

NICO SCHRÖTER

# Pfadabhängigkeit und Recht

*Rechtstheorie · Legal Theory*

---

**Mohr Siebeck**

# Rechtstheorie · Legal Theory

herausgegeben von

Thomas Gutmann, Tatjana Hörnle und Matthias Jestaedt

9





Nico Schröter

# Pfadabhängigkeit und Recht

Rechtswissenschaftliche Rezeption  
eines sozialwissenschaftlichen Konzepts

Zugleich ein Theorieangebot  
zur Erklärung informeller Strukturbildung im Recht

Mohr Siebeck

*Nico Schröter*, geboren 1991; Studium der Rechtswissenschaft an der Bucerius Law School in Hamburg und der University of California (Hastings College of the Law); 2014 Erste Juristische Prüfung; 2016 LL.M. an der London School of Economics and Political Science (LSE); Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung an der Bucerius Law School; 2023 Promotion; Rechtsreferendariat am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg; 2023 Zweites Juristisches Staatsexamen; Rechtsanwalt in Hamburg. [orcid.org/0009-0002-7026-5736](https://orcid.org/0009-0002-7026-5736)

Förderung der Drucklegung durch die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg.

ISBN 978-3-16-162790-3 / eISBN 978-3-16-162791-0

DOI 10.1628/978-3-16-162791-0

ISSN 2629-723X / eISSN 2629-7248 (Rechtstheorie · Legal Theory)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Times Antiqua gesetzt und von Laupp & Göbel in Gormaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintertrimester 2023 von der Bucerius Law School in Hamburg als Dissertation angenommen; die mündliche Prüfung fand am 26. Juni 2023 statt. Meinem Erstgutachter und Doktorvater, Professor Michael Fehling, danke ich ganz herzlich für die Betreuung des Promotionsvorhabens, seine stete Unterstützung sowie dafür, immer ausreichend Zeit für Fragen und Diskussionen gehabt zu haben. Professor Felix Hanschmann danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Großer Dank gebührt zudem zahlreichen Freunden und Freundinnen, Kolleginnen und Kollegen für die Diskussion und Durchsicht des Manuskripts dieser Arbeit in den verschiedenen Stadien seines Entstehens. Insoweit ist zunächst Lisa Hamacher zu nennen, welche mir überhaupt erst die Inspiration für das Thema gab. Den Mitgliedern meines Dissertationskreises – Shpetim Bajrami, Kerstin Geppert und Lena Zagst – danke ich für einen besonders häufigen und intensiven Austausch. Darüber hinaus gilt mein Dank insbesondere Anna Brinkschmidt, Bruno Gebhardi, Constantin Glaesner, Jan Grosche, Matthias Münder, Philipp Overkamp, Matthias Schindlbeck, Miriam Tormin und Johannes Wölfl. Für Unterstützung gerade in der Schlussphase der Arbeit danke ich ganz besonders meiner Freundin, Ann-Kathrin Meyer.

Darüber hinaus möchte ich der Studienstiftung des deutschen Volkes für die großzügige Förderung meines Promotionsvorhabens sowie der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses danken.

Ein letzter, besonderer Dank gilt meinen Eltern, die mir meinen bisherigen Werdegang ermöglicht haben und mir dabei stets die Freiheit gaben, neugierig zu sein. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Januar 2024

*Nico Schröter*



# Inhaltsübersicht

Einleitung .....	1
<i>Kapitel 1:</i> Interdisziplinarität und die Rezeption fremder Theorie .....	3
Teil 1: Begriff und Konzept der Pfadabhängigkeit	
<i>Kapitel 2:</i> Ursprung des Konzepts in den Wirtschaftswissenschaften .....	20
<i>Kapitel 3:</i> Pfadabhängigkeit bei Institutionen .....	35
<i>Kapitel 4:</i> Rezeption des Konzepts in den Gesellschaftswissenschaften ...	51
Teil 2: Pfadabhängigkeit als Rezeptionsgegenstand	
<i>Kapitel 5:</i> Möglichkeiten einer rechtswissenschaftlichen Rezeption .....	76
<i>Kapitel 6:</i> Bisherige rechtswissenschaftliche Rezeption der Pfadabhängigkeit .....	89
<i>Kapitel 7:</i> Ein Arbeitskonzept der Pfadabhängigkeit .....	102
Teil 3: Pfadabhängigkeit bei der Rechtsanwendung	
<i>Kapitel 8:</i> Rechtsanwendung aus der Perspektive der Pfadabhängigkeit ...	112
<i>Kapitel 9:</i> Pfadabhängigkeit in der Rechtsprechung .....	131
<i>Kapitel 10:</i> Pfadabhängigkeit bei der behördlichen Rechtsanwendung ...	183
Teil 4: Pfadabhängigkeit in der Rechtsdogmatik	
<i>Kapitel 11:</i> Rechtsdogmatik aus der Perspektive der Pfadabhängigkeit ...	210
<i>Kapitel 12:</i> Rückkopplungsmechanismen bei der Dogmatikentwicklung ..	230
<i>Kapitel 13:</i> Erkenntnispotenziale der Pfadabhängigkeit für die Rechtsdogmatik .....	250
Teil 5: Synthese – Pfadabhängigkeit und Recht(swissenschaft)	
<i>Kapitel 14:</i> Pfadabhängigkeit und Recht – ein (vorläufiges) Fazit .....	268
<i>Kapitel 15:</i> Pfadabhängigkeit als Beispiel theoretischer Interdisziplinarität	287
Abschließendes Fazit .....	293
Zusammenfassung und Thesen .....	295



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Inhaltsübersicht .....	IX
Abbildungsverzeichnis .....	XXIII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXV
Glossar .....	XXXI

<i>Einleitung</i> .....	1
-------------------------	---

<i>Kapitel 1: Interdisziplinarität und die Rezeption fremder Theorie</i> .....	3
I. Interdisziplinaritätsdiskurs(e) in der Rechtswissenschaft .....	3
1. Kontext: Interdisziplinarität und die Frage der eigenen disziplinären Identität .....	5
2. Standortbestimmung: Plurales Rechtswissenschaftsverständnis .....	8
II. Speziell: Die Rezeption nachbarwissenschaftlicher Theorie .....	10
1. Ziele theoretischer Interdisziplinarität .....	11
2. Rezeption und die Komplexität nachbarwissenschaftlicher Begriffe .....	12
3. Vorbehalte gegen Interdisziplinarität .....	14
III. Anliegen und Gang der Arbeit .....	15
1. Pfadabhängigkeit: Begriff und Konzept .....	16
2. Erkenntnisinteresse: Rezeptionsmöglichkeiten und -potenziale .....	16
3. Gang der Untersuchung .....	17
4. Ansatz intradisziplinärer Offenheit .....	18

## Teil 1

### Begriff und Konzept der Pfadabhängigkeit

<i>Kapitel 2: Ursprung des Konzepts in den Wirtschaftswissenschaften</i> ..	20
I. Steigende Erträge und Pfadabhängigkeit bei Technologien .....	21
1. QWERTY .....	21
2. Positive Rückkopplungen als Ursache von Pfadabhängigkeit .....	23
a) Dynamische Prozessmodelle und stochastische Pfadabhängigkeit .....	23

b) Steigende Erträge als positive Rückkopplungen .....	26
aa) Gründungskosten und Skaleneffekte .....	26
bb) Lerneffekte .....	27
cc) Netzwerkeffekte .....	28
dd) Adaptive Erwartungen .....	28
c) Implikationen positiver Rückkopplungen für technologische Diffusionsprozesse .....	29
aa) Positive Implikationen: Prozess- und Verlaufseigenschaften ..	29
bb) Normative Implikation: Mögliche Ineffizienz .....	30
II. Steigende Erträge und positive Rückkopplungen in anderen Kontexten .....	32
III. Frühe Pfadabhängigkeit und ökonomische Theorie .....	33
 <i>Kapitel 3: Pfadabhängigkeit bei Institutionen</i> .....	35
I. Zum Begriff der Institution .....	35
II. Neo-Institutionalismus in den Gesellschaftswissenschaften .....	37
III. Die Pfadabhängigkeit von Institutionen nach North .....	41
1. Positive Rückkopplungen bei Institutionen .....	41
a) Gründungskosten .....	42
b) Koordinations- und Komplementaritätseffekte .....	42
c) Individuelles Lernen und Machtausübung .....	44
d) Subjektive mentale Modelle .....	45
2. Implikationen positiver Rückkopplungen für institutionelle Entwicklungsprozesse .....	46
a) Positive Implikation: Keine Konvergenz institutioneller Entwicklung .....	46
b) Möglichkeit inkrementellen Wandels .....	47
c) Normative Implikation: Stabilität auch ineffizienter Institutionen	47
3. Institutionelle Pfadabhängigkeit: Kontinuitäten und Akzentverschiebungen .....	48
 <i>Kapitel 4: Rezeption des Konzepts in den Gesellschaftswissenschaften</i>	51
I. Adaption und Diversifizierung des Konzepts .....	51
1. Organisationstheorie: Pfadabhängigkeit von Organisationen und Routinen .....	52
a) „Berliner Modell“ der Pfadabhängigkeit in Organisationen .....	53
b) Erkenntnisse der organisationstheoretischen Adaption des Konzepts .....	54
c) Spontane Ordnungsbildung und Hierarchie .....	55

2. Politikwissenschaft: Pfadabhängigkeit, kollektives Handeln und Macht . . . . .	56
a) Verbindung mit Problemen kollektiven Handelns . . . . .	57
b) Einbeziehung selbstverstärkender Machtasymmetrien als positive Rückkopplung . . . . .	58
3. Historische Soziologie: Legitimatorische Rückkopplungen . . . . .	59
4. Systemanalyse: Pfadabhängigkeit von Systemen und funktionale Rückkopplungen . . . . .	61
II. Kritik am Pfadabhängigkeitskonzept: Pfadabhängigkeit und Wandel . .	62
III. Erweiterung der mit Pfadabhängigkeit verbundenen Erkenntnisinteressen . . . . .	65
1. Von Pfadabhängigkeit zu Pfadkreation: Bedingungen von Wandel . .	65
2. Bewusst herbeigeführte Pfadabhängigkeit: Verhinderung von Wandel . . . . .	67
IV. Verwässerung des Pfadabhängigkeitsbegriffs . . . . .	67
1. Verbindung der Pfadmetapher mit Ereignis-zentrierten Erklärtraditionen . . . . .	68
2. Loslösung des Begriffs von Mechanismen positiver Rückkopplung. .	70
3. Verlust des Erklärwerts und Gefahr der Banalisierung als „history matters“ . . . . .	70
V. Zwischenfazit: Was ist Pfadabhängigkeit? . . . . .	71

## Teil 2

## Pfadabhängigkeit als Rezeptionsgegenstand

<i>Kapitel 5: Möglichkeiten einer rechtswissenschaftlichen Rezeption . . .</i>	76
I. Rezeptionsfähige Pfadabhängigkeitsverständnisse . . . . .	76
1. Rezeption als adjektivische Metapher oder metaphorischer Begriffskomplex . . . . .	76
2. Rezeption als positives Erklärungskonzept . . . . .	78
a) Pfadabhängigkeit zur Bezeichnung von Prozessen mit positiven Rückkopplungen . . . . .	79
b) Weitergehende (methodologische) Spezifizierung? . . . . .	79
3. Rezeption zur normativen Analyse? . . . . .	81
a) Kein intrinsisches Kriterium zum Vergleich von Pfadvarianten . . .	81
b) Kein juristisches Vergleichskriterium und Optimierungserwartung . . . . .	82
c) Mögliche Hyperstabilität rechtlicher und außerrechtlicher Prozesse? . . . . .	83

II. Berührungspunkte von Pfadabhängigkeit und Recht(swissenschaft) . . .	84
1. Recht und außerrechtliche Pfadabhängigkeiten . . . . .	84
2. Pfadabhängigkeit als Analysefolie für rechtliche Prozesse . . . . .	85
a) Prozesse formell-institutioneller Entwicklung . . . . .	85
b) Informelle Strukturbildung im Recht . . . . .	85
c) Speziell: Strukturbildung bei der Rechtsanwendung und Rechtsdogmatik . . . . .	86
aa) Informelle Strukturbildung bei der Rechtsanwendung . . . . .	86
bb) Rechtsdogmatik als Fall informeller Strukturbildung . . . . .	87
III. Zwischenergebnis: Rezeptionspotenziale und -räume . . . . .	88
<i>Kapitel 6: Bisherige rechtswissenschaftliche Rezeption der Pfadabhängigkeit . . . . .</i>	<i>89</i>
I. Die „Pfad“-Metapher und die metaphorische Pfadabhängigkeit des Rechts . . . . .	90
II. Rezeption des Konzepts im anglo-amerikanischen Schrifttum . . . . .	93
1. Pfadabhängigkeit des Common Law . . . . .	93
2. Pfadabhängigkeiten jenseits des Common Law . . . . .	97
III. Auch anspruchsvollere Rezeptionsansätze im deutschsprachigen Schrifttum . . . . .	99
1. Bezugnahme auf die anglo-amerikanische Rezeption . . . . .	99
2. Pfadabhängigkeit in der rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung . . . . .	99
3. Assistententagung Öffentliches Recht 2016 . . . . .	100
IV. Zwischenergebnis: Oft unterkomplexe Rezeption in der Rechtswissenschaft . . . . .	101
<i>Kapitel 7: Ein Arbeitskonzept der Pfadabhängigkeit . . . . .</i>	<i>102</i>
I. Anforderungen an ein Arbeitskonzept . . . . .	102
II. Ausgangspunkt: Durch positive Rückkopplungen geprägte Prozesse . .	103
III. Bezugspunkt: Prozesse institutioneller Entwicklung . . . . .	103
IV. Drei Arten positiver Rückkopplungen bei Institutionen . . . . .	104
1. Rückkopplungen auf Handlungsebene . . . . .	106
2. Rückkopplungen auf Regelebene . . . . .	106
3. Struktur-Akteur-Rückkopplungen . . . . .	107
V. Methodologische Flexibilität . . . . .	108

## Teil 3

## Pfadabhängigkeit bei der Rechtsanwendung

<i>Kapitel 8: Rechtsanwendung aus der Perspektive der Pfadabhängigkeit</i> . . . . .	112
I. Entscheidungsspielräume bei der Gesetzesanwendung . . . . .	112
1. Auslegungsspielräume . . . . .	113
2. Anwendungsspielräume „im engeren Sinne“ . . . . .	115
3. Normkonkretisierungen mittlerer Ebene . . . . .	115
4. Tatsächliche Spielräume und Letztentscheidungskompetenz . . . . .	116
II. Institutionalisierung innerhalb bestehender Entscheidungskorridore . . . . .	116
III. Theoriedefizite bei der Erklärung der Strukturbildung . . . . .	118
IV. Das Pfadabhängigkeitskonzept als Erkläransatz . . . . .	119
1. Rechtsanwender als strukturbildende Akteure . . . . .	119
2. Positive Rückkopplungen im Rechtsanwendungsprozess . . . . .	120
3. Spontane Ordnungsbildung und Hierarchie in der Rechtsanwendung . . . . .	121
V. Handlungsannahmen bezüglich der rechtsanwendenden Akteure . . . . .	121
1. Unzulänglichkeiten nutzenorientierter Handlungsmodelle . . . . .	122
2. Ungeeignetheit juristischer Modellierungen . . . . .	124
a) Zu geringe Auflösung eines „legal model“ . . . . .	124
b) Mangelndes Erklärpotenzial juristischer Entscheidungstheorien . . . . .	125
c) Unklare Steuerungskraft normativer Programmierungen . . . . .	125
3. Unergiebigkeit eines handlungsleitenden „Amtsethos“ . . . . .	126
4. Plausibilisierung anhand konkreter Entscheidungsumstände . . . . .	127
a) Ausgangspunkt: Intentionales Handeln mit begrenzter Rationalität . . . . .	128
b) Rechtlich gebundene und begründungsbedürftige Entscheidungen . . . . .	128
c) Entscheidungen im Rahmen von Organisationen . . . . .	129
VI. Zwischenergebnis: Rechtsanwendung und Pfadabhängigkeit . . . . .	130
 <i>Kapitel 9: Pfadabhängigkeit in der Rechtsprechung</i> . . . . .	 131
I. Entscheidungsfaktoren der Rechtsprechung . . . . .	132
1. Rechtlich gebundene und begründungsbedürftige Entscheidungen . . . . .	132
a) Normative Qualität der Rechtsprechung? . . . . .	132
aa) Wirkung vertikaler Präjudizien nach der Rechtsprechung . . . . .	133
bb) Wirkung horizontaler Präjudizien nach der Rechtsprechung . . . . .	135

b) Einfachgesetzlich geregelte Befolgungspflichten . . . . .	137
aa) Bindung bei Zurückverweisung im Rechtsmittelverfahren . . .	137
bb) Ausnahmsweise Bindungswirkung über den Einzelfall hinaus . . . . .	137
c) Verfahrensrechtliche Berücksichtigungspflichten . . . . .	139
aa) Rechtsmittel bei Rechtsprechungsdivergenzen . . . . .	139
bb) Divergenz- und Rechtsfortbildungsvorlage . . . . .	140
d) Agnostik der überkommenen Methodenlehre gegenüber bestehender Judikatur . . . . .	140
e) Rechtsdogmatik . . . . .	141
f) Zwischenergebnis: Keine unmittelbaren rechtlichen Rückkopplungen . . . . .	143
2. Entscheidungen im Rahmen von Organisationen . . . . .	144
a) Identifikation mit Organisationszielen . . . . .	144
b) Erledigungserwartung als primäre Anforderung . . . . .	145
c) Beförderungs- und Beurteilungswesen . . . . .	146
3. Konsequenzen für die handlungsleitende Ziel- und Anreizstruktur . .	148
a) Fallerledigung und Arbeitsentlastung . . . . .	148
b) Rückgriff auf Rechtsprechung zur Begründungsentlastung . . . . .	150
c) „Richtige“ Entscheidung als Motivation . . . . .	152
aa) Organisationsziel der Justiz und formale Gerechtigkeitslogik	152
bb) Juristische Ausbildung und Sozialisation . . . . .	153
cc) Pragmatisches Interesse der Prozessparteien . . . . .	153
4. Annahme einer grundsätzlichen Befolgungstendenz in der Rechtsprechung . . . . .	154
II. Positive Rückkopplungen und Pfadabhängigkeit der Rechtsprechung?	155
1. Positive Rückkopplungen im Rechtsprechungsprozess . . . . .	155
a) Rückkopplungen auf Handlungsebene . . . . .	156
aa) Eigener Koordinationsnutzen für die Gerichte? . . . . .	156
bb) Entscheidungsentlastung als Koordinationsnutzen . . . . .	157
cc) Häufigkeitsabhängigkeit . . . . .	157
b) Rückkopplungen auf Regelebene . . . . .	158
aa) Komplementaritätseffekte zwischen normakzessorischen Standards . . . . .	158
bb) Wechselwirkungen zu normtranszendenten Dogmatikregeln . .	159
c) Struktur-Akteur-Rückkopplungen . . . . .	159
2. Spontane und hierarchische Ordnungsmechanismen im Rechtsprechungsprozess . . . . .	160

3. Abbildung der Instanzenhierarchie im Modell . . . . .	161
a) Selbst- und Fremdverstärkung im Rechtsprechungsprozess . . . . .	162
b) Selbstverstärkung auf allen Instanzebenen? . . . . .	163
c) Instanzenübergreifende Rückkopplungen? . . . . .	164
4. Zwischenfazit: Jedenfalls partielle Pfadabhängigkeit der Rechtsprechung . . . . .	165
III. Erkenntnispotenziale der Pfadabhängigkeit für die Rechtsprechung . . .	166
1. Positive Implikationen . . . . .	166
a) Institutionalisierung und institutionelle Stabilität . . . . .	167
b) Prägung der Rechtsprechungsentwicklung durch frühe Entscheidungen . . . . .	167
aa) Prägung der Rechtsprechungsentwicklung durch frühe Entscheidungen . . . . .	168
bb) Umstände für pfadprägende Wirkung früher Entscheidungen . . .	168
c) Stabilität auch bei Wegfall der pfadprägenden Umstände . . . . .	170
d) Möglichkeit und Bedingungen eines Rechtsprechungswandels . . .	171
aa) Möglichkeit inkrementellen Wandels . . . . .	171
bb) Bedingungen radikalen Wandels . . . . .	172
(1) Radikaler Rechtsprechungswandel im Instanzensprung . . .	172
(2) Radikaler Rechtsprechungswandel außerhalb eines Instanzensprungs . . . . .	173
2. Methodologische Implikationen . . . . .	175
a) Bloß retrospektive Erklärbarkeit der Rechtsprechung . . . . .	175
b) Kontextsensible Erklärung der Rechtsprechung . . . . .	176
3. Normative Implikationen? . . . . .	177
a) Potenzielle Suboptimalität der Rechtsfindung? . . . . .	177
b) Keine Optimierung im Rechtsprechungsprozess . . . . .	178
c) Hyperstabilität der Rechtsprechung? . . . . .	178
IV. Fazit: Potenziale der Pfadabhängigkeit mit Blick auf die Rechtsprechung . . . . .	181
<i>Kapitel 10: Pfadabhängigkeit bei der behördlichen Rechtsanwendung</i> . . . . .	183
I. Begrenzung auf vollziehende Tätigkeit der Verwaltung . . . . .	183
II. Spielräume und deren Einschränkung beim Normvollzug . . . . .	184
1. Einschränkung durch exekutivische Selbstprogrammierung . . . . .	185
2. Einschränkung durch letztentscheidende Judikative . . . . .	186
3. Folge: Eingeschränkter Raum für pfadabhängige Strukturbildung . .	187
III. Inner- und interbehördliche Vollzugsstandards . . . . .	188
1. Innerbehördliche Pfadabhängigkeiten . . . . .	189
a) Behördliche Vollzugsstandards als organisationale Routinen . . .	190

b) Verwaltungsspezifische Faktoren	191
aa) Handlungsleitender Amtsethos?	191
bb) Mehrdimensionales Entscheidungsprogramm und Rechtfertigungspflicht	192
cc) Verwaltungstypische Hierarchie	193
c) Spezifisch rechtliche Rückkopplungen	194
aa) Selbstbindung der Verwaltung	195
bb) Konsistenz- und Abstimmungsgebote	197
(1) Innerbehördliche Konsistenzgebote	197
(2) Interbehördliche Abstimmungsgebote	199
(3) Konsistenz- und Abstimmungsgebote als positive Rückkopplungen	200
d) Zwischenergebnis: Mögliche Pfadabhängigkeit behördlicher Vollzugsroutinen	201
2. Auch interbehördliche Pfadabhängigkeiten?	202
a) Behördenübergreifende Vollzugsstandards als Phänomen?	203
b) Behördenübergreifend wirkenden Rückkopplungen?	204
aa) Keine interbehördlichen Koordinationseffekte auf Handlungsebene	204
bb) Weniger Wechselwirkungen auf Regelebene	205
cc) Keine vergleichbaren Struktur-Akteur-Rückkopplungen	205
c) Innerbehördliche Pfadabhängigkeiten als individuelle Inflexibilitäten	206
IV. Fazit: Potenziale der Pfadabhängigkeit mit Blick auf den Rechtsvollzug	206

## Teil 4

## Pfadabhängigkeit in der Rechtsdogmatik

<i>Kapitel II: Rechtsdogmatik aus der Perspektive der Pfadabhängigkeit</i>	210
I. Arbeitsbegriff der Rechtsdogmatik	210
1. Ausgangspunkt: Rechtsdogmatik als Regel und informelle Institution	210
2. Abgrenzung zu Dogmatik als (Sub-)Disziplin und wissenschaftliche Praxis	211
3. Abgrenzung zu Regeln der juristischen Methodenlehre	213
4. Beschränkung auf normtranszendente Entscheidungsregeln mittlerer Abstraktion	213

a) Fokussierung auf Entscheidungsregeln mit hinreichend konkretem Gehalt . . . . .	214
b) Abgrenzung zur Auslegung und anderen normakzessorischen Maßstäben . . . . .	216
5. Abgrenzung zum und Überschneidung mit dem Richterrecht . . . . .	217
6. Zusammengefasst: Arbeitsbegriff der „Rechtsdogmatik“ . . . . .	219
II. Dogmatische Regeln als Gegenstand pfadabhängiger Modellierung . . . . .	219
1. Theoriedefizite in Bezug auf die Rechtsdogmatik . . . . .	219
2. Pfadabhängigkeit als Erkläransatz . . . . .	222
3. Methodologischer Zugang . . . . .	222
a) Defizite stark akteurszentrierter Modellierungen . . . . .	223
aa) Benennung einzelner strukturbildender Akteure kaum möglich . . . . .	223
bb) Fehlen einer passenden Handlungstheorie . . . . .	225
b) Annäherung über Akzeptanzbedingungen dogmatischer Begriffsbildung . . . . .	225
aa) Induktive Begriffsbildung . . . . .	226
bb) Deduktive Begriffsbildung . . . . .	228
cc) Kombination induktiver und deduktive Begriffsbildung . . . . .	228
c) Verstärkte Berücksichtigung strukturzentrierter Erklärungen . . . . .	229

### *Kapitel 12: Rückkopplungsmechanismen*

bei der Dogmatikentwicklung . . . . .	230
I. Rückkopplungen auf Handlungsebene . . . . .	231
1. Koordinationsnutzen insbesondere durch Entscheidungsentlastung . . . . .	231
2. Koordinationseffekte in Bezug auf die Rechtswissenschaft . . . . .	232
3. Koordinationseffekte als positive Rückkopplungen? . . . . .	233
II. Rückkopplungen auf Regelebene . . . . .	233
1. Komplementarität zum geschriebenen Recht und zu normakzessorischen Regeln . . . . .	235
2. Komplementarität zu abstrakteren Ordnungsstrukturen . . . . .	237
3. Komplementarität zu anderen dogmatischen Regeln . . . . .	239
4. Zwischenergebnis: Rückkopplungen auf Regelebene . . . . .	240
III. Struktur-Akteur-Rückkopplungen . . . . .	241
1. Entlastungsfunktion der Rechtsdogmatik . . . . .	241
2. Normativität dogmatischer Regeln . . . . .	242
a) Rechtliche Verbindlichkeit dogmatischer Regeln . . . . .	242
aa) Verbindlichkeit als bloße Reformulierung geltenden Rechts? . . . . .	243
bb) Verbindlichkeit als eigenständige Rechtsquelle? . . . . .	243
cc) Mittelbare rechtliche Verbindlichkeit dogmatischer Regeln? . . . . .	244

b) Jedenfalls faktische Normativität dogmatischer Sätze . . . . .	245
aa) Vermittlung von „Richtigkeit“ im Zuge der juristischen Ausbildung . . . . .	245
bb) Annahme von „Richtigkeit“ aus dem Gedanken der Maßstabskontinuität . . . . .	246
c) Zwischenergebnis: Unbestimmte Normativität dogmatischer Regeln . . . . .	247
3. Prägung dogmatischer Paradigmen über den Normalfall hinaus . . . . .	247
IV. Zwischenfazit: Pfadabhängigkeit der Dogmatikentwicklung . . . . .	249
 <i>Kapitel 13: Erkenntnispotenziale der Pfadabhängigkeit für die Rechtsdogmatik . . . . .</i>	 250
I. Positive Implikationen der Pfadabhängigkeit . . . . .	250
1. Erklärwert hinsichtlich bestehender dogmatischer Strukturen . . . . .	250
a) Stabilität dogmatischer Strukturen . . . . .	250
b) Relative Stabilität und Muster dogmatischen Wandels . . . . .	251
aa) Vorwiegend inkrementeller Wandel und Muster eines bounded change . . . . .	251
bb) Seltener radikaler Wandel und dessen Bedingungen . . . . .	253
c) Loslösung von Entstehungskontexten . . . . .	254
2. Erklärwert auch in der Entstehungsphase dogmatischer Strukturen? . . . . .	256
a) Historizität dogmatischer Begriffsbildung . . . . .	257
b) Kein gänzlich machtfreier Prozess dogmatischer Strukturbildung . . . . .	259
II. Methodologische Implikationen . . . . .	260
III. Normative Implikationen . . . . .	260
1. Suboptimalität des Ergebnisses dogmatischer Strukturbildung? . . . . .	261
2. Dogmatikfunktionen als Maßstab . . . . .	262
a) Stabilität als Voraussetzung für Entlastungs- und Stabilisierungsfunktion . . . . .	263
b) Flexibilisierungsfunktion – Hyperstabilität dogmatischer Strukturen? . . . . .	264
IV. Fazit: Pfadabhängigkeit als Antwort auf bestehende Theoriedefizite . . . . .	265

## Teil 5

## Synthese – Pfadabhängigkeit und Recht(swissenschaft)

<i>Kapitel 14: Pfadabhängigkeit und Recht – ein (vorläufiges) Fazit</i> . . . . .	268
I. Rückblick: Realisierung vermuteter Rezeptionspotenziale . . . . .	268
1. Institutionelles Verständnis rechtlicher Phänomene als theoretischer Rahmen . . . . .	269
2. Pfadabhängigkeit als Erkläransatz institutioneller (rechtlicher) Entwicklungen . . . . .	269
a) Erklärung institutioneller Stabilität und informeller Strukturbildung . . . . .	270
b) Eingeschränkter Erklärwert für institutionellen Wandel . . . . .	271
c) Beschreibung positiver Rückkopplungen und Beitrag der Rechtswissenschaft . . . . .	271
3. Bestenfalls mittelbarer Nutzen für normative Analysen . . . . .	272
4. Methodologische Implikationen der „Pfadabhängigkeitsperspektive“ . . . . .	273
a) Institutionentheoretische Perspektive als interdisziplinäre „Brücke“ . . . . .	273
b) Historisierende Perspektive bei der Erklärung rechtlicher Entwicklung . . . . .	273
c) Kontextsensible Perspektive bei der Erklärung rechtlicher Entwicklung . . . . .	274
II. Ausblick: Weitergehende Rezeptionspotenziale . . . . .	275
1. Weitere informelle Strukturbildungsprozesse im Rechtssystem . . . . .	275
a) Gewohnheitsrecht . . . . .	275
b) Richterliche Rechtsfortbildung . . . . .	276
c) Methodenlehre und andere Meta-Regeln zum Umgang mit Recht . . . . .	276
d) Strukturbildung in der Rechtswissenschaft . . . . .	277
e) Standardbildung in der privaten Rechtsanwendung . . . . .	278
2. Formelle rechtliche Institutionen . . . . .	279
a) Nachbarwissenschaftliche Forschung und Beitrag der Rechtswissenschaft . . . . .	279
b) Erkenntnispotenziale für die Rechtswissenschaft . . . . .	280
3. Recht als Nexus formeller und informeller Institutionen . . . . .	281
4. Recht und außerrechtliche Pfadabhängigkeit . . . . .	283
a) Außerrechtliche Pfadabhängigkeit aus der Wirkungs- und Steuerungsperspektive . . . . .	283

b) Außerrechtliche Pfadabhängigkeit als Argument staatlicher Regulierung . . . . .	284
c) Kontextangemessene Modellierung außerrechtlicher Pfadabhängigkeit . . . . .	285
III. Weitergehender Forschungsbedarf . . . . .	285
<i>Kapitel 15: Pfadabhängigkeit als Beispiel theoretischer Interdisziplinarität . . . . .</i>	287
I. Unterschätzte Komplexität nachbarwissenschaftlicher Konzepte . . . . .	287
II. Abstraktion und Komplexität bei der Rezeption . . . . .	288
1. Abstraktion als Voraussetzung interdisziplinärer Rezeption? . . . . .	288
2. Pfadabhängigkeit als Beispiel einer Rezeption auf mittlerer Abstraktionshöhe . . . . .	289
3. Abstraktion und die Gefahr des „conceptual stretching“ . . . . .	290
III. Import normativer Wertungen . . . . .	291
IV. Pfadabhängigkeit als Schlüsselbegriff und -konzept . . . . .	291
<i>Abschließendes Fazit . . . . .</i>	293
<i>Zusammenfassung und Thesen . . . . .</i>	295
Literaturverzeichnis . . . . .	303
Stichwortverzeichnis . . . . .	339

## Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Positive Rückkopplungen im Pfadmodell . . . . .	24
Abbildung 2: Das Polya-Urnen-Modell . . . . .	25
Abbildung 3: „Berliner Modell“ der Pfadabhängigkeit in Organisationen . . . . .	53
Abbildung 4: Critical junctures und Selbstverstärkung im Entwicklungspfad . . . . .	69
Abbildung 5: Analytische Ebenen der institutionentheoretischen Perspektive . . . . .	104
Abbildung 6: Drei Arten positiver Rückkopplungen bei Institutionen . . . . .	105
Abbildung 7: Konvergenz und Strukturbildung bei der Rechtsanwendung . . . . .	117
Abbildung 8: Entscheidungsstandard als informelle Institution . . . . .	120
Abbildung 9: Rückkopplungen auf Regelebene bei der Rechtsprechung . . . . .	158
Abbildung 10: Rechtsprechung mehrerer Instanzen als getrennte Institutionen . . . . .	162
Abbildung 11: Selbst- und Fremdverstärkung im Rechtsprechungsverlauf . . . . .	163
Abbildung 12: Innerbehördlicher Vollzugsstandard als informelle Institution . . . . .	189
Abbildung 13: „Rechtliche“ Rückkopplungen bei Vollzugsroutinen . . . . .	201
Abbildung 14: Interbehördlicher Vollzugsstandard als informelle Institution . . . . .	202
Abbildung 15: Dogmatik als normtranszendente Regeln mittlerer Abstraktion . . . . .	214
Abbildung 16: Dogmatische Regel als informelle Institution . . . . .	223
Abbildung 17: Positive Rückkopplungen bei der Rechtsdogmatik . . . . .	230
Abbildung 18: Komplementaritätseffekte bei der Dogmatikentwicklung . . . . .	234



## Abkürzungsverzeichnis

a. F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AER	The American Economic Review
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Am. J. Political Sci.	American Journal of Political Science
Am. J. Sociol.	American Journal of Sociology
Am. Political Sci. Rev.	American Political Science Review
AMJ	Academy of Management Journal
AMR	Academy of Management Review
Annu. Rev. Political Sci.	Annual Review of Political Science
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz
B. U. L. Rev.	Boston University Law Review
BAMF	Bundesamt für Migration und Flüchtlinge
BauGB	Baugesetzbuch
BayLSG	Bayerisches Landessozialgericht
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar (Gesetzeskommentar)
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BImSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundesimmissionsschutzgesetz)
BK	Bonner Kommentar (Gesetzeskommentar)
BKartA	Bundeskartellamt
BNetzA	Bundesnetzagentur
BRRG	Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz)
BSG	Bundessozialgericht
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
Columbia Law Rev	Columbia Law Review
Commentationes	Commentationes Historiae Iuris Helveticae
Comp. Political Stud.	Comparative Political Studies
Conn. L. Rev.	Connecticut Law Review
d. h.	das heißt
DAR	Deutsches Autorecht
ders.	derselbe
dies.	dieselbe / dieselben
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiG	Deutsches Richtergesetz
Drs.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht
DV	Die Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	Ebenda
Econ. J.	The Economic Journal
EEG	Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz)
EL	Ergänzungslieferung
EnWG	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz)
ERegG	Eisenbahnregulierungsgesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
Eur. J. Law Econ.	European Journal of Law and Economics
Eur. J. Oper. Res.	European Journal of Operational Research
Eur. Political Sci. Rev.	European Political Science Review
Europ. J. Hist. Econ. Thought	European Journal of the History of Economic Thought
EUV	Vertrag über die Europäische Union
Explor. Econ. Hist.	Explorations in Entrepreneurial History
f. / ff.	folgend / folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FG	Festgabe
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß

Georget. Law. J.	Georgetown Law Journal
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GLJ	German Law Journal
GrVwR	Grundlagen des Verwaltungsrechts (Sammelwerk)
GS	Gedenkschrift / Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Harv. Law Rev.	Harvard Law Review
HGr	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa (Sammelwerk)
HmbBesG	Hamburgisches Besoldungsgesetz
HmbGVBl.	Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt
HmbJVB	Hamburgisches Justizverwaltungsblatt
HmbRiG	Hamburgisches Richtergesetz
HmbSOG	Hamburgisches Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung
Hrsg.	Herausgeber / Herausgeberin
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (Sammelwerk)
HVwR	Handbuch des Verwaltungsrechts (Sammelwerk)
i. V. m.	in Verbindung mit
I·CON	International Journal of Constitutional Law
IEP	Information Economics and Policy
IGH-Statut	Statut des Internationalen Gerichtshofs
IIASA	International Institute for Applied Systems Analysis (Laxenburg)
insb.	insbesondere
Int. Rev. Law Econ.	International Review of Law and Economics
Iowa Law Rev.	Iowa Law Review
IRG	Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen
J. Econ Perspect.	Journal of Economic Perspectives
J. Eur. Public Policy	Journal of European Public Policy
J. Evol. Econ.	Journal of Evolutionary Economics
J. Financ. Econ.	Journal of Financial Economics
J. Law Econ. Organ.	Journal of Law, Economics, and Organization
J. Law Econ.	The Journal of Law and Economics
J. Leg. Stud.	The Journal of Legal Studies
J. Manag. Stud.	Journal of Management Studies
J. Political Econ.	Journal of Political Economy
J. Theor. Politics	Journal of Theoretical Politics
Jh.	Jahrhundert
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
JLEO	The Journal of Law, Economics & Organization
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung

K&R	Kommunikation & Recht
KJ	Kritische Justiz
lit.	littera (Buchstabe)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Mass.	Massachusetts
Mich. St. L. Rev.	Michigan State Law Review
MüKo	Münchener Kommentar (Gesetzeskommentar)
NJ	New Jersey
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
ORDO	ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
OVG	Oberverwaltungsgericht
Political Anal.	Political Analysis
Political Stud.	Political Studies
Politics Soc.	Politics & Society
PrALR	Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAND J. Econ.	The RAND Journal of Economics
RdA	Recht der Arbeit
Rn.	Randnummer
RSprEinhG	Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes (Rechtsprechungs-Einheitlichkeitsgesetz)
RT	Rechtstheorie (Zeitschrift)
RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
S.	Seite / Satz
SBR	Schmalenbach Business Review
Sci. Am.	Scientific American
SEP	Stanford Encyclopedia of Philosophy (Online-Nachschlagewerk)
SGB X	Zehntes Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverfahren und Sozialdatenschutz
SGG	Sozialgerichtsgesetz
Sociol. Theory	Sociological Theory
sog.	sogenannt
South. Calif. Law Rev.	Southern California Law Review
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Stanf. Law Rev.	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
Strat. Mgmt.	Strategic Management Journal
Struct. Change Econ. Dynam.	Structural Change and Economic Dynamics
Stud. Am. Political Dev.	Studies in American Political Development

StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
Supreme Court Econ. Rev.	Supreme Court Economic Review
Tex. Law Rev.	Texas Law Review
Theor. Inw. Law	Theoretical Inquiries in Law
Theory Soc.	Theory and Society
TKG	Telekommunikationsgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
u. a.	und andere
Univ. Chic. Law Rev.	University of Chicago Law Review
Univ. Pa. J. Const.	University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law
USA	United States of America
USSC	Supreme Court of the United States
v.	von / vom
Va. Law Rev.	Virginia Law Review
VerfGG HA	Gesetz über das Hamburgische Verfassungsgericht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
vs.	versus
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
Wash. U. L. Q.	Washington University Law Quarterly
Wash. Univ. Law Rev.	Washington University Law Review
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz)
WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut der Hans-Böckler-Stiftung
Yale J. Int. Law	Yale Journal of International Law
Yale Law J.	Yale Law Journal
Yale Rev.	Yale Review
z. B.	zum Beispiel
ZAMM	Zeitschrift für angewandte Mathematik und Mechanik
ZfRS	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZfS	Zeitschrift für Soziologie
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht



## Glossar

Einige der hier verwendeten Begriffe haben unterschiedliche Bedeutungen oder mögen nicht intuitiv verständlich sein. Daher sei auf die Begriffsverwendung im Rahmen dieser Arbeit hingewiesen.

*Institution* Der Begriff der „Institution“ wird mit *Douglass C. North* als „Regel menschlichen Verhaltens“ verstanden. Im Rahmen eines weiten Institutionenverständnisses werden hierunter sowohl formelle Institutionen als auch informelle Institutionen (im Sinne sozialer Regelmäßigkeiten) verstanden. Näher zum Begriff in Kapitel 3 I.

*normakzessorisch* Als „normakzessorisch“ werden (ungeschriebene) „Regeln“ bezeichnet, die im Zuge der Konkretisierung einer Rechtsvorschrift gebildet werden, etwa bei der Auslegung eines Tatbestandsmerkmals.

*normativ\** wertend

*normtranszendent* Als „normtranszendent“ werden rechtsdogmatische (siehe unten) Regeln bezeichnet, da diese von einer konkreten Rechtsvorschrift unabhängig gelten, beispielsweise der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

*Pfadabhängigkeit* Der Begriff der Pfadabhängigkeit wird sowohl in der juristischen wie auch in der nachbarwissenschaftlichen Literatur uneinheitlich verwendet. Im Rahmen dieser Arbeit werden als „pfadabhängig“ Prozesse bezeichnet, deren Verlauf durch positive Rückkopplungen geprägt ist. Der Begriff der „Pfadabhängigkeit“ wird im Sinne eines analytischen Konzepts gebraucht, welches (institutionelle) Entwicklungsverläufe mittels eines solchen Prozessmodells erklärt. Näher zum hiesigen Arbeitskonzept der Pfadabhängigkeit in Kapitel 7.

*positiv\** werturteilsfrei, beschreibend bzw. erklärend

*positive Rückkopplung* Mechanismen, die bewirken, dass die Entwicklung eines Prozesses in eine bestimmte Richtung dessen weitere Entwicklung bestärkt. Hierdurch geprägte Prozesse entwickeln eine selbstverstärkende Dynamik. Siehe näher in Kapitel 2 I. 2. a).

*Prozess* eine zeitlich gerichtete Entwicklung

*Rechtsdogmatik* Als Rechtsdogmatik werden sowohl eine juristische/rechtswissenschaftliche Arbeitsweise als auch die Produkte solch dogmatischen Arbeitens bezeichnet. Im Rahmen dieser Arbeit meint „Rechtsdogmatik“ normtranszendente (siehe oben) Rechtsregeln, die im Zuge einer systematisierenden Durchdringung des Rechts gebildet werden. Beispielhaft genannt seien der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder die Ermessensfehlerlehre. Näher zum Begriff in Kapitel 11 I.

---

\* Soweit auf wissenschaftliche Erkenntnisse oder Erkenntnisinteressen bezogen.



## Einleitung

Wie entsteht eigentlich eine „herrschende Rechtsprechung“? Warum werden in der rechtlichen Praxis auch solche „rechtsdogmatischen“ Regeln allgemein anerkannt und befolgt, die in keinem Gesetz explizit geschrieben stehen? Wie entwickelt sich eine herrschende Rechtsprechung über die Zeit? Und warum haben einmal etablierte dogmatische Figuren oftmals auch dann noch Bestand, wenn sich die rechtlichen und sozialen Kontexte, in denen sie ursprünglich entstanden sind, grundlegend verändert haben?

Für die Rechtswissenschaft sind solche Phänomene des Rechts etwas Alltägliches. Sie beschreibt Rechtsprechungsverläufe und zeichnet die Entwicklung dogmatischer Figuren nach. Sie bewertet die in der Rechtspraxis gefundenen Lösungen und macht Vorschläge zu deren Weiterentwicklung. Defizite bestehen jedoch dahingehend, solche Phänomene auch theoretisch fundiert zu erklären. Die Frage, nach welchen Mechanismen sich Rechtsprechung und Rechtsdogmatik tatsächlich entwickeln, kann sie nur unzureichend beantworten.

Um solche Fragen zu beantworten, ist die Rechtswissenschaft – so die hiesige Meinung – auf Erkläransätze anderer Disziplinen angewiesen. Da sie selbst über keine gefestigte positive (d. h. erklärende) Theorie verfügt, muss sie den Anschluss an ihre Nachbarwissenschaften suchen, um ein besseres Verständnis ihres eigenen Erkenntnisgegenstandes zu erlangen.

Mit Blick auf die genannten (und andere) Phänomene bietet das Konzept der „Pfadabhängigkeit“ einen möglichen Ansatz. Anekdotische Bekanntheit erlangte das in den Gesellschaftswissenschaften verbreitete Konzept als Begründung dafür, warum wir heute noch ein vor mehr als 100 Jahren entwickeltes Tastaturlayout („QWERTY“) verwenden, obwohl es vermutlich ergonomisch sinnvollere Lösungen gäbe. In einem allgemeineren Sinne dient Pfadabhängigkeit der Erklärung institutioneller Entwicklung und insbesondere institutioneller Stabilität als Folge positiver Rückkopplungen im Entwicklungsprozess. Ist ein solches Konzept auch für die Rechtswissenschaft erkenntnisversprechend? Ob und wie kann es gewinnbringend rezipiert werden? Diesen Fragestellungen geht die vorliegende Arbeit nach.

Sie ist insoweit eingebettet in Debatten über das Für und Wider sowie die Bedingungen interdisziplinären Arbeitens in der Rechtswissenschaft. Die dabei aufgeworfenen Fragen, die den Rahmen für das weitere Forschungsprogramm

bilden, sind daher auch der Ausgangspunkt dieser Untersuchung. Am Ende der Arbeit wird auf sie zurückzukommen sein.

## Kapitel 1

# Interdisziplinarität und die Rezeption fremder Theorie

Wie die Rechtswissenschaft über Interdisziplinarität diskutiert | Rechts-  
erkenntnis und Rechtsverständnis | Wie und wozu nachbarwissenschaftliche  
Begriffe, Konzepte und Theorien rezipiert werden können | Zum Anliegen der  
Arbeit und dem Gang der weiteren Untersuchung

Die vorliegende Arbeit ist inspiriert durch andauernde Debatten über die Erkenntnisziele und -methoden rechtswissenschaftlichen Arbeitens, im Rahmen derer auch die Berechtigung und Bedingungen einer verstärkt interdisziplinären Ausrichtung diskutiert werden (sogleich I.). Eine hierbei immer wieder aufgeworfene Frage ist, ob und wie nachbarwissenschaftliche Begriffe, Theorien, Konzepte und Modelle für die Rechtswissenschaft gewinnbringend rezipiert werden können (II.). Dem soll hier anhand des in den Gesellschaftswissenschaften wirkmächtigen Pfadabhängigkeitskonzepts nachgegangen werden. Konkret geht es darum, in welcher Form das Konzept in der Rechtswissenschaft rezipiert werden kann, welche Erkenntnispotenziale dies verspricht und ob es zu einem besseren Verständnis rechtlicher Entwicklungen beitragen kann (III.).

## I. Interdisziplinaritätsdiskurs(e) in der Rechtswissenschaft

Auch ohne ihr eine „Krise“ zu attestieren,<sup>1</sup> lässt sich verzeichnen, dass die deutsche Rechtswissenschaft derzeit eine Phase der Selbstreflexion durchlebt. Jedenfalls wird dies durch zahlreiche entsprechende Veröffentlichungen nahegelegt.<sup>2</sup> Im Zuge dessen werden das Selbstverständnis einer traditionell norma-

---

<sup>1</sup> Die aktuelle Selbstreflexion als Ausdruck einer Krise deutend *Hilgendorf/Schulze-Fielitz*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Selbstreflexion*, <sup>2</sup>2021, S. 1, 1 ff.; von der „Rechtswissenschaft zwischen Grundlagenkrise und Selbstbeschauung“ schreibt auch *Senn*, in: Kirste (Hrsg.), *Interdisziplinarität*, 2016, S. 153 ff.; von einer „Phase fortschreitender Irritation“ spricht *Volkmann*, in: Wagner u. a. (Hrsg.), *Pfadabhängigkeit*, 2016, S. 27, 31.

<sup>2</sup> Lediglich als Auswahl seien genannt: *Schuhr*, *Rechtsdogmatik*, 2006; *Engel* (Hrsg.), *Proprium*, 2007; *Hoffmann-Riem*, *JZ* 62 (2007), S. 645 ff.; *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008; *Kiesow*, *JZ* 65 (2010), S. 585 ff.; *Petersen*, *Der Staat* 49 (2010), S. 435 ff.; v. *Bogdandy*, *JZ* 66 (2011), S. 1 ff.; *Jestaedt*, *JZ* 69 (2014), S. 1 ff.; *Klatt*, *Der Staat* 54 (2015), S. 469 ff.; *Lindner*, *JZ* 71 (2016), S. 697 ff.; *Bumke*, *Rechtsdogmatik*, 2017; *Rehberg*

tiven Disziplin, ihre Erkenntnisinteressen und ihre Methoden kritisch reflektiert. Ein Novum ist dies nicht; schließlich ist die Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft geprägt durch sich wandelnde Erkenntnisziele und diese begleitende Methodenstreitigkeiten.<sup>3</sup> In solchen Phasen der Selbstreflexion wird für gewöhnlich auch das Verhältnis der eigenen Disziplin zu ihren Nachbarwissenschaften ausgelotet. So werden – getrieben auch durch wissenschaftspolitische Initiativen<sup>4</sup> – im Zuge der aktuellen Reformdebatten (abermals<sup>5</sup>) die Potenziale und Grenzen einer verstärkt interdisziplinären Ausrichtung der Rechtswissenschaft diskutiert.<sup>6</sup>

---

(Hrsg.), Erkenntniswert von Rechtswissenschaft, 2018; Kuntz, AcP 219 (2019), S. 254 ff.; Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion, 2021 [2015]. Speziell für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht Möllers, VerwArch 90 (1999), S. 187 ff.; Berg u. a. (Hrsg.), Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, 1999; Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden, 2004; Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007; Funke/Lüdemann (Hrsg.), Wissenschaftstheorie, 2009; Lepsius, I-CON 12 (2014), S. 692 ff.; Burgi u. a. (Hrsg.), Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2017 sowie die Literatur zur „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ (siehe unten Fn. 24).

<sup>3</sup> Zum Wandel der deutschen Rechtswissenschaft von einer Rechtsfindungs-Wissenschaft zu einer Rechtsanwendungs- und Reflexionswissenschaft Kiesow, JZ 65 (2010), S. 585 ff. Zu vergangenen Methodenstreitigkeiten Voßkuhle, in: Bauer u. a. (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S. 171, 173 ff.

<sup>4</sup> So forderte zuletzt auch der Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft, 2012, insb. Teile B.I und B.II. ein stärkeres interdisziplinäres Engagement der deutschen Rechtswissenschaft; Reaktionen hierauf unter anderem in JZ 4/2013.

<sup>5</sup> Der Begriff der „Interdisziplinarität“ ist zwar modern, die diskutierten Fragen sind es indes nicht. Rufe nach empirischer Rechtsforschung gab es etwa schon im Zuge des allgemeinen Wissenschaftspositivismus, siehe z. B. Nussbaum, Rechtstatsachenforschung, 1914. In den 1970ern wurde dann das Verhältnis speziell zu den Sozialwissenschaften intensiv diskutiert; siehe die „Rückschau“ von Grimm, in: Kirste (Hrsg.), Interdisziplinarität, 2016, S. 21, 21 ff. sowie Hoffmann-Riem, JZ 62 (2007), S. 645, 645 ff., beides Protagonisten der damaligen Debatte.

<sup>6</sup> Siehe (nur exemplarisch und ohne Zuschreibung eines bestimmten Standpunktes) etwa Hilgendorf, JZ 65 (2010), S. 913 ff.; Huster, ZfRS 35 (2015), S. 143 ff.; Kirste (Hrsg.), Interdisziplinarität, 2016; Gutmann, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion, 2021, S. 93 ff.; Saliger, ebd. S. 119 ff.; aus dem öffentlich-rechtlichen Schrifttum Möllers, VerwArch 93 (2002), S. 22 ff.; Lepsius, JZ 60 (2005), S. 1 ff.; Lüdemann, in: Funke/Lüdemann (Hrsg.), Wissenschaftstheorie, 2009, S. 119 ff.; Kaiser, DVBl 129 (2014), S. 1102 ff.; Röhl, VVDStRL 74, 2015, S. 7 ff.; v. Arnould, ebd. S. 39 ff.; Burgi, in: Burgi u. a. (Hrsg.), Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2017, S. 33 ff. Zum Stand interdisziplinärer Rechtsforschung im deutschsprachigen Raum Rosenstock/Singelstein/Boulanger, in: Boulanger/Rosenstock/Singelstein (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung, 2019, S. 3, 3 ff.

### I. Kontext: Interdisziplinarität und die Frage der eigenen disziplinären Identität

Debatten um Interdisziplinarität (in) der Rechtswissenschaft sind vielschichtig. Dies liegt zum einen daran, dass der Begriff im rechtswissenschaftlichen Schrifttum keinen allgemein konsentierten Bedeutungsgehalt hat.<sup>7</sup> Zum anderen liegt vielen Debatten um die Berechtigung und Bedingungen interdisziplinärer Rechtsforschung die bis heute nicht abschließend geklärte Frage nach der eigenen disziplinären Identität zugrunde. Welches das identitätsstiftende „Proprium“ der Rechtswissenschaft ist – und ob die Suche danach aus theoretischer Perspektive überhaupt gewinnbringend ist<sup>8</sup> – kann und soll hier nicht geklärt werden. Um das Anliegen der Arbeit sowie die späteren Ergebnisse insoweit einordnen zu können, scheint jedoch eine zumindest grobe Skizzierung mit dem Ziel einer kurzen Standortbestimmung erforderlich.

Begreift man Rechtswissenschaft etwa als ein Bündel mehrerer, durch einen gemeinsamen *Erkenntnisgegenstand* (als Materialobjekt) verbundene, Rechtswissenschaften,<sup>9</sup> ist sie schon genuin multidisziplinär. Ein solches Verständnis begegnet indes dem Vorbehalt, dass über ein derartiges Erkenntnisobjekt „Recht“ – über die Einsicht hinaus, dass es eine besondere Form der Norm sei – keine Einigkeit herrscht.<sup>10</sup> Dass ein solcher gemeinsamer Erkenntnisgegenstand daher nur auf einer hohen Abstraktionsebene bestehen kann, mindert jedenfalls die Integrationskraft eines solchen Ansatzes.<sup>11</sup>

Stattdessen wird oftmals auf eine bestimmte *Erkenntnismethode* oder auf eine dieser Methode verschriebene Kerndisziplin, deren Ziel die (anwendungsorientierte) Erkenntnis, Systematisierung und Fortschreibung des Rechts ist, rekurriert. Bezeichnet wird diese als „juristische Methode“, „Jurisprudenz“ oder

---

<sup>7</sup> Das Begriffsverständnis ist häufig ein weiteres als in der allgemeinen wissenschaftstheoretischen Diskussion und umfasst insb. auch den bloßen Rückgriff auf nachbarwissenschaftliches Wissen. Nach herkömmlichem Verständnis handelt es sich dabei jedoch noch nicht um „Interdisziplinarität“, vgl. *Kirste*, in: *Kirste* (Hrsg.), *Interdisziplinarität*, 2016, S. 35, 68. Siehe zum Begriff sowie der Abgrenzung zu intra-, trans-, multi- und pluridisziplinären Arbeiten ebd. S. 55 ff.

<sup>8</sup> Dies bezweifelt etwa *Kuntz*, *AcP* 219 (2019), S. 254, 259, 297 f.

<sup>9</sup> In diese Richtung etwa *Waldhoff*, in: *Kirchhof/Magen/Schneider* (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?*, 2012, S. 17, 30; ähnlich mehrere rechtswissenschaftliche (Sub-)Disziplinen differenzierend auch *Jestaedt*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, S. 185, 195 f.

<sup>10</sup> Vgl. *Kuntz*, *AcP* 219 (2019), S. 254, 264 f. Zur Schwierigkeit der Rechtswissenschaft, ihren eigenen Erkenntnisgegenstand zu definieren siehe *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 32008, S. 17 f. Die Suche nach einem identitätsstiftenden Erkenntnisgegenstand begegnet dabei nicht allein definitorischen Problemen, sondern auch erkenntnistheoretischen, da dieser je nach methodischem Zugang als Formalobjekt unterschiedlich rekonstruiert wird, vgl. *Kirste*, in: *Kirste* (Hrsg.), *Interdisziplinarität*, 2016, S. 35, 43.

<sup>11</sup> Vgl. *Kuntz*, *AcP* 219 (2019), S. 254, 268.