

Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris
zum 80. Geburtstag



Claus Wilhelm Comari

Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert

Festschrift für
CLAUS-WILHELM CANARIS
zum 80. Geburtstag

herausgegeben von seinen Schülerinnen und Schülern

Marietta Auer · Hans Christoph Grigoleit
Johannes Hager · Carsten Herresthal · Felix Hey
Ingo Koller · Katja Langenbucher · Jörg Neuner
Jens Petersen · Thomas Riehm · Reinhard Singer

De Gruyter

ISBN 978-3-11-046631-7
e-ISBN (PDF) 978-3-11-046671-3
e-ISBN (EPUB) 978-3-11-046634-8

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

A CIP catalog record for this book has been applied for at the Library of Congress.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston
Datenkonvertierung und Satz: Satzstudio Borngräber, Dessau-Roßlau
Druck und Bindung: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen
⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier
Printed in Germany

www.degruyter.com

Vorwort

Claus-Wilhelm Canaris vollendet am 1. Juli 2017 sein 80. Lebensjahr. Er hat die Privatrechtsdogmatik in den vergangenen Jahrzehnten in einzigartiger Weise geprägt. Wir wollen ihm aus Anlass seines Geburtstags eine Festschrift widmen, die das Thema der Privatrechtsdogmatik in den Mittelpunkt rückt und aus verschiedenen Perspektiven variiert. Freunde, Weggefährten und Schüler von *Claus-Wilhelm Canaris* haben sich daher in diesem Werk zusammengefunden, um zentrale Probleme der Privatrechtsdogmatik aus Sicht ihrer jeweiligen Forschungsbereiche aufzuarbeiten.

Die Beiträge fügen sich zu einem breit gefächerten und vielschichtigen Panorama der Privatrechtsdogmatik. Zunächst werden historische und rechtstheoretische Bezüge beleuchtet, es folgen Beiträge, die den Stand der Privatrechtsdogmatik in verschiedenen Bereichen des Bürgerlichen Rechts und des Wirtschaftsrechts reflektieren, und schließlich wird das Werk durch die Perspektiven ausländischer Autoren abgerundet. Wir sind den Autorinnen und Autoren außerordentlich dankbar, dass sie neben der jeweils eigenen Akzentsetzung auch thematische Vorschläge berücksichtigt und damit ein gewisses Maß an systematischer Geschlossenheit ermöglicht haben.

Ganz besonderer Dank gilt dem Verlag *De Gruyter*, der bereits zum 75. Geburtstag von *Claus-Wilhelm Canaris* dessen Gesammelte Schriften aus fünf Jahrzehnten in drei Bänden präsentiert und nunmehr dieses Werk in ebenso sorgfältiger wie großzügiger Weise verlegerisch betreut hat. Namentlich Herrn *Jan Schmidt* sei dafür gedankt, dass er die Entstehung des Bandes von Anfang an mit großem Wohlwollen und Entgegenkommen begleitet hat. Herrn Assessor *Thomas Winkelmann* danken wir für die umsichtige Koordination der Beiträge.

*Marietta Auer Hans Christoph Grigoleit Johannes Hager
Carsten Herresthal Felix Hey Ingo Koller Katja Langenbacher
Jörg Neuner Jens Petersen Thomas Riehm Reinhard Singer*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
---------------	---

Privatrechtsdogmatik aus historischer Perspektive

HEINRICH HONSELL Die Rechtsgeschichte und ihre Bedeutung für die Privatrechtsdogmatik	3
---	---

ANDREAS THIER Das Werk von Claus-Wilhelm Canaris und die europäische Rechtstradition: Das „System“ als Beispiel ..	29
--	----

JAN THIESSEN Von der (Linoleum-)Rolle. Die heimliche Anerkennung der culpa in contrahendo im Streit der Reichsgerichtsräte	51
---	----

JENS PETERSEN Privatrechtsdogmatik und methodischer Individualismus am Beispiel Rudolf von Jherings	87
---	----

Theoretische Grundlagen der Privatrechtsdogmatik

KARSTEN SCHMIDT Zur „Abstraktheit“ im Stellvertretungsrecht	117
--	-----

REINER SCHMIDT Der verfassungsrechtliche Hintergrund der Privatrechtsdogmatik	131
--	-----

WOLFGANG SCHÖN Die Analogie im Europäischen (Privat-)Recht	147
---	-----

KARL RIESENHUBER „Normative Dogmatik“ des Europäischen Privatrechts	181
--	-----

JÖRG NEUNER	
Vertrauensschutz durch die Rechtsprechung	205
KATJA LANGENBUCHER	
Dogmatik, Falsifikation und zwei Perspektiven auf die Rechtswissenschaft	219
HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT	
Dogmatik – Methodik – Teleologik	241
GERHARD WAGNER	
Privatrechtsdogmatik und ökonomische Analyse	281
WALTER BAYER	
Privatrechtsdogmatik und Rechtstatsachenforschung	319
Privatrechtsdogmatik im Bürgerlichen Recht	
THOMAS RIEHM	
Rechtsgrund – Pflicht – Anspruch. Zur Dogmatik des Schuldverhältnisses	345
GREGOR BACHMANN / JAN-ERIK SCHIRMER	
Leistungs- und Schutzpflichten in der Zivilrechtsdogmatik. Zum Erfüllungsanspruch aus Schutzpflichten	371
DIRK LOOSCHELDERS	
Pflichtverletzung als Prüfstein der Privatrechtsdogmatik	403
REINHARD SINGER	
Die Dogmatik der Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht ..	425
BEATE GSELL	
Die schadensrechtliche Einordnung der Mehrkosten eines vorzeitigen Deckungskaufes nach der „Zauberformel“ als Beispiel für die Leistungsfähigkeit der Dogmatik	451
FLORIAN FAUST	
Spezialität – ein überschätztes Prinzip	479

MARIETTA AUER	
Privatrechtsdogmatik und Bereicherungsrecht. Möglichkeiten und Grenzen rationaler Theoriewahl in der Privatrechtswissenschaft	509
ANDREAS SPICKHOFF	
Privatrechtsdogmatik und Deliktsrecht. Das Deliktsrecht in der Konkurrenz zum Vertragsrecht im Spiegel von Kollisionsrecht und Gerichtsständen	547
JOHANNES HAGER	
Die Dogmatik des Persönlichkeitsrechts	569
EDUARD PICKER	
Privatrechtsdogmatik und Eigentumsschutz <i>oder</i> Zur Systematik von Rechts- und Rechtsschutzgestaltung	579
HARM PETER WESTERMANN	
Dogmatik im Sachenrecht	617
EVA-MARIA KIENINGER	
Die Sonderstellung des Eigentumsvorbehalts als Sicherungsmittel des Warenkredits: Dogmatik und ökonomische Rechtfertigung ...	635
DAGMAR COESTER-WALTJEN / MICHAEL COESTER	
Dogmatik und Familienrecht	659
CHRISTIANE WENDEHORST	
Privatrechtsdogmatik und Verbraucherschutzrecht	681
GERALD SPINDLER	
Privatrechtsdogmatik und Herausforderungen der ‚IT-Revolution‘	709
HEINZ-PETER MANSEL	
Privatrechtsdogmatik und Internationales Privatrecht	739
Privatrechtsdogmatik im „Sonderprivatrecht“ – Handelsrecht, Unternehmensrecht, Wirtschaftsrecht	
FELIX CHRISTOPHER HEY	
„Sonderprivatrechte“ in der Privatrechtsdogmatik	791

MATHIAS HABERSACK Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftsrecht	813
HOLGER FLEISCHER / CARL-FRIEDRICH THOMA Fehlerhafte Personengesellschaft und Scheingesellschaft: Eine rechtsvergleichende Gegenlese	841
CARSTEN HERRESTHAL Privatrechtsdogmatik im Bankvertragsrecht	869
STEFAN GRUNDMANN Privatrecht und Regulierung	907
INGO KOLLER Probleme der gemischten Verträge im Transportrecht	949
HELMUT KÖHLER Die Stellung des UWG innerhalb der allgemeinen Zivilrechtsdogmatik	969
ANSGAR OHLY Privatrechtsdogmatik und geistiges Eigentum	987
JOSEF DREXL Privatrechtsdogmatik und Kartellrecht	1019
THOMAS ACKERMANN Wettbewerbsschutz durch Privatrecht	1057

Privatrechtsdogmatik aus internationaler Perspektive

HELMUT KOZIOL Sache, Eigentum und persönliche Sachenrechte: vernachlässigte dogmatische Schätze des österreichischen ABGB? Überlegenswerte Anregungen für künftige Kodifikationen	1087
WOLFGANG WIEGAND Privatrechtsdogmatik im Schweizer Bankrecht	1105
EWOUD HONDIUS Privatrechtsdogmatik im Recht der Niederlande	1125

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO / PAULO MOTA PINTO Einflüsse der deutschen Rechtswissenschaft auf die portugiesische Privatrechtsdogmatik in den letzten 50 Jahren	1137
APOSTOLOS GEORGIADIS / MICHAEL STATHOPOULOS Die Privatrechtsdogmatik im griechischen Recht am Beispiel von Bereicherungs- und Deliktsrecht	1159
CLAES PETERSON „Praeterea censeo metaphysicam esse delendam“. Die Natur der Sache in rechtsrealistischer Fassung	1185
MARIE SANDSTRÖM Ungerechtfertigte Bereicherung. Schwedische Privatrechtsdogmatik zwischen Skylla und Charybdis	1199
KEIZO YAMAMOTO Privatrechtsdogmatik im japanischen Recht. Entwicklung der Diskussion über die Zivilrechtmethodik in Japan	1221
INGO WOLFGANG SARLET Grundrechte und Privatrecht – Einige Bemerkungen zum Einfluss der deutschen Grundrechtsdogmatik und insbesondere der Lehre Canaris' in Brasilien	1257
Autorenverzeichnis	1281

**Privatrechtsdogmatik
aus historischer Perspektive**

(Rechts-)Geschichte ist nichts für den „Brotgelehrten“ ...
sondern für den „philosophischen Kopf“ (Schiller*)

Die Rechtsgeschichte und ihre Bedeutung für die Privatrechtsdogmatik

HEINRICH HONSELL

1. Einleitung

Claus-Wilhelm Canaris und ich haben einmal festgestellt, dass wir im Gymnasium in Miesbach (Oberbayern) denselben Griechisch-Lehrer hatten, einen U-Bootkapitän aus dem 2. Weltkrieg. Ein patenter und gebildeter Mann, der uns in die humanistische Bildung eingeführt und die Begegnung mit der griechischen Antike, namentlich mit Platon und Aristoteles, vermittelt hat. Diese Bildung ist auf fruchtbaren Boden gefallen, und so haben wir uns auch später mit Aristoteles befasst, z.B. mit der berühmten Stelle im 5. Buch der Nikomachischen Ethik 1138 a und b über die zwei Arten der Gerechtigkeit und ihre Bedeutung für das Privatrecht.¹ Die Unterscheidung des Aristoteles zwischen *verteilender Gerechtigkeit* (iustitia distributiva – δίκαιον διανεμητικόν²) im öffentlichen Recht und *korrigierender Gerech-*

* In seiner Antrittsvorlesung als Geschichtsprofessor in Jena 1789 über das Thema: Was heißt und zu welchem Ende studiert man Universalgeschichte?: „Anders ist der Studierplan, den sich der Brotgelehrte, anders derjenige, den der philosophische Kopf sich vorzeichnet. Jener, dem es bei seinem Fleiß einzig und allein darum zu tun ist, die Bedingungen zu erfüllen, unter denen er zu einem Amte fähig und der Vorteile desselben teilhaftig werden kann, wird beim Eintritt in seine akademische Laufbahn keine wichtigere Angelegenheit haben, als die Wissenschaften, die er Brotstudien nennt, von allen übrigen, die den Geist nur als Geist vergnügen, auf das Sorgfältigste abzusondern.“

¹ Eine unterschiedliche Meinung besteht in der Frage, ob die iustitia distributiva nur das öffentliche Recht betrifft oder ob sie auch im Privatrecht zu verorten ist; so Canaris, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht* (1997); ähnlich St Arnold, *Vertrag und Verteilung: Die Bedeutung, der iustitia distributiva im Vertragsrecht* (2014) 34; für die Beschränkung auf das öffentliche Recht Honsell, *Iustitia distributiva – commutativa*, 2. FS Mayer-Maly (2002) 387 ff.

² Dabei geht es um das Verteilen von Leistungen oder Belastungen durch den Staat. Von dem Verb νέμειν (verteilen) wurde in der antiken Etymologie sogar der Begriff νόμος (Gesetz) abgeleitet. Das ist etymologisch durchaus zweifelhaft, zeigt aber, dass das Gesetz schon damals geradezu das Synonym für das Nehmen und Geben des Staates war. So sagt etwa Cicero, *de legibus* 1, 19: ... Itaque arbitrantur prudentiam esse legem, cuius ea vis sit, ut recte facere iubeat, vetet delinquere; eamque rem illi Graeco putant nomine νόμου suum cuique tribuendo appellatam, ego nostro lex a legendo – Daher glauben sie, dass die

tigkeit bei den Austauschverhältnissen im Privatrecht (*iustitia correctiva* – δίκαιον διορθωτικόν ἐν τοῖς συναλλάγμασι³) beschäftigt die Juristen bis heute und zeigt, dass die Geschichte für das Recht von Bedeutung bleibt.

II. Die Anfänge des Europäischen Rechts

Anfänge einer europäischen Rechtsgeschichte finden sich in Athen im 6./5. Jhd. v. Chr. mit dem Gegensatz von νόμος und φύσις – Gesetz und Natur und den damit eng verknüpften Menschenrechten. Während sich die Griechen früh mit Gesetzen und ihrer Auslegung befassten (z.B. die Gesetze des Solon und Drakon in Athen oder des Lykurg in Sparta), waren die Römer die Meister des Fallrechts und die römische Jurisprudenz hatte für das Privatrecht und seine Geschichte die weit größere Bedeutung. In der griechischen Antike stand neben dem Gesetz stets das sog. Naturrecht. Die berühmte Definition des Naturrechts in der Nikomachischen Ethik des *Aristoteles*⁴ lautet:

Τοῦ δὲ πολιτικοῦ δικαίου τὸ μὲν φυσικὸν ἐστὶ τὸ δὲ νομικόν, φυσικὸν μὲν τὸ πανταχοῦ τὴν αὐτὴν ἔχον δύναμιν, καὶ οὐ τῷ δοκεῖν ἢ μὴ, νομικὸν δὲ ὃ ἐξ ἀρχῆς μὲν οὐθὲν διαφέρει οὕτως ἢ ἄλλως, ὅταν δὲ θῶνται, διαφέρει, οἷον τὸ μᾶς λυτροῦσθαι, ἢ τὸ αἶγα θύειν ἀλλὰ μὴ δύο πρόβατα, ἔτι ὅσα ἐπὶ τῶν καθ' ἕκαστα νομοθετοῦσιν, οἷον τὸ θύειν Βρασίδα, καὶ τὰ ψηφισματώδη. – Das Bürgerliche Recht ist einerseits das natürliche, andererseits das gesetzliche (positive). Das natürliche hat überall die gleiche Geltung, unabhängig davon, ob man es für richtig hält oder nicht; das gesetzliche kann so oder anders sein und wird erst durch positive Festsetzung so bestimmt, z.B. die Anordnung, dass das Lösegeld für einen Gefangenen eine Mine betragen, oder dass man eine Ziege, keine zwei Schafe, opfern soll, ferner gesetzliche Bestimmungen, die für einzelne Fälle getroffen werden, z.B. dass dem Brasidas geopfert werden soll, und endlich alles, was durch Plebiszite festgesetzt wird.

Aristoteles unterteilt das Bürgerliche Recht in das gesetzliche und das natürliche, das eine gilt immer und überall und ist bei allen Völkern dasselbe,

Vernunft das Gesetz ist, das die Macht hat, das Richtige zu gebieten und das Unerlaubte zu verbieten; und sie meinen, dass daher der griechische Begriff νόμος (Gesetz) kommt, von jedem das Seine zuteilen (νέμειν), wie ich glaube, dass *lex* (Gesetz) a *legendo* kommt, von dem, was man lesen muss.

³ Also nicht Austauschgerechtigkeit oder ausgleichende Gerechtigkeit – *iustitia commutativa*; das ist eine Fehlinterpretation, die auf Thomas v. Aquin zurückgeht, vgl. *Honsell* (Fn 1).

⁴ Nikomachische Ethik 1134 b.

weshalb es in Rom auch *ius gentium* hieß⁵. Das andere kann so oder anders sein, ist inhaltlich mehr oder weniger beliebiges Gesetzesrecht.

Auch wenn in der aristotelischen Definition das Spannungsverhältnis zwischen einem ungerechten und unmoralischen Gesetz und dem Naturrecht nicht thematisiert wird, stand gerade dieser Aspekt schon im vorsokratischen Griechenland im Vordergrund und wurde namentlich von den Sophisten diskutiert. Pythagoras hat gelehrt, dass die Gerechtigkeit nicht auf dem *Nomos* (Gesetz) beruht, sondern auf der *Physis* (Natur)⁶. Diese Aussage ist scheinbar paradox, denn die Gerechtigkeit entspringt nicht der Natur, sondern ist eine sozial-ethische Forderung an das zwischenmenschliche Zusammenleben. Naturrecht, das wäre eher das Recht des Stärkeren; so, wie Thrasymachos sagt (Platon Pol. 338c): Das Gerechte sei, was dem Stärkeren nützt. Weiter wird damit das Recht bezeichnet, das man bei allen Lebewesen findet, das die Natur alle Lebewesen gelehrt hat (*quod natura omnia animalia docuit*, Ulpian Dig. 1, 1, 3). Das ist quasi ein biologischer Naturrechtsbegriff, dessen Hauptbeispiel die Pflege und Aufzucht der Jungen ist, die auch Art. 6 GG als „natürliches Recht“ der Eltern bezeichnet; aber auch ein Gemeinschaftsleben, wie das der Fische und Vögel im Schwarm, der Ameisen oder Bienen im Bau oder Korb usw. Näher liegt uns die Bezeichnung als *ius gentium* (Ulpian: *quae omnes humanes gentes utuntur ...* das bei allen Völkern der Erde gilt). Der Begriff Naturrecht ist also nicht passend, weil es sich nicht um ein Naturphänomen handelt, sondern ein soziales, weil die Natur keine normativen Vorgaben macht und aus dem Sein im Grundsatz nichts für das Sollen folgt. Gleichwohl behalten wir ihn bei, weil er seit Jahrtausenden gebräuchlich ist und weil klar ist, was mit ihm gemeint ist. Die Naturrechtslehre bleibt trotz der von Positivisten immer wieder erneuerten Kritik der von der Erfahrung am besten ausgewiesene Weg zur Sicherung menschlicher Würde⁷.

Namentlich bei krassen Ungerechtigkeiten, um die es ja meist geht, lässt sich fast immer und überall ein Konsens feststellen, was gerecht ist. Es ist das Rechtsgefühl⁸ des unverbildeten Laien und das Judiz des noch nicht von einer *déformation* professionelle verbogenen Juristen, das zu gerechten Entscheidungen führt. Moral und Ethik weisen den Weg. Das richtige Recht, das jedenfalls *ex negativo* jeder kennt. Für die Ordnung des menschlichen Zusammenlebens genügt beinahe der Kindervers: Was du nicht willst, dass

⁵ Ulp. Dig. 1, 1, 2 u. öfter. Die Abgrenzung zum *ius naturale* ist unscharf; vgl. auch unten III.

⁶ Näher dazu *Honsell*, *Nomos und Physis bei den Sophisten*, *Mél. Wubbe* (1993) 179 ff.; *ders*, *FS Koppensteiner* 593 ff.; *ders*, *Röm Recht*⁸ 21 ff.; *Höffe*, *Gerechtigkeit*⁴ (2010) 40 ff.; *Rüthers*, *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit*³ (2009) 68 ff.

⁷ Paradigmatisch *E. Bloch*, *Naturrecht und menschliche Würde* (1961).

⁸ Dazu *Riezler*, *Das Rechtsgefühl*³ (1921/1969); *Bibler*, *Rechtsgefühl, System und Wertung* (1979).

man dir tu, das füg auch keinem anderen zu.⁹ Subjektiv ist die Gerechtigkeit auch eine Tugend. Nach Aristoteles die vollkommenste, staunenswerter als Abend- oder Morgenstern (Nik. Eth. 1130a). Dieses Bild taucht wieder auf, wenn *Kant*¹⁰ sagt: „Zwei Dinge erfüllen das Gemüt mit immer neuer und zunehmender Bewunderung und Ehrfurcht, je öfter und anhaltender sich das Nachdenken damit beschäftigt: *der bestirnte Himmel über mir und das moralische Gesetz in mir.*“ Auch wenn man das Sittengesetz nicht einfach ins Recht implantieren kann, so muss doch stets ein ethisches Minimum beachtet werden.¹¹

Vom Sophisten Antiphon ist ein Fragment aus einer Schrift „Über die Wahrheit“¹² auf einem Papyrus aus Oxyrhynchos (Ägypten) überliefert. Darin findet sich die erstaunliche Handlungsmaxime, man solle vor Zeugen die Gesetze der Menschen befolgen, ohne Zeugen hingegen die Gesetze der Natur. Das klingt nach dem ungeschriebenen, letzten Paragraphen des StGB („Du darfst dich nicht erwischen lassen“).

Der Konflikt zwischen Naturrecht und Gesetz ist auch das Thema in Sophokles' *Antigone*. Sie widersetzt sich dem Verbot des Kreon und bestattet den toten Bruder, weil das göttliche Gesetz und das Naturrecht es so verlangen.

Die Grenzen des Gesetzesgehorsams zeigt auch der Fall des Sokrates. Der zum Tode verurteilte Sokrates lehnte die schon vorbereitete Flucht ab, weil er der Jugend kein (schlechtes?) Beispiel geben wolle für Ungehorsam gegen das Gesetz (Platon, *Kriton* 53). Sokrates war im Prozess gerade vorgeworfen worden, er verführe die Jugend zum Ungehorsam gegenüber dem Gesetz. Da verlangte es das Narrativ, dass er seine Verfolger durch unbedingte Gesetzes-treue beschämt.

Das Spannungsverhältnis zwischen Naturrecht und Gesetz tritt bei ungerechten oder gar grausamen Gesetzen am deutlichsten hervor. Namentlich die römische Geschichte liefert Beispiele für rücksichtslose Härte und unmenschliche Brutalität, die sich auf ein Gesetz berufen kann und meist mit der Staatsräson, der *utilitas publica*, begründet wird. Man denke nur an die qualvolle Todesstrafe der Kreuzigung oder an das barbarische Anketten der Galeerensklaven, die ihren Tod bei einem Schiffsuntergang stets vor Augen hatten. Das *Senatus Consultum Silanianum* (Dig. 29, 5) ordnete die Tötung

⁹ Vgl. dazu etwa *Hruschka*, JZ 1987, 941 ff., der auf die Verwandtschaft mit dem kategorischen Imperativ von Kant hinweist; ferner *Mayer-Maly*, Rechtsgeschichtliche Bibelkunde (2003) 26 ff.

¹⁰ Akademieausgabe V 161.

¹¹ Der Begriff „ethisches Minimum“ stammt von *Jellinek*, Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe² (1908) 45. Zum ethischen Minimum im Rahmen der Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften (§ 138 BGB) s. *Wolf/Neuner* AT (11. Aufl. 2016) 553, 555.

¹² Fr. 44 A und B bei *Diels/Kranz*, Die Fragmente der Vorsokratiker (1903) II 346 f.; näher *Honsell*, *Mél.* Wubbe 179.

aller Haussklaven an, wenn der Eigentümer in seinem Haus getötet worden war. Die Hinrichtung von vierhundert Sklaven des Stadtpräfekten Pedanius Secundus, auch der Frauen und Kinder, wird von Cassius Longinus, dem Schulhaupt der Rechtsschule der Sabinianer, mit dem sinistren Satz gerechtfertigt: *habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra singulos utilitate publica rependitur*¹³. – Jedes große Exempel, das im öffentlichen Interesse an Einzelnen statuiert wird, hat etwas Unbilliges. Das kann man nicht mehr mit dem Topos Rechtssicherheit gegen Gerechtigkeit abtun, vielmehr geht es um Verbrechen aus vorgeblicher Staatsräson. *Cicero*¹⁴ sagt über die magistratische Gewalt, sie habe etwas Böses an sich, ohne das man aber das Gute nicht haben könne: *fateor in ipsa ista potestate inesse quiddam mali, sed bonorum quod est quaesitum in ea sine isto malo non habebimus*.

Von *Ulpian*, dem ein hervorragender Gerechtigkeitssinn bescheinigt wird¹⁵, stammt die Parömie: *quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est*¹⁶. – Zwar ist das manchmal hart, aber so steht es im Gesetz.

Es ist ein ebenso paradoxes wie bedrückendes Phänomen der Anthropologiegeschichte, dass das „Volk des Rechts“ (*Fritz Schulz*) zugleich eine grausame „Sklavenhaltergesellschaft“ (*Karl Marx*) war.

Gleichzeitig wurden gerade im römischen Recht Ubiquität und Unveränderlichkeit des Naturrechts betont:

Justinian Inst. 1, 2, 11: *sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent: ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata*. – Die natürlichen Rechtsgrundsätze, die von allen Völkern gleich beachtet werden und gewissermaßen durch göttliche Vorsehung begründet sind, bleiben immer gültig und unabänderlich; diejenigen aber, die der Staat erlässt, pflegen oft geändert zu werden, sei es durch stillschweigenden Konsens des Volkes, sei es durch ein späteres Gesetz.

Ähnlich sagt Cicero *de re publica* 3, 33: ... *sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit* – aber auch für alle Völker und zu allen Zeiten gilt ein Gesetz, das ewig und unveränderlich bestehen wird.

Naturrecht und unveränderliche, ewige Rechte waren also alte Topoi, die im Mittelalter u.a. von Thomas von Aquin und im 16. Jhd. von der Naturrechtsschule in Salamanca (z.B. *Fr. Vitoria*, *Fr. Suárez*, *L. Molina*) tradiert worden sind und in der Aufklärung des 17. und 18. Jhdts nament-

¹³ Tacitus *Annales* 14, 42–45. Zur Brutalität römischer Strafen s. *Liebs*, Symp. Wieacker (1985) 89 ff.

¹⁴ *De legibus* 3, 23.

¹⁵ *Scriptores Historiae Augustae*, Alexander Severus 31, 2.

¹⁶ D 40, 9, 12, 1; dazu *Wieacker*, SZ 94, 1977, 9 Fn 32.

lich von *Hugo Grotius*, *Samuel Pufendorf*, *Jean Jacques Rousseau*, *Thomas Hobbes*, *John Locke*, und nicht zuletzt von *Thomas Paine* (*The Rights of Man* 1791/92) als *unveräußerliche* Menschenrechte wieder aufgegriffen wurden. Sie findet sich dann in der von *Thomas Jefferson* verfassten amerikanischen Declaration of Independence¹⁷ vom 4. Juli 1776 und in der Bill of Rights von Virginia am 12. Juni 1776 (*George Mason*)¹⁸ sowie in *Schillers* Wilhelm Tell II¹⁹ (Stauffacher) und Goethes Faust.²⁰ Entgegen einer verbreiteten Meinung sind die *Menschenrechte* also keine US-amerikanische Erfindung, sondern entstammen der griechischen Philosophie, sind Jahrhunderte lang durch die römische Jurisprudenz in Europa verbreitet worden und haben eine europäische (abendländische) Wertegemeinschaft begründet. Das schließt Menschenrechte anderswo nicht aus, wie im China des Konfuzius im 6. Jhdt. v. Chr. oder im arabisch-hispanischen Mittelalter (vom 8.–15. Jhdt.)²¹.

Die Existenz von Naturrecht wurde immer wieder bestritten. 1936 hat *Rommen* ein Buch verfasst mit dem Titel „Die ewige Wiederkehr des Natur-

¹⁷ We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with *certain unalienable Rights*, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. An der Sklaverei hat das zunächst nichts geändert. Sie wurde erst fast ein Jahrhundert später nach dem ihretwegen entbrannten Sezessionskrieg (1861–1865) abgeschafft. Dazu passt, dass schon Aristoteles eine krude Theorie über den „Sklaven von Natur“ (φύσει δοῦλος) entwickelt hatte; vgl. den plumpen Rechtfertigungsversuch in Politik V 1254a: „Von Natur aus ist der ein Sklave, der einem anderen gehören kann und auch gehört und der nur insofern an der Vernunft teilhat, als er sie von anderen annimmt, sie aber nicht von sich aus besitzt.“ Um die Gleichberechtigung der Frau stand es nicht viel besser (näher *Honsell*, FS Koppensteiner (2001)).

¹⁸ Art. 1: That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety.

¹⁹ Wenn der Gedrückte nirgends Recht kann finden,
Wenn unerträglich wird die Last,
Greift er hinauf getrosten Mutes in den Himmel
Und holt herunter seine ew'gen Rechte,
die droben hangen unveräußerlich
Und unzerbrechlich wie die Sterne selbst.

²⁰ Teil I Studierzimmer, Mephistopheles: Es erben sich Gesetz' und Rechte
wie eine ew'ge Krankheit fort;
Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte
Und rücken sanft von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage;
Weh dir, dass du ein Enkel bist! ...
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,
Von dem ist, leider! nie die Frage.

²¹ Dazu etwa *Leuprecht*, Vernunft, Gerechtigkeit, Würde – Eine Reise zu chinesischen, islamischen und westlichen Quellen der Menschenrechte (2015). Die herausragenden Vertreter im maurischen Spanien waren Avicenna (97–1037) und Averroes (1126–1198); s. *E. Bloch*, Avicenna und die aristotelische Linke (1963).

rechts“. Das war damals mutig und dazu fast prophetisch, denn es entstand nach dem Ende der nationalsozialistischen Schreckensherrschaft erneut eine Naturrechtsdiskussion und es erschien 1947 eine 2. Auflage von *Rommens Werk*. Doch bald formierte sich wieder der Chor der Positivisten und es zeigte sich, dass es auch eine „verlässliche Rückkehr des Positivismus“ gibt.²² Zuvor hatte der scharfsinnigste Kritiker des Naturrechts Hans *Kelsen* 1934 in seiner Reinen Rechtslehre²³ (vereinfacht und verkürzt) argumentiert, dass aus einem Sein kein Sollen folgen kann. Ungeachtet der prima facie einleuchtenden Trennung von Sollen und Sein besteht der fundamentale Irrtum *Kelsens* darin, dass er aus der richtigen Prämisse den falschen Schluss gezogen hat, es gebe keine vorpositiven, a priori verbindlichen Werte. Noch fataler war der weitere Schluss, Gesetze könnten, wenn sie nur formal korrekt erlassen seien, jeden beliebigen Inhalt haben²⁴. Der Preis für dieses formale Rechtsmodell, das den Geist des Wissenschaftspositivismus des 19. Jahrhunderts atmete, war der Verzicht auf materiale Gerechtigkeit. Wir erinnern uns an den berühmten Ausspruch *Windscheids*:²⁵ „ethische, politische, oder volkswirtschaftliche Erwägungen... sind nicht Sache des Juristen als solchem“. Die Beschränkung auf den positivrechtlichen Aspekt²⁶ unter Ausklammerung des ethisch richtigen Rechts und Verzicht auf normative Kritik ist weder notwendig noch

²² Vgl. *Honsell/Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft (2015) 183, 185 f., dort auch zum Missbrauch des Naturrechts zur Legitimierung bestehender Zustände.

²³ 2. Aufl (1960) 201 u. öfter.

²⁴ Vgl. Reine Rechtslehre² 42; ferner *Honsell*, FS Koppensteiner 593 ff.

²⁵ Rektoratsrede (1884), Gesammelte Reden und Abhandlungen (1904) 101.

²⁶ Statt vieler *W Ernst*, Gelehrtes Recht, Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007) 3 ff., 15 ff. („The strictly legal point of view“); dazu *Reimann* ebenda 87 ff.; Für einen „moralneutralen Rechtsbegriff“ vor allem *Hörster*, Was ist Recht? (2012) 79 ff. Zu *Hegel* und insbesondere zum Neuhegelianismus, der die Gerechtigkeit ebenfalls ausgeblendet hat s. den Sammelband von Wischke/Przylebski (Hrsg.), Recht ohne Gerechtigkeit? (2010). Die meisten gängigen Definitionen des Rechts beschränken sich auf das sog positive Recht. Zu vermitteln versucht *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit – Rechtswissenschaft jenseits von Positivismus und Naturrecht (2004). *Jan Schröder*, Verzichtet unser Rechtssystem auf Gerechtigkeit? (2005) 3 ff., 28 ff. meint, man könne auf eine übergesetzliche Gerechtigkeit verzichten, weil Menschenrechte, Freiheit, Gleichheit und Treu und Glauben schon im Grundgesetz stünden, bzw. im BGB. Die Positivierung dieser Grundrechte, die sich in vielen nationalen Rechtsordnungen findet sowie in der UN-Declaration of Human Rights (1948), der EMRK (1950) und der Europäischen Grundrechtscharta (2000/2009), macht jedoch die Gerechtigkeit in der Definition des Rechts nicht entbehrlich. Sie gilt unabhängig von jeder Positivierung. Wäre es anders, so müsste sie ein Staat, der auf gesetzliche Normierung verzichtet, nicht beachten. Ähnlich wie *Schröder* argumentiert zuletzt *C. Bäcker*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat – Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze des Grundgesetzes (2015), der aber die Gerechtigkeit in dieser Rsp. für ein Argument hält und sich (240 ff.) gegen eine Inklusion der Gerechtigkeit in den Rechtsstaatsbegriff durch das Bundesverfassungsgericht wendet (z.B. BVerfGE 7, 89, 92, 95, 96 ff., 135 f. – Mauerschützen). Das BVerfG solle das Grundgesetz hüten, nicht die Gerechtigkeit. Diese Kritik ist nicht überzeugend. Richtig ist allerdings, dass die Gerechtigkeit ein Ideal ist, eine vorpositive Idee; vgl. auch *Isensee*,

richtig. Vielmehr zeigt schon die Rechtswirklichkeit mit ihren häufig kontroversen juristischen Diskussionen und mit vielfältiger richterlicher Rechtsfortbildung gegenüber oft korrekturbedürftigen Gesetzen, dass auch die Praxis ohne normative Entscheidungen nicht auskommt.

III. Europarecht heute

Im Gegensatz zu den tiefen rechtsphilosophischen Anfängen des Europäischen Rechts im antiken Griechenland und der ganz Europa prägenden Kultur des römischen *ius civile*, die Jahrhunderte im *usus modernus* und *ius commune* fortgewirkt hat und die noch heute den Kern einer modernen Zivilrechtsdogmatik ausmacht, geht das heutige Europarecht leider in die falsche Richtung und stellt sich überraschend schlicht und fehlerhaft dar: Die Europäische Union regelt, oft genug ohne Kompetenzgrundlage²⁷, mehr oder weniger wichtige Aufgaben in Gesetzesform für die man weder geschichtliche noch rechtsvergleichende Kenntnisse benötigt, ja überhaupt keine Wissenschaft, allenfalls eine gewöhnliche Rechtsanwendungslehre. Viele Vorschriften haben ungefähr das Niveau des Beispiels bei Aristoteles, ob man eine Ziege oder zwei Schafe opfern soll.²⁸ Zur Beschreibung dieses Niveaus genügen ganz wenige Beispiele, etwa das zum Zwecke des Stromsparens eingeführte Glühbirnenverbot oder die Beschränkung der Leistung von Staubsaugern auf 900 Watt, wobei sich die Stromersparnis dadurch erledigt, dass man wegen der reduzierten Leistung jedenfalls länger saugen muss. Die Einführung der SEPA-Überweisung mit einer IBAN von bis zu 34 (!) Stellen; in Deutschland sind es 22, meist mit etlichen aufeinanderfolgenden, schwer zählbaren Nullen als Platzhalter für einen nicht existierenden künftigen Bedarf. Brüsseler Bürokraten denken sich, von Lobbyisten

Gerechtigkeit – Die vorrechtliche Idee des richtigen Rechts, FS Mertens (2007) 7 ff. = Recht als Grenze – Grenze des Rechts (2016) 280 ff.

²⁷ Die Kommission stützt die meisten Richtlinien floskelhaft auf Art. 114 Abs. 1 AEUV („... Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben“, auch wenn die mit dem Binnenmarkt gar nichts zu tun haben und keine Wettbewerbsverfälschung und Marktverzerrung besteht (114/116 AEUV). Der EUGH segnet das inzwischen durchweg ab; anders noch die heute nicht mehr beachtete Entscheidung C 376/98. Kritik an der ständigen Kompetenzerweiterung und an der konstanten Nichtbeachtung des Subsidiaritätsprinzips etwa bei *D. Grimm*, Europa ja – aber welches? (2016) 23 f., 44 ff. u. öfter.

²⁸ Eine Ausnahme macht die tlw. an die Stelle der gescheiterten Verfassung getretene Grundrechtscharta, deren vage und programmatische Grundrechtstatbestände aber im Hinblick auf die uferlose Auslegung des EuGH noch größere Probleme hervorbringen könnten als die Grundrechtsinterpretation („Konkretisierung der Wertordnung“) des Bundesverfassungsgerichts; dazu etwa *Honsell/Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft § 5 VII und § 7 II mNw.

beraten, ständig solche Regeln aus und überschwemmen die Bürger nach US-amerikanischem Muster mit einem Labyrinth von Regelungen, Verboten und Strafen. Manches ist grotesk und völlig unnötig kompliziert, wie die Berechnung für die Klassifizierung von Schweinehälften²⁹, die maximale Gurkenkrümmung³⁰ oder die Formel zur Errechnung des effektiven Jahreszinses, die niemand verwendet.³¹ Der Verzugszins (§ 288 Abs. 2 BGB) beträgt 9% über dem Basiszins (RL 2011/7 EU Art. 2 Nr. 6 mindestens 8%), was krass zu der Nullzinspolitik der Europäischen Zentralbank kontrastiert. Die Höhe ist völlig überzogen und zur „Beschleunigung fälliger Zahlungen“ (so der Titel des Umsetzungsgesetzes) weder notwendig noch geeignet. Seit einem Reichsdeputationsabschied aus dem Jahre 1600 betrug der Verzugszins 4 bzw. 5%, wobei ein höherer Schadensersatz bei Nachweis höherer Refinanzierungskosten immer möglich war. Was Jahrhunderte lang richtig war, wurde mit dem unbedachten Federstrich eines uninformierten Gesetzgebers weggewischt, wobei man sich von einem privatrechtsfremden Abschreckungszweck leiten ließ³².

Ein Frontalangriff auf die Privatrechtsgesellschaft sind die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU und das darüber teilweise noch hinausgehende AGG. *Zöllner*³³ beobachtet treffend etwas „fundamentalistisch Eiferndes“, wenn der Vertragsschluss zwischen Privaten und die Wahl des Vertragspartners unter Begründungszwang gestellt wird. Im Privatrecht gab es mit gutem Grund kein Gleichbehandlungsgebot, denn dies ist der Anfang vom Ende der Freiheit und der Privatautonomie.³⁴ Eine der Grundforderungen an die (nach Aristoteles unter Privaten nicht geltende) verteilende Gerech-

²⁹ S die Anlagen 2 und 3 zur Schweineschlachtkörper-Handelsklassenverordnung (Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 922/72, (EWG) Nr. 234/79, (EG) Nr. 1037/2001 und (EG) Nr. 1234/2007 (ABl. L 347 vom 20.12.2013, S. 671) sowie die in Anlage 1 bezeichneten Handelsklassen).

³⁰ Eine Lachnummer, die von einer Deregulierungskommission unter dem früheren Bay. Ministerpräsidenten Stoiber aus dem Verkehr gezogen wurde.

³¹ Gesetzlich vorgeschrieben ist dafür eine von der EU in einem langwierigen Kommissionsverfahren entwickelte, komplizierte Gleichung (vgl. Anlage zu § 6 Preisangabeverordnung), die von niemandem verwendet wird. Gebräuchlich ist allein die Berechnung nach der sog Uniform-Methode.

³² Näher Staudinger/*Honsell*, Einl BGB Rn 113a.

³³ Privatrecht und Gesellschaft, in: Riesenhuber (Hrsg.) Privatrechtsgesellschaft (2007) 53 ff., 65.

³⁴ Vgl. den Artikel von *Picker*, JZ 2002, 880 f. Die letzte Stufe dieses verkehrten Olymps erklimmt *Grünberger*, Personale Gleichheit – Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Privatrecht (2013) 749 ff., 702 ff., 902 ff., 906, der für jede Ungleichbehandlung eine Begründung verlangen will; krit. auch *Armbrüster*, ZVersWiss 2015, 311 ff.; *Pöschl*, Zeitschrift für Rechtswissenschaftliche Forschung (RW) 2016, 51 ff.; *Bachmann*, Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GRP) 2015, 10 ff.

tigkeit ist die Gleichbehandlung. Führt man sie dennoch auch unter Privaten ein, so sollte man sich wenigstens auf vernünftige Gleichbehandlungsgebote beschränken. Die Antidiskriminierungs-Richtlinien, die im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) zusammengefasst sind, stellen indes Regeln auf, die mit Gleichbehandlung zum Teil nichts zu tun haben. So ist es unverständlich, wenn eine angebliche Diskriminierung bei der Stellenausschreibung (wegen Fehlens der femininen Form) nach § 15 AGG mit einer Schadensersatzpflicht in Höhe von drei Monatsgehältern belegt wird. Die bekommt man selbst dann, wenn man auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht angestellt worden wäre. Die Diskriminierung muss also nicht kausal gewesen sein. Eine Absage an jede reasonable discrimination ist es, wenn Versicherer trotz der unterschiedlichen statistischen Lebenserwartung von Männern und Frauen gleiche Tarife in der Lebens- oder in der Krankenversicherung anbieten müssen. Vernünftiger Weise wären die Prämien für Frauen im Hinblick auf ihre höhere Lebenserwartung in der Ablebensversicherung niedriger, in der Erlebensversicherung höher. Gänzlich undurchdacht ist das Verbot der Altersdiskriminierung, da es im Recht etliche vernünftige und notwendige Altersgrenzen gibt.

Eine andere europäische Lieblingsidee ist der Konsumentenschutz. Leitbild ist ein „unmündiges Großkind“, der Konsument, den man in der Rolle schützt durch übertriebene Regelungen, für welche die Kommission vertragswidrig schließlich eine Vollharmonisierung durchgesetzt hat (2011/83/EU). Eine wichtige Errungenschaft ist unter anderen³⁵ das Widerrufsrecht im Distanzhandel; eine Einschränkung des Prinzips *pacta sunt servanda*, die zum Missbrauch einlädt und inzwischen fast 30% Retouren verursacht, welche letztlich von den Verbrauchern bezahlt werden müssen. Andererseits muss der Verbraucher permanent erzogen werden, neben vielerlei Regeln und Strafen z.B. auch mit dem stupiden Hinweis auf „Arzt oder Apotheker“ in der Fernsehwerbung für Pharmazeutika, die kein Mensch mehr hören kann, mit Schock-Fotos auf Zigarettenschachteln usw. Die EU erzieht und bestraft aber nicht nur Menschen, sondern auch Unternehmen und sogar Staaten. So droht z.B. der Bundesrepublik eine „Strafe“ bis zu 0,1% des Bruttosozialproduktes³⁶, wegen zu hoher Leistungsbilanz-Überschüsse. Ob es sinnvoll wäre, die zu verhindern, und wie man das gegebenenfalls anstellen könnte, fragt niemand. Man thematisiert auch den Einfluss kaum, den die Geldpolitik der EZB auf diese Entwicklung hat. Es ist verwunderlich, wie eine derart unsinnige Regelung den Rat passieren konnte.

³⁵ Beispiele bei *Picker*, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: Riesenhuber (Hrsg.) Privatrechtsgesellschaft (2007) 207, 216 ff.

³⁶ Art. 3 Abs. 5 der VO 1174/2011; das wären in Deutschland ca. 2,5 Mrd.; bei Verstoß gegen die Defizitkriterien sind es sogar 0,2% des BIP, eine interessante Sanktion gegen einen Staat der insolvent ist. Ähnlich unsinnige Bemessungsgrundlagen finden wir im EU-Kartellrecht, wo auf den Unternehmensumsatz abgestellt wird anstatt auf den Gewinn.

Diese und unzählige andere, jedenfalls unnötige und nach Art. 5 EUV (Prinzipien der Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit und begrenzten Einzelermächtigung) mangels Zuständigkeit der EU an sich unzulässige Regelungen erinnern den Bürger stets daran, dass er von einer orts- und sachfernen Bürokratie gegängelt wird. Das führt zu Politikverdrossenheit und Wahlmüdigkeit.

In der EU wurden auch mehrfach Versuche zu einer Vereinheitlichung des Zivilrechts gemacht, obwohl hierfür keine Kompetenzgrundlage besteht. Der vorläufig letzte ist der Entwurf einer *Verordnung über ein optionales Europäisches Kaufrecht (Common European Sales Law – CESL)*,³⁷ der überwiegend auf Kritik gestoßen ist³⁸. Die Sprache ist schlecht, oft umständlich und redundant³⁹. Der Text verwendet ungeklärte neue Begriffe und unbeholfene Definitionen. Der Entwurf enthält neben dem Kaufrecht den erwähnten Konsumentenschutz und einen (unvollständigen) Allgemeinen Teil. Das Europäische Kaufrecht soll nur gelten, wenn es vereinbart ist, dann aber allen anderen Vorschriften des nationalen Rechts (einschließlich des Wiener Kaufrechts) vorgehen. Ein solches optionales Recht hat so gut wie keine Chancen, gewählt zu werden und ist neben dem Wiener Kaufrecht, das noch immer auf wenig Akzeptanz trifft, ganz überflüssig. Dagegen wäre ein Europäisches Zivilgesetzbuch sinnvoll, denn es böte im Hinblick auf die gemeinsamen Wurzeln im *Usus modernus* des römischen Rechts die Chance einer echten Rechtsvereinheitlichung auf der Basis historisch gewachsener Rechte und der Erhaltung eines dogmatischen Niveaus, welches die heutige Rechtssetzung vermissen lässt. Indessen muss man unserer Zeit den „Beruf zur Gesetzgebung“⁴⁰ insoweit wohl absprechen, von der Kraft zu großen Kodifikationen ganz zu schweigen.⁴¹ Voraussetzung für ein Europäisches

³⁷ v. 11.10.2011 KOM (2011) 635 endg; dt Fassg abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:DE:PDF>.

³⁸ S. etwa die Beiträge in Remien/Herrler/Limmer, Hrsg. *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?*, 2012; zur fehlenden Kompetenz *Grigoleit*, ebda 75 ff.; krit auch *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 269 ff.; ferner die Beiträge auf der Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung, AcP 212 (2012) 467 ff.; s noch Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze (Hrsg.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht (2012)* und Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), *Am Vorabend eines gemeinsamen europäischen Kaufrechts (2011)*.

³⁹ Zwei beliebige Beispiele: Der einfache Satz *lex specialis derogat legi generali* lautet so (Art. 4 Nr. 3): Sind eine allgemeine Vorschrift und eine besondere Vorschrift auf eine bestimmte Situation im Anwendungsbereich der allgemeinen Vorschrift anwendbar, so geht die besondere Vorschrift im Konfliktfall vor. Die grundsätzliche Dispositivität wird in Art. 1 Nr. 2 so beschrieben: Die Parteien können die Anwendung von Bestimmungen des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts ausschließen, davon abweichen oder ihre Wirkungen abändern, sofern in diesen Bestimmungen nichts anderes bestimmt ist.

⁴⁰ *S. Savigny*, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814).

⁴¹ Zur Kodifikation s. etwa *K. Schmidt*, *Die Zukunft der Kodifikationsidee* (1985); *Caroni*, *Saggi sulla storia della codificazione* (1998); *ders*, *Gesetz und Gesetzbuch* (2003);

ZGB wäre ein *back to the roots*, eine Bestandsaufnahme der integrativen Gemeinsamkeiten des *droit privé Romain*. Diese Aufgabe ist allerdings kaum in Angriff genommen worden und ist von der derzeitigen Wissenschaft, die keine Synthese aus Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung leistet, auch nicht zu erwarten.

IV. Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Privatrechtsdogmatik

Kommen wir nun nach diesen zu lang geratenen allgemeinen Betrachtungen über das Recht in Vergangenheit und Gegenwart zur besonderen Bedeutung der Rechtsgeschichte gerade für das Privatrecht.⁴² Aus heutiger Sicht ist die Trennung der Rechtsdogmatik von der Rechtsgeschichte mit dem BGB erfolgt, ein Vorgang der von den Zeitgenossen überwiegend begrüßt worden ist.⁴³ Der Begriff der Rechtsdogmatik, der gerade aus dem Gegensatz zur geschichtlichen Rechtswissenschaft entstanden war, lebt mit einem geänderten Inhalt fort. Die heute vorherrschende Auffassung verwendet das historische Argument nur noch im Rahmen der Gesetzesauslegung und setzt es zumeist mit der subjektiven Auslegung gleich. Man fragt nach dem subjektiven Willen des Gesetzgebers⁴⁴, nach der Bedeutung der Gesetzgebungsmaterialien und der unmittelbaren Entstehungsgeschichte des BGB.⁴⁵ Die

Hirte, Wege zu einem Europäischen Privatrecht (1995); *Kadner-Graziano*, Die Zukunft der Zivilrechtskodifikation in Europa – Harmonisierung der alten Gesetzesbücher oder Schaffung eines neuen? ZEuP 13 (2005) 523 ff. Zur Dekodifikation *Irti*, L'età della decodificazione (4. Aufl 1999); zuletzt *E. Kramer*, Der Vollständigkeitsanspruch der Kodifikation und das Problem der Nebengesetze zum ABGB in: Fischer-Czermak u.a. (Hrsg.) ABGB 2011 – Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform (2008); ders, Nationale Privatrechtskodifikationen, internationale Privatrechtsvereinheitlichung und Privatrechtsvergleiche zu Beginn des neuen Jahrhunderts, ZSR 124 (2005) 421 ff.

⁴² Dazu habe ich mich früher geäußert in: FS Hattenhauer (2003) 245: Die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Zivilrechtsdogmatik; ferner in: Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages (1987) 299, Das rechtshistorische Argument in der modernen Zivilrechtsdogmatik; Lebendiges Römisches Recht, GS Mayer-Maly (2011) 225 ff.; ähnlich *Zimmermann*, Gemeines Recht heute: Das Kreuz des Südens, in: FS Hattenhauer (2003) 601 mwNw; ders, Europa und das römische Recht, AcP 202 (2002) 243.

⁴³ Nw bei *Th. Honsell*, Historische Argumente im Zivilrecht (1982) 64 f.

⁴⁴ Auf den überholten Theorienstreit zwischen objektiver und subjektiver Theorie gehe ich hier nicht ein. Das historische Argument ist nicht etwa identisch mit der subjektiven Theorie, sondern kann bei beiden eine Rolle spielen. Übersichten bei *Th. Honsell*, 19 ff. und *Hassold*, Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes, ZZZ 94 (1981) 192 ff. Wie die anderen Gegensatzpaare in der Auslegungslehre kann auch dieses seine rhetorische Herkunft nicht verleugnen, vgl. *Honsell*, ZfPW 2016, 105 ff.

⁴⁵ Zu diesem historischen Argument aus neuerer Zeit etwa *Jansen* ZNR 2005, 202 ff.; *Haferkamp* ZNR 2008, 273 ff.; *Grigoleit*, Das historische Argument in der geltendrechtlichen Privatrechtsdogmatik, ZNR 2008, 259; *Looschelders*, ZNR 2008, 282 ff.;

darüber weit hinausreichende Bedeutung der Rechtsgeschichte⁴⁶, namentlich des römischen Rechts wird von der hL nicht anerkannt, ergibt sich aber für das Privatrecht in Deutschland (wie in anderen, insbesondere europäischen Staaten) allein schon aus der Tatsache, dass das BGB nach dem Willen seiner Verfasser, von politisch motivierten Neuerungen abgesehen, nichts anderes sein sollte, als eine Kodifikation des geltenden gemeinen Rechts. Den Zeitgenossen war diese Zielsetzung ganz geläufig und sie lässt sich in den Motiven zum BGB vielfältig belegen. Das gilt namentlich für die Privatrechtsdogmatik im Obligationen-, Sachen- und Erbrecht. Angestrebt war eine klare begriffliche Ordnung der alten Institute und Prinzipien, i.d.R. aber keine inhaltliche Änderung des neuen gegenüber dem alten Recht. Das ist nicht zu verwechseln, aber vereinbar damit, dass es das Ziel war, das Pandektenrecht und das Corpus Iuris endlich hinter sich zu lassen (dazu sogleich).

Die Übernahme gemeinrechtlicher Institutionen und Figuren ist in den Teilentwürfen der Vorkommission für das BGB noch besonders gut sichtbar. Teilweise identische Vorlagen waren die aus derselben Quelle stammenden Partikularrechte, wie das Sächsische oder Bay. BGB, das an den Code civil angelehnte Badische Landrecht, das Preuss. ALR, ABGB usw., die, was das Obligationenrecht anlangt, bei der Erstellung des Dresdener Entwurf eines Obligationenrechts berücksichtigt worden sind (das ebenso wie das ADHGB für den Norddeutschen Bund gelten sollte). Mitglied der Vorkommission und alleiniger Redaktor der Ersten Kommission für das Schuldrecht des BGB war der Stuttgarter Jurist *Franz von Kübel*, der schon am Dresdner Entwurf mitgewirkt hatte. Nach dessen Erkrankung wurde der Dresdener Entwurf weitgehend für das BGB übernommen. Dieser hat auch dem Berner Professor *Walter Munzinger* bei der Schaffung des Schweizer Obligationenrechts von 1881 als Vorlage gedient, was die enge Verwandtschaft von BGB und OR erklärt⁴⁷, die man auch Pandektengesetzbücher genannt hat. Die Naturrechtskodifikationen, von denen heute das ABGB und der Code Civil noch in Geltung sind, unterscheiden sich deutlicher von jenen; denn zwischen beiden liegt das Jahrhundert der Pandektenjurisprudenz. Allerdings wurde das ABGB durch die sog. III. Teilnovelle 1916 dem BGB in vielen Punkten angeglichen⁴⁸.

Schwintowski, ZNR 2008, 289 ff. *Baldus* in Baldus/Theisen/Vogel (Hrsg), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung (2013) 1 ff.; zu den Meinungen in der Frühzeit des BGB ausführlich *Th. Honsell*, [Fn 43] 22 ff., 36 ff., 47 ff. u. passim; *Klippel*, Juristische Zeitgeschichte (1985).

⁴⁶ Das geltende Privatrecht hat vereinzelt auch Wurzeln im germanischen und kanonischen Recht, doch überwiegt für die Zivilrechtsdogmatik das Römische Recht bei weitem.

⁴⁷ Näher *Honsell*, 100 Jahre OR, ZSR 2011 II 5 ff.

⁴⁸ Näher z.B. *Kramer*, Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht, AcP 199 (1999) 365 ff.; *Oberhammer*, Kleine Differenzen – Vergleichende Beobachtungen zur zivilistischen Methode in Deutschland, Österreich und der Schweiz, AcP 214 (2014) 155 ff.

Eine der wichtigsten Errungenschaften des Römischen Rechts und von zeitloser Modernität waren die Privatautonomie, das Eigentum und die Vertrags-, Vereins- und Testierfreiheit sowie die Wirtschafts- und Gewerbe-freiheit. Die Vereinsfreiheit kannten schon die Zwölftafeln, um 450 v. Chr.⁴⁹ Etwa 300 Jahre später setzte sich die Gültigkeit aller mündlichen und formlos geschlossenen typischen Verkehrsgeschäfte durch. Die Pflicht zum Worthalten, die Ethik des gegebenen Wortes, bewirkte, dass das einfache Wort jetzt genauso viel galt wie ein förmliches Geschäft. Nach ihrem Entstehungsgrund nannte man diese formlosen Verträge *bonae fidei negotia* und ihr Inhalt bestimmte sich nach der Formel *quidquid dare facere praestare oportet ex fide bona*. Die *bona fides* wurde dann auch ins *ius civile* rezipiert und so hat schließlich der auf Vertrauen basierende Konsensualvertrag über die Formstrenge den Sieg davongetragen. Die *bona fides* lebt fort als *buona fede* oder *bonne foi* in den romanistischen Rechten (Art. 1134 f. Code civil; Art. 1337 Codice Civile) und in dem gleichbedeutenden Hendiadyoin Treu und Glauben (z.B. §§ 157, 242 BGB; Art. 2 ZGB; jedenfalls der Sache nach auch § 914 ABGB). Die Schweiz hat das Prinzip sogar in der Verfassung verankert (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV). Das Wort *fides* ist ein griechisches Lehnwort, kommt von griechisch *πίστις* (*pistis*) und bedeutet Vertrauen, wofür Treue und Glauben altertümliche Entsprechungen sind. Aus der *fides* entsprang die Pflicht, das gegebene Wort zu halten, eine Pflicht die „natürlich“ erscheint und jedermann einleuchtet. Sie ist zuerst im *ius gentium* des praetor peregrinus, der für Rechtsgeschäfte zwischen Römern und Fremden zuständig war, zur Rechtspflicht geworden⁵⁰. Dieses *ius gentium*, das wir bereits kennen gelernt haben (vgl. oben II), ist das Recht, das bei allen Völkern unabhängig von nationalen Gesetzen gilt und auch als Naturrecht (*ius naturae*) bezeichnet wird. Das Vertrauensprinzip, ursprünglich Teil eines solchen Naturrechts, wurde ins Zivilrecht rezipiert. Als zentraler Aspekt des Vertragsrechts taucht es wieder auf in der grundlegenden Arbeit des Jubilars, „Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht“ (1971).

Die zweite in Art. 2 Abs. 2 ZGB, nicht aber in den anderen Kodifikationen genannte Funktion von Treu und Glauben ist die *exceptio doli* (Einrede der Arglist, unzulässige Rechtsausübung)⁵¹, die Jahrhunderte lang der Abwehr formell gültiger, jedoch dem materiellen Recht widersprechender Rechtspos-

⁴⁹ Vgl. Gai. Dig. 47, 22, 4: *his autem potestatem facit lex, pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant. sed haec lex videtur ex lege Solonis tralata esse.* – Das Gesetz gibt ihnen (den Mitgliedern) die Macht, sich die Satzung zu geben, die sie wollen, solange sie dadurch nicht gegen ein öffentliches Gesetz verstoßen; man nimmt an, dass diese Vorschrift aus dem Gesetz des Solon übernommen worden ist.

⁵⁰ Hierzu zuletzt *Chiussi*, „Grave est fidem fallere“: Vertrauensschutz im Römischen Recht, *Fundamina* 20 (1) 2014, 150 ff.

⁵¹ S. etwa *Honsell*, Teleologische Reduktion versus Rechtsmissbrauch, FS Mayer-Maly (1996) 369 ff.

sitionen und treuwidrigen Verhaltens diene, namentlich in Gestalt des Verbots eines *venire contra factum proprium*. Auch dabei ging es wieder um den Gegensatz zwischen Naturrecht und formalem Recht, billigem und strengem Recht, *ius strictum* und *ius aequum*, *law* und *equity*, der die ganze Rechtsgeschichte durchzieht.

Eine Figur von genialer Einfachheit für die Hinausschiebung der Wirkungen eines Rechtsgeschäfts war die Unterscheidung von Befristung und Bedingung – *dies* und *condicio*, *certus an* und *incertus an*. Beide konnten aber *certus* oder *incertus quando* sein. Eine *condicio certus an*, *incertus quando* ist der Tod (*mors certa, hora incerta*).⁵² Solche Figuren strahlten einen logischen Glanz aus, der Savigny zu der Bemerkung verleitete, die Römer hätten quasi mit ihren Begriffen gerechnet.⁵³ Bei der Berechnung von Fristen oder Terminen gelten noch heute die römischen Regeln der Zivil- oder Naturalkomputation. Zivilkomputation (aus dem priesterlichen Recht) bedeutet, dass nicht nach Stunden, sondern nur nach vollen Tagen gerechnet und der Tag nicht mitgezählt wird, in dessen Lauf das für die Frist maßgebliche Ereignis fällt. Der hierauf folgende Tag ist der erste Tag der Frist. Das hat den Vorteil, dass bei einer Frist von einer Woche das Ende auf denselben Wochentag fällt, bei einer Frist von einem Monat oder Jahr auf dasselbe Datum. So ist das Fristende einfach zu berechnen. Die Naturalkomputation hingegen stellt auf den natürlichen, wirklichen Zeitlauf ab und rechnet von dem Ereignis weg.

Die Servituten („Dienstbarkeiten“) mit herrschenden und dienenden Grundstücken eigneten sich für Wegerechte oder Aquaedukte im alten Rom ebenso wie heute für Wasser- und Stromleitungen oder Skilifte.

Allerdings ist es nicht so, dass man ohne Kenntnis des römischen Rechts keine richtigen Entscheidungen treffen könnte. Dort, wo das alte Recht selbst klar war und richtig kodifiziert wurde – und das ist die große Mehrzahl der Fälle – kann man auf den Rückgriff auf das alte Recht durchaus verzichten. In nicht wenigen Fällen hat aber der Gesetzgeber (namentlich die II. Kommission und teilweise schon das Pandektenrecht) im Streben nach allgemeingültigen Sätzen, die erst aus einer bloßen Fallsammlung ein Gesetzbuch machen, vom Anschauungsmaterial des römischen Rechts zu weit abstrahiert und so die Gefahr falscher Verallgemeinerung heraufbeschworen. Die Liste der daraus resultierenden Fehlleistungen ist lang. Abstrakte Sätze, die über das ihnen zugrunde liegende Anschauungsmaterial hinausgehen, gewinnen ein Eigenleben, das *Wilburg*⁵⁴ treffend mit dem „Werkzeug im Märchen“ verglichen hat, das zu einer Art „Drehkrankheit des Rechtsempfindens“ führt.

⁵² Zu diesen und weiteren Beispielen s. auch meine Beiträge in FS Hattenhauer (2003) 245; ferner in: Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages (1987) 299 und in GS Mayer-Maly (2011) 225 ff.

⁵³ Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814) 29.

⁵⁴ Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürg. Recht (Rektoratsrede 1950) 11.

*Kantorowicz*⁵⁵ hat behauptet, noch niemand habe nachweisen können, dass ein erheblicher dogmatischer Fehler auf historischer Unkenntnis beruhe; der ganze historische Aspekt zum geltenden Recht sei überflüssig. Diese Behauptung lässt sich an Hand vieler Beispiele widerlegen, von denen hier nur einige wenige angeführt werden sollen.

Zu den Fehlern aus falscher Verallgemeinerung gehören Teile der Rechtsgeschäftslehre, in welcher der Grad der Abstraktion besonders hoch ist. Da steigende Abstraktionshöhe mit zunehmender Sinnentleerung einhergeht, entfernen sich die Vorschriften immer mehr von ihrem ursprünglichen Anschauungsmaterial, was die Gefahr von Fehlentscheidungen birgt. Die verallgemeinerten Regeln sind meist vom (gegenseitigen) Kauf abstrahiert, so dass sie namentlich für einseitig verpflichtende Rechtsgeschäfte oder Dauerschuldverhältnisse nicht passen. Man denke etwa an Nichtigkeit oder Anfechtung im Arbeits- oder Gesellschaftsrecht. Hier hat erst die Judikatur bzw. das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (z.B. § 313 Abs. 3 S. 2 BGB) die notwendigen Präzisierungen vorgenommen. Das aedilische Edikt, das nur für Sklaven und Zugvieh galt, wurde schon von Justinian auf *omnes res erstreckt*⁵⁶, weshalb dann etliche Regeln nicht mehr passten, zB die jetzt viel zu kurze sechsmomartige Verjährung. In diesen und anderen Fällen haben die Verallgemeinerungen, namentlich des BGB, in der Folgezeit zu Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung geführt. So beruht z.B. die Garantiehaftung des Vermieters für anfängliche Mängel nach § 536a BGB auf der unzulässigen Verallgemeinerung einer einzigen Digestenstelle, welche den Kellermeister, der in den Boden eingelassene Fässer (*dolia*) zur Weinlagerung vermietet hatte, für den ausgelaufenen Wein auch dann haften ließ, wenn er die mangelnde Dichtigkeit nicht gekannt hatte⁵⁷. Wenn das Fass im nächsten Frühling leer war, konnte er sich nicht darauf berufen, der Wein sei offenbar im Boden versickert. Nichts lag näher als die stillschweigende Garantie der Dichtigkeit. Schon im nächsten Fall (der Verpachtung einer Bergwiese, auf der giftige Pflanzen wuchsen, sodass die Tiere des Pächters verendeten)⁵⁸ weiß die Quelle nichts mehr von einer Garantiehaftung für Mangelfolgeschäden. In den Motiven zum BGB wird unter Hinweis auf die Digestenstelle generell eine stillschweigende Garantie des Vermieters für anfängliche Mängel angenommen.⁵⁹ Bei der Überlassung von Sachen im Rahmen von Kauf

⁵⁵ *Kantorowicz*, (*Gnaeus Flavius*), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906) 31; ausführlich dazu mit weiterer zeitgenössischer Literatur *Th. Honsell*, [Fn 43] 60 f.

⁵⁶ Die Ausdehnung des Edikts auf alle Sachen in Dig. 21, 1, 1 pr. ist interpoliert, Kunkel/*Honsell*, 319 Fn 39 mwN.

⁵⁷ *Ulpian* Dig. 19, 1, 19, 2; dazu *Honsell*, *Jura* 1979, 184 ff.; *Krampe*, *Die Garantiehaftung des Vermieters für Sachmängel* (1980) 21 ff., abweichend *Luig*, *FS Hübner* (1984) 121 ff.

⁵⁸ Ähnlich liegt der Fall RGZ 66, 289, wo giftiges Pferdefutter zum Tod der Tiere des Käufers geführt hatte.

⁵⁹ *Motive II* (1888) 375 ff.

oder Miete gab es, anders als heute, eine Schadensersatzhaftung nicht einmal bei Verschulden, sondern lediglich bei Kenntnis (Vorsatz); etwa, wenn ein mangelhafter Balken verkauft worden war, der zum Einsturz eines Hauses geführt oder ein krankes Tier, das die Tiere des Käufers angesteckt hatte. (Ulpian D. 19, 1, 13 pr.). Dieser Fall hat die Gerichte immer wieder beschäftigt, zuletzt das Schweizer Bundesgericht in dem berühmten Mülleramazonen-Fall, in dem ein kranker Papagei den ganzen Bestand einer Zoohandlung angesteckt hatte. In Folge einer falschen Einordnung des Falles unter Art. 208 Abs. 2 OR gelangte das Bundesgericht (BGE 133 III 257)⁶⁰ sogar zu einer verschuldensunabhängigen Haftung des Verkäufers, die es sonst nur bei der Produkthaftung gibt und die nur Schäden an anderen Rechtsgütern des Käufers erfasst. Dies, obwohl dem Verkäufer keinerlei Vorwurf gemacht werden konnte. Nach römischem Recht haftete der Verkäufer nur dann auf Schadensersatz, wenn er den Mangel gekannt oder eine Zusicherung abgegeben hatte. Das stand bis zur Schuldrechtsreform so auch noch in § 463 BGB. Doch schon bald nach Inkrafttreten des BGB fand *Staub* eine vermeintliche, aber berühmt gewordene Lücke und erfand die positive Vertragsverletzung.⁶¹ Problematisch an einer Verschuldenshaftung des nicht selbsterstellenden Verkäufers ist nach wie vor die Pflichtverletzung. Ein Verschulden kann nur annehmen, wer eine generelle Untersuchungspflicht bejaht. Indessen bestehen solche Pflichten im Allgemeinen gerade nicht⁶²; sie können sich aber im Einzelfall aus der besonderen Sachkunde des Verkäufers, aus Verkehrssitte, Handelsusancen oder Treu und Glauben (usw.) ergeben. Darauf weist auch die Generalnorm von § 241 Abs. 2 BGB hin.

Eine falsche Verallgemeinerung verursachte auch die Regel „mortuus redhibetur“: War ein kranker Sklave verkauft worden und beim Käufer an der Krankheit gestorben, so blieb die Wandlung zulässig⁶³. Auch der Tote konnte zurückgegeben werden. So entscheiden noch heute etliche moderne Rechte,

⁶⁰ Dazu *Honsell*, Der Mangelfolgeschaden beim Kauf – Der Papageienfall, recht 2007, 154 ff. und BSK OR-*Honsell*, Art 207 (6. A. 2015) mit zahlreichen Nw.

⁶¹ *Staub*, Die Lehre von den positiven Vertragsverletzungen (1902); dazu *Honsell*, Culpa in contrahendo, positive Vertragsverletzung und § 463 BGB, JR 1976, 361; *ders.*, Die positive Vertragsverletzung und ihr Verhältnis zur Sachmängelhaftung bei Kauf, Miete und Werkvertrag, Jura 1979, 184.

⁶² Dies gilt auch für den Händler s. BGH NJW 1968, 2238: Dort hatte Dieselkraftstoff mit schädlichen Beimengungen die Motoren des Käufers zerstört. Der Verkäufer hatte den Kraftstoff jahrelang unbeanstandet von derselben Raffinerie bezogen; s. auch BGH 1981, 1269; den privaten Gebrauchtwagenverkäufer trifft ohnehin keine Untersuchungspflicht s. BGH NJW 1981, 928. – Nicht damit zu verwechseln ist die Untersuchungspflicht des Käufers nach § 377 HGB. Diese ist nur eine Obliegenheit. Trifft sie einen Verkäufer, der zuvor selbst Käufer war, so resultiert aus der Obliegenheitsverletzung keine Schadensersatzpflicht gegenüber den Abnehmern.

⁶³ Dazu *Honsell*, Mortuus Redhibetur, FS Schwertner (2003) 575 ff.; *ders.*, Gefährtragung und Haftungsprivileg nach § 346 BGB, FS Picker (2010) 363 ff.; zum Röm. Recht *Honsell*, Von den aedilizischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht, GS Kun-

dass der Vertrag gewandelt werden kann, wenn der Untergang auf dem Mangel beruht. (Art. 1647 Code Civil, Art. 1488 Código civil und Art. 1492 Codice civile). Art. 207 OR und § 350 BGB a.F. sowie § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB hingegen haben diesen Sonderfall zu der Norm verallgemeinert, dass der Rücktritt trotz Untergangs ungeachtet des fehlenden Kausalzusammenhangs immer zulässig ist. *vCaemmerer*⁶⁴ hat diese Regelung mit folgenden Worten kritisiert: „Die Vorschriften des BGB über die Durchführung des Rücktritts sind gesetzestechnisch so missglückt und in zentralen Fragen auch rechtspolitisch so fragwürdig und umstritten, dass ein für Theorie und Praxis kaum noch durchdringliches Dickicht von Streitfragen entstanden ist“. Mit diesem Zitat wird in der Regierungsbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz⁶⁵ die Notwendigkeit einer Reform der Gefahrtragung beim Rücktritt begründet. Diese ist indes wiederum misslungen und es ist ein noch größeres Dickicht entstanden. § 346 Abs. 2 gewährt Wertersatz (gegen Rückzahlung des Kaufpreises) quasi nur zum Schein; denn wenn der Käufer bei eigenüblicher Sorgfalt (einfacher Fahrlässigkeit) nicht haftet, impliziert dies, dass er auch die Gefahr nicht trägt, weshalb der Wertersatz bei zufälligem Untergang entfällt. Erstaunlicher Weise wird die Regelung allgemein begrüßt und sogar ihre Erstreckung auf das Bereicherungsrecht gefordert⁶⁶. Die falsche Lösung findet sich nur in den deutschsprachigen Rechten; denn Art. 207 OR und das vom deutschen Recht beeinflusste österreichische Recht haben die verkehrte Lösung des § 350 BGB a.F. übernommen. Gegen sie spricht vor allem, dass der Mangel nicht kausal war, d.h., die Sache durch das Ereignis in der Sphäre des Käufers in jedem Falle, also auch in mangelfreiem Zustand,

kel (1984) 53 ff.; tlw. abw. *Lederle*, *Mortuus redhibetur* (1983) 33 und *Mader*, *SavZ. Rom. Abt.* 101 (1984) 206 ff.

⁶⁴ FS Larenz (1973) 625.

⁶⁵ BT-Drucks. 14/6040 S. 186 = Canaris (Hrsg.) *Schuldrechtsmodernisierung* (2002) 773.

⁶⁶ *Singer*, Selbstbestimmung, Vertrauensschutz und faktisches Synallagma, FS *Medicus* (2009) 487 ff.; *Roth*, Rücktrittsrecht und Leistungskondiktion, FS *Canaris* (2007) 1131 ff.; *Heinrichs*, Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzung gegen den nach § 346 BGB zur Rückgewähr verpflichteten Schuldner FS *E. Schmidt* (2005) 159 ff. 185; *ders.*, Palandt⁶⁸ § 346 Rn 13a; ebenso heute Palandt/*Grünberg*⁷⁷; *Thier*, Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung, FS *Heldrich* (2005) 439 ff.; *Grunewald*, Saldotheorie und neues Rücktrittsrecht, FS *Hadding* (2004) 33 ff. *S. Lorenz*, in *Schulze/Schulte-Nölke* (Hrsg.) *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Bereicherungsrechts* (2001) 329 ff.; *Hellwege*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem (2004) 153 ff.; *Wagner*, FS *Huber* 591, 622; *Bockholdt*, Die Übertragbarkeit rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, *AcP* 206 (2006) 770 ff.; *Komossa*, Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung unter Berücksichtigung des neuen Rücktrittsfolgenrechtes (2007) 396 ff. u. passim; *Fest*, Der Einfluss der rücktrittsrechtlichen Wertung auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge (2006) 76 ff. u. passim; dagegen aber *Ernst*, Sachmängelhaftung und Gefahrtragung, FS *Huber* (2006) 165 ff.; 233 f.; *Müller-Teckhoff*, Gefahrtragung beim Vertrag (2009) 301 ff. Kritik der h.L. bei *Honsell*, FS *Picker* [Fn 63].

zu seinen Lasten untergegangen wäre. Möglich bleibt allerdings die Minderung des Kaufpreises, weil das Argument, dass der Preis wegen des Mangels zu hoch war, durch den Untergang nicht entfällt.⁶⁷ Die Nichtbeachtung der Kausalität durch die h.L. ist umso auffälliger, als die richtige Wertung in § 287 S. 2 BGB für den analogen Fall des Schuldnerverzuges klar vorgezeichnet ist. Es ist die Zufallshaftung des alten *casus mixtus* (Verschulden des Verzugs, nicht des Untergangs), bei welcher der Schuldner gleichwohl haftet (*perpetuatio obligationis*), weil ohne den Verzug die Sache nicht untergegangen wäre. Die Regel findet sich neben 287 BGB auch in § 920 ABGB und Art. 103 Abs. 2 OR. Wäre die Sache jedoch auch bei rechtzeitiger Lieferung, d.h. auch beim Käufer, untergegangen, so entfällt die Ersatzpflicht wiederum. Das gilt heute noch, vgl. die Ausnahme in § 287 S. 2 BGB („es sei denn, ...“) und Art. 103 Abs. 2 OR. Auch dafür findet sich das klassische Beispiel bereits in den *Digesten*: Das bei einem Erdbeben eingestürzte Haus,⁶⁸ das ja auch bei rechtzeitiger Übergabe zerstört worden wäre.

Eine Besonderheit des römischen Rechts war das Kontraktsystem das aus formfreien und formpflichtigen Vertragstypen und den *dationes ob rem* (Zweckleistung außerhalb eines Vertrages) sowie dem korrespondierenden Kondiktionssystem bestand.⁶⁹ Bei der *datio ob rem* wurde der Empfänger vertraglich nicht zu einer Leistung oder Handlung verpflichtet, musste das Empfangene aber immerhin zurückgeben, wenn der versprochene Erfolg nicht eingetreten, die „Gegenleistung“ nicht erbracht war. So entstand wenigstens ein mittelbarer Leistungszwang. Hierfür zuständig war die *condictio ob rem* (*causa data, causa non secuta*), die das Gegenstück zu der verschwundenen *datio ob rem* war und weitgehend überflüssig geworden ist. Sie hätte folgerichtig ebenso in der allgemeinen *condictio sine causa* aufgehen müssen, wie die *datio ob rem* zum Vertrag geworden ist. Gleichwohl ist sie in § 812 Abs. 1 S. 2 2. Variante BGB als Kondiktion wegen Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolges erhalten geblieben. Sie hing freilich jetzt quasi in der Luft. Sie wurde ihres ursprünglichen Anwendungsbereiches beraubt und führt heute ein Schattendasein.

Auf das alte Kontraktsystem geht auch die Vorstellung zurück, dass es für eine wirksame Verpflichtung stets einer (Gegen-)Leistung bedarf oder einer Form, die sich noch heute in europäischen Rechten findet (§ 518 BGB, Art. 242 f. OR, § 1432 ABGB) und auch im angelsächsischen Recht (*consideration* oder *deed*). Mangels Gegenleistung entsteht eine Verpflichtung nur durch die Form und die Formpflicht i.S.e. Übereilungsschutzes kann entfallen, wenn geleistet worden ist.

⁶⁷ Weitere Gegenargumente bei *Honsell*, FS Picker [Fn 63] 363 ff.

⁶⁸ *Ulpian-Labeo D. 30, 47, 6*, wo *quod – rell.* wohl interpoliert ist; vgl. *Schulz*, Einf. 108.

⁶⁹ Näher *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte (1974) 66 ff., 70 ff.

Ein prominentes Beispiel einer verwirrenden Regelung, das wiederum eng mit dem alten Kontraktssystem und der *datio ob rem* zusammenhängt, ist das Kondiktionsverbot des § 817 S. 2 BGB und Art. 66 OR.⁷⁰ Die *condictio ob turpem causam*, das Vorbild von diesen und ähnlichen Vorschriften in den anderen europäischen Kodifikationen, war der Sonderfall der *condictio ob rem* bei einer *res turpis* und hatte ursprünglich zwei Anwendungsfälle: Die Geldzahlung zur Vermeidung oder zur Erreichung eines sittenwidrigen Erfolges:⁷¹ Die Kondiktion, die (entgegen der Regel, dass die Leistung *re secuta* nicht zurückgegeben werden muss) trotz des Erfolgesintritts Platz griff, das sind die Erpresserfälle: Auch wenn der Erpresser das angedrohte Übel unterlassen hatte, der mit der Leistung bezweckte Erfolg also eingetreten war, konnte das gezahlte Geld ausnahmsweise zurückgefordert werden. Der zweite Fall war das Kondiktionsverbot, wenn die Zahlung die Herbeiführung eines sittenwidrigen Erfolges bezweckte. Hier galt umgekehrt, dass nicht kondiziert werden konnte, auch wenn der Erfolg nicht eingetreten war. Dies waren die Fälle der Deliktsanstiftung, der sog. Gaunerlohn. Im Vorentwurf von *vKübel* und bei *Munzinger* war das alles noch klar⁷². Wer Geld gezahlt hatte, damit eine strafbare Handlung begangen würde, konnte es nicht mit der *condictio causa data causa non secuta* (besser: *ob rem*) zurückfordern, wenn und obgleich die Handlung unterblieben war. Dies hielt man für zweckmäßig, da andernfalls ein mittelbarer Anreiz bestünde, die strafbare Handlung doch zu begehen. Später ging der Zusammenhang von *condictio ob rem* und *ob turpem causam* verloren. Ihre Herauslösung aus dem Kontext der Kondiktion wegen Nichteintritts des Erfolges sowie die abstrakte Formulierung haben bewirkt, dass vom Bordellkauf über Schwarzmarktgeschäfte, Telefonsex-Verträge oder Schwarzarbeit bis hin zu verbotenen Umsatz-, Dienstleistungs- oder Darlehensgeschäften, alle sitten- oder gesetzwidrigen Geschäfte unter das Kondiktionsverbot gestellt wurden. Das

⁷⁰ Dazu *Honsell*, vorige Fn.

⁷¹ Vgl. Paulus Dig. 12, 5, 1 ... *Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res propter quam datum est, secuta non est. Quodsi turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest. ... 12, 5, 3: Ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus.* – Was zur Erreichung eines ehrenhaften Erfolges gegeben worden ist, kann zurückgefordert werden, wenn der Erfolg nicht eintritt. Liegt aber ein verwerfliches Verhalten des Empfängers vor, so kann auch zurückgefordert werden, wenn der Erfolg eingetreten ist. ... Wenn aber sowohl Geber wie Empfänger sittenwidrig handeln, kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Erfolg nicht eingetreten ist. Der Ausgangsfall ist die *condictio ob rem*, sie wird ergänzt durch die zwei Unterfälle der *condictio ob turpem causam*: *turpitudine accipientis und utriusque*. Die Sequenz ist: *condictio re non secuta, condictio etiamsi re secuta, keine condictio in beiden Fällen (re non secuta)*.

⁷² Art. 114 E 1871: Hat jemand um eines künftigen Erfolges willen aus einer unehrenhaften der unsittlichen Ursache etwas empfangen, so hat der Geber ein Rückforderungsrecht, ohne Unterschied, ob der erwartete Erfolg eingetreten ist oder nicht. Und Art. 115: Fällt sowohl dem Geber als dem Empfänger eine Unehrenhaftigkeit oder Unsittlichkeit zur Last, so hat der Geber kein Rückforderungsrecht.

führt bei Vorleistung einer Seite notwendig zur „Prämierung des größeren Gauners“⁷³ und bei beiderseitiger Erfüllung zur kondiktionsrechtlichen Blockade der gebotenen Rückabwicklung, z.B. bei Verstößen gegen Vorschriften des Devisenverkehrs, der Kriegswaffenlieferung usw. Von dieser fehlerhaften Judikatur ist die Rsp. nie abgerückt. Sie sieht die *ratio legis* von § 817 S. 2 BGB in einer Strafe oder in einer Rechtsschutzverweigerung, die sie auf alle sittenwidrigen oder verbotenen Verträge anwendet⁷⁴. Hingegen hat das Schweizer Bundesgericht seine Rsp. spät, aber doch korrigiert.⁷⁵ Heute wird Art. 66 OR zutreffend auf den Gaunerlohn beschränkt⁷⁶ (Geldzahlung zum Zwecke der Anstiftung zu einem Delikt usw.). Hier wie öfter hat also das Bundesgericht schließlich die richtige Lösung gefunden.

Eine weitere Gruppe bilden die Fälle, in denen der Gesetzgeber ungeachtet der grundlegenden Veränderungen der wirtschaftlich-technischen und soziokulturellen Verhältnisse sklavisch an einer nicht mehr zeitgemäßen Norm festgehalten hat. Ein Beispiel ist die Gastwirthaftung, die sich in allen europäischen Kodifikationen findet (§§ 706 ff. BGB; §§ 970 ff., ABGB; Art. 487 ff. OR). Die Gasthäuser der Antike waren meist zugleich Bordelle und hatten einen schlechten Ruf. Dies war der Grund für die Statuierung der Garanthaftung für eingebrachte Sachen des Gastes. Gegen ihre Übernahme ins BGB hat der Reichshotelverband vergeblich protestiert.⁷⁷ Die Gesetzgebungskommission begnügte sich mit dem Hinweis, es handle sich um geltendes Recht. Dabei hat man die Warnung des römischen Juristen Julian missachtet, dass sich nicht immer für das von den Alten überlieferte Recht ein vernünftiger Grund anführen lässt: *Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*⁷⁸.

In diese Fallgruppe gehört auch die Regel „*periculum emptoris*“⁷⁹, die dem Käufer beim Spezieskauf die Gefahr eines zufälligen Untergangs mit

⁷³ Dazu *Honsell*, [Fn 69] 80 ff.; *ders.*, in: *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Zimmermann u.a. (Hrsg.), FS Seiler, 1999, S. 473 ff.

⁷⁴ Näher *Honsell*, [Fn 69] 38 ff. mNw zur Jud. von RG und BGH; z.B. besteht nach BGH Urt. v. 11.06.2015 (VII ZR 216/14) bei Verstoß gegen das SchwarzarbzG (Ohne Rechnung-Abrede) wegen 817 S. 2 BGB kein Anspruch auf Sachmängelgewährleistung.

⁷⁵ BGE 134 III 438 – Praxisänderung. Ähnlich eng wird auch § 1174 Abs. 1 ABGB (Leistung zu unerlaubtem Zweck) interpretiert. Das Kondiktionsverbot findet sich dort im Werkvertragsrecht.

⁷⁶ So schon *von Tuhr*, AT OR I (1924) 381; AT BGB I (1910) 413; *Honsell*, [Fn 69].

⁷⁷ Motive II (1888) 584 ff.

⁷⁸ Dig. 1, 3, 20.

⁷⁹ Zum Folgenden *Honsell*, Hundert Jahre Schweizer OR, ZSR 2011 II 5 ff.; s noch *Pichonnaz*, Die Schweiz und das Römische Recht, in: Fagnoli/Rebenich, Römische Erbe und Europa (2012) 21 ff., der aber die Spuren Römischen Recht im OR eher für Spuk, für *hantés* im Sinne *Derridas* hält. In den Exegen jüngerer Romanisten begegnet man öfter der Attitüde (oder nur *captatio benevolentiae*?) es handle sich um *Deconstruction* iS *Derridas*. Das Interessante daran ist, dass niemand genau weiß, was es bedeutet. In den Diskussionen auf dem Rechtshistorikertag 2016 in Saarbrücken fiel der Begriff gleich zweimal; auch

Abschluss des Kaufvertrages, also schon vor Übergabe aufbürdet. Das ist verständlich, wenn man, wie im römischen Recht, vom Barkauf präsenter Waren ausging, bei dem es atypisch war, die Sache nicht gleich mitzunehmen. Das Prinzip blieb jedoch ein Unikum, das schon von *Cujaz* kritisiert wurde, weil es einer anderen römischen Regel widersprach, der Symmetrie von Nutzen und Gefahr: *Periculum eius esse debet, cuius est commodum*⁸⁰, („deutsch-rechtlich“: guter Tropfen – böser Tropfen). Die Gefahr soll tragen, wer den Vorteil hat, d.h. die Sache nutzen kann. Obwohl das Prinzip also falsch ist, haben es Art. 185 OR, Art. 1465 Codice civile, Art. 1452, 1182 Código civil und Art. 639, 1496 des holländischen B. Wetboek übernommen, einfach, weil es römisches Recht war. Im französischen Recht ergibt es sich von selbst aus dem unpraktischen, das Publizitätserfordernis missachtenden Konsensprinzip, demzufolge das Eigentum beim Speziaukauf schon mit Abschluss des Vertrages übergeht (Art. 714, 1583 Code Civil). Dann geht damit auch die Gefahr über: *casum sentit dominus*.⁸¹ Hingegen knüpfen § 1064 ABGB und § 446 BGB den Gefahrübergang sachgerecht an die Übergabe. Dass die *periculum emptoris*-Regel verfehlt ist, sieht man am deutlichsten am Beispiel des Doppelverkaufs. Der Verkäufer, der die Sache zweimal verkauft hat, könnte nämlich nach deren Untergang den Kaufpreis von beiden Käufern fordern. Dass dieses theoretische Ergebnis praktisch nicht akzeptabel ist, hat R. v. Jhering⁸² mit folgenden Worten umschrieben: „Es ist in der Tat ein ande-

M. Auer [Fn 89] verwendet ihn. Kritisch zu dem Begriff *Honsell*, Die rhetorischen Wurzeln der Auslegung, *ZfPW* 2016, 105 ff.

⁸⁰ Inst. 3, 23, 3 i. f.

⁸¹ *Munzinger* schwankte zwischen Traditions- und Konsensprinzip und die Entstehungsgeschichte des Art. 185 OR war äußerst wechselvoll: Zunächst war er in seinem II. Entwurf (1869) dem Dresdner Entwurf gefolgt und hatte in Art. 266 und 267 bestimmt, dass die Gefahr erst übergeht, „sobald die Sache so zur Verfügung des Käufers steht, dass er sie beliebig zur Hand nehmen kann“. In Art. 212 des III. Entwurfs 1871 folgte *Munzinger* dann für Übereignung und Gefahrtragung dem französischen Konsensprinzip: „Ein Rechtsgeschäft, das auf die Übertragung von Eigentum an bestimmten beweglichen Sachen gerichtet ist, überträgt das Eigentum sofort, ohne dass die Übergabe der Sache erforderlich ist. Art. 215 erklärte dazu, dass mit dem Eigentum auch Nutzen und Gefahr auf den Erwerber übergehen. Im Entwurf 1879, der nicht mehr von *Munzinger* stammt, ist man wieder zum Traditionsprinzip zurückgekehrt (Art. 217 abgedruckt bei *Fasel*, Handels- und Obligationenrechtliche Materialien [2000] 1051 ff.) und hat die Gefahr an den Eigentumsübergang geknüpft (Art. 220). Das ist auch in der Botschaft noch so und wird zutreffend begründet. Erst die Kommission, die das OR 1881 nochmal überarbeitet hat, hat die Sache verdorben. Da man das Konsensprinzip ausdrücklich nicht übernommen hatte, sondern Übergabe verlangte (Art. 199 a OR = Art. 714 ZGB), hätte man auch den Gefahrübergang statt an den Kaufvertrag an die Übergabe knüpfen müssen. So entstand der heutige Art. 185 OR nicht als planvolle Übernahme des römischen Prinzips, sondern quasi per errorem. Tlw. abw. *E. Bucher*, *ZSR* 1970 II, S. 281 ff der darin eine Konzession an die Westschweiz sah, in der, ebenso wie in Baden, der Code civil gegolten hatte.

⁸² *Jahrbücher für Dogmatik* 3, 449 ff. = *Gesammelte Aufsätze* 1 (1891) 291, 295 f. Der (abgewandelte) Fall lag so: Der Reeder R besaß eine kleine Handelsflotte von 3 Schiffen,

res Ding, unbekümmert um die Folgen und das Unheil, das ein Rechtssatz, den man in den Quellen zu lesen oder aus der Konsequenz zu entnehmen glaubt, im Leben anstiftet, sich rein theoretisch mit ihm abzufinden oder ihn zur Anwendung zu bringen. Eine ungesunde Ansicht, wenn sonst nur das Subjekt selbst noch gesund ist, hält eine solche Probe nicht aus“.

Mit dem Inkrafttreten des BGB, das man treffend als Pandektengesetzbuch bezeichnet hat, war die Jahrhunderte lange Herrschaft des Corpus Iuris beendet. In dieser Aufbruchsstimmung vertraute man allein den eigenen Kräften. Man hielt jetzt den Rückgriff auf die historischen Grundlagen für entbehrlich, ja für unzulässig. Dies wird in zeitgenössischen Äußerungen stark betont; so hat man die „Trennung der unglücklichen Ehe zwischen Rechtsgeschichte und Dogmatik“ begrüßt.⁸³ *Schlossmann*⁸⁴ hat befürchtet, es könne das Wirrsal der gemeinrechtlichen Streitigkeiten wie ein verderblicher Krankheitsstoff auf das heutige Recht übertragen werden.

So sehr der Wunsch nach einer Materialbereinigung und nach einem Abstreifen des alten Rechts nach Inkrafttreten des BGB verständlich gewesen sein mag, so wenig kann man sich heute aus größerer historischer Distanz etwaigen Erkenntnisquellen aus der Zeit vor dem BGB verschließen.

Die Zeiten des Gegensatzes zwischen Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik sind vorbei. Die Dogmatik muss weder eine Rückkehr des Pandektenrechts fürchten noch gar die eines lateinischen Gesetzbuchs wie das Corpus Iuris. Was aber möglich bleiben sollte, ist eine Rechtswissenschaft, die sich keinem Argument künstlich verschließt und der Entstehungsgeschichte bei der Auslegung und Fortbildung des BGB den ihr zukommenden Stellenwert einräumt. Dieser geht wegen des genetischen Zusammenhangs über den der Rechtsvergleichung hinaus. *Picker*⁸⁵ hat treffend gesagt, das historische Argument habe höhere Dignität als ein Spruch des Richters Johnson in Oklahoma. Es geht hier aber nicht um einen beauty contest mit der Rechtsvergleichung. Im romanistisch geprägten kontinental-europäischen Rechtskreis lassen sich Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung ohnedies nicht trennen, denn letztere ist nur die Fortsetzung der genetischen Betrachtung

von denen jedes 10 Mio. wert war. Er verkaufte das Schiff Providentia, das gerade die Karibik durchquerte, an X für 10 Mio. Wenig später bot Y für alle 3 Schiffe 40 Mio. Y bestand aber auf dem Erwerb aller drei Schiffe. R verkaufte ihm daraufhin alle drei und übergab ihm die Schiffspapiere. In einem Brief erklärte er X den Sachverhalt und bat ihn um Entbindung von seiner Verpflichtung. Am Tage der Absendung des Briefes erfuhr R, dass die Providentia bei den Bermudas in einem Sturm gesunken war. Er widerrief daraufhin die Bitte um Entbindung vom Vertrag telegraphisch. Das Telegramm kam vor dem Brief bei X an. R hoffte zu Unrecht, nach dem Untergang den Preis auch noch von X fordern zu können.

⁸³ Nachweise bei *Th. Honsell*, Historische Argumente [Fn 43] 64 f.

⁸⁴ *Schlossmann*, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem BGB (1912) 28. ff.; kritisch auch *Fuchs*, Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz (1908) 151 ff.

⁸⁵ Das antike Rom in Europa, Schriftenreihe der Univ. Regensburg 12 (1986) 289, 306.

tung der romanistischen Tochterrechte.⁸⁶ Allerdings stößt dies alles bei den meisten Privatrechtlern auf Desinteresse und nicht wenige Rechtshistoriker stehen einer „Indienstnahme“ der Rechtsgeschichte für das geltende Recht skeptisch oder ablehnend gegenüber⁸⁷ und negieren Identität und Kontinuität einzelner Rechtssätze, sobald sie in den Kontext einer anderen Zeit oder einer neuen Rechtsordnung getreten sind. Dagegen steht *Gerhard Husserls*⁸⁸ Beobachtung, dass eine „Rechtsnorm ihre *Daseinswurzel* [Hervorhebung hinzugefügt] immer in einer bestimmten geschichtlichen Situation hat. Die Geburtsstunde eines Rechtssatzes ist nicht ein ‚Heute‘, dessen Vorgeschichte sozusagen abgedunkelt ist: der Augenblick“. Historisch betrachtet gilt das Kontinuitätsargument, dass das BGB weithin nur das damals geltende Recht kodifiziert hat, weshalb dieses auch für die Auslegung des BGB herangezogen werden kann. Kontinuität ist aber nicht in dem Sinne zu verstehen, dass man die lange Geschichte des Römischen Rechts von der Antike über Mittelalter und Neuzeit, Aufklärung und Pandektistik erforschen müsste, um seine heutige Bedeutung zu verstehen. Auch wenn man, wie *Wieacker* einmal gesagt hat „mit Siebenmeilenstiefeln durch die Geschichte eilen“ darf, ist das für den hier verfolgten Zweck nicht erforderlich. Es geht ja nicht um eine Geschichte des Privatrechts oder gar um einen „privatrechtlichen Diskurs der Moderne“⁸⁹. In unserem Kontext geht es, viel bescheidener, allein um die Relevanz einzelner Sachgesichtspunkte der Dogmatik des Römischen Rechts, die dieses mit seiner „Leuchtkraft“⁹⁰ auch für die heutige Jurisprudenz bereit hält.⁹¹

⁸⁶ Wie viel gerade hier Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung zu einer Rechtsvereinheitlichung beitragen können, zeigt *Ernst Rabels* „Recht des Warenkaufs“ (1936), welches das UN-Kaufrecht maßgeblich geprägt hat.

⁸⁷ Vgl. namentlich *Stolleis*, Rechtshistor. Journal 4 (1985) 251 und 12 (1993) 322 ff.; und *D. Simon*, Rechtshist. Journal 4 (1985) 272 und 12 (1993) 315 ff.; ebenso *Kübler*, Rechtshist. Journal 12 (1993) 307 ff.; *Giario*, Rechtshist. Journal 12 (1993) 326 ff.; vermittelnd *Luig*, Rechtshist. Journal 5 (1986) 290; s. aber auch *dens.*, ZEuP 1997, 405 ff.; näher *Honsell*, [Fn 42].

⁸⁸ *Recht und Zeit* (1955) 10.

⁸⁹ So der Titel der Habilitationsschrift (2014) von *Marietta Auer*, einer Schülerin des Jubilars. Eine Zusammenfassung ihrer Thesen bietet *dies.*, *Privatrechtsentwicklung der Moderne: Ein Tryptichon in: Rechtswege, Grimm/Kemmerer/Möllers* (Hrsg.) 2015, 14 ff. A lässt die Moderne zwischen 1680 und 1800 beginnen, „dekonstruiert“ das Rechtssubjekt, das subjektive Recht sowie die Unterscheidung zwischen Privat- und öffentlichem Recht und widerlegt das Narrativ („Meistererzählung“) von der liberalen Freiheitsethik des 19. Jhdts. die erst im 20. Jhd. durch eine soziale Verantwortungsethik ersetzt worden sei.

⁹⁰ *G. Husserl*, [Fn 88] 11.

⁹¹ Man findet das römisch-gemeine Recht nebst Hinweisen zum BGB einfach zugänglich z.B. in dem Lehrbuch des Pandektenrechts von *Windscheid/Kipp* (9. Aufl. 1906).

Das Privatrecht kann sich zwar – anders als anscheinend das Verfassungsrecht – keines „Quellcodes“⁹² berühmen, aber es hat eine Dogmatik,⁹³ die durch schlechte Ausbildung und Legistik Schaden nimmt.

Die Anforderungen, die dies an Kritikfähigkeit und Bildung des Juristen stellt, hat *Karsten Schmidt*⁹⁴ benannt:

- rechtsethische Kontrolle,
- rechtshistorische und interdisziplinäre Vergewisserung und
- teleologische Systemsicht.

Von diesen über die Beherrschung rechtstechnischer Künste weit hinausgehenden Tugenden hänge es ab, wie unsere Juristen mit dem Zeitgeist und mit den intellektuellen Moden auch der Zukunft umgehen werden.

Die Zeichen des Zeitgeists deuten im Moment nicht auf eine Renaissance des Humanismus oder gar auf eine Rückbesinnung auf das Römische Recht. Goethe hat in den Gesprächen mit Eckermann das römische Recht mit einer Ente verglichen, die von Zeit zu Zeit verschwindet, aber immer wieder auftaucht.⁹⁵ Vielleicht passiert das ja noch einmal.

⁹² Den kennt und pflegt exklusiv das Bundesverfassungsgericht; so jedenfalls *Voßkuhle*, Stabilität, Zukunftsorientiertheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen „Quellcodes“ durch das Bundesverfassungsgericht, in: Hillgruber/Waldhoff, 60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine geglückte Verfassung (2010) 97 ff.

⁹³ Zur Frage der modernen Privatrechtsdogmatik zuletzt *Lobinger*, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts, AcP 2016, 28 ff., 79 f. Ausführlich zu einer wertorientierten Dogmatik *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (3. Aufl. 1995) 36 ff., 45 ff., 50. Die Wertneutralität wird noch zu stark betont bei *Esser*, Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im Zivilrecht, AcP 172 (1972); 97 ff. Es geht aber eher darum, dass in Jahrhunderten gefestigte Wertungen in Begriffe und Prinzipien eingeflossen sind, die quasi axiomatische Geltung besitzen. Eine solche Wertorientierung vorausgesetzt, kann man Dogmatik definieren als eine begrifflich-systematische Erfassung des Rechts in einer konsistenten und kohärenten Ordnung übergeordneter Begriffe und Prinzipien, vgl *Honsell/Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft (2015) § 5 I.; aus der Lit. etwa *Ernst*, Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: C. Engel/W. Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007) 3 ff.; *Jansen*, Dogmatik, Erkenntnis und Theorie im europäischen Privatrecht, ZEuP 2005, 750 ff.; s. auch oben Fn 26.

⁹⁴ *K Schmidt*, Intellektuelle Moden und Zeitgeistabhängigkeit in Recht und Rechtswissenschaft, GS Mayer-Maly (2011) 423 ff., 438.

⁹⁵ Dazu *Honsell*, Lebendiges Römisches Recht, GS Mayer-Maly (2011) 225, 226.

Das Werk von Claus-Wilhelm Canaris und die europäische Rechtstradition: Das „System“ als Beispiel

ANDREAS THIER

I. Rechtsgeschichte und die Reflexionsräume der Rechtsdogmatik

Die enge Verflechtung von Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik hat seit jeher die Arbeiten des Jubilars geprägt. Das wird besonders deutlich in der schon ihrem Titel nach grundlegenden Studie über „Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht“.¹ Wie in kaum einem anderen Werk von *Claus-Wilhelm Canaris* wird hier die dogmatische Analyse etwa arbeitsrechtlicher Fragestellungen in einen rechtsphilosophischen Reflexionshorizont eingebettet, der seinerseits auf die *iustitia distributiva* hingebordnet ist, denn, so heißt es am Ende der Untersuchung, es „enthält die Arbeit am geltenden Recht nicht selten zugleich ein Stück praktischer Philosophie“.² Im Zusammenhang dieser Feststellung verweist *Claus-Wilhelm Canaris* auch auf das berühmte *ulpianische* Diktum, es sei die *iustitia* in der Tätigkeit der *iurisperiti*, der Rechtsgelehrten, unter anderem immer auch *vera philosophia*.³ Freilich erfolgt dieser Verweis nur zurückhaltend, er wird zudem eingeleitet mit einem vorsichtigen „könnte ich versucht sein“; das wird mit der Sorge begründet, es könne der Einwand von „Berufspropaganda“ ent-

¹ Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, philosophisch-historische Klasse, 1997/H. 7, wieder abgedruckt in: Claus-Wilhelm Canaris, *Gesammelte Schriften*, Bd. 3, Berlin/Boston 2012, S. 35–137.

² *Canaris*, *Bedeutung der iustitia distributiva* (Anm. 1), S. 134.

³ Vgl. D. 1,1,1,1: (*Ulpianus* 1 inst.) *Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*. Hierzu aus jüngerer Zeit: *Giuseppe Falcone*, La ‚vera philosophia‘ dei ‚sacerdotes iuris‘. Sulla raffigurazione *ulpianea* dei giuristi (D.1.1.1.1), in: *Annali del seminario giuridico della Università di Palermo* III 49 (2004), S. 41–147 (auch online verfügbar, <<http://www1.unipa.it/~dipstdir/pub/annali/2004/articoli/Prof.%20Falcone%20-%20Vera.pdf>> (zuletzt besucht 18. April 2017) m. w. N. in Anm. 1; *Dieter Nörr*, *Iurisperitus sacerdos*, in: *Xenion. Festschrift für Pan. J. Zepos*, Bd. 1, Athen 1973, S. 555–582, wieder abgedruckt in: *ders., Historiae iuris antiqui*, Bd. 2, Goldbach 2003, S. 851–868.

stehen.⁴ Doch diese Zurückhaltung gegenüber einem römischen Rechtstext ist vielleicht auch nicht ganz zufällig. Denn das historische Interesse des Jubilars richtet sich, so scheint es jedenfalls, in erster Linie auf die rechtsphilosophische Tradition, während rechtshistorische Traditionslinien und dogmengeschichtliche Analysen in seiner, um diesen plastischen Ausdruck nochmals zu zitieren, „Arbeit am geltenden Recht“ selten Bedeutung haben. Das schloss die Auseinandersetzung mit historischen Entwicklungslinien von Recht nicht grundsätzlich aus und führte bisweilen auch zu weitreichenden Wertungen wie etwa in der These, es habe nicht etwa bereits die römische Rechtskultur, sondern „erst das *ius commune* nach und nach einen Grad der Systematisierung erreicht, welcher dem Anspruch von Wissenschaft einigermaßen genügt“⁵. Man mag über diese These streiten, doch es kann vorliegend nicht darum gehen, etwa auf die gegenteiligen Überlegungen eines Savigny zu verweisen, für den das römische Recht gerade wegen der „Freyheit und Herrschaft ...“, die wir an den Römern bewundern“, bei der Auseinandersetzung mit dem Recht der Gegenwart nichts weniger war als ein unentbehrliches „Bildungsmittel...“, welches wir durch eigene Kraft zu ersetzen schwerlich vermögen würden“⁶. Wesentlich ist vielmehr der Befund, dass in der Aussage über die Qualität des *ius commune* als Rechtswissenschaft ein Stück weit deutlich wird, worauf die Distanz von *Claus-Wilhelm Canaris* zum Historischen und auch zur Tradition beruht: Mit dem „Anspruch von Wissenschaft“ wurde ein überzeitliches Kriterium eingeführt, an dem die historische Entwicklung – hier also die Entwicklung des Rechtswissens – gemessen und auf diese Weise auf ihren Beitrag für die Gegenwart befragt wurde (im Fall der eben zitierten Aussage ging es um die Frage nach der Identität des europäischen Rechtsdenkens).

Dieser eher ahistorische Umgang mit dem Historischen ist selbstverständlich legitim. Er ist gerade aus der Perspektive von *Claus-Wilhelm Canaris* auch nachvollziehbar und vielleicht sogar zwingend: Wenn das erkenntnisleitende Interesse darauf gerichtet ist, was in der *Gegenwart* des Betrachters das Richtige, grundsätzlich gesprochen, das Gerechte ist, und wenn es deswegen jedenfalls im Kontext der richterlichen Rechtsanwendung grundsätzlich „auf jede Rechtsfrage... nur eine einzige richtige Antwort gibt“⁷, dann kann

⁴ *Canaris*, Bedeutung der *iustitia distributiva* (Anm. 1), S. 134.

⁵ *Claus-Wilhelm Canaris*, Die Europäische Union als Gemeinschaft des Rechts – von Athen und Rom über Bologna nach Brüssel, in: Jahrbuch der Bayerischen Akademie der Wissenschaften 2009/2010, S. 179–196, wieder abgedruckt in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 1, Berlin/Boston 2012, S. 621–638, hier 627.

⁶ *Friedrich Carl v. Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1840, Nd. 2008, S. XXX f.

⁷ *Claus-Wilhelm Canaris*, Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung, in: Grazer Universitätsreden 50 (1993), S. 23–41, wieder abgedruckt in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 1, Berlin/Boston 2012, S. 423–432, hier 427.

die Vergangenheit nur unwesentlich mehr sein als ein Reservoir von Konzepten und Ideen, das für die Gegenwart potentiell fruchtbar gemacht werden kann (oder eben auch nicht). Seine Auseinandersetzung mit den Konzepten etwa von *Aristoteles* oder *Kant* dient *Claus-Wilhelm Canaris* deswegen stets der eigenen Suche nach dem, was den Inhalt von „Recht“ bildet⁸. Die kontextualisierende Einordnung solcher Figuren in ihre je eigene Zeit und die Erklärung ihrer Entwürfe aus je zeitgenössischen kulturellen oder auch politischen Formationen sind dagegen Fragestellungen, die jenseits dieses Interesses liegen. Wenn es also etwa um die Frage nach der Entstehung der Idee vom abstrakten Schuldvertrag als konzeptioneller Basis von §§ 780, 781 und 782 BGB geht, dann ist es in dieser Sicht kaum von Belang, dass damit insbesondere auf die Beschleunigung von Bankgeschäften und die Verbreitung des Kontokorrents in der Zeit eines fundamentalen Strukturwandels der Bankengeschäfte seit etwa der Mitte des 19. Jahrhunderts reagiert wurde⁹ oder dass für ihren ersten Theoretiker, *Otto Bähr* (1817–1895)¹⁰, die römischrechtliche *stipulatio* die Grundlage der dogmatischen Analyse bildete, war sie doch „wissenschaftliche Autorität..., welche zu der richtigen Erkenntnis des heutigen Rechts befähigt“, auch wenn erst in der Verbindung von römischem und dem Recht von Bährs Gegenwart „dem wahren Bedürfnisse des Lebens“ sollte entsprochen werden können¹¹. Solche Beobachtungen mögen in der – ahistorisch-philosophisch orientierten – Perspektive von *Claus-Wilhelm Canaris* interessant sein, aber sie sind für die Lösung gegenwärtiger Rechtsprobleme letztlich nicht wirklich bedeutsam. Hilfreicher in dieser Sicht sind dagegen die materialen Begründungsansätze etwa eines *Rudolf von Jhering*, der auf dem Deutschen Juristentag 1869 die Möglichkeit und Notwendigkeit abstrakter Schuldverträge zurückführte auf „die Idee der Freiheit..., eine Idee, auf die unser Privatrecht gebaut ist“, und für den hieraus „als Konsequenz von selbst die abstrakt verpflichtende Kraft des Willens“ resultierte.¹²

⁸ Auf dieser Linie auch *Reinhard Singer*, Claus-Wilhelm Canaris – der „Entdecker“, in: Stefan Grundmann, Karl Riesenhuber (Hg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehre des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler. Eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen*, Bd. 2, Berlin/New York 2010, S. 365–385, hier 381 f.

⁹ Dazu *Andreas Thier*, §§ 780–782. Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis, in: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (zit.: *HKK-Bearbeiterin/Bearbeiter*), Bd. 3, Tübingen 2013, Rdnr. 18 m. w. N.

¹⁰ *Birgit Binder*, *Otto Bähr* (1817–1895). Richter von universellem Geist, Mittler zwischen Dogmatik und Praxis, Frankfurt a. M. 1983. Als Überblick: *A. Teichmann*, „Bähr, Otto“ in: *Allgemeine Deutsche Biographie* 47 (1903), S. 747–748, online verfügbar, <<https://www.deutsche-biographie.de/gnd118505793.html#adbcontent>> (zuletzt besucht 17. April 2017).

¹¹ *Otto Bähr*, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Cassel 1855, S. 156 f.; näher zur Aussage im Text *HKK-Thier*, §§ 780–782 (Anm. 9), Rdnr. 19.

¹² *Rudolf von Jhering*, Vortrag auf dem achten deutschen Juristentag 1869, in: *Verhandlungen des achten deutschen Juristentages 1869*, Bd. 2, 3. Sitzung Abteilung I und II,

Ebenso ist es hier bedeutsam, wenn auf der anderen Seite die Frage nach den möglicherweise notwendigen Limitierungen dieser Verpflichtungskraft des Willens gestellt wird, wie das etwa bei *Max Rümelin* geschehen sollte, der insbesondere davor warnte, vorschnell einen „Abstraktionswillen“ zu unterstellen¹³.

Solche Perspektiven und Inhalte, die sich jenseits der Frage nach dem Kontext und der Evolution von Recht und Rechtswissen bewegen, müssen selbstverständlich ebenfalls einen festen Platz im Spektrum rechtshistorischer Forschungsansätze haben, will sich die Rechtsgeschichte nicht vom spezifisch rechtswissenschaftlichen Diskurszusammenhang ablösen, dem sie – ungeachtet ihrer epistemischen und methodischen Nähe auch zu den Geschichts- und Sozialwissenschaften – immer verpflichtet ist.¹⁴ Wenn rechtsgeschichtliche Forschung in diesem Sinn dem dogmatischen Diskurs zusätzliche Reflexionsräume schaffen soll, dann kann das geschehen durch eine, wie man in Anlehnung an Überlegungen *Max Webers*¹⁵ sagen kann, „Problemgeschichte“, in der aus der Betrachtung gegenwärtiger Rechtsfragen nach Lösungsansätzen vergangener Rechtsdiskurse gefragt wird¹⁶. Das schließt eine zumindest abstrahierende Berücksichtigung der dafür wesentlichen Entstehungskontexte nicht aus wie etwa den Wandel von Marktstrukturen, die Bedeutung medialer Rahmenbedingungen (wie beispielsweise die Frage nach der Wechselbeziehung von oraler Prägung einer Gesellschaft und der Bedeutung von Ritualen als Instrument der Publizität etwa bei der Übertragung von Grundeigentum) oder die Veränderung politischer Herrschaftsordnungen (wie etwa den Übergang zum Interventionsstaat und die in diesem Zusammenhang entstehenden Tendenzen zum staatlichen Eingriff in die Koordination widerstreitender Eigentumsbefugnisse im Nach-

27. 8. 1869, S. 94–111, hier 104. Zu diesem Votum und seinem Kontext näher *HKK-Thier*, §§ 780–782 (Anm. 9), Rdnr. 20 m. w. N.

¹³ *Max Rümelin*, Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkennnissen des BGB, Erster Teil, in: *AcP* n. F. 47 (1905), S. 211–360, hier S. 276; zum Kontext und zum Umgang mit Rümelins Überlegungen s. *HKK-Thier*, §§ 780–782 (Anm. 9), Rdnr. 26.

¹⁴ Zum Ganzen *Andreas Thier*, Zwischen Kultur, Herrschaftsordnung und Dogmatik: Erkenntnisdimensionen rechtshistorischer Forschung, in: *Rechtsgeschichte/Legal History* 23 (2015), S. 270–273 m. w. N.; s. a. *Jörn Eckert*, Die Krise der Rechtsgeschichte und die Frage nach ihrem Nutzen für die Theorie und die Praxis des Rechts, in: ders. (Hrsg.), *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte – Hans Hattenhauer zum 8. September 2001*, Heidelberg 2003, S. 121–158.

¹⁵ *Otto Gerhard Oexle*, Max Weber – Geschichte als Problemgeschichte, in: ders. (Hg.), *Das Problem der Problemgeschichte*, Göttingen 2001, S. 9–37 m. w. N.

¹⁶ *Joachim Rückert*, Wozu Rechtsgeschichte? Von Nutzen und Nachteilen, Gewinnspielen und Problemgeschichten, in: *Rechtsgeschichte/Legal History* 3 (2003), S. 58–65; *Joachim Rückert*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: Genese und Zukunft eines Faches?, in: *Okko Behrends, Eva Schumann (Hg.), Franz Wieacker. Historiker des modernen Privatrechts*, Göttingen 2010, S. 75–118, hier 113–117.

barrecht). Damit einher geht aber selbstverständlich auch immer die Frage nach der Verortung der Gegenwart im Zusammenhang der Geschichte, also die Untersuchung, ob und inwieweit sich Lösungen gegenwärtiger Theorie und Dogmatik auf überkommenen Traditionslinien bewegen, in welchem Umfang also Kontinuitäten und Diskontinuitäten zu beobachten sind.

Das ist kein Selbstzweck und erst recht keine Hinwendung zur problematischen These von der „Wiederkehr der Rechtsfiguren“, die mit ihrem Basisargument von der „Permanenz der Wiederkehr“¹⁷ eine wenig überzeugende geschichtsphilosophische Position zugrunde legt, welche ihrerseits zudem erst noch zu beweisen wäre. Im Kern geht es dabei vielmehr um die Frage, was die Gegenwart von der Vergangenheit unterscheidet und was beide Stadien verbindet, um so die Identität von Gegenwart, die, wie man vielleicht in Anlehnung an *Friedrich Schlegel* sagen könnte, rechtswissenschaftliche „Signatur des gegenwärtigen Zeitalters“¹⁸, präziser zu bestimmen.

Es ist offensichtlich, dass solche weitreichenden Zielsetzungen im Blick auf das gewaltige Werk des Jubilars nur schwer einzulösen sind. Ganz abgesehen davon ließe sich auch einwenden, dass *Claus-Wilhelm Canaris* mit den Verweisen auf *Aristoteles*, *Popper* und vor allem *Kant* bereits Auskunft zu seinen wichtigsten „philosophischen Leitsternen“¹⁹ gegeben hat und damit alle weiteren historiographischen Deutungen seines Werkes bestenfalls überflüssig sind. Tatsächlich wäre es auch ausgesprochen reizvoll, gezielt etwa der Rezeption kantischen Gedankenguts im Werk des Jubilars nachzugehen oder seine Verarbeitung der Sozialethik von *Aristoteles* mit anderen Formen der *Aristotelesrezeption* zu vergleichen.

Aber darum soll es hier nicht gehen. Es soll vielmehr im Folgenden an einem Beispiel exemplarisch gezeigt werden, dass und wie sich im Werk von *Claus-Wilhelm Canaris* einzelne historische Schichten der europäischen Privatrechtstradition abzeichnen, die dabei aber eine bisweilen geradezu charakteristische Umgestaltung erfahren haben. Gegenstand der Betrachtung soll dabei mit dem „System“ als zentraler Ordnungsstruktur des Privatrechts ein Element der Privatrechtsdogmatik von *Claus-Wilhelm Canaris* sein, das neben der wechselseitigen Entsprechung von Selbstbestimmung und Selbst-

¹⁷ *Theo Mayer-Maly*, Die Wiederkehr von Rechtsfiguren, in: JZ 1971, S. 1–3, hier 1.

¹⁸ Vgl. *Friedrich Schlegel*, Signatur des Zeitalters, erstmals in drei Teilen erschienen 1820–1823, wieder abgedruckt in: Ernst Behler (Hg.), *Friedrich Schlegel. Kritische Ausgabe seiner Werke*, Bd. 7, München/Paderborn/Wien 1966, S. 483–598. Zu Schlegels pessimistischer Bewertung seiner Zeit s. etwa *Jan Urbich*, Vernichtung der Gegenwart. Eine kleine Lektüre von Friedrich Schlegels „Signatur des Zeitalters“ (1820/23), in: Walter Pauly, Klaus Ries (Hg.), *Staat, Nation und Europa in der politischen Romantik*, Baden-Baden 2015, S. 177–194.

¹⁹ Vgl. etwa *Canaris*, Richtigkeit und Eigenwertung (Anm. 7), S. 432 mit Bezug auf *Kant* und *Popper*.

verantwortung²⁰ zu den Kernelementen seines Rechtsdenkens zählt²¹. Bereits in seiner Dissertation hat sich *Claus-Wilhelm Canaris* zum Systemdenken bekannt, gewährleiste doch erst das „innere System“ ... die Einheit und Folgerichtigkeit einer Rechtsordnung“ und bilde deswegen immer auch den Ansatzpunkt für eine „Ergänzung und Fortbildung des Gesetzes“.²² Dem entsprach nicht nur die berühmte Arbeit über „Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts“²³, sondern auch die Betonung der systembezogenen Funktionsdimension juristischer Theorien als Instrumente für „eine systematische Erklärung im Wege der Einordnung in einen umfassenden Zusammenhang“²⁴.

Bei näherer Betrachtung vor allem der Schrift zum Systemdenken wird deutlich, dass gerade in dieser Arbeit das Mit- und Gegeneinander verschiedener Ordnungstraditionen sichtbar wird, die sich im Entwicklungszusammenhang der Rechtswissenschaft im Europa vor allem der frühen Neuzeit und des 19. Jahrhunderts ausmachen lassen. Aus der Perspektive des Historischen wesentliches Merkmal in der Schrift von *Claus-Wilhelm Canaris* ist aber die konzeptionelle Verdichtung und die Verbreiterung dieser Ansätze. Zur Verdeutlichung und Begründung dieser Sicht werden nachfolgend in einem ersten Schritt die mittelalterlichen Ordnungsbemühungen und die Ordnungsansätze der frühneuzeitlichen Topik in den Blick genommen (unten II.). In einem zweiten Schritt richtet sich der Blick auf die Entstehung des „äußeren Systems“ und der Rechtsfindung im Weg der Systembildung im Zusammenhang der vernunftrechtlichen Tradition (unten III.), bevor dann in einem letzten Schritt auf das „innere System“ und die daraus resultierende Systemtradition der historischen Schule eingegangen wird (unten IV.). Der Beobachtungszeitraum setzt dabei ein im Mittelalter, die antike Rechtskultur muss mangels fachlicher Kompetenz des Verfassers dieser Zeilen ausgespart bleiben.

²⁰ Vgl. etwa *Claus-Wilhelm Canaris*, Die Vertrauenshaftung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I, München 2000, S. 129–197, wieder abgedruckt in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 2, Berlin/Boston 2012, S. 795–864, hier 813–819.

²¹ Auf der gleichen Linie *Singer*, *Claus-Wilhelm Canaris* (Anm. 8), S. 372–376.

²² *Claus-Wilhelm Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Auflage Berlin 1983, wieder abgedruckt in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 1, Berlin/Boston 2012, S. 3–190, hier 81 mit § 89.

²³ In zweiter Auflage erschienen Berlin 1983, erstmals 1968, wieder abgedruckt in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 1, Berlin/Boston 2012, S. 191–346.

²⁴ *Claus-Wilhelm Canaris*, Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, in: JZ 1993, S. 377–391, wieder abgedruckt in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 1, Berlin/Boston 2012, S. 385–421, hier 386, wo bezeichnenderweise u. a. über „Allgemeinheit und Systembezogenheit als Merkmale des Theoriebegriffs“ gehandelt wird.

II. Ordnungskonzepte des mittelalterlichen *ius commune* und der frühneuzeitlichen Topik

Schon die Wortgeschichte des Begriffs „System“²⁵ deutet an, dass die Vorstellung von der Ordnung von Einzelementen zu einem sinnhaften Ganzen im Mittelalter wenig verbreitet war. Leitend war die Idee vom *corpus* und von der *summa* als in einzelne Teile gegliederter Gesamtheit, hieß es doch etwa bei *Thomas von Aquin*, ... *particulae corporis sibi invicem coaptatae dicuntur membrorum articuli*, die Einzelteile eines *corpus*, die miteinander zusammenpassen, werden „Artikel“ genannt²⁶. Hier dominierte also der Blick von den Teilen auf ein Ganzes und vor allem auf die widerspruchsfreie Beziehung autoritativer Texte – und insofern auch von Normen – zueinander. Das galt auch und gerade für das Recht, was sich besonders plastisch in den ersten Bezeichnungen des um 1140 entstandenen gratianischen Dekrets, des wichtigsten mittelalterlichen kirchlichen Rechtsbuches²⁷ zeigt, ist hierfür doch schon in den frühen Manuskripten die Kennzeichnung *concordantium canonum* belegt, also der Anspruch auf innere Harmonie des kirchlichen Rechts fixiert²⁸. Das schloss selbstverständlich nicht aus, in der Auseinandersetzung insbesondere mit kirchlichen Rechtstexten systematische Einzelzusammenhänge zu bilden und etwa durch die Anordnung von überlieferten Normtexten entsprechende Sinnzusammenhänge zu produzieren.²⁹ Mit der Entstehung des gelehrten Rechts als *ius commune*³⁰ und damit dem Übergang zur scholastisch angeleiteten Analyse einzelner Normtexte³¹ entstanden

²⁵ In der Übersicht: *Fritz-Peter Hager, Christian Strub*, „System; Systematik; systematisch“, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 10, Basel 1998, S. 824–856; *Manfred Riedel*, „System, Struktur“, in: *Geschichtliche Grundbegriffe. Wörterbuch zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 6, Stuttgart 1990, Nd. 2004, S. 285–322.

²⁶ *Thomas von Aquin, Summa Theologiae, II^a-IIae q. 1 a. 6 co.*, in: *Thomas Aquinas, Opera omnia*, Bd. 8, Rom 1895, S. 18. Vgl. auch *Riedel*, *System, Struktur* (Anm. 25), S. 290.

²⁷ Im Überblick: *Peter Landau*, „Gratian Ende 11. Jh. – um 1145“, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 2, 2. Auflage Berlin 2012, Sp. 530–533.

²⁸ *Peter Landau*, *Gratian and the Decretum Gratiani in the Classical Period, 1140–1234*, in: *Wilfried Hartmann, Kenneth Pennington* (Hg.), *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140–1234: From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*, Washington D. C. 2008, S. 22–54, hier 22.

²⁹ Exemplarisch dazu *Christoph H. F. Meyer*, *Die Erfassung und Gestaltung des hochmittelalterlichen Kirchenrechts im Spiegel von Texten, Begriffen und Institutionen*, in: *Bernd Schneidmüller, Stefan Weinfurter* (Hg.), *Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter*, Ostfildern 2006, S. 303–411; *Andreas Thier*, *Dynamische Schriftlichkeit – Zur Normbildung in den vorgratianischen Kanonensammlungen*, in: *Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung* 93 (2007), S. 1–33.

³⁰ *Susanne Lepsius*, „*Ius commune*“, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 2, 2. Auflage Berlin 2012, Sp. 1333–1336.

³¹ S. dazu etwa *Susanne Lepsius*, *Fließende Grenzen juristischer Kommentierungstätigkeit im Spätmittelalter: Glosse – Kommentar – Repetitio*, in: *Nils Jansen, David Kästle* (Hg.), *Kommentare in Recht und Theologie*, Tübingen 2014, S. 141–186; s. a. *Christoph H.*

zwar durchaus auch weitere Ansätze von Ordnungskonzeptionen, aber sie erreichten keine systemische Qualität. Ein Beispiel mag das illustrieren:³² In der kirchlichen Rechtstradition fanden sich Texte, die sowohl für als auch gegen die Legitimität des Individualeigentums sprachen, über dessen dem christlichen Armuts- und Liebesgebot in der Tendenz widersprechende Existenz im 14. Jahrhundert im Zusammenhang mit dem berühmten franziskanischen Armutsstreit ohnehin grundsätzlich gestritten werden sollte.³³ Der Gegensatz von Normtexten mit gleichgelagertem Geltungsanspruch veranlasste dann zu Beginn des 13. Jahrhunderts den in Bologna lehrenden Kanonisten Alanus zur Feststellung, „dass keiner etwas Eigenes hat, entspricht dem Naturrecht, ist also rechtmäßig und damit gerecht... Aber dass jemand Eigentum hat, ist auch rechtmäßig, weil es dem positiven Recht entspricht, also gerecht, und so sind zwei gegensätzliche Regeln gerecht“.³⁴ Um den hier angedeuteten Widerspruch zwischen positivem und natürlichem Recht zu lösen, wurde in der Kanonistik teilweise versucht, neben dem Typus des Gebots und des Verbots auch die Kategorie der *demonstratio* („Hinweis“) für normative Aussagen des Naturrechts einzuführen; darunter wiederum wurde dann der Satz *omnia in commune habeantur* subsumiert, der als *demonstratio* sogar Raum für ein durch naturrechtliche Ge- und Verbote geschütztes Individualeigentum ließ³⁵. Andere Autoren argumentierten für eine Unterscheidung verschiedener Schichten naturrechtlicher Normativität nach Maßgabe des heilsgeschichtlichen Verlaufs, habe doch Gott ursprünglich, in einem *ius naturale primaevum* das Gemeineigentum begründet, dann aber nach dem Sündenfall doch auch ein Individualeigentum als Institut des

F. Meyer, Die Distinktionstechnik in der Kanonistik des 12. Jahrhunderts. Ein Beitrag zur Wissenschaftsgeschichte des Hochmittelalters, Leuven 2000.

³² Zum Folgenden näher: Andreas Thier, Heilsgeschichte und naturrechtliche Ordnung: Naturrecht vor und nach dem Sündenfall, in: Matthias Armgardt, Tilman Repgen (Hrsg.), Naturrecht in Antike und früher Neuzeit. Symposium aus Anlass des 75. Geburtstages von Klaus Luig, Tübingen 2014, S. 151–172, hier 160–162.

³³ Dazu etwa Jürgen Miethke, Politiktheorie im Mittelalter. Von Thomas von Aquin bis Wilhelm von Ockham, Tübingen 2008, S. 248–271 m. w. N.

³⁴ Alanus, 2. Rezension eines Glossenapparates zum Decretum Gratiani, Einleitung, entstanden um 1205: *...nullum habere proprium est de iure naturali, ergo est de iure, ergo iustum. Set aliquem habere proprium est de iure, quoniam de iure positivo, ergo iustum, et ita duo contraria sunt iusta;* zum Text s. Kenneth Pennington, The Decretalists 1190–1234, in: ders., Wilfried Hartmann (Hg.), The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140–1234. From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX, Washington D. C. 2008, S. 211–245, 219; der Text des Alanus ediert bei Rudolf Weigand, Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus, München 1967, S. 317 m. § 535.

³⁵ Vgl. Rufinus von Bologna, Summa decretorum, zu D. 1: *Consistit autem ius naturale in tribus, scil.: mandatis, prohibitionibus, demonstrationibus. ... demonstrat quod convenit, ut ,omnia in commune habeantur‘*, zitiert nach der Edition von Heinrich Singer, Rufinus. Summa decretorum, Paderborn 1902, Nd. Aalen 1962, S. 6.

göttlichen Rechts geschaffen³⁶. Aber solche Ansätze der Ordnungs- und der Regelbildung, die sich auch im Feld des römischen Rechts, also bei der Legistik beobachten lassen³⁷, erwachsen nicht in bereichsübergreifende Ordnungsentwürfe. Prägend war eine „plurality of principles“, wie es treffend zwar nur mit Bezug auf die mittelalterliche Naturrechtsdoktrin formuliert worden ist³⁸, aber aus der Perspektive des Methodologischen für die Situation des gelehrten Rechts insgesamt gesagt werden darf. Das beruhte auf dem Umstand, dass sich die Dogmatik der gelehrten Jurisprudenz des Mittelalters in ihrer Ausformung auf die Techniken von Dialektik, Rhetorik und Grammatik stützten³⁹ und dabei zudem dem Bedürfnis nach mnemotechnisch effizienter Aufbereitung des Stoffes folgte⁴⁰.

Teil dieser Tradition war die besondere Bedeutung der Topik. Ansatzpunkt dabei war die methodologische Anweisung *a similibus ad similia*,⁴¹ die sich übrigens auch in der englischen Rechtstradition bei Bracton nachweisen

³⁶ Vgl. Laurentius Hispanus, Glosse zum Decretum Gratiani, ad D. 1 c. 1, ad v. *per agrum alienum fas est*, ediert bei Weigand, Naturrechtslehre (Anm. 34), S. 251 m. § 428: *De iure naturali prim(a)evo omnia sunt communia... set de iure diuino aliquid est proprium etiam ueteri testamento; nam et Abel de suis et Caym de suis frugibus optulit et dictum est Ade: ‚In sudore uultus tui uesceris pane tuo‘.*

³⁷ Grundlegend: Maximiliane Kriechbaum, Methoden der Stoffbewältigung, in: dies., Hermann Lange, Römisches Recht im Mittelalter, Bd. 2, München 2007, S. 264–354, v. a. S. 276–284, mit dem Hinweis auf „das fehlende Bemühen um eine systematisch geschlossene, groß angelegte literarische Form“ in der Legistik (ebd., 277); Susanne Lepsius, Auflösung und Neubildung von Doktrinen nach der Glosse. Die Dogmatik des Mittelalters, in: Georg Essen, Nils Jansen (Hg.), Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion, Tübingen 2011, S. 55–94; s. a. Gerhard Otte, Logische Einteilungstechniken bei den Glossatoren des römischen Rechts, in: Johannes Fried (Hg.), Dialektik und Rhetorik im früheren und hohen Mittelalter. Rezeption, Überlieferung und gesellschaftliche Wirkung antiker Gelehrsamkeit vornehmlich im 9. und 12. Jahrhundert, München 1997, S. 157–169.

³⁸ Merio Scattola, Before and after Natural Law. Models of Natural Law in Ancient and Modern Times, in: Tim J. Hochstrasser, Peter Schröder (Hg.), Early Modern Natural Law Theories: Contexts and Strategies in the early Enlightenment, Dordrecht 2003, S. 1–30, hier 5.

³⁹ Maximilian Herberger, Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz, Frankfurt a. M. 1981; Meyer, Distinktionstechnik (Anm. 31), 77–98, 129–250; Gerhard Otte, Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren, Frankfurt a. M. 1971. S. a. den Überblick bei Hanns Hohmann, Logic and Rhetoric in Legal Argumentation: Some Medieval Perspectives, in: Argumentation 12 (1998), S. 39–55.

⁴⁰ Christoph H. F. Meyer, Spuren im Wald der Erinnerung. Zur Mnemotechnik in Theologie und Jurisprudenz des 12. Jahrhunderts, in: Recherches de théologie et philosophie médiévales 67 (2000) S. 10–58. S. a. Andrea Errera, Lineamenti di epistemologia giuridica medievale: storia di una rivoluzione scientifica, Turin 2006, sowie ders., The Role of Logic in the Legal Science of the Glossators and Commentators. Distinction, Dialectical Syllogism, and Apodictic Syllogism: An Investigation into the Epistemological Roots of Legal Science in the Late Middle Ages, in: Andrea Padovani, Peter G. Stein (Hg.), The Jurists’ Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century, Dordrecht 2007, S. 79–156.

⁴¹ Dazu allgemein Otte, Dialektik (Anm. 39), S. 200–204.

lässt.⁴² Die Topik war es auch, die die frühneuzeitliche gelehrte Jurisprudenz mit der mittelalterlichen Tradition verband⁴³. Seit dem ausgehenden 15. Jahrhundert entwickelte sich eine ausgeprägte Literatur von Topoi-Katalogen, in denen, wie im wohl bekanntesten Werk seiner Zeit, den *Loci argumentorum legales* des Nicolaus Everardus a Middelburg (1462–1532), zum ersten Mal 1516 erschienen⁴⁴, zunächst 100, seit 1552⁴⁵ 131 sog. *loci* aufgelistet und erläutert wurden.⁴⁶ Hieraus entstand eine sehr reiche Tradition⁴⁷, die in Werken wie dem auf Agostinho Barbosa (1590–1649) zurückgehenden *Thesaurus Locorum Communium Iurisprudentiae*, der erstmals 1652 erschien⁴⁸ und bis ins 18. Jahrhundert hinein immer wieder neugedruckt wurde⁴⁹, besonders gut greifbar wird. Es liegt auf der Hand, dass der topische Zugriff wenig systematisierende Züge aufwies und schon gar keine Ansätze für ein „System“ ausformte, auch wenn seit dem ausgehenden 16. Jahrhundert immer inten-

⁴² Horst Heinrich Jakobs, *De similibus ad similia* bei Bracton und Azo, Frankfurt a. M. 1996.

⁴³ Filippo Ramieri, Kasuistik und Regelbildung bei der Rechtsfindung im europäischen Ius commune des 16.–17. Jahrhunderts, in: Georg Essen, Nils Jansen (Hg.), *Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion*, Tübingen 2011, S. 153–187, hier v. a. 163–172; umfassend: Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1933)*, 2. Auflage München 2012, S. 25–50 m. umf. N. in Anm. 100.

⁴⁴ Die Ausgabe Leuven 1516 zugänglich über *Google Books*, <<https://books.google.be/books?id=vB5NAAAAcAAJ&hl=fr&pg=PP1#v=onepage&q&f=false>> (zuletzt besucht 17. April 2017).

⁴⁵ Die Ausgabe Leuven 1532 online verfügbar, BSB <<http://www.mdz-nbn-resolving.de/urn/resolver.pl?urn=urn:nbn:de:bvb:12-bsb11057341-5>> (zuletzt besucht: 17. April 2017).

⁴⁶ Knappe Übersicht bei Alain Wijffels, *Topicorum seu de locis legalibus liber (A Book on Topics, or Legal Commonplaces)*. 1516, Nicolaus Everardus (de Middelburgo) (Nicolaas Everaerts) (c. 1462–1532), in: Serge Dauchy, Georges Martyn, Anthony Musson, Heikki Pihlajamäki, Alain Wijffels (Hg.), *The Formation and Transmission of Western Legal Culture – 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, Dordrecht 2016, S. 65–67 m. w. N.; Schröder, *Recht als Wissenschaft* (Anm. 43), S. 32.

⁴⁷ Gerhard Otte, *Theologische und juristische Topik im 16. Jahrhundert*, in: Jan Schröder (Hg.), *Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie vom 16. bis zum 18. Jahrhundert: Beiträge zu einem interdisziplinären Symposium in Tübingen, 18.–20. April 1996*, Stuttgart 1998, S. 17–26, hier 19 f.; Schröder, *Recht als Wissenschaft* (Anm. 43), S. 32 f.

⁴⁸ Agostinho Barbosa, Johann Otto Tabor, *Thesaurus Locorum Communium Iurisprudentiae*, Bd. 1–2, Strassburg 1652; ein Exemplar der BSB München online verfügbar <<http://www.mdz-nbn-resolving.de/urn/resolver.pl?urn=urn:nbn:de:bvb:12-bsb10684536-0>> sowie <<http://www.mdz-nbn-resolving.de/urn/resolver.pl?urn=urn:nbn:de:bvb:12-bsb10684537-6>> (zuletzt besucht 17. April 2017).

⁴⁹ Vgl. die Übersicht bei Martin Lipenius, *Bibliotheca realis iuridica*, Bd. 1, Leipzig 1757, Nd. Hildesheim/New York 1970, S. 83 s. v. „Aug. Barbosa“ mit den Ausgaben Leipzig 1718 und Genf 1737; vgl. dazu auch Schröder, *Recht als Wissenschaft* (Anm. 43), S. 33 m. Anm. 131.

siver über ordnende Zugriffe auf die Vielfalt des durch den Buchdruck geradezu ins Unermessliche wachsenden Stoffes debattiert wurde.⁵⁰

Theodor Viehweg ist in der Mitte des 20. Jahrhunderts noch einen Schritt weiter gegangen, indem er die Topik „eindeutig von einem deduktiv-systematischen“ Vorgehen in der Jurisprudenz unterschieden und verlangt hat, die Topik als „Techne des Problemdenkens“ für die Jurisprudenz zugrunde zu legen, die deswegen „nur vom Problem bestimmt werden“ könne und „in der unüberblickbaren Fülle der Situationen stets das jeweilig Gerechte zu suchen“ habe.⁵¹ Dabei beruft sich *Theodor Viehweg* auch auf die hier angesprochene Tradition der Topik, habe doch „vielfach dieselbe Techné ... Jahrhunderte hindurch offen und anerkanntermaßen in enger Verbindung mit der Rhetorik ihre Pflege“ gefunden.⁵² Dass die vergleichsweise breit angelegten rechtshistorischen Darlegungen im Werk von *Theodor Viehweg* hochproblematisch sind,⁵³ sei hier nur am Rande erwähnt. Wichtiger ist der Befund, dass ihm ein wesentlicher Unterschied zwischen dem historischen Kontext der Topik und der Gegenwart aus dem Blick geraten ist. Denn die Topik jedenfalls des 16. und 17. Jahrhunderts konnte sich nicht zuletzt deswegen in der angedeuteten Breite entfalten, weil sie sich in einem positivrechtlichen Feld bewegte, das weit entfernt von der kodifikatorischen Regelungsdichte der Gegenwart war⁵⁴ und in dem lange Zeit die (systematisch eher unterkomplexen) gesetzgeberischen Ordnungsansätze die Leitlinien des rechtswissenschaftlichen Arbeitens bildeten⁵⁵. Ganz abgesehen davon war die Topik des 16. und 17. Jahrhunderts weit weniger von der Verbindlichkeit des positiven

⁵⁰ Zum Ganzen: *Schröder*, *Recht als Wissenschaft* (Anm. 43), S. 82–96.

⁵¹ *Theodor Viehweg*, *Topik und Jurisprudenz*. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, hier benutzt 5. Auflage München 1974 (erstmal München 1953), S. 14, 97, 109. Umfassend hierzu *Agnes Launhardt*, *Topik und Rhetorische Rechtstheorie. Eine Untersuchung zu Rezeption und Relevanz der Rechtstheorie Theodor Viehwegs*, Diss. jur. Düsseldorf 2005, online verfügbar <<https://docserv.uni-duesseldorf.de/servlets/DocumentServlet?id=3244>> (zuletzt aufgerufen 18. April 2017); die gedruckte Version Frankfurt a. M. 2010.

⁵² *Viehweg*, *Topik und Jurisprudenz* (Anm. 51), S. 93.

⁵³ Vgl. dazu die Rezension von *Guido Kisch*, in: *Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* 72 (1955), S. 365–367, der sehr eindringlich auf die Probleme des Buches hinweist und nicht ganz zu Unrecht feststellt, es wäre besser gewesen, „hätte sich der Verfasser in der Literatur umgesehen“, und mit der zutreffenden These schließt, „Die ganze juristische Topikliteratur verdient eingehende rechtshistorische Untersuchung. Den erfolgverheißenden Weg zu einer solchen versperrt sich aber, wer glaubt, die philosophischen Grundlagen ohne die rechtsgeschichtliche Entwicklung darstellen zu können“ (ebd., 367).

⁵⁴ In der Bewertung ähnlich wohl *Ranieri*, *Kasuistik und Regelbildung* (Anm. 43), S. 164.

⁵⁵ Dazu am Beispiel der frühneuzeitlichen Kommentierungen *Andreas Thier*, *Zwischen Exegesesammlung und Ordnungsentwurf: Zur Kommentarliteratur des gelehrten Rechts in der Frühen Neuzeit*, in: Nils Jansen, David Kästle (Hg.), *Kommentare in Recht und Theologie*, Tübingen 2014, S. 207–247.

Rechts entfernt als das angesichts der Betonung des „jeweilig Gerechten“ im Werk von *Theodor Viehweg* zu vermuten ist. So hieß es im europaweit verbreiteten *Tractatus* über die *communis opinio* von *Antonio Maria Corazzi* (ca. 1548–1623), eines römischen Richters, „da die Gesetze nicht jeden einzelnen Fall abdecken können... ja sogar für den größeren Teil derjenigen Fälle, die hinzukommen, keine Entscheidungen durch die Gesetze gefunden werden, besteht das Gebot, dass in neu hinzutretenden Fällen das Recht angewendet wird, das in vergleichbaren Fällen als geschriebenes Recht gefunden und angewendet wird“⁵⁶. Die juristische Topik stellte deswegen selbstverständlich auch auf die Geltung des Gesetzes ab, für das es bezeichnenderweise auch nicht eines eigenen Argumentes bedurfte⁵⁷. Freilich verweist die vorstehend zitierte Aussage auch auf ein grundlegend anderes Verhältnis zur Handhabung und Auslegung von Gesetzen, das freilich durch das römische Recht selbst determiniert war⁵⁸ und das *Corazzi* in die Regel kleidete, *haec extensio de similibus ad similia iurisprudentum interpretatione fieri debet*⁵⁹, diese Erweiterung des Vorgehens vom Ähnlichen auf das Ähnliche müsse durch die Auslegung der Rechtsgelehrten geschehen. Damit öffneten sich dem richterlichen Handeln offensichtlich mehr Freiräume, solange und soweit sich diese Entscheidung begründen ließ und, dieses Korrekturinstrument führte auch *Corazzi* selbst ein, mit der *communis opinio* übereinstimmte, gelte doch die Vermutung für die *communem opinionem*(,) *quae vera praesumitur*.⁶⁰ Die *communis opinio doctorum* als Kontrollinstrument der Rechtsanwendung und Rechtsauslegung⁶¹ ist freilich für die Gegenwart des gewaltenteiligen Rechtsstaates zu sehr in ihrer Wirksamkeit limitiert, was zumal im Zeichen

⁵⁶ *Antonio Maria Corazzi*, *Tractatus De Communi Utriusque Iuris Doctorum Opinione: Constituenda, attendenda, & poenis recedentium ab ea.*, Una cum Indice rerum ac verborum lucupletissimo, Venedig 1572, Praefatio, S. 5 m. Rdnr. 14, online verfügbar <<http://www.mdz-nbn-resolving.de/urn/resolver.pl?urn=urn:nbn:de:bvb:12-bsb11300929-4>> (zuletzt aufgerufen 18. April 2017): *Nam cum leges singulos casus complecti nequeant... immo maior pars eorum, quae accidunt, a legibus non reperiantur decisa, sancitum extat, ut in casibus de novo evenientibus servetur ius, quod in similibus scriptum reperitur*. Hierzu und zum Autor näher *Ranieri*, *Kasuistik und Regelbildung* (Anm. 43), S. 164 m. Anm. 40–42 (und einer Teilübersetzung der vorliegenden Stelle a. a. O., Anm. 41, von der hier etwas abgewichen wird).

⁵⁷ Dazu *Schröder*, *Recht als Wissenschaft* (Anm. 43), S. 47 f. m. w. N.

⁵⁸ Vgl. D. 1, 3, 12: (Iulianus 15 Dig.) *Non possunt omnes singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet*. Zur Bedeutung dieser Regel s. *Schröder*, *Recht als Wissenschaft* (Anm. 43), S. 53, 55 f.

⁵⁹ *Corazzi*, *Tractatus* (Anm. 56), Praefatio, S. 5 m. Rdnr. 15; s. a. *Ranieri*, *Kasuistik und Regelbildung* (Anm. 43), S. 164 m. Anm. 41.

⁶⁰ *Corazzi*, *Tractatus* (Anm. 56), Praefatio, S. 9 m. Rdnr. 48; s. a. *Ranieri*, *Kasuistik und Regelbildung* (Anm. 43), S. 166 m. Anm. 53 (und einer etwas anderen bibliographischen Einordnung der Aussage als hier, nämlich bei Rdnr. 47).

⁶¹ Allgemein dazu *Schröder*, *Recht als Wissenschaft* (Anm. 43), 48–50; näher *Ranieri*, *Kasuistik und Regelbildung* (Anm. 43), S. 166–172.

der Erfahrung einer Form von Staatlichkeit und Rechtsanwendung gilt, in der die „Methode als Machtfaktor“⁶² präsent ist.

Hinzu tritt eine grundsätzlich andere Gesetzgebungstechnik jedenfalls in der kontinentaleuropäischen Tradition, die mit der abstrakt-generellen Fassung der Kodifikationen für die Auslegung von rechtlicher Normativität ganz andere Möglichkeiten bietet als das Recht des *Corpus iuris civilis*, das in seiner textlich vermittelten Normstruktur keinen vergleichbaren Abstraktionsgrad aufweist. Wenn *Claus-Wilhelm Canaris* im Blick auf die Topik sehr plastisch von einer „Lehre vom richtigen Handeln“ (durch den Gesetzgeber) im Gegensatz zur „Jurisprudenz als Wissenschaft vom richtigen Verstehen“ gesprochen hat,⁶³ dann entspricht diese kategoriale Unterscheidung ganz offensichtlich den veränderten Rahmenbedingungen für eine Topik mit Bezug auf das Recht. So gesehen spiegelt sich in der Abgrenzung von Jurisprudenz und Topik durch den Jubilar ein Stück weit der grundlegende Wandel durch die Kodifikation, aber auch und gerade durch den Aufstieg des Verfassungsstaates.

III. *Mos geometricus, demonstratio* und System: Die Tradition des aufgeklärten Vernunftrechts

Es ist bekannt, dass sich im Zeichen des aufsteigenden Cartesianismus und mit dem Siegeszug der Mathematik auch im Feld von Philosophie und Jurisprudenz ein grundlegender epistemischer Umbruch vollzog. Mit dem Aufstieg des *mos geometricus* wurde die *certitudo* zunächst des moralphilosophischen Urteils in Abwendung von der aristotelischen These von der stets nur gegenstandsgerechten Genauigkeit zur Verheißung.⁶⁴ Das hatte Konsequenzen auch für den Bereich des Rechtswissens, in dem die Topik rasch an Bedeutung verlor⁶⁵. Seit der Forderung von *Thomas Hobbes*, den „Faden

⁶² *Dieter Grimm*, Methode als Machtfaktor, erstmals in: Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. FS Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Bd. 1, München 1982, S. 469–492, wieder abgedruckt in: ders., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1987, S. 347–372.

⁶³ *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff (Anm. 23), S. 323.

⁶⁴ Umfassend etwa *Andrea Schrimm-Heins*, Gewißheit und Sicherheit: Geschichte und Bedeutungswandel der Begriffe *certitudo* und *securitas*, Teil 2, in: Archiv für Begriffsgeschichte, Bd. 35 (1992), S. 115–213, hier 126–147; Überblick bei *Andreas Thier*, Dogmatik und Hierarchie. Die Vernunftrechtslehre, in: Georg Essen, Nils Jansen (Hg.), Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion, Tübingen 2011, S. 217–238, hier S. 221 f. (wo eine andere, aber schwerer erreichbare Ausgabe der Abhandlung von *Andrea Schrimm-Heins* benutzt wird, vgl. a. a. O., Anm. 19).

⁶⁵ *Schröder*, Recht als Wissenschaft (Anm. 43), S. 122–132, der zwar einerseits den „Zusammenbruch der Topik um 1700“ beschreibt (ebd., 122), andererseits aber auch sehr eindrucksvoll zeigen kann, dass im Zusammenhang des positiven Rechts topische Ansätze –

der Vernunft“ dazu zu nutzen, „rückwärts das Licht zur Lösung der Zweifel herbeizubringen“⁶⁶, wurde die rationale Ermittlung zunächst moralischer und auf dieser Grundlage naturrechtlicher Sätze zum zentralen Anliegen einer zunehmend säkularer werdenden Philosophie.

Entscheidend in die Rechtswissenschaft hinein vermittelt und hier auch in der Dogmatik des Naturrechts eingelöst wurde das Versprechen von mathematischer Gewissheit, letztlich also von Wahrheit des normativen Urteils, durch *Samuel Pufendorf* (1632–1694)⁶⁷. Es war Pufendorf, der das Programm einer hierarchisch strukturierten Regelordnung entfaltete, in dem von einem *idoneum fundamentum seu propositionalem fundamentalem, quae videlicet omnia ejusdem praecepta compendio complecteretur, et ex qua ista facili et perspicua subsumptione deduci... possent*.⁶⁸ Zentrales Instrument dieser Deduktion bildete die sog. *demonstratio*, in deren Vollzug „die notwendige Gewissheit der vorgegebenen Dinge aus sicheren Prinzipien gleichsam aus ihren Ursachen zur zweifelsfreien Erkenntnis in der Form eines Syllogismus“ deduziert wurde.⁶⁹ Dieser Zugriff wurde im Lauf

wenn auch in elaborierter Form wie beim *Topos a simili* mit starkem Bezug zur Analogie – ihren Platz behielten, während immerhin die *communis opinio doctorum* nurmehr dann Bedeutung entfalten konnte, wenn sie den Status einer *consuetudo* zu behaupten vermochte.

⁶⁶ *Thomas Hobbes*, *De cive* (1642), Widmungsepistel an Graf William von Devonshire, hier zitiert nach der Edition v. *Howard Warrender* (Hg.), *The Clarendon Edition of the Works of Thomas Hobbes*, Vol. 2: *De Cive: The Latin Version*, Oxford 1983, S. 75 m. § 8: *Incipit in ipsis dubitandi tenebris filum quoddam rationis, cuius ductu euaditur in lucem clarissimam; ibi principium docendi est; inde ad soluenda dubia conuerso itinere lux referenda est*. Zur Systembildung bei Hobbes s. *Wolfgang Röd*, *Geometrischer Geist und Naturrecht. Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. und 18. Jahrhundert* (Abhandlungen der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse, n. F. H. 70), München 1970, S. 17–24; *Ulrich Weiß*, *Das philosophische System von Thomas Hobbes*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1980, S. 24–32.

⁶⁷ Aus jüngerer Zeit: *Dieter Hüning* (Hg.), *Naturrecht und Staatstheorie bei Samuel Pufendorf*, Baden-Baden 2009; *Fiammetta Palladini*, *Gerald Hartung* (Hg.), *Samuel Pufendorf und die europäische Frühaufklärung: Werk und Einfluss eines deutschen Bürgers der Gelehrtenrepublik nach 300 Jahren (1694–1994)*, Berlin 1996; s. a. *Thomas Behme*, *Samuel von Pufendorf: Naturrecht und Staat. Eine Analyse und Interpretation seiner Theorie, ihrer Grundlagen und Probleme*, Göttingen 1995; *Horst Denzer*, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf. Eine geistes- und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung zur Geburt des Naturrechts aus der Praktischen Philosophie*, München 1972.

⁶⁸ *Samuel Pufendorf*, *Specimen Controversiarum circa Jus Naturale ipsi super motarum*, cap. 4, § 1 (1678), in: ders., *Eris Scandica* (1686), hg. v. *Fiammetta Palladini*, Berlin 2002, S. 142: „... ein geeignetes Fundament oder ein grundlegender Satz, der nämlich alle seine Lehren in Kürze umfassen würde und aus dem diese Lehren durch leichte und klare Subsumtion deduziert... werden könnten“; dazu auch *Thier*, *Dogmatik und Hierarchie* (Anm. 64), S. 221 m. Anm. 16 (und einer noch in Nuancen anderen Übersetzung).

⁶⁹ *Samuel Pufendorf*, *Elementa jurisprudentiae universalis* (1660), Praefatio, hier benutzt in der Edition v. *Thomas Behme*, Berlin 1999, S. 5: *demonstratio... nobis est, rerum propositarum certitudinem necessariam è certis principiis tanquam suis causis indubitato cognoscen-*

des 17. und 18. Jahrhunderts weitgehend herrschend⁷⁰, erklärte doch etwa *Christian Wolff* (1679–1754)⁷¹, dass „dem Naturrecht die demonstrative Methode entspricht“⁷². Diese Konzeption gewann seit dem 18. Jahrhundert zudem auch Einfluss auf das positive Recht, das ebenfalls mit der *demonstratio* an hierarchischer Struktur gewann.⁷³ In diesem Rahmen war Raum für die Entwicklung von *principia*, deren epistemischer Status zwar nicht ganz klar war⁷⁴, die aber doch zumindest die Qualität von Rechtsinstituten wie etwa des „Rechtsgeschäfts“ entwickeln konnten⁷⁵.

Die so entstehenden systemischen Ordnungsentwürfe scheinen auf den ersten Blick kein System von Recht zu bilden, denn ihre *principia* und Fundamentalsätze waren, wie Pufendorf gesagt hatte, *proposita*, vorgegeben. So gesehen könnte man von einem „äusseren System“ sprechen, in dem, wie es der Jubilar mit Bezug auf diesen Systemtypus formuliert hat, „die innere Sinn-einheit des Rechts“ nicht im Zentrum steht, sondern dessen Ziel in „einer möglichst klaren und übersichtlichen Darstellung des Stoffes“ besteht.⁷⁶ Tatsächlich finden sich in der Literatur des 18. Jahrhunderts deutliche Indizien dafür, dass die *demonstratio* und das damit verbundene Hantieren mit Systemvorstellungen insbesondere im akademischen Unterricht – also gerade bei der Darstellung von Recht und Rechtswissen – Verwendung fand.⁷⁷ Bücher wie die *Meditationes praeliminares de studio juris ordine atque methodo sci-*

dam syllogistice deducere. Dazu auch *Thier*, Dogmatik und Hierarchie (Anm. 64), S. 229 m. Anm. 74 (der die Übersetzung im Text entnommen ist).

⁷⁰ In der Übersicht: *Schröder*, Recht als Wissenschaft (Anm. 43), S. 173 f., 183–185.

⁷¹ Vgl. etwa *Marcel Thomann*, *Christian Wolff*, in: Michael Stolleis (Hg.), *Staatsdenker der frühen Neuzeit*, 3. Auflage München 1995, S. 257–283

⁷² *Christian Wolff*, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum* (1740), Prolegomena, § 2, zitiert nach der Ausgabe hg. v. Marcel Thomann, Hildesheim 1972 (*Christian Wolff*, *Gesammelte Werke*, Abt. 2, lateinische Schriften. Bd. 17), S. 3: ... *juri naturae convenire methodum demonstrativam*.

⁷³ Dazu *Thier*, Dogmatik und Hierarchie (Anm. 64), S. 226, 230 f.

⁷⁴ *Schröder*, Recht als Wissenschaft (Anm. 43), S. 184–186.

⁷⁵ Vgl. *Daniel Nettelblatt*, *Systema elementare universae jurisprudentiae naturalis in usum praelectionum academicarum adornatum, pars 1* (1749, 5. Auflage Halle 1785), § 118, hier benutzt in der Ausgabe von Bernhard Martin Scherl (*Christian Wolff*, *Gesammelte Werke*, Abt. 3, *Materialien und Dokumente*, Bd. 39), Hildesheim 1997, S. 60. Dort ist die Rede von den *actus iuridici seu potius negotia iuridica* (*rechtliche Geschäfte*), die, in *valida et invalida* aufgeteilt, *producunt actu, vel non producunt, iura et obligationes*. Dazu in der Übersicht (mit allerdings anderem Bezugsorten bei Nettelblatt) *HKK-Schermaier*, *Tübingen* 2003, v. § 104, Rdnr. 2; s. a. *Schröder*, Recht als Wissenschaft (Anm. 43), S. 188 m. w. N. in Anm. 498.

⁷⁶ *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff (Anm. 23), S. 205.

⁷⁷ Zum Kontext: *Jan Schröder*, *Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M. 1979, S. 99–104, 114–120.

entifica instituendo des Johann Adam von Ickstatt (1702–1776)⁷⁸ oder das Werk über „Die Vertheidigung der mathematischen *Lehrart* in der Rechtsgelahrtheit – nach eben derselben *Lehrart* abgefasst“ von Johann Christian Claproth (1715–1748)⁷⁹ scheinen solche Überlegungen auch zu stützen.

Blickt man allerdings genauer hin, dann wird auch deutlich, dass mit der Durchsetzung von *demonstratio* und hierarchischem Ordnungsdenken auch handfeste materiale Wertungen verbunden waren, die durchaus ins Innerste des Rechts zielten.⁸⁰ Denn mit der Ableitung naturrechtlicher Regeln aus *principia* der *ratio* und aufgrund ihrer Verwurzelung im Ziel einer Rechtsordnung, die der *rationali et sociali natura hominis* entsprach und damit alles Recht im Menschen verortete, entstand eine systematische Ordnung, die zwar nicht mit Wertungen operierte, aber gleichwohl die Rechtsgewinnung möglich werden ließ⁸¹. Im Fall Pufendorfs bedeutete das, dass der systematische Durchgang bei der moralischen Natur des Menschen einsetzte, sich dann zum *fundamentum Jus Naturae ex conditione hominis*⁸² und dem Nachdenken *de praestationibus hominisi adversus seipsum* bewegte, also die Leistungen des Menschen für sich selbst insbesondere *circa culturam animi, quam curam corporis et vitae*⁸³ untersuchte, um schließlich in die Regelordnung von *status civilis* und Staatlichkeit einzumünden⁸⁴. Diese Art des Systemaufbaus kombinierte also (natur-)rechtliche Normen in der Form von Ge- und Verboten wie etwa die Verpflichtung *de servanda fide* mit moralischen Geboten, *officia humanitatis seu caritatis*, auch wenn diese ausdrücklich unterschieden wurden von „jenen, die aus dem Recht im strengen Sinn abgeleitet werden und über die auch die Gerechtigkeit im engeren Sinn

⁷⁸ Erschienen Würzburg 1731. Zur Biographie s. Ludwig Hammermayer, Art. „Ickstatt, Johann Adam Freiherr von“, in: Neue Deutsche Biographie 10 (1974), S. 113–115, online <http://www.deutsche-biographie.de/artikelNDB_pnd118555308.html> (zuletzt besucht 19. April 2017).

⁷⁹ Das Werk in: Johann Christian Claproth, Sammlung juristisch-philosophisch- und kritischer Abhandlungen, Stück II, Göttingen 1743, Nr. 1, S. 196–277. Die Kursivierung entspricht nicht dem Original. Zur Biographie s. Marcus Andreas Born, Claproth, Johann Christian (1715–1748), in: Heiner F. Klemmer, Manfred Kuehn (Hg.), The Dictionary of Eighteenth-Century German Philosophers, Bd. 1, London 2010, hier benutzt in der online verfügbaren Ausgabe, <<http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199797097.001.0001/acref-9780199797097-e-0097>> (zuletzt besucht 19. April 2017).

⁸⁰ Näher zu dieser Beobachtung Thier, Dogmatik und Hierarchie (Anm. 64), S. 231 f. m. w. N.

⁸¹ Dazu Schröder, Recht als Wissenschaft (Anm. 43), S. 173 f. m. w. N.

⁸² Samuel Pufendorf, *De jure naturae et gentium* (1672), hier benutzt in der Edition v. Frank Böhling, Berlin 1998, Buch 2, Kap. 3, § 14, hier S. 146.

⁸³ Pufendorf, *De jure naturae et gentium* II (Anm. 82), Kap. 4, hier S. 163.

⁸⁴ Im Einzelnen: Denzer, Moralphilosophie und Naturrecht (Anm. 67), S. 59–238, 331 f.

lenkt⁸⁵. So entstand also ein System nicht nur des Rechts, sondern auch der ethischen Regeln. Aus der Perspektive von *Claus-Wilhelm Canaris* erfüllt dieses System ungeachtet seiner axiologischen Ordnung aber wohl schon deswegen nicht die Ansprüche an ein Rechtssystem in seinem Sinn, weil es nicht ausschließlich im Modus des Rechts operieren kann, sondern in letzter Konsequenz immer auch auf den Rückbezug auf metarechtliche Axiome – etwa den *status naturalis* oder die ethischen Pflichten von Menschen – angewiesen ist.

Allerdings ließe sich argumentieren, dass auch für den Jubilar solche Rückgriffe „als Notbehelf bei Fehlen hinreichender gesetzlicher Wertungen“ und bei „Billigkeitsentscheidungen“ möglich ist, Situationen, in denen aus seiner Sicht ausnahmsweise Raum für die Topik sein soll⁸⁶. Dafür spricht immerhin der Bezug der Topik auf die Gerechtigkeit⁸⁷. Das allerdings beansprucht die vernunftrechtliche Systembildung jedenfalls eines Pufendorf ebenfalls und sie hat gegenüber der Topik den Vorteil der inneren Stringenz und Folgerichtigkeit für sich. Es könnte deswegen Sinn machen, beim Fehlen von Vorgaben des Gesetzgebers auf die Lösungsansätze eines Pufendorf oder auch eines Christian Wolff⁸⁸ als *Anhaltspunkte* zurückzugreifen.

IV. Der Aufstieg des „inneren Systems“

„Ich setze das Wesen der systematischen Methode in die Erkenntnis und Darstellung des inneren Zusammenhangs oder der Verwandtschaft, wodurch die einzelnen Rechtsbegriffe und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verbunden werden... In der reichen, lebendigen Wirklichkeit bilden alle Rechtsverhältnisse Ein (sic) organisches Ganze, wir aber sind genöthigt, ihre Bestandtheile zu vereinzeln, um sie successiv in unser Bewußtseyn aufzunehmen und Anderen mitzuthemen“. Diese Worte *Savignys*⁸⁹ beschreiben eine der zentralen Annahmen der historischen Rechtsschule und der daraus hervorgehenden sog. „Konstruktionsjurisprudenz“⁹⁰: Das Recht selbst ist geprägt durch eine vorgegebene innere Ordnung, der im Weg der wissenschaftlichen Analyse nachgegangen wird. Diese These von der immanenten

⁸⁵ *Pufendorf*, De jure naturae et gentium III (Anm. 82), Kap. 4 m. § 1, hier S. 255 f., das Zitat im Text ebd., 255: ... *differant* (scil. *officia humanitatis seu caritatis*) *ab illis, quae ex iure proprie dicto exiguntur, quaeque adeo iustitia stricte dicta dirigit*.

⁸⁶ Vgl. *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff (Anm. 23), 328.

⁸⁷ Dazu oben, bei Anm. 51.

⁸⁸ Für ein Beispiel Wolffianischer Rechtsfindung aus dem System s. *Schröder*, Recht als Wissenschaft (Anm. 43), S. 173 f. m. w. N.

⁸⁹ *Savigny*, System I (Anm. 6), S. XXXVI f.

⁹⁰ S. statt vieler *Schröder*, Recht als Wissenschaft (Anm. 43), S. 194–196, 247–265, S. 272–277, 406–408 m. w. N.

Systematik der Rechtsordnung war nur in Teilen neu, denn, so hat sich bei der Betrachtung der Vernunftrechtslehre gezeigt, im Naturrecht folgte die innere Kohärenz des Systems aus der Ableitung durch die Vernunft. Entscheidend war vielmehr, dass diese Systematik jetzt für das *Ganze* des Rechts (und damit auch für das positive Recht) behauptet wurde, erklärte doch etwa *Georg Friedrich Puchta*⁹¹ „Die systematische Erkenntniß ist die Erkenntniß des inneren Zusammenhangs, welche die Theile des Rechts verbindet“.⁹² Gerade im Fall Puchtas führte dies zum Postulat, juristische Erkenntnis müsse darauf gerichtet sein, „die Abstammung eines jeden Begriffes durch alle Mittelglieder, die an seiner Bildung Antheil haben, auf und abwärts zu verfolgen“, was von ihm auch als „Genealogie der Begriffe“ bezeichnet wurde⁹³. Es ist wenig verwunderlich, dass angesichts solcher Wortverwendungen und nicht zuletzt auch aufgrund entsprechender Selbstbeschreibungen als „Begriffsjurisprudenz“⁹⁴ wie etwa bei *Rudolph Sohm*⁹⁵ (freilich erst mehr als ein halbes Jahrhundert nach Savigny und Puchta) die These von einer Rechtswissenschaft entstanden ist, die einzig der Begrifflichkeit des Rechts und der logischen Abhänge innerhalb dieser Begriffe verpflichtet war. Bestätigung zu finden scheinen solche Überlegungen insbesondere in der Rhetorik eines *Jhering* mit der Behauptung der „dogmatischen Logik“ und der „Logik des Rechts“ als der „Blüthe... der Rechtssätze“ oder in der Aussage, es könne die Rechtswissenschaft „durch Combination der verschiedenen Elemente... neue Begriffe und Rechtssätze bilden; die Begriffe sind productiv, sie paaren sich und zeugen neue“.⁹⁶ So hat auch der Jubilar in Anlehnung an die Darstellung seines akademischen Lehrers und die Deutungen von *Max Weber* das „formal-logische System der Begriffsjurisprudenz“ kritisiert, gehe hier doch die „innere Sinneinheit des Rechts“ verloren, weil sie nur axiologisch, aber eben nicht in „logischer... Art“ erfolgen könne.⁹⁷ In der Tat bewegte sich die rechtshistorische Forschung unter dem Einfluss insbesondere von *Karl Larenz*, *Franz Wieacker* und *Walter Wilhelm* ganz auf

⁹¹ Grundlegend: *Hans-Peter Haferkamp*, *Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“*, Frankfurt a. M. 2004.

⁹² *Georg Friedrich Puchta*, *Cursus der Institutionen*, Bd. 1, 2. Auflage Leipzig 1845, § 33, S. 100.

⁹³ *Puchta*, *Cursus* (Anm. 92), § 33, S. 101.

⁹⁴ *Rudolph Sohm*, *Über Begriffsjurisprudenz*, in: *DJZ* 1909, Sp. 1019–1024.

⁹⁵ Knappe Übersicht bei *Andreas Thier*, Art. „Sohm, Rudolph“ in: *Neue Deutsche Biographie* 24 (2010), S. 539–541, online <<https://www.deutsche-biographie.de/gnd118615238.html#ndbcontent>> (zuletzt besucht 20. April 2017).

⁹⁶ *Rudolph von Jhering*, *Geist des römischen Rechts auf den Stufen seiner Entwicklung*, Teil 1, Leipzig 1852, Nd. Frankfurt a. M. 2009, § 3, S. 27, 29.

⁹⁷ *Canaris*, *Systemdenken und Systembegriff* (Anm. 23), S. 207.

dieser Linie,⁹⁸ auch weil durch die grundlegende Studie von *Ulrich Falk*⁹⁹ zu *Bernhard Windscheid* und angesichts skeptischer Stellungnahmen vor allem von *Peter Landau*¹⁰⁰ zunehmend Zweifel am Bild von der ausschließlich dem Logischen verpflichteten Begriffsjurisprudenz aufkamen¹⁰¹. Mittlerweile hat sich sogar eine regelrechte *communis opinio* gebildet, die die Existenz von Begriffsjurisprudenz regelrecht bestreitet.¹⁰² Die Berechtigung solcher Überlegungen muss im vorliegenden Rahmen dahin stehen.¹⁰³ Unabhängig hiervon stellt sich ohnehin die Frage, ob eine *ausschließlich* „begrifflich-logische“ Systembildung in einer Rechtswissenschaft im europäischen Kontext der Moderne überhaupt denkbar ist. Das zeigt schon der Blick auf die Systembildung eines *Savigny*, eines *Puchta* oder auch eines *Jhering*: Stets stand nämlich die menschliche Person am Ausgangspunkt der Systembildung, waren doch, wie es bei *Savigny* heisst, die Rechtsinstitute in ihrem „innerste(n) Wesen“ begründet „auf ihren organischen Zusammenhang mit dem Wesen des Menschen selbst, welchem sie inhärieren“¹⁰⁴, so dass das Recht dazu diene, für „das Daseyn, und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sichern, freyen Raum“ zu gewährleisten¹⁰⁵. Bei *Puchta* rückte dementsprechend die Person an den Ausgangspunkt seiner Systembildungen, denn sein „System der Rechte“ beruhte auf „ihrer (scil. der Person) Thätigkeit“, während das „System der Rechte“ „innerhalb des Systems der Rechtsverhältnisse“ ansetzte und dabei in der Freiheit der Person fusste.¹⁰⁶ Zudem warnte etwa *Jhering* schon 1852 nachdrücklich davor, „ein Recht... blos von Seiten... seiner logischen Gliederung und Einheit zu beurteilen“ und deswegen das Recht „blos

⁹⁸ Statt einer Fülle von Einzelbelegen sei hier verwiesen auf die meisterhafte Skizze der Forschungsdebatte bei *Haferkamp*, *Puchta* (Anm. 91), S. 5–12.

⁹⁹ *Ulrich Falk*, Ein Gelehrter wie *Windscheid*. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz, erstmals Frankfurt a. M. 1989, 2. Auflage 1999.

¹⁰⁰ *Peter Landau*, *Puchta* und *Aristoteles* – Überlegungen zu den philosophischen Grundlagen der historischen Schule und zur Methode *Puchtas* als Zivilrechtsdogmatiker, in: Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung 109 (1992), S. 1–30, wieder abgedruckt in: ders., Deutsche Rechtsgeschichte im Kontext Europas. 40 Aufsätze in vier Jahrzehnten, Badenweiler 2016, S. 555–582, sowie ders., Die Rechtsquellenlehre in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, in: *Claes Peterson* (Hg.), Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit (Rättshistoriska Studier 19), Lund 1993, S. 69–89, wieder abgedruckt in: ders., Deutsche Rechtsgeschichte, S. 583–605.

¹⁰¹ In der Bilanz: *Haferkamp*, *Puchta* (Anm. 91), S. 13–21.

¹⁰² Vgl. etwa *Falk*, *Windscheid* (Anm. 99), passim, *Haferkamp*, *Puchta* (Anm. 91), S. 206–308, beide mit sehr eindringlichen Argumentationen an konkreten dogmatischen Beispielen; auf der gleichen Linie auch *Christoph Eric Mecke*, Begriff und System des Rechts bei *Georg Friedrich Puchta*, Göttingen 2009, S. 774–804 und passim.

¹⁰³ Kritisch dazu *Schröder*, Recht als Wissenschaft (Anm. 43), S. 255 f., 275–277.

¹⁰⁴ *Savigny*, System I (Anm. 6), § 58, S. 386.

¹⁰⁵ *Savigny*, System I (Anm. 6), § 52, S. 331 f.

¹⁰⁶ *Puchta*, Cursus (Anm. 92), § 30, S. 91.

... als Rechtssystem (zu) erforschen“.¹⁰⁷ Solche Aussagen zeigen, dass und wie handfeste materiale Wertungen – mit starkem kantianischen Einschlag – an den Ausgangspunkt des Systems gesetzt und von hier aus auch die Systembildung in Gang gebracht wurde.

Aber auch wenn damit deutliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Vorstellung vom „inneren System“ des Rechts im 19. Jahrhundert auch bei der sog. „Begriffsjurisprudenz“ mit Wertungen gefüllt worden ist – *Peter Landau* spricht von einer „Prinzipienjurisprudenz“¹⁰⁸ –, ist im vorliegenden Betrachtungszusammenhang noch nicht viel gewonnen. Denn der Befund, dass im Systembegriff einer Wertungsjurisprudenz mehr Begriffsjurisprudenz enthalten ist, als zu vermuten wäre, mag dazu beitragen, überkommene Narrative über den methodologischen Dämon „Begriffsjurisprudenz“ zu widerlegen.

Wichtiger erscheint dagegen eine andere Beobachtung: Das System der Konstruktionsjurisprudenz war, so hatte etwa *Jhering* formuliert, auch und gerade Instrument für „die eigentliche wissenschaftliche Freiheit der Jurisprudenz“, bildete es doch „eine unversiegbare Quelle neuen Stoffes“ als „Ergänzung des positiven Rechts durch die Jurisprudenz“¹⁰⁹. Hier machte sich ein ausgeprägtes Selbstbewusstsein einer Rechtswissenschaft bemerkbar, die sich freilich in einem Rechtsraum bewegte, in dem durch die Abwesenheit einer Privatrechtskodifikation für sie besonders viel Bewegungsraum geschaffen war. *Claus-Wilhelm Canaris* formulierte seine Überlegungen dagegen vor dem Hintergrund einer sehr stark kodifikatorisch geprägten Rechtsordnung. Deswegen waren der Rechtsgewinnung durch das System in Gestalt verbindlicher Gesetze von vornherein deutlichere Grenzen gesetzt. Im 19. Jahrhundert lassen sich freilich durchaus Fälle beobachten, in denen mit Hilfe der Konstruktionsjurisprudenz sogar verfassungsrechtliche Normen mehr oder minder entgegen ihrem Wortlaut umgestaltet wurden, wie das Beispiel des berühmt-berüchtigten budgetrechtlichen Gesetzesbegriffs von *Paul Laband* verdeutlicht¹¹⁰. An diesem Punkt setzten sich das System und sein Recht ein Stück weit also über das positive Recht hinweg. Dieser Weg ist für den Jubilar undenkbar gewesen. Stattdessen hat er bekanntlich das Willkürverbot mobilisiert und auf diese Weise die „Bindung des Gesetz-

¹⁰⁷ *Jhering*, Geist I (Anm. 96), § 4, S. 39, 47.

¹⁰⁸ *Landau*, Rechtsquellenlehre (Anm. 100), S. 605; freilich stellt sich die Frage, ob etwa Puchtas Ordnungsbildung nicht doch deutlich stärker an konturierten Rechtsnormen ausgerichtet ist, auch wenn die Strukturen des Systems sicherlich einem Prinzip folgen.

¹⁰⁹ *Rudolph von Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den Stufen seiner Entwicklung, Teil II/2, Leipzig 1858, Nd. Frankfurt a. M. 2009, § 41, S. 412 f.

¹¹⁰ Umfassend dazu *Christoph Schönberger*, Das Parlament im Anstaltsstaat. Zur Theorie parlamentarischer Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871–1918), Frankfurt a. M. 1997, S. 130–148.

gebers an den Systemgedanken“ verfassungsrechtlich abgesichert.¹¹¹ In diesem Punkt ist die Systembildung im Vergleich zu den Systementwürfen der historischen Schule und ihrer Ausprägungen deutlich positivistischer geblieben: Denn während bei *Savigny* und seinen Nachfolgern abstrakte und buchstäblich sehr fundamentale Rechtswerte in den Vordergrund rückten, die freilich keine Verankerung im positiven Recht hatten, ist die Systemkonzeption von *Claus-Wilhelm Canaris* unendlich viel näher ans positive Recht gerückt. So bleibt der Systementwurf des Jubilars einem, wie man vielleicht sagen könnte, demokratischen Gesetzespositivismus mitverpflichtet. Das bedeutet aber keinen bedingungslosen Verzicht auf die Transzendenz des Gesetzesrechts, die aber – anders als in der Zeit des Vernunftrechts und im 19. Jahrhundert – ihre Rechtfertigung nicht aus Naturrecht, *ratio* oder vorpositiven Rechtswerten bezieht, sondern stets dem Verfassungsrecht selbst verpflichtet bleibt. Aus der Perspektive des Historischen betrachtet zeigt also die Systemschrift von *Claus-Wilhelm Canaris* die enorme Bedeutung des positiven Verfassungsrechts für alle gegenwärtigen Bemühungen um materiale Ordnungskonzeptionen des geltenden Rechts.

V. Schlussbemerkung

Dieser Versuch konnte nur einen kleinen Ausschnitt aus dem gewaltigen Werk des Jubilars in den Blick nehmen. Es wäre sehr reizvoll gewesen, auch materiale Inhalte seiner Schriften aus der Perspektive des Historischen zu betrachten. Im Fall der Vertrauenshaftung etwa hätte es sich angeboten, insbesondere das Konzept der mittelalterlichen *fides* in ihrer Bedeutung für das Vertragsrecht¹¹² auch auf Bezüge zur Vertrauenshaftung zu hinterfragen. Es wäre zudem interessant gewesen, die Konzepte von *fides* und *triuwe* im Zusammenhang der fränkisch-deutschen Rechtstradition des Schuldrechts¹¹³ in Beziehung zur Vertrauenshaftung zu setzen. Aber diese und ähnliche Fragen lassen sich im vorliegend gegebenen Rahmen nicht beantworten. Hier bleibt vielmehr festzuhalten, dass die Systemschrift des Jubilars im Vergleich mit älteren Traditionen rechtswissenschaftlicher Ordnungsbildung deutlich macht, dass und wie die Präsenz von kodifiziertem Recht und von (gegenüber Gesetzesrecht vorrangigem) positivem Verfassungsrecht zurückwirkt. Zugleich ist aber vielleicht auch deutlich geworden, dass es sich lohnen könnte, einzelne Elemente dieser Systemkonzeption – wie die Frage nach

¹¹¹ *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff (Anm. 23), S. 301–309 (das Zitat a. a. O., 301).

¹¹² Vgl. dazu *Andreas Thier*, Von der gehaltenen und der gebrochenen *fides*: Zur *fides* in den Vertragsrechtskonzeptionen der Kanonistik seit dem 12. Jahrhundert, in: *Das Mittelalter* 2015, S. 327–343.

¹¹³ Vgl. dazu etwa *HKK-Thier*, Tübingen 2007, § 311 Abs. 1, Rdnr. 8 m. w. N.

dem Rückgriff auf topische Ansätze – in der Auseinandersetzung etwa mit *Pufendorf* und *Wolff* nochmals zu betrachten. Umgekehrt bleibt es für den Rechtshistoriker weiterhin eine faszinierende Herausforderung, die Überlegungen und Lösungsansätze von *Claus-Wilhelm Canaris* zum Ausgangspunkt zu nehmen, um von hier aus nach Referenzen in der Vergangenheit der europäischen Rechtstradition zu fragen. Auch wenn es dem Jubilar eher fernliegen mag, so ist er doch gerade in dieser Hinsicht ein potentieller Bezugspunkt künftiger rechtshistorischer Forschung.

Von der (Linoleum-)Rolle. Die heimliche Anerkennung der culpa in contrahendo im Streit der Reichsgerichtsräte

JAN THIESSEN

I. Einleitung

Mag der Weg in die Hölle mit guten Vorsätzen gepflastert sein, so ist der Weg in den Himmel der Rechtsgeschichte manchmal mit leichter Fahrlässigkeit befestigt; zuweilen führt er über Linoleum. So war es, als Martha Wiczorek geborene Kutzner aus Friedenau eines Freitags „am 24. September 1909 mit ihrem zwei Jahre alten Söhnchen“ ein Warenhaus „in der Belle-Alliance-Str. zu Berlin“ besuchte. „Als ihr im Linoleumlager der Verkäufer [namens Wolff] eine Teppichrolle des von ihr gewünschten Musters aus dem Regal hervorholte, fielen mehrere Rollen um.“ Martha Wiczorek behauptete, „daß sie u. ihr Kind von den umfallenden Rollen zu Boden geschleudert u. verletzt worden seien, u. daß sie neben den Folgen dieser Verletzungen durch den Sturz u. den Schreck wegen ihres Kindes eine Nervenerkrankung erlitten habe“.¹

¹ Alle folgenden Angaben und Zitate soweit nicht anders gekennzeichnet nach der Prozessakte Bundesarchiv Berlin, R3002 Prozessakten Zivilsenate Nr. 18002 zu RG, Urteil vom 7. Dezember 1911 – VI 240/11 – RGZ 78, 239–241 = JW 1912, 191 Nr. 8 = Das Recht 1912 Nr. 190. Der überlieferte, ausschließlich handschriftliche Akteninhalt ist weitgehend unpaginiert, mit Ausnahme der Urteilsreinschrift (Bl. 26–27v) und des Votums von Reichsgerichtsrat Theodor Meyer vom 16. August 1911 (Bl. 28–30v). Durchstreichungen werden hier aus dem Original übernommen, die im Original durch Unterstreichung vorgenommenen Hervorhebungen werden gesperrt gesetzt, Einfügungen durch Kursivdruck, unleserliche Streichungen durch [...] gekennzeichnet, die historische Schreibweise übernommen. Eine vollständige Urteilsabschrift ist außer in der Prozessakte überliefert in der Bibliothek des Bundesgerichtshofs, Z A 12030, Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts in Zivilsachen, VI. Zivilsenat, 4. Quartal 1911 Nr. 125; siehe auf dieser Grundlage die Kurzwiedergabe bei Schubert (Hrsg.), Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts in Zivilsachen. Inhalt sämtlicher und Wiedergabe von unveröffentlichten Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Jahrgang 1911, 2002, S. 551; Leitsatz in Schubert/Glöckner (Hrsg.), Nachschlagewerk des Reichsgerichts – Bürgerliches Gesetzbuch, Band 5.1, 1997, S. 277, § 278 Nr. 79. Zu den vom VI. Zivilsenat selbst herangezogenen Präjudizien werden mit Blick auf den Grad der zeitgenössischen Rezeption alle ermittelbaren Parallelfundstel-

Mit diesem Sachbericht begann Reichsgerichtsrat Theodor Meyer² am 16. August 1911 sein Votum, das für seine Kollegen vom VI. Zivilsenat bestimmt war. Erst vier Monate später, am 7. Dezember 1911, entschied der Senat jenen Fall, der als „Linoleumrollen-Fall“ noch heute jede Zweitsemestervorlesung im Bürgerlichen Recht beschäftigt. Auf halber Strecke, am 26. Oktober 1911, hatte der Senat bereits mündlich verhandelt. Als Verkündungstermin war mit relativ großem Abstand der 23. November angesetzt, der dann wiederum auf den 7. Dezember verschoben wurde. Was hinderte den Senat, diesen von den Tatsachen her doch ganz einfachen Fall – eine Kundin wird durch die Unachtsamkeit eines Verkäufers verletzt – in der damals üblichen Zeit von wenigen Wochen abschließend zu beurteilen? Der zumeist zitierte, nur dreiseitige Abdruck des Urteils in den „Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen“ offenbart keinerlei Unsicherheit des Senats. Noch weniger aussagekräftig sind die auf wenige Sätze beschränkten Fundstellen in Zeitschriften. Durchweg erfährt der Leser kaum Details des Sachverhalts, geschweige denn etwas über die Entscheidungen der Vorinstanzen.

Mehr Auskunft gibt die Prozessakte des VI. Zivilsenats, die im Bundesarchiv Berlin-Lichterfelde überliefert ist. Wie heute noch beim Bundesgerichtshof das „Senatsheft“, so wurde auch beim Reichsgericht für jeden Fall eine eigene Akte geführt. Sie enthielt die Revisionschriftsätze, prozessleitende Verfügungen, Postzustellungsurkunden, soweit beantragt einen Beschluss über das „Armenrecht“, die Urteilsreinschrift, eine Urteilsabschrift und gegebenenfalls einen Kostenfestsetzungsbeschluss, häufig auch eine Abschrift des Berufungsurteils. Die Akten der Instanzgerichte wurden an das Oberlandesgericht zurückgeschickt, die eigene Akte des Reichsgerichts verblieb in Leipzig. Das Aktenarchiv des Reichsgerichts war wie jedes Archiv darauf bedacht, Platz zu sparen. Im Zehnjahresabstand wurden die Akten ausgedünnt. Zeitgenössisch unbedeutend erscheinende Akten wurden ganz vernichtet. Aber auch aus den Akten, die als bewahrenswert angesehen wurden, entnahmen die Archivare nach und nach alles, was nicht das Urteil selbst betraf. So fehlt in den frühen Akten neben Zustellungsurkunden und Verfügungen insbesondere das Parteivorbringen. Erhalten blieb die Urteilsreinschrift, vor allem aber das Gutachten des Berichterstatters, das der Senatspräsident in der Regel mit mehr oder weniger ausführlichen Anmerkungen oder Änderungsvorschlägen versah. In seltenen, besonders komplexen oder rechtspolitisch brisanten Fällen gab der Senatspräsident oder der Berichterstatter die Akte in den Umlauf bei den Senatskollegen, zum Teil sogar bei

len angegeben, zuzüglich der Fundstellen in den Editionen von Schubert und Schubert/Glöckner, welche die internen Arbeitsmittel der Richter erschließen.

² Theodor Meyer (1853–1936), Reichsgerichtsrat seit 1906. Ausführliche biographische Angaben bei Lang, Zwischen den Stühlen. Juristen jüdischer Herkunft in Leipzig (1848–1953), 2014, S. 208, 505 f.

denjenigen Richtern, die am Urteil nicht beteiligt waren.³ Auf diese Weise erfahren wir aus der Akte zum Linoleumrollen-Fall, was die seinerzeit zehn Mitglieder des VI. Zivilsenats von Ansprüchen hielten, die wir heute unter §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB subsumieren. Neun der zehn Richter legten ihre Vorstellungen zum Teil sehr ausführlich dar; lediglich die Ansicht des Senatspräsidenten ist ungewöhnlicherweise allein aus zweiter Hand durch den Berichterstatter überliefert.

Liest man die Äußerungen der Richter, so lernen wir nicht nur etwas über die Vorgänge im Warenhaus in der Belle-Alliance-Straße (II.), sondern auch einiges über „Die Feststellung von Lücken im Gesetz“ und über die „Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem“ (III.), über „Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts“ (IV.) und über „Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung“ (V.). Da der Linoleumrollen-Fall zahlreiche Themen der richterlichen Praxis adressiert, die Claus-Wilhelm Canaris sein wissenschaftliches Leben lang begleitet haben, möge dieser ihm gewidmete, entlang der Titel einiger seiner bekanntesten Texte⁴ konzipierte Beitrag das Interesse des Jubilars finden.

II. Im Warenhaus in der Belle-Alliance-Straße

Das Warenhaus in der Berliner Belle-Alliance-Straße gibt es in der damaligen Form nicht mehr, ebensowenig wie die Belle-Alliance-Straße selbst, die heute Mehringdamm und auf der Höhe des ehemaligen Kaufhauses am Tempelhofer Ufer Blücherplatz 3 heißt. Das nach dem zweiten Weltkrieg an gleicher Stelle wiederaufgebaute, wie das historische Vorbild von 1898 abgerundete Eckhaus beherbergte bis Ende des vorigen Jahrtausends noch ein Hertie-Kaufhaus. Heute befindet sich darin ein Einrichtungshaus, das zu günstigen Preisen auch „Vinyl-Bodenbeläge“ anbietet, welche die Funktion von Linoleum ausfüllen. Martha Wiczorek, die Kundin von 1909, würde also auch heute noch fündig, wenn sie die wenigen Kilometer von Friedenau in die Tempelhofer Vorstadt zurücklegen könnte, um am Halleschen Tor einzukaufen.

Über Martha Wiczorek selbst wissen wir nichts, auch nicht darüber, was aus „ihrem zwei Jahre alten Söhnchen“ wurde. Zeittypisch war sie selbst im Berliner Adressbuch nicht an der Männern vorbehaltenen ersten Stelle

³ Vgl. für RG, Beschluss des Großen Senats für Zivilsachen vom 13. März 1936 – V 184/35 – RGZ 150, 1–7 den Umlauf im vorlegenden V. Zivilsenat, dazu *Thiessen*, in: FS Jan Schröder, 2013, S. 187, 202 ff.

⁴ Diese sind heute leicht zugänglich über die Edition von Neuner/Grigoleit: *Canaris*, Gesammelte Schriften, 2012.

als „Einwohner“ verzeichnet, auch nicht als „Witwe, Frau oder Fräulein“.⁵ Genannt sind im Jahr 1909 für Friedenau, das damals noch nicht zu Berlin gehörte, der Landwirt (1911: Privatier) Anton Wieczorek in der Stubenrauchstraße 41, der Versicherungsinspektor Fritz Wieczorek in der Rembrandtstraße 12 in Schöneberg, Post Friedenau, ein Hans Wieczorek als Inhaber eines Zeichenateliers für Mode und Reklame in der Goßlerstraße 6 sowie 1911 ein weiterer Anton Wieczorek als Kaufmann und Vertreter der Firma Erich Bowien, Streckmetall, in der Rönnebergstraße 1.⁶ Rückschlüsse auf die Klägerin unseres Falls lässt das nicht zu – allenfalls die Spekulation, dass vielleicht ein Versicherungsinspektor die Nachlässigkeit eines Verkaufsangestellten kritischer sah als ein Landwirt, ein Zeichner oder ein Streckmetallvertreter; geht man ungeachtet von § 52 Abs. 2 ZPO 1898 davon aus, dass die Klage nicht ohne Einvernehmen mit dem Ehemann angestrengt wurde.

Bekannt ist hingegen das Warenhaus, in dem Martha Wieczorek Linoleum kaufen wollte. Das Warenhaus wurde damals von der Kommanditgesellschaft A. Jandorf & Co. betrieben.⁷ Adolf Jandorf gehörte zu jenen Warenhausgründern der ersten Stunde, die wie die Familie Wertheim, Rudolph Karstadt oder Oscar Tietz die Warenhäuser als neue Vertriebsform im Einzelhandel durchsetzten. Jandorfs bekannteste Gründung war das Kaufhaus des Westens, das KaDeWe, doch gehörte das Haus in der Belle-Alliance-Straße zu den günstigeren Warenhäusern, die Jandorf in den weniger vornehmen Vierteln Berlins betrieb. Die Warenhäuser waren ebenso wirtschaftlich erfolgreich wie politisch umstritten, weil sie als Bedrohung des traditionellen Einzelhandels wahrgenommen wurden.⁸ Die bekannte preußische Warenhaussteuer sollte wenigstens den Fiskus am Ertrag der Warenhäuser beteiligen.⁹ Die massiven

⁵ Berliner Adreßbuch 1909, Band 1, Zur Handhabung des Adreßbuchs: „Witwen, Frauen und Fräulein werden hinter den männlichen Personen und bzw. Firmen angeführt. Ist der Stand oder Beruf des verstorbenen Ehemannes oder ein besonderer Erwerbszweig angegeben, dann ist dieser letztere für die Einreihung entscheidend, andernfalls wird Witwe, Frau oder Fräulein als Standesbezeichnung behandelt.“

⁶ Berliner Adreßbuch 1909, Band 1, S. 2969, a.a.O., 1911, Band 1, S. 3233. Eine „Frau“ Martha Wieczorek mit der Friedenauer Adresse Stubenrauchstraße 60 ist erst dreißig Jahre später verzeichnet, a.a.O., 1941, Band 1, S. 3382; 1942, Band 1, S. 3389; 1943, Band 1, S. 3286. Die Einträge sind nicht mehr geschlechtsspezifisch, sondern nach Vornamen geordnet. Nach dem Krieg fehlt im Amtlichen Fernsprechbuch für den Bezirk der Landespostdirektion Berlin, 1954, der entsprechende Eintrag.

⁷ Zum folgenden *Busch-Petersen*, Adolf Jandorf. Vom Volkswarenhaus zum KaDeWe, 2008, S. 21 ff., 25, 36 ff., 43 ff.; zeitgenössisch *Colze*, Berliner Warenhäuser, 1908, hier zitiert nach dem Nachdruck 1989, S. 57 ff.

⁸ Dazu *Coles*, in: Crossick/Jaumain (Hrsg.), *Cathedrals of Consumption*, 1999, S. 72, 80; *Briesen*, *Warenhaus, Massenkonsum und Sozialmoral*, 2000, S. 151 ff.; *T. Lenz*, *Konsum und Modernisierung*, 2011, S. 159 ff., 175 ff.; *Lindemann*, *Das Warenhaus*, 2015, S. 46 ff., 184 ff.

⁹ Gesetz vom 8. Juli 1900, betr. die Waarenhaussteuer, hier zitiert nach Keil/Gallenkamp (Hrsg.), *Gesetz-Sammlung für die Königlich Preußischen Staaten. Chronologische Zusam-*

Angriffe der Nationalsozialisten gegen die Gründerfamilien warfen zwar im allgegenwärtigen politischen Antisemitismus zu Beginn des 20. Jahrhunderts bereits ihre Schatten voraus.¹⁰ Sie fanden aber in der Prozessakte zum Linoleumrollen-Fall keinen sichtbaren Niederschlag; umso weniger, als Bericht-erstatte Theodor Meyer in seiner Richterpersonalakte zunächst mit der Konfession „israelitisch“ verzeichnet war und eine antisemitische Grundierung des Urteils deshalb äußerst fernlag.¹¹ Zumindest aber dürfte die Suche nach einer rechtlichen Grundlage für Martha Wieczoreks Schadensersatzbegehren wenigstens unbewusst von dem Umstand beeinflusst worden sein, dass nicht ein kleines Fachgeschäft, sondern ein hochprofitabler Konzern verklagt war.

Ob die Richter in Leipzig ein eigenes Bild vom Warenhaus in der Belle-Alliance-Straße hatten, ist nicht überliefert. Einem Zeitzeugen zufolge ging es in einem von Jandorfs anderen Berliner Kaufhäusern am Spittelmarkt zwar etwas beengt zu: „Bei ihm ist nichts wie Ware, Ware, Ware, die mit den kaufenden Menschen zusammen die engen, kleinen Räume fast zum Ersticken füllt [...]“.¹² Ein anderer Zeitzeuge beschrieb jedoch, wie Jandorf gerade den Standort, an dem sich sein Kontor befand, an der kurzen Leine hielt: „In der Bellealliancestraße sehen wir gegen ½ 6 Uhr bereits den kleinen, schlanken Herren [sic] durch das ganze Geschäft wandern und mit strenger Miene Fehler und Schäden rügen.“¹³ Die von den Richtern zu überbrückende Spanne zwischen Verkehrssicherungspflichtverletzung und Exkulpationsbeweis ist hier bereits angedeutet.

In der ersten Instanz hatte Martha Wieczorek keinerlei Erfolg, in der Berufung nur teilweise. Zunächst hatte sie „auf Zahlung von 2047 *M.* 65 § u. Ersatz alles [sic] weiteren Schadens“ geklagt. Nachdem das Landgericht II Berlin die Klage abgewiesen hatte, erweiterte die Klägerin die Klage „um 1000 *M.* für Schmerzensgeld“. Das Kammergericht hatte „die Ansprüche der Klägerin auf Schmerzensgeld u. 525 *M.* für eine Hilfe in der Wirtschaft abgewiesen, im übrigen den Leistungsanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt u. festgestellt, daß die Bekl. ihr allen weiteren Schaden aus dem

menstellung der in der Preußischen Gesetz-Sammlung und in dem Bundes- und Reichs-Gesetzblatte veröffentlichten Gesetze, Verordnungen, Erlasse und Bekanntmachungen, 7. Auflage 1907, Band 7, S. 150–152.

¹⁰ Uhlig, Die Warenhäuser im Dritten Reich, 1956, S. 15 f., 20 ff., 31 ff. Zum Antisemitismus im Deutschland der Jahrhundertwende Katz, From Prejudice To Destruction. Antisemitism, 1700–1933, 1980, S. 303 ff.

¹¹ Personalakte Theodor Meyer, Bundesarchiv Berlin, R3002 PA Nr. 607, Band 2, Personalbogen (unpaginiert): „am 21. Mai [1901] mit seiner Frau zur christl. Religion übergetreten und nach prot. Ritual getauft“. Zum Schicksal von Meyers Familienangehörigen in der NS-Zeit Lang (Fn. 2), S. 505. Die übrigen Richter des VI. Zivilsenats von 1911 waren ihrer in den Personalakten angegebenen Konfession nach evangelisch oder katholisch; eine abweichende Zuschreibung nach den Nürnberger Gesetzen von 1935 verbietet sich.

¹² Göhre, Das Warenhaus, 1907, S. 93.

¹³ Colze (Fn. 7), S. 60.

Unfall zu ersetzen habe“. Damit war Martha Wiczorek zufrieden, während die Warenhausgesellschaft weiterhin jeden Anspruch ablehnte.¹⁴ So kam der Fall zum Reichsgericht. Dort hatte man den Sachverhalt naturgemäß so hinzunehmen, wie ihn bereits das Berufungsgericht zugrunde gelegt hatte, abgesehen von der Frage, ob relevanter Sachvortrag unberücksichtigt geblieben war. Aus diesem Grund gingen sowohl Berichterstatter Meyer als auch der spätere Urteilstext auf Sachverhaltsdetails ein, die in den publizierten Fassungen des Urteils freilich nicht mitgeteilt wurden.

So bestritt die Warenhausgesellschaft „den adäquaten Zusammenhang zwischen dem schweren Leiden der Klg. u. dem Unfall. Das Leiden sei eine Folge des Schrecks über das Umwerfen des Kindes.“¹⁵ Meyer sah demgegenüber im Einklang mit dem Kammergericht den Kausalzusammenhang gewahrt, wenngleich er die zunächst gewählte Formulierung, der „Schreck“ sei „wegen ihres Kindes“ hervorgerufen worden, wieder strich.¹⁶ Das Kammergericht nahm an, „Klägerin sei von den beiden Rollen nicht bloß an der Hand getroffen worden“. Denn der hinzuzogene Arzt, vermutlich der Hausarzt, „habe gleichen Abends festgestellt, daß Klägerin sehr beschleunigten Puls, dunkle Verfärbung der Haut über der Lebergegend u. eine Leberschwellung hatte. Jeder Anhalt fehle, daß sie sich diese Erscheinungen bei einer anderen Gelegenheit zugezogen habe. Jedenfalls habe die Klägerin bei dem Vorfall einen großen Schreck bekommen“. Dies genüge für den Kausalzusammenhang:

„Selbst wenn das alles darauf zurückzuführen sei, daß Klägerin mitangesehen, wie die zwei Rollen in der Richtung, wo sie u. ihr Kind standen, umfielen, so stehe die nervöse Herzstörung mit dem Vorfall in ursächlichem Zusammenhang. Denn durch das Verhalten Wolff's [des Verkaufsangestellten] sei die Bedingung für den Eintritt dieser Herzstörung gesetzt worden. Es handle sich auch um eine dem allgemeinen Erfahrungswissen entsprechenden Erfolg.“¹⁷

Meyer fügte hinzu: „An der Voraussehbarkeit würde es nicht fehlen, selbst wenn der Schreck die Klägerin nur des Kindes wegen befallen hätte [...]“. ¹⁸ Dies sei zu unterscheiden von dem seitens der Warenhausgesellschaft vorgebrachten Präzedenzfall, dass „die Mutter des Kindes beim Betreten der Eisenbahn verletzt wurde, während es sich hier nur darum handelt, ob Wolff sie durch Fahrlässigkeit an ihrer Gesundheit beschädigt hat.“¹⁹ Unbe-

¹⁴ Prozessakte (Fn. 1), Votum Theodor Meyer vom 16. August 1911 (Bl. 28).

¹⁵ Prozessakte (Fn. 1), Votum Theodor Meyer vom 16. August 1911 (Bl. 29v).

¹⁶ Siehe oben bei Fn. 1.

¹⁷ Prozessakte (Fn. 1), Votum Theodor Meyer vom 16. August 1911 (Bl. 29v).

¹⁸ Prozessakte (Fn. 1), Votum Theodor Meyer vom 16. August 1911 (Bl. 30).

¹⁹ Prozessakte (Fn. 1), Votum Theodor Meyer vom 16. August 1911 (Bl. 30). Die Beklagte hatte hier verwiesen auf RG, Urteil vom 30. Januar 1911 – VI 615/09 – Schubert (Fn. 1), Jahrgang 1911, 2002, S. 460 f., VI. Senat, 1. Quartal Nr. 48 = Schubert/Glückner (Hrsg.), Nachschlagewerk des Reichsgerichts – Gesetzgebung des Deutschen Reichs, Band

achtlich sei deshalb, „daß Klägerin durch eine Blinddarmoperation u. Gallenkolik geschwächt u. in ihrem Nervensystem erschüttert worden“ sei.²⁰ Unter Hinweis darauf hatte die Warenhausgesellschaft vergeblich versucht, die Glaubhaftigkeit des ärztlichen Gutachtens in Zweifel zu ziehen.

Erfolglos blieb auch der Einwand des Mitverschuldens: „Die Bekl. will ein eigenes Verschulden der Klägerin darin finden, daß sie den ihr von Wolff angebotenen Stuhl nicht benützt habe, sondern näher getreten sei, als er das gewünschte Muster hervorholte.“ Meyer sah dies anders:

„Der Käufer, der Laie ist, darf der Sachkunde des Verkäufers so viel vertrauen, daß dieser Rollen nicht in gefährlicher Weise aufstellen werde. Er braucht daher – ohne Warnung – nicht daran zu denken, daß die Rollen ohne äußeren Anlaß umfallen könnten. Anders beim Verkäufer, der wissen muß, ob eine Rolle ohne Stütze stehen bleibt.“²¹

Damit war der vom Reichsgericht zu beurteilende Sachverhalt ebenso geklärt wie der Tatbestand des Schadensersatzanspruchs – mit Ausnahme der Frage, welches Schuldverhältnis eigentlich den Warenhausinhaber verpflichtete, für die Sicherheit seiner Kunden zu sorgen, und welche Rolle Hilfspersonen des Warenhausinhabers in diesem Schuldverhältnis spielten.

III. Die Feststellung von Lücken im Gesetz und die Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem

Die Dissertation von Claus-Wilhelm Canaris beginnt mit der Mahnung, die „Lückenfeststellung“ sei „nicht weniger bedeutsam, ja regelmäßig sogar wichtiger als die Frage der Lückenausfüllung, fällt doch bereits bei der Lückenfeststellung die einschneidende Entscheidung darüber, ob der Richter überhaupt zur Rechtsfortbildung befugt ist“.²² Mit Blick auf die „Stellungnahme des historischen Gesetzgebers“ wird zwischen „bewußten oder unbewußten Lücken“ unterschieden.²³ Doch sei es „erforderlich, der ‚Lücke‘ den Begriff des ‚rechtspolitischen Fehlers‘ gegenüberzustellen“. Möge auch die eine oder andere Regelung „gegen das Rechtsgefühl einzelner oder der Allgemeinheit verstoßen oder als ‚sozial unbefriedigend‘ betrachtet werden, so liegt doch nicht eine Lücke im obigen Sinne vor, sondern allenfalls ein rechtspolitischer Fehler, weil die kritisierte Regelung vom Gesetz so und

1, 2005, S. 32, § 1 HaftpflG Nr. b52 = RGZ 75, 284–286 = JW 1911, 333 Nr. 36 = Das Recht 1911 Nr. 1421, 1422.

²⁰ Prozessakte (Fn. 1), Votum Theodor Meyer vom 16. August 1911 (Bl. 30).

²¹ Prozessakte (Fn. 1), Votum Theodor Meyer vom 16. August 1911 (Bl. 30).

²² Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 1. Aufl. 1964, S. 5.

²³ Canaris (Fn. 22), S. 134 f.

nicht anders gewollt ist“.²⁴ Die Frage ist also: Was wusste und was wollte ‚das‘ Gesetz? Und was dachten die Richter von 1911 darüber?

Bekanntlich haben zumindest die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1896 der culpa in contrahendo keinen prominenten Platz eingeräumt. Wenige Andeutungen im Gesetz sollten genügen; ein allgemeines Prinzip ließ sich daraus nicht ableiten und war auch nicht gewollt. Die Dogmengeschichte der culpa in contrahendo ist in neuerer Zeit bereits umfassend erzählt worden.²⁵ Dies muss hier nicht im einzelnen wiederholt werden. Für die kommentierte Quellenedition des Linoleumrollen-Falls, die mit diesem Beitrag vorgelegt wird, ist aber hervorzuheben: Die Richter des VI. Zivilsenats von 1911 wussten genau, auf welchem dünnem Eis sie sich bewegten.

So uneins die Reichsgerichtsräte über die richtige Begründung waren, haben sie dennoch nicht versucht, dem BGB-Gesetzgeber nachzuweisen, er habe ein regelungsbedürftiges Problem ungeregt gelassen, das entsprechend einer gesetzlich anerkannten Regel zu lösen sei.²⁶ Keiner der zehn Richter schlug vor, den Anspruch von Martha Wieczorek gegen A. Jandorf & Co. analog den §§ 122, 179 Abs. 2, 307 a.F., 309 a.F., 463 Satz 2 a.F., 523 f., 694 BGB zu begründen, die als Rudimente der culpa in contrahendo im ursprünglichen BGB-Text anerkannt waren.²⁷ Vielmehr gaben die Richter vor, unmittelbar mit dem gesetzlichen Instrumentarium auszukommen, indem sie das Verhalten von Kundin und Verkaufsangestelltem rechtsgeschäftlich deuteten oder dem Warenhausinhaber unzureichende Sicherungsvorkehrungen und Unterweisung des Angestellten vorhielten. Nur einer der Richter, Reichsgerichtsrat Bernhard Schaffeld, gab gegenüber dem von Berichtersteller Meyer favorisierten vertraglichen Begründungsansatz zu bedenken, „daß auf diese Weise die culpa in contrahendo als vertragsmäßige Haftung schlechterdings wieder in das BGB hineininterpretiert und mit ihr zugleich eine ausgedehnte Haftung für fahrlässige Vermögensbeschädigung geschaffen wird“.²⁸ Keiner seiner Kollegen machte sich speziell diesen Vorwurf ausdrücklich zu eigen. Freilich fehlte es im übrigen nicht an Warnun-

²⁴ *Canaris* (Fn. 22), S. 33 f.; im Original kursiv.

²⁵ *Giario*, in: Falk/Mohnhaupt (Hrsg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896–1914)*, 2000, S. 113–154; *Harke*, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II/2, 2007, § 311 II, III Rn. 2 ff.; siehe auch *Zimmermann/Verse*, in: Falk/Mohnhaupt a.a.O., S. 319, 336 f.; *Schiemann*, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann a.a.O., Band III/2, 2013, §§ 823–830, 840, 852–853 Rn. 88.

²⁶ Zu dieser verbreiteten Zurückhaltung *Giario* (Fn. 25), S. 130; zum Analogieverständnis der zeitgenössischen Methodenlehre *J. Schröder*, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1933)*, 2. Aufl. 2012, S. 382 ff.

²⁷ Zur restriktiven Lösung des BGB *Giario* (Fn. 25), S. 122 ff.; *Harke* (Fn. 25), Rn. 11 f.

²⁸ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Bernhard Schaffeld vom 24. November 1911 (unpaginiert). Bernhard Schaffeld (1851–1924), Reichsgerichtsrat seit 1902, biographische Anga-

gen, gegen das Gesetz zu entscheiden. Daher versuchten die Richter nach Kräften, den Eindruck zu vermeiden, dass ihnen das Gesetz die Lösung, die sie im Ergebnis alle anstrebten, nicht anbot.

Nach dem vorbereitenden Votum des Berichterstatters Meyer vom 16. August 1911 und der mündlichen Verhandlung am 26. Oktober 1911 hatte offenbar im Senat eine mündliche Beratung stattgefunden, die als solche nicht dokumentiert ist. Am 5. November 1911, zweieinhalb Wochen vor dem zunächst vorgesehenen Verkündungstermin am 23. November 1911, fasste Meyer den Dissens im engeren Senat, dem damals noch sieben Richter angehörten²⁹, für die weitere Beratung zusammen:

„Die Herren Präsident Hoffmann u. Goldmann sind dem Berichterstatter beigetreten. Die übrigen Herren wollen weder ein Vertragsverhältnis noch eine rechtsgeschäftliche Verbindlichkeit des Verkäufers annehmen, weil der Kauf über das Linoleum noch nicht zustande gekommen war. Gleichgiltig [sic] sei, daß die Klägerin vorher Einkäufe bei der Bekl. gemacht habe; hiebei [sic] sei sie nicht verletzt worden. Herr Kollg. Rosenberg wollte, wenn ich ihn recht verstanden habe, eine Haftung der Bekl. bejahen, wenn etwa die Klägerin beim Ausgang einen Unfall erlitten hätte. Die Herren der Mehrheit räumten ein, daß in Fällen solcher Art eine verschärfte Haftung für eine Schadenszufügung durch Aufenthalt wünschenswert sei; sie glaubten jedoch, daß durch Ausdehnung u. Anspannung der Aufsichtspflicht sowie durch strengere Beurteilung des Entlastungsbeweises aus § 831 dem Bedürfnis genügt werden könne.“³⁰

Damit bestand für die Richter keine Lücke, die sie im Wege der Analogie oder durch Rechtsfortbildung praeter legem oder gar contra legem hätten ausfüllen müssen. Die Lösung des Linoleumrollen-Falls erfolgte deshalb nicht mittels desjenigen Rechtsinstituts, für das der Fall scheinbar bis heute steht. Für den VI. Zivilsenat war der Linoleumrollen-Fall damals noch kein Fall der culpa in contrahendo.³¹

IV. Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts

Aus seinem Habilitationsvortrag formte Claus-Wilhelm Canaris eine eigene Monographie, in der die „Grenzen der Systembildung“ eine wesentliche Rolle spielen. Innerhalb der „immanente[n] Schranken“ des Systems

ben bei Schubert (Fn. 1), Jahrgänge 1900 und 1901, 1992, S. 92. Zum Kontext von Schaffelds Ansicht *Giario* (Fn. 25), S. 126.

²⁹ Aufgrund §§ 140, 194 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 27. Januar 1877, RGBl. 41, 67, 75 und § 1 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Reichsgerichts von 1880, mit Begründung abgedruckt bei Schubert (Fn. 28), S. 21, 33.

³⁰ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Theodor Meyer vom 5. November 1911 (unpaginiert).

³¹ Anders rückblickend RG, Urteil vom 22. Juni 1936 – IV 75/36 – RGZ 151, 357, 358 ff.; dazu *Giario* (Fn. 25), S. 135, 146 ff.

lägen die „wenigen Fälle“, „in denen sich die materiale Gerechtigkeit gegenüber der Systemgerechtigkeit durchzusetzen vermag“. Doch sei es

„nicht nur naiv, zu glauben, daß sich aus dem System *jede* Rechtsfrage lösen ließe, sondern es kommt darüber hinaus auch vor, daß die systemrichtige Entscheidung mit dem geltenden Recht unvereinbar ist: Systemlücken und Systembrüche sind dem Juristen eine vertraute Erscheinung. Hier sieht sich die Rechtsgewinnung aus dem System naturgemäß vor unüberwindliche Schranken gestellt, und es sind das dieselben, die der Systembildung überhaupt gezogen sind.“³²

Da die Richter des Linoleumrollen-Falls kein offenes Bekenntnis zu einer selbstgeschaffenen culpa in contrahendo-Haftung abgeben mochten, mussten sie eine vertragliche oder eine deliktische Lösung finden, wollten sie der Klage stattgeben – und das wollten sie. Umstritten war jedoch, ob ein stattgebendes Urteil nicht die Systemgrenze zwischen Vertrag und Delikt überschreiten werde. Nachdem Berichterstatter Meyer unter den an der Entscheidung unmittelbar beteiligten Senatsmitgliedern für seine Ansicht keine Mehrheit gefunden hatte, versuchte er, die weiteren vier Mitglieder des VI. Zivilsenats zu gewinnen: „Wegen der Wichtigkeit der Frage soll noch die Ansicht der Herren, die an der Verhandlung nicht teilgenommen haben, eingeholt werden.“³³

1. Vom Besuchsvertrag zum Vorzeigevertrag

Die Frage war zunächst: Gab es zwischen Martha Wieczorek und der Kommanditgesellschaft A. Jandorf & Co. einen Vertrag? Welchen Inhalt mochte ein solcher Vertrag haben? Unter welchen Voraussetzungen kam ein Vertrag zwischen dem Kunden und dem Warenhausinhaber zustande? Hier-von hing ab, ob das Verschulden eines Verkaufsangestellten dem Warenhausinhaber nach § 278 BGB zugerechnet werden konnte. Andernfalls blieb nur ein Eigendelikt des Warenhausinhabers nach § 823 Abs. 1 BGB oder dessen Haftung für den Angestellten als seinen Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB.

Meyer selbst formulierte die entscheidungserheblichen Fragen für den Umlauf im gesamten Senat unter zwei Aspekten: einmal mit Blick auf die Rechtsnatur des Verhältnisses zwischen dem Kaufinteressenten und dem Warenhausinhaber, zum anderen hinsichtlich etwaiger daraus resultierender Verpflichtungen des Warenhausinhabers:

„M.E. ist zweierlei zu unterscheiden, worüber gestritten wird. Einmal, ob mit dem zum Zweck der Hervorbringung eines rechtsgeschäftl. Erfolgs (eines Kaufs) gestellten Antrags der Klägerin, ihr Muster vorzuzeigen, u. mit der Annahme dieses Antrags ein vorbereitender Vertrag oder ein vertragsähnliches Verhältnis entstanden ist. Sodann ob

³² *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 1969, S. 110 f.; im Original kursiv.

³³ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Theodor Meyer vom 5. November 1911 (unpaginiert).

aus einem solchen Verhältnis die Verpflichtung für den Verkäufer erzeugt wurde, bei Vorzeigung der Muster Sorgfalt für Gesundheit u. Eigentum des anderen Teils zu beobachten; oder ob auch eine solche [sic] Vor- oder Nebenvertrag nichts anders [sic] zum Gegenstand haben konnte, wie der Kauf selbst, also Abrede über Ware, Preis, Eigentumsbeschaffung u. Uebergabe.“³⁴

Etwas voreilig behauptete Meyer, es bestehe gegen „die rechtliche Konstruktion eines Vertragsverhältnisses wohl kein Bedenken. Denn daß Antrag u. Annahme des Antrags nicht tatsächlicher, sondern rechtsgeschäftlicher Natur sind, dürfte nicht zu bezweifeln sein.“³⁵ Abstrakt hatte diese Selbstverständlichkeit auch niemand bezweifelt. Dennoch führte Meyer zwei Präjudizien an:

„Ueber die rechtl. Möglichkeit solcher vertragsähnlichen Verhältnisse äußern sich die Urteile des Senats RG 65 S. 17 u. RG 66, 402. Beide Urteile sind zum Abdruck bestimmt worden gerade wegen dieses Gesichtspunktes. M.E. könnte hier ein Vertragsverhältnis nur unter Widerruf dieser Urteile oder unter Einschränkungen, die von einem Widerruf sich kaum entfernen, verneint werden. Der Unterschied zwischen dem vorliegenden Fall u. den Tatbeständen jener Urteile liegt nur auf tatsächlichem, nicht auf rechtlichem Gebiet.“³⁶

Der erste Fall betraf eine Mitfahrgelegenheit, der zweite die Beschädigung eines Bahnwaggons durch die Verladegehilfen desjenigen, der bei der Bahn den Waggon bestellt hatte, um Ware zu versenden.³⁷ In beiden Fällen war eine vertragliche Beziehung immerhin denkbar, wenngleich keinesfalls zwanglos gegeben. Doch ob gerade im Linoleumrollen-Fall die Kundin und der Warenhausinhaber Angebot und Annahme ausgetauscht hatten, war äußerst zweifelhaft. Zumindest ein begrenzendes Kriterium war aber bereits genannt. Meyer wollte – anders als offenbar das Kammergericht – nicht jeden Passanten schützen, der zufällig das Kaufhaus betrat. Mindestvoraussetzung war für ihn ein bereits konkretisiertes Kaufinteresse:

„Ob die Inhaber von Warenhäusern jedem Besucher aus Vertrag für gefahrlosen Aufenthalt haften, braucht nicht entschieden zu werden. Jedenfalls möchte ich mich der Auffassung nicht anschließen, daß der Warenhausinhaber durch die Gewährung freien Zutritts ohne Kaufzwang jedem sich Annähernden den Antrag gefahrlosen Zutritts u. damit der Haftung für die Angestellten mache. Daran denkt mutmaßlich weder jener noch der Besucher. Die Haftung für gefahrlosen Zutritt u. Aufenthalt ist vielmehr nicht Vertragsgegenstand, sondern eine Verbindlichkeit, die *aus dem* durch Antrag (Einladung) zum Besuch und Annahme des Antrags zustande gekommenen Vertragsverhältnis

³⁴ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Theodor Meyer vom 5. November 1911 (unpaginiert).

³⁵ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Theodor Meyer vom 5. November 1911 (unpaginiert).

³⁶ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Theodor Meyer vom 5. November 1911 (unpaginiert).

³⁷ RG, Urteil vom 13. Dezember 1906 – VI 130/06 – Schubert (Fn. 1), Jahrgang 1906, 1996, S. 524, VI. Senat, 4. Quartal Nr. 113 = Schubert/Glöckner (Fn. 1), S. 173, § 278 Rn. 53 = RGZ 65, 17–21 = JW 1907, 99–100 Nr. 1; Urteil vom 24. Oktober 1907 – VI 531/06 – Schubert (Fn. 1), Jahrgang 1907, 1997, S. 500, VI. Senat, 4. Quartal Nr. 37 = RGZ 66, 402–407 = JW 1907, 755 Nr. 31 = Das Recht 1907 Sp. 1553.

folgt. Antrag u. Annahme sind mindestens dann rechtsgeschäftlicher Natur, wenn damit der Abschluß eines Kaufvertrags bezweckt wird.“³⁸

Meyer konstruierte hiermit eine Art ‚Warenhausbesuchsvertrag‘, der allein Kaufinteressenten vorbehalten war. Doch hätten Martha Wieczorek und der Verkaufsangestellte Wolff über den bloßen Kaufhausbesuch hinaus rechtsgeschäftlichen Kontakt aufgenommen:

„Das BG. [Berufungsgericht] hat zwar nicht als erwiesen erachtet, daß schon ein Kauf zwischen der Klägerin u. dem Verkäufer Wolff zustande gekommen war, so daß es sich um den Vollzug des Kaufs u. die Uebergabe der Ware gehandelt hätte. Jedoch hatte nach der Feststellung [...] des BG. Klägerin dem Wolff erklärt, daß sie einen Linoleumteppich kaufen wolle u. aus den von ihm vorgelegten Mustern das ausgesucht, in dem sie den Teppich zu haben wünschte. Wolff wollte das Muster herausuchen u. setzte zu dem Zweck zwei Rollen etwas beiseite. Die Klägerin trat näher, um den Teppich anzusehen. Die zwei Rollen fielen um u. verletzten sie u. ihr Kind.

Hiernach hat die Klägerin dem Wolff den Antrag gestellt, ihr Linoleumteppiche vorzuzeigen. Wolff hat für die Bekl. (§§ 564, 56 HGB § 164 BGB) den Antrag angenommen u. die übernommene Verbindlichkeit ausgeführt. Diesers Vorvertrag Abkommen war nicht tatsächlicher, sondern rechtsgeschäftlicher Natur; es bezweckte die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolgs, nämlich einen Kauf, war also ein vorbereitender Vertrag u. begründete zwischen den Parteien ein vertragliches Verhältnis. Eine selbstverständliche Verpflichtung des Wolff aus diesem Vorvertrag bestand darin, daß er beim Ausuchen u. Vorzeigen des Musters die gebotene Sorgfalt beobachtete, damit die Kaufhaberin nicht an ihrer Gesundheit beschädigt werde.“³⁹

Nun war es kein einfacher ‚Warenhausbesuchsvertrag‘ mehr, sondern schon ein ‚Warenvorzeigevertrag‘. Doch wie verhielt es sich mit dem Zweifel, den Meyer selbst an einem Vertragsschluss im Fall der „Gewährung freien Zutritts ohne Kaufzwang“ hegte, dass nämlich „mutmaßlich“ weder der Warenhausinhaber noch der Kunde an einen solchen Vertrag denke? Und wie war dem naheliegenden Argument zu begegnen, dass der Verkäufer aus der Vorzeigung von Waren nicht mehr schulden könne als aus dem Kaufvertrag selbst? Meyer fand für beides eine Lösung, indem er den nicht geschlossenen Kaufvertrag vom ‚Warenvorzeigevertrag‘ abgrenzte und letzteren als konkludent geschlossen ansah:

„Der Einwand, der Kauf verpflichte den Verkäufer nur zur Eigentumsbeschaffung u. Uebergabe (RG. 74, 124⁴⁰) liegt m.E. neben der Sache. Es handelt sich nicht um den Kauf, sondern um gewisse *stillschweigende* Vor- u. Nebenverträge. Wer leugnet, daß hier rechtsgeschäftliche Beziehungen zwischen den Kaufparteien bestehen, u. daß der Verkäufer als solcher Sorgfaltspflichten hat, muß diese Vorgänge als rein tatsächliche u. jeder rechtlicher Bedeutung u. Wirkung entbehrend ansehen, sie etwa den Gefälligkeits-handlungen gleichstellen. Dies widerspricht indes der Wirklichkeit. Es ist nicht dasselbe,

³⁸ Prozessakte (Fn. 1), Votum Theodor Meyer vom 16. August 1911 (Bl. 28–28v).

³⁹ Prozessakte (Fn. 1), Votum Theodor Meyer vom 16. August 1911 (Bl. 28v). Meyer schrieb zumeist „Klgerin“. Die eigenwillige Abkürzung wird hier stillschweigend aufgelöst.

⁴⁰ RG, Urteil vom 14. Juni 1910 – II 90/10 – Schubert (Fn. 1), Jahrgang 1910, 2000, S. 104 f., II. Zivilsenat, 2./3. Quartal Nr. 98 = RGZ 74, 124–126 = JW 1910, 807–808 = LZ 1910, Sp. 772 Nr. 19 = Das Recht 1910 Nr. 2800, 2814.

ob der Verkäufer dem Käufer im Lauf der Kaufverhandlung die Ware vorlegt, oder ob er sie etwa ihrer Besonderheit wegen einem Bekannten zeigt, der keine Kaufabsicht hat.“⁴¹

Damit war eine weitere systematische Abgrenzung eingeführt, nämlich diejenige zwischen Vertrag und Gefälligkeit. Meyer versuchte, die Grenzen des Vertragsregimes möglichst weit zu ziehen, und untermauerte dies mit anderen Beispielen abseits des Kaufs. So sei

„von unserem Senat wie anderen Senaten in zahlreichen Entscheidungen angenommen worden, daß aus bestimmten Verträgen – wenn sie geschlossen sind – Sorgfaltspflichten sich ergeben, die mit dem rechtlichen Wesen dieser Verträge an sich nicht das mindeste zu tun haben. Mit dem Beförderungsvertrag hat der Zugang zu dem Beförderungsmittel, der Aufenthalt in den dazu führenden Räumen; mit dem Werkvertrag der Aufenthalt in der Werkstätte, in der das Werk hergestellt wird; mit dem Frachtvertrag oder der Ablieferungspflicht des Frachtführeres hat der Zugang zur Ablieferungsstelle; selbst mit dem Wirtsvertrag hat (wenn es sich um keine Beherbergung handelt) der Zugang zu der **Wirtschaftsstube** des einkehrenden Gastes zur Wirtschaftsstube wirtschaftlich betrachtet ganz gewiß nichts zu tun. Dennoch haben der I. III. VI und VII. Senat aus solchen Verträgen die Pflicht des Unternehmers oder Wirts abgeleitet, Zugänge u. Aufenthaltsräume verkehrssicher zu halten. RG 73, 148 (I. Sen) Urt. v. 24. V. 11, III 412/10 (liegt bei) RG 55, 335; VI 215/07; VI 434/09 VI 87/10; J.W. 04, 358¹⁰; J.W. 484⁶ (VII. Sen. u. noch oft im gleichen Sinn); vgl. auch das beil. Urt. III 497/03.“⁴²

Gegen Mit dem Geist dieser Rechtsprechung hat sich der II. Senat in dem Urteil RG 74, 124⁴³ in Widerspruch gesetzt, wenn er sagt, eine vertragliche Haftung trete nur dann u. nur insoweit ein, als Vertragsbeziehungen vorhanden sind, die sich gerade auf die Benutzung eines Raumes erstrecken. Gerade wie die Beförderung des Reisenden bringt es der Warenkauf in dem Laden des Händlers mit sich, daß vor u. nach Vollzug des eigentlichen Vertrags Räume betreten u. verlassen werden müssen. Aus dem Wesen des

⁴¹ Prozessakte (Fn. 1), Votum Theodor Meyer vom 16. August 1911 (Bl. 29).

⁴² RG, Urteil vom 9. März 1910 – I 161/09 – Schubert (Fn. 1), Jahrgang 1910, 2000, S. 13 f., I. Senat, 1. Quartal Nr. 89 = RGZ 73, 148–150 = JW 1910, 573 = LZ 1910, Sp. 461 Nr. 7 = Das Recht 1910 Nr. 1825; Urteil vom 24. Mai 1911 – III 412/10 – Schubert (Fn. 1), Jahrgang 1911, 2002, S. 199, III. Zivilsenat, 2./3. Quartal Nr. 83 = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1911, 425–426 (in der Prozessakte [Fn. 1] nicht mehr enthalten); Urteil vom 5. Oktober 1903 – VI 67/03 – Schubert (Fn. 1), Jahrgang 1903, 1993, S. 387, VI. Zivilsenat, 4. Quartal Nr. 7 = Schubert/Glückner (Fn. 1), S. 257, § 278 Nr. 6 = RGZ 55, 335–337 = JW 1903, Beilage 123–124; Urteil vom 23. Januar 1908 – VI 215/07 – Schubert (Fn. 1), Jahrgang 1908, 1998, S. 420, VI. Zivilsenat, 1. Quartal Nr. 38 = Schubert/Glückner (Fn. 1), S. 270, § 278 Nr. 57 = Warneyers Jahrbuch 1908, 208–210 Nr. 293 = Das Recht 1908, Sp. 159–160 Nr. 848, Sp. 162–163 Nr. 967; Urteil vom 19. September 1910 – VI 434/09 – Schubert (Fn. 1), Jahrgang 1910, 2000, S. 437 f., VI. Zivilsenat, 2./3. Quartal Nr. 154 = Schubert/Glückner (Fn. 1), S. 274, § 278 Nr. 68 = Das Recht 1910 Nr. 3657; Urteil vom 17. November 1910 – VI 87/10 – Schubert (Fn. 1), Jahrgang 1910, 2000, S. 460, VI. Zivilsenat, 4. Quartal Nr. 89; Urteil vom 19. April 1904 – VII 533/03 – Schubert (Fn. 1), Jahrgang 1904, 1994, S. 534, VII. Zivilsenat, 2./3. Quartal Nr. 25 = JW 1904, 358 Nr. 10 = Gruchot 48 (1904), 885–888; Urteil vom 1. Juli 1904 – VII 16/04 – Schubert (Fn. 1), Jahrgang 1904, 1994, S. 555 f., VII. Zivilsenat, 2./3. Quartal Nr. 145 = JW 1904, 484 Nr. 6; Urteil vom 20. Mai 1904 – III 497/03 – Schubert (Fn. 1), Jahrgang 1904, 1994, S. 189, III. Zivilsenat, 2./3. Quartal Nr. 72 = Schubert/Glückner (Fn. 1), S. 258, § 278 Nr. 10 = JW 1904, 383 Nr. 4 (in der Prozessakte [Fn. 1] nicht mehr enthalten).

⁴³ Wie Fn. 40.

Kaufvertrags lässt sich freilich der vom II. Senat gelegnete Rechtssatz nicht ableiten. Wohl aber aus der Nebenverbindlichkeit des Verkäufers, die dadurch entsteht, daß er den Antrag stellt, seinen Laden zum Zwecke des Kaufs zu betreten, u. dieser Antrag von dem Käufer angenommen wird. Deswegen braucht auch das Plenum nicht angerufen zu werden. [...] Auch deswegen nicht, weil es immerhin von der tatsächl. Gestaltung des Einzelfalls abhängen kann, ob eine Haftung des Verkäufers anzunehmen sei.“⁴⁴

Meyer verschwieg nicht, dass nicht nur von den Kollegen des II. Zivilsenats, sondern auch von seiten der anwaltlichen Praxis mit Opposition zu rechnen sei, und nannte exemplarisch den Freiburger Rechtsanwalt Eugen Josef:

„In der Literatur ist die Vertragshaftung lebhaft bekämpft worden v.a. Josef in Gruchot 52 S. 525 u. Ztschr. f. bayr. Rechtspf. 1909 S. 332.⁴⁵ Wenn er meint, die Aufenthaltsgewährung seitens des Verkäufers, Unternehmers habe keine selbständige Bedeutung, sondern sei lediglich das Mittel zum Empfang der dem Käufer, Besteller zustehenden Leistungen, so daß der Gebrauch der Räume nichts für die geschäftliche Leistung wesentliches sei, so übersieht er m.E., daß wenn der Verkäufer etc. seine Leistung [...] in bestimmten Räumen bewirkt, zum Besuch der Räume auffordert, u. der Käufer etc. die Leistung nur in diesen Räumen entgegennehmen kann, eine rechtsgeschäftliche Nebenverpflichtung des Verkäufers entsteht, für Verkehrssicherheit der Räume zu sorgen.“⁴⁶

Meyer sah sich freilich mit einem weiteren Problem konfrontiert, das man eher in einer shopping mall unserer Zeit als in einem reputierlichen preußischen Warenhaus ein Jahrhundert zuvor vermuten würde: „Die Parteien sind aber weiter einig, daß die Klägerin, als sie in das Linoleumlager kam, bereits in anderen Abteilungen des Warenhauses verschiedene Waren gekauft, ihre Einkäufe z.T. bezahlt u. an sich genommen, z.T. Auftrag gegeben hatte, ihr die Gegenstände in Haus zu schicken.“⁴⁷ Die beklagte Gesellschaft argumentierte nun, als betreibe sie das Warenhaus nicht als solches:

„Die Bekl. bestreitet, daß die Klägerin ~~um deswillen~~ z.Z. des Unfalls noch in einem Vertragsverhältnis mit ihr stand. Die einzelnen Abteilungen eines Warenhauses stellen gewissermaßen einzelne Geschäfte in dem Sinne⁴⁸ dar, daß der Käufer, der in einer Abteilung etwas gekauft u. bezahlt habe, u. demnächst eine andere Abteilung aufsuche, mit dem Verlassen der ersten Abteilung u. der Abwicklung des ersten Kaufvertrags aufhöre, in einem Vertragsverhältnis zum Warenhaus zu stehen.“⁴⁹

⁴⁴ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Theodor Meyer vom 5. November 1911 (unpaginiert). Zu den üblichen Vorbehalten gegenüber einer Vorlage an den Großen Senat (damals: Vereinigte Zivilsenate) bereits *Thiessen* (Fn. 3), S. 202 ff.; *ders.*, in: Kalls/Fleischer/Vogt (Hrsg.), *Bahnbrechende Entscheidungen – Gesellschaftsrechts- und Kapitalmarktrechts-Geschichten*. Sechstes Deutsch-österreichisch-schweizerisches Symposium, Wien 21.–22. Mai 2015, 2016, S. 203, 209.

⁴⁵ *Josef*, Gruchot 52 (1908), 525–544; *ders.*, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1909, 333 [nicht 332]. Zum zeitgenössischen Meinungsspektrum *Giario* (Fn. 25), S. 124 ff.

⁴⁶ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Theodor Meyer vom 5. November 1911 (unpaginiert).

⁴⁷ Prozessakte (Fn. 1), Votum Theodor Meyer vom 16. August 1911 (Bl. 29).

⁴⁸ Ursprünglich: „in dem Sinne gewissermaßen einzelne Geschäfte“.

⁴⁹ Prozessakte (Fn. 1), Votum Theodor Meyer vom 16. August 1911 (Bl. 29).

Meyer hatte für diese Aufspaltung keinen Sinn, obwohl er sein Votum ähnlich kleinteilig begonnen hatte, als er zwischen dem schlichten Betreten des Warenhauses, dem ‚Warenhausbesuchsvertrag‘, dem ‚Warenvorzeigevertrag‘ und dem eigentlichen Kaufvertrag unterschieden hatte. Warum aber sollte ein Kaufvertrag über einzelne Waren nicht mit dessen Erfüllung erlöschen (§ 362 Abs. 1 BGB)? Und warum sollte nicht ein neuer ‚Warenvorzeigevertrag‘ entstehen, wenn der Kunde – sogar noch in derselben Abteilung – einen weiteren Gegenstand zu sehen wünscht? Der Sache nach konstruierte Meyer ein Schuldverhältnis im Sinne der heutigen §§ 311 Abs. 2 Nr. 2, 241 Abs. 2 BGB als eine Art Dauerschuldverhältnis, innerhalb dessen „der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut“:

„Zwischen dem Käufer, der ein Geschäft besucht, um durch Kauf einer Reihe von Waren seinen Bedarf zu decken, u. dem *Inhaber* entsteht ein einheitliches Vertragsverhältnis, das spätestens mit dem Erwerb der ersten Ware beginnt u. mit dem Erwerb der letzten frühestens endet. Es widerspräche der Verkehrsauffassung u. würde der Natur der Dinge Gewalt antun, wenn man dieses Verhältnis in eine Unzahl einzelner selbständiger Kaufverträge in dem Sinne auflösen wollte, daß mit dem Kauf eines Stücks das Vertragsverhältnis aufhöre u. mit dem Kauf eines anderen Gegenstands wieder beginne u.s.f. Begibt sich der Käufer nach Erledigung eines Kaufs in einen anderen Geschäftsraum, um dort seine Einkäufe fortzusetzen, so haftet der Ladeninhaber vertraglich für die Verkehrssicherheit des Zuges. Dies entspricht jedenfalls der Rechtsprechung des Senats (RG 55, 335 VI 434/09, 215/07; 113/06).“⁵⁰

2. Ganz wunderliche Konsequenzen

Gerade die nicht unmittelbar an der Entscheidung beteiligten Richter traten Meyers Konstruktion näher und billigten wenigstens zum Teil seine Differenzierungen. Vorbehaltlos einverstanden war Rudolf Schlesinger:

„Ich bin für diesen Fall der Ansicht, daß ein Vertragsverhältnis vorlag, nämlich ein vorbereitender Vertrag, betr. das Zeigen der zu kaufenden Linoleumrolle. Für diesen Vertrag war der Angestellte Erfüllungsgehilfe [sic] der Beklagten, und wenn er dabei die Klirin [sic] fahrlässig beschädigt hat, so muß nach § 278 BGB. hierfür die Beklagte aufkommen. Dagegen nehme ich keineswegs eine vorvertragliche allgemeine Verpflichtung des Ladeninhabers an, für Sicherheit des Verkehrs in seinen Räumen zu sorgen. Das hat meines Wissens unser Senat auch bisher noch nie getan.“⁵¹

⁵⁰ Prozessakte (Fn. 1), Votum Theodor Meyer vom 16. August 1911 (Bl. 29–29v). Zu den zitierten Entscheidungen siehe Fn. 42 sowie RG, Urteil vom 4. Februar 1907 – VI 113/06 – Schubert (Fn. 1), Jahrgang 1907, 1997, S. 426, VI. Zivilsenat, 1. Quartal Nr. 42 = Schubert/Glückner (Fn. 1), S. 175, 266, § 276 Nr. 60, § 278 Nr. 44, 45 = DJZ 1907, Sp. 418–482.

⁵¹ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Rudolf Schlesinger vom 12. November 1911 (unpaginiert). Rudolf Schlesinger (1831–1912), Reichsgerichtsrat seit 1871, biographische Angaben bei Schubert (Fn. 1), S. 92; Lang (Fn. 2), S. 579 f.

Auf den ersten Blick kritischer zeigte sich sein Kollege Johannes von Schwarze: „[D]ie Konstruktion eines ‚Besichtigungsvertrags‘ vermag ich nicht anzuerkennen, sie würde zudem zu ganz wunderlichen Konsequenzen führen.“⁵² Gerade für einen solchen Besichtigungsvertrag hatte Meyer freilich Sympathien verlaublich.⁵³ Im Ergebnis stimmten Schwarze und Meyer aber überein, dass eine vertragliche Verkehrssicherungspflicht nur dann angenommen werden könne, wenn Waren in Anbahnung eines konkreten Vertragsschlusses besichtigt würden und der Kaufinteressent aufgrund unsachgemäßen Vorlegens der besichtigten Ware zu Schaden kam. Wie Meyer meinte Schwarze, „es kann darauf, daß dem Publikum freier Zutritt ohne Kaufzwang gewährt ist, für die zur Entscheidung stehende Frage gar nichts ankommen“.⁵⁴ Das Kammergericht hatte offenbar, wie Meyer bereits referiert hatte, zumindest erwogen, „daß der Warenhausinhaber durch die Gewährung freien Zutritts ohne Kaufzwang jedem sich Annähernden den Antrag gefahrlosen Zutritts u. damit der Haftung für die Angestellten mache“.⁵⁵ Diese Ausführungen waren für Schwarze „nichts weiter als eine *petitio principii*“.⁵⁶ Doch wollte Schwarze

„wenn auch nicht ein eigentliches Vertragsverhältnis, so doch ein vertragsähnliches Verhältnis annehmen u. darauf § 278 anwenden [...]. Aber auch auf Grund eines solchen Verhältnisses würde ich keineswegs eine allgemeine Verpflichtung des Verkäufers annehmen, für die Sicherheit der Kauflustigen in seinen Räumen einzustehen, sondern nur, daß er bei den auf die Vorbereitung eines Kaufabschlusses – diese selbst braucht nachmals nicht verwirklicht zu werden – und die Besichtigung der Waaren [sic] bezüglichen Maßnahmen den Kauflustigen Sicherheit für Leib u. Leben gewährleisten muß, so z.B. das vom BG. angezogene Beispiel der Verletzung mit einer Schußwaffe u. der hier zur Entscheidung stehende Fall. Wäre die Klägerin bei der Besichtigung der Rollen in Folge von Glätte des Fußbodens hingefallen, so würde ich keine Vertragshaftung annehmen u. nicht § 278, sondern nur § 831 für anwendbar halten. Daran würde m.E. gar nichts ändern, wenn der Kauflustige bei der selben Gelegenheit bereits vorher Waaren fest gekauft haben sollte, eine allgemeine Verpflichtung des Ladeninhabers, für die Sicherheit des in seinen Geschäftsräumen verkehrenden Publikums zu sorgen, besteht auf Grund Vertrags nicht.“⁵⁷

Damit widersprach Schwarze seinem Kollegen Meyer, der den Einkauf im Warenhaus als „ein einheitliches Vertragsverhältnis“ aufgefasst hatte, „das

⁵² Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Johannes von Schwarze vom 15. November 1911 (unpaginiert). Johannes von Schwarze (1849–1919), Reichsgerichtsrat seit 1899, biographische Angaben bei Schubert (Fn. 1), S. 94.

⁵³ Oben bei Fn. 39.

⁵⁴ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Johannes von Schwarze vom 15. November 1911 (unpaginiert).

⁵⁵ Oben bei Fn. 38.

⁵⁶ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Johannes von Schwarze vom 15. November 1911 (unpaginiert).

⁵⁷ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Johannes von Schwarze vom 15. November 1911 (unpaginiert).

spätestens mit dem Erwerb der ersten Ware beginnt u. mit dem Erwerb der letzten frühestens endigt“.⁵⁸ Der dritte der nicht unmittelbar beteiligten Richter, Friedrich Flad, stimmte Schlesinger und Schwarze mit nur einem Satz zu: „Ich trete dem bei, – nur daß ich nicht ein vertragsähnliches Verhältnis, sondern einen Vertrag des gekennzeichneten Inhalts annehmen möchte.“⁵⁹

Damit begann der Umlauf wieder bei denjenigen Richtern des engeren Senats, die bereits an der internen mündlichen Beratung teilgenommen hatten, deren Inhalt nicht überliefert ist. Von Ernst Rosenberg hatte Bericht-erstatte Meyer aus der mündlichen Beratung zunächst noch in Erinnerung, „Herr Kollg. Rosenberg wollte, wenn ich ihn recht verstanden habe, eine Haftung der Bekl. bejahen, wenn etwa die Klägerin beim Ausgang einen Unfall erlitten hätte.“⁶⁰ In seiner schriftlichen Reaktion auf Meyers zweite Anmerkung ging Rosenberg jedoch dahinter zurück. Zunächst teilte Rosenberg mit, er

„lehne ebenfalls die Konstruktion eines allgemeinen Vertragsverhältnisses, das dem Ladeninhaber die verkehrssichere Beschaffenheit der Verkaufsräume oder Zugänge zur Pflicht macht, mit RG Bd 74⁶¹ ab. Ebenso hat übrigens auch schon der VI[.] Senat eine Vertragspflicht zur Gewährung eines verkehrssicheren Ausganges und Geschäfts in einer öffentl. Verkehrsanstalt, wie der Post, verneint VI 151.09 – J.W[.] 1910, 4685.⁶² Dagegen nehme ich auch eine Haftung für Erfüllungshandlungen bei Kaufverträgen, oder Vorverträgen wie bei Kaufunterhandlungen, Vorzeigen von Waren zum Zweck des Verkaufs an.“⁶³

Mit seiner darauf folgenden Differenzierung, die schon Schwarze angedeutet hatte, illustrierte Rosenberg aber ungewollt, von welchen Zufällen die Entscheidung zwischen dem kundenfreundlichen vertraglichen Haftungsregime und dem relativ kundenunfreundlichen Deliktsrecht abhängen konnte:

„Ich würde eben die Haftung auf die Erfüllungshandlung selbst einschränken. Der Verkäufer haftet also für seinen Gehilfen, wenn dieser durch ungeschicktes Umgehen mit der vorgezeigten Ware, wie hier, den Kauflustigen beschädigt, gemäß § 278. Dagegen würde er, wenn dem Käufer bei der Besichtigung von Ware etwa aus einem Regal ein

⁵⁸ Oben bei Fn. 50.

⁵⁹ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Friedrich Flad vom 17. November 1911 (unpaginiert). Friedrich Flad (1869–1947), Hilfsrichter beim Reichsgericht seit 1910, Reichsgerichtsrat seit 1914, Senatspräsident seit 1927, biographische Angaben bei *Lobe*, Fünfzig Jahre Reichsgericht am 1. Oktober 1929, 1929, S. 348.

⁶⁰ Oben bei Fn. 30.

⁶¹ Siehe Fn. 40.

⁶² RG, Urteil vom 17. März 1910 – VI 151/09 – Schubert (Fn. 1), Jahrgang 1910, 2000, S. 402, VI. Senat, 1. Quartal Nr. 115 = JW 1910, 468 Nr. 5 = Das Recht 1910, 1922, 1953 = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1910, 196.

⁶³ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Ernst Rosenberg vom 19. November 1911 (unpaginiert). Ernst Rosenberg (1862–1939), Hilfsrichter beim Reichsgericht seit 1910, Reichsgerichtsrat seit 1912, biographische Angaben bei Schubert (Fn. 1), S. 91; Sterbedatum nach der Todesanzeige in der Personalakte Ernst Rosenberg, Bundesarchiv Berlin, R3002 PA Nr. 769, Band 1, Bl. 29.

anderes Warenstück auf den Kopf fällt, ohne daß dieser Vorgang mit dem Vorzeigen von Waren in Zusammenhang steht, nur aus § 831 BGB haften.“⁶⁴

Schwarze hatte wenigstens noch auf die „Glätte des Fußbodens“ abgestellt und damit ein klassisches Verkehrssicherungsproblem benannt, um es von Verletzungen bei der Besichtigung des potentiellen Kaufgegenstandes abzugrenzen.⁶⁵ Rosenberg unterschied aber einen potentiellen Kaufgegenstand, den der Kunde sich ansehen wollte, von einem anderen potentiellen Kaufgegenstand, den der Kunde noch gar nicht gesehen hatte, für den er sich aber ebenso hätte interessieren können.

3. *„Prinzipiell lehne ich also für den Verkäufer die Vertragshaftung ab“*

Ganz gegen eine Vertragshaftung sprach sich Paul Hankel aus, der dies offenbar schon in der mündlichen Beratung getan hatte, im Lichte der nun vorliegenden weiteren Äußerungen dabei blieb und dies mit zahlreichen Beispielen unterlegte:

„Ich kann auch jetzt eine allgemeine vertragliche oder vertragsähnliche oder vorvertragliche Pflicht des Verkäufers, für die Sicherheit der Kunden in seinen Räumen zu sorgen nicht annehmen. Bei dem Beförderungsvertrage ist die Sachlage m.E. abweichend; es reicht nicht aus, daß z.B. der Zug irgendwo in der Gemarkung Leipzig hält, sondern man muß von diesem Punkte aus ohne Gefahr auf die öffentlichen Verbindungswege gelangen können, sonst hat die ganze Beförderung keinen Zweck für den Reisenden. Auch bei dem Wirt ist der Aufenthalt in den Wirtschaftsräumen Vertragsinhalt; hier könnte man auch dem eintretenden Gaste gegenüber eine vertragsähnliche Verbindlichkeit annehmen, die ihm die Sicherheit des Aufenthalts ebenso gewährleistet, wie nach der Bestellung. Bei Ladengeschäften steht dagegen die Sache ganz anders. Der spätere Vertrag, das Kaufgeschäft, hat mit dem sicheren Verweilen ebenso wenig zu tun, wie das bei der Befragung eines Arztes, Rechtsanwalts etc. der Fall ist, für einen besonderen Vorvertrag auf Sicherheit fehlt m.E. jeder Anhalt. Unter besonderen Umständen kann es anders sein, z.B. würde ich bereit sein, den Waarenhausinhaber, der seinem Besucher ein Lesezimmer zur Verfügung stellt, für die Sicherheit in diesem Raume vertraglich haften zu lassen, natürlich ohne Rücksicht darauf, ob sie kaufen. Im allgemeinen aber wird der Verkäufer für die Sicherheit in seinem Lokal nur nach § 823, 831 BGB zu haften haben.“⁶⁶

Entscheidend war danach nicht die Beziehung zu dem einen oder anderen Kaufgegenstand, den der Kunde in Aussicht genommen hatte, sondern die Frage, was Vertragsinhalt sei. Gerade diese Unterscheidung hatte Meyer

⁶⁴ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Ernst Rosenberg vom 19. November 1911 (unpaginiert).

⁶⁵ Oben bei Fn. 57.

⁶⁶ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Paul Hankel vom 21. November 1911 (unpaginiert). Paul Hankel (1856–1929), Reichsgerichtsrat seit 1910, biographische Angaben bei Schubert (Fn. 1), S. 85, Sterbedatum nach der Personalakte Paul Hankel, Bundesarchiv Berlin, R3002 PA Nr. 331, Band 1, Aktendeckel.

freilich als „neben der Sache“ liegend verworfen.⁶⁷ Als strukturellen Nachteil sah Hankel die von ihm vertretene Beschränkung auf deliktische Ansprüche indes nicht an:

„M.E. läßt sich mit § 823 namentlich ziemlich weit kommen. Wir haben nämlich, VI 477/10, Urt. vom 9/10 11, eine Kirchengemeinde deswegen für haftbar erachtet, weil der Vorstand den Zustand der Grabsteine auf dem Friedhofe nicht kontrolliert hatte. Das geht m.E. weiter, als wenn man den Geschäftsinhaber für die Art der Lagerung seiner Waaren oder für die Art, in der sein Personal beim Vorzeigen verfährt, verantwortlich macht. Er hat seine Pflicht nicht schon dadurch erfüllt, daß er einen an sich geeigneten Dritten beauftragte.“⁶⁸

Auch Hankel plädierte damit wie Schwarze für eine Haftung des Warenhausinhabers wegen deliktischer Verletzung einer ihn selbst treffenden Verkehrssicherungspflicht. Überdies war ihm an einer abstrakten Regel gelegen, die unabhängig von „diesem besonderen Falle“ gelten sollte, für den es ihm schwer fiel, „eine Art Vertrag“ anzunehmen:

„Der Angestellte Wolff hatte die Kl. zum Sitzen aufgefordert, ihr also einen bestimmten Platz angewiesen, der sicher gewesen sein wird, und machte sich dann an das Herausholen der Rollen. Man könnte vielleicht nun eine Vertragspflicht annehmen, daß dies in ungefährlicher Weise zu geschehen hatte. Bedenken giebt[sic] es freilich auch hier, was folgt aus § 56 HGB, nach dem der Angestellte im Laden nur zu Verkäufen und Empfangnahmen ermächtigt ist, nicht zu anderen Verträgen. Man wird daher keinen mit Wolff abgeschlossenen Vertrag konstruieren können, sondern etwa auf den Gedanken des Herrn Kollegen v. Schwarze kommen, in Bezug auf die der Vorbereitung des Kaufgeschäftes und der Besichtigung der Waren dienenden Maßnahmen Vertragshaftung anzunehmen, dies aber allgemein und ohne Rücksicht auf den speziellen Fall.

Prinzipiell lehne ich also für den Verkäufer die Vertragshaftung ab und würde daher das Urteil [...] aufheben. Ev. schließe ich mich dem Votum des Herrn Kollegen v. Schwarze an.“⁶⁹

4. Die Gefahr einer Praxis contra legem

Fundamentale Kritik schlug Berichterstatter Meyer von seinem Kollegen Rudolf Bewer entgegen. Bewer störte sich einerseits an der gefühligen Argumentation des Berichterstatters, es müsse eine Haftung geben, vor allem aber an dem damit verbundenen Systembruch. Bewers Ton war so ungewohnt scharf und schonungslos, dass seine Anmerkung es verdient, hier fast ungekürzt wiedergegeben zu werden:⁷⁰

⁶⁷ Oben bei Fn. 41.

⁶⁸ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Paul Joseph Hankel vom 21. November 1911 (unpaginiert).

⁶⁹ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Paul Joseph Hankel vom 21. November 1911 (unpaginiert).

⁷⁰ Für die folgenden Zitate Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Rudolf Bewer vom 24. November 1911 (unpaginiert). Neben den hier durch Sperrdruck gekennzeichneten Unterstreichungen aus der ursprünglichen Fassung Bewers enthält dessen Anmerkung

„Herr RGR. Meyer will dem Rechts- u. Billigkeitsgefühl eine geeignete Brücke konstruieren, auf die man treten kann, *„sofern man die Notwendigkeit einer unbedingten Haftung des Geschäftsherrn anerkennt“*. – Sein Vorschlag steht ganz im Banne des Art. 1384 Satz 1 Code civil, dessen Prinzip der absoluten Haftung für Haftung [sic] von Personen, für die man einstehen muss, aber vom BGB in § 831 *ausdrücklich* positivrechtlich für *unerlaubte* Handlungen durchbrochen ist. Der Vorschlag trägt also die Gefahr in sich, eine Praxis *contra legem* einzuleiten.

Gewiss kann man zu einer unbedingten Haftung des Geschäftsherrn nach § 278 BGB. gelangen, wenn man Vorverträge, Nebenverträge konstruiert u. aus diesen die vertragliche Haftung des Geschäftsherrn für unerlaubte Handlungen seiner Angestellten ableitet. Aber solche Vorverträge, *wenn sie nicht klipp u. klar geschlossen sind*, vielmehr erst *konstruiert* werden müssen, verwirren m.E. die im Gesetze *positivrechtliche Scheidung* zwischen vertraglicher u. außervertraglicher Haftung des Geschäftsherrn. Die Anwendung des Gesetzes wird geradezu *unzuverlässig*, da kein Verlass darauf ist, daß die Gerichte bei der ihnen eröffneten *unbegrenzten Möglichkeit*, *aus der Sachlage* Vorverträge zu konstruieren, auch nur einigermaßen eine einheitliche Richtschnur innehalten werden.

Vorverträge, wie sie hier nach Meinung des Herrn Referenten konstruiert werden können, finden aber m.E. im *Bewusstsein u. im Willen* dieser Vor- und Nebenvertragsparteien *keinen Rechtsgrund*.

Herr RGR. Meyer gibt zu,

aus dem Wesen des Kaufvertrags lasse sich die unbedingte Haftung des Geschäftsherrn nicht ableiten, wohl aber sei sie abzuleiten aus der *Nebenverbindlichkeit* des Verkäufers, die dadurch entsteht, dass er den Antrag stelle, seinen Laden zum Zwecke des Kaufes zu betreten und dieser Antrag von dem Käufer angenommen wird, –

oder, wie er an anderer Stelle sagt, dass ‚mit dem zum Zwecke der Hervorbringung eines rechtsgeschäftlichen Erfolgs (eines Kaufes) gestellten Antrags [sic] der Klägerin, ihr Muster vorzuzeigen u. mit der Annahme dieses Antrags von dem [Ver-?] Käufer *angenommen* ein vorbereitender Vertrag oder ein *vertragsähnliches Verhältnis* entstanden ist‘.

Die Ausdrücke ‚Käufer u. Verkäufer‘ treffen nicht; höchstens kann man die Vertragsschließenden als kauf- und verkaufslustig bezeichnen.

Dann aber, was *wesentlich* ist: *Wohl keiner* ist sich *bewusst* u. *willens*, daß er, wenn er aus Kauflust einen Laden betritt u. Muster besichtigt, nunmehr einen Vorvertrag mit dem Ladenherrn abschliesst, wonach dieser ihm verspricht, für Verkehrssicherheit im Laden einzustehen, dass dem Kunden kein Schaden an Leib u. Eigentume zugefügt werde.

Wohl *weiss jeder*, dass er dort, wo für ihn eine Türe zum Eintritt offen gehalten u. wo er aufgefordert wird, ein Geschäft zu betreten u. Waren anzusehen, *sich in einem ihm eröffneten Verkehrsbereich* befindet u. daß er in solchen Geschäfts- u. Verkehrsräumen *ohne weiteres*⁷¹, dh. ohne dass zuvor ein Vorvertrag zu schliessen wäre, Verkehrssicherheit herrschen muss. Wer dort zu Schaden kommt, ruft *unwillkürlich* als selbstverständlich aus, solche Verkehrsgefährdung sei unverantwortlich u. *unerlaubt*, – aber in seinem Bewusstsein u. seiner Vorstellung wird sicherlich *nicht der Gedanke* rege,

weitere Unterstreichungen, die mit einem anderen Stift wohl nachträglich eingefügt wurden. Diese nachträglichen Unterstreichungen werden hier zusätzlich kursiviert. Rudolf Bewer (1855–1930), Reichsgerichtsrat seit 1910, biographische Angaben bei Schubert (Fn. 1), S. 80, Sterbedatum nach der Todesanzeige in der Personalakte Rudolf Bewer, Bundesarchiv Berlin, R3002 PA Nr. 56, Band 1, insoweit unpaginiert.

⁷¹ Die Worte „ohne weiteres“ sind bei Bewer doppelt unterstrichen.

solche Verkehrsgefährdung sei *vertragswidrig*, weil ja der Geschäftsherr mit ihm vorher – nach den Umständen, stillschweigend – *vereinbart* habe, für Verkehrssicherheit, – *sogar unentgeltlich* (schenkungsweise?) eintreten zu wollen.

Ich meine, solche den Tatsachen des Lebens u. des Verkehrs *widerstrebende Konstruktion* von Vorverträgen ist lebensunwahr u. rechtlich nicht haltbar.

Und wo soll mit solchen Konstruktionen Halt gemacht werden? Jede tatsächliche Abgrenzung würde fehlen u. man käme zu dem *tatbestandslosen allgemeinen Satze*, daß, wenn zwei Personen verhandeln, um ein Rechtsgeschäft abzuschließen, *für jeden die Pflicht entsteht*, ‚Sorgfalt für Gesundheit u. Eigentum des anderen Teiles zu beobachten‘.

Millionen von Menschen würden in *ungeahnten* u. *ungewollten* Vorvertragsverhältnissen stehen.

Und gänzlich käme die Praxis ins Haltlose, wenn man dem Referenten sogar schon ein blosses ‚vertragsähnliches⁷² Verhältnis‘ genügen liesse, um daraufhin den Geschäftsherrn für unerlaubte Handlungen seiner Angestellten nach Art der Vertragshaftung aus § 278 BGB. haften zu lassen.

Auf diesen Wegen ist allerdings das vom BGB. für unerlaubte Handlungen verworfene Prinzip des Art. 1384 C.c. wieder zu einem – m.E. *gesetzwidrigen* – *Dasein* zu erwecken.

Übrigens kann man im gegebenen Falle schon mit dem normalen Wege des § 831 BGB. zu einer Verurteilung der B^m gelangen. – Standen die Teppichrollen schräge, ohne Stütze, so daß sie haltlos rutschen, ausgleiten u. umstürzen konnten, so liegt eine mangelhafte Ladenvorrichtung vor u. soweit Vorkehrungen fehlten, um die aufgestellten Teppiche vor dem Fallen zu sichern, auch Fehlen der verkehrserforderlichen Gerätschaften. Auch § 823 kann die Verurteilung des B^m rechtfertigen, wenn Wolff nicht genügend unterwiesen war, wie er die Teppiche vorzeigen u. hinstellen sollte; auch mag geprüft werden, ob es der B^m bei gehöriger Aufsicht über seine Geschäftsangestellten entgehen konnte, daß Wolff [...] nicht wie ein normaler, ordentlicher u. gewissenhafter Verkäufer gehandelt hat, wenn er auch in früheren Fällen so wie hier verfahren ist.

Gelangt man auch mittels der §§ 831, 823 zu einer dem Rechtsgefühl gerecht werdenden Entscheidung, so sehe ich keinen Grund ein, diese *vertragsrechtliche* Streitfrage allerbedenklichsten Tragweite im *VI. Senat*, wohin diese Sache nur als *Irrläufer* gelangt ist (– Revisionsgrund rügt Verletzung des Vertragsrechts –) zu entscheiden.“

Rechtsfortbildung *contra legem* – deutlicher konnte *Bewer* sein Missfallen nicht ausdrücken. Bei *Bewer* klang zudem erstmals ein Argument an, das uns heute fremd erscheint, das aber für das erste Jahrzehnt der Geltung des BGB sehr typisch war. *Bewer* warf nämlich seinem Kollegen vor, einem älteren Rechtszustand zu folgen, den das BGB abgelöst hatte. Römisch-gemeines Recht, französisches Recht, preußisches Recht – das waren die großen territorialen Traditionen, mit denen die unmittelbar nach 1900 amtierenden Richter aufgewachsen waren und nach denen bis 1900 die Zuständigkeiten der Senate verteilt waren.⁷³ Hier war es der damalige Art. 1384 Code civil

⁷² Das Wort „vertragsähnliches“ ist bei *Bewer* doppelt unterstrichen.

⁷³ Zum Spannungsverhältnis zwischen territorialen Traditionen und einem einheitlichen obersten Gericht *Thiessen*, Unternehmenskauf und Bürgerliches Gesetzbuch. Die Haftung des Verkäufers von Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, 2005, S. 103 ff.; *Geyer*, Den Code civil „richtiger“ auslegen. Der zweite Zivilsenat des Reichsgerichts und das französische Zivilrecht, 2009, S. 15 ff., 213 ff., 347 ff.; *Löhnig*, Rechtsvereinheitlichung durch

(heute Art. 1242 Code civil), von dem Bewer sagte, Meyer stehe „ganz im Banne“ dieser Vorschrift und ihres Prinzips der absoluten Gehilfenhaftung: „On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.“ Nur auf den ersten Blick und aus heutiger Sicht erstaunlich war, dass Meyer beim Reichsgericht landsmannschaftlich als Bayer und nicht etwa als Badener geführt wurde, für den eine französisch-rechtliche Prägung auf der Hand gelegen hätte.⁷⁴ Der einzige nominell badische Richter (wenngleich gebürtiger Württemberger) im Senat, Friedrich Flad, war das jüngste Senatsmitglied, das nicht nur die kürzeste Anmerkung beisteuerte (abgesehen vom schriftlichen Schweigen des Senatspräsidenten Stephan Hoffmann), sondern auch über die kürzeste Praxis verfügte, zudem fast ausschließlich über Praxis unter der Geltung des BGB.⁷⁵ Doch stammte Meyer nicht aus dem heutigen Bayern, sondern aus Edenkoben in der – damals bayerischen – Rheinpfalz. Über seine universitäre Ausbildung gibt seine Personalakte leider keine Auskunft, doch hatte Meyer seine gesamte Justizlaufbahn in der bayerischen Rheinpfalz absolviert.⁷⁶ Der Vorwurf Bewers, Meyer hänge am rheinischen Recht, also am französischen Recht, war deshalb durchaus plausibel.

Umgekehrt erstaunt unter dem Gesichtspunkt der territorialen Prägung, dass die vier preußischen Senatsmitglieder, darunter Bewer, keine Affinität zur im preußischen Allgemeinen Landrecht beheimateten culpa in contrahendo zeigten. Keinen sichtbaren Einfluss hatte auch, dass Bewer zwei Semester in Wien studiert hatte.⁷⁷ Dort war freilich die gesetzliche Situation ähnlich punktuell wie im BGB. Im Jahr des Linoleumrollen-Falls feierte zwar der Wiener Ordinarius Moritz Wellspacher das ABGB-Jubiläum mit einem Bekenntnis zur culpa in contrahendo: „In dem ABGB. findet sich zwar kein allgemeiner Grundsatz dieser Art, aber wir handeln gewiß im Sinne des Gesetzes, wenn wir die einzelnen Anwendungsfälle (§§ 878, 866, 248, 869) als Ausfluß eines allgemeinen Gedankens betrachten.“⁷⁸ Doch erst vier Jahre nach Bewers Tod las man im führenden ABGB-Kommentar, eine

Rechtsbindung. Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen 1879–1899, 2012, S. 9 ff., 61 f., 96 ff.

⁷⁴ *Lobe* (Fn. 59), S. 373.

⁷⁵ Wie Fn. 59.

⁷⁶ Personalakte Theodor Meyer (Fn. 11), Band 1, Personalbogen (unpaginiert). Danach bekleidete Meyer Positionen im Bezirksamt Neustadt, in den Amtsgerichten Kaiserlautern und Ludwigshafen, in den Landgerichten Landau, Frankenthal und Zweibrücken sowie im dortigen Oberlandesgericht.

⁷⁷ Zu Bewers Studien in Tübingen, Wien und Berlin Personalakte Rudolf Bewer (Fn. 70), Band 5, Bl. 5, 9, 12–20.

⁷⁸ *Wellspacher*, in: Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, 1911, S. 173, 197. Zu Wellspacher *Ehs/Olechowski/Staudigl-Ciechowicz*, Geschichte der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät: 1918–1938, 2014, S. 351 ff.

„vorsichtige analoge Anwendung“ auf andere Fälle als die gesetzlich geregelten sei „empfehlenswert“; es liege „nahe, die Haftung für culpa in contrahendo zum Prinzip zu erheben“, namentlich in Fällen, „wo es zu gar keinem Verträge kommt, sondern bei den Vorverhandlungen die eine Partei die andere schädigt“.⁷⁹ Auch Heinrich Dernburgs Berliner Vorlesung zur „Praxis des römischen und heutigen Privatrechts“ hatte Bewer offenbar nicht für das seinerzeit hochumstrittene Institut eingenommen.⁸⁰

Ähnlich empfand dies wohl Bernhard Schaffeld, der noch in Halle gleichfalls bei Dernburg gehört hatte⁸¹ und der im Umlauf zum Linoleumrollen-Fall am deutlichsten aussprach, dass die culpa in contrahendo im Vertragsrecht des BGB keinen Platz haben sollte⁸². Schaffelds gesamte Anmerkung war kaum weniger heftig als diejenige von Bewer, den Schaffeld als Referenz benannte:

„Ich kann mich nur von ganzem Herzen den Ausführungen des Herrn Kollegen Bewer anschließen. Ich verneine ein Vertragsverhältnis sowohl, was die Gewährung des Aufenthalts in den Geschäftsräumen, als was die nähere Vorbereitung eines beabsichtigten Kaufgeschäftes betrifft (Vorlegung der Waren etc), ich möchte nur darauf aufmerksam machen, daß, was für Vertragsabschlüsse mit körperlichem Substrat (Handel um Waren etc) gilt, auch gelten soll, dann auch von allen anderen Vertragsverhandlungen (Versicherungsverträge, Gesellschaftsverträge etc) gelten müsste, und daß auf diese Weise die culpa in contrahendo als vertragsmäßige Haftung schlechterdings wieder in das BGB hineininterpretiert und mit ihr zugleich eine ausgedehnte Haftung für fahrlässige Vermögensbeschädigung geschaffen wird. Ein solcher Vertrag, wie ihn die Herren Kollegen wollen, ist nichts als eine Fiktion. Etwas, was nun einmal nicht ist, soll so angesehen werden, als ob es sei. Dies ist aber nicht Sache der Rechtsprechung. Auf den Weg, für Fälle der vorliegenden Art aus dem Verkehrsbedürfnis heraus eine Verpflichtung des Warenhausinhabers auszusprechen, daß er dafür Sorge zu tragen hat, daß die Teppiche oder Warenballen oder sonstige in den Räumen befindliche Gegenstände, mit welchen von den Angestellten handirt[sic] werden muß, nicht gefährlich werden können, ist schon bei der ersten Beratung hingewiesen worden. Er wird m.E. ausreichen, für alle Fälle, wo es wirklich not tut, eine Haftung des Geschäftsinhabers für den Unfall zu ergeben, sei es aus § 823 (Versäumnis von Vorkehrungen) sei es aus § 831 (Beschaffung von Gerätschaften).“⁸³

⁷⁹ *Gschmitzer*, in: Klang (Hrsg.), Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band II/2, 1934, § 878 Anm. II5b, S. 177, unter Hinweis auf *Stoll*, LZ 1923, Sp. 532–548; keine dahingehenden Aussagen bei *Cramer*, in: Stubenrauch (Begr.), Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Band 2, 8. Aufl. 1903, § 878 Anm. III, S. 36; *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Aufl. 1928, Band 2, § 315 IV, S. 160; keine entsprechende Judikatur zu §§ 874, 878 bei *Schey*, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, 21. Aufl. 1926.

⁸⁰ Zu Dernburgs Position *Giario* (Fn. 25), S. 118 f.

⁸¹ Personalakte Bundesarchiv Berlin, R3002 PA Nr. 831, Band 3, Bl. 4v.

⁸² Oben bei Fn. 28.

⁸³ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Bernhard Schaffeld vom 24. November 1911 (unpaginiert).

Neben der gesetzgeberischen Entscheidung gegen die culpa in contrahendo bemühte Schaffeld hier also noch das Reizwort „Fiktion“⁸⁴, um Meyer deutlich zu machen, dass er als Richter seine Kompetenzen überschreite.

5. *Das Vertrauen wird erweitert*

Bevor Meyer sich abschließend gegen die Vorwürfe des Judizierens contra legem verwahrte, versuchte Karl Goldmann, als Württemberger in einer neutralen Position, zwischen den Kollegen zu vermitteln. Auf der einen Seite standen die Preußen, die ‚ihre‘ culpa in contrahendo preisgegeben hatten; auf der anderen Seite der Rheinpfälzer, der vorgeblich noch „ganz im Banne“ des Code civil stand. Bezeichnenderweise verwies Goldmann auf einen preußisch-rechtlichen Präzedenzfall von 1891, wenngleich dieser nicht auf den ALR-Vorschriften zur culpa in contrahendo beruhte, und er hielt die seinerzeit gewählte Konstruktion auch unter dem BGB für tragfähig:

„Auf eine derart abschüssige Bahn, wie sie die Hl. Kollegen Dr. Bewer und Schaffeld warnend in Aussicht stellen, möchte ich die Rechtsprechung auch nicht geführt wissen. Aber das geschieht m.E. noch nicht damit, daß man in Fällen der vorliegenden Art eine vertragliche Sorgfaltspflicht annimmt. Eine solche besondere Verantwortlichkeit wird sich nach Umständen aus gewissen mit einem Vertragsverhältnisse in Zusammenhang stehenden oder auf ein solches abzielenden Beziehungen zweier Personen ergeben können auch wenn der Vertrag selbst noch nicht fest abgeschlossen ist; oder auch aus einem Neben- bzw. Vorvertrage. Durch Beziehungen dieser Art können an sich rechtlich indifferente Handlungen einen rechtlichen Inhalt gewinnen. Aus dem gleichen Rechtsgedanken hat zB. schon ein Urteil des Reichsgerichts vom 31. Juni 1891 – der allerdings einen Pr. landrechtlichen Fall betrifft Entsch. Bd. 27 N. 28 S. 120 f.⁸⁵ bei einer bestehenden Geschäftsverbindung die Haftung für fahrlässige Auskunftserteilung hergeleitet: ‚tatsächliche Vorgänge werden nicht nur, insoweit sie Abschluss und Erfüllung von Geschäften betreffen, zu rechtlich wirksamen, sondern es erstreckt sich dies auch auf gewisse zur Vorbereitung von Rechtsgeschäften vorgenommenen Handlungen insbesondere auf Empfehlung etc.‘ Vorliegend handelt es sich nicht um eine dauernde Geschäftsverbindung aber doch um eine geschäftliche Berührung, die durch die Vorbereitung eines Kaufabschlusses und zwar *durch in Gestalt von Leistungen* entstand, die der Verkäufer zu diesem Behufe dem Kunden gegenüber vorzunehmen hatte (darauf daß hier bereits ein Kauf (über andere Gegenstände) fest abgeschlossen worden war, würde auch ich kein erhebliches Gewicht legen[.]

Nun könnte man wohl auch auf dem Boden des bestehenden Rechts eine nach Vertragsgrundsätzen zu beurteilende Rechtspflicht des Verkäufers – Ladeninhabers – zu besonderer Sorgfalt gegenüber Leib und Leben eines Kunden (übrigens wohl auch gegenseitige Verkehrspflicht beider hinsichtlich der Eigentümer des anderen) insoweit annehmen, als es sich um Besichtigung, Vorlegung, Prüfung bestimmter Kaufgegenstände handelt. Ob man hier einen besonderen Vertrag konstruieren [sic] oder, wie vielleicht eher zulässig, ein vertragsähnliches Verhältnis, einen Reflex des im Gange befindlichen Kontrahirens [sic], das mit dem Vertragsoffert und den Unterhandlungen eingeleitet ist, annehmen soll, kann freilich zweifelhaft sein; – rechtlich unmöglich

⁸⁴ Dazu *Haferkamp*, FS Horn, 2006, S. 1077, 1978 ff.

⁸⁵ RG, Urteil vom 31. Januar 1891 – I 254/90 – RGZ 27, 118–128.

dürfte weder das eine noch das andere sein. Die gesteigerte Haftung eines Ladeninhabers auch gemäß § 278 BGB scheint mir der allgemeinen Rechts- und Verkehrsauffassung für Fälle dieser Art zu entsprechen. Der nicht rechtskundige Kaufliebhaber, der sich Waren vorlegen läßt, mag sich allerdings der eigentlichen Bedeutung des Verhältnisses als eines vertraglichen nicht *klar* bewußt sein; aber wenn er dabei durch ungeschickte Handhabung seitens des Verkäufers oder seines Ladendieners verletzt wird (wie in den Beispielen des geladenen Revolvers, der herabgeworfenen Platten), dann wird nicht nur der Verletzte selbst voraussetzen, sondern auch der dritte Unbeteiligte es wohl als recht und billig ansehen, daß für die Folgen ‚das Geschäft‘, ‚die Firma‘, also der Geschäftsinhaber, Prinzipal aufzukommen habe. Und man wird die Sache eben aus dem Grund so und anders, als bei dem Unfall eines beliebigen Dritten ansehen, weil es ein Kunde war, der im Begriffe stand, eine Ware zu kaufen und dem gegenüber hierbei eine besondere Rücksichtnahme geboten war auch schon vor dem Kaufabschlusse. Dennoch würde ich für den vorliegenden Falle den Angestellten als Erfüllungsgehilfen des bekl. Warenhauses in Ansehung des Vorzeigens der zu kaufenden Linoleumrolle betrachten; dagegen es für nicht angezeigt halten, darüber hinausgehend einen Grundsatz aufzustellen[.]“⁸⁶

Soweit Goldmann im zweiten Absatz seiner Anmerkung eine Haftung auch nach dem BGB akzeptierte, hielt er sich im Rahmen dessen, was Meyer vorgegeben hatte. Die Kaufabsicht war schutzwürdig, der bloße Aufenthalt nicht.⁸⁷ Interessanter war das Präjudiz zum alten Recht, das Goldmann zitierte, um es in das neue Recht hineinzuretten. Im Urteil vom 31. Januar 1891 hielt der I. Zivilsenat des Reichsgerichts eine Haftung eines Anlagerbers für möglich, der im Rahmen einer laufenden Geschäftsverbindung empfohlen hatte, Aktien der Dortmunder Union-Brauerei zu kaufen, deren Kurs bald darauf aber verfiel.⁸⁸ Eine Norm für eine solche Haftung gab es auch im ALR nicht, doch war der Senat sichtlich daran interessiert, die kurze Verjährung des außervertraglichen Anspruchs (I.6 § 54 ALR) durch die längere Verjährung für den „Nichtgebrauch eines Rechts“ zu ersetzen (I.9 § 546 ALR). Nicht allein die von Goldmann zitierte Passage war bemerkenswert. Andere Aussagen des Urteils postulierten eine starke Rechtsfortbildungsfunktion von Wissenschaft und Rechtsprechung auf der Grundlage von Treu und Glauben:

„Wengleich nämlich eine Geschäftsverbindung zweier Personen an sich zunächst nichts Anderes ist als das zufällige Nebeneinanderbestehen von Geschäften, welche diese Personen miteinander abgeschlossen haben und einander gegenüber erfüllen, so bildet sich doch durch die häufige geschäftliche Berührung und die Erkenntnis, daß es für beide Teile nur vorteilhaft sein kann, einander entgegenzukommen, ein Vertrauensverhältnis

⁸⁶ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Karl Goldmann vom 25. November 1911 (unpaginiert). Karl Goldmann (1848–1917), Reichsgerichtsrat seit 1900, biographische Angaben bei Schubert (Fn. 1), S. 84. Über Goldmanns Studienzeit ist seiner Personalakte beim Reichsgericht nichts zu entnehmen, Personalakte Karl Goldmann, Bundesarchiv Berlin, R3002 PA Nr. 279.

⁸⁷ Oben bei Fn. 38–44.

⁸⁸ Zum folgenden RG, Urteil vom 31. Januar 1891 – I 254/90 – RGZ 27, 118–128, für die Zitate S. 121 f., zur Verjährung S. 124. Zum Kontext der Entscheidung *Giario* (Fn. 25), S. 120 f., 131 f.; *Thiessen* (Fn. 73), S. 133 f. mit Fn. 270.

aus, in welchem die Wahrung von Treue und Glauben in erhöhtem Maße und in weite-rem Umfange, als im Verkehre zwischen einander fremd gegenüberstehenden Personen zur notwendigen Übung wird. Nicht nur der Abschluß und die Erfüllung der einzelnen Geschäfte, sondern die ganze Geschäftsverbindung wird von Treue und Glauben beherrscht, und dadurch kommt es, daß Handlungen, welche, abgesehen von dieser Verbindung der Handelnden, als rechtlich indifferente Thatsachen erscheinen, einen rechtlichen Inhalt gewinnen können.“

Den Gesetzgeber, der sich zeitgenössisch nur an einer Stelle mit einem solchen besonderen Vertrauensverhältnis auf laufender Geschäftsverbindung beschäftigt hatte (Art. 323 ADHGB, § 362 HGB), brauchte das Reichsgericht nicht:

„Allein aus dieser Beschränkung der Anerkennung auf einen einzelnen Fall ist ein Schluß darauf, daß die Geschäftsverbindung in anderen Fällen keine rechtliche Bedeutung habe, umso weniger zu ziehen, als derartige Verhältnisse überhaupt sich nur schwer genau formulieren lassen und sich darum einer Regelung durch Gesetz entziehen. Der Doktrin und der Judikatur bleibt es überlassen, die Anwendung jenes Rechtsgedankens auf das einzelne Rechtsverhältnis nach Voraussetzung und Wirkung zu untersuchen und festzusetzen.“

Im Anschluss folgte die von Goldmann zitierte Stelle, die dann – insoweit von Goldmann nicht wörtlich zitiert, sondern für den Linoleumrollen-Fall modifiziert – in ein Bekenntnis zu einer weitgehenden Vertrauenshaftung mündete:

„Thatsächliche Vorgänge werden nicht nur, insoweit sie Abschluß und Erfüllung von Geschäften betreffen, zu rechtlich wirksamen, sondern es erstreckt sich dies auch auf gewisse zur Vorbereitung von Rechtsgeschäften vorgenommene Handlungen, insbesondere auf Empfehlungen und Auskunftserteilungen. Der Bereich, innerhalb dessen die Kontrahenten des einzelnen Geschäftes sich unter rechtlich realisierbarem Präjudize Vertrauen schenken dürfen, wird erweitert. Vorgänge, welche unter Fremden an sich indifferent sein würden, werden wie Rechtsgeschäfte bzw. als solche behandelt. Der Geschäftsfreund empfängt die Mitteilung des Geschäftsfreundes in der Überzeugung, daß diesen bei Erteilung derselben kein Verschulden trifft, bzw. daß er für ein begangenes Versehen haftbar ist, und der andere Geschäftsfreund weiß, daß der erstere seine Mitteilung in diesem Sinne auffaßt, und daß er sie in Treue und Glauben so auffassen darf.“

Was hier von Aufklärungspflichten unter Geschäftsfreunden gesagt war und mit zahlreichen älteren Präjudizien gestützt wurde, musste Goldmann nun nur noch auf vertraglich fundierte Verkehrssicherungspflichten zwischen Warenhausinhaber und Kunden übertragen. Der Kunde erhält Ware vorgelegt in der Überzeugung, dass den Warenhausinhaber oder dessen Gehilfen bei der Vorlegung kein Verschulden trifft bzw. dass er für ein begangenes Versehen haftbar ist, und der Warenhausinhaber weiß, dass der Kunde die Vorlegung in diesem Sinne auffasst und dass er sie nach Treu und Glauben so auffassen darf. Hatte das Reichsgericht 1891 noch die Regel aus I.13 §§ 220, 221 ALR, dass für entgeltliche Empfehlung ausnahmsweise auch bei leichter Fahrlässigkeit gehaftet werde (vgl. § 675 Abs. 2 BGB, § 676 BGB a.F.), auf die unentgeltliche Empfehlung bei laufender Geschäftsverbindung ausgedehnt,

wollte Goldmann eine Haftung auch für den Fall, dass der Kunde „durch ungeschickte Handhabung seitens des Verkäufers oder seines Ladendieners verletzt wird“, ohne dass eine laufende Geschäftsverbindung besteht. Von I.5 §§ 284, 285 ALR, der eigentlichen Regel zur Haftung für Pflichtverletzungen „bey Abschließung des Vertrags“, war keine Rede. Hätte Goldmann darauf rekurriert, dann hätte dies den Einwand von Reichsgerichtsrat Schaffeld bestätigt, „daß auf diese Weise die culpa in contrahendo als vertragsmäßige Haftung schlechterdings wieder in das BGB hineininterpretiert und mit ihr zugleich eine ausgedehnte Haftung für fahrlässige Vermögensbeschädigung geschaffen wird“.⁸⁹ Viel leichter war es, mit dem I. Zivilsenat von 1891 zu sagen: „Der Bereich, innerhalb dessen die Kontrahenten des einzelnen Geschäftes sich unter rechtlich realisierbarem Präjudize Vertrauen schenken dürfen, wird erweitert.“

6. Die Kollegen sehen Gespenster

Berichterstatter Meyer konnte danach seinen Opponenten Bewer und Schaffeld selbstbewusst gegenüberreten:

„H. Koll. Bewer, dem sich auch H. Koll. Schaffeld angeschlossen hat, sieht zum Teil Gespenster; zum Teil beruht seine Entgegnung auf einer mißverständlichen Auffassung meiner Ausführungen. Wenn er aber Verträgen oder Vorverträgen ‚die nicht klipp u. klar geschlossen sind, vielmehr erst konstruiert werden müssen‘ Leben u. gesetzliche Geltung abspricht, so befindet er sich in einem rechtlichen Irrtum. Tausendfältig bringt der geschäftliche Verkehr Rechtsverhältnisse mit sich, die ~~nur~~ als Vorverträge (wenn man nur die im Gesetz besonders geregelten Rechtsgestaltungen als ‚Verträge‘ gelten lassen wollte) oder Vertragsverhältnisse angesehen werden können müssen, ohne daß sie ‚im Bewußtsein u. Willen‘ der Parteien wurzeln.“⁹⁰

Ein Abstimmungsergebnis ist der Akte nicht zu entnehmen. Doch setzte Meyer sich letztlich durch. Das Urteil entspricht ganz der Auffassung, die er von Anfang an vertreten hatte, dass nämlich zwischen dem Warenhausinhaber und dem kaufinteressierten Kunden eine Art ‚Warenvorzeigevertrag‘ zustande gekommen war.

Auf dieser Grundlage konnte auch der Verkaufsgestellte Wolff der Kommanditgesellschaft A. Jandorf & Co. zugerechnet werden. Da für Meyer „hier die vertragliche Haftung der Bekl. außer Zweifel“ stand, hielt er § 278 BGB nach Wortlaut und Zweck für anwendbar:

„Die ratio legis des § 278 trifft auch deutlich zu. Bedient sich der Geschäftsherr zur Erfüllung von rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten, die der Vertragsgegner mit ihm selbst eingeht, eines Gehilfen, so ist es durchaus in der Ordnung, daß er dessen Ver-

⁸⁹ Oben bei Fn. 28.

⁹⁰ Prozesakte (Fn. 1), abschließende Anmerkung Theodor Meyer, ohne Datum (unpaginiert).

schulden wie eigenes vertritt, die Gefahr für Versehen des Gehilfen selbst trägt u. sie nicht mit Hilfe eines Entlastungsbeweises auf den schuldlosen Vertragsgegner überwälzt.“⁹¹

Oder kürzer: „Der Gedanke des § 278 ist doch der, daß derjenige, dem gegenüber eine Leistung anstatt von dem Verpflichteten selbst, von einer Person, die ihn vertritt, vorgenommen wird, ebenso gestellt werden soll, als wenn der Verpflichtete selbst die Leistung bewirkte.“⁹² Damit stand der ungeliebte § 831 BGB einer Haftung des Warenhausinhabers nicht mehr im Weg; Vertrag und Delikt waren *lege artis* getrennt. Meyer musste nur noch das Verhalten des Verkäufers Wolff unter das tatbestandliche Verschuldens-erfordernis subsumieren:

„Ohne Rechtsirrtum hat das BG. ein Verschulden des Wolff angenommen. Aus der Tatsache, daß die Rollen umgefallen sind, geht ohne weiteres hervor, daß er sie ungeschickt beiseite gestellt hat. Ansonst [sic] wären sie nicht umgefallen. Einen Gegenbeweis gegen diesen *prima facie*-Beweis hat die Bekl. nicht geführt. Hätte Wolff die Rollen schräg angelehnt, in die Nische oder die Ecke zurückgestellt, so wäre das Unglück nicht passiert.“⁹³

7. „Solche Beispiele lassen sich leicht vervielfältigen“

Der Sachverhalt des Linoleumrollen-Falls war im Tatsächlichen banal. Dennoch überboten die Richter einander darin, vergleichbare Fälle zu bilden oder in Erinnerung zu rufen, die vermeintlich eindeutiger als der zu entscheidende Fall die Notwendigkeit einer Haftung belegten oder eine Haftung ausschlossen und die nur zum Teil in die Urteilsbegründung eingingen. Der Aufwand für diese geradezu angelsächsischen *distinctions* war vergleichbar demjenigen für die rechtliche Begründung. Neben den bereits an anderer Stelle zitierten Fällen, die für die systematische Abgrenzung von Vertrag und Delikt herangezogen wurden, präsentierte Berichterstatter Meyer eine Vielzahl von Beispielen, die wiederum zum Teil bereits entschieden worden waren, die er zum Teil aber auch eigens für den Umlauf im Senat erfand:

„Das B.G. hat schon auf das oft gebrauchte Beispiel hingewiesen, daß der Verkäufer beim Vorzeigen einer Waffe den Kaufliebhaber verletzt. Solche Beispiele lassen sich leicht vervielfältigen. Man denke an das Vorzeigen oder Vorlegen von Spielwaren, Kostproben; von eisernen Trägern, Brettern, die umfallen oder rutschen u.s.f.“⁹⁴

Beim Vorbringen dieser Beispiele verließ sich Meyer nicht nur auf sein Gedächtnis, sondern dürfte vor allem auf das interne „Nachschlagewerk des

⁹¹ Prozessakte (Fn. 1), Votum Theodor Meyer vom 16. August 1911 (Bl. 29v).

⁹² Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Theodor Meyer vom 5. November 1911 (unpaginiert).

⁹³ Prozessakte (Fn. 1), Votum Theodor Meyer vom 16. August 1911 (Bl. 29v).

⁹⁴ Prozessakte (Fn. 1), Votum Theodor Meyer vom 16. August 1911 (Bl. 28v–29). Siehe bereits oben bei Fn. 57.

Reichsgerichts“ zurückgegriffen haben, das ihm alle einschlägigen Entscheidungen erschloss:

„Ich erinnere mich auch **bestim** ziemlich bestimmt, daß der Senat ein Vertragsverhältnis angenommen hat, wo bei Kaufverhandlungen der Käufer zu Schaden kam, weil schlecht gesicherte Eisenträger ins Rutschen gerieten, kann aber das Urteil nicht mehr finden. Wenn der III. Senat ein Vertragsverhältnis **am** zugrundelegt, wo der Gast, der in die Wirtsstube einkehren will, auf dem Gang zu dem zunächst aufgesuchten Abort verunglückt (III 412/10), oder wo er im Fahrstuhl zum Ballsaal nach unentgeltlichem Eintritt in das Etablissement verletzt wird (III 497/03), so geht er noch weiter. Heranzuziehen ist auch die Sache VI 295/09⁹⁵: Der Vertrag ist dadurch zustande gekommen, daß der Klg. seine Pferde in den Stall eingestellt hat, den der Wirt den Einkehrenden unentgeltlich zur Verfügung gestellt hat.“⁹⁶

Eingestimmt durch diese Präjudizien, konnte Meyer in großer Ausführlichkeit

„folgende Beispiele anfügen:

- I. Eine Frau besucht zur Ergänzung ihres Porzellans mit ihrem Dienstmädchen, das die Muster trägt, ein Porzellengeschäft u. fragt nach dem ihr als verlässig [sic] bekannten Inhaber, wird aber, weil dieser nicht frei ist, an einen Angestellten verwiesen, der sehr tüchtig sei.
 1. Sie bezeichnet dem Angestellten eine Platte, die sie ansehen wolle. Beim Herabholen von dem Gestelle, auf dem das Porzellan sitzt, fällt die Platte durch das Ungeschick des Angestellten u. beschädigt die Käuferin.
 2. Sie kauft zunächst Teller u. Tassen u. will sich dann eine Platte vorzeigen lassen. Dabei wird sie verletzt.
 3. Sie bezeichnet auf dem Gestell eine Platte mit der Erklärung, daß sie diese fest nehme, u. eine Platte, die sie ansehen wolle. Beim Herabholen fallen die Platten; die Käuferin wird verletzt.
 4. Sie weist ihr Mädchen an, dem Angestellten beim Herabholen des Geschirrs, das sie sehen will, behilflich zu sein. Das Mädchen läßt einen [-...] Stoß Teller fallen. Nach der Ansicht, die die Revision vertritt, ist in den Fällen 1, 2 der Geschäftsherr, im Fall 4 die Käuferin frei, wenn sie den Entlastungsbeweis für den Angestellten oder das Mädchen führen können. Nach meiner Meinung geht dies gegen jedes Rechtsempfinden. Im Fall 3 käme es darauf an, durch welche Platte die Käuferin verletzt wurde. Geschah es durch die Platte, die sie fest gekauft hatte, so ist das Verschulden bei der Übergabe begangen worden, u. der Geschäftsherr haftet aus § 278; andernfalls nur aus § 831!
- II.1. Ein Käufer läßt sich von dem Vertreter des Kunsthändlers ein Bild, das er erwerben will, von der Wand abhängen u. wird dabei verletzt.
2. Ein Kunstfreund läßt sich in der Gallerie [sic] eines Sammlers, der den Diener beauftragt hatte, jenem gefällig zu sein, ein Bild zur genauen Besichtigung von der Wand holen u. wird dabei verletzt.

⁹⁵ RG, Urteil vom 26. Mai 1910 – VI 295/09 – Schubert (Fn. 1), Jahrgang 1910, S. 423, VI. Senat, 2./3. Quartal Nr. 79 = Schubert/Glückner (Fn. 1), S. 274, § 278 Nr. 67 = Warneyers Jahrbuch 1910, 275–277 Nr. 265 = JW 1910, 756 = Das Recht 1910, Nr. 2490. Für die beiden zuvor von Meyer genannten Entscheidungen siehe Fn. 42.

⁹⁶ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Theodor Meyer vom 5. November 1911 (unpaginiert).

Sollte es möglich sein, die Haftung des Geschäftsherrn in beiden Fällen gleichzubehandeln?⁹⁷

Ja, es sollte möglich sein. Und es sollte nach Meyers gegen Bewer⁹⁸ gerichtetem Schlusswort⁹⁹ auch möglich sein bei

„Verträgen oder Vorverträgen ‚die nicht klipp u. klar geschlossen sind, vielmehr erst konstruiert werden müssen‘ [...], ohne daß sie ‚im Bewußtsein u. Willen‘ der Parteien wurzeln. Hier wenige Beispiele.

Der Kaufmann schickt mir, weil ich mich in seinem Laden zum Kauf nicht entschließen kann, *mit meiner Zustimmung* Stoffe zur Ansicht ins Haus. Beim Zurückbringen läßt sie mein Dienstmädchen in den Schmutz fallen. Ich hafte für mein Dienstmädchen, obwohl weder eine Leihe, noch ein Verwahrungsvertrag vorliegt, jedenfalls ein solcher oder ein anderer Vertrag nicht ‚klipp u. klar‘ geschlossen ist.

Der Händler, bei dem ich Tapeten u. Vorhänge kaufen will, sendet mir, um meine Räume abzumessen, seinen Gehilfen. Dieser beschädigt dabei die Wand oder ein kostbares Gefäß. Der Prinzipal haftet doch zweifellos für ihn.

Der auswärtige Rechtsanwalt, den ich um meine Vertretung angegangen habe, antwortet mir, er erwarte mich an einem bestimmten Tage zur Rücksprache, ob er das Mandat übernehmen könne. Ich reise hin. Er hat die Sache vergessen u. ist abwesend. Er haftet mir doch für die Reisekosten u. für seinen Gehilfen, der mir etwa einen falschen Tag bezeichnet hat.

In keinem dieser Fälle ist es ‚in das Bewußtsein u. den Willen‘ der Parteien gedrungen, einen ‚Vertrag‘ zu schließen.“

Und doch sollte es laut Meyer in allen diesen Fällen eine vertragliche oder zumindest vorvertragliche Haftung geben.

V. Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung

Bei seiner Grazer Ehrenpromotion zählte Claus-Wilhelm Canaris „zu den legitimen Mitteln der Rechtsfindung auch die sogenannte Eigenwertung des Richters“. ¹⁰⁰ Ausgehend von der Beobachtung, dass „bekanntlich nicht alle Juristen in allen Fällen zu den gleichen Werturteilen gelangen“, unterschied Canaris die Situation, „daß der Richter de facto mitunter zur Eigenwertung als einem bloßen Notbehelf Zuflucht nehmen muß, weil er trotz intensivsten Bemühens kein irgendwie geartetes ‚objektives‘ Kriterium gefunden hat und den Prozeß ja nun einmal zu Ende bringen muß“, von seiner eigenen

⁹⁷ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Theodor Meyer vom 5. November 1911 (unpaginiert).

⁹⁸ Oben bei Fn. 70.

⁹⁹ Für die folgenden Zitate Prozessakte (Fn. 1), abschließende Anmerkung Theodor Meyer, ohne Datum (unpaginiert), daraus zum Teil ausführlicher zitiert bereits oben bei Fn. 90.

¹⁰⁰ Canaris, Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung. Ehrenpromotion des Herrn o. Univ.-Prof. Dr. Claus-Wilhelm Canaris, Ordinarius am Institut für Bürgerliches Recht und Zivilprozeßrecht der Universität München, zum Doktor der Rechtswissenschaften, Grazer Universitätsreden 50, 1993, S. 23.

„Gegenposition“, „wonach es ‚eigentlich‘, d.h. idealiter, grundsätzlich nur eine einzige richtige Lösung gibt“.¹⁰¹ Richtigkeit gründe sich „auf die Kraft der Begründung“. Richtig sei „demgemäß eine richterliche Entscheidung dann, wenn für sie bessere Argumente als für die Gegenansicht sprechen. Das dürfte der Auffassung entsprechen, die die meisten Juristen – zumindest intuitiv – von der richterlichen Tätigkeit hegen.“¹⁰²

Die Prozessakte zum Linoleumrollen-Fall ist reich an Sätzen, mit denen die Richter das „richtige“ Ergebnis herbeiredeten – was nicht bedeutet, dass sie sich über die „richtige Lösung“ einig waren. Schon Berichterstatter Theodor Meyer gestand dies ungeachtet seiner selbstbewussten Ableitungen ganz deutlich ein: „Unwillkommen ist es freilich, **aber** daß man, um dem richtigen Recht zum Erfolg zu verhelfen, zu gekünstelten Konstruktionen greifen muß, wie es unverkennbar diese Nebenverträge oder vertragsähnlichen Verhältnisse sind.“¹⁰³

Richtiges Recht, dem zum Erfolg verholfen werden müsse; mit gekünstelten Konstruktionen, die unwillkommen, aber gleichwohl anzuwenden seien – ist das richterliche Tätigkeit? Entwaffnend offen wie in seinem ersten Votum äußerte sich Meyer auch in seinem zweiten Vermerk, der die Ergebnisse der ersten Beratung bündelte und die weitere Diskussion anstieß:

„Die Hauptfrage scheint mir die zu sein: Entspricht es dem Rechts- u. Billigkeitsgefühl, daß in Fällen wie der [sic] vorliegende der Geschäftsherr sich aus § 831 entlasten u. den Verletzten an den regelmäßig mittellosen Angestellten verweisen darf?

Wird die Frage bejaht, so [...] mag man sich bei den Grundsätzen des II. Sen. beruhigen [eine vertragliche Haftung trete nur dann u. nur insoweit ein, als Vertragsbeziehungen vorhanden sind, die sich gerade auf die Benutzung eines Raumes erstrecken¹⁰⁴].

Wird sie verneint, so muß ein Weg gefunden werden, der dem, was das Rechtsgefühl fordert, zum Siege verhilft. Mit strengeren Anforderungen an §§ 823 u. 831 ist das Ziel nur in seltenen Fällen zu erreichen, wenn man nicht damit über Bedürfnis u. Verkehrsauffassung hinaus in Grotteske verfallen will. Dazu kommt unsere dermalige Rechtsprechung, wonach der Entlastungsbeweis aus § 831 bei größeren Betrieben sich nicht für den Schädiger, sondern für den, der den Schädiger ausgewählt hat, geführt werden darf, u. bei die jurist. Person (A.G., GmbH.) nur für ihre in der Satzung bezeichneten Vertreter, also z.B. nicht für Filialleiter haftet, die nicht dazu gehören.

Dagegen scheint mir [...] die von mir vertretene Konstruktion als eine geeignete Brücke, auf die man treten kann, sofern man die Notwendigkeit einer unbedingten Haftung des Geschäftsherrn anerkennt.“¹⁰⁵

¹⁰¹ *Canaris* (Fn. 100), S. 24 f.

¹⁰² *Canaris* (Fn. 100), S. 30.

¹⁰³ Prozessakte (Fn. 1), Votum Theodor Meyer vom 16. August 1911 (Bl. 29v). Zur Verbreitung solcher Hilfskonstruktionen in der ersten Dekade des BGB *Giario* (Fn. 25), S. 130 ff.

¹⁰⁴ Siehe oben bei Fn. 44.

¹⁰⁵ Prozessakte (Fn. 1), Anmerkung Theodor Meyer vom 5. November 1911 (unpaginiert).

Meyer forderte hier unter Hinweis auf sein „Rechts- u. Billigkeitsgefühl“ eine Korrektur dessen, was der Gesetzgeber angeordnet hatte. Die Entlastung des Geschäftsherrn war gewollt, jedenfalls eine Entlastung des Mittelstandes. Denn die Gesetzesverfasser bezweifelten, „ob manche der Schonung bedürftigen industrielle[n] Zweige sowie die kleine Landwirthschaft eine so schwere Last ertragen könnten“¹⁰⁶, welche aus einer „unbedingten Haftung des Geschäftsherrn“ im Meyerschen Sinne entstehen werde. Es war also entgegen Meyer von den Gesetzesverfassern gewollt, dass „der Geschäftsherr sich aus § 831 entlasten u. den Verletzten an den regelmäßig mittellosen Angestellten verweisen darf“, mochte Meyer auch in das endgültige Urteil hineinschreiben, dass eine solche Lösung „dem allgemeinen Rechtsempfinden widerstreiten“ würde.¹⁰⁷

Auch mit seiner Kritik am von der Rechtsprechung anerkannten dezentralisierten Entlastungsbeweis bei Großbetrieben und juristischen Personen¹⁰⁸ entsprach Meyer nur teilweise den Vorstellungen der Gesetzesverfasser. Zwar sollten mutmaßlich „kapitalkräftige Assoziationen“, insbesondere also Aktiengesellschaften, im Rahmen des § 31 BGB nicht in den Genuss eines Entlastungsprivilegs kommen.¹⁰⁹ Doch ging es hierbei nur um die organschaftlichen Vertreter von juristischen Personen. Auch bei den damals noch verbreitet so bezeichneten „Aktienvereinen“¹¹⁰ blieb eine Exkulpation für bloße Verrichtungsgehilfen möglich. Hatten die mit der Auswahl, Unterweisung, Ausstattung und Überwachung betrauten verfassungsmäßig berufenen Vertreter der juristischen Person bei der Auswahl leitender Angestellter keinen Fehler gemacht, war § 31 BGB nicht anwendbar, während die Entlastung nach § 831 BGB formal möglich war. Die leitenden Angestellten entsprachen freilich nicht dem Leitbild eines Verrichtungsgehilfen, so dass die Anwendung des Entlastungsbeweises auf die Auswahl etc. gerade des Leitungspersonals nicht eigentlich mit dem Sinn des § 831 BGB vereinbar war. Wenigstens insoweit hatte Meyer also recht, als die Rechtsprechung zum dezentralisierten Entlastungsbeweis die geschäftsherrenfreundliche Linie des Gesetzgebers noch übertraf. Über Konstruktionen wie Verkehrssicherungs-

¹⁰⁶ Protokolle der 2. BGB-Kommission, S. 2785, in: Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, 1899, S. 1094.

¹⁰⁷ Im Einklang mit Meyers Forderung (wie Fn. 105) dann RGZ 78, 239, 240 f.

¹⁰⁸ Zur Genese *Kannowski*, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Fn. 25), Band III/2, §§ 831–839a, 841 Rn. 13.

¹⁰⁹ Sitzung der Vorkommission des Reichsjustizamts vom 13. September 1892 (Prot-RJA 546), in: Jakobs/Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III, 1983, S. 941.

¹¹⁰ Zur Begriffsgeschichte *Rauch*, ZRG GA 69 (1952) S. 239.

pflichten, Organisationsverschulden oder eine Erweiterung des § 31 BGB eben auf leitende Angestellte wurde diese Linie ein Stück weit korrigiert.¹¹¹

Bemerkenswert bleibt allemal Meyers Forderung, es „muß ein Weg gefunden werden, der dem, was das Rechtsgefühl fordert, zum Siege verhilft“. Der Weg wurde gefunden, mochte Bewer auch Meyers „Rechts- u. Billigkeitsgefühl“ aufspießen¹¹² und Schaffeld den Kollegen Meyer im Reich der „Fiktion“ verorten¹¹³.

VI. Fazit

Juristische Methode dient im besten Fall dazu, eine juristische Ansicht zu entwickeln und eine juristische Entscheidung zu legitimieren, sie ebenso vorhersehbar wie nachvollziehbar zu machen.¹¹⁴ Umgekehrt soll Juristische Methode gegen die Versuchung helfen, das rechtspolitisch gewünschte Ergebnis durchzusetzen und mit Scheinargumenten zu unterlegen.¹¹⁵ Prüft man die internen Äußerungen der Richter an diesem Maßstab, so bleibt der Verdacht, dass die Entscheidung und deren Begründung am Ergebnis orientiert waren.

Das „Rechts- u. Billigkeitsgefühl“ diktierte Berichterstatter Theodor Meyer, zu welchen „gekünstelten Konstruktionen“ er greifen musste, „um dem richtigen Recht zum Erfolg zu verhelfen“. Meyer wusste genau, dass das BGB von 1896 für solche „Nebenverträge oder vertragsähnlichen Verhältnisse“ keine allgemeinen Haftungsvorschriften bereithielt. Gleichwohl konstruierte er eben solch eine Haftung. Reichsgerichtsrat Bernhard Schaffeld warnte vergeblich, „daß auf diese Weise die culpa in contrahendo als vertragsmäßige Haftung schlechterdings wieder in das BGB hineininterpretiert und mit ihr zugleich eine ausgedehnte Haftung für fahrlässige Vermögensbeschädigung geschaffen wird“. Die einzige Konsequenz dieser Warnung war, dass die Bezeichnung „culpa in contrahendo“ peinlich vermieden wurde. Eine „ausgedehnte Haftung für fahrlässige Vermögensbeschädigung“ wurde gleichwohl statuiert. Für Meyer, der seine Auffassung bis ins Urteil hinein durchsetzen konnte, war dies eine Haftung nach vertraglichen Grundsätzen – die es aber ohne Vertrag im BGB nicht geben sollte.

Ohne Vertrag sollte es eine deliktische Haftung geben – aber eben auch dort keine „ausgedehnte Haftung für fahrlässige Vermögensbeschädigung“.

¹¹¹ Dazu *Zimmermann/Verse* (Fn. 25), S. 332 ff., 338 ff.; *Schiemann* (Fn. 25), Rn. 96 ff.; *Kannowski* (Fn. 108), Rn. 13 f.

¹¹² Oben bei Fn. 70.

¹¹³ Oben bei Fn. 83.

¹¹⁴ Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 55.

¹¹⁵ Vgl. *Larenz/Canaris* (Fn. 114), S. 58.

Deshalb argumentierten diejenigen Senatskollegen, die das vermeintlich richtige Ergebnis durch Ausdehnung von § 823 BGB oder § 831 BGB erreichen wollten, nicht weniger systemwidrig als der vertragsfixierte Berichtersteller Meyer. Eine eigene Verkehrssicherungspflicht verletzte nach der Konzeption des BGB der Geschäftsherr dann nicht, wenn er sich eines Gehilfen bediente, den er sorgfältig ausgesucht, angeleitet, ausgestattet und überwacht hatte. Die Haftungslücke zugunsten des Geschäftsherrn und der Forderungsausfall des Geschädigten beim mittellosen Angestellten waren Wirkungen, die der BGB-Gesetzgeber von 1896 in Kauf genommen hatte. Zwar war die Exkulpationschance des Geschäftsherrn gemäß § 831 BGB durch mittelstandsfreundliche Erwägungen motiviert, und der Warenhausinhaber gehörte keineswegs zum Mittelstand. Doch auch die kapitalkräftige unternehmenstragende Gesellschaft haftete gemäß oder analog § 31 BGB unbedingt nur für ihre Organmitglieder. Für einfache Verrichtungsgehilfen konnten sich auch Großunternehmen exkulpieren. Die Annahme einer eigenen Verkehrssicherungspflicht des Geschäftsherrn konterkarierte das System des BGB.

Über die Aufgabe und Freiheit, welche ihnen die Gesetzesverfasser des BGB überlassen hatten, gingen die Richter damit weit hinaus. In den Motiven zum ersten Entwurf heißt es mehrfach fast gleichlautend: „Ob begrifflich die Haftung für culpa in contrahendo auf einen Eingriff in den fremden Rechtskreis, mithin auf eine unerlaubte Handlung oder auf die Verletzung einer rechtsgeschäftlichen Pflicht zurückzuführen sei, ist eine Konstruktionsfrage, deren Lösung der Wissenschaft überlassen werden darf.“¹¹⁶ An anderer Stelle heißt es darüber hinaus, „die Lösung dieser Frage“ sei „Wissenschaft und Praxis“ überlassen.¹¹⁷ Wohlgermerkt: die Konstruktionsfrage – Vertrag oder Delikt – war offen geblieben, nicht der Anwendungsbereich der culpa in contrahendo. Wenngleich die Richter vordergründig nur über die Konstruktionsfrage stritten, erweiterten sie den Anwendungsbereich der culpa in contrahendo über die gesetzlich anerkannten Grenzen.

Dass sich die Richter von 1911 über das gerade erst wenig mehr als ein Jahrzehnt geltende BGB hinwegsetzten, lag nicht allein an ihrer beruflichen Sozialisation in den alten Rechtsterritorien. Zwar hatte Meyer die strenge französische Gehilfenhaftung sozusagen mit der juristischen Nahrung seiner linksrheinischen Heimat aufgesogen. Doch galt dies gleichermaßen für die Preußen Beyer und Schaffel, die aber gerade keine Lanze für die culpa in contrahendo brachen. Der Mangel an Respekt gegenüber dem Gesetz entsprach dem neuen Selbstbewusstsein der Richter, das um die Jahrhundertwende umso sichtbarer wurde, als es nun galt, sich gegen ein einheitliches

¹¹⁶ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band 1, 1888, S. 195; ähnlich Motive a.a.O., Band 2, S. 179.

¹¹⁷ Motive (Fn. 116), Band 2, S. 745.

Bürgerliches Gesetzbuch zu behaupten.¹¹⁸ Dieses Selbstbewusstsein gegenüber dem positiven Recht erhielt neue Nahrung in den Wirren des Kriegsendes und in den Weimarer Krisen; es war den Nazis nicht unwillkommen, und es begleitete die Richter seit dem Neo-Naturrecht der fünfziger Jahre durch die Bundesrepublik.¹¹⁹ Der culpa in contrahendo erging es bei diesen selbstbewussten Richtern nicht schlecht. Die Fälle lagen auf ihren Schreibtischen, und sie wurden entschieden.

Vor einem Vierteljahrhundert stellte Claus-Wilhelm Canaris fest: „Die Konstruktion eines ‚gesetzlichen‘, d.h. auf dem objektiven Recht und nicht auf dem Parteiwillen beruhenden, Schutzverhältnisses bei rechtsgeschäftlichem Kontakt, in die die Lehre von der culpa in contrahendo schließlich gemündet ist, [...] ist der Versuch einer konsistenten Antwort auf ziemlich fundamentale Sachprobleme, die sich bei unterschiedlicher Ausgestaltung von Vertrags- oder Deliktshaftung mehr oder weniger zwangsläufig in der einen oder anderen Variante ergeben.“¹²⁰ Betrachtete Canaris den Punkt, an dem der Strom der Gerichtsentscheidungen ins Meer der Rechtsgewohnheit mündete, lag der Linoleumrollen-Fall an der Quelle. Zwei der beteiligten Richter sahen in der vom Berichterstatter vorgeschlagenen Entscheidung des Falls übereinstimmend die Gefahr, „eine Praxis contra legem einzuleiten“. Zwischen einer „Praxis contra legem“ und einem „gesetzlichen“ Schutzverhältnis liegt ein Jahrhundert Rechtspraxis.

Für die „Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung“ besonders wichtig hält Claus-Wilhelm Canaris „die allmähliche Änderung des Sinngehalts von Texten durch den Einfluß der höchstrichterlichen Rechtsprechung“, und er merkt an, dass er

„diejenige Ansicht für die tragfähigste halte, die immerhin eine subsidiäre Bindung an Präjudizien bejaht und eine solche dann annimmt, wenn keine deutlich besseren Gründe für eine Abweichung von einer höchstrichterlichen Entscheidung gegeben sind [...]. Auf diese Weise erklärt sich [...], [...] daß und warum auch solche höchstrichterlichen Judikate, die unrichtig waren unter bestimmten Voraussetzungen – nämlich dann, wenn die gegen sie sprechenden Gründe nur geringfügig überwiegen – gleichwohl die Rechtsentwicklung für die Zukunft verbindlich beeinflussen.“¹²¹

Aus ihrem – nach Reichsgerichtsrat Bewer – „gesetzwidrigen Dasein“ hat sich die culpa in contrahendo zu einem „gesetzlichen“ Schutzverhältnis jedenfalls mit der Schuldrechtsreform von 2002 erhoben – die Claus-Wilhelm Canaris maßgeblich mitbestimmt hat.

¹¹⁸ Vgl. J. Schröder (Fn. 26), S. 305 ff.

¹¹⁹ Vgl. Rückert, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Fn. 25), Band 1, 2003, vor § 1 Das BGB und seine Prinzipien Rn. 111.

¹²⁰ Canaris, FS Kitagawa, 1992, S. 59, 92.

¹²¹ Canaris (Fn. 100), S. 33.

Privatrechtsdogmatik und methodischer Individualismus am Beispiel Rudolf von Jherings

JENS PETERSEN

I. Jherings geistesgeschichtlicher Rang

Rudolf von Jhering ist uns heute noch als Dogmatiker vordringlich durch die Begründung der culpa in contrahendo bekannt,¹ auch wenn der Gesetzgeber des BGB die von Jhering behandelten Fallgestaltungen schließlich anders normiert hat.² Zudem haben einzelne der von Jhering gebildeten „Zivilrechtsfälle ohne Entscheidungen“ in den Lehrbüchern überlebt.³ Womöglich noch größere Wirkung haben jedoch Jherings rechtstheoretische, rechtshistorische und rechtsphilosophische Schriften entfaltet, die prägenden Einfluss auf die Geistesgeschichte des 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts gehabt haben. Kein Geringerer als Friedrich Nietzsche wurde nachweislich von Jherings Werk über den „Zweck im Recht“⁴ maßgeblich beeinflusst.⁵ Namentlich Nietzsches *Genealogie der Moral* zeugt von der Lektüre Jherings.⁶ Schon

¹ *Jhering*, Culpa in Contrahendo, JherJb 4 (1861) 1 ff.; Neudruck 1969 (Hg. E. Schmidt), S. 7 ff. Mit Recht wird Rudolf von Jhering – wie auch *Claus-Wilhelm Canaris* – in einem von *Hoeren* herausgegebenen Band (2001) als „zivilrechtlicher Entdecker“ gewürdigt.

² *Leenen*, Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2. Auflage 2015, § 17 Rn. 4; siehe auch *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1998; eingehend *Diederichsen*, Jherings Rechtsinstitute im deutschen Privatrecht der Gegenwart, in: *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken* (Hg. Behrends) 1993, S. 37, 68 ff.; wichtig auch *G. Wagner*, AcP 193 (1993) 319 sowie *Mestmäcker*, Festschrift für K. Schmidt, 2009, S. 1197, zu Jherings Theorie des subjektiven Rechts bzw. der Systembezüge subjektiver Rechte.

³ Vgl. nur den Speisekartenfall; dazu *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Auflage 2016 Rn. 324 f.

⁴ *Jhering*, Der Zweck im Recht, 1877. Nietzsches Lektüre dieser Schrift ist buchstäblich verbrieft, nämlich in einem Brief an seinen Freund Overbeck aus dem Jahre 1897, der abgedruckt ist in der Kritischen Studienausgabe (Hg. Colli/Montinari), Band 5, Sämtliche Briefe, S. 432, 434.

⁵ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Auflage 1967, S. 565 f. mit Fußnote 2; *Kerger*, Autorität und Recht im Denken Nietzsches, 1987, S. 45 ff., behandelt Nietzsches Jhering-Lektüre.

⁶ *Brusotti*, Die Selbstverkleinerung des Menschen in der Moderne. Studien zu Nietzsches ‚Zur Genealogie der Moral‘, Nietzsche-Studien 21 (1992), S. 81, warnt freilich davor, den Einfluss Jherings auf Nietzsche zu überschätzen.

an anderer Stelle wurde gezeigt, dass gerade auch Jherings ‚Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung‘⁷ eine mitunter augenfällige Gemeinsamkeit mit zentralen Gedanken Nietzsches über die Rechtsphilosophie aufweist.⁸ Pars pro toto mag dies eine Mahnung Jherings veranschaulichen, die auch heute noch ihre Gültigkeit hat: „Die Rechtsphilosophie würde ihren Credit nicht in dem Maße eingebüßt haben, wie sie es leider heutzutage hat, wenn sie sich das Element des Historischen und des Concreten nicht zu sehr hätte abhandenkommen lassen. Ihre Zukunft liegt m.E. in einer energischen Wiederaufnahme desselben.“⁹ Dem ist auch heute, in einer Zeit, in der sich immer weniger Zivilrechtler – anders als der Jubilar seit jeher¹⁰ – mit der Rechtsphilosophie beschäftigen, nichts hinzuzufügen.¹¹ Es ist also an der Zeit, Jhering nicht mehr nur als Entdecker der Lehre von culpa in contrahendo zu zitieren, sondern auch seine bleibenden rechtstheoretischen Erkenntnisse und Errungenschaften für die Privatrechtsdogmatik und Rechtstheorie des 21. Jahrhunderts aufzubereiten.¹²

II. Jherings Kampf um’s Recht als Ausprägung seines methodischen Individualismus’

Im Folgenden soll gezeigt werden, dass Jherings berühmter ‚Kampf um’s Recht‘, den er erstmals in seiner Wiener Abschiedsvorlesung im Jahre 1872 apostrophierte, als Ausprägung seines methodischen Individualismus¹³ begriffen werden kann.¹⁴ Dabei wird hier von methodischem und nicht von

⁷ *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1. Teil, 9. Auflage, S. 111 ff.

⁸ *Petersen*, Nietzsches Genialität der Gerechtigkeit, 2. Auflage 2015, S. 45 f., 73, 82 f., 107, 166, 168 ff., 173.

⁹ *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Vorrede zu Teil II 2; zu dieser Stelle auch *R. Dreier*, Jherings Rechtstheorie – eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft, in: Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken (Hg. Behrends) 1993, S. 111, 115.

¹⁰ *Canaris*, Gesammelte Schriften (Hg. Neuner/Grigoleit) 2012, Band 1, S. 191–453, 621–64; Band 3, S. 35–139 und öfter.

¹¹ Vgl. auch *Petersen*, Gedächtnisschrift für Unberath, 2015, S. 351.

¹² Mit Recht betont *Wagner*, AcP 193 (1993) 319, 320, dass die aktuelle Diskussion, namentlich „die Behandlung rechtstheoretischer Grundbegriffe“ in der Auseinandersetzung mit den Gedanken Jherings bereichert wird.

¹³ *Stekeler-Weißhofer*, Strukturprobleme gemeinsamen Handelns – Bemerkungen zu Grundproblemen des methodischen Individualismus’, in: *Comparativ: Sphären der ‚Geselligkeit‘*, 8 (1998) 63 ff.; siehe auch *Miebach*, Soziologische Handlungstheorie, 4. Auflage 2014, S. 395.

¹⁴ *Jhering*, Der Kampf um’s Recht, 1872; hier und im Folgenden zitiert nach der von Hermann Klenner herausgegebenen Ausgabe der Schriftenreihe zur rechtswissenschaftli-

methodologischem Individualismus gesprochen, weil Jhering eine Methode entwickelt, nicht eine Methode selbst zum Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchung macht.

1. *Methodischer und normativer Individualismus*

Im Folgenden wird der für den methodischen Individualismus charakteristische Mechanismus zugrunde gelegt, dass die unterschiedlichen Handlungen der Individuen in einer Weise zusammenwirken, dass sich durch die nicht notwendigerweise aufeinander bezogenen Handlungen der Einzelnen institutionell etwas – bei Jhering etwa: das Recht – zum Besseren ändert, indem es produktiv fortentwickelt wird.¹⁵ Das jeweilige gesellschaftliche Phänomen – hier also das Recht – ließe sich dann nicht zuletzt erklären durch die Handlungen der agierenden bzw. ihm unterworfenen Individuen.¹⁶ Dass hier das Recht bzw. die Rechtsausübung unter dem Gesichtspunkt des methodischen Individualismus' untersucht wird, führt im Übrigen nicht zwangsläufig dazu, dass man stattdessen von einem normativen Individualismus sprechen müsste, weil das Recht als solches Gegenstand der Betrachtung ist und die Akte der Rechtsausübung bzw. Geltendmachung von Rechten auch als Handlungen begriffen werden können.¹⁷ Auch wenn Jherings Kampf um's Recht zuinnerst mit seiner Vorstellung des subjektiven Rechts als rechtlich geschütztem Interesse zusammenhängt,¹⁸ geht es also im Folgenden nicht um

chen Grundlagenforschung, 1992. Zur rechtstheoretischen Bedeutung auch *Mestmäcker*, Der Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft, *Rechtstheorie* 20 (1989) 273.

¹⁵ *Schumpeter*, Das Wesen und der Hauptinhalt der theoretischen Nationalökonomie, 1908, S. 88–98, hat den Begriff des methodologischen Individualismus geprägt, wenngleich in einem anderen als dem heute gebräuchlichen Sinne. Doch schwanken die Bedeutungen in den Sozialwissenschaften noch immer, so dass auch die im Text verwendete Bestimmung nur approximativ gilt.

¹⁶ *Buzzoni*, Poppers methodologischer Individualismus und die Naturwissenschaften, *Journal for General Philosophy of Sciences* 35 (2004) 157, untersucht dies im Hinblick auf Karl Popper, den der Jubilar einmal als einen seiner „philosophischen Leitsterne“ bezeichnet hat (*Canaris*, Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung, *Grazer Universitätsreden* 1993, S. 23), und zwar neben Immanuel Kant (zu ihm *Petersen*, 1. Festschrift für Canaris (2007), Band 2, S. 1243).

¹⁷ *Arrow*, Methodological Individualism and Social Knowledge, *American Economic Review* 1994, S. 1, grenzt methodologischen und normativen Individualismus folgendermaßen ab: „The unwieldy adjective, methodological, is needed to distinguish the concerns of constructing positive theory from the normative and political implications wrapped up in the term ‘individualism’“.

¹⁸ *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Auflage 1877, Dritter Teil, Erste Abteilung, S. 339, mit der berühmten Definition: „Rechte sind rechtlich geschützte Interessen“. Eingehend dazu *G. Wagner*, *AcP* 193 (1993) 319.

den normativen Individualismus im Gefolge der Aufklärungsphilosophie – namentlich derjenigen Kants – als Gegenpol zum Naturrechtsdenken.¹⁹

Jherings Interesse gilt nämlich nicht so sehr dem Autonomiegedanken oder der generellen Frage der Rechtsfähigkeit als vielmehr dem rechtsethischen Postulat der Durchsetzung subjektiver Rechte um ihrer selbst willen, damit das Recht als solches in einem höheren Sinne zur Geltung gebracht wird. Dieser Mechanismus wird aber besser als methodischer denn als normativer bezeichnet, weil es Jhering nicht um die Rechtsbegründung, sondern die Funktionsweise der Rechtsverwirklichung durch Rechtsausübung zu tun ist. Der normative Individualismus begreift demgegenüber „Freiheit im umfassenden Sinne als Recht zur selbstbestimmten Lebensgestaltung anhand eigener Präferenzen, Interessen und Normative“.²⁰ Dies bedeutet zugleich, dass hoheitliche oder andere Entscheidungen letztlich nur im Hinblick auf die davon berührten Individuen legitimierbar sind.²¹ Das würde Jhering mitnichten bestreiten und ist in gewissem Sinne sogar eine Bedingung seiner Theorie, trägt aber ihrer hier interessierenden Methode nicht hinlänglich Rechnung. Auch wenn methodischer und normativer Individualismus voneinander zu unterscheiden sind, bedeutet das nicht, dass sie sich a limine ausschließen.²² In gewisser Hinsicht, etwa soweit es um die Begründung seiner Theorie des rechtlich geschützten Interesses geht, kann also Jhering als Vertreter des normativen Individualismus angesehen werden, in anderer – hier interessierender, soweit es nämlich um den Mechanismus des Zusammenwirkens geht – jedoch als solcher des methodischen Individualismus’.

2. Ringen ums Recht und Rechtspsychologie

Dass Jherings bahnbrechende Schrift unter diesem methodischen Gesichtspunkt bisher, soweit ersichtlich, noch nicht wahrgenommen und durchleuchtet wurde, liegt möglicherweise nicht zuletzt daran, dass uns der martialisch anmutende Begriff des Kampfs heute fremdartig klingt. In der Tat dürfte es sich hier um eine zeitgemäße Begriffsverwendung handeln, deren polemischer Charakter nicht zuletzt auch der Gesamtlage der seinerzeitigen

¹⁹ Siehe etwa den Sammelband, Normativer Individualismus in Ethik, Politik und Recht (Hg. von der Pfordten/Kähler) 2014; Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 22; dies., AcP 208 (2008) 584. Möllers, Die Möglichkeit der Normen, 2015, S. 33, wendet sich dagegen, „in die praktische Philosophie einen *methodischen* Individualismus einzuführen, der im Kontext der *praktischen* Philosophie unter der Hand zu einem *normativen* Individualismus wird“ (Hervorhebungen auch dort).

²⁰ So prägnant Heinig, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008, S. 289.

²¹ Von der Pfordten, Normativer Individualismus, Zeitschrift für philosophische Forschung 58 (2004) 321.

²² Brock/Diefenbach/Keller/Villany, Soziologische Paradigmen nach Talcott Parsons, 2009, S. 252.

Philosophie entsprach.²³ Auch Jherings Sprache klingt mitunter befremdlich aggressiv. Um seinen Grundgedanken aus heutiger Sicht zu ihrem Recht zu verhelfen, kann man vielleicht besser von einem ‚Ringem‘ um das Recht sprechen. Ein weiterer Grund dafür, dass uns Jherings Abhandlung heute als eher unzeitgemäße Betrachtung erscheint, dürfte darin liegen, dass in ihr ausweislich seiner Vorrede „ein Stück Psychologie des Rechts“ behandelt wird.²⁴ Indes macht gerade dies die Schrift heute wieder aktueller denn je, wird doch die Rechtspsychologie inzwischen als Gegenstand juristischer und psychologischer Grundlagenforschung anerkannt.²⁵ Es versteht sich freilich, dass Jhering damit die Rechtspsychologie mitnichten zu einer eigenen Disziplin erheben wollte, sondern eher den Gesichtspunkt des Psychologischen als weiterführend auch für das Recht erachtete.²⁶

3. Janusköpfigkeit des Rechtsbegriffs

Jhering geht zunächst von einem Dualismus zwischen Zweck und Mittel aus, wobei der Kampf das Mittel und der Frieden der Zweck des Rechts sein soll. Jherings Rechtsbegriff gliedert sich dabei in eine subjektive und eine objektive Bedeutung; er spricht von einem „Doppelsinn des Wortes: Recht – das Recht im objectiven und das Recht im subjectiven Sinn.“²⁷ Hier findet sich andeutungsweise eine Unterscheidung, die später Ludwig Raiser weiter

²³ Zu erinnern ist etwa an die heute weitgehend vergessene Schrift des langjährigen deutschen Schachweltmeisters *Emanuel Lasker*, *Kampf*, 1907. Lasker war überhaupt und über seine epochalen schachlichen Erfolge hinaus eine der beeindruckendsten Personen seiner Zeit, wovon nicht zuletzt das Geleitwort *Albert Einsteins* zur „Biographie eines Schachweltmeisters“ von *Hammak*, Emanuel Lasker, 2. Auflage 1965, S. 3 f., zeugt. Jherings Kampf um’s Recht hat im Übrigen mit dem Schachspiel gemein, dass jeweils durch die widerstrebenden und gegenläufigen Interessen das jeweilige Ganze – das Recht wie das Schachspiel – auf ein anspruchsvolleres Niveau gehoben werden (vgl. zum Letzteren nur *Schonberg*, *Grandmasters of Chess*, 1972, S. 23). Nicht von ungefähr hat auch Adam Smith die Schach-Metapher zur Veranschaulichung seiner ‚Theorie der ethischen Gefühle‘ angeführt; *Smith*, *Theory of Moral Sentiments*, 1759, VI. ii. 2.17; dazu *Petersen*, Adam Smith als Rechtstheoretiker, 2012, S. 107 f.

²⁴ *Jhering*, *Der Kampf um’s Recht*, 1872 (1992), S. V.

²⁵ *R. Dreier*, Die Rechtssoziologie im Gefüge der Grundlagenfächer, in: *Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts*, Gedächtnissymposium für E. für Wenz (Hg. H. Dreier, 2008), S. 310 mit genauerer Zuordnung. Vgl. auch *D. Köhler*, *Rechtspsychologie*, 2014; aus dem psychologischen Fachschrifttum *Volbert/Steller* (Hg.), *Handbuch der Rechtspsychologie*, 2008.

²⁶ Hüten sollte man sich freilich vor der ‚Juristenpsychologie‘ des 19. Jahrhunderts; vgl. *Leenen*, *JuS* 2008, 577, 579 Fußnote 17, unter Verweis auf *Jauernig/Jauernig*, *BGB*, 12. Auflage 2007, Vorbemerkung § 116 Rn. 3 („dubiose Juristenpsychologie“).

²⁷ *Jhering*, *Der Kampf um’s Recht*, 1872 (1992), S. 11. Auch insoweit sei bezüglich der Einzelheiten auf den tiefdringenden Beitrag von *G. Wagner*, *AcP* 193 (1993) 319, verwiesen.

ausformen wird,²⁸ nämlich die Unterscheidung in einen Institutionenschutz und einen Individualschutz.²⁹

a) Hegelianische Anklänge

Jherings einleitende Darstellung ist überraschend hegelianisch geprägt, wenn etwa von einer „Negation der Ordnung des Rechts“ die Rede ist oder der Begriff des Rechts als *singulare tantum* vorausgesetzt wird:³⁰ „Der Kampf ist mithin nicht etwas dem Recht fremdes, sondern er ist mit dem Wesen desselben unzertrennlich verbunden, ein Moment seines Begriffs.“³¹ Dass Jhering selbst den weiter oben behandelten Begriff des Ringens um's Recht immanent voraussetzt, zeigt sich, wenn er fortfährt, dass „alles Recht in der Welt erstritten worden ist, jeder Rechtssatz, der da gilt, hat erst denen, die sich ihm widersetzen, abgerungen werden müssen, und jedes Recht, das Recht eines Volkes, wie das eines Einzelnen, setzt die stetige Bereitschaft zu seiner Behauptung voraus.“³² Hier kündigt sich bereits etwas an, dass die gesamte Abhandlung durchzieht, nämlich die Alternative, dass nicht nur das Recht eines Einzelnen, sondern auch das Recht eines Volkes erstritten werden kann und auf diese Weise das Recht als Ganzes fortentwickelt wird.

Das spricht indes nicht gegen die Annahme eines methodischen Individualismus', weil dieser gerade nicht voraussetzt, dass der Einzelne bzw. die jeweilige Entität, hier also das Volk, eine einzelne Person ist, sondern auch die Lesart zulässt, dass eine Gesamtheit von Personen ihr Recht erstreitet. Wichtig und unverzichtbar ist für Jhering allein die Durchsetzungskraft des Rechts: „Das Recht ist kein logischer, sondern es ist ein Kraftbegriff.“³³ Fremd ist uns freilich die Vorstellung einer kampfbereiten Mitwirkung an einer gleichwie gearteten nationalen Arbeit, die Jhering in dem von ihm zugrunde gelegten Sinne der Individualität voraussetzt: „Jeder Einzelne, der in die Lage kommt, sein Recht behaupten zu müssen, nimmt an dieser nationalen Arbeit seinen Antheil, trägt sein Scherflein bei zur Verwirklichung der

²⁸ *Raiser*, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Zivilrecht, in: *Summum ius summa iniuria*, 1963, S. 145.

²⁹ Vgl. auch *Petersen*, Das Bankgeheimnis zwischen Individualschutz und Institutionenschutz, 2005.

³⁰ Dazu *Petersen*, Die Eule der Minerva in Hegels Rechtsphilosophie, 2. Auflage 2015, § 4.

³¹ *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 8.

³² *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 9.

³³ *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 9; zum Begriff der Kraft auch die neueren Arbeiten von *Menke*, Kraft. Ein Grundbegriff ästhetischer Anthropologie, 2008; in rechtsphilosophischer Hinsicht ist ferner zu verweisen auf den grundlegenden Gedanken von *Pascal*, *Pensées* (Édition Brunschvicg), Fragment 298; dazu *Petersen*, Pascals Gedanken über Gerechtigkeit und Ordnung, 2016, S. 21 ff.

Rechtsidee auf Erden“.³⁴ Das Recht hat auf diese Weise für Jhering etwas Janusköpfiges und ist in dieser Ausprägung dem Eigentum vergleichbar.³⁵

b) Evolutionäres Rechtsdenken

Jhering geht aber noch weiter, indem er – seinen evolutionären Ansatz verfolgend – die Individualität nicht nur auf Einzelne und ganze Nationen erstreckt, sondern darüber hinaus auch in rechtsgeschichtlicher Rückbetrachtung auf vergangene Zeiten bezieht: „In Bezug auf das Recht gilt dies wie von einzelnen Individuen, so auch von ganzen Zeitaltern“.³⁶ Hieran kann man bereits ersehen, dass Jherings methodischer Individualismus mit seinem evolutionären Rechtsdenken verwoben ist. Das zuletzt behandelte Zitat Jherings legt bereits die Annahme nahe, dass dies mit seinem evolutionären Rechtsdenken verbunden ist, das bereits sorgsam aufbereitet wurde.³⁷ Dieser Zusammenhang begegnet im Übrigen auch bei anderen Rechtsdenkern, für die der Individualismus prägende Kraft hat und denen zugleich eine evolutionäre Betrachtungsweise des Rechts naheliegt, wie namentlich Friedrich August von Hayek.³⁸

c) Abwendung von Savigny

Ungeachtet seiner Hinwendung zum evolutionären Rechtsdenken setzt sich Jhering ab von der Theorie Savignys und Puchtas, der das Element des Ringens und Kämpfens fehle.³⁹ Für ihn ist es nicht die „stillwirkende Kraft der Wahrheit“, sondern der Kampf, der das Recht gebiert: „Den höchsten Grad der Intensivität erreicht derselbe dann, wenn die Interessen die Gestalt erworbener Rechte angenommen haben.“⁴⁰ Das Recht im subjektiven Sinne, das er weiter oben definiert hat, muss sich selbst im Kampf Geltung verschaffen, um das Recht im objektiven Sinn zu verwirklichen:⁴¹ „Aber das Recht als

³⁴ *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 9.

³⁵ *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 10. Siehe zum Ganzen auch *Merz*, „Der Kampf um's Recht“. Hundert Jahre nach Jhering, Festschrift für H. Huber, 1981, S. 81.

³⁶ *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 10.

³⁷ Namentlich in dem Band „Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken“ (Hg. Behrends) mit Beiträgen des Herausgebers (S. 7, 131) sowie von *Diederichsen* (S. 37), *R. Dreier* (S. 111), *Luig* (S. 161) sowie *K. Schmidt* (S. 77), 1993.

³⁸ *Petersen*, Freiheit unter dem Gesetz. Friedrich August von Hayeks Rechtsdenken, 2014, passim.

³⁹ *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 12.

⁴⁰ *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 15.

⁴¹ Treffend *G. Wagner*, AcP 193 (1993) 319, 326: „Der Funktion des subjektiven Rechts als Mittel zur Befriedigung menschlicher Bedürfnisse – oder, in der Formulierung Jherings, zur Gewährleistung der Lebensbedingungen des Individuums – entspricht schließlich auch seine Auffassung von der Zweckbestimmung des Rechts insgesamt – also des Rechts im

Zweckbegriff, mitten hineingestellt in das chaotische Getriebe menschlicher Zwecke,⁴² Bestrebungen, Interessen muss unausgesetzt tasten, suchen, um den richtigen Weg zu finden und, wenn es ihn entdeckt hat, kämpfen und Gewalt anwenden, um ihn wirklich zu bestreiten.“⁴³ Auch wenn das Recht hier in einer metaphysischen Überhöhung erscheint, wird es doch, wie die Bezugnahme auf die menschlichen Interessen, Zwecke und Bestrebungen erkennen lässt, hinsichtlich der einzelnen Rechtsträger individualisiert verstanden.

So kann man auch diese Stelle als einen Beleg für den obwaltenden methodischen Individualismus Jherings begreifen, auch wenn der Gegenstand bzw. das Instrument dieses Individualismus, nämlich das Recht, bei äußerlicher Betrachtung für einen normativen Individualismus zu sprechen scheint. Indem die einzelnen Rechtsträger ihre subjektiven Rechte verwirklichen, Ansprüche geltend machen und Rechtspositionen erkämpfen, bilden sie zugleich das Recht im objektiven Sinne fort.⁴⁴ Jhering scheut sich nicht, seiner Theorie gegenüber derjenigen Savignys „den Vorzug größerer psychologischer Wahrscheinlichkeit“ zuzumessen.⁴⁵ Es ist dies ein erkennbarer Rekurs auf die in der Vorrede angesprochene rechtspsychologische Betrachtung, die Jhering konsequent verfolgt, indem er wenig später neben die lebensweltliche Betrachtungsweise die „psychologische Selbstbeobachtung“ treten lässt.⁴⁶ Seine Beweisführung, wenn man von einer solchen überhaupt sprechen kann, ist denn auch eher eine intuitive.

4. Rechtsfortbildung durch individuelles Handeln

Diese intuitive Komponente darf freilich nicht den Blick darauf verstellen, dass Jhering trotz aller diffus-psychologischen Momente zugleich in auch

objektiven Sinn –, das er als Mittel zur Gewährleistung der Lebensbedingungen der Gesellschaft begreift“.

⁴² Auch diese Stelle hat eine überraschende Parallele bei *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 189 Zusatz: „der eine Mensch ist fleißig, der andere faul, aber dieses Wimmeln der Willkür erzeugt aus sich allgemeine Bestimmungen, und dieses anscheinend Zerstreute und Gedankenlose wird von einer Notwendigkeit gehalten, die von selbst eintritt.“ Aber auch diese äußerliche Ähnlichkeit nimmt letztlich nicht wunder, weil sich die Hegel-Stelle mit ihrer unausgesprochenen Bezugnahme auf die berühmte ‚List der Vernunft‘ auf Adam Smiths unsichtbare Hand zurückführen lässt; näher *Petersen*, Adam Smith als Rechtstheoretiker, 2012, S. 38 ff.

⁴³ *Jhering*, Der Zweck im Recht, S. 16.

⁴⁴ Prägnant *Mestmäcker*, Europäische Prüfsteine der Herrschaft und des Rechts, 2016, S. 194 (= Festschrift für K. Schmidt, 2009, 1197 ff.): „Der Rechtsbildungsprozess, in dem diese Rechte durchgesetzt werden, führt zum objektiven Recht, dessen Teil sie werden“.

⁴⁵ *Jhering*, Der Zweck im Recht, S. 19.

⁴⁶ *Jhering*, Der Zweck im Recht, S. 23.

heute noch nachvollziehbaren dogmatischen Kategorien durchaus rational argumentiert.

a) Fortbildung des Rechts auf allen Ebenen

Das zeigt sich etwa, wenn er den Vindikationsanspruch wiederholt zum Beispiel nimmt, um darzustellen, inwieweit, „das Recht ein Machtbegriff ist“ und notfalls kämpferisch erstritten werden muss.⁴⁷ Der Kampf ums Recht ist also deswegen für Jhering segensreich, weil er das Recht auf allen Ebenen fortbildet: „Da kein Recht, weder das der Individuen noch das der Völker gegen diese Gefahr geschützt ist, so ergibt sich daraus, dass dieser Kampf sich in allen Sphären des Rechts wiederholen kann: in den Niederungen des Privatrechts wie auf den Höhen des Staatsrechts und Völkerrechts.“⁴⁸ Hier wird abermals deutlich, dass auch die Völker und nicht lediglich die Individuen für Jhering taugliche Subjekte im Kampf um's Recht sind. Auch das spricht im Kern für einen methodischen Individualismus, wobei, wie gesagt, auch die jeweiligen Völker und Nationen in diesem Sinne gleichsam als kollektive Individuen gedacht werden. Dieses Oxymoron kann womöglich annäherungsweise verdeutlichen, warum aus Jherings Sicht auch im Völkerrecht das objektive Recht verwirklicht werden kann, indem die unterschiedlichen Nationen darum kämpfen. Ungeachtet dieses martialischen und polemischen Moments handelt es sich aber auch dabei um eine strukturell dem methodischen Individualismus zuzuordnende Sichtweise. Das wird deutlich, wenn Jhering Beispiele austauscht: „Lassen wir einmal den Streit der beiden Leute, setzen wir an ihre Stelle zwei Völker.“⁴⁹ Diese Hypothese spricht ersichtlich gegen einen – seiner Natur nach vordringlich antipaternalistischen⁵⁰ – normativen Individualismus, weil ein solcher gerade von Individuen mit ihren je eigenen Freiheitssphären ausgeht, denen gegenüber jegliche Eingriffe einer Legitimation bedürfen. Zugleich streitet diese von Jhering angenommene Möglichkeit für einen methodischen Individualismus, weil es ihm eben um die Veranschaulichung des zugrunde liegenden Prinzips zu tun ist.

b) Jherings eigentümliche Deontologie

Jherings Individualismus verfährt allerdings nicht nur methodisch, sondern enthält auch eine moralische Konnotation. Er erhebt die unnachgiebige Rechtsdurchsetzung zu einer Charakterfrage, die zunächst nur eine Interessen-

⁴⁷ *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, S. 12, 17, 19. Die diesbezüglichen Ausführungen enthalten im Übrigen stark nietzscheanische Untertöne, die in mancherlei Hinsicht Grundgedanken von Nietzsches ‚Genealogie der Moral‘ entsprechen; näher *Petersen*, *Nietzsches Genialität der Gerechtigkeit*, 2. Auflage 2015, § 2.

⁴⁸ *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 21.

⁴⁹ *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 24.

⁵⁰ Ähnlich *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 597.

frage zu sein schien. Wenn nämlich nicht „das Recht dem Frieden (...) geopfert“ werden soll, dann ist es aus Gründen moralischer Selbsterhaltung für Jhering eine „Pflicht des Berechtigten gegen sich selber“ und eine „Pflicht gegen das Gemeinwesen“, bestehende Rechte geltend zu machen, Rechtspositionen durchzufechten und nicht um des lieben Friedens nachzugeben.⁵¹ Trug die Darlegung eingangs hegelianische Bezüge, da sogar von „der Dialektik des Begriffes“ die Rede war,⁵² so erhalten die Ausführungen nunmehr geradezu eine kantische Komponente.⁵³ Es ist jedoch eine eigentümliche Deontologie, die den Widerstand gegen erlittenes Unrecht gleichermaßen zur Pflicht des Berechtigten gegen sich selber wie zur Pflicht gegen das Gemeinwesen erhebt.⁵⁴ Doch spiegelt sich auch hierin Jherings methodischer Individualismus, weil die Erfüllung der behaupteten Pflicht des Berechtigten gegen sich selbst nach Jherings Verständnis dem Gemeinwesen zugute kommt. Auch hier ist es kein normativer Individualismus, weil es um eine bloße Selbstverpflichtung geht, mag die Erfüllung auch reflexartig das öffentliche Wohl fördern.⁵⁵

c) Kantische Anklänge

Besonders augenfällig sind die Anleihen bei Kant auch im Hinblick auf den kategorischen Imperativ, den er für seine Theorie des Kampfs um's Recht regelrecht vereinnahmt. Von der ‚feigen Preisgabe des Rechts‘ sagt er: „Als Handlung eines Einzelnen unschädlich, würde sie zur allgemeinen Maxime des Handelns erhoben, den Untergang des Rechts bedeuten.“⁵⁶ Aber auch das begründet keinen normativen Individualismus, sondern ist eher Ausdruck eines gewissen Eklektizismus, der paradoxerweise Jherings Originalität veranschaulicht. Was nämlich wie eklektische Anleihen an Kant und Hegel erscheinen, sind in Wahrheit durchaus originelle Gedanken Jherings, dessen Individualismus in dieser Hinsicht demjenigen Wilhelm von Humboldts nicht unähnlich ist, bei dem sich verschiedentlich gleichfalls gerade an eklektisch erscheinenden Stellen seine wahre Originalität offenbart.⁵⁷ Ebenso wie bei Humboldt ist wohl erst Jherings Individualismus Bedingung seiner individualistischen Rechtsauffassung. Jhering macht dementsprechend – und ebenso wie im Übrigen Wilhelm von Humboldt – vor grellen Überzeichnungen nicht halt: „Behauptung des Rechts ist demnach eine Pflicht der

⁵¹ *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 21 f., 23, 27.

⁵² *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 13.

⁵³ Dazu *Petersen*, *Festschrift für Canaris* (2007), 1243.

⁵⁴ *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 27.

⁵⁵ Zu Jherings Theorie des subjektiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen grundlegend und umfassend *G. Wagner*, *AcP* 193 (1993) 319.

⁵⁶ *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 42.

⁵⁷ Näher *Petersen*, *Wilhelm von Humboldts Rechtsphilosophie*, 3. Auflage 2016.

moralischen Selbsterhaltung – gänzliche Aufgabe desselben, wie sie zwar jetzt nicht mehr, aber einst möglich war, moralischer Selbstmord.⁵⁸

d) Kritik

Dagegen ist kritisch zu sagen, dass Jhering seine Theorie in unnötiger und übersteigerter Weise moralisch auflädt, jegliches Nachgeben mit dem allgegenwärtigen Verdikt des moralischen Bankrotts belegt und dadurch zu Missverständnissen Anlass gibt – etwa demjenigen, dass die moralische Pflicht gegen sich selbst einen normativen Individualismus begründe. Handelte es sich dabei nämlich wirklich um eine kantische Position im strengen Sinne,⁵⁹ dann könnte man dies als spezifisches Erbe der Aufklärung eher annehmen. In der von Jhering begründeten Gestalt ist es aber eher eine übersteigertem Ehrgefühl erwachsende zeitgebundene Vorstellung, die man heute getrost herausrechnen kann, ohne den methodischen Rang seiner Theorie zu schmälern.

e) Unverfügbarkeit des Rechts

Der eigentümlich individualistische Zug dieser Auffassung zeigt sich auch daran, dass unveräußerliche und unverzichtbare Rechtspositionen für Jhering andernfalls – nämlich im Falle einer gleichwohl erklärten Preisgabe – das Recht insgesamt erschüttern würden: „Das Recht aber ist nur die Summe seiner einzelnen Institute, jedes derselben enthält eine eigentümliche moralische Existenzialbedingung: das Eigentum so gut wie die Ehe, der Vertrag so gut wie die Ehre – ein Verzicht auf eine einzelne derselben ist daher rechtlich ebenso unmöglich, wie ein Verzicht auf das gesamte Recht.“⁶⁰ An dieser Stelle kann man gleichsam die Umkehrung des methodischen Individualismus’ ersehen: Jhering macht die Probe aufs Exempel, indem er die Preisgabe unverzichtbarer Rechtsinstitute durch den Einzelnen zu einer Selbstaufgabe des Rechts macht. Hier wie dort ist aber der methodische Ausgangspunkt ein individualistischer: Indem der Einzelne Rechtspositionen erkämpft, dient er zugleich dem Recht insgesamt; wenn er umgekehrt den – unbehelflichen – Versuch unternimmt, unveräußerliche Rechte aufzugeben, dann verliert zugleich das Recht insgesamt seinen Daseinsgrund.

⁵⁸ *Jhering*, *Der Kampf um’s Recht*, 1872 (1992), S. 28.

⁵⁹ Zu ihr *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 618.

⁶⁰ *Jhering*, *Der Kampf um’s Recht*, 1872 (1992), S. 28. Es verwundert nicht, dass Jhering in einer Anmerkung auf derselben Seite und auch später noch (dazu sogleich) Heinrich von Kleists Novelle ‚Michael Kohlhaas‘ zustimmend zitiert. Siehe dazu *Singer*, *Recht und Gerechtigkeit bei Kleists Michael Kohlhaas*, Liber Amicorum für Detlef Leenen, 2012, S. 261 ff.

5. *Kein methodischer Holismus*

Gegen die bisherigen Überlegungen könnte eingewendet werden, dass sich die Einordnung der Jheringschen Vorstellung ganzer Nationen und Völker, die ihr Recht erstreiten und das Recht als solches dadurch fortentwickeln, von einem eng verstandenen methodischen bzw. methodologischen Individualismus entferne. Ein solcher Einwand zielte darauf, anstelle eines methodischen Individualismus' insoweit – bezüglich der Völker und Nationen – eher einen methodischen Holismus anzunehmen. Für diesen ist typisch, dass ihm ein organisches Verständnis eines Kollektivs, hier also einer Nation oder des Volkes zugrunde liegt, die als „undurchdringliche Ganzheit“ begriffen wird.⁶¹ Obwohl er auch Personengesamtheiten oder -mehrheiten als organisch handelnde Individuen versteht, spricht dies nicht für einen holistischen Individualismus. In diese Richtung weist auch sein für uns heute eher befremdliches Verständnis von der Nation:⁶² „Eine Nation ist schließlich nur die Summe aller einzelnen Individuen, und wie die einzelnen Individuen fühlen, denken, handeln, so fühlt, denkt, handelt die Nation.“⁶³

Dieser Gleichlauf, der bereits sprachlich in einem Parallelismus zum Ausdruck kommt, betont den individualistischen Ansatz. Jhering setzt sich bereits semantisch von jedweder kollektivistischen Vorstellung ab. Dass Jhering durch die Gleichsetzung von Individuen und Völkern unausgesprochen auch Elemente eines methodischen Holismus aufscheinen lässt, schließt also die Grundannahme eines methodischen Individualismus' nicht schlechthin aus. Auch der späte Max Weber etwa schien zwischen einem methodischen Individualismus und einem methodischen Holismus zu schwanken, wird aber in der Gesamtschau richtigerweise dem methodischen Individualismus zugeordnet.⁶⁴ Ähnlich wie es bei Max Weber vorgeschlagen wird,⁶⁵ könnte man insoweit auch bei Jhering von einem moderaten methodischen Individualismus sprechen.

⁶¹ *Schluchter*, Grundlegungen der Soziologie, 2. Auflage 2015, S. 220; *Petersen*, Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre, 2. Auflage 2014.

⁶² *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 76, verbindet dies zudem mit einer aus heutiger Sicht befremdlichen Herleitung aus dem „nationalen Rechtsgefühl“, dessen Beschwörung seinerseits geeignet gewesen sein mochte, verhängnisvolle Ressentiments zu wecken.

⁶³ *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 72.

⁶⁴ Zutreffend *Schluchter*, Handlungs- und Strukturtheorie nach Max Weber, in: Individualismus, Verantwortungsethik und Vielfalt, 2000, S. 86 ff.; *ders.*, Handlung, Ordnung und Kultur. Studien zu einem Forschungsprogramm im Anschluß an Max Weber, 2005, in der Einleitung.

⁶⁵ *Schluchter*, Grundlegungen der Soziologie, 2. Auflage 2015, S. 264.

6. Differenzierte Beurteilung des Vergleichs

Nach den bisherigen Überlegungen sieht es so aus, als halte Jhering eine vergleichsweise und gütliche Einigung für einen Akt der Feigheit oder zumindest eine schwächliche Lösung. Ganz so verhält es sich indes nicht. Denn hier kommt die psychologische Betrachtungsweise ins Spiel, die Jhering bereits in der Vorrede zu einem wichtigen Entscheidungsgesichtspunkt erhoben hat und hier näher ausführt.

a) Vergleich als „Coincidenzpunkt von Wahrscheinlichkeitsberechnungen“

Die diesbezüglichen Ausführungen Jherings lesen sich wie eine Vorwegnahme verhaltensökonomischer Gedanken: „Der Vergleich ist der Coincidenzpunkt einer derartigen, von beiden Seiten angestellten Wahrscheinlichkeitsberechnung und unter den Prämissen, wie ich sie hier voraussetze, das richtige Lösungsmittel des Streitigen. Wenn er dennoch oft so schwer zu erzielen ist, ja wenn beide Parteien nicht selten von vornherein alle Vergleichsunterhaltungen ablehnen, so hat dies nicht nur darin seinen Grund, dass die beiderseitigen Wahrscheinlichkeitsberechnungen zu weit auseinander gehen, um sich treffen zu können, sondern dass jeder der streitenden Theile bei dem andern bewusstes Unrecht, böse Absicht voraussetzt. Damit nimmt die Frage, wenn sie processualisch sich auch in den Formen des objectiven Unrechts bewegt (*rei vindicatio*) dennoch psychologisch für die Parthei ganz dieselbe Gestalt an, wie in dem obigen Fall.“⁶⁶

b) Relikte gekränkten Rechtsgefühls

Gerade aufgrund dessen, was Max Weber später die „Mitwirkung gefühlsmäßiger Determinanten“ nennen wird,⁶⁷ entfaltet der Vergleich für Jhering sogar einen besonderen Reiz. Allerdings ist in die Kalkulation einzustellen, dass bei wechselseitiger Annahme dolosen Verhaltens der Vergleich keinen Rechtsfrieden zeitigen wird, weil zumindest auf einer Seite das Rechtsgefühl gekränkt bleibt: „In einem solchen Fall die Parthei durch Hinweisung auf die Kosten und sonstigen Folgen des Processes und die Unsicherheit des Ausganges von demselben abschrecken zu wollen, ist ein psychologischer Missgriff, denn die Frage ist für sie keine Frage des Interesses, sondern des Rechtsgefühls.“⁶⁸ Hieran lässt sich ersehen – und das ist vom Standpunkt des methodischen Individualismus’ nicht überraschend –, dass der Rekurs

⁶⁶ Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 30.

⁶⁷ Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1. Auflage 1922, 5. revidierte Auflage 1980, S. 396 f.

⁶⁸ Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 30 f. Nicht von ungefähr hat sich Jhering auch mit dem Rechtsgefühl auseinandergesetzt; vgl. nur Jhering, *Über die Entstehung des Rechtsgefühls* (mit einer Vorbemerkung und einem anschließenden Interpretations-

auf das Rechtsgefühl, die psychologische Betrachtungsweise und das damit zusammenhängende ökonomische Handlungskalkül gerade im Hinblick auf eine gütliche Einigung des Rechtsstreits von besonderer Bedeutung ist.

c) Systemkonstituierender Baustein der Theorie

Ungeachtet seiner ausgewogenen Ausführungen zum Vergleich als „Coincidenz“ lässt Jhering im weiteren Verlauf eine unnachgiebige Sicht auf Vergleichsverhandlungen mit einem Schuldner erkennen. Erst wenn dieser beerbt wurde, sieht er Anlass zu möglichen Vergleichsverhandlungen mit dem Erben: „Mit ihm mag ich mich vergleichen, von der Erhebung des Processes ganz abgesehen, aber dem Schuldner gegenüber soll und muss ich mein Recht verfolgen, es koste was es wolle; thue ich es nicht, so gebe ich nicht bloss *dieses* Recht, sondern *das* Recht preis.“⁶⁹ Auch hier regiert für ihn das „eigenthümliche Gesetz“ der „moralischen Selbsterhaltung“.⁷⁰

Diese Ausführungen über den Vergleich sind innerhalb Jherings berühmter Schrift soweit ersichtlich noch kaum je gründlicher rezipiert worden, wohl nicht zuletzt deshalb, weil man sie hier am wenigsten erwartet oder zumindest eine kategorische Ablehnung Jherings voraussetzt. Sie sind aber eben durch die gleichsam vor die Klammer gezogene, in der Vorrede ausdrücklich angesprochene „Psychologie des Rechts“ ein geradezu systemkonstituierender Baustein der Theorie Jherings. Der Vergleich mag im Kampf ums Recht nicht das Ideal darstellen, er erscheint aber zumindest als pragmatische Wünschbarkeit, wenn die von Jhering vorausgesetzte beiderseitige Wahrscheinlichkeitsberechnung zu einem gemeinsamen Punkt gekommen ist. Indem Jhering jedoch zugleich das Rechtsgefühl in die Kalkulation einstellt, grenzt er den wünschenswerten Vergleich letztlich vom faulen Kompromiss ab, der weder Rechtsfrieden verheißt, noch den Kampf ums Recht beendet. Gerade durch diese verhaltensökonomische, das Rechtsgefühl berücksichtigende und die psychologische Motivation gewichtende Sichtweise kann man Jherings Methode als individualistisch geprägt begreifen.

7. Interdisziplinarität Jherings

Das zuletzt Bedachte veranschaulicht zugleich, warum der methodische Individualismus bisher überwiegend von Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlern als Kategorie wahrgenommen wurde, kaum jedoch von Juristen. Dem lässt sich, wie bereits eingangs gesehen, nicht mit dem schlichten Hinweis begegnen, für die Jurisprudenz sei eben nicht der methodische, sondern

und Einordnungsversuch („das Rechtsgefühl“ in der historisch-kritischen Rechtstheorie des späten Jhering“) von Behrends, 1986, S. 55–184).

⁶⁹ Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 34.

⁷⁰ Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 37.

der normative Individualismus die gemäße Darstellungsform. Vielmehr setzt der methodische Individualismus, auf das Recht bezogen, eine interdisziplinäre Ausrichtung voraus bzw. legt sie zumindest nahe. Jherings Argumentation aber können wir, wenn man von zeitgebundenen Besonderheiten absieht, oder sie ins Heutige verallgemeinert, durchaus als Versuch einer interdisziplinären Betrachtungsweise verstehen.⁷¹ Er berücksichtigt das ökonomische Kalkül und Rechtsgefühl der Akteure in einer Weise, die für seine Zeit, in der die Rechtssoziologie noch nicht einmal in den Kinderschuhen steckte, außergewöhnlich ist.⁷²

a) Der ‚denkende Leser‘ als intelligible Figur
des methodischen Individualismus’

Man kann wohl sogar so weit gehen zu sagen, dass Jhering nicht nur als Wegbereiter der Rechtspsychologie – um es mit einem modischen Wort zu sagen – gelten kann, sondern dass die psychologische Komponente seiner Argumentation geradezu die Pointe darstellt, wenn man dem zitierten Wort der Vorrede die gebührende Aufmerksamkeit schenkt. Denn mithilfe ihrer lässt sich für Jhering die Probe aufs Exempel machen, wenn man den ganzen Satz der Vorrede berücksichtigt und zugleich auf den Gesamtzusammenhang der Abhandlung bezieht: „Es ist ein Stück Psychologie des Rechts, das in ihr seine Verwerthung findet, und das jeder denkende Leser an sich selber zu erproben Gelegenheit hat.“⁷³ Der von Jhering vorgestellte „denkende Leser“ fungiert auf diese Weise gleichsam als intelligible Figur seines methodischen Individualismus’. Übrigens spricht hierfür auch die von Jhering in der Buchfassung wohl bewusst – und nicht nur aus reiner Bequemlichkeit – beibehaltene Vortragsfassung, die nicht von ungefähr in diesem Zusammenhang durch eine an die Zuhörer – das heißt gemäß der Vorrede: „denkenden Leser“ – gewandte rechtspsychologische Überlegung: „Welchen hartnäckigen Widerstand die Voreingenommenheit der Parthei oft allen solchen Versuchen entgegenstellt, weiß Niemand besser als Sie, und ich glaube mich Ihrer Zustimmung versichert zu halten, wenn ich behauptete, dass diese Unzulänglichkeit, diese psychologische Tenacität des Misstrauens nicht etwas rein Individuelles, durch den sonstigen Charakter der Person Bedingtes ist, sondern dass dafür die allgemeinen Gegensätze der Bildung und des Berufs maßgebend sind.“⁷⁴

⁷¹ Zu einem ähnlichen Versuch bereits *Petersen*, Montaignes Erschließung der Grundlagen des Rechts, 2014.

⁷² *Auer*, AcP 208 (2008) 584, 597, spricht von der „von Jhering mitbegründeten soziologischen Rechtsschule“.

⁷³ *Jhering*, Der Kampf um’s Recht, 1872 (1992), S. 5.

⁷⁴ *Jhering*, Der Kampf um’s Recht, 1872 (1992), S. 31.

b) Aufgeschlossenheit gegenüber den Rechtstatsachen

Dass Jhering mit dem zuletzt Gesagten bildungs- und berufsspezifische Unterschiede im Hinblick auf das Rechtsgefühl voraussetzt, veranschaulicht, dass er seiner Zeit weit voraus war. Ohne damit einseitig einer rein realwissenschaftlichen, zu Ungunsten einer normwissenschaftlichen Sichtweise das Wort zu reden,⁷⁵ offenbart er eine bemerkenswerte Sensibilität gegenüber den Rechtstatsachen und den dadurch geprägten Anschauungen. Zugleich zeigt sich an dieser Stelle, da er „etwas rein Individuelles“ von den allgemeinen Gegensätzen abgrenzt, eine Präzisierung seines methodischen Individualismus'. Dieser ist eben kein empirischer in dem Sinne, dass er etwa ein konkretes Individuum – und sei es vom überlebensgroßen Range Jherings – zugrunde legt, sondern eben ein methodischer, der prinzipiell – man ist versucht nach dem Vorbild Webers zu sagen: idealtypisch⁷⁶ – vom Individuum ausgeht.⁷⁷

Auch hier ist es wiederum die eigentümliche Mischung von Rechtsgefühl und psychologischer Betrachtung des Rechts, die Jhering leitet und die er bereits in Montesquieus Hauptwerk über den ‚Geist der Gesetze‘ angedeutet sieht⁷⁸. Mit vielen Beispielen, etwa auch zum Kredit des Kaufmanns im Handelsrecht, veranschaulicht Jhering „die Bedeutung des (...) für die pathologische Affection des Rechtsgefühls aufgestellten Gesichtspunktes der moralischen Lebensbedingungen der Person“.⁷⁹ Immer wieder beeindruckt Jherings Sinn für das Praktische und Ökonomische, deren Beispiele er der Lebenswelt entlehnt, wenn es etwa in einer Fußnote heißt: „Einen interessanten Beleg dazu bieten unsere kleinen deutschen Universitätsstädte dar, die vorzugsweise von den Studierenden leben: die Stimmung und Gewohnheiten der Letzteren in Bezug auf das Geldausgeben theilt sich unwillkürlich auch der bürgerlichen Bevölkerung mit.“⁸⁰ An diesem Beispiel zeigt sich eine geradezu sozialwissenschaftliche Vorgehensweise, indem auf empirischer Grundlage Fakten zusammengetragen werden, die ökonomische Zusammenhänge offenbaren.

⁷⁵ Näher zu diesem Widerstreit *Eidenmüller*, JZ 1999, 53.

⁷⁶ Aufschlussreich zum Gesichtspunkt der Typisierung bei Jhering auch *G. Wagner*, AcP 193 (1993) 319, 329: „Im Ergebnis stellt also auch das Konzept Jherings den von dem Gesetzgeber gewährten Rechtsschutz in den Vordergrund. Das objektive Recht dient zwar dem Schutz von Interessen, sind diese jedoch einmal anerkannt, *in bestimmten Ansprüchen und Handlungsbefugnissen vertyp* und – jedenfalls im Bereich des Privatrechts – mit einem Klagerecht bewehrt, tritt das substantielle Element in den Hintergrund“. Hervorhebung nur hier.

⁷⁷ *Petersen*, Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre, 2. Auflage 2014.

⁷⁸ *Montesquieu*, De l'esprit des lois, 1748. Siehe zu seinem geistesgeschichtlichen Vorläufer auch *Petersen*, Montaignes Erschließung der Grundlagen des Rechts, 2014.

⁷⁹ *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 38

⁸⁰ *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 40, Anmerkung.

c) Ähnlichkeiten mit anderen Vertretern des methodischen Individualismus

Ähnliches kann man auch bei Adam Smith finden, wenn man etwa an seine berühmte Herleitung der Arbeitsteilung denkt.⁸¹ Ebenso wie bei Adam Smith ist es auch bei Jhering der methodische Individualismus, der diese praktischen Beobachtungen zu einem erkenntnisleitenden Prinzip macht und juristische Rückschlüsse erlaubt. Selbst wenn es wieder eine Gesamtheit der Handelnden – hier der Studierenden – ist, dann geht es Jhering doch um die Veranschaulichung der Auswirkungen dieser Handlungen, die nicht bewusst aufeinander bezogen sind, aber doch zu relevanten Aussagen für den Marktwettbewerb führen. Die von Jhering vorausgesetzte unwillkürliche Mitteilung der Studierenden an die bürgerliche Bevölkerung ähnelt in nuce Hayeks Theorie des *Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren*.⁸² Hier wie dort ist das Entscheidende nicht zuletzt die Information, die der Markt mitteilt, weil dort letztlich mehr Wissen zusammenfließt, als ein Einzelner haben kann.⁸³ Hayek hat dies in einer auch auf Jherings Annahme zutreffenden Formel zum Ausdruck gebracht, die auf Adam Ferguson⁸⁴ zurückgeht und die er als *Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs* zusammenfasst.⁸⁵

Das ist jedoch der Sache nach letztlich eine Art Credo des methodischen Individualismus'. Auch wenn sich Jhering ausdrücklich nur auf Montesquieu bezieht, bei dem im Übrigen die Wirkungsweise der berühmten *unsichtbaren Hand* schon vorausschauend erahnt wurde,⁸⁶ greift er der Sache nach auf Erkenntnisse Adam Smiths zurück und gelangt zu Erkenntnissen, die erst Max Weber und Friedrich August von Hayek in allen Einzelheiten ausführen werden. Ihnen allen ist aber die Grundausrichtung des methodischen Individualismus' gemeinsam. In diesem Sinne könnte auch folgender Satz Jherings

⁸¹ Näher dazu *Petersen*, Adam Smith als Rechtstheoretiker, 2012.

⁸² *Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Gesammelte Schriften in deutscher Sprache, Band A4, S. 132; wichtig im Hinblick auf Jhering *K. Schmidt*, Jherings Geist in der heutigen Rechtsfortbildung, in: *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken* (Hg. Behrends) 1993, S. 77, 87: „In Jherings Rechtsfortbildungskonzept geht es, so sehr er auf die spekulative Phantasie und auf das durch Methode gelenkte Rechtsgefühl des Juristen setzt, nicht um willkürliche Sozialgestaltung, sondern um ein *Entdeckungsverfahren*, dessen Erkenntnisse aus den gesellschaftlichen Fakten aus den schon anerkannten rechtlichen Regeln und aus dem ‚System‘ resultieren“. Hervorhebung nur hier.

⁸³ Näher *Petersen*, Freiheit unter dem Gesetz, 2014, passim.

⁸⁴ *Ferguson*, An Essay on the History of Civil Society, 1767, S. 167. Zu ihm weiterführend *Mestmäcker*, Europäische Prüfsteine der Herrschaft und des Rechts, 2016, S. 217, 571 f., 590.

⁸⁵ *Hayek*, Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs, Gesammelte Schriften in deutscher Sprache, Aufsätze zur Ordnungsökonomik, Band 5, S. 178.

⁸⁶ Vgl. nur *Petersen*, Montaignes Erschließung der Grundlagen des Rechts, 2014, Einleitung.

von Hayek stammen: „Der Communismus gedeiht nur in jenem Sumpfe, in dem die Eigenthumsidee sich völlig verlaufen hat, an ihrer Quelle kennt man ihn nicht.“⁸⁷

8. Individuum und Staatsgewalt

Interessanter daran ist freilich im Hinblick auf den von Jhering unausgesprochen zugrunde gelegten methodischen Individualismus die Begründung, die Individuum und Staatsgewalt zueinander ins Verhältnis setzt: „Denn einmal ist derselbe nicht bloss auf die Individuen gestellt, sondern im entwickelten Staatswesen betheiligt sich an ihm in ausgedehntester Weise die Staatsgewalt, indem sie alle schweren Verfehlungen gegen das Recht des Individuums, sein Leben, seine Person und sein Vermögen vor das Forum des Strafrichters verweist, – die Polizei und der Strafrichter nehmen dem Subjecte bereits das schwerste Stück Arbeit ab. Aber auch in Bezug auf diejenigen Rechtsverletzungen, deren Verfolgung ausschließlich dem Individuum überlassen bleibt, ist dafür gesorgt, dass der Kampf nie abreiße, denn nicht Jeder befolgt die Politik des Feigen, und selbst Letzterer stellt sich unter die Kämpfer, wo der Werth des Gegenstandes seine Bequemlichkeit überwindet.“⁸⁸

Auf die im Text genannten schwereren Vergehen bezogen, enthält diese Stelle eine wichtige Präzisierung, die Ansätzen typischerweise zu eigen ist, die dem methodischen Individualismus verpflichtet sind. Denn die zugrundeliegende Annahme, dass die mannigfaltigen Handlungen der Individuen zugleich zum Gemeinwohl beitragen, bedarf als Korrektiv einer stabilisierenden Rechtsordnung. Schon bei Adam Smith lässt sich zeigen, dass das freie Spiel der Kräfte, welches zum öffentlichen Wohl beitragen kann, immer nur unter der Bedingung eines gewissen rechtlichen Rahmens funktioniert.⁸⁹ Eine Rechtsordnung, die nicht durch ein Minimum an Rechtstaatlichkeit, Gewaltenteilung und funktionierende Rechtspflege hinreichende Gewähr auf die Aussicht von Rechtssicherheit verheißt,⁹⁰ wäre auch und gerade vor dem Hintergrund eines methodischen Individualismus' keine gedeihliche Grundlage. Aber auch dies spricht nicht entscheidend für einen normativen Individualismus. Allenfalls könnte man im Sinne des eingangs Gesagten

⁸⁷ *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 41. Ähnliche Sentenzen finden sich reihenweise bei *Hayek*, *Der Weg zur Knechtschaft*, 4. Auflage 2004 (Gesammelte Schriften in deutscher Sprache, B4); näher dazu *Petersen*, *Freiheit unter dem Gesetz*, 2014, passim.

⁸⁸ *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 42.

⁸⁹ Eingehend *Mestmäcker*, *Die sichtbare Hand des Rechts*, 1978; *Petersen*, *Adam Smith als Rechtstheoretiker*, 2012, passim.

⁹⁰ Siehe auch *Behrends*, *War Jhering ein Rechtspositivist?*, in: *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken* (Ders.), 1993, S. 131, 135: „Entscheidend sind jedoch auch für Jhering die Garantien des Rechtsstaats, die er in solche innerer und äußerer Art unterscheidet“. Grundlegend *Kunig*, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986.

feststellen, dass ein gewisser normativer Individualismus die Grundlage und unausgesprochene Voraussetzung seines methodischen Individualismus ist.

III. Zusammenführung

Jherings Präzisierung verweist den Kampf ums Recht damit in weiten Teilen auf zivilrechtliche Beziehungen und Privatklagedelikte. Dort hat die von Jhering befürchtete ‚Selbstpreisgabe des Rechts‘ ihren eigentlichen Platz, wie er in einer grellen Überzeichnung des kategorischen Imperativs ausmalt: „Eine Maxime aber, welche überall, wo wir zu erproben versuchen, sich als eine völlig undenkbare, als Ruin des Rechts erweist, kann auch da, wo ausnahmsweise ihre letalen Folgen durch die Gunst anderer Verhältnisse paralytisch werden, unmöglich als die richtige bezeichnet werden.“⁹¹ Falsch verstandene Friedfertigkeit bedeutet für Jhering also auch dort keinen Ausweg, wo die Verhältnisse ausnahmsweise ohne endgültige Rechtsverfolgung geordnet erscheinen. Der Kampf ums Recht ist für ihn eben kein hypothetischer, sondern selbst kategorischer Imperativ. Alles andere wäre Ausdruck einer „Moral der Bequemlichkeit, die kein Volk, kein Individuum von gesundem Rechtsgefühl je zu der seinigen gemacht hat.“⁹² Im Hinblick auf die weiter oben gestellte Frage nach einem methodischen oder holistischen Individualismus fällt auch hier die Gleichordnung von Volk und Individuum auf, sodass die obige Annahme eines moderaten methodischen Individualismus‘ auch hier gerechtfertigt erscheint.

1. *Das Rechtsgefühl als Bindeglied zwischen Idealismus und Individualismus*

Nicht minder bedeutsam ist der Rekurs auf das Rechtsgefühl, der bei Jhering überall dort begegnet, wo die Argumentation einer Absicherung bedarf, um keine Ausnahmen zulassen zu müssen, die wiederum auf eine Selbstpreisgabe des Rechts hinausliefen, weil in ihnen ein Absehen vom Kampf läge.

a) Verkommenes Rechtsgefühl als Ausdruck des Materialismus

Ebenso wie er weiter oben jedes falsche Verständnis der Eigentumsidee als Nährboden des Kommunismus ausgemacht hat, verknüpft er nun – gleichsam auf subjektiver Ebene – ein verkommenes Rechtsgefühl mit dem Materialismus: „Sie ist das Anzeichen und das Product eines kranken, stumpfen, lahmen Rechtsgefühls, der krasse, nackte Materialismus auf dem Gebiete

⁹¹ Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 43.

⁹² Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 43.

des Rechts. Auch letzterer hat auf diesem Gebiete seine volle Berechtigung, aber innerhalb bestimmter Gränzen.“⁹³ Jhering redet hier einer idealistischen Sichtweise des Rechts das Wort. Es bewährt sich nur im Streit, im Ringen ums Recht. Der Materialismus endet für Jhering dort, wo das Recht – verstanden als ‚ein rechtlich geschütztes Interesse‘⁹⁴ – durch jemand anderen willkürlich verletzt wird: „Aber mit dem Momente, wo die Willkühr ihre Hand gegen das Recht erhebt, es zu würgen, verliert jede materialistische Betrachtung ihre Berechtigung.“⁹⁵

b) Sublimierung des Rechts

Jherings Rechtsidealismus hängt also, wie verschiedentlich gesehen, mit seiner eigentümlichen Betonung des Rechtsgefühls zusammen und prägt gerade in diesem Zusammenwirken seinen methodischen Individualismus. Wären es lediglich kalter Materialismus und harter Egoismus, die sich wechselseitig bahnbrechen und damit volkswirtschaftlich erwünschte Ergebnisse zeitigten, so würde das Recht auf der Strecke bleiben oder zumindest – was für Jhering nur die subjektive Ausprägung desselben ist – das Rechtsgefühl gekränkt. Daher ist es für seine moderate, aber nichtsdestoweniger idealisierende Form des methodischen Individualismus’ prägend, dass er das Recht als solches gleichsam sublimiert: „So erhebt also das Recht, das scheinbar den Menschen ausschließlich in die niedere Region des Egoismus und der Berechnung versetzt, ihn andererseits wieder auf eine ideale Höhe, wo er alles Klügeln und Berechnen, das er dort gelernt hat, und seinen Maßstab des Nutzens, nach dem er sonst Alles zu bemessen pflegt, vergisst, um sich rein und ganz für eine Idee einzusetzen – Prosa in jener Region, wird das Recht in dieser, im Kampf um’s Recht zur Poesie, denn der Kampf um’s Recht ist in Wirklichkeit die Poesie die Charakters.“⁹⁶

c) Das Rechtsgefühl als Herzstück der Gedankenführung

Es sind wohl nicht zuletzt solche wortgewaltigen Kaskaden, die Jhering nicht nur den tosenden Beifall der Hörer seiner Wiener Abschiedsvorlesung, sondern über ein Jahrhundert hinaus einen bleibenden Platz in der Jurisprudenz sicherten. Auch wenn uns die blumige Redeweise heute nicht mehr in der Weise affiziert, wie dies zu seinen Lebzeiten der Fall gewesen sein mochte, kann man sich der Vehemenz seiner Gedankenführung schwerlich entziehen. Wenn uns diese subjektivistische Sichtweise – ganz abgesehen vom martialischen Duktus – heute fremd ist, so liegt dies wohl nicht zuletzt

⁹³ *Jhering*, *Der Kampf um’s Recht*, 1872 (1992), S. 43.

⁹⁴ *Jhering*, *Geist des römischen Rechts*, Band III, § 60.

⁹⁵ *Jhering*, *Der Kampf um’s Recht*, 1872 (1992), S. 44.

⁹⁶ *Jhering*, *Der Kampf um’s Recht*, 1872 (1992), S. 45.

an der Wertschätzung des Rechtsgefühls, die gleichsam das Herzstück der Gedankenführung Jherings ist. Auch Jhering selbst nimmt Anleihen in der Sprache der Medizin: „Und was dem Mediciner die Pathologie des menschlichen Organismus, das ist die Pathologie des Rechtsgefühls dem Juristen und Rechtsphilosophen, oder richtiger sollte sie ihm sein, denn es wäre verkehrt, zu behaupten, dass sie es ihm bereits geworden sein. In ihr steckt aber in Wahrheit das ganze Geheimnis des Rechts.“⁹⁷ Interessant hieran ist im Übrigen die Gleichordnung des Juristen mit dem Rechtsphilosophen. Sie erinnert an das eingangs wiedergegebene Zitat Jherings, das gerade die Beschäftigung der Juristen mit der Rechtsphilosophie zu einem dringenden Desiderat macht.

d) Hinwendung zur Gefühlsjurisprudenz

Der Vergleich des Rechts mit der Poesie, jedenfalls wenn es erkämpft wird, hat heute etwas Peinliches, das die Ebenen vermengt. Es führt bei Jhering zu einer regelrechten Gefühlsjurisprudenz: „Nicht der Verstand, nur das Gefühl vermag uns diese Frage zu beantworten, darum hat die Sprache mit Recht dem psychologischen Urquell alles Rechts als Rechtsgefühl bezeichnet. – Rechtsbewusstsein, rechtliche Ueberzeugung sind Abstractionen der Wissenschaft, die das Volk nicht kennt, – die Kraft des Rechts ruht im Gefühl, ganz so wie die der Liebe; der Verstand kann das mangelnde Gefühl nicht ersetzen.“⁹⁸ Diese schwärmerische Redeweise würde uns als naiv gelten, wenn sie nicht von Jhering wäre und den nüchternen, Max Weber vorausnehmenden Begriff der ‚Abstractionen der Wissenschaft‘ enthielte. Wenn man dabei Jherings Vorgehensweise mit dem Begriff des methodischen Individualismus beschreiben kann, dann ist dies nicht zuletzt deswegen möglich, weil Jhering auch die hemmungslos subjektivistisch scheinenden Stränge seiner Argumentation in klare Definitionen enden lässt: „Das Recht ist die moralische Existenzialbedingung der Person, die Behauptung desselben ihre moralische Selbsterhaltung.“⁹⁹ Hier steht buchstäblich die Person inmitten; indem sie ihr Recht erstreitet und behauptet, dient sie zugleich dem Recht in einem idealistischen Sinne.

e) Das Rechtsgefühl als Determinante des methodischen Individualismus

Wie das Rechtsgefühl als Determinante bei Jherings methodischen Individualismus wirkt, veranschaulicht auch folgende Stelle: „Es knüpft sich für uns daran der Schluss, dass die Reizbarkeit des Rechtsgefühls nicht in Bezug auf alle Rechte dieselbe ist, sondern sich abschwächt und steigert, je nach dem

⁹⁷ Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 46.

⁹⁸ Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 46.

⁹⁹ Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 47.

Maße, in welchem dieses Individuum, dieser Stand, dieses Volk die Bedeutung des verletzten Rechts als einer moralischen Existenzialbedingung seiner selbst empfindet.“¹⁰⁰ Hier begegnet wiederum die Gleichordnung von Individuum und Volk, diesmal ergänzt um den Stand, was aber in dem oben entwickelten Sinne für einen moderaten methodischen Individualismus spricht.

f) Bewegliches System *avant la lettre*

Der Sache nach entwickelt Jhering hier ein bewegliches System *avant la lettre*:¹⁰¹ Zwischen den beiden Prinzipien der Rechtsverletzung und des Rechtsgefühls wird ein Wirkungszusammenhang vorausgesetzt. Je größer die Bedeutung des verletzten Rechts für den Betroffenen ist, desto leichtere Verletzungen desselben können bereits sein Rechtsgefühl in einer Weise kränken, dass sich jene Kampfbereitschaft einstellt, die für Jhering zur Idealisierung und Optimierung des Rechts als solchen führt. Beide Elemente sind bedingt kompensierbar: Schon eine leichte Rechtsverletzung kann ein entsprechend empfindliches Rechtsgefühl nachhaltig trüben, während umgekehrt eine schwere Rechtsverletzung etwa dann vom Rechtsgefühl her eher hingenommen wird, wenn bereits auf andere Weise – die von Jhering nämlich an anderer Stelle vorausgesetzten staatlichen Stellen der Rechtspflege – Genugtuung erwirkt wird.

2. *Eigentum und methodischer Individualismus*

Eine besondere Rolle spielt für Jhering der Zusammenhang zwischen Eigentum und Rechtsgefühl. Hieran zeigt sich, dass es sich bei der Wertschätzung des Eigentums nicht um nackten Materialismus handelt, den er weiter oben ausdrücklich abgelehnt hat.

a) Eigentum und Rechtsgefühl

Vielmehr gilt ihm das Eigentum als Ideal, das daher auch aufs Engste mit der Idee des Rechts verknüpft ist, wohingegen eine rein ökonomische oder gar materialistische Sichtweise von ihm explizit abgelehnt wird: „So verschieden auch der ökonomische Maßstab ist, mit dem beide (sc.: der Reiche wie

¹⁰⁰ Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 48.

¹⁰¹ Grundlegend *Wilburg*, *Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht*, Grazer Rektoratsrede 1950; *ders.*, *Die Elemente des Schadensrechts*, 1941; *ders.*, *Das Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts*, AcP 163 (1963), S. 346; siehe auch *Canaris*, *Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr*, in: *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht* (Hg. F. Bydlinski u.a.), 1986, S. 103; *ders.*, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Auflage 1983, S. 76; *Petersen*, *Unternehmenssteuerrecht und bewegliches System. Betriebsaufspaltung, Mitunternehmenshaftung, verdeckte Gewinnausschüttung*, 1999.

der Arme) eine und dieselbe Sache werthen, so kommt doch derselbe, wie oben bereits ausgeführt, bei der Verletzung des Eigenthums gar nicht zur Geltung, hier handelt es sich nicht um den materiellen Werth der Sache, sondern um den idealen Werth des Rechts, also um die Energie des Rechtsgefühls in besonderer Richtung auf das Eigenthum, und nicht wie das Vermögen, sondern wie das Rechtsgefühl beschaffen ist gibt darüber den Ausschlag.¹⁰² Es ist also gerade keine ökonomische Analyse des Rechts, wie wir heute sagen könnten, sondern eher eine philosophische.¹⁰³

b) Praktische Verwirklichung als Wesen des Rechts

Auch in dieser idealisierenden Wertschätzung des Eigentums spiegelt sich der methodische Individualismus Jherings. Indem der Einzelne sein Eigentum gegen jede Rechtsverletzung und äußere Anfeindung verteidigt und sein individuelles Rechtsgefühl zum Maßstab der Selbstverteidigung erhebt, trägt er zum Schutz des Rechts als solchen bei.¹⁰⁴ Zur Verdeutlichung dieser These scheut Jhering auch Wiederholungen nicht, wenn er etwa festhält: „Behauptung des verletzten Rechts ist ein Act der Selbsterhaltung der Person und darum eine Pflicht des Berechtigten gegen sich selber.“¹⁰⁵ Wie sehr sich auch dies als Ausprägung seines methodischen Individualismus’ verstehen lässt, veranschaulicht die Kehrseite dieser Sicht, wonach diese Form der Behauptung des Rechts „aber zugleich eine Pflicht gegen das Gemeinwesen ist“.¹⁰⁶ Zur Verdeutlichung unterscheidet Jhering das Recht im objektiven und subjektiven Sinne. Jhering legt hier eine Reziprozität zugrunde: „Das concrete Recht empfängt nicht bloss Leben und Kraft vom Abstracten, sondern es gibt dasselbe zurück. Das Wesen des Rechts ist praktische Verwirklichung.“¹⁰⁷ Sieht man einmal von der allgemeinen Problematik solcher Wesens-Argumente ab,¹⁰⁸ so veranschaulicht Jherings Wesensbestimmung, dass er immer auch als Rechtsphilosoph denkt.

¹⁰² Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 49 f.

¹⁰³ Wichtig insoweit *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 3. Auflage 2009; ebenso *Leenen*, *Die Funktionsbedingungen von Verkehrssystemen in der Dogmatik des Privatrechts*, in: *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft – Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker* (Hg. Behrends) 1990, S. 108.

¹⁰⁴ Der übersteigerte Standpunkt einer solchen idealisierenden Einschätzung des Eigentums in größtmöglicher Ausprägung des Individualismus findet sich wohl bei *Stirner*, *Der Einzige und sein Eigentum*, 1845.

¹⁰⁵ Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 51.

¹⁰⁶ Ebenda.

¹⁰⁷ Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 52.

¹⁰⁸ Zu ihr *Scheuerle*, *Das Wesen des Wesens*, AcP 163 (1964), 429.

3. *Verbindung von Praxisnähe und Rechtsphilosophie*

Auch im Folgenden begegnet die Jhering eigentümliche Verbindung strenger dogmatischer und rechtsphilosophischer Kategorien mit physiokratisch anmutenden Argumentationsbehelfen, etwa wenn er die Wirkungsweise von privatrechtlichen Sätzen mit dem „Kreislauf des Blutes, der vom Herzen und zum Herzen strömt“, vergleicht. Dasjenige, womit er es vergleicht, verdient jedoch Gehör: „Die Wirklichkeit, die praktische Kraft der Sätze des Privatrechts, documentirt sich in und an den concreten Rechten.“¹⁰⁹ Das Privatrecht ist für Jhering das besondere Anwendungsfeld seiner Theorie: „Auch auf dem Gebiete des Privatrechts gibt es einen Kampf des Rechts gegen das Unrecht (...).“¹¹⁰ Der immer wiederkehrende Gedanke, dass die individuelle Rechtsbehauptung der Aufrechterhaltung des Rechts im Allgemeinen dient, gilt daher auch und gerade im Zivilrecht: „Im Privatrecht aber ist Jeder an seiner Stelle berufen das Gesetz zu vertheidigen, ist Jeder Wächter und Vollstrecker des Gesetzes.“¹¹¹

Immer wieder beeindruckt bei Jhering, wie er rechtsphilosophische Spekulationen mit scharfsichtigen handels- und wirtschaftsrechtlichen Gesichtspunkten verbindet. Nicht nur vom Standpunkt eines methodischen Individualismus' erweist sich etwa die folgende Sentenz als ahnungsvoll: „Es ist die Ordnung des bürgerlichen Lebens, die damit in einer bestimmten Richtung preisgegeben wird, und es ist schwer zu sagen, bis wie weit sich die nachtheiligen Folgen davon erstrecken können, ob nicht z.B. das ganze Creditsystem dadurch in empfindlichster Weise betroffen wird.“¹¹² Geradezu revolutionär

¹⁰⁹ Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 53.

¹¹⁰ Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 54; allerdings mit einem aus heutiger Sicht nicht mehr nachvollziehbaren Nachsatz.

¹¹¹ Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 54

¹¹² Jhering, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 55; ein aktuelles Beispiel für Jherings Kampf ums Recht bietet der viel diskutierte (vgl. nur *Canaris*, ZIP 2004, 1781; *Petersen*, NJW 2003, 1570; *ders.*, BKR 2004, 47) Rechtsstreit von Leo Kirch gegen die Deutsche Bank, in dem es u.a. um die Verletzung des Bankgeheimnisses wegen kreditschädigender Äußerungen ging. Zuvor gab es keine höchstrichterliche Entscheidung zum Bankgeheimnis (*Nobbe*, *Bankrecht – Aktuelle höchst- und obergerichtliche Rechtsprechung*, 1999, Rz. 1) sondern neben vereinzelt Monographien und Handbuch-Beiträgen im Wesentlichen nur die grundlegende Kommentierung und dogmatische Einordnung von *Canaris*, *Bankvertragsrecht*, 3. Auflage 1988, Band 1, Rz. 30 ff. Infolge dieses über ein Jahrzehnt währenden Streits, der schließlich vergleichsweise endete, gibt es immerhin eine wegweisende höchstrichterliche Entscheidung zum Bankgeheimnis (BGHZ 166, 84; später noch zu einer anderen Frage BGHZ 171, 180). Man kann dies durchaus als Beleg für Jherings Theorie ansehen, dass der Streit eines Einzelnen, der in der öffentlichen Meinung zunächst mitunter rechthaberisch erschien, insgesamt das Recht als solches sinnvoll fortgebildet und das zivilrechtliche Sanktionensystem in einem besonders heiklen Punkt konsistent fortgebildet hat. So hat das namentlich von *Canaris*, *Bankvertragsrecht*, ebenda Rz. 30 ff.; *dems.*, JZ 1965, 475, entwickelte und ausgeformte System der zivilrechtlichen Ansprüche wegen Schutzpflichtverletzung das Institut des Bankgeheimnisses einer privatrechtlichen Klärung

mutet es an, wenn Jhering die moralische Seite seiner Theorie von ihrer sozialpolitischen unterscheidet. Er gelangt dabei zu einer für den methodischen Individualismus charakteristischen Ansetzung des Gebots des *neminem laedere*: „Und wenn ich die beiden Sätze: *thue kein Unrecht und dulde kein Unrecht* nach ihrer socialpolitischen – wohl bemerkt nicht nach ihrer ethischen Bedeutung für das Privatleben zu lociren hätte, so würde ich sagen, die erste Regel des Rechts ist: *dulde kein Unrecht*, die zweite: *thue keines*.“¹¹³

Noch deutlicher veranschaulicht den methodischen Individualismus die Gleichgültigkeit gegenüber den jeweils individuellen Beweggründen und Motiven der Rechtsverteidigung: „Möge den Einen das Interesse, den Andern der Schmerz der widerfahrenen Rechtskränkung, den Dritten die Idee des Rechts auf den Kampfplatz rufen, sie Alle bieten sich die Hand zur gemeinschaftlichen Arbeit: das Recht zu schützen gegen die Willkühr.“¹¹⁴ Jherings Vorstellung, dass „in meinem Rechte das Recht gekränkt wird“, zugleich die „Verwirklichung der Rechtsidee“ bedeutet, scheint, wie er selbst zugesteht, auf den ersten Blick hoch gegriffen: „Aber diese Höhe mag Mancher sagen, liegt so hoch, dass sie nur noch für den Rechtsphilosophen wahrnehmbar bleibt, für das praktische Leben kommt sie gar nicht in Betracht, denn wer führt einen Process um die Idee des Rechts?“¹¹⁵

Obwohl der Rechtsphilosoph als eher verstiegener Vertreter der Jurisprudenz erscheint, sympathisiert Jhering erkennbar mit ihm, mag er auch die praktische Dimension seiner Gedanken im Folgenden behaupten, wobei es sich überwiegend um Beispiele aus dem römischen Recht handelt. Der Kampf ums Recht ist für ihn „zugleich ein Kampf um’s Gesetz, es handelt sich bei dem Streit nicht bloss um das Interesse des Subjects, um ein einzelnes Verhältniss, in dem das Gesetz sich verkörpert hat, (...), sondern das Gesetz selber ist missachtet, mit Füßen getreten“.¹¹⁶ Jhering bezeichnet dieses Zusammenfallen als „Solidarität des Gesetztes mit dem concreten Rechte“.¹¹⁷

4. *Law and Literature*

Wo man nun konkrete Beispiele aus der Rechtswirklichkeit erwarten würde, lässt Jhering interessanterweise literarische Beispiele sprechen: Zunächst eingehend Shakespeares ‚Kaufmann von Venedig‘, sodann Kleists ‚Michael Kohlhaas‘, von dem weiter oben schon die Rede war, und schließlich Schillers ‚Räuber‘. Auch hier hat Jhering eine Richtung vorweg genom-

zugeführt (näher *Petersen*, *Das Bankgeheimnis zwischen Individualschutz und Institutionsschutz*, 2005).

¹¹³ *Jhering*, *Der Kampf um’s Recht*, 1872 (1992), S. 56.

¹¹⁴ *Jhering*, *Der Kampf um’s Recht*, 1872 (1992), S. 57 f.

¹¹⁵ *Jhering*, *Der Kampf um’s Recht*, 1872 (1992), S. 58.

¹¹⁶ *Jhering*, *Der Kampf um’s Recht*, 1872 (1992), S. 62.

¹¹⁷ *Jhering*, *Der Kampf um’s Recht*, 1872 (1992), S. 63.

men, die heute unter dem modischen Begriff ‚Law and Literature‘ diskutiert wird.¹¹⁸ Namentlich Kleists Michael Kohlhaas, der im Zusammenhang mit dieser Denkrichtung immer wieder genannt wird, dient ihm als Beleg für eine aufschlussreiche Einsicht. Denn er nennt ihn, „um an einem ergreifenden Beispiel zu zeigen, welcher Abweg gerade dem kräftigen und ideal angelegten Rechtsgefühl droht, wenn die Unvollkommenheit der Rechtseinrichtungen ihm seine Befriedigung versagt. Da wird der Kampf für das Gesetz zu einem Kampf gegen das Gesetz.“¹¹⁹ Das ist deswegen interessant, weil es einer bereits weiter oben angestellten Beobachtung entspricht, die davon ausgeht, dass der Kampf ums Recht bei Jhering immer auch zugleich funktionierende rechtsstaatliche Institutionen voraussetzt. Ähnlich wie bei anderen Vertretern des methodischen Individualismus¹²⁰ – wir hatten oben insbesondere Adam Smith genannt – ist die Rechtsstaatsidee bzw. die Rule of Law immer vorausgesetzt, wenn das Handeln der Individuen in ihrem Zusammenwirken einen Beitrag zur allgemeinen Wohlfahrt leisten soll.

IV. Folgerung

Jherings Theorie des subjektiven Rechts ist die dogmatische Grundlage seines methodischen Individualismus¹²¹, der damit zugleich wesentliche Errungenschaften seiner privatrechtsdogmatischen Arbeiten und seiner wegweisenden rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Erkenntnisse ver-

¹¹⁸ Grundlegend *Posner, Law & Literature*, 3. Auflage, 2009. Siehe auch *Canaris, Die Europäische Union als Gemeinschaft des Rechts – von Athen und Rom über Bologna nach Brüssel*, Jahrbuch 2009 der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 2010, S. 179, 181, wonach „law and literature (...) dem juristischen Zeitgeist entspricht“. Ferner *Petersen, Dante Alighieris Gerechtigkeitssinn*, 2011, S. 5.

¹¹⁹ *Jhering, Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 69.

¹²⁰ *Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. III, Mitteleuropäischer Rechtskreis, 1976, S. 241 hat unter Verweis auf eine unveröffentlichte Dissertation (*Walder, Das Wesen der Gesellschaft bei Adam Smith und Rudolf von Jhering. Zur Geschichte des rechtsphilosophischen und soziologischen Positivismus*, 1943) bereits die Ähnlichkeit zwischen Jherings Kampf ums Recht und der Theorie Adam Smiths hingewiesen und geltend gemacht, dass „das Recht an den Rechten hängt“. Konsequenterweise sieht Fikentscher Jherings Theorie als „das juristische Seitenstück zu Adam Smith' ökonomischer These vom Gesamtwohl, das am ehesten durch Verfolgung individuellen Wohls erreicht wird (...) an beider Thesen hat sich die westliche Gesellschaft zur freiesten und erfolgreichsten aller Gesellschaften in der Geschichte der Menschheit entwickelt, wobei beide nicht die volle Tragweite ihrer wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Generalisierungen überblickten“. Auch hieran wird deutlich, wie sehr beide (und insbesondere nicht Jhering einem lediglich normativen) dem methodischen Individualismus verpflichtet sind, Jhering in rechtlicher Hinsicht und Adam Smith in ökonomischer; vgl. auch *Petersen, Adam Smith als Rechtstheoretiker*, 2012, S. 184. Skeptisch gegenüber der zitierten Annahme Fikentschers allerdings *Mestmäcker, Europäische Prüfsteine der Herrschaft und des Rechts*, 2016, S. 193 (= Festschrift für K. Schmidt, 2009, 1197 ff.).

klammert. Jherings Ansatz lässt sich weder als normativer Individualismus noch als methodischer Holismus, sondern am besten als moderater methodischer Individualismus beschreiben.¹²¹ Nicht von ungefähr bedeutet ihm das Privatrecht weit mehr als das Staatsrecht, was nicht nur dem Umstand geschuldet ist, dass Jhering eben bis auf den heutigen Tag einer der bedeutendsten deutschsprachigen Zivilrechtler ist: „Das Privatrecht, nicht das Staatsrecht ist die wahre Schule der politischen Entwicklung eines Volkes, und will man wissen, wie dasselbe erforderlichen Falls seine politischen Rechte und seine völkerrechtliche Stellung vertheidigen wird, so sehe man zu, wie der Einzelne im Privatleben sein eigenes Recht behauptet.“¹²² Deutlicher kann der methodische Individualismus – sei es auch in gemäßigter Form – schwerlich zum Ausdruck kommen. Auch hier handelt es sich nicht bloß um einen normativen Individualismus, dessen Grundannahme – die Legitimationsbedürftigkeit hoheitlicher Eingriffe in subjektive Rechte¹²³ – zwar als selbstverständlich vorausgesetzt wird, sich in Jherings interdisziplinär ausgerichteter Theorie aber mitnichten erschöpft.

Auch und gerade im Kampf ums Recht erweist sich das Rechtsgefühl als Herzstück seines Rechtsdenkens und Determinante des methodischen Individualismus:¹²⁴ „In dem gesunden, kräftigen Rechtsgefühl jedes Einzelnen besitzt der Staat die sicherste Garantie seines eigenen Bestehens nach Innen wie nach Außen.“¹²⁵ Nicht von ungefähr gilt ihm das Privatrecht als besonders sensibel, wenn es um die Feststellung totalitärer Strukturen geht, und vielleicht ist es der folgende, selten zitierte Satz seiner Abhandlung, der auch heute noch – nach Diktaturen und Unrechtsregimen, die Jhering nicht voraussehen konnte – mahnende Aktualität hat, wenn man sich fragt, was Jherings Theorie mit seinem methodischen Individualismus für die Zivilrechtsdogmatik des 21. Jahrhunderts bedeuten kann, auch wenn es zum Glück keine konkreten Anzeichen in diese Richtung mehr gibt: „Mit dem Eingriff in das Privatrecht, mit der Rechtlosigkeit des Individuums hat jeder

¹²¹ *Schützzeichel*, Sinn als Grundbegriff bei Niklas Luhmann, 2003, S. 66, grenzt die Begriffe gegeneinander ab.

¹²² *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 73.

¹²³ *Von der Pfordten*, Normativer Individualismus, Zeitschrift für philosophische Forschung 58 (2004) 321.

¹²⁴ *Jhering*, Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen, *JherJb.* 10 (1871), 245, 339 f., rechnet es der römischen Jurisprudenz „zu hohem Verdienst an – es stände unserer heutigen Jurisprudenz wohl an darin mehr, als sie es gewohnt ist, ihrem Beispiel zu folgen, – dass sie sich durch bloss formelle Bedenken nicht hat abhalten lassen, der Stimme des Rechtsgefühls Gehör zu geben, und sich lieber dem Vorwurf ausgesetzt hat, eine Klage bis zur Unkenntlichkeit zu entstellen, als den Bedürfnissen des Lebens und den Anforderungen des Rechtsgefühls Anerkennung zu versagen.“ Zu dieser Stelle auch *Wagner*, AcP 193 (1993) 319, 337.

¹²⁵ *Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1872 (1992), S. 75.

Despotismus begonnen.“¹²⁶ Jhering war niemals nur reiner Rechtsdogmatiker, sondern immer auch Rechtstheoretiker und als solcher zugleich auch Rechtsphilosoph.¹²⁷ Anders ist die Wirkungsmächtigkeit seiner Gedanken auf die Geistesgeschichte und sein Einfluss auf die Privatrechtsdogmatik des 21. Jahrhunderts auch 125 Jahre nach seinem Tod nicht zu erklären.

¹²⁶ *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872 (1992), S. 76.

¹²⁷ Ebenso verhält es sich nicht von ungefähr bei dem ungleich bedeutenderen Vertreter des methodischen Individualismus, nämlich Adam Smith; vgl. *Petersen*, *Adam Smith als Rechtstheoretiker*, 2012, S. 266; *R. Dreier*, *Jherings Rechtstheorie – eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft*, in: *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken* (Hg. Behrends) 1993, S. 111, 115 mit der Frage: „Sollte man also nicht besser von der ‚Rechtsphilosophie‘ Jherings sprechen? Dagegen bestehen keine Bedenken. Doch erscheint mir der Ausdruck ‚Rechtstheorie‘ angemessener, und er ist auch allgemein üblich, ohne dass man sich, soweit ich sehe, über die Wortwahl viele Gedanken gemacht hätte“.

Theoretische Grundlagen der Privatrechtsdogmatik

Zur „Abstraktheit“ im Stellvertretungsrecht

Wiedergelesen: *Paul Laband*, ZHR 10 (1866), 183 ff.

KARSTEN SCHMIDT

I. Zum Thema

1. Die Initialzündung und ihr Echo

Unter den von *Hans Dölle* vor fast 60 Jahren gerühmten „juristischen Entdeckungen“¹ nimmt die Herausarbeitung der „Abstraktheit der Vollmacht“ durch *Paul Laband* einen weithin geachteten Platz ein². Die Rechtsgeltung dieses Prinzips ist aus den Standardwerken zum Allgemeinen Teil einhellig abzulesen³. *Claus-Wilhelm Canaris* lässt in der von ihm mit herausgegebenen Festgabe „50 Jahre Bundesgerichtshof“ beiläufig wissen, dass dieses „Abstraktionsprinzip ... bekanntlich der Regelung des § 167 Abs. 1 BGB zugrunde liegt“⁴. Nur wenige Seiten zurückblättern stößt der Leser allerdings auf eine Abhandlung aus der Feder von *Volker Beuthien*, die keinen anderen Gegenstand hat als den, den Geltungsanspruch eben dieses „Abstraktionsprinzips“ im Stellvertretungsrecht zu bestreiten⁵, ... und er war nicht der erste.

¹ *Dölle*, in: Verhandlungen des 42. DJT, Bd. II, 1959, S. B1, B4 ff.; dazu auch *Fleischer*, in: FS Karsten Schmidt, 2009, S. 375, 376; *Pawłowski*, JZ 1996, 125, 126.

² Vgl. zusammenfassend *Lieder*, JuS 2014, 393, 394.

³ Vgl. nur *Bork*, AT des BGB, 4. Aufl. 2016, Rn. 1487 ff.; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 40. Aufl. 2016, Rn. 551; *Enneccerus/Nipperdey*, AT des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 2. Halbband 1860, § 184 I 2 S. 1136; *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 50/2 = S. 841 ff.; *Köhler*, BGB, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2016, § 11 Rn. 26; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 949 ff.; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 50 Rn. 7; *Bamberger/Roth/Schäfer*, BGB, 41. Aufl. 2016, § 164 Rn. 19; *Palandt/Ellenberger*, BGB, 76. Aufl. 2017, vor § 164 Rn. 2; *Schubert*, in: MünchKommBGB, 7. Aufl. 2015, § 164 Rn. 21 ff.; *Soergel/Leptien*, BGB, 13. Aufl. 1999, vor § 164 Rn. 39; *Staudinger/Schilken*, BGB, 2014, vor § 164 Rn. 33 f.; ausführlich *Lieder*, JuS 2014, 393 ff.

⁴ *Canaris*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I, 2000, S. 129, 160; ebenso *Soergel/Leptien*, BGB, 13. Aufl., vor § 164 Rn. 40; *Staudinger/Schilken*, vor § 164 Rn. 34.

⁵ *Beuthien*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. I, 2000, S. 81 ff.

Als prominente Kritiker aus den vergangenen Jahrzehnten werden außer *Beuthien* namentlich *Wolfram Müller-Freienfels*⁶ sowie *Gerhard Frotz*⁷ genannt, dessen unglücklich spät erschienene Habilitationsschrift über „Verkehrsschutz im Vertretungsrecht“ – im Verhältnis zu der Grundschrift des Jubilars über „Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht“ in gewisser Weise ein Komplementärwerk – sich mit Selbstverständlichkeit auf die Abstraktheitsfrage einlassen musste⁸. Die Einwände dieser Kritiker und ihrer Vorgänger⁹ haben nichts an der anhaltenden Dominanz der Abstraktionslehre zu ändern vermocht. Wie sehr die Abstraktheitsdoktrin zum Dogma erstarrt ist, erkennt man etwa, wenn ihre Kritik oder Reduktion sogleich unter Herbeiziehung der *petitio principii* als unhaltbar abgetan wird, dergleichen sei „mit dem Schutzzweck, die Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs effektiv zu gewährleisten, unvereinbar“¹⁰.

2. Was bedeutet „Abstraktheit“?

Der Ausdruck „abstrakt“ kommt in *Labands* Grundlagenarbeit über die „Abstraktheit der Vollmacht“ nicht vor¹¹. Diese Redeweise ist nur eine Abkürzung für eine Reihe von Prinzipien, die man aus *Labands* Ausführungen glaubt ablesen oder doch folgern zu können. *Beuthien* hat die Grundaussagen des vertretungsrechtlichen Abstraktionsprinzips in drei Formeln zusammengefasst¹²:

- Die Bevollmächtigung sei als Rechtsgeschäft von dem Abschluss des ihr zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses zu trennen.
- Die aus der Vollmacht resultierende Vertretungsmacht sei von dem Innenverhältnis unabhängig.
- Schließlich und demgemäß begrenze die schuldvertragliche Pflichtbindung die Vertretungsmacht nicht.

⁶ *Müller-Freienfels*, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, S. 74 ff.; *ders.*, Die Abstraktion der Vollmachtserteilung im 19. Jahrhundert, in: Coing/Wilhelm (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. II 1977, S. 144 ff.

⁷ *Frotz*, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, 1972, insbes. S. 328 ff., 533 ff.

⁸ Zum Unterschied zwischen „Verkehrsschutz“ und „Vertrauensschutz“ vgl. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 2 = Gesammelte Schriften, herausgegeben von *Neuner/Grigoleit* u.a., Bd. II, 2012, S. 31 f.

⁹ Zur Dogmengeschichte der *Laband*-Kritik vgl. *Müller-Freienfels*, in: Coing/Wilhelm II, S. 144, 202 f.

¹⁰ So *Lieder*, JuS 2014, 393, 397.

¹¹ Hinweis bei *Müller-Freienfels*, in: Coing/Wilhelm II, S. 144, 192; vgl. aber, worauf *Müller-Freienfels* gleichfalls hinweist, schon *Ladenburg*, ZHR 11 (1868), 72: „Die Vollmacht ist unabhängig von ihrer causa.“

¹² *Beuthien*, in: FS BGH I, S. 81 f.