse der vertragsrechtlichen Grundlagen findet sich bei H.-J. Pflug, a.a.O., 117 ff. K. Larenz hat sich deutlich distanziert: Vertragsbegriff, a.a.O. (Fn. 61), 489, Fn. 5; 490, Fn. 6.

74 Contracts of Adhesion, 631, Fn. 7.

Jutta Klapisch⁷⁵ hat sorgfältig recherchiert und dokumentiert, welche Topoi aus den deutschen und kontinentaleuropäischen Beiträgen zum Recht der "adhesion contracts" sich, teils direkt, teils vermittelt über rechtsvergleichende Arbeiten oder deren Rezensionen, in der amerikanischen Literatur nachweisen lassen. Sie bemerkt allerdings, daß gerade Friedrich Kesslers bahnbrechende Frühschrift zahlreiche amerikanische Vorläufer hat⁷⁶. Ist womöglich nicht Friedrich Kessler, sondern Karl N. Llewellyn der wirkliche Pionier des amerikanischen Umdenkens gewesen⁷⁷? Und verdankt dieser seine innovatorischen Impulse tatsächlich seinen Wanderungen zwischen den zwei Welten⁷⁸?

Parallelen, Kontinuitäten, Rezeptionen -- all dies gibt es sicherlich. Ist Friedrich Kesslers Vertragsrecht deshalb ein deutsches Erbstück? Kessler hatte bei der Entwicklung seiner Positionen in der deutschen Rechtswissenschaft keinen Gesprächspartner. Selbst die kritische Diskussion mit dem Rechtsrealismus blieb -- trotz Karl Llewellyns Präjudizienrecht und Rechtsprechnung in Amerika⁷⁹ und eines erinnerungswürdigen Beitrags von Angèle Auburtin⁸⁰ -- den Emigranten vorbehalten⁸¹. Als Realist aber hat Friedrich Kessler sich durch sein analytisches Verfahren und seine Argumentation ausgewiesen.

75 A.a.O. (Fn. 13), 30 ff.

76 A.a.O., 58, 47 ff.

77 So J. Clutterbuck Karl Llewellyn and the Intellectual Foundations of Enterprise Liability Theory, 97 Yale L. J. 1131, 1142 ff. (1988) gegen namentlich G. Priest, The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law, 14 J. Legal Studies 461 (1985).

78 Dazu J. Whitman, a.a.O. (Fn. 52).

79 Leipzig 1933.

80 Amerikanische Rechtsauffassung und die neueren amerikanischen Theorien der Rechtssoziologie und des Rechtsrealismus, ZaöRV 3 (1932/33), 529 ff.

81 Vgl. H. Kantorowicz, Some Rationalism about Realism, 43 Yale L.J. 1239 (1934); F. Morstein-Marx, Juristischer Realismus in den Vereinigten Staaten von Amerika, Revue Internationale de la Théorie du

So wurden⁸² und werden⁸³ seine Arbeiten wahrgenommen. Allerdings zeigen sie eine eigene Handschrift: Kritischer Realist ist Friedrich Kessler in seinem Umgang mit Rechtstexten und Doktrinen -- so sehr, daß die Nachfahren des Legal Realism im Critical Studies Movement sich mit ihrem Theorem von der Unbestimmtheit und Widersprüchlichkeit des Rechts mit guten Gründen auf Kessler berufen können⁸⁴. Aber von den szientifisch-sozialwissenschaftlichen Realisten der 1. Generation unterscheidet er sich durch den Ernst seiner Arbeit an und mit den normativen Gehalten des rechtlichen Materials⁸⁵; von dem rechtssoziologischen-kritischen Empirismus eines Stewart Macaulay trennt ihn sein dezidiertes Interesse für die "grand theory" der klassischen Sozialphilosophie⁸⁶. Von den sozialkritischen Ansätzen im Critical Studies Movement⁸⁷ setzt er sich durch sein Vertrauen in die Institutionen Amerikas ab. Von dem methodologischen Radikalismus und Wertskeptizismus dieser

Droit 10 (1936), 28 ff.; vgl auch die Rezension von Llewellyns Monographie durch S. Kraus, 43 Yale L.J. 516 (1934).

82 Vgl. die oben Fn. 57 genannten Rezensionen.

83 Vgl. L. Kalman, a.a.O. (Fn. 12), 190 f.

84 Vgl. K. Klare, Contracts, Jurisprudence and the First-Year Casebook, 54 New York U.L. Rev. 876, 885 ff. (1979); C. Dalton, An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine, 94 Yale L.J. 999, 1004, 1010, 1013 1015, 1023, 1040, 1089, und öfter (1985); J. Feinmann, Critical Approaches to Contract Law, 30 U.C.L.A. L. Rev., 829, 834-36, 848 f. (1983).-- Zuweilen reichen die Verwandtschaften bis in die, etwa von Duncan Kennedy gebrauchte, Terminologie; vgl. D. Kennedy, Form and Substance in Private Law Adjudication, 89 Harvard L. Rev. 1685, 1713 ff. (1976) und die Verweise in Fn. 30, 1696; Fn. 60, 1706; Fn. 83, 1721; vgl. auch ders., Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, 41 Maryland L. Rev. 563, bes. 635 f. (1982). Zuweilen passen einfach die Definitionen eines kritischen Realismus exakt; vgl. J. Singer, a.a.O. (Fn. 53), 473.

85 Vgl. G. Gilmore, Friedrich Kessler, 84 Yale L.J. 672, 674 f., 680 f. (1975).

86 Vgl. die Würdigung Kesslers in den "Wisconsin Contract Materials", Madison, WI 1984, Bd. 1, 28 f sowie bei L. Friedman/ St. Macaulay, Contract Law and Contract Teaching: Past, Present, and Future, Wisconsin L.Rev. 1967, 805, 807 f.

Bewegung unterscheidet er sich durch die Verankerung seiner Kritik in den moralischen Traditionen der liberalen Demokratie.

Gehört aber nicht Kessler einfach zu der durch den New Deal geprägten Generation sozialreformerisch engagierter Pragmatiker? Praktisch-"politisch" vielleicht, methodisch kaum. Und jedenfalls gehen seine Anliegen hierin nicht auf.

George Priest⁸⁸ hat -- in distanziert-kritischer Absicht -- die Passagen Revue passieren lassen, in denen Kessler in seinen frühen Schriften die Gefährdungen der politischen Demokratie durch die substantiell faschistischen Herrschaftsformen einer unkontrolliert vermachteten Wirtschaft beschwört. In der Tat: Friedrich Kessler hat in diesen Arbeiten politisch-existenzielle Grunderfahrungen seiner Generation angesprochen. In der kurzen Zeit zwischen den beiden Weltkriegen war Deutschland von sozialen und wirtschaftlichen Krisen heimgesucht worden und die Vereinigten Staaten von der Großen Depression. Die politische Demarkationslinie zwischen Totalitarismus und Demokratie, die Deutschland und die USA trennte, mußte sich für Friedrich Kessler als rechtstheoretische und praktische Frage stellen. Für ein demokratisches Gemeinwesen -- dies hatte die Geschichte demonstriert -- ist die Bewältigung des sozialen Konfliktstoffes eine Überlebensfrage; ein Rechtssystem, das von den sozialen Erfahrungen der Menschen abstrahiert, das die Unterschiede zwischen Recht und Moral als systematische Abstraktion von den Gerechtigkeitsvorstellungen und Rechtsansprüchen der Bürger institutionalisiert, verwirkt seine soziale Legitimation, auf die es doch praktisch angewiesen ist⁸⁹. Bei Kesslers Auseinandersetzung mit den rechtstheoretischen Grundpositionen seiner Zeit geht es immer auch um eine Rekonstruktion von Versäumnissen

87 Vgl. K. Klare, a.a.O. (Fn. 84), 886 f.

88 A.a.O. (Fn. 77), 484 ff.

und Möglichkeiten. Der objektive Idealismus und der Positivismus werden deshalb nicht einfach im Namen einer überlegenen theoretischen Position kritisiert; ebenso wichtig nimmt Kessler die Frage, welche gesellschaftspolitischen Optionen sich im Kontext einer bestimmten Sozialphilosophie herausgebildet haben oder propagiert werden könnten.

Am wichtigsten sind ihm die Verbindungen zwischen der klassischen britischen Sozialphilosophie und dem Positivismus als rechts- und staatsrechtlicher Position. Kessler verwahrt sich gegen die Stilisierung des minimalistischen Rechtsstaats zur notwendigen Bedingung einer freiheitlichen Verfassung⁹⁰. Er bringt stattdessen den Utilitarismus des frühen Bentham in Erinnerung, der das positive Recht an seinem sozialen Nutzen messen wollte und sich dennoch durch seinen Individualismus gegen die -- wie immer wohlgemeinten -- autoritären Neigungen des objektiven Idealismus abhob⁹¹. Genau diese Intention, die *Verbindung* von Freiheit und Wohlfahrt⁹², von wirtschaftlicher Freiheit, sozialer Gerechtigkeit und Demokratie, möchte Kessler mit seiner Kritik am Formalismus aufgreifen. Deshalb wendet er sich gegen eine Instrumentalisierung rechtsstaatlicher Garantien zu Lasten sozialregulativer Kompetenzen⁹³, polemisiert gegen ein formalistisches Verständnis der Vertragsfreiheit und optiert für einen sozialreformerischen Realismus, der die überkommenen Regeln und Institutionen an den gesellschaftlichen Bedürfnissen der Gegenwart und ihren Vorstellungen über Effektivität und Fairness mißt⁹⁴. Der Bruch mit der Tradition des rechtsstaatlich-staatsrechtlichen Positivismus, der in dieser Wendung liegt, ist

89 Vgl. F. Kessler, *Natural Law*, 56.

90 A.a.O., 40.

91 A.a.O., 46 ff., vgl. 38.

92 A.a.O., 54.

93 *Vertragsrecht*, 75 f.

eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für den Schutz der demokratischen Institutionen. Die Überwindung des Formalismus durch die soziale Demokratie muß im Respekt vor unveräußerlichen Rechten und in der Kraft moralischer Traditionen Halt finden⁹⁵ -- hier liegt die Demarkationslinie zwischen den Vereinigten Staaten und Deutschland.

Wenn es richtig ist, daß Friedrich Kessler sich in der Grundlegung seines Vertragsrechts immer auch mit der Situation in Deutschland auseinandergesetzt hat, daß ihm jene wechselseitige Destruktion von sozialstaatlicher Demokratie und freiheitlicher Industriegesellschaft vor Augen stand, an der Weimar gescheitert ist, dann gehört er zu eben doch zu jener Kategorie von Emigranten, die mitgebrachte und neue Erfahrungen synthetisierten, die wir nicht den beiden deutschen Traditionen, aber einer dritten, eben in der Emigration begründeten Kultur zuordnen müssen⁹⁶.

III. Brüche und Ungleichzeitigkeiten

So einfach waren allerdings die Verhältnisse im Nachkriegsdeutschland nicht, daß nun die "zweite Kultur" mit der "dritten", in der Emigration entstandenen Rechtskultur in Verbin-

94 Natural Law, 52.

95 A.a.O., 54 ff.

96 Eine indirekte Bestätigung dieser These findet sich in einer Fußnote von R. Gordons Besprechung von G. Gilmores *The Death of Contract* (1974): "Professor Kessler, incidentally, is very difficult to put down with any clarifying label ... This article (*Culpa in contrahendo*) and his casebook set him among the Case Law Realists, his studies of automobile dealer franchises and contracts of adhesion among the Behavioural Realists. He also has a comparative law breadth and a philosophical and social-theoretical depth, unusual in academic lawyers of any school" (*Wisconsin L. Rev.*, 1974, 1216, 1221 Fn. 27).

dung hätte treten können, um mit der "ersten" ins intellektuelle Gericht zu gehen und diese abzulösen. Am Beispiel des Beitrags zum Vertragsrecht in der Festschrift für Martin Wolff, der kurz vor der 1. Auflage des Casebooks erschien: Wer sollte eine soziale Kritik des vertragsrechtlichen Formalismus, den Nachweis von Widersprüchlichkeiten im jenseits des Atlantiks geltenden Recht, die Kritik dogmatischer Systembildungen, die Anforderung an die Gerichte, ihre Positionen zu Fragen der "social policy and justice" zu artikulieren und zu begründen, aufnehmen und weiterführen?

1. Rückbesinnungen

Der Privatrechtswissenschaft stellte sich in Deutschland nach dem Zusammenbruch des Dritten Reiches die doppelte Aufgabe, ihre eigene Verstrickung in dessen Geschichte wahrzunehmen und sich neu zu orientieren. Dem ersten Teil dieser Aufgabe, also der Auseinandersetzung mit ihrem "erfreulicherweise nur sehr kleinen nationalsozialistischen Flügel"⁹⁷, zeigte sie sich kaum gewachsen. Die Wahrnehmung der eigenen Verstrickung und deren Abstufungen waren offenbar derart schmerzhaft oder schlicht unangenehm, daß sie zunächst einmal nur verschlüsselt zur Sprache kamen und auch die Unbelasteten sich zurückhielten⁹⁸.

97 So G. Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 1. Abteilung, Tübingen 1951, 214; Genaueres bei H. Seier, Die Hochschullehrerschaft im Dritten Reich, in: K. Schwabe (Hrsg.), Deutsche Hochschullehrer als Elite, Boppard a.Rh. 1988, 247 ff.

98 Vgl. z.B. L. Raiser, Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht (Göttinger Antrittsvorlesung von 1946), ZHR 111 (1948), 75 ff.; J. Esser, Über Wissen und Glauben im Kampf um das Rechtsgesetz, FS Boehmer, Bonn 1954, 9 ff. Aufschlußreich die von K. Michaelis jetzt (Der Staat 1991, 81 ff.) veröffentlichte "Denkschrift der Leipziger Juristenfakultät" aus d.J. 1945; vgl. demgegenüber oben Fn. 28 a.E.

Ein Brückenschlag zum zweiten Teil der anstehenden Aufgaben gelang Gustav Radbruch⁹⁹ mit seiner gewiß redlich gemeinten These von der Schuld des Positivismus am Versagen gegenüber dem Nationalsozialismus. Diese These verzerrte die Geschichte¹⁰⁰. Sie tat dem Positivismus Unrecht¹⁰¹ und nahm den systematischen Stellenwert des Anti-Positivismus im nationalsozialistischen Rechtsdenkens nicht zur Kenntnis. Für die Vorbereitung auf die praktischen Probleme des Privatrechts im demokratischen Verfassungsstaat war sie ohnehin unzulänglich. Gerade deshalb förderte sie, was ohnehin anstand: Die Rückbesinnung auf diejenigen Traditionen, die der deutschen Rechtswissenschaft noch als ihr "gutes Recht" verfügbar waren. Dazu zählten dank der Säuberungsaktionen des Nationalsozialismus *nicht* die sozialkritischen Ansätze der soziologischen Jurisprudenz, die Rechtssoziologie, die freirechtliche Methodologie -- man kann auch sagen: die deutschen Verwandten des amerikanischen Realismus. Verfügbar war vor allem die Privatrechtskonzeption des 19. Jahrhunderts, ein teils im Savignyschen Sinne historischer, teils formalistischer Denkstil, der sich gerade deshalb unangefochten fühlen konnte, weil er auf der Eigenständigkeit des Rechts gegenüber politisch-sozialen Ansprüchen und gesellschaftspolitischen Auseinandersetzungen beharrte¹⁰².

99 Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristen-Zeitung 1946, 105 ff.

100 Dies ist mittlerweile kaum noch bestreitbar; vgl. M. Walther, Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im "Dritten Reich" wehrlos gemacht? Zur Analyse und Kritik der Radbruch-These, in: R. Dreier/ W. Sellert, a.a.O. (Fn. 30), 323 ff.

101 Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der überzeugte Demokrat Hans Kelsen eine seinen praktischpolitischen Anliegen entsprechende Theorie entwickelt hatte.

102 Andere Töne schlug J. Esser im Vorwort seines "Schuldrechts" an (1. Auflage, Karlsruhe 1949, VII): "Läßt es sich noch rechtfertigen, das herkömmliche System des Obligationenrechts zu tradieren in einer Zeit des Überwucherns von Vertrag und freiem Rechtsverkehr durch Verwaltungseingriffe und -bindungen aller Art? Was soll noch in der Praxis der Systemlosigkeit ein System -- außer für den «Lehrbetrieb»?"; vgl. auch J. Essers Klagen über die Praxis der Juristenausbildung: 100 Jahre Anklagezustand über die Jurisprudenz. Zum Gedächtnis Julius H.

Erneuern ließ sich auch die von Ernst Rabel begründete und mit ihm verbundene Tradition der Rechtsvergleichung. Anknüpfen konnte man auch an die schon in den frühen 30er Jahren von Franz Böhm vorgelegten Diagnosen und Konzepte¹⁰³, und an die teils in Deutschland, teils in der Emigration entwickelte Wirtschaftstheorie der Freiburger Schule¹⁰⁴. Die ordoliberalen Interpretation des Privatrechts als Kernstück einer freiheitlich-rechtsstaatlichen Gesellschaftsverfassung wurde rasch zur theoretisch und praktisch einflußreichsten nicht-positivistischen Schule der neuen deutschen Privatrechtstheorie.

All dies¹⁰⁵ hat den Umgang der deutschen Rechtswissenschaft mit der eigenen Tradition und ihre Neuausrichtung nachhaltig geprägt. Sowohl der Ordoliberalismus als auch die Erneuerungen der Privatrechtstheorie des 19. Jahrhunderts konnten den Nationalsozialismus als Angriff auf den rechtsstaatlichen Liberalismus kennzeichnen und so als "Entartung" deutscher Traditionen brandmarken. Der Bedrohung des "*Geltungsbereichs* des Privatrechts" durch das öffentliche Recht und seiner "Entindividualisierung" durch die Einschränkung von Entscheidungsfreiheiten, so schrieb Walter Hallstein im Jahre 1946¹⁰⁶,

von Kirchmanns (147), in ders., Wege der Rechtsgewinnung, Tübingen 1990, 265 ff., 275 f. Im Gegensatz zu Kessler bejahte Esser diese Fragen und seine 1. Auflage steht Williston näher als Corbin.

103 Vgl. R. Wiethölter, a.a.O. (Fn. 44), 226 ff.

104 Vgl. dazu Ch. Kruse, Die Volkswirtschaftslehre im Nationalsozialismus, Freiburg i. Br. 1988, 60 ff.; zu W. Röpke vgl. D. Haselbach, Staat und Markt. Zur intellektuellen Biographie Wilhelm Röpkes, Exilforschung 6 (1988) 123 ff. sowie A. Nicholls, The Other Germany -- The "Neo-Liberals", in: R. Bullen u.a., Ideas into Politics. Aspects of European History 1880-1950, London-Sydney 1984, 164 ff.

105 Und natürlich der Umstand, daß "dieses korrupte und verbrecherische System" (der Nationalsozialismus) "auf nahezu einem Drittel des deutschen Volksraumes durch ein anderes abgelöst...", daß "dem leidenden Volke von einer aus politischen Abenteurern und fremdhörigen Volksverrätern, fanatischen Ideologen und entwurzelten Literaten zusammengesetzten «volksdemokratischen» «Staatsgewalt» aufgezwungen" worden war (G. Boehmer, a.a.O., Fn. 97), 151.

gelte es jetzt zu begegnen. Das Privatrecht sei, so heißt es bei Knut Nörr im Jahre 1988, in der Weimarer Zeit durch staatsinterventionistische Instrumentalisierungen "von außen" und durch freiheitsbeschränkende Instrumentalisierungen "von innen" in Frage gestellt, durch den Bruch mit dem Rechtsstaat im Jahre 1933 aber vollends aus den Angeln gehoben worden¹⁰⁷. In der Auseinandersetzung mit der juristischen Methodenlehre finden sich ähnliche Deutungsmuster. Der freirechtlichen Kritik am Formalismus, die im Zeitpunkt ihrer Entstehung auf die schöpferischen Richter als Träger der Rechtsfortbildung setzte, wurden, weil sie diese Kritik äußerte, ohne sie durch ein konstruktives Gegenmodell ersetzen zu können, "Berührungspunkte mit dem Nationalsozialismus" attestiert¹⁰⁸. Otto Behrends urteilt noch strenger: Die wissenschaftlich "unreifen Schwärmereien" eines Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz, in neukantianischer Mäßigung aber auch Gustav Radbruchs, sollen der anti-legalistischen Seite des Nationalsozialismus den Weg bereitet haben und

106 Wiederherstellung des Privatrechts, SJZ 1946, 1 ff., 2.

107 K.W. Nörr, a.a.O. (Fn. 44), 13 ff, 242 f. Es war ausgerechnet ein vor 1945 prominenter, aber nachdenklicher und nach 1945 weiterdenkender Historiker und Theoretiker, nämlich Franz Wieacker, der diesen Antagonismus neu aufzulösen versuchte. Man denke nicht mehr daran, so heißt es in "Das Sozialmodell der klassischen Privatgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft", Karlsruhe 1953, "die Privatrechtsordnung ihrem ursprünglichen Sinn gemäß als ein Aggregat von subjektiven Rechten" zu begreifen. Diese Bilanz sei "so gut wie gar nicht durch kollektivistische, politische oder sozialistische Ideologien beeinflusst oder gar erzwungen worden..." (a.a.O., 20). Allerdings: Wieacker sucht den "eigentlichen Nomos" (20), das "Ethos" der neuen Wirklichkeit in ausdrücklicher Anknüpfung an O. v. Gierke im Genossenschaftlichem, in der Verbundenheit der Rechtsgenossen, die sich durch "vorgegebene gemeinsame Aufgaben" herstellt (25) und betont, daß eine Analyse "von den vielverhandelten Auseinandersetzungen um Soziale Marktwirtschaft und zentral geleitete Wirtschaft kategorial unabhängig" sei (30 Fn. 36). Vgl. demgegenüber z.B. besonders Kesslers Besprechung von Corbin, a.a.O. (Fn. 57). 1095 ff.

108 B. Rüthers, Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, München 1988, 206.

seien dann -- ausgerechnet -- von Carl Schmitt vollendet worden¹⁰⁹.

Wenn die Transformation des Privatrechtssystems in der Weimarer Zeit bloß als Verfallsprozeß gedeutet und die NS-Epoche einfach zum "rechtsleeren Raum" erklärt wird, wenn man in der Auseinandersetzung mit dem methodischen Skeptizismus des Freirechts lediglich wahrnimmt, daß dieses die inhaltliche Verankerung in der rechtsstaatlichen Gesetzesbindung klassischer Prägung verloren hatte, dann gerät man in eine verquere Frontstellung: Dann gehören diejenigen zu den Gerechten, die sich von ihrer nationalsozialistischen Vergangenheit abgewandt und auf die formalistische Tradition zurückbesonnen haben, während eine Wiederaufnahme der im Jahre 1933 abgebrochenen Fragestellungen, die mit der neuen Übersichtlichkeit unverträglich erscheinen, in eine "objektive" Nähe zur nationalsozialistischen Rechtstradition gerückt wird¹¹⁰. Dann bleiben ausgerechnet die Exponenten jener "dritten Kultur", die sich am entschiedensten

109 O. Behrends, Von der Freirechtsschule zum konkreten Ordnungsdenken, in: R. Dreier/ W. Sellert, a.a.O. (Fn. 30), 34 ff., 27 ff., 77. Der naturalistisch-voluntaristische Zug in der Freirechtsschule darf nicht einfach als Zugpferd des nationalsozialistischen Substantialismus hingestellt werden, schon deshalb nicht, weil letzterer die Unbestimmtheiten des Rechts und den Wertrelativismus des Freirechts nicht kennt: Das nationalsozialistische "Volksgefühl", dem die Richter nachgeben sollten, wurde durch Führerprinzip und Parteiprogramm von den freirechtlichen Skrupeln entlastet. Vgl. demgegenüber aber Behrends, a.a.O., 70: "Im Grunde hat Kantorowicz -- gewiß im Unschuldsstande eines ungebrochenen Vertrauens gegenüber der Staatsgewalt -- die Rolle des Richters theoretisch nicht anders definiert als der geistreiche Carl Schmitt oder der robuste Dr. Roland Freisler"; diese These wird, abgesehen davon, daß Behrends die Umorientierungen der Freirechtler in der Zeit der Weimarer Republik nicht zureichend berücksichtigt, durch die von ihm angeführten Belegstellen nicht getragen (vgl. insbes. den Verweis auf die Einheitlichkeit und Bindungswirkung der neuen Weltanschauung bei Löwisch, ebda., 43). Vgl. zum Ganzen auch D. Grimm, Die "Neue Rechtswissenschaft". Über Funktion und Formation nationalsozialistischer Jurisprudenz, in: P. Lundgreen (Hrsg.), Wissenschaft im Dritten Reich, Frankfurt a.M. 1985, 31 ff., 39 f.

110 Vgl. die Kritik an J. Esser, der in "Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts" (Tübingen 1956) die Brücke zur amerikanischen Rechtstradition geschlagen hatte, bei H. Hattenhauer,

von der "ersten" abgewandt haben, auch intellektuell in der Emigration.

2. Entwicklungen

Tempora mutantur. Die rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Landschaft hat sich in Deutschland wie in den USA verändert. Verändert hat sich dabei auch die Haltung zu dem Rechtsverständnis, für das Friedrich Kessler einsteht. Wer nach Bezugnahmen auf sein Werk in der deutschen Literatur sucht, wird durchaus fündig. Namentlich der "enterprise liability" hat Friedrich Kessler nicht nur in den USA den Weg bereitet¹¹¹.

Geändert haben sich aber nicht nur die Verhältnisse, sondern auch Friedrich Kessler selbst. Aus seinen neueren Arbeiten ist jene geradezu dramatische Spannung geschwunden, die in den frühen Schriften allenthalben zu spüren ist. Seine Argumentation erscheint positivistischer, vorsichtiger, konservativer, unsicherer. In den neueren Auflagen des Casebook sind die Abschnitte zum Antitrustrecht und Arbeitsrecht, die sich mit dem "Zwang" ("social control") im Vertragsrecht befassen, schmaler geworden oder ganz verschwunden. Wie Grant Gilmore berichtet, hat Kessler das Projekt einer Erneuerung des Corbinschen Vertragsrechts in den 60er Jahren aufgegeben¹¹². Stattdessen sind die Analysen des "Contract as a Principle of Order" in der Einführung zum Casebook immer reichhaltiger, aber dadurch auch plu-

Wandlungen des Richterbildes im 19. und 20. Jahrhundert, in: R. Dreier/ W. Sellert, a.a.O. (Fn. 30), 9 ff., 30.

111 Vgl. S. Simitis, Soll die Haftung des Produzenten gegenüber dem Verbraucher durch Gesetz, kann sie durch richterliche Fortbildung des Rechts geordnet werden? In welchem Sinne?, Gutachten zum 47. DJT, Band I München 1968, C 5 ff., der Kesslers einschlägige Arbeiten extensiv verwertet.

112 G. Gilmore, Friedrich Kessler, 85 Yale L.J. 672, 674 f. (1975)

realistischer und insofern unbestimmter ausgefallen¹¹³. Sind nicht all dies Anzeichen einer konzeptionellen Krise? Hat sich Friedrich Kesslers ursprüngliche Programmatik als undurchführbar erwiesen und dies einen Widerruf seiner Positionen aus den 40er Jahren erzwungen? Dieser Frage möchte ich am Beispiel von Kesslers Stellungnahmen zu dem Vertragsrecht der vertikal integrierten Distributionssysteme nachgehen.

a) *Vertragsfreiheit und wirtschaftliche Macht*

Der "vertical integration by contract" darf man eine exemplarische Bedeutung zumessen, weil diese Thematik alle Dimensionen des Kesslerschen Umgangs mit dem "Vertragsrecht" beansprucht: Bei der vertraglichen Ausgestaltung langfristig angelegter Distributionssysteme handelt es sich um eine Etablierung privater "Ordnungsgefüge"; dies hat zu judiziellen und anderen regulativen "Zwangs"-Eingriffen in das Vertragsrecht geführt; in diesen Eingriffen geht es um nicht mehr und nicht weniger als die Gestaltung und die Gestaltbarkeit wirtschaftlicher Verhältnisse.

Kesslers frühe Qualifikationen der Problematik lesen sich dramatisch. Ihn interessierte, *wie* die mit der Vertragsfreiheit verbundene Rechtsetzungsmacht ausgeübt wird, welche Inhalte, welche "Ordnungen" im Namen der Vertragsfreiheit geschaffen werden. Seine Thesen: Wenn die Form des Vertrages benutzt wird, um eine langfristige Absatzbeziehung derart auszugestalten, daß die eine Seite die Bedingungen setzen und einseitig verändern kann, während die andere Partei von ihr wirtschaftlich und existentiell abhängig wird, handelt es sich um ein Verhältnis von "Herrschaft und Knechtschaft" -- der Vertrag etabliert eine neo-

113 Vgl. auch J. Köndgen, Friedrich Kessler -- ein Grenzgänger zwischen

feudalistische Struktur¹¹⁴; und wenn der Einfluß des Herstellers über die Handelsstufe hinaus über standardisierte Verträge bis hin zum Endabnehmer reicht, dann wird die Vertragsfreiheit zum Aufbau und zur Stärkung von industriellen Machtzentren instrumentalisiert¹¹⁵. Die demokratisch nicht legitimierbare Selbstschöpfung des Rechts durch die Wirtschaft hat zu substantiell faschistischen Strukturen im Industriekapitalismus geführt¹¹⁶.

b) *Wirtschaftliche Macht und Recht in der Demokratie*

Daß Kessler sich der Problematik der vertikalen Integration in den 50er Jahren mit so viel Energie zugewandt hat¹¹⁷, ist mithin kein Zufall. Wer nun aber seine jüngeren Arbeiten in der Erwartung liest, hier die Exekution der in den 40er Jahren angekündigten Programmatik zu finden, muß enttäuscht sein¹¹⁸.

Die vertraglichen Formen der vertikalen Integration begründen, daran hält Kessler fest, Rechtsbeziehungen zwischen höchst ungleichen Akteuren; es wäre überraschend, wenn die stärkere Partei ihre Verhandlungspositionen nicht nutzen würde, und es wäre verkürzt, demgegenüber einfach auf die Freiheit des Händlers zum Vertragsabschluß zu verweisen¹¹⁹. Aber dies allein ist

den Disziplinen, in diesem Band #.

114 Contracts of Adhesion, 640.

115 A.a.O., 632.

116 Natural Law, 33.

117 Automobile Dealer; Competition (Fn. 1); vgl. auch Der Konflikt zwischen Antitrustrecht und Vertragsfreiheit im Automobilvertrieb im nordamerikanischen Recht, FS Ludwig Raiser, Tübingen 1974, 437 ff. (im folgenden: Automobilvertrieb).

118 G. Priest, a.a.O. (Fn. 77), 484 ff., behandelt die frühen und späteren Arbeiten Kesslers als Einheit und unterlegt allen positiv-innovatorischen Stellungnahmen den Interpretationsrahmen der 40er Jahre. Mir erscheint es dagegen notwendig, beides zu betonen: die Kontinuität und die Entwicklung von Kesslers Denken.

kein Grund, die von den schwächeren Vertragsparteien vorgetragenen Schutzanliegen für legitim zu erklären. Es gibt namentlich gleichgerichtete Interessen von Franchise-Gebern und Franchise-Nehmern an wettbewerbsbeschränkenden Praktiken, und eine die Handelsstufe stärkende Intervention steht immer in der Gefahr, Zielsetzungen des Antitrustrechts zu konterkarieren¹²⁰. Schließlich darf man davon ausgehen, daß der in der Innenbeziehung zum Franchise-Nehmer stärkere Franchise-Geber die Außenbeziehung des Franchise-Systems im Auge behält und gegenüber dem Franchise-Nehmer die Interessen der Verbraucher vertreten muß, daß er im übrigen ohnehin nicht darauf aus sein wird, mit seiner wirtschaftlichen Macht "die Gans, welche die goldenen Eier legt, zu schlachten"¹²¹.

Die Schwierigkeiten der rechtlichen Beurteilung liegen also in der "Sache selbst" begründet, in der Komplexität einer von Hersteller-, Händler- und Verbraucherinteressen bestimmten Problemlage. In der Art und Weise, in der Kessler "im Recht" eine Lösung für den Ausgleich dieser Interessen sucht, finde ich die Antwort auf die Frage nach seinem rechtstheoretischen Credo. Seine Einstellung zum Recht ist zunächst einmal durch eine nicht überbietbare Sorgfalt gekennzeichnet: Man kann die Standard-Stations-Entscheidung des Supreme Court¹²² nicht ernster nehmen, die wechselvolle Geschichte des Antitrustrechts und des vertragsrechtlichen Case Law nicht genauer nachzeichnen, Gesetzgebungsgeschichte und Systematik des Automobile Dealer Day in Court Act¹²³ nicht sorgfältiger auswerten, als Kessler dies

119 Automobile Dealer, 1140 f., 1155; Automobilvertrieb, 437 ff., 465; aufschlußreich auch der Rekurs auf die culpa in contrahendo zur Kontrolle des Verhaltens bei der Anbahnung von Franchise-Verhältnissen: F. Kessler/E. Fine, a.a.O. (Fn. 10), 424 ff.

120 Automobile Dealer, 1156 ff.; Automobilvertrieb, 476; Competition, 107.

121 Automobile Dealer, 1140; Automobilvertrieb, 474.

122 Standard Oil Co. v. United States, 337 U.S. 293 (1949).

getan hat¹²⁴. Man sieht dann aber eben auch die Inkohärenzen des Antitrustrechts, das zwischen dem Schutz des Wettbewerbers und dem Schutz des Wettbewerbs schwankt, ohne zu einer eindeutigen und endgültigen Festlegung zu finden¹²⁵, die Unentschiedenheit der Gesetzgebung, deren Kompromißbereitschaft den Interpreten ratlos zurückläßt¹²⁶, die Vorteile und Schwächen einer Überweisung der Konfliktschlichtung an die Rechtsprechung¹²⁷, die Vorzüge und Nachteile einer staatlichen Administration des Kartellrechts gegenüber privaten Klageverfahren.

Am Ende kommt jedenfalls der Interpret nicht umhin, seine eigenen Präferenzen zu offenbaren. Hier nun kommt es darauf an, genau hinzuhören. Wenn Kessler und Stern den Injury-to-Competitors-Standard zurückweisen¹²⁸, dann geschieht dies im Namen einer Wettbewerbsvorstellung, die weder die Hayeksche Wettbewerbsfreiheit noch das Effizienz-Konzept der Chicago-Ökonomie in das Recht importiert; wenn die Kompatibilität privater Antitrustansprüche von Händlern (Franchise-Nehmern) mit wettbewerbspolitischen Zielsetzungen gesichert und deshalb davon abhängig gemacht werden soll, daß sie auch im Interesse der "consuming public" liegen¹²⁹, so bedeutet dies nicht, daß deren Rechtspositionen im "Allgemeininteresse" zur Disposition stünden und die Schutzstandards des Day in Court Act im Interesse der Wettbewerbspolitik auf das von dieser gesetzte Maß hin restriktiv interpretiert werden müßten. Andererseits darf der spezialgesetzliche Schutz auch nicht so weit getrieben werden, daß er das Verhältnis zwischen Franchise-Gebern und -Nehmern in

123 70 Stat. 1125 (1956).

124 Automobile Dealer, 1167 ff.; Competition, 103 ff.

125 Competition, 48 ff.

126 Ebda., 105.

127 Ebda., 103.

128 Automobile Dealer, a.a.O., 50, 99, vgl. 78 f.

eine stetige Statusbeziehung umformt und so die Vorzüge flexibler vertragsrechtlicher Integrationsformen wieder konterkariert.

Allerdings: Der Zumutung, die "richtige Lösung" als dogmatisch konsistent aufgebautes System zu präsentieren, verweigert sich Kessler. Der Interpret des Rechts kann sich an der Suche nach Regeln und Prinzipien beteiligen, die den Schutz der Unabhängigkeit des Händlers gewährleisten, ohne das Interesse der Hersteller und Verbraucher an der Effizienz von Distributionssystemen zu negieren; er kann aber nicht in Anspruch nehmen, im vorhinein zu wissen, wie diese Konfliktkonstellationen sich entwickeln und wie die Betroffenen mit ihren Rechten umgehen werden.

3. Die Botschaft Friedrich Kesslers

Die Arbeiten über das Vertragsrecht im Automobilsektor und die vertikale Integration dokumentieren ungemein amerikanische Tugenden: Eine interdisziplinäre Orientierung, die sicher und souverän mit dem Forschungsstand der Wirtschaftswissenschaft umgeht; Geduld und Genauigkeit bei der Analyse rechtlicher Entwicklungen; Verständnis für die praktisch-strategische Dimension des Rechtsgebrauchs; Vorsicht und Pragmatik bei der Präsentation von Schlußfolgerungen. Sind also die anstößigen Positionen der frühen Arbeiten überwunden? Hat sich Kessler vom sozialreformerischen Saulus zum ordnungstheoretischen Paulus gewandelt? Ist der Stand der Konzentration und der Vermachtung in der Wirtschaft nicht mehr besorgniserregend? Soll man die massiven Ungleichheiten zwischen Herstellern und

129 Ebda., 91, vgl. 48.

Händlern, Franchise-Gebern und Franchise-Nehmern hinnehmen? Allgemeiner: Ist Friedrich Kessler einfach zu einem hervorragenden Vertreter der amerikanischen Rechtskultur geworden, von dem wir nur deshalb besonders viel lernen können, weil er seine rechtsvergleichenden Interessen immer weiter verfolgt hat und ihn seine intimen Kenntnisse des deutschen Rechts zum transatlantischen Vermittler geradezu prädestinieren?

Daß derart suggestive Fragen die Positionen Kesslers nicht angemessen treffen, scheint mir augenfällig. Gewiß, seine neueren, eben referierten Arbeiten zur vertikalen Integration und zum Vertragshändlerrecht distanzieren sich von den ursprünglichen Dichotomien zwischen Freiheit und Zwang, Macht und Recht dadurch, daß sie diese Widersprüche als unumgängliche Form des Rechts in einer demokratischen Gesellschaft behandeln; sie nehmen den Pluralismus rechtlicher Orientierungen wahr, unternehmen aber nicht den Versuch, ihn systematisch einzuschmelzen. Dies alles sind Revisionen, wenn man sich an den sozialreformatorischen Elan des New Deal erinnert und dem Recht die Umgestaltung der Gesellschaft zutraut. Aber sie erscheinen mir deshalb nicht als Preisgabe früherer Anliegen, sondern vielmehr als zeitgemäße, praktische Erfahrungen und theoretische Einsichten verarbeitende Umorientierungen.

Der Mitautor von Kesslers Fallbuch, Grant Gilmore hat im Jahre 1974 den Tod den Verträgen ausgerufen¹³⁰. An dieser Provokation hat sich Friedrich Kessler auch in seinen frühen, den formalistischen Umgang mit der Vertragsfreiheit scharf kritisierenden Schriften nicht beteiligt¹³¹. Die Vertragsfreiheit hat er stets als eminent praktische Errungenschaft verstanden¹³². Seine

130 G. Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio 1974.

131 Vgl. ausdrücklich in: *Der Schutz des Vertrauens*, a.a.O. (Fn. 9), 889, Fn. 52.

132 *Contracts of Adhesion*, 630.

späteren Arbeiten zur culpa in contrahendo, zum Verbraucherschutz im Kaufrecht und zur Produkthaftung¹³³ setzen allesamt auf die Zukunft des Vertrages. Die Polemik gegen den substantiellen Neo-Feudalismus in den Adhäsionsverträgen¹³⁴ ist kein Grund, die Flexibilität vertraglicher Integrationsformen zu leugnen und gegen Eingriffe zu verteidigen, die bloß zu den traditionellen Formen der vertikalen Integration zurückführen würden¹³⁵. Sympathien für die Unabhängigkeit von Unternehmern sind kein zureichender Grund, um klassisch-vertragsrechtliche Prinzipien gegen die Wirksamkeit langfristiger Bindungen auszuspielen¹³⁶. Nicht anders verhält es sich mit Friedrich Kesslers Haltung zum Wettbewerb. Die Freiheit des Vertragshandelns, die sich im Kräftespiel des Marktes bewegt, hatte er auch i. J. 1943 als unverzichtbares Freiheitsrecht gekennzeichnet¹³⁷. Seine Kritik zielte nicht auf die Abschaffung des Marktsystems, sondern richtete sich gegen die Erosionen der Wettbewerbsfreiheit¹³⁸. Seine späteren Stellungnahmen zu den Interessenkonflikten zwischen Automobilherstellern und -händlern enden in einer Warnung vor dem weiteren Ausbau von Schutzpositionen in organisierten Distributionssystemen und der Empfehlung, die Entdeckung effizienter Vertriebsstrukturen den Marktprozessen selbst zu überlassen¹³⁹.

Die Arbeiten zur vertikalen Integration und zum Automobil-Franchising waren, wenn wir sie auf den deutschen Diskussions-

133 Products Liability, 76 Yale L.J. 887 (1987).

134 Contracts of Adhesion, 630.

135 Automobile Dealer, 1189.

136 Ebda., 1150 ff.; zu Parallelen in der deutschen Vertragsrechtstradition vgl. E. Schanze, Symbiotic Contracts: Exploring Long-Term Agency Structures between Contract and Corporation, in: Ch. Joerges (Hrsg.), Franchising and the Law: Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States, Baden-Baden 1991, 67 ff., 78 ff.

137 Contracts of Adhesion, 630.

138 Ebda., 640.

stand beziehen, nochmals und gleich in einem dreifachen Sinne unzeitgemäß: Sie haben die Untersuchung der "Vermachtungserscheinungen im tertiären Sektor"¹⁴⁰ früher als vergleichbare deutsche Studien vorangetrieben¹⁴¹. Sie haben den Konflikt zwischen Wettbewerbsfreiheit und Vertragsfreiheit weder zugunsten eines irrealen Ordnungskonzepts "gelöst" noch dadurch überspielt, daß sie den Händler (Franchise-Nehmer) in Status-Beziehungen zurückverwiesen. Sie haben aber auch die Auseinandersetzung um die Möglichkeiten und die Grenzen des regulatorischen Rechts aufgenommen, bevor man in Deutschland den sozialstaatlich-privatrechtlichen Interventionismus zu entdecken begann, um dann später nach überlegteren Formen der Verrechtlichung zu suchen¹⁴².

139 Automobile Dealer, 1169.

140 A. Schüller, Vermachtungserscheinungen im tertiären Sektor, *Ordo* 19 (1968), 171 ff.

141 Zwei Hinweise mögen genügen: Erst mit einem zeitlichen Abstand von 10 Jahren wurde die Problematik der "vertical integration by contract" von P. Ulmer in seiner grundlegenden Monographie (Der Vertrags-händler. Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren, München 1969) aufgegriffen. In der Intensität der rechtstatsächlichen Durchdringung des vertikalen Vertriebs steht Ulmers Untersuchung den Analysen Kesslers in nichts nach, und wie Kessler berücksichtigt Ulmer in seiner Darstellung des Absatzmittlungsrechts alle betroffenen Materien. Dennoch bleibt es neben der zeitlichen bei einer sachliche Distanz: Ulmer geht es um eine Systematisierung, in der die Kollisionen widersprüchlicher Prinzipien und Regelungsperspektiven überwunden werden, und er erreicht diese systematische Einheit, weil er die Status-Beziehungen, gegen die Kessler im Namen der Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit remonstriert, hinzunehmen bereit ist (a.a.O., bes. 408 ff.). Nicht grundsätzlich anders verfährt M. Martinek (Franchising. Grundlagen der zivil- und wettbewerbsrechtlichen Behandlung der vertikalen Gruppenkooperation beim Absatz von Waren und Dienstleistungen, Heidelberg 1987). Auch er möchte auf der Grundlage des Typus-Denkens zu einer kohärenten Systematik des Absatzmittlungsrechts finden; und er sieht sich deshalb genötigt, die Absatzmittlungsverträge dem "personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis" anzunähern (a.a.O., bes. 308 ff.).

142 Vgl. den Diskussionsbericht und die Analyse bei G. Teubner, Verrechtlichung -- Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in F. Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, Baden-Baden 1984, 289 ff.

Vorgreifende Unzeitgemäßheit in so vielen Hinsichten -- dies ist an sich schon bemerkenswert genug. Ein letztes unzeitgemäßes Element in Friedrich Kesslers Einstellung zum Vertragsrecht bleibt dabei noch unaufgelöst: dies ist sein Interesse am Vertrag. Hier sind Spekulationen riskant, aber kaum vermeidbar. Muß man, um dieses Interesse nachvollziehen zu können, die Überzeugung teilen, daß es gelingen könne, Autonomie und Gerechtigkeit zu versöhnen, daß es darauf ankomme, die Freiheit zur Gestaltung sozialer Beziehungen als ein Bürgerrecht zu begreifen, das die wirtschaftlichen Asymmetrien nicht egalisiert, aber dennoch die Freiheitlichkeit und die Sozialverträglichkeit des vertraglichen Handelns versöhnen soll?

Wenn es eine causa für solche Hoffnungen in Kesslers Arbeiten zum Vertrag gibt, so hat er die Frage nach den praktischen Chancen seiner Vision jedenfalls mit allen erdenklichen Fragezeichen umgeben. Die Hoffnung auf den Vertrag äußert sich in dessen ständiger Kritik; die Arbeit für das Recht ist Arbeit am Recht, ist die umsichtige und gründliche Auseinandersetzung mit dessen Unvollkommenheiten. So verstehe ich Friedrich Kesslers Botschaft an die deutsche Rechtswissenschaft.

History as Non-History: Divergences and Time Lag between Friedrich Kessler and German Jurisprudence*

CONTENTS:

I. Introduction	50
II. Schism and Continuity	54
1. "Sonderwege" in German Jurisprudence?	55
2. Methodology and the Theory of Private Law	61
3. The Critique of Formalism in Contract Law: Legal Realism and National Socialism	65
a) Friedrich Kessler and Karl Larenz	68
b) German Experience and Legal Realism	74
III. Points of Divergence and Convergence	80
1. Recollections	81
2. Evolution	85
a) Freedom of Contract and Economic Power	87
b) Economic Power and Law in Democracy	88
3. Friedrich Kessler's Message	91

* Translation by Petra England and Michelle Everson.

I. Introduction

Rather than proffer a detailed biography of Friedrich Kessler, this paper attempts to do justice to the content of his work¹. To abstract the interpretation of such work from the personal context in which it was produced is not to ignore the variant turning points in Kessler's development. Any such academic milestones are indeed an immediate reflection upon his life story². His doctoral thesis³ and "habilitation" dating from the year 1932⁴, were soon followed by two publications on the law of negotiable instruments⁵ and proved him to be a very productive and promising German legal scholar. With his emigration in 1934 he fell silent for almost a decade, only raising his work again in 1943 with a philippic against the traditional conceptions of contract law. The methodology and substance of this work, born out of the social reform wing of legal realism, set it apart as a piece of legal theory from the ideas of the realist movement but nevertheless betrayed a marked interest in the Anglo-Saxon tradition of social philosophy. 1953 saw the publication of the first edition of his casebook⁶ which was to determine Friedrich Kessler's status

- 1 Abbreviations employed for quotations:
Contracts of Adhesion - Some Thoughts about Freedom of Contract, 43 Col. L. Rev. 629 (1943): Contracts of Adhesion;
Natural Law, Justice and Democracy - Some Reflections on Three Types of Thinking About Law and Justice, 19 Tulane L. Rev. 31 et seq., 33 (1944): Natural Law;
Freiheit und Zwang im nordamerikanischen Vertragsrecht, Festschrift für Martin Wolff, Tübingen 1952, 67 et seq.: Vertragsrecht;
Automobile Dealer Franchises: Vertical Integration by Contract, 66 Yale, 1139, 1156 (1957): Automobile Dealers;
F. Kessler/ R. Stern, Competition, Contract, and Vertical Integration, 69 Yale L.J. 1, (1959): Competition.
- 2 Further details in O. Sandrock, Friedrich Kessler 80 Jahre, Juristen-Zeitung 1981, 638-39; E. Stiefel/ F. Mecklenburg, Deutsche Juristen im amerikanischen Exil (1933-1950), Tübingen 1991, 59-60.
- 3 Uniform State Laws in den Vereinigten Staaten - Das Recht der Eheschließung, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1927, 185 et seq., 886 et seq.
- 4 Fahrlässigkeit im nordamerikanischen Deliktsrecht, Berlin 1932.

within American legal science for years to come. At the same time as advancing his American career he maintained his links with Germany. His research findings were sent back to Europe, often in this "pure" American manifestation with only marginal cross-reference to the German tradition⁷. He further expanded his work on contract law, elaborating his themes and modifying his positions⁸. He maintained his profile in the Federal Republic, continuing to publish in German⁹. In the USA he promoted the recognition of German doctrinal innovations¹⁰. Thus for decades he acted as an intermediary and catalyst in German-American academic exchanges.

In general terms, these are thoughts and deeds which might speak for themselves. In the personal context of Kessler, however, they give rise to certain questions: How did Friedrich Kessler evaluate the position of his own legal research within the academic and political debate spawned by the period of the

⁵ Kommentar zum Wechselgesetz, 1933; Kommentar zum Scheckgesetz, 1934.

⁶ F. Kessler/ M. Sharp, *Cases on Contracts*, New York 1953.

⁷ F. Kessler, *Freiheit und Zwang im nordamerikanischen Vertragsrecht*, Festschrift für Martin Wolff, Tübingen 1952, 67 et seq.

⁸ F. Kessler/ G. Gilmore, *Contracts: Cases and Materials*, 2nd ed., Boston-Toronto 1970; F. Kessler/ G. Gilmore/ A. Kronmann, 3rd ed., Boston 1986, *The Protection of the Consumer Under Modern Sales Law, Part 1. A Comparative Study*, 74 *Yale L.J.* 262 (1964); *Products Liability*, 76 *Yale L.J.* 887 (1987).

⁹ *Einige Betrachtungen zur Lehre von der Consideration*, Festschrift für Ernst Rabel, Vol. 1, Tübingen 1954, 251 et seq.; *Die soziale Funktion des Vertrages zugunsten Dritter im nordamerikanischen Recht*, Festschrift für Eduard Wahl, Heidelberg 1973, 81 et seq.; *Der Konflikt zwischen Antitrustrecht und Vertragsfreiheit im Automobilvertrieb im nordamerikanischen Recht*, Festschrift für Ludwig Raiser, Tübingen 1974, 437 et seq.; *Der Schutz des Vertrauens bei Vertragsverhandlungen in der neueren amerikanischen Rechtsprechung*, Festschrift für Ernst v. Caemmerer, Tübingen 1978, 873 et seq.; *Metamorphosen im Amerikanischen Vertragsrecht*, *Juristen-Zeitung* 1988, 109 et seq.

¹⁰ F. Kessler/ E. Fine, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study*, 77 *Harvard L. Rev.* 401 (1964).

Weimar Republic? How did he view the evolution of German legal science in the run up to and in the time of National Socialism? In how far was his association with Legal Realism and his embracing of the New Deal a product of historical developments in Germany? To what degree do his foundationary legal theory works and his perception of contract law reflect his early grounding in German legal thought? With this, to what extent are they also imbued with all the disorientations, misorientations and falsities which beset such thought? How are the lessons which his dialogue offers to post-war legal science in Germany to be understood? How did he judge the stance which post-war German legal science took in relation to its own recent history? What was his interpretation of the divergence between his own legal consciousness and the modes of thought of the predominant German schools?

All these questions necessarily form a part of any attempt to acknowledge the impact of Friedrich Kessler's career. As important as it might be to record Kessler's own responses to these questions, it should nevertheless not be forgotten that they were not necessarily posed by him. They are instead, and indeed above all, the queries of a generation which must define (and find a solution to) its own dilemma in relation to German legal traditions. Those of us who form part of the post-war generation do not feel absolved from, but instead -- in contrast to Rudolf v. Jhering's famous dictum -- remain awkward in the face of such a history. We cannot, when examining the various stages of Kessler's life, turn a blind eye to all that which we now know about the failure of the Weimar Republic, the rule of National Socialism and the circumstances which were to develop in post-war Germany. We are able and indeed ought to make an effort to imagine the normality of everyday life in contrast to our own vision drawn from "real" history. In this way we might diminish our self-righteousness in reacting with moral indignation to

instances of collusion, opportunism and indifference. We must also not lose sight of our own blindness: We did not see (or did not want to see?) how many of our own teachers had been embroiled in National Socialism; much time was to elapse before we asked (perhaps we did not want to know?) what the authors of leading textbooks had written prior to 1945; we did not compel them (did we not dare to compel?) to fill in the lacunae in their own presentation of their careers.

In the face of such deficient and fragmentary perceptions, how might we best understand and describe the work of Friedrich Kessler and his impact within Germany? Are we once and for all caught in the emotional quagmires that any attempt to reconstruct the process of emigration leads us into? Or should we not rather attempt to demand of ourselves at least intellectual answers to those questions which the burden of our own history raises? Our primary step would thus be to realize that Friedrich Kessler's break with Germany entailed not only his factual emigration, but also an academic meaning. The reorientation process which followed upon emigration was certainly *also* a process of so-called acculturation. Whilst this might be characterized as being an acceptance of American legal thought, his earlier German work cannot simply have sunk without trace. Such issues notwithstanding, the process of reorientation in America presents us with a double challenge: On the one hand, Friedrich Kessler was to gain in status in the US as a critic of traditional formal law. His leading contemporaries in Germany did much the same -- importance should thus be attached to an investigation of the relationship between Kessler's and the national socialist critique of liberal private law (see *infra* II). On the other, Friedrich Kessler's critique of traditional perceptions of private law means that we may not simply describe him as an upholder of traditions of legal theory repressed or overshadowed by the National Socialist regime in Germany. His emigration did not only dis-

tance him from these traditions but similarly hindered the absorption of his works in post-war German jurisprudence. His work remained unpalatable. In that its history in post-war Germany must first of all be described as a "non-history" and in that its influence was often only indirect or delayed, we are presented with a second challenge. A challenge which is equally difficult to address since it may be similarly inextricably linked with the first. Thus, to ask who was right when National Socialism was wrong is to call into the question the very conception which post-war German legal science has of itself. It seems almost impossible to avoid an instrumental and thus obfuscating approach to this question. At the very least, however, the example of Friedrich Kessler illustrates the unyielding nature of his work in the face of the temptation and attempt to misuse it with instrumentalist motives (see *infra* III).

II. Schism and Continuity

An easy explanation might be offered for the way in which Kessler was to redefine his theoretical position following his emigration to the States. To ally himself with American legal thought was indispensable to his academic advancement in that country. His comparative legal studies had of course left him well prepared for the learning process which this necessitated. The Yale Law School, where he was to find himself thanks to a scholarship of the Rockefeller foundation and the intervention of the Emergency Committee in Aid of Displaced Foreign Scholars¹¹, was the intellectual hub of Legal Realism and the legal policy think tank for "New Deal" reformism¹². Naturally, these influences were to permeate Kessler's writings on contracts of

¹¹ E. Stiefel/ F. Mecklenburg, *op. cit.* (note 2), 59.

adhesion, a work which was over time to become famous. But then, some might point out, had not the subject matter Kessler addressed already been the focus of much discussion in Germany? Was it then merely opportunism on Kessler's part¹³ to refrain from references to older German authorities in cases where there were no contemporaneous spokesmen?

Were these questions to be answered in the affirmative, the conclusion would be (falsely) reassuring: Friedrich Kessler might have felt himself to be assimilated with American thought, but in truth he remained affiliated to his own "true" German legal culture, a culture "untainted" by National Socialism. The inability to completely reconcile Kessler's work with German legal science in post-war times would thus partly result from those general differences which exist between the German and American legal traditions and partly arise out of the controversy which certain of Kessler's more daring suggestions was to provoke even in America.

1. "*Sonderwege*" in German Jurisprudence?

Within these interpretations, however, there is one overwhelming point of contention. This comes in the way in which they perceive the nature of National Socialism. No light may be shed on this black chapter of German history and jurisprudence if it is merely denounced as a deviation from the norm or branded in the very same terms deployed by the species-conscious ["*artbewußt*"] National Socialist regime against its declared enemies. National Socialism did not descend upon Germany like a

¹² L. Kalman, *Legal Realism at Yale, 1927-1960*, Chapel Hill-London 1986, 120 et seq.

bolt from the blue. Neither its "*Weltanschauung*" nor its conception of law were in fact alien to Germany. Whilst the economic situation which seemed so hopeless in the years prior to the "*Machtergreifung*"¹⁴, the social crises which beset the Weimar Republic and the excessive political demands made upon its institutions, might help to explain why a dictatorial system of crisis management presented itself, they do not account for the particular characteristics displayed by this system and the developments which followed its installation. One thing is certain, the national socialist programme was preconceived. Its roots are to be found within the historical influence of the humanities. Jurisprudence had similarly played an influential role in this history.

In the shadow of the first World War, John Dewey¹⁵ initiated a debate upon the entanglement of Germany history with the traditions of German philosophy. This discussion had found new impetus during the period of National Socialism and emigration¹⁶. It has continued unabated to this day¹⁷. Helmuth Plessner

-
- ¹³ Cf. J. Klapisch, *Der Einfluß der deutschen und österreichischen Emigranten auf contracts of adhesion and bargaining in good faith im US-amerikanischen Recht*, Baden-Baden 1991, 63 (notes 176-77).
- ¹⁴ Cf. only K. Borchardt, *Wachstum, Krisen, Handlungsspielräume der Wirtschaftspolitik. Studien zur Wirtschaftsgeschichte des 19. und 20. Jahrhunderts*, Göttingen, 1982, 165 et seq.
- ¹⁵ *German Philosophy and German Politics* (1915), citations from the German translation of the revised version of 1942: *Deutsche Philosophie und deutsche Politik*, Meisenheim 1954, 32 et seq.
- ¹⁶ Cf. in summary I. Srubar, *Das Bild Deutschlands in den Werken der sozialwissenschaftlichen Emigration 1933-1945*, in *idem* (ed.), *Exil, Wissenschaft, Identität. die Emigration deutscher Sozialwissenschaftler 1933-1945*, Frankfurt a.M. 1988, 281 et seq. The emigrés did not sidestep the question as to whether they themselves were committed to traditions which then resulted in their expulsion. - John Dewey has tried to establish this connection between victims and offenders rather ruthlessly (cf. J.K. Helling, *Wirken in der Emigration. Fallstudie einer mißlungenen Annäherung am Beispiel des Briefwechsels zwischen John Dewey, Arthur F. Bentley und Felix Kaufmann*, in: I. Srubar [ed.], *op. cit.*, 181 et seq., 197). -- The debate on the social-structural origins of National Socialism seems to have been dominated by an interpretation which corresponds to Friedrich Kessler's position

was to develop a thesis on the retarded development of the nation and the nation state in Germany¹⁸, thereby investigating the early origins of the ideology of the Third Reich and Germany's protest against the political humanism of Western Europe. Ralf Dahrendorf was to diagnose a belated modernization¹⁹. Similarly, Fritz Ringer's social history of German scholar-mandarins²⁰, explains their susceptibility to organicist-irrational conceptions of society in terms of their non-political and conservative perceptions of themselves. All these theories contain elements which shed light on the combined impact of historical-social conditions, philosophical-scientific traditions and political attitudes. Thus they have provided the basis for extensive and ongoing discussion on the relation of the history of the German mind to the traditions of Western democracies²¹.

The instance of legal science does not correspond to other cases, least of all to the example of its sibling sociological disciplines. With regard to sociology²² M. Rainer Lepsius has diag-

(cf. below II 3 c); cf. I. Srubar, loc. cit., 296. With regard to the post-war discussion in Germany cf. H. Winkler, Die "neue Linke" und der Faschismus. Zur Kritik neomarxistischer Theorien über den Nationalsozialismus, in: *idem*, Revolution, Staat, Faschismus. zur Revision des Historischen Materialismus, Göttingen 1978, 65 et seq.

¹⁷ Also in the U.S.; cf. only A. Bloom, The Closing of the American Mind, New York-London 1987, 141 et seq.

¹⁸ In his book "Das Schicksal deutschen Geistes im Ausgang seiner bürgerlichen Epoche" published in 1935 and re-published after the war with the title "Die verspätete Nation. Über die politische Verführbarkeit bürgerlichen Geistes" (1959), 3rd ed., Frankfurt a.M. 1988.

¹⁹ Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, München 1965.

²⁰ The Decline of the German Mandarins. The German Academic Community, 1890-1933, Cambridge, Mass. 1969.

²¹ On the discussion of the *Sonderweg*[separate path]-thesis in relation to humanities cf. the survey in B. Faulenbach, Die These vom deutschen Sonderweg und die historische Legitimation politischer Ordnung in Deutschland, in: K.-E. Jaismann (ed.), Geschichte als Legitimation, Braunschweig 1984, 99 et seq.; J. Kocka, German History before Hitler: The Debate about the German *Sonderweg*, J. of Contemporary History 23 (1988), 3 et seq.

nosed a stagnation in the progress of scientific work during the national socialist years. The "German Sociology" of the 1920s could not survive under National Socialism. The "völkische" sociology, designed to replace it, could not continue to exist in post-war Germany. The collapse of the Third Reich had thus prepared the ground for the establishment of "sociology in Germany"²³.

Although this particular assessment has since been adjusted²⁴, the example of legal science still remains a more difficult one. It did not respond to the transition from a constitutional monarchy to a democratic republic with a paradigmatic renewal. Instead it cultivated and strengthened those anti-democratic traditions which might be directed against the Weimar Republic²⁵. The corresponding political attitudes of professors -- and students -- are well-documented²⁶. The National Socialist

22 On political science cf. G. Göhler/ B. Zeuner (eds.), *Kontinuitäten und Brüche in der deutschen Politikwissenschaft*, Baden-Baden 1991; on economics cf. Ch. Kruse, *Die Volkswirtschaftslehre im Nationalsozialismus*, Freiburg i.Br. 1988; on psychology cf. U. Geuter, *Die Professionalisierung der deutschen Psychologie im Nationalsozialismus*, Frankfurt a.M. 1988.

23 M.R. Lepsius, *Die Entwicklung der Soziologie nach dem Zweiten Weltkrieg, 1945-1967*, in: G. Lüschen (ed.), *Deutsche Soziologie seit 1945*, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Sonderheft 21 (1979), 25 et seq., 26 et seq.

24 O. Rammstedt, *Theorie und Empirie des Volksfeindes. zur Entwicklung einer "deutschen Soziologie"*, in: P. Lundgreen (ed.), *Wissenschaft im Dritten Reich*, Frankfurt a.M. 1985, 253 et seq.; C. Klingemann, *Soziologie im NS-Staat: Vom Unbehagen an der Soziologiegeschichte*, *Soziale Welt* 36 (1985), 366 et seq.; for more recent contributions cf. *idem*, *Die deutschen Sozialwissenschaften zwischen den beiden Weltkriegen. Mythos und Realität von Entwicklungsbrüchen*, in: G. Göhler/ B. Zeuner (eds.), *op. cit.* (note 22), 23 et seq.

25 Cf. esp. with regard to constitutional law: I. Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts*, München 1976, 27 et seq.; Ch. Müller/ I. Staff (eds.), *Staatslehre in der Weimarer Republik*, Hermann Heller zu Ehren, Frankfurt a.M. 1985; K. Sontheimer, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, München 1962, 244 ff; G. Rapp,

seizure of power did not in any way threaten the institutional survival of jurisprudence as a whole and its "*Gleichschaltung*" [standardization] did not meet with any significant difficulties. There were exceptions. But these were truly exceptions. Individuals were to join the party to offer their services, to make use of new career opportunities, to demean themselves, to cringe. At the same time there were hopes of renewal and some honest mistakes. Against this backdrop of national socialist actions²⁷ this is easily condemned. This ease of judgment makes comprehension all the more difficult.

It is though evident that the "*Gleichschaltung*" affected all Jews, part-Jews and those related to Jews by marriage [*"Versippte"*], quite regardless of the particular intellectual "*Geist*" ascribed to them²⁸. Similarly affected, were those sys-

Die Stellung der Juden in der nationalsozialistischen Staatsrechtslehre, Baden-Baden 1990, 56 et seq.

- 26 Cf. F. Halfmann, Eine "Pflanzstätte bester nationalsozialistischer Rechtsgelehrter. Die juristische Abteilung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät, in: H. Becker/ H.-J. Dahms/ C. Wiegeler (eds.), Die Universität Göttingen unter dem Nationalsozialismus, München-London-New York-Oxford-Paris 1987, 88 et seq., 89 et seq., N. Hammerstein, Die Johann Wolfgang Goethe Universität Frankfurt am Main, Vol. 1, Neuwied-Frankfurt a.M. 1989, 171 et seq., both with numerous examples; for the more general background cf. F. Ringer, op. cit. (note 20), ch. 4.
- 27 In 1932 Friedrich Kessler could still expect an offer from Göttingen which then, as it happened, was not realized (E. Stiefel/ F. Mecklenburg, op. cit. [note 2], 59). I am not familiar with the exact circumstances. The account of F. Halfmann, loc. cit. (note 26), 92 et seq. illustrates though that further efforts of the Göttingen faculty on behalf of someone related by marriage to a Jew were no longer to be expected following the 30th January 1933. At the beginning of June of the same year the admission of this group into the civil service was officially ended. People who were related to Jews by marriage and already had civil servant status were grouped with the "unclean" in 1937; cf. H.-J. Dahms' introduction to H. Becker et al. (eds.), op. cit. (note 26), 30. -- Comments on all this are infrequent. Thus more remarkable is F. Wieacker, Die Georgia Augusta: Dauer im Wandel, in: 250 Jahre Georgia Augusta (Göttinger Universitätsreden, 841), Göttingen 1988, 27 et seq., 39: The innermost facets of the existence of a university are even more strongly touched upon by the reproach that it refused to show solidarity with its persecuted members; this indicates even

tematic linkages between jurisprudence and the theory and practice of constitutional-parliamentary democracy. That is to say, all those methodological, legal, and social policy trends which no longer suited the changed times. It was not only a matter of personal, but also of contextual selection. The effect upon public and constitutional law differed from that upon private law; the impact on economic law from that on labour law; the consequences for international law²⁹ were other than those for private international law; the effects on the philosophy of law; legal methodology and sociological jurisprudence³⁰ were different from those on the history of law. At first sight the differences sometimes appear to be almost paradoxical. M. Stolleis³¹ draws the conclusion -- quite apart from the existence of Carl Schmitt, Ernst Rudolf Huber, Ernst Forsthoff and numerous other who were later with good reason so highly esteemed -- that a constitutional and administrative law scholarship, worthy of that title did not exist under National Socialism³². In stark contrast to this, however, he notes a certain progressiveness in the examination of the history of Roman law which must itself have felt institutionally threatened. Indeed such advances are to be explained in the light of this threat³³. All these supposed paradoxes, nevertheless, mirror

deeper damage than the external havoc caused by national socialist academic policy.

- 28 Carl Schmitt, *Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist*, *Deutsche Juristen-Zeitung* 1936, 1195 et seq., 1196.
- 29 Cf. the report of D. Vagts, *International Law in the Third Reich*, 84 *American J. Int'l. L.* 661 (1990) which tends to neglect the genuine national socialist content of international law theory during National Socialism.
- 30 Cf. H. Rottleuthner, *Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie im Nationalsozialismus*, in: R. Dreier/ W. Sellert (eds.), *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*, Frankfurt a.M. 1989, 295 et seq., 307 et seq.
- 31 *Die Staats- und Verwaltungsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, *Nihon University: Comparative Law* 6 (1989), 11 et seq.
- 32 *Loc. cit.*, 26.

exactly the selective intervention pattern of National Socialism. It was certainly possible for a "second German culture"³⁴ to coexist alongside the dominant one, even though it was constrained to use coded language and sometimes even seems to have misunderstood or betrayed itself³⁵.

2. Methodology and the Theory of Private Law

The renown of German private law theory was based on its achievements in the 19th Century. Recently, Matthias Reimann has once more convincingly ^{proven}³⁶ first how much fascination the scientific character of the historical school held, especially for Americans. He gives reasons for its allure and shows how this, the German ideal, gradually faded. World War I merely represents the first apparent outward date in this process of estrangement, the seizure of power a second. One must, however, seek beyond this to identify the underlying difficulties, which plague the dialogue between German and American jurisprudence.

The historically most significant developments in the emancipation of American legal thought from its formative era are the

33 M. Stolleis, "Fortschritte der Rechtsgeschichte" in der Zeit des Nationalsozialismus?, in: *idem*/ D. Simon, *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus*, Tübingen 1989, 177 et seq.

34 Cf. M.R. Lepsius' contribution to the above mentioned conference ("Juristen in der sozialwissenschaftlichen Emigration").

35 Cf. Ph. Heck's presentation of his essentially pluralistic conception as a methodology appropriate to the "great renewal of law" (*Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre*, Tübingen 1936) which he then even strengthened with a reference to its Aryan character (*Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner*, *Archiv für die civilistische Praxis* 132 (1936), 129 et seq., 151).

36 *The Fascination of Legal Science: The German Historical School of Law in American Legal Scholarship*, Typoskript (University of Michigan Law School) 1989, esp. chapter 9, cf. also M. Hoeflich, *Law and*

critique of formalism which dates back to the end of the 19th Century, the establishment of "sociological jurisprudence", the unfolding of Legal Realism and its alliance with the reforms of the New Deal. There are German parallels to all these developments. Holmes' polemic against analytical jurisprudence³⁷ might be compared with Jhering's derision of conceptual jurisprudence³⁸. Eugen Ehrlich's writings were much valued in the U.S.³⁹. The critique of methodology and the value skepticism to be found in the "Gnaeus Flavius" of 1906⁴⁰ are as radical as any of the ideas of the Realists⁴¹. From the time of Hugo Sinzheimer onwards, indeed if not before, many had endeavoured -- not only purely "*Kathedersozialisten*" [academic socialists] -- to integrate the socio-critical impulses of Free Law and a form of socialist social reform programme into a new "sociological jurisprudence"⁴².

Both Free Law and sociological jurisprudence questioned the ability of the "dominant" form of jurisprudence to adequately address the problems of their times. 19th Century legal science

Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell, 30 *Am. J. Legal History* 95 (1986).

- 37 Cf. only O.W. Holmes, *The Common Law*, Boston, Mass. 1881; *idem*, *The Path of the Law* (1897), in: *Collected Legal Papers*, New York 1952, 167 et seq.
- 38 Cf. the first of the "vertraulichen Briefe über die heutige Jurisprudenz" (1861), in: R. von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, reprint Darmstadt 1980, 3 et seq.
- 39 For an explanation of the scientific disagreement in relation to Roscoe Pound cf. D. Nelken, *law in action or living law? Back to the beginning in sociology of law*, *Legal Studies* 4 (1984), 157 et seq.
- 40 H. Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906.
- 41 Not convincing, however, is the thesis that the Free Law movement anticipated Realism; for the latest revival of this idea see J. Herget/ St. Wallace (*The German Free law Movement as the Source of American Legal Realism*, *Virginia L. Rev.* 73 (1987), 399 et seq.).
- 42 Cf. the analysis of H. Rottleuthner, *Drei Soziologien: Eugen Ehrlich, Hugo Sinzheimer, Max Weber*, in: E.V. Heyen (ed.), *Historische*

had only been capable of employing "traditional" jurisprudential means to perceive and overcome the gulf between the codified "social model" of the BGB [German Civil Code] and legal-social reality. Equally, it observed the competition and divergence between the world of the BGB, of the "supplementary" statutes of economic law, political interventionism and privately organized control, in the same way⁴³. Given the impetus of the provisions on the "*Wirtschafts- und Arbeitsverfassung*" [economic and labour constitution] in Arts. 151-165 of the Weimar Constitution, a genuine discussion of fundamental questions was provoked during the short span of the Weimar Republic. This discussion promoted the development of both programmatic conceptions of the "social economy" and "economic democracy" and of the neo-liberal concept of an economic constitution, which is firmly based on market economy but equally opposed to the formalist instrumentation of private law⁴⁴.

The Weimar Republic, however, was a singularly precarious breeding ground for the development of all these -- and further -- approaches. Undoubtedly the supporters of Free Law were not confined to the ranks of judges and lawyers. Within academic jurisprudence, however, which was of such vital significance in Germany, neither sociological jurisprudence nor the socialist socio-critical successors to sociological jurisprudence, could

Soziologie der Rechtswissenschaft (Ius Commune. Sonderheft 26), Frankfurt a.M. 1986, 227 et seq.

⁴³ Cf. G. Brüggemeier, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, Vol. 1, Frankfurt a.M. 1986, 227 et seq.

⁴⁴ Survey by D. Hart in: *AK-BGB vor § 116 Rz. 43 et seq.*; K.W. Nörr, *Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik*, Tübingen 1988, 173 et seq.; the most thorough (and fairest) acknowledgement of the achievements and convictions of F. Böhm is to be found in R. Wiethölter, *Franz Böhm (1895-1977)*, in: B. Diestelkamp/ M. Stolleis (eds.), *Juristen an der Frankfurter Universität, Baden-Baden 1989*, 208 et seq.; cf. esp. 216 et seq., 230 et seq. For a short but informative historical survey in English cf. A. Nicholls, *The Other Germany - The "Neo-Liberals"*, in: R.J. Bullen/ H. Pogge von

attain a position comparable to the importance of Yale in the U.S.⁴⁵. More important and typically German, was the intricate nature of the political situation. The Free Law critique of the application of law in the 19th Century and its advocacy of the development of a class of creative judges had been formulated in an authoritarian constitutional state. How might this critique be perceived in the light of new conditions within a parliamentary Republic? Had the distance of the Free Law movement from scientific dogmata and legislative processes rather brought to light a specific feature of the development of modern private law? Or did it pave the ground for a judicial disloyalty towards democratic institutions, which in January of 1924 the Committee of the Association of Judges ("*Richterverein*") of the *Reichsgericht* [Supreme Court] seemed to announce in the famous controversy over the revaluation of the *Reichsmark*⁴⁶? Had the doctrine of the Free Law movement played into the hands of the judges in encouraging such an approach? Was it not instead imperative to insist upon the legitimacy of parliamentary law and thus a formalist adherence to statute law⁴⁷? Who might best benefit from the propagation of economic democracy under the prevailing conditions? Did not the demands for a competitive economic constitution not inevitably play into the hands of the proponents of a form of statehood not simply strong but also authoritarian?

Strandmann/ A.B. Polonsky (eds.), *Ideas into Politics. Aspects of European History*, London-Sydney-Totowa, N.J. 1984, 164 et seq.

- ⁴⁵ Especially in the U.S., prestige does nevertheless not prevent criticism; on the attacks on Realism at Yale cf. L. Kalman, *op. cit.* (note 12), 121 et seq., 132 et seq. as well as 3 below.
- ⁴⁶ Cf. the accounts and -- controversial -- interpretations in K.W. Nörr, *op. cit.* (note 44), 57 et seq.; S. Simitis, *Stolpersteine der Privatrechtsgeschichte*, RJ 8 (1989), 3 et seq., 17 et seq.
- ⁴⁷ As from the left E. Fraenkel, *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, Berlin 1927, 36 et seq.

Weimar was a Republic short on time and rich in rapid developments. The situation changed faster than it could be understood. K.W. Nörr, who has most vividly described the development of private law in the Weimar Republic, sums up critically and with resignation: Private law had been eroded as a "category", but a "theory" of its redefined position in the new political, social and economic environment had not, however, been developed⁴⁸. A different accentuation is possible. Suffering from economic and social crises, the Weimar Republic had restricted the legal system of private law by interspersing it with imperative social, employment and economic law regulations. Political theories of private law -- "left", "liberal" and "conservative" -- tried to understand the resulting situation and took it to be a practical and political challenge. They all remained powerless. The traditional classical-formalist legal approach, originating from the time of constitutional monarchy, however, was also unable to adapt its "category of private law" to the new reality.

3. The Critique of Formalism in Contract Law: Legal Realism and National Socialism

It appears to me that Friedrich Kessler played no active part in those conflicts between conservative, authoritarian, irrational-reactionary, socialist-social state and illusionary schemes found in the Weimar Republic. German controversies and the experience of discussion within the Weimar Republic must, however, have continued to prey on his mind when he left Germany and turned to American law. His personal experience of the new socialist reality⁴⁹ and the economic constraints of emigration suf-

⁴⁸ Op. cit. (note 44), 240 and 46.

⁴⁹ Cf. above note 27.

face to explain *why* he *did seek* a new direction. Quite what this new direction looked like to Kessler, already thirty-two at the time of his emigration, is another question. This question seems to me to be the most fascinating element of his academic biography.

In a form of typology of academic emigration, Lewis A. Coser⁵⁰ -- following Franz Neumann -- differentiates between three patterns of reaction: (1) A break with ones' own academic past in favour of acculturation; (2) A defence of one's own culture, which might combine itself with a form of missionary zeal and/or lead to isolation; (3) An endeavour to develop a productive synthesis out of ones' own inheritance and new experiences. - - Might Friedrich Kessler be placed within this typology? Where Neumann and Cosner relate their third pattern to legal theorists, they are certainly influenced by the example of those who -- like Franz Neumann himself, but similarly Ernst Fraenkel and Otto Kirchheimer -- addressed a different field in their later legal work and were aided in this by their earlier sociological-theoretical education.

Friedrich Kessler did not do this. Nor was he to rely upon his qualifications in private international law and in comparative law. He was instead to grapple with the substantive law of the U.S. This happened at Yale of all places. Yale was the center of Legal Realism as well being an exceptional place in other respects. The faculty was, as Laura Kalman notes⁵¹, divided amongst itself and controversial in general. In view of the political developments in Europe, not only Marxism but also Hitlerism⁵², were imputed to the Realists. The numerous studies

⁵⁰ Refugee Scholars in America. Their Impact and Their Experiences, New Haven-London 1984, 12.

⁵¹ Op. cit. (note 12), 120 et seq.

on Realism do not shed much light on the demeanour and attitudes of the new instructor, Friedrich Kessler in those days⁵³. Kalman notes that although his course on "negotiable instruments" was classed as "realistic", it belonged to the practice-oriented section of the curriculum, which was in fact rather popular amongst the students⁵⁴. In two publications at the beginning of the 1940s, however, Friedrich Kessler was to express himself in such a way as to put an end to all doubts about which particular school he belonged to (his own characteristic style will be discussed below⁵⁵). Following the decline of the New Deal, the end of World War II and after the outbreak of the Cold War with its resulting shift in public opinion in America⁵⁶, he was to publish his casebook, apparently surprising no-one with the line he took⁵⁷.

-
- 52 L. Kalman, op. cit., 121 and note 101 (at 267-68); cf. also accusations against K. Llewellyn mentioned in J. Whitman, A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code, 97 Yale L.J. 156, 170-71 (1987). A reply to the Jesuit Lucey quoted by L. Kalman is to be found in F. Kessler, Natural Law, 58.
- 53 On the subject of the specific situation at Yale, apart from the book of L. Kalman, I have looked through the "Review" of J. Singer, legal Realism Now, 76 California L. Rev. 465 (1988), the works of J. Schlegel, American Legal Realism and Empirical Social Science: From the Yale Experience, 28 Buffalo L. Rev. 459 (1979), American Legal Realism and Social Science: The Singular Case of Underhill Moore, 29 Buffalo L. Rev. 195 (1980); American Legal Theory and American Legal Education: A Snake Swallowing Its Tale, in: Ch. Joerges/ D. Trubek (eds.), Critical Legal Thought: An American-German Debate, Baden-Baden 1989, 49 et seq.
- 54 Op. cit., 137.
- 55 See section b below.
- 56 "From *Undeutsch* to Un-American" is the way in which A. Heilbut, Exiled in Paradise: German Refugee Artists and Intellectuals in America from the 1930s to the Present, Boston, Mass. 1983, 364 et seq. characterizes the effects of this change of opinion on exposed emigrants. -- On the anti-cyclic development of Yale cf. L. Kalman, op. cit. (note 12), 145 et seq.
- 57 Cf. the reviews by J. Dawson, 6 J. Legal Education 405 (1954) and F. Schultz, 22 Chicago L. Rev. 290 (1954); cf. also Kessler's review of Corbin's Contract Law, 61 Yale L.J. 1092 (1952); the introductory chapter "Contract as a Principle of Order" had already been printed in

To place Kessler's positions within the American spectrum of opinion is similarly significant in analysing his relation to legal science in Germany. Nevertheless, any interpretation of this linkage must be preceded by a clarification of a further question. What then was it that he disassociated himself from? This question refers to the juxtaposition of Kessler to the leading doctrine in national socialist Germany and to the "second culture" which continued to exist parallel to it.

a) *Friedrich Kessler and Karl Larenz*

The political system of National Socialism had no systematic commitment to particular philosophical or other theoretical guidelines. There are no canonized writings through the exegesis of which its followers could have defined a given ideology. It is evident that those authors who have attempted to furnish proof of this desired "ideological" persuasion were in fact groping in the dark and the only result is often just hollow phraseology. Nevertheless, National Socialism itself was committed to a display of its ideological foundations. Its spirit was to dominate the mind and all fields of education and instruction. As a result, a national socialist philosophy and national socialist legal thought was also desired. This demand could not be satisfied uniformly and consistently⁵⁸. There were, however, some definite reference points. These were the national-racial [*völkisch*] ideal, the conception of

M. Cohen/ F. Cohen, *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy*, Boston-Toronto 1951, 140 et seq.

⁵⁸ Cf. only M. Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin 1984, 39 et seq.; with special reference to contract law cf. B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, Tübingen 1968 (= Frankfurt a.M. 1973, 360 et seq.); H.-J. Pflug, *Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, München 1986, 151 et seq.; D. Hart in: R. Wassermann (ed.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Reihe Alternativkommentare)*, Vol. 1, Darmstadt-Neuwied 1980, vor § 16 Rz. 78 et seq.; R. Schröder, *zur Rechts-*

race associated with it and the principle of totalitarian leadership [*Führerprinzip*]⁵⁹. There were similarly theorists and legal philosophers who developed extensive systems intended to provide support for the new order. Their most prominent and most talented proponent in the field of private law was Karl Larenz. It is not and should not be the object of this study to vindicate the legal attributes of Larenz's contribution rather than Kessler's theory of contract law⁶⁰. A confrontation between the two is nevertheless important, if only because both Kessler (and Legal Realism in general) and Larenz (and National Socialism in general) were to turn against the traditions of formalist contract law. Points of departure, points of contact, and divergences may briefly be characterized in a drama of five acts⁶¹:

(i) ORIGINS AND DEFICIENCIES IN ARGUMENT

geschäftslehre in nationalsozialistischer Zeit, in: P. Salje (ed.), *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*, Münster 1985, 8 et seq.

- 59 For a concise and exact description cf. H. Rottleuthner, *Substantieller Deziisionismus. zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus*, in: *idem* (ed.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus* (ARSP Beiheft Nr. 18), Wiesbaden 1983, 20 et seq.; J. Rückert, *Das "gesunde Volksempfinden" -- eine Erbschaft Savignys?*, *Savigny Zeitschrift* (Germanistische Abteilung) 103 (1986), 199 et seq., 231 et seq.
- 60 The most thorough and important analysis is unfortunately only available in the Italian language: M. LaTorre, *La "Lotta contro il diritto soggettiva" -- Karl Larenz e la dottrina giuridica-socialista*, Mailand 1988; in German literature, cf. on the legal philosophy and methodical foundations in particular M. Stolleis, *op. cit.* (note 58), 50 et seq.; H. Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Frankfurt a.M. 1973, 217 et seq. and M. Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, Ebelsbach 1981, 178 et seq.; on contract law theory J. Schröder, *loc. cit.*, esp. 17 et seq.; on the law of general terms and conditions H.-J. Pflug, *op. cit.* (note 58), 147 et seq.
- 61 Of the numerous writings of Karl Larenz I refer in particular to: *Die Wandlung des Vertragsbegriffs*, *Deutsches Recht* 5 (1935), 488 et seq. (in the text: "Vertragsbegriff"); *Der Gemeinschaftsgedanke in der deutschen Rechtsphilosophie*, *Geist der Zeit* 19 (1941), 355 et seq. ("Gemeinschaftsgedanke"). -- With regard to Kessler's works cf. note 1 above.

Larenz: Modern contract law is a product of the "Enlightenment with its fiction of the self-sufficient individual". But: The contract presumes "reciprocal trust" which "can (only) be rooted (in) existing mutual relations" (Vertragsbegriff, 490). This understanding remains alive within the German legal tradition (Gemeinschaftsgedanke, 356⁶²).

Kessler: Modern contract law corresponds to capitalist economic rationality (Adhesion, 629-30). Freedom of contract and the overcoming of positions of status are also supported by the moral convictions of liberalism (Natural Law, 45; Vertragsrecht, 71). But formal law was in truth never entirely successful; Contract law retained elements of material rationality (Vertragsrecht 67-8).

(II) SOCIAL CRITICISM OF THE FREEDOM OF CONTRACT

Larenz: The "liberalist idea of freedom" has resulted in dependance and economic need. "The economic dominance of entrepreneurs as owners of the means of production" has made possible the dictation of working conditions. Freedom of contract has also been overturned by standard form contracts; what remains here is only the choice "to accept (these conditions) or not to conclude the contract at all". In many fields (banking, insurance, forwarding agents) there can be no talk of "real free negotiations". Freedom of contract is a "mere pretence" if "the one party has a monopoly" (Vertragsbegriff, 488-89).

Kessler: In times of economic crisis, freedom of contract in relation to working conditions is synonymous with the "misery of wide social classes" (Vertragsrecht, 74). There are rational economic reasons for the standardization of contracts. Typically, the conditions are determined by the stronger party. No choice is left to the weaker party if and when the employer has a monopoly or all competitors employ the same conditions; "they are *à prendre ou à laisser*" (Adhesion, 632).

⁶² Discussed at length e.g. in: Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Archiv für die civilistische Praxis 143 (1937) 257 et seq., 268 et seq.; Sittlichkeit und Recht. Untersuchungen zur Geschichte des deutschen Rechtsdenkens und der Sittenlehre, in: K. Larenz (ed.), Reich und Recht in der deutschen Philosophie, Vol. 1, Stuttgart 1943, 169 et seq.

An unequal distribution of property transforms the freedom of contract into a "one-sided privilege" (Vertragsrecht, 74). "Freedom of contract enables enterprises to legislate by contract and, what is even more important, to legislate in a substantially authoritarian manner. Standard contracts in particular could thus become effective instruments in the hands of powerful industrial and commercial overlords enabling them to impose a new feudal order of their own making upon a vast host of vassals" (Adhesion, 640).

(III) REACTIONS OF THE LEGAL SYSTEM

Larenz: The grievances accompanying freedom of contract in relation to employment conditions have been alleviated through forms of collective bargaining and action. But by virtue of the excesses of collective egoism this system has led "to the ruin of the economy and has endangered the continued existence of the national community [*Volksgemeinschaft*]". The National Socialists therefore replaced it with a system of conditions which were determined or at least controlled by the State (Vertragsbegriff, 488). In the employer-employee relationship itself, we recognize "a reciprocal duty of loyalty, an entrepreneur's duty of patronage [*Fürsorge*] and a duty of loyalty on the part of the vassal [*Gefolgsmann*]" (*Gemeinschaftsgedanke*, 356). Similarly, as early as the World War I the instruments of the obligation to contract and the "dictated contract" were to gain in importance for certain enterprises and in landlord and tenant law. "What used to be no more than a means to prevent the abuse of the freedom of contract, principally taken for granted, has become a means to secure the appropriate organization of community life under national socialist leadership ..." (Vertragsbegriff, 489, italics in original) Corresponding to the reciprocal duty of loyalty in employment conditions there are duties of "reciprocal consideration and harmonious co-operation". The «contractual antagonists» become «contractual comrades [*Vertragsgenossen*]»" (*Gemeinschaftsgedanke*, 356).

Kessler: With regard to employment conditions the individual contract has been replaced by mass contracts which must be negotiated with trade unions (Vertragsrecht, 76-7). Statutory provisions or official controls determine the content of many contractual stipulations (e.g. insurance law,

landlord and tenant law) (Vertragsrecht, 77). Thus, two contrary principles, "that of individual freedom and that of coercion ... (have) conquered realms where (they now rule) almost without restriction. Between these two realms, however, lie innumerable related fields ... Both principles are at work here, either as a current or as a crosscurrent ... (Vertragsrecht, 68). "But apparently, the realization of the deepgoing antinomies is too painful an experience to be permitted to raise to the full level of our consciousness ... As a result, our common law of standardized contracts is highly contradictory and confusing" (Adhesion, 633). "The elasticity of the common law, with rule and counter-rule constantly competing, makes it possible for courts to follow the dictates of «social desirability»" (Adhesion, 638).

(IV) THE LEGITIMACY OF FREEDOM OF CONTRACT AND ITS LIMITS

Larenz: "National Socialism does not restrict free will nor the initiative of the individual national comrade [Volksgenosse]; it requires him to be responsible and must therefore grant him a certain degree of genuine, dutiful freedom of choice". But these reservations "*are to be understood as consequences of the community-relatedness which is always inherent to the contract made between national comrades [Volksgenossen] and the resulting relativity in freedom of choice*". The contract implies the exercise "of a freedom of choice, granted to the national comrades [Volksgenossen] against the backdrop of the national order, and which will thus be interpreted more or less strictly, in accordance with the requirements of national life [Volkleben], and which can never be exercised other than in harmony with the national-racial [völkisch] order (Vertragsbegriff, 491, all italics in original).

Kessler: It is characteristic of the rationality of the capitalist market system "to delegate legislation to the contracting parties" (Adhesion 629; cf. Vertragsrecht 70-1). The principle of freedom of contract is after all "an expression of the principle of free self-determination and the responsibility of the individual in shaping his own destiny" (Vertragsrecht, 71). But "in large parts of our social and economic life the contract (is) no longer a private affair but a "social institution" which does not solely concern the interests of the two

contracting parties ... *Control through society* has become an important part of contract law ..." (Vertragsrecht, 78).

(v) THE TRUE CONTRACT LAW AND ITS REALIZATION

Larenz: "To be legally valid (the) contractual provision must be a concretization and materialization of the national-racial [völkisch] order. The «national-racial order» may not be seen as a rigid and inflexible framework of rules. It contains nothing but guidelines, which must constantly be further reshaped and specified if the system is to be realized as a way of life. Determination by the individual will of the contracting parties is only a secondary factor. The decisive factor is determination by the community will, which may impose itself through the law or for instance, through an order of the Public Trustee of Labour or of the representative of the Reich's Food Ministry" (Vertragsbegriff, 490⁶³). Today, the issue no longer concerns a mere restriction in the freedom to contract or in the degree to which normal principles of contract will be applied but a *change the conception of the contract*⁶⁴ itself (Vertragsbegriff, 489). It is precisely this "complete reciprocal penetration and concrete unity of the individual and the whole", of the individual will and the common will, of the sentiment of the national comrades [Volksgenossen] and the objective order which constitutes the "objective morality" of the law (Gemeinschaftsgedanke, 359-60). Law is not created by any order "but only by the will of the legislator which encompasses the nation's con-

⁶³ For a continuation which is quite congenial in this respect cf. W. Schmidt-Rimpler, *Vom System des Bürgerlichen, handels- und Wirtschaftsrechts*, (1937), in: W. Schubert (ed.), *Volksgesetzbuch. Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien*, Berlin-New York 1988, 409 et seq., 415: "Elements of the old system like contract, affiliation rights [Zugehörigkeitsrechte], companies etc." undoubtedly continued to exist. New is the fact that the individual is employed by the community as an organ [Glieder], be it through the state or through other institutions of the community, in particular of self-regulatory instances, which are guided in their decisions by the objective of integrating the individual into the community.

⁶⁴ Seen as a concrete-general conception as explained by K. Larenz in: *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, Berlin 1938, 43 et seq. and as well in his *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960, 105, 353 et seq.; cf. M. Frommel, op. cit. (note 60), 136 et seq.

ception of law as the substance of its own thought and volition"⁶⁵.

Kessler: The realistic critique of "analytical jurisprudence has made us realize that preoccupation with efforts at making the law consistent and predictable (at a high level of abstraction) may afford an easy escape from a more important task: namely, of constantly testing out the desirability, efficiency and fairness of inherited legal rules and institutions in terms of the present needs of society. Legal realism has given us a deeper understanding of the judicial process and of the art of government ... It is not the «rule of law» as such which guarantees liberty but only the rule of law within the larger framework of a liberal democracy full of strength and vitality" (Natural Law, 53).

As being, "beyond natural law and positivism": Karl Larenz correctly and confidently claimed his legal philosophy to be the "true German" position⁶⁶. Where does Friedrich Kessler stand?

b) *German Experience and Legal Realism*

His concept of contract law is above all an antithesis to national socialist legal thought. Kessler's approach to liberal law, based on English social philosophy, on Maine and Max Weber, has nothing in common with the "reality conception" of objective idealism and Larenz's organicist conception of society. This analysis of legal developments and their contradictory nature is opposed to a substantialist form of legal thought which postulates a unity, comprised of all normative elements, neither setting limits nor binding itself to any rules. The resolution of conflicts in the democratic constitutional state, effected through ordered procedures and bound by norms of jurisdiction, has a legitimacy

⁶⁵ K. Larenz, *Volkgeist und Recht. Zur Revision der Rechtsanschauung der historischen Schule*, *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie* I (1935), 40 et seq., 57.

other than that of the ethical totality of national-racial [*völkisch*] legal thought which, in case of doubt, is to be determined by the will of the Führer^{67/68}.

Cannot a case be made, however, that Kessler is at least an heir to and interlocutor with that second German legal culture, suppressed but not eliminated by, National Socialism? Adhesion contracts in particular, had already been the subject of a rather intensive discussion in the Weimar Republic. Without doubt the main pre-occupation was with the question of the legal quality of those "orders" created by standard contract terms. But just as cartel agreements were not thought to make illegitimate use of the freedom of contract⁶⁹, no points of departure for the control of the use of the freedom of contract were found in contract law⁷⁰. Nevertheless: As early as the beginning of the 1920s, O. Schreiber had identified the standard contract terms as being one-sided products, imposed through economic might⁷¹. This approach extended into the early 1930s⁷² and in 1933 Ludwig Raiser was to present his now famous "habilitation" on "The Law of Standard Contract Terms"⁷³. Interestingly, this is only

⁶⁶ Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2nd ed., Berlin 1935, 150.

⁶⁷ Thus appropriate is H. Rottleuthner's description of national socialist legal thought with the paradox of "substantial decisionism", loc. cit. (note 59), 29-30.

⁶⁸ Cf. in this context F. Kessler's analysis of the tradition of objective idealism since Plato, Natural Law, 35 et seq.

⁶⁹ Cf. D. Hart in: AK-BGB vor § 116 Rz. 116 et seq., 49; K.W. Nörr, op. cit. (note 44), 141 et seq. incl. afterword.

⁷⁰ Cf. H.-J. Pflug, op. cit. (note 58), 119 et seq. On the rulings of the Supreme Court of the German Reich cf. H.-J. Pflug, op. cit. 94 et seq. as well as D. Hart, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Justizsystem, Kronberg/Ts. 1975, 13 et seq., 22 et seq.; on the 19th century cf. R. Ogorek, Privatautonomie unter Justizkontrolle. Zur Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts (1870-1879), Zeitschrift für das gesamte Handels und Wirtschaftsrecht 150 (1986), 87 et seq.

⁷¹ O. Schreiber, Handelsbräuche, Mannheim-Berlin-Leipzig 1922.

contemporary German paper to be cited by Friedrich Kessler, although with an incorrect publication date⁷⁴.

Jutta Klapisch⁷⁵ has painstakingly investigated and documented which topoi, to be found in German and Continental papers, were reproduced in American literature. This arose, in part directly, in part indirectly through comparative legal work or the review of such studies. She notes, however, that Friedrich Kessler's pioneering early work, in particular, has numerous American forerunners⁷⁶. Was perhaps not Friedrich Kessler, but Karl N. Llewellyn the real pioneer of the change of thought in America⁷⁷? Did Kessler's innovatory impulses really stem from his wanderings between two worlds⁷⁸?

Parallels, continuities and adoptions certainly exist. Does all this make Friedrich Kessler's contract law a German legacy? Kessler had no interlocutor in German legal science as he developed his themes. Even the critical discussion with Legal Realism was -- apart from the precedents set and dicta given by Karl Llewellyn in America⁷⁹ and a notable contribution by Angèle

⁷² Afterword in H.-J. Pflug, *op. cit.*, 117-18, 153-54; K.W. Nörr, *op. cit.*, 54.

⁷³ Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Raiser's appointment as a lecturer was rejected by the ministry; his book was published though: Hamburg 1935; K. Larenz has clearly disassociated himself: *Vertragsbegriff*, *loc. cit.* (note 61), 489, note 5; 490, note 6. -- A penetrating analysis of Raiser's theoretical bases can be found in H.-J. Pflug, *op. cit.*, 117 et seq.

⁷⁴ *Contracts of Adhesion*, 631, note 7.

⁷⁵ *Op. cit.* (note 13), 30 et seq.

⁷⁶ *Op. cit.*, 58, 47 et seq.

⁷⁷ Thus J. Clutterbuck, *Karl Llewellyn and the Intellectual Foundations of Enterprise liability Theory*, 97 *Yale L.J.* 1131, 1142 et seq. (1988) as opposed to G. Priest, *The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law*, 14 *J. Legal Studies* 461 (1985).

⁷⁸ Cf. J. Whitman, *loc. cit.* (note 52).

Auburtin⁸⁰ -- restricted to emigré circles⁸¹. Through his analytical methodology and his line of argument, however, Friedrich Kessler was to prove himself to be a Realist. His works were⁸², and still are⁸³ seen in this light. They, nevertheless, betray a characteristic personal style. Friedrich Kessler is a critical Realist in his treatment of legal texts and doctrines - to such an extent that successors to Legal Realism, within the Critical Studies movement, may justly call upon Kessler to display their theorem of the vague and contradictory nature of law⁸⁴. Nevertheless, he differs from the scientific-sociological Realists of the first generation through the seriousness of his treatment of legal material, with much emphasis laid on its normative content⁸⁵. His marked interest in the "grand theory" of classical social philosophy distinguishes him from the sociological-jurisprudential-critical empiricism of such as Stewart Macaulay⁸⁶. His confidence in American

⁷⁹ Leipzig 1933.

⁸⁰ Amerikanische Rechtsauffassung und die neueren Theorien der Rechtssoziologie und des Rechtsrealismus, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 3 (1932/33), 529 et seq.

⁸¹ Cf. H. Kantorowicz, Some Rationalism about Realism, 43 *Yale L.J.* 1239 (1934); F. Morstein-Marx, *Juristischer Realismus in den Vereinigten Staaten von Amerika*, *Revue Internationale de la Théorie du Droit* 10 (1936), 28 et seq.: cf. also the review of Llewellyn's monograph by S. Kraus, 43 *Yale L.J.* 516 (1934).

⁸² Cf. the reviews mentioned in note 57 above.

⁸³ Cf. L. Kalman, *op. cit.* (note 12), 190-91.

⁸⁴ Cf. K. Klare, *Contracts, Jurisprudence and the First-Year Casebook*, 54 *N.Y.U.L. Rev.* 876, 885 et seq. (1979); C. Dalton, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, 94 *Yale L. J.* 999, 1004, 1010, 1013, 1015, 1023, 1040, 1089 (1985); J. Feinmann, *Critical approaches to Contract Law*, 30 *U.C.L.A. L. Rev.*, 829, 834-36, 848-49 (1983). Sometimes the correspondences extend to the terminology, e.g. as used by Duncan Kennedy; cf. D. Kennedy, *Form and Substance in private Law Adjudication*, 89 *Harvard L. Rev.* 1685, 1713 et seq. (1976) and the references in note 30, 1669; note 60, 1706; note 83, 1721; cf. also *idem*, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 *Maryland L. Rev.* 563, esp. 635-36 (1982). Sometimes the definitions of a critical Realism fit exactly; cf. J. Singer, *loc. cit.* (note 53), 473.

institutions is in strong contrast to the socio-critical approaches of the Critical Legal Studies movement⁸⁷. He distances himself from the methodological radicalism and value skepticism of this movement by anchoring his criticism in the moral traditions of liberal democracy.

Does Kessler then simply belong to that generation of social reform-committed pragmatists spawned by the New Deal? Possibly from the practical, "political", but hardly from the methodical point of view. George Priest⁸⁸ has -- particularly and with critical distance -- reviewed those passages of Kessler's early work which evoke the dangers to which political democracy is exposed, namely the inherently fascist structures of domination, which an economy characterized by uncontrollable power accumulation gives rise to. In these works Friedrich Kessler did indeed touch upon the fundamental political-existential experiences of his generation. In the short period between the World Wars, Germany was afflicted by social and economic crises and the United States by the Great Depression. The political demarcation line between totalitarianism and democracy which distinguished Germany from the U.S., was surely seen by Kessler both as a legal-theoretical and as a practical question. History has shown that mastering of social conflict is a fundamental prerequisite for the survival of a democratic community. The legal system which isolates itself from the social experiences of human beings, which institutionalizes the divergence between law and morality, systematically abstracting itself from the conception of justice and the legal demands of citizens, forfeits the social legitimation

⁸⁵ Cf. G. Gilmore, Friedrich Kessler, 84 Yale L.J. 672, 674-75, 680-81 (1975).

⁸⁶ Cf. the acknowledgement of Kessler's work in the "Wisconsin Contract Materials", Madison, WI 1984, Vol. I, 28-9 as well as in L. Friedman/St. Macaulay, Contract Law and Contract Teaching: Past, present, and Future, Wisconsin L. Rev. 1967, 805, 807-08.

⁸⁷ Cf. K. Klare, loc. cit. (note 84), 886-87.

upon which it depends⁸⁹. Kessler's analysis of the fundamental stances taken by legal theory in his time always includes a reconstruction of their omissions and lost opportunities. Objective idealism and positivism are thus not simply criticized in the name of a supposedly superior theoretical position. Kessler attaches as much importance to the question of which socio-political options have been developed or might be nurtured in the context of a particular area of social philosophy.

Of most importance to him are those links between classical British social philosophy and positivism in its manifestation as a theory of State and Law. Kessler rails against the stylization of the minimalist constitutional state as a precondition for a free and democratic constitution⁹⁰. Instead of this, he recalls to the utilitarianism of the early Bentham. A Bentham who wished to measure positive law against its social benefits but, nevertheless, through his individualism distinguished himself from those authoritarian tendencies of objective idealism, no matter how well-meant they always are⁹¹. It is exactly this desire, the *combination* of freedom and welfare⁹², of economic freedom, social justice and democracy, that Kessler wishes to reflect in his critique of formalism. This is why he rejects the instrumentalisation of the rule of law and constitutionally guaranteed freedoms, at the expense of the competence to regulate social matters⁹³. This lies at the root of his polemic against the formalistic understanding of the freedom of contract. This is why he opts for a form of social reform realism, a reaction which matches traditional rules and institutions to the social requirements of the present with its own

⁸⁸ Loc. cit. (note 77), 484 et seq.

⁸⁹ Cf. F. Kessler, *Natural Law*, 56.

⁹⁰ Loc. cit., 40.

⁹¹ Loc. cit., 46 et seq., cf. 38.

⁹² Loc. cit., 54.

notions of efficiency and fairness⁹⁴. The break with formalistic and positivistic conceptions of the liberal *Rechtsstaat* which is thus implied is a necessary though not sufficient prerequisite for the safeguard of democratic institutions. The overcoming of formalism through social democracy must be supported by a respect for inalienable rights and the strength of moral traditions⁹⁵. It is here that the demarcation line between the United States and Germany lies.

Is it true that the dilemma of Weimar, namely the contradictions between social democracy and the free industrial society which led their mutual destruction and to the failure of the Republic, was constantly in Friedrich Kessler's mind when he did the groundwork on his contract law? If so, then he does after all belong to that category of emigrés who blend old with new experiences, who do not fit into the two German traditions but are instead part of a third culture, a culture established in exile⁹⁶.

III. Points of Divergence and Convergence

Post-war conditions in Germany, however, were not quite that simple that the "second culture" might contact the "third

⁹³ Vertragsrecht, 75-76.

⁹⁴ Natural Law, 52.

⁹⁵ Loc. cit., 54 et seq.

⁹⁶ This thesis is indirectly confirmed in a footnote of R. Gordons review of G. Gilmore's *The Death of contract* (1974): "Professor Kessler, incidentally, is very difficult to put down with any clarifying label ... This article (*culpa in contrahendo*) and his casebook set him among the Case Law Realists, his studies of automobile dealer franchises and contracts of adhesion among the Behavioural Realists. he also has a comparative law breadth and a philosophical and social-theoretical depth, unusual in academic lawyers of any school" (*Wisconsin L. Rev.*, 1974, 1216, 1221 note 27)

culture", fashioned in exile, in order to mount a joint intellectual attack upon the "first" and thus to dissolve it. The chapter on contract law to be found in the "Festschrift in honour of Martin Wolff", published shortly before the first edition of the Casebook, is just such an example. Who in Germany could have grasped and expanded the social critique of formalism in contract law, the proposition of inconsistencies in American law, the critique of the dogmatic development of systems, the demand made of judges to articulate and justify their stance towards questions of social policy and justice?

1. Recollections

On the collapse of the Third Reich, German private law theory was confronted with a dual responsibility. Firstly, to recognize its own involvement in national socialist history and secondly, to seek a new direction. It did little to show itself capable of the first of these tasks, i.e. the confrontation of its own "fortunately negligible national socialist faction"⁹⁷. To recognize its own various degrees of involvement was apparently so painful or so unwelcome a process that it was to be mentioned only indirectly and even those who had not been compromised were to remain silent⁹⁸.

⁹⁷ Thus G. Bohmer, *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung*, 2nd book, 1st part, Tübingen 1951, 214; more details in H. Seier, *Die Hochschullehrerschaft im Dritten Reich*, in: K. Schwabe (ed.), *Deutsche Hochschullehrer als Elite*, Boppard a.Rh. 1988, 247 et seq.

⁹⁸ Cf. e.g. L. Raiser, *Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht* (Inaugural address at Götting of 1946), *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 111 (1948), 75 et seq.; J. Esser, *Über Wissen und Glauben im Kampf um das Rechtsgesetz*, *Festschrift für Gustav Bohmer*, Bonn 1954, 9 et seq. Most telling is the "Denkschrift der Leipziger Juristenfakultät" of the year 1945 now published by K. Michaelis, one of its authors (*Der Staat* 1991, 81 et seq.); in contrast to this document cf. only note 28.

The progression to the second task was initiated by Gustav Radbruch⁹⁹ in his undoubtedly honestly conceived thesis, which blamed positivism for the failings of legal science under National Socialism. This thesis distorted history¹⁰⁰. It was both unfair to positivism¹⁰¹ and similarly did not recognize the importance of a systematic anti-positivism in national socialist legal thought. It was at any rate inadequate in its examination of the practical problems which private law had faced in a democratic constitutional State. For this very reason it encouraged a view, which was in any case *de rigueur* at that time. Thus, traditions of "good law" supposedly still accessible to German legal science were brought to mind. As a direct result of National Socialist purges, neither the social-critical approaches of sociological jurisprudence, nor free law methodology, in other words the German relatives of American Realism, numbered amongst their ranks. Immediately accessible was the 19th Century perception of private law, a form of thought in part formalistic, in part historical in the sense of Savigny and unchallenged for the very reason that it insisted on the law's independence from socio-critical demands and socio-political confrontations¹⁰². Similarly revivable was the tradition

⁹⁹ Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristen-Zeitung 1946, 105 et seq.

¹⁰⁰ Meanwhile, this can hardly be denied any more; cf. M. Walther, Hat der deutsche Positivismus die deutschen Juristen im "Dritten Reich" wehrlos gemacht? The Radbruch thesis is analyzed and criticized in R. Dreier/ W. Sellert, op. cit. (note 30)+.

¹⁰¹ The question whether the convinced democrat Hans Kelsen developed a theory which corresponded to his practical-political concerns has to be differentiated from this.

¹⁰² A different view is taken by J. Esser in the preface to his "Schuldrecht" (1. ed., Karlsruhe 1949, VII): "Is it still justifiable to pass on the traditional system of obligation law [?] in a time where contract and free legal relations are overgrown by administrative interventions and obligations? What is the use of a system - unless it be in «teaching» - in a systemless environment; cf. also J. Esser's complaints about the practice of legal studies: 100 Jahre Anklageszustand über die Jurisprudenz. Zum Gedächtnis Julius H. von Kirchmanns (147), in the same, Wege der Rechtsgewinnung, Tübingen 1990, 265 et seq., 275-76. Unlike Kessler, Esser answers these questions in the affirmative and his 1st edition is closer to Williston than to Corbin.

of comparative law, founded by and associated with Ernst Rabel. The diagnoses and concepts evolved by Franz Böhm in the early 1930s¹⁰³ and the economic theory of the Freiburg school, developed partly in Germany and partly in exile, were similarly available¹⁰⁴. The neo-liberal interpretation of private law as being a constituent part of the liberal-democratic social constitution soon became both in theory and in practice the most influential non-positivist school within the new German private law theory.

All this¹⁰⁵ was to have a lasting influence upon the way in which German jurisprudence was to grapple with its own traditions and to seek for a new direction. "Ordo"-liberalism, in concert with the renewal of 19th Century private law theory, could denounce National Socialism as having been an attack on constitutional liberalism and thus brand it as a "degeneration" of German tradition. As Walter Hallstein was to write in 1946¹⁰⁶, two imperative challenges needed now to be faced. The threatened intrusion of public law into the "domain of private law" and its "de-individualization" through the subsequent restriction in individual freedom. Knut Nörr noted in 1988 that, during the Weimar years, private law had been both "externally" and "internally" threatened. State interventionist instrumentalization had provided the external threat, whilst freedom-restricting

¹⁰³ Cf. R. Wiethölter, loc. cit. (note 44), 226 et seq.

¹⁰⁴ Cf. Ch. Kruse, *die Volkswirtschaftslehre im Nationalsozialismus*, Freiburg i.Br. 1988, 60 et seq.; on W. Röpke cf. D. Haselbach, *Staat und Markt. Zur intellektuellen Biographie Wilhelm Röpkes*, *Exilforschung* 6 (1988) 123 et seq. as well as A. Nicholls, *The Other Germany - The "Neo-Liberals"*, loc. cit. (note 44).

¹⁰⁵ And, of course, the fact that "this corrupt and criminal system" (National Socialism) was replaced by another one "in almost a third of the German region [*Volksraum*] ..., a system which had been forced upon the suffering nation by a «democratic» [*volksdemokratisch*] «State authority» composed of political adventurers and national traitors serving foreign interests, fanatic ideologists and unpatriotic writers" (G. Boehmer, op. cit., note 97), 151.

¹⁰⁶ *Wiederherstellung des Privatrechts*, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1946, 1 et seq., 2.

instrumentalization had made up its internal counterpart. Private law was to receive the final blow through the break with the constitutional state in 1933¹⁰⁷. Similar patterns of interpretation may be found in the discussion on legal methodology. The Free Law critique of formalism, which in its early days regarded creative judges as being instruments for the improvement of law, was accused to have "points of contact" with National Socialism as it could not offer any alternative constructive model¹⁰⁸. Otto Behrends was to judge even more harshly. The theoretically "immature enthusiasm" of Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz, and -- in a moderate neo-Kantian way, Gustav Radbruch -- had in fact cleared the path for the anti-legalist facet of National Socialism and than been rounded off by non other than Carl Schmitt¹⁰⁹.

¹⁰⁷ K.W. Nörr, op. cit. (note 44), 13 et seq., 242-43. It was Franz Wieacker, a historian and theorist prominent before 1945, but thoughtful and thinking ahead after 1945 who tried to resolve this antagonism. In "Das Sozialmodell der klassischen Privatgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft", Karlsruhe 1953, he states that "the private law order (is no longer understood) in the original sense of an aggregate of subjective rights". This outcome had "hardly been influenced or forced by collective, political or socialist ideologies ..." (loc. cit., 20). However, with express reference to O. v. Gierke, Wieacker searches for the "real Nomos" (20), the "ethos" of the new reality, in the cooperative, in the solidarity of legal comrades [Rechtsgenossen] based on given common tasks (25) and emphasizes that an analysis is categorically independent of the frequent discussions of social market economy and centralized economy" (30 note 36). In contrast, cf. in particular Kessler's review of Corbin, loc. cit. (note 57), 1095 et seq.

¹⁰⁸ B. Rüthers, *Entartetes Recht, Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, München 1988, 206.

¹⁰⁹ O. Behrends, *Von der Freirechtsschule zum konkreten Ordnungsdenken*, in: R. Dreier/ W. Sellert, op. cit. (note 30), 34 et seq., 27 et seq., 77. The naturalist-voluntarist tendency in the school of Free Law must not be simply represented as the draw of national socialist substantialism, if only because the latter does not know the vagueness of law and the value relativism of Free Law; the national socialist popular instinct [*Volksempfinden*] that judges should follow was relieved of Free Law scruples by the *Führerprinzip* and party programme. In contrast, cf. Behrends, loc. cit., 70: "Strictly speaking, Kantorowicz -- though innocently through his undiminished confidence in public authority -- did theoretically not define the role of the judge in a differ-

If the transformation of the system of private law in the Weimar Republic is simply to be seen as a process of degeneration and the national socialist epoch is dismissed as a "time without law". Similarly, if the only result of the discussion on the methodical skepticism of Free Law is to be accepted as the conclusion that free law is no longer felt itself anchored in traditional constitutional legal bonds, the positions become really distorted. The just are to be numbered amongst those who have turned their back on the national socialist past and recalled earlier the formalist traditions. Those who once again address the questions abandoned in 1933 and seem to disagree with the new clarity are thus "objectively" close in spirit to the national socialist legal tradition¹¹⁰. Finally, the exponents of that "third culture" who have most firmly rejected the teachings of the "first", remain emigrés even from the intellectual point of view.

2. Evolution

Tempora mutantur. Changes have been rung in the legal science and legal policy of Germany as well that of America. Attitudes towards that conception of law, embodied in the works of Friedrich Kessler, have similarly changed. References to his works can now be found in German literature. In enterprise lia-

ent manner than the brilliant Carl Schmitt or the robust Dr. Roland Freisler"; this thesis is not supported by the points of reference quoted by him (cf. esp. the reference to the consistency and binding influence of the new ideology in Löwisch, *ibidem*, 43), not to mention the fact that Behrends did not sufficiently take into account the reorientation of the Free Law movement in the Weimar Republic. On the question in general cf. also D. Grimm, Die "Neue Rechtswissenschaft". Über Funktion und Formation nationalsozialistischer Jurisprudenz, in: P. Lundgreen (ed.), *Wissenschaft im Dritten Reich*, Frankfurt a.M. 1985, 31 et seq., 39-40.

¹¹⁰ Cf. the criticism of J. Esser who had pointed out links with the American legal tradition in "Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts" (Tübingen 1956) in H. Hattenhauer, Wand-

bility in particular, he was not only to prepare the way in the U.S.¹¹¹.

Changes are, however, not only confined to the situation. Friedrich Kessler himself has also changed. That almost dramatic tension which characterized all his early work is no longer to be found in his more recent publications. His line of argument appears to be more positivist, more guarded, more conservative and indeed even uncertain. In the more recent editions of his casebook, the sections on anti-trust law and employment law which analyze social control in contract law have been shortened or have disappeared altogether. Grant Gilmore reports that Kessler abandoned a project to revitalize Corbin's contract law in the 1960s¹¹². In contrast to this, the analysis of the "Contract as a Principle of Order" in the introduction to the casebook has become evermore extensive. For this very reason it has also suffered, becoming evermore pluralistic and thus evermore vague¹¹³. Do all these facts not point to a conceptual crisis? Has Friedrich Kessler's original programme proven unfeasible, thus compelling him to retreat from those positions taken in the 1940s? I would like to examine this question with reference to Kessler's comments on the contract law of vertically integrated distribution systems

lungen des Richterbildes im 19. und 20. Jahrhunderts, in: R. Dreier/ W. Sellert, *op. cit.* (note 30), 9 et seq., 30.

- ¹¹¹ Cf. S. Simitis, Soll die Haftung des Produzenten gegenüber dem Verbraucher durch Gesetz, kann sie durch richterliche Fortbildung des Rechts geordnet werden? In welchem Sinne?, Gutachten zum 47. DJT, Vol. I München 1968, C 4 et seq., who has made extensive use of Kessler's relevant works.
- ¹¹² G. Gilmore, Friedrich Kessler, 85 Yale L.J. 672, 674-75 (1975).
- ¹¹³ Cf. also J. Köndgen, Friedrich Kessler -- ein Grenzgänger zwischen den Disziplinen (contribution to the above (note **) mentioned conference.

a) *Freedom of Contract and Economic Power*

"Vertical integration by contract" might be said to have exemplary significance since this subject extends to all dimensions of Kessler's studies of contract law. The contractual organization of long-term distribution systems establishes private "order structures". This has resulted in judicial and other regulative "constraining" incursions into contract law, implying nothing other than the control and controllability of the economy.

Kessler's early studies of the problem make dramatic reading. He wanted to identify just how the informal power to make law, which arises out of freedom of contract, is exercised. Which legal "orders" with which substantive content are created in the name of this freedom of contract? His thesis is as follows: If the instrument of contract is used to organize a long-term sales relationship in such a way that the one party may set the terms and modify them unilaterally, whilst the other becomes economically and existentially dependent on that first party, the resulting relationship is one of "rule and subjugation" -- the contract establishes a neo-feudalist structure¹¹⁴; if the influence of the manufacturer, through standardized contracts, reaches beyond the commercial level down to the ultimate buyer, freedom of contract then becomes an instrument for the development and strengthening of industrial centers of power¹¹⁵. The self-creation of law by the economy, which cannot be legitimized by democratic standards, has led to substantially fascist structures within industrial capitalism¹¹⁶.

¹¹⁴ Contracts of Adhesion, 640.

¹¹⁵ Loc. cit., 632.

¹¹⁶ Natural law, 33.

b) *Economic Power and Law in Democracy*

It is thus no coincidence that Kessler in the 1950s devoted himself, and with so much energy, to the problems of vertical integration¹¹⁷. Disappointment, however, lies in store for anyone who dissects his later works in the hope that his programme of the 1940s will be executed there¹¹⁸.

Kessler continues to believe that contractual forms of vertical integration establish legal relations between very unequal parties. It would be surprising were the stronger party not to make use of his preferential negotiating position and too simple to dismiss this with reference to the dealer's freedom to conclude the contract¹¹⁹. Nevertheless, this alone cannot suffice to legitimize requests made for protection by weaker contracting parties. In particular, franchisors and franchisees have parallel interests in anti-competitive practices, and legal intervention which strengthens the commercial level is always in danger of counteracting objectives of anti-trust law¹²⁰. Finally, it can safely be assumed that the franchisor, who is indeed the stronger party in internal franchising relations, will bear in mind external relations to the franchise system and safeguard the interests of consumers in his

¹¹⁷ Automobile Dealer; Competition (note 1); cf. also *Der Konflikt zwischen Antitrustrecht und Vertragsfreiheit im Automobilvertrieb im nordamerikanischen Recht*, Festschrift für Ludwig Raiser, Tübingen 1974, 437 et seq. (in further references: *Automobilvertrieb*).

¹¹⁸ G. Priest, loc. cit. (note 77), 484 et seq. treats the early and later works of Kessler as a coherent whole and uses the interpretative framework of the 1940s on all positive-innovatory comments. In my opinion, it is important to emphasize both the continuity and the evolution of Kessler's positions.

¹¹⁹ *Automobile Dealer*, 1140-41, 1155; *Automobilvertrieb*, 437 et seq., 465; also illuminating is the reference to *culpa in contrahendo* for the control of policies regarding the forming of franchise relations: F. Kessler/ E. Fine, loc. cit. (note 10), 424 et seq.

¹²⁰ *Automobile Dealer*, 1156 et seq.; *Automobilvertrieb*, 476; *Competition*, 107.

dealings with the franchisee and at any rate will not employ his economic might to "kill the goose that laid the golden eggs"¹²¹.

The problems which any legal assessment thus faces are in fact a function of the subject itself. In other words, the situation is itself a problem, its complexity determined by the mass and divergence of interests of manufacturers, dealers, and consumers. In my opinion, the search for Friedrich Kessler's *credo* within legal theory ends in the recognition of the way in which he sought to find a solution to this clash of interests "*in the law*". His attitude to the law is above all characterized by an unsurpassable conscientiousness. The Standard Stations decision of the Supreme Court¹²² could not have been taken more seriously, the changes in the history of anti-trust law and contractual case law could not have been traced more accurately, the legislative history and systematic structure of the Automobile Dealer Day in Court Act¹²³ could not have been evaluated more conscientiously than was done by Friedrich Kessler¹²⁴. But the depth of this analysis also reveals incoherences in anti-trust law, which vacillates between the protection of the competitor and the protection of competition without ever being able to decide on a clear and final position¹²⁵. It highlights the indeterminacy inherent to legislation, the willingness to compromise which often leaves the interpreter at a loss¹²⁶. It points clearly to the advantages and disadvantages of a transfer of the task of balancing these interests to the judiciary¹²⁷, the advantages and disadvantages of the administration

121 Automobile Dealer, 1140; *Automobilvertrieb*, 474.

122 *Standard Oil Co. v. United States*, 337 U.S. 293 (1949).

123 70 Stat. 1125 (1956).

124 *Automobile Dealer*, 1167 et seq.; *Competition*, 103 et seq.

125 *Competition*, 48 et seq.

126 *Loc. cit.*, 105.

127 *Loc. cit.*, 103.

of cartel law by the state as opposed to giving *locus standi* to individuals.

In the final analysis, however, the interpreter cannot help but reveal his own preferences. This is the time to pay careful attention. Kessler's and Stern's rejection of the injury-to-competitors standard¹²⁸ arises out of a particular conception of competition. This conception introduces neither Hayek's freedom of competition nor the efficiency concept of the Chicago school into the law. The compatibility of the private anti-trust claims made by dealers (franchisees) with general competition policy objectives might well be safeguarded by ensuring these claims are also in the interests of the consuming public¹²⁹. This does not, however, imply that their legal rights are rendered invalid by the "public interest" and that the protective standards of the Dealer's Day in Court Act must be interpreted restrictively in the interest of competition policy and according to the standards set by it. On the other hand, the special protection extended by law must not be carried to a point whereby the relationship between franchisors and franchisees is transformed into a fixed status relationship and thus counteracts the advantages of flexible contractual forms of integration.

Nevertheless, Kessler is never prepared to present a correct solution in a form of dogmatically consistent system. The interpreter might well take part in the search for rules and principles which guarantee the protection of the dealer's independence without denying the interests of manufacturers and consumers in the efficiency of distributive systems. He may not, however, claim prior knowledge of just how these conflict constellations

¹²⁸ Automobile Dealer, loc. cit., 50, 99, cf. 78-9.

¹²⁹ Automobile Dealer, loc. cit., 50, 99, cf. 78-9.

will develop and exactly how the parties concerned will use their rights.

3. Friedrich Kessler's Message

Kessler's work on contract law in the automobile sector and on vertical integration reveals typically American virtues. An interdisciplinary approach which analyses research developments in the field of economics competently and confidently; similarly, patience and accuracy in the analysis of legal developments; furthermore, an understanding of the practical-strategic dimensions in the application of law; finally, caution and pragmatism in the presentation of conclusions. Has Kessler thus outgrown the controversial stances found in his early work? Have we witnessed the transfiguration from social reformer to a theorist of market orders? Do concentrations of power in the economy no longer give cause for alarm? Should one tolerate the extraordinarily asymmetrical positions of manufacturers and dealers, franchisors and franchisees? In more general terms: Has Kessler simply become an outstanding ambassador of American legal culture? Are his works in fact so instructive to us, simply because he has continued to pursue his study of comparative law and his intimate knowledge of German law predestined him for the role of a transatlantic mediator?

It seems obvious to me that such leading questions cannot serve to adequately describe Kessler's stance. Certainly, his more recent works on vertical integration and the law pertaining to authorized dealers, discussed above, are clearly distanced from his original preoccupation with the dichotomy between freedom and constraint and power and law. This in so far as they treat these contradictions as inevitable characteristics of law in a

democratic society. They accept the pluralism of legal directions without any systematic attempt to bind these directions together. In recalling the spirit of social reform which imbued the New Deal and the belief that society might be changed through law, one might be tempted to term these "new" characteristics revisionist. Nevertheless, I believe that these differences do not arise out of the abandonment of earlier concerns but rather out of a process of reorientation incorporating practical experiences and theoretical insights.

In 1974, Grant Gilmore, co-author of Kessler's case book, proclaimed the death of contract¹³⁰. Friedrich Kessler has never subscribed to such provocation, not even in his earlier works where he was to sharply criticize the formalist treatment of freedom of contract¹³¹. He has always regarded freedom of contract as being an extremely pragmatic achievement¹³². His later works on *culpa in contrahendo*, on consumer protection in the law on the sale of goods and product liability¹³³, all bank on the rosy future of the contract. His polemic against substantive neo-feudalism in contracts of adhesion¹³⁴ is not to be read as a rejection of flexible forms of contractual integrations. Nor is it to be seen a defensive of legislative incursions which would simply reproduce traditional forms of vertical integration¹³⁵. Sympathy for the independence of the entrepreneur is not a sufficient justification for playing off classical principles of contract law against the effectiveness of long-term commitments¹³⁶. The same points might be made with regard to Friedrich Kessler's attitude to com-

¹³⁰ G. Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio 1974.

¹³¹ Cf. *Der Schutz des Vertrauens*, loc. cit. (note 9), 889, note 52.

¹³² *Contracts of Adhesion*, 630.

¹³³ *Products Liability*, 76 *Yale L.J.* 887 (1987).

¹³⁴ *Contracts of Adhesion*, 630.

¹³⁵ *Automobile Dealer*, 1189.

petition. In 1943, he similarly described the freedom of contractual action in the interplay of market forces as a right which might not be renounced¹³⁷. His criticism was not aimed at the abolishment of the market system but at the erosion of competitive freedoms¹³⁸. His later comment on the clash of interests between automobile manufacturers and dealers ends with a warning of a possible further consolidation of protective positions in organized systems of distribution and a recommendation that the discovery of efficient structures of distribution might best be left to market processes¹³⁹.

When transported to the German arena, Kessler's work on vertical integration and automobile franchising was once again, and in three respects, to prove premature: It expanded the analysis of "symptoms of concentration of power in the tertiary sector"¹⁴⁰ earlier than any comparable German studies¹⁴¹. It neither "solved" the conflict between freedom of competition and free-

¹³⁶ Loc. cit., 1150 et seq.; on parallels to the German contract law tradition cf. E. Schanze, *Symbiotic Contracts: Exploring Long-Term Agency Structure between Contract and Corporation*, in: Ch. Joerges (ed.), *Franchising and the Law: Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*, Baden-Baden 1991, 67 et seq., 78 et seq.

¹³⁷ *Contracts of Adhesion*, 630.

¹³⁸ Loc. cit., 640.

¹³⁹ *Automobile Dealer*, 1169.

¹⁴⁰ A. Schüller, *Vermachtungerscheinungen im tertiären Sektor*, *Ordo* 19 (1968), 171 et seq.

¹⁴¹ Two examples: Only ten years later the subject of the problems of "vertical integration by contract" was taken up by P. Ulmer in his seminal monograph (*Der Vertragshändler. Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren*, München 1969). Ulmer's study of vertical distribution is as penetrating as Kessler's analysis and like Kessler, he considers all the subjects concerned in his description of distribution systems. It is not only the time factor but also factual difference which creates a distance. Ulmer's object is a systematization which overcomes the collisions of contradictory principles and perspectives of regulation and he attains this systematic unity because he is prepared to accept the status relations against which Kessler protested in the name of freedom of contract and competition (loc. cit., esp. 408 et seq.) M. Martinek proceeds in a similar way (*Franchising. Grundlagen der zivil- und wettbe-*

dom of contract in favour of an unrealistic theoretical concept nor did it avoid the issue by assigning to the dealer (franchisee) paternalistically a protected status within the relationship. It furthered the debate on the possible effectiveness of and limitations in regulatory law prior to the German efforts to socially based incursions into private law which then had to be replaced by the search for more thoughtful forms of juridification¹⁴².

Anticipatory inopportuneness in so many respects is in itself quite remarkable. One last inopportune element within Friedrich Kessler's attitude to contract law remains to be clarified, his interest in the contract. Speculation on this subject is hazardous but hardly avoidable. Can this interest only be properly understood if one shares in the conviction that autonomy and justice might be reconciled? Must one understand the freedom to develop social relations to be a civil right which cannot equalize economic asymmetries but can nonetheless reconcile the liberal character of contractual action with social dependencies and responsibilities?

Whilst there might be a *causa* for such hopes within Kessler's work on the contract he certainly qualifies this hope with his doubt that such a vision might be able to practically assert itself. His faith in the contract is expressed through his constant criticism of that very same instrument. His work for the law is work on the law, the prudent and thorough analysis of its

werksrechtlichen Behandlung der vertikalen Gruppenkooperation beim Absatz von Waren und Dienstleistungen, Heidelberg 1987). His object is to identify a coherent system of the law of distribution on the basis of the "type conception" [*Typus*]; this leads him to a re-instating of status-relationships (op. cit., esp. 308 et seq.).

¹⁴² Cf. the discussion report and the analysis in G. Teubner, *Juridification -- Concepts, Aspects, Limits, Solutions*, in: *idem* (ed.), *Juridification of Social Spheres*, Berlin-New York 1987, 3 et seq.

imperfections. It is this which I understand to be Friedrich Kessler's message to German legal science.



EUI WORKING PAPERS

EUI Working Papers are published and distributed by the
European University Institute, Florence

Copies can be obtained free of charge – depending on the availability of
stocks – from:

The Publications Officer
European University Institute
Badia Fiesolana
I-50016 San Domenico di Fiesole (FI)
Italy

Please use order form overleaf

Publications of the European University Institute

To The Publications Officer
 European University Institute
 Badia Fiesolana
 I-50016 San Domenico di Fiesole (FI)
 Italy

From Name

 Address

- Please send me a complete list of EUI Working Papers
- Please send me a complete list of EUI book publications
- Please send me the EUI brochure Academic Year 1992/93

Please send me the following EUI Working Paper(s):

No, Author

Title:

No, Author

Title:

No, Author

Title:

No, Author

Title:

Date

Signature



EUI Working Papers as from 1990

As from January 1990, the EUI Working Papers Series is divided into six sub-series, each series is numbered individually (i.e. EUI Working Paper HEC No. 90/1; ECO No. 90/1; LAW No. 90/1; SPS No. 90/1; EPU No. 90/1; ECS No. 90/1).

Working Papers in Law

LAW No. 90/1

David NELKEN
The Truth about Law's Truth

LAW No. 90/2

Antonio CASSESE/Andrew
CLAPHAM/Joseph H.H. WEILER
1992 – What are our Rights?
Agenda for a Human Rights
Action Plan

LAW No. 90/3

Sophie PAPAETHYMIU
On a "Constructivist
Epistemology of Law"

LAW No. 90/4

Joachim WÜRMEILING
Legislativer Trilog im Institution-
ellen Dreieck der Europäischen
Gemeinschaft. Das Verfahren der
Zusammenarbeit nach Artikel
149 Absatz 2 EWGV.

LAW No. 90/5

Renaud DEHOUSSE
Représentation territoriale et
représentation institutionnelle:
réflexions sur la réforme du Sénat
belge à la lumière des expériences
étrangères

LAW No. 90/6

J. KORTE (ed.)/
A. E. KELLERMANN/
W. M. LEVELT-OVERMARS/
F. H. M. POSSEN
Primus Inter Pares: The European
Court and National Courts.
The Follow-up by National Courts
of Preliminary Rulings

ex Art. 177 of the Treaty of
Rome: A Report on the Situation
in the Netherlands

LAW No. 90/7

Reiner GRUNDMANN
Luhmann Conservative, Luhmann
Progressive

LAW No. 90/8

Bruno DE WITTE
The Integrated Mediterranean
Programmes in the Context of
Community Regional Policy *

LAW No. 90/9

Anne-Laurence FAROUX
Le Ministère de la Culture en
France: Création et organisation

* * *

LAW No. 91/10

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 1
Christian JOERGES
*The Juridification of Product
Safety Policy*

LAW No. 91/11

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 2
Gert BRÜGGEMEIER/
Hans-W. MICKLITZ
*Product Safety Legislation
in France and in the United
Kingdom*

LAW No. 91/12

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 3

Gert BRÜGGEMEIER/
Josef FALKE/Christian JOERGES
*Product Safety Legislation in the
Federal Republic of Germany and
in the United States*

LAW No. 91/13

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 4

Josef FALKE/Christian JOERGES
*"Traditional" Harmonisation
Policy, European Consumer Pro-
tection Programmes and the New
Approach*

LAW No. 91/14

Christian JOERGES (ed.)
European Product Safety, Internal
Market Policy and the New Approach to
Technical Harmonisation and Standards
Vol. 5

Christian JOERGES/
Hans-W. MICKLITZ
*Internal Market and Product
Safety Policy*

LAW No. 91/15

Christian JOERGES
Markt ohne Staat? Die
Wirtschaftsverfassung der Ge-
meinschaft und die Renaissance
der regulativen Politik

LAW No. 91/16

Erk Volkmar HEYEN
Systemic Interference and Social
Segmentation of Scientific Legal
Discourse: Some Theoretical
Perspectives and Empirical
Results in the Field of Continental
Administrative Law

LAW No. 91/17

Andrea SCHULZ
Verfassungsrechtliche Grundlagen
der auswärtigen Kulturpolitik

LAW No. 91/18

Hans-W. MICKLITZ
Internal Legal Instruments for the
Regulation and Control of the
Production and Use of Chemicals
and Pesticides

LAW No. 91/19

Hans Ulrich Jessurun
d'OLIVEIRA
Class Actions in Relation to
Cross-Border Pollution.
A Dutch Perspective

LAW No. 91/20

Luis María DíEZ-PICAZO/
Marie-Claire PONTTHOREAU
The Constitutional Protection of
Social Rights: Some Comparative
Remarks

LAW No. 92/21

Aidan O'NEILL/Jason COPPEL
The European Court of Justice
Taking Rights Seriously?

LAW No. 92/22

Massimo LA TORRE
Linguaggio giuridico e realtà
sociale. Note sulla critica
realistica del concetto di diritto
soggettivo

LAW No. 92/23

Renaud DEHOUSSE
Integration v. Regulation?
Social Regulation in the European
Community

LAW No. 92/24

José Engrácia ANTUNES
Le Groupe de Sociétés
La crise du modèle légal classique
de la Société Anonyme

LAW No. 92/25

Christian JOERGES
Geschichte als Nicht-
Geschichte: Unterschiede zwischen
Friedrich Kessler und der
deutschen Rechtswissenschaft

History as Non-History:
Divergences and Time Lag
between Friedrich Kessler and
German Jurisprudence

