

## ABHANDLUNGEN / ARTICLES

### **Why Legal Transformation Assistance from Germany and Japan to Former East-Bloc Countries ?**

*Henrik Schmiegelow*

- I. Low-Key Beginnings
- II. Interim Results, Institutional Competition, and Temporary Divisions of Labor
- III. Foreign Policy Reasons
- IV. Economic Reasons
- V. Reasons of Jurisprudence
- VI. Pragmatism as a Guide for Legal Transformation Advice

[p. 5 – 38]

#### SUMMARY

For the two leading thinkers on the concept of an open society, Karl Popper and Friedrich von Hayek, law had to play a crucial role in the transformation of any society to democracy and market economy. Referring to the successful example of Japan's choice of Germany's draft Civil code in 1897 as a pattern for its legal framework for rapid modernization, Popper urged Russia in 1994 to adopt the German or the French civil code. Hayek published his *Law, Legislation and Liberty* in the 1970's, at a time when development theory in the US was oblivious to law, and lament about this widespread among American legal scholars. In the 1990's, institutional economics emerged with evidence that binding contracts (Coase) and reliable legal frameworks for markets (North) reduce economic transaction costs.

Below the level of philosophical thought on the Western value community, however, a "war of advice" developed among Western transformation consultants. Massive US resources were directed at rewriting the legal systems of the former Eastern Bloc. Some American scholars misread Hayek, marshaled impressive quantitative tools and presented the dazzling conclusion that Common Law countries were better qualified to offer transformation advice than civil law countries with a "Roman" heritage. However, their own quantitative tools refuted the conclusion by turning out unexpected favorable results on the quality of government of countries of so-called German legal origin.

All the while, Germany and Japan provided transformation assistance in a low-key, more demand-pull than supply-push approach and on a much more modest financial scale. Japan focused on South East Asia, Germany on Eastern Europe, the former Soviet Union and China. Initially, the US tended to prevail with its templates for financial and economic regulations, while German and Japanese advice was more in demand for civil and commercial law legislation. But intense institutional competition between Western sources of advice continues in all areas.

Sharing the experience of postwar transformation and reintegration into the Western value community, Germany and Japan have remarkably similar foreign policy reasons to engage in this field. A review of the two countries' postwar economic histories suggests that the immediate applicability of their old civil and commercial codes, which had just to be cleared of the authoritarian overgrowth of the 1930's and 40's, was a necessary condition for the "economic miracles" of their recovery. New constitutions, currency and price reforms, functioning banking systems, high savings propensities and technological know-how were similarly important. From the point of view of jurisprudence, too, the two countries are valuable sources for legal transformation advice. With dogmatic positivism long gone, codes and case law interact to give both countries a balance of economic and social concerns at a particularly high level. The cognitive role of the courts in England, Germany, Japan and the US is functionally equivalent. Legislated law is on the rise in Common Law countries, case law in civil code countries. The convergence is evident. A venerable American philosophy, a surprisingly resourceful German reality, and a strikingly successful Japanese economic policy strategy suggest that pragmatism is not a bad counsel for legal transformation assistance.

#### ZUSAMMENFASSUNG

*Die beiden führenden Denker der Offenen Gesellschaft, Karl Popper und Friedrich von Hayek, maßen dem Recht eine entscheidende Rolle bei der Transformation jeder Gesellschaft zu Demokratie und Marktwirtschaft bei. Popper verwies im Jahre 1992 auf das Beispiel Japans, das 1887 den deutschen BGB-Entwurf als Muster des Rechtsrahmens für seine schnelle Modernisierung gewählt hatte, und empfahl Rußland, sich für seine Transformation ebenfalls am kodifizierten deutschen oder französischen Zivilrecht zu orientieren. Hayek veröffentlichte sein „Recht, Gesetzgebung und Freiheit“ im Jahre 1973 in den USA, zu einer Zeit, als das Recht jenseits des Horizonts amerikanischer Entwicklungsökonomik und die Klage amerikanischer Rechtswissenschaftler über das Fehlen einer Theorie der Rolle des Rechts in wirtschaftlicher Entwicklung weit verbreitet waren. In den neunziger Jahren trat die Institutionenökonomik mit der Erkenntnis hervor, daß verbindliche Verträge (Coase) und verlässliche Rechtsrahmen für Märkte (North) wirtschaftliche Transaktionskosten reduzieren.*

*Unterhalb des Niveaus philosophischen Diskurses über die westliche Wertegemeinschaft entbrannte jedoch ein „war of advice“ unter westlichen Transformationsberatern. Aus den USA flossen massive Ressourcen, um die Rechtssysteme der früheren Ostblockstaaten umzuschreiben. Einige amerikanische Autoren mißdeuteten Hayek, verwandten eindrucksvolle quantitative Darstellungsmittel und präsentierten die aufsehenerregende Schlußfolgerung, daß Common Law-Länder besser für Transformationshilfe qualifiziert seien als Länder mit kodifiziertem Zivilrecht römischer Tradition. Die eigenen quantitativen Mittel widerlegten jedoch die Schlußfolgerung, indem sie unerwartet positive Ergebnisse für die Qualität der Rechtssysteme der Länder des sog. deutschen Rechtskreises zu Tage brachten.*

*Währenddessen leisteten Deutschland und Japan unbeirrt Transformationshilfe in behutsamer, dem Nachfragesog folgender anstatt Angebotsschub ausübender Weise, und mit sehr viel geringerem finanziellen Aufwand. Japan konzentrierte sich auf Südostasien, Deutschland auf Osteuropa, die frühere Sowjetunion und China. Anfänglich setzten sich amerikanische Vorlagen zumeist in Finanz- und Wirtschaftsregulierungen durch, während bei Zivil- und Handelsgesetzbüchern vorwiegend deutsche bzw. japanische Beratung nachgefragt wurde. Intensiver institutioneller Wettbewerb zwischen Geberländern westlicher Transformationshilfe hält jedoch auf allen Rechtsgebieten unvermindert an.*

*Mit ihrer gemeinsamen Erfahrung der eigenen Nachkriegstransformation und Reintegration in die westliche Wertegemeinschaft haben Deutschland und Japan bemerkenswert ähnliche außenpolitische Gründe, sich auf diesem Feld zu engagieren. Ein Rückblick auf die Wirtschaftsgeschichte der Nachkriegszeit macht deutlich, daß die sofortige Möglichkeit, mit den fortgeltenden, von planwirtschaftlichem Wildwuchs befreiten Zivil- und Handelsgesetzbüchern zu arbeiten, eine notwendige Bedingung für die „Wirtschaftswunder“ beider Länder war. Neue Verfassungen, Währungs- und Preisreformen, funktionierende Banksysteme, eine hohe Sparneigung der Haushalte und vorhandene Technologien waren weitere Faktoren. Auch aus rechtspolitischer Sicht können beide Länder als wertvolle Quellen rechtlicher Transformationsberatung gelten. Seit Überwindung des positivistischen Dogmatismus wirken Gesetzesrecht und richterliche Rechtsfindung in beiden Ländern so aufeinander ein, daß wirtschaftliche und soziale Anliegen immer wieder auf besonders hohem Niveau austariert werden. Richterliche Rechtsfindung in England, Deutschland, Japan und den USA ist funktional äquivalent. In Common Law-Ländern wächst die Bedeutung des Gesetzesrechts, in Kodexländern die der Rechtsprechung. Die Konvergenz ist offensichtlich. Eine ehrwürdige amerikanische Philosophie, eine immer wieder überraschend fruchtbare deutsche Realität und eine herausragend erfolgreiche japanische Wirtschaftsstrategie legen die Schlußfolgerung nahe, daß Pragmatismus keine schlechte Leitlinie für rechtliche Transformationshilfe ist.*