

JÖRG BENEDICT

Culpa in Contrahendo

Band I

Historisch-kritischer Teil

Jus Privatum

226

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 226





Jörg Benedict

Culpa in Contrahendo

Transformationen des Zivilrechts

Band 1

Historisch-kritischer Teil:
Entdeckungen – oder zur Geschichte
der Vertrauenshaftung

Mohr Siebeck

Jörg Benedict ist Inhaber des Lehrstuhls für ‚Deutsches und Europäisches Privatrecht, Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie‘ an der Universität Rostock.

ISBN 978-3-16-151744-0 / eISBN 978-3-16-152095-2
DOI 10.1628/978-3-16-152095-2

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Dem Andenken
Rudolf von Jherings
1818–2018

„Verzeiht, es ist ein groß' Ergetzen, sich in den Geist der Zeiten zu versetzen. Zu schauen, wie vor uns ein weiser Mann gedacht, und wie wir es dann zuletzt so herrlich weit gebracht ...“

Goethe, Faust I, 1808

„Wenn ein wissenschaftliches Gebiet, so wie das unsrige, durch die ununterbrochene Anstrengung vieler Zeitalter angebaut worden ist, so wird uns, die wir der Gegenwart angehören, der Genuß einer reichen Erbschaft dargeboten. Es ist nicht bloß die Masse der gewonnenen Wahrheit, die uns zufällt; auch jede versuchte Richtung der geistigen Kräfte, alle Bestrebungen der Vorzeit, mögen sie fruchtbar oder verfehlt seyn, kommen uns zu gut als Muster oder Warnung, und so steht es in gewissem Sinn bey uns, mit der vereinigten Kraft vergangener Jahrhunderte zu arbeiten. Wollten wir nun diesen natürlichen Vortheil unsrer Lage aus Trägheit oder Eigendünkel versäumen, wollten wir es auch nur, in oberflächlichem Verfahren, dem Zufall überlassen, wie Viel aus jener reichen Erbschaft bildend auf uns einwirken soll, dann würden wir die unschätzbarsten Güter entbehren, die von dem Wesen wahrer Wissenschaft unzertrennlich sind: die Gemeinschaftlichkeit wissenschaftlicher Überzeugungen, und daneben den steten, lebendigen Fortschritt.“

Friedrich Carl v. Savigny, 1840

„Auch in den am besten bewährten unter unseren Theorien können Fehler verborgen sein; und es ist die spezifische Aufgabe des Wissenschaftlers, nach solchen Fehlern zu suchen. Die Feststellung, daß eine gut bewährte Theorie oder ein viel verwendetes praktisches Verfahren fehlerhaft ist, kann eine wichtige Entdeckung sein.“

Karl R. Popper, 1981

Vorwort

„Und doch, es hilft nichts, wenn es besser werden soll, müssen wir der Schreiberei zu Leibe. Ganz ausrotten wird sich das Übel freilich nicht lassen, aber es muß wenigstens dafür gesorgt werden, daß es in vernünftige Grenzen eingeschlossen werde. (...) Verbieta die Polizei, unreifes Obst, saures Bier zu verkaufen, warum nicht auch unreife Bücher?“

*Rudolf v. Jhering, 1866*¹

Wenn es stimmt, dass es für alles das rechte Maß gibt, dann ist es zweifellos wahr, dass dieses Maß im Bereich der literarischen Produktion wissenschaftlicher Bücher seit langem nicht mehr das rechte ist. Der für alle Exzellenz maßgebende Leitsatz „Quantität vor Qualität“ provoziert eine Kultur des „publish or perish“ und Krankheitsbilder wie die „Hypergraphie“ oder die „Graphorröe“.

Erstaunlicherweise hat bereits *Rudolf v. Jhering* diesen Zustand für die juristische Publikationspraxis schon im 19. Jahrhundert klar analysiert und als Übelstand deutlich benannt. Seither ist es sachlich nicht besser geworden, obwohl *Jhering* eine sehr originelle Idee zur Behebung des Problems in Vorschlag gebracht hatte: das *jus librorum*. Der Grundgedanke dieses wenig beachteten ‚Publikationsrechtes‘ ist sehr einfach. Da die Hauptmotivation, dicke Bücher zu schreiben, in der „traditionellen Einrichtung unserer deutschen Universitäten“, nämlich darin bestehe, dass dieselbe ihre Pforten nur demjenigen öffnet, „der eine ‚literarische Leistung‘ aufzuweisen hat, d.h. von ihm Geschriebenes hat setzen und drucken lassen“, wollte *Jhering* das Übel bei der Wurzel, nämlich beim Schreibzwang schon der Privatdozenten packen. Die Erteilung des *jus librorum* sollte nur erfolgen gegen die Verpflichtung, ein Buch nicht vor Ablauf einer 9-jährigen Verwahrungszeit herauszugeben: „Nach Ablauf der 9 Jahre und nach glücklich erlangter Professur würde der Verfasser schwerlich noch auf der Herausgabe bestehen, mutmaßlich sogar Gott danken, daß eine weise väterliche Regierung ihn vor einer literarischen Übereilung bewahrt habe.“ Und *Jhering* ergänzt: „Welche Gestalt würde unsere Literatur erhalten, wenn diese Einrichtung der neunjährigen Deposition der Manuskripte zur ganz allgemeinen erhoben würde?“

¹ 6. Brief eines Unbekannten, in: Deutsche Gerichtszeitung Bd. 1 (n.F.), 1866, 309/312 ff., auch in: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (13. Aufl. 1924), S. 97/105 ff.

Jherings Idee von einem *jus librorum* wurde natürlich nie realisiert. Und sie wird auch heute unter dem Gesichtspunkt der Wissenschaftsfreiheit kaum Eingang in einen freiwilligen Corporate Science Codex finden. Das vorliegende Buch ist so vermutlich das Erste und Einzige, das den vorgeschlagenen 9-jährigen Reifungsprozess seit seiner ursprünglichen Fertigstellung als Habilitationsschrift durchgemacht hat. Ob dies ein Gewinn oder ein Verlust für die Rezeption der hierin vorgetragenen Gedanken beinhaltet, muss sich noch zeigen. Sicher ist, dass *Jherings* Vorschlag wenigstens eine positive Wirkung hätte: Es würde in Büchern nur über Gegenstände und in einer Art verhandelt, die Anspruch erheben, auch nach 9 Jahren noch relevant zu sein.

Das vorliegende Buch zur *culpa in contrahendo*, das nunmehr als erster von zwei Bänden erscheint, hat eine etwas längere Entstehungsgeschichte. Der ursprüngliche Vorsatz, im Zuge der „Schuldrechtsmodernisierung“ 2001/2002 lediglich in einem kurzen Aufsatz die Unausgereiftheit und die systemsprengende Weite dieses Haftungsinstituts vor Augen zu führen, hat sich schnell als undurchführbar erwiesen. Die Fülle des Fallmaterials und der Literatur machten deutlich, dass eine seriöse Behandlung des Stoffes nicht leicht auf 20 Seiten möglich ist. Der von einer schlicht dogmatischen Fallgruppen-Betrachtung ausgehende Stoff wuchs mir so unter der Hand zu einer umfassenden historischen und rechtstheoretischen Untersuchung der Wissenschaftlichkeit dessen, was ganz allgemein seit dem 20. Jahrhundert unter dem Begriff „Zivilrechtsdogmatik“ als Zivilrechtswissenschaft aufgetreten ist. Das Thema wurde notwendig zu einem umfassenderen Buch-Projekt. Als ich am 15. September 2005 auf der Tagung der Gesellschaft junger Zivilrechtswissenschaftler in Bremen einen kleinen Ausschnitt, namentlich meine Überlegungen zum Phänomen von „Aufklärungspflichten“, vorgetragen hatte und mich Jan Thiessen in der anschließenden Diskussion fragte, was, wenn ich denn mit ihr fertig sei, von der c. i. c. übrig bleibe, gab es auf die kurze Antwort: „Nichts!“ spontanen Applaus. Ich bin heute weniger naiv, anzunehmen, ein Buch (sei es auch ein zweibändiges) könnte eine ganze Wissenschaftskultur an ihrer Wurzel reformieren. Aber in der Tat: wenn ich für die Rechtswirklichkeit entscheiden könnte, welche der beiden juristischen Ideen *Jherings* Realisierung finden sollte, die *culpa in contrahendo* oder das *jus librorum*, ich würde keinen Moment zögern, dem letzteren unbedingt den Vorzug zu geben. Die 200ste Wiederkehr seines Geburtstages gibt passende Gelegenheit den wohl kreativsten, widersprüchlichsten und doch zweifellos fantastischsten deutschen Rechtsgelehrten durch eine umfangreiche Kritik einer sowohl von ihm inspirierten, als auch bekämpften Rechts- und Wissenschaftsentwicklung zu ehren.

Vielen, die den Entstehungs- und/oder Reifungsprozess dieses Buches begleitet haben, ist an dieser Stelle zu danken: Zuallererst meinem akademischen Lehrer Reinhard Singer, der mir die geistige Freiheit ließ, die eine vollständige Sozialisation in die Rationalität moderner juristischer Standards verhindert hat.

Christoph Paulus danke ich sehr für seine warnende Kritik meiner Kritik, die ganz maßgeblich die Entscheidung für eine 9-jährige Deposition und Überarbeitung mitbewirkt hat. Mattias Kumm danke ich für die kontinuierliche gemeinsame Pflege der Warnemüntik, die wesentlich dazu beitrug, dass mir die Zeit auch ohne c. i. c. nie lang wurde. Andere haben in dieser Zeit das Manuskript oder wenigstens Teile desselben gelesen und wertvolle Hinweise für den Prozess der Reifung gegeben; unter ihnen gilt mein Dank insbesondere meinen Berliner und Rostocker Kollegen Alexander Schreiber, Jan Thiessen, Klaus Richter, Benjamin Lahusen, Bertram Lomfeld und Christian Kalbitz. Für wichtige Hilfe bei der Endredaktion danke ich Sven dos Santos Lopes, Christoph Fritze, Malte Pretzel und vor allem Diana Regehr und Hiltrud Bahlo. Herzlich zu danken habe ich dem Verlag Mohr Siebeck, namentlich Herrn Gillig und Frau Hohloch, für die Geduld, das *jus librorum* bei diesem seit langem angekündigten Buch mitzutragen und so gleichsam eine Jubiläumsausgabe pünktlich zu Jherings 200. Geburtstag in diesem Jahr zu ermöglichen, aber speziell auch Frau Ilse König für die aufgrund der ungewöhnlichen Anzahl von Eingangszitaten nicht eben leichte Gestaltung des Textes. Die Österreichische Nationalbibliothek hat die Verwendung einer Photographie Jherings vom 17. Juli 1872 genehmigt und so dem Geist dieses Buches ein freundliches Gesicht gegeben.

Ein besonderer Dank gilt schließlich Nicole, Johannes, Julius und Magnus, ohne deren Geduld, Liebe und mahnende Wertschätzung dieses Buch ein anderes wäre.

Warnemünde, im Mai 2018

Jörg Benedict

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
------------------	---

1. Kapitel

Rechtsgefühl und Dogmatik: *Auf der Suche nach Wissenschaft*

§ 1 Anno 1861: Jherings „culpa in contrahendo“	17
§ 2 Anno 1867: Jherings Revocation	77
§ 3 Zeitlos: Die culpa als causa obligationis?	133

2. Kapitel

100 Jahre BGB: *Auf der Suche nach Entdeckungen*

§ 4 Status quo ante (1900): Gemeines Recht und ‚gemeines‘ BGB	225
§ 5 Entdeckungsfieber (1900–1930): Renaissance der c.i.c.	283
§ 6 Abstraktionsfieber (1930–1945): Barock der c.i.c.	391
§ 7 Restauration (1945–2000): Konsolidierung in Kontinuität	454

3. Kapitel

Abschied vom BGB: *Ende oder Kontinuität der Geschichte?*

§ 8 Reform ohne Form: Culpa in tangendo	593
§ 9 Reform ohne Inhalt: Einzelfallgerechtigkeit	694

Literaturverzeichnis	747
----------------------------	-----

Sachwortverzeichnis	807
---------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	IX
Einleitung	1

1. Kapitel

Rechtsgefühl und Dogmatik: *Auf der Suche nach Wissenschaft*

§ 1 Anno 1861: Jherings „culpa in contrahendo“	17
I. Ausgangspunkt: Die Dogmatik des sog. „Willensdogmas“	17
II. Rechtstheoretische Krise I: <i>Ratio scripta</i> oder Rechtsgefühl?	21
1. Das Jahr 1861: Scherz und Ernst und Billigkeit	22
a) Die Grenzen des rechtspositivistischen Denkens	23
b) Savigny und Jhering: systematisierende Vernunft vs. pathetisches Gefühl	26
c) Damaskus-Erlebnisse: oder was wirklich geschah	27
2. Rechtsgefühl und Prinzipienkultus	32
a) Theorie und Praxis: Das Rechtsgefühl als Korrektiv juristischer Konstruktion	34
b) Krieg und Frieden: Der Kampf ums Recht	39
c) Ursprung und Ziel: Der Zweck im Recht	41
d) Prinzipien und Gefühl: Die Abstraktion als Lehrmeisterin des Rechts	43
3. Noch ein „Damaskus“: Abschied von Rechtsgefühl und Prinzipienkultus	47
III. Dogmatische Konstruktion	52
1. Die „Entdeckung“ eines Rechtsprinzips?	52
2. Prokrustes: Die <i>culpa</i> auf dem Streckbett	59
a) Abstraktion: Die Konstruktion der Klage	61
b) Scherz und Ernst: Die ersten Fallgruppen der c.i.c.	63
3. Zwei nachhaltige Konstruktionsfehler	67
a) Grenzen der <i>culpa</i>	68
b) Nichtigkeit und Rechtsfolge	71

§ 2 Anno 1867: Jherings Revocation	77
I. Das Schuldmoment im römischen Recht	79
1. Zwei Einsichten	80
a) <i>Culpa</i> als Haftungsbegrenzung	80
b) <i>Culpa</i> und objektives Unrecht	83
2. Ein Nekrolog	86
II. Rechtstheoretische Besinnung: „Objektivität des Rechts“	89
1. Jherings Beschreibung der Rechtsevolution	89
a) Injurien und Causalnexus	90
b) Die Arglist als juristische Kategorie	93
2. Delikt und Vertrag I: <i>dolus</i> , <i>bona fides</i> und <i>pacta sunt servanda</i>	96
a) Der ursprüngliche Kern des <i>dolus malus</i> : Versprechens-, Vertrauens-, Vertragsbruch	96
b) Problem und Grund für die Subsidiarität der <i>actio doli</i>	103
c) Vom <i>dolus</i> zum Vertrag	106
3. Delikt und Vertrag II: <i>dolus</i> , <i>culpa</i> und Pflichtverletzung	109
a) Beweisrechtlicher Aspekt: Die <i>culpa</i> als <i>dolus preasumptus</i>	109
b) Materiell-rechtlicher Aspekt: Die <i>culpa</i> als Pflichtverletzung	114
III. Rechtsdogmatische Besinnung: <i>Culpa</i> als Haftungsbegrenzung	121
1. Tatbestand: „Ohne Schuld kein Schadensersatz“	121
2. Rechtsfolge: „Gleichgewicht zwischen Schuld und Schadensersatz“	124
§ 3 Zeitlos: Die <i>culpa</i> als causa obligationis?	133
I. <i>Culpa</i> und Rechtsverletzung	137
II. Der Mythos von einer allgemeinen <i>actio culpa</i>	140
1. Postklassisch: Ausdehnung der <i>actio legis Aquiliae</i>	140
a) Die Larva legis Aquiliae	143
b) Der Einfluss des deutschen Rechts	150
c) Der Einfluss des Vernunftrechts	154
2. Aufklärung und Unklarheit: Die Generalklausel in den Kodifikationen .	161
a) 1756: Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis	163
b) 1794: Das preußische Allgemeine Landrecht	165
c) Exkurs: Die <i>culpa</i> in contrahendo im ALR	172
d) 1804: Der Code Civil	176
e) 1811: Das österreichische ABGB	183
3. Neoklassisch: <i>Iniuria</i> und subjektives Recht	187
a) Vom Beruf jener Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft	188
b) Der Weg zum BGB: Schaden und Rechtswidrigkeit	194
c) Die Lösung des BGB: „Wohlgeordnete Rechtswidrigkeit“	199
III. Widerrechtlichkeit fahrlässiger Erklärungen?	203
1. Vorsatzdogma I: <i>Actio doli</i> und Erklärungshaftung	203
a) Undenkbar: Fahrlässige Illoyalität – Was ist das?	204
b) Verkehrsschutz: Erklärungs-fahrlässigkeit – Wohin führt das?	208

2. Vorsatzdogma II: Verschuldens-Patt	211
a) Freiheit und Kausalität: <i>Volenti non fit iniuria</i>	211
b) Reziprozität: Culpacompensation	213
3. Der Zentralparagraph der Erklärungs haftung: § 676 BGB a. F.	219

2. Kapitel

100 Jahre BGB:

Auf der Suche nach Entdeckungen

§ 4 Status quo ante (1900): Gemeines Recht und ‚gemeines‘ BGB	225
I. Dogmengeschichte und <i>Motive-Exegese</i>	225
II. „Objectivere“ (Auf-)Lösungen: Die Lehre vom Rechtsgeschäft	231
1. Unzuverlässigkeit der Erklärung I: Erklärungsmängel	235
a) Einfältig: Ein altes Problem und drei einfache Lösungen	235
b) Dreifältig: Das rechtsgeschäftliche Haftungs dreieck	239
c) Vielfältig: Die dogmatische Einordnung des § 122 BGB	242
2. Unzuverlässigkeit der Erklärung II: Stellvertretung	247
3. Unzuverlässigkeit im Willen	252
III. Was blieb: Die Lehre vom negativen Interesse?	256
1. Die Rechtsfolge als Anspruchsbegründung?	257
2. Export – Import: „reliance interest“ und „efficient breach“	262
3. Eher negativ: Das „negative Interesse“	268
a) Der theoretische Wert der Differenzierung	268
b) Der praktische Wert der Differenzierung	273
c) Eine praktisch und theoretisch vergessene Lehre	279
§ 5 Entdeckungsfieber (1900–1930): Renaissance der c. i. c.	283
I. Rechtstheoretische Krise II: <i>Ratio scripta</i> oder Freirecht?	285
1. <i>Jherings</i> Erben: Methodologische Radikalisierung	285
2. Wider die <i>ratio scripta</i> : Voluntarismus, Finalismus und Rechtsgefühl ...	290
3. Wissenschaftliche Identitätskrise: Das Lückendogma	298
II. Dogmatischer Aufbruch: <i>culpa in solvendo</i> oder <i>in contrahendo</i> ?	303
1. Die erste „große Lücke“: positive Vertragsverletzungen	303
a) Die ‚Wiederentdeckung‘ der kontraktlichen <i>culpa</i>	305
b) Begrifflicher Wandel: Von der <i>culpa</i> zur <i>Pflichtverletzung</i>	307
c) Wirklich neu: Verschmelzung von <i>culpa</i> und <i>bona fides</i>	309
2. Die Wiederbelebung der c. i. c. aus dem Geist der p. V.	311
a) Etwas ganz Neues: „Verschulden beim Vertragsschlusse“	314
b) Die ‚Entdeckung‘ <i>vorvertraglicher</i> Pflichtverletzungen	316
c) Der Grund ist gelegt: Lückenfüllung durch Aufklärungspflichten ...	318

3. Der kleine Unterschied: Haftung mit oder ohne Vertrag?	326
a) Telegraphobie: <i>Theodor Fontane</i> und die Weinsteinsäure-Entscheidung	326
b) Billigkeit und Logik: Das Ende der Bescheidenheit	331
III. Dogmatischer Dammbruch: Das <i>vorvertragliche</i> Schuldverhältnis	338
1. Die Neukonstruktion einer c.i.c. aus dem Schein der Analogie	341
a) Methodologischer Freiflug: Die These von einer Gesamtanalogie	341
b) Methodologische Skepsis: Analogie ohne Basis	346
2. Von vorvertraglichen <i>Pflichten</i> zum vorvertraglichen <i>Schuldverhältnis</i> ..	348
a) Unbilliges Deliktsrecht: Linoleumrollen- und andere (Un-)Fälle	349
b) <i>Andreas v. Thur</i> : Vom Versprechensdogma zum Rechtsverhältnis	354
c) <i>Heinrich Stoll</i> : Abstraktion und das Schuldverhältnis als „Organismus“	356
3. Probleme: Ein Schuldverhältnis aus Logik?	364
a) Begriffe und Anschauung: Das Wesen der Rechtsverhältnisse	364
b) Abstraktion: Oder der „Cultus des Logischen“	368
c) Logische Konsequenzen: dogmatische Probleme	375
d) Flucht: Die <i>culpa in contrahendo</i> als Gewohnheitsrecht	384
§ 6 Abstraktionsfieber (1930–1945): Barock der c.i.c.	391
I. Noch zwei ‚Entdeckungen‘: Schutzpflichten und Schutzpflichtverhältnis ..	394
1. Expansion: Die c.i.c. verschlingt die p.V.	395
2. <i>Anvertrauen</i> : Delikt oder Schutzpflichtverletzung?	400
3. Totale c.i.c.: Treu und Glauben und die herrschende Moral	404
a) Der Konsens der „Anständigen“ oder: Das Geheimnis freier Rechtsfindung	405
b) Flexibilität und Willkür: Licht und Schatten der Generalklausel	411
c) Sozialethik und Recht: Der totale Staat	416
II. Noch eine ‚Entdeckung‘: Vertrauenshaftung	423
1. Zarte Anfänge: Das Vertrauensverhältnis	426
a) RGZ 27, 118 – ein Initialjudiz: Gründerkrise, <i>dolus praesumptus</i> und <i>bona fides</i>	428
b) Vom vertraglichen zum <i>vorvertraglichen</i> Vertrauensverhältnis	431
2. Von der <i>culpa in contrahendo</i> zur <i>fides in tangendo</i>	433
a) Neue Sozialethik und neue Begriffe: Treue und Vertrauenshaftung ...	436
b) Ideologie und Konsequenz: Gemeinschaft, Treue und gegenseitige Rücksichtnahme	440
c) Dogmatik und Konsequenz: Vertrauen und Haftung bei „sozialem Kontakt“	446
3. Konsequenter Systembruch: Die c.i.c. als „dritte Haftungsspur“	450

§ 7 Restauration (1945–2000): Konsolidierung in Kontinuität	454
I. Der Weg zur „modernen“ Vertrauenshaftung	457
1. Die bleibende Faszination in das „Vertrauen“ als Haftungsgrund	457
a) Ubiquität: Die empirisch-phänomenologische Seite des Vertrauens ..	457
b) Materialisierungsthese: Die Normativität des Vertrauens	460
c) Sozial(istisch)e Kontinuität: Vom Gemeinschaftserlebnis zur „Materialisierung“	467
2. Wissenschaftliche Askese: Epoche des <i>dogmatischen Positivismus</i>	474
a) Rehabilitierung des „Vertrauens“ als dogmatische Kategorie	480
b) Vertrauen und Enttäuschung: Fruchtbare Rechtsfortbildung	485
c) Hysteron Proteron: Die Logik der Konstruktion	489
3. Dogmatischer Höhepunkt: Vertrauenshaftung mit System	493
a) Rechtsscheinhaftung: <i>culpa in contrahendo</i> + positives Interesse	495
b) Schrumpfungsmethodologie: Positive Vertrauenshaftung vs. Rechtsgeschäft	497
c) Vertrauensmethodologie: Eine „Wiesel-Theorie“	499
II. Der Kampf um die haftungsrechtliche Generalklausel	506
1. Renaissance des Deliktsrechts	509
a) Risikogesellschaft und Verkehrspflichten	509
b) Die „deliktsrechtliche Theorie“ formiert sich	513
2. High noon: Schutzpflichten oder Verkehrspflichten?	515
a) Die <i>culpa in contrahendo</i> in der Krise: Wider den „vagabundierenden Irrwisch“!	515
b) Der Gegenschlag: Wider die deliktische Generalklausel	523
c) Bumerang-Effekt: Wer im Glashaus sitzt	527
3. Unreflektierte Dogmen: Sonderverbindung als Haftungsbeschränkung?	532
a) Pseudo-naturrechtliche Hypothesen: Die Rückkehr des <i>neminem laedere</i>	533
b) Pseudo-psychologische Sonderverbindung: Der „hypothetische Kontakt“	537
III. Miscellen: Risse in der dogmatischen Stuckatur	545
1. Ohne Begründung: Misstrauen in das „Vertrauen“	546
a) Endlich: Eine Grundschrift zur <i>negativen Vertrauenshaftung</i> ?	547
b) Antithetik: <i>Selbstbindung ohne Vertrag</i> ?	549
c) Anti-ethik: Gemeinschaft oder Freiheit?	554
2. Dogmatischer Liberalismus: Rückkehr der „Freiheit“?	556
a) Freiheit: oder die Unmöglichkeit <i>fehlerfreier Selbstbestimmung</i>	558
b) Freiheit: Metamorphosen eines Begriffs	561
c) Freiheit, Gleichheit, Paternalismus: Die letzten Prinzipien der Rechtsdogmatik	565

3. Der Weisheit letzter Schluss: Rückkehr der <i>culpa</i> !	573
a) Rechtsethik: „Redlichkeit“ und „Verkehrsschutz“	573
b) Mikroökonomische Makrojurisprudenz: Reduzierung von Transaktionskosten?	578
c) Zurück zur Dogmatik: Das „Vorsatzdogma“!	585

3. Kapitel

Abschied vom BGB: *Ende oder Kontinuität der Geschichte?*

§ 8 Reform ohne Form: Culpa in tangendo	593
I. Endlich: Ein gesetzlich geregeltes „gesetzliches Schuldverhältnis“	600
1. Dogmatisches Finale: Die Vertrauenshaftung im BGB	601
2. Schutzpflichten: Ein „weites Feld“!	606
a) „Rücksichtnahme“ als Schutzpflicht?	608
b) Der Schutz von Rechten, Rechtsgütern und Interessen!?	610
3. Im Gesetz nichts Neues: Nur ein „Merkzettel“?	613
a) Neue Gewaltenteilung: Die Selbstbindung des Gesetzgebers an die Judikatur	614
b) „Wolken in einen Sack fangen“: Abbildung nur der „geltenden Rechtslage“ – Welche?	618
II. Zerstörte Illusionen: Einer Reform Ende	622
1. Ach ja: Rechtsklarheit durch Reform?	623
2. Augen zu: ... denn sie wissen nicht, was sie tun!	628
a) Abschied vom BGB I: Bruch des „inneren Systems“	629
b) Abschied vom BGB II: Die Rechtsprechung als Maß aller Dinge	632
c) Abschied vom BGB III: Vom Beruf unserer Zeit	635
3. Augen auf: Die dogmatischen „Verwerfungen“	637
a) „Systemwechsel“ und die Arbeit an Symptomen	638
b) Im BGB nichts Neues? – Die Perpetuierung der Konkurrenzprobleme	643
c) Hybride Neuschöpfungen: Das Beispiel der „anfänglichen Unmöglichkeit“	647
III. Das Problem: Generalklausel oder Einzeltatbestände?	653
1. „Wovon man nicht reden kann ...“ – oder will?	654
2. „Vielfalt des Lebens“? – Drei Beispiele neuerer Rechtsprechung	660
a) Fall 1: Nudum pactum ex quo non oritur actio?	660
b) Fall 2: Kalkulationsirrtum oder Vertragsbruch?	664
c) Fall 3: In dubio pro <i>c. i. c.</i> – Schmiergeld und Vertretungsrecht	668
3. Vorvertragliche Aufklärungspflichten – Doch etwas Neues?	672
a) Dogmatische und metadogmatische Mythen	675
b) Informationsprobleme – Alter Wein in neuen Schläuchen	684
c) Aufklärungsprobleme – Die Dogmatik des Erwartungsschutzes	690

§ 9 Reform ohne Inhalt: Einzelfallgerechtigkeit	694
I. Zwischen den Zeiten: Erben des Freirechts	694
1. Evolution des Rechts: Vom BGB zum Ordal	699
2. Wissenschaftliche Hochschätzung: Das Gerücht von der Lücke	701
a) Nur einmal angenommen ... – Ein Gedankenexperiment	703
b) Scherz und Ernst mit der Kodifikation	706
c) Die Flexibilität juristischer Unübersichtlichkeit	709
3. Wissenschaftliche Geringschätzung: Publizität und Transparenz?	711
a) Noch einmal: Der <i>dolus</i> im Rechtsverkehr	713
b) Der Zusammenhang von Inhalt und Form	719
c) Ein tieferer Zusammenhang: Intransparenz und Einzelfallgerechtigkeit	721
II. Vertrauen ohne Haftung: Die Orakel des Rechts	724
1. Rechtsfrieden: Prozessrecht und materielles Recht	725
2. Zurück zur Fallsammlung: Vom <i>Civil</i> zum <i>Case Law</i>	734
3. Richter-Qualifikation: Ausbildung zur „Einzelfallgerechtigkeit“?	738
 Literaturverzeichnis	 747
Sachwortverzeichnis	807

Einleitung

„Ich schließe diese Abhandlung mit der Hoffnung, daß mir trotz der Sorgfalt, die ich auf die Sammlung der hierher gehörigen Fälle verwandt habe, noch manche entgangen sein mögen, und richte an jeden, der in der Lage ist, mir einen Beitrag zu liefern, die Bitte, mir denselben zukommen zu lassen, damit ich ihn für eine etwaige spätere Revision dieser Lehre benutzen kann.“

Rudolf v. Jhering, 1861¹

Als Rudolf v. Jhering im Jahr 1861 seinen berühmten Aufsatz zur *culpa in contrahendo* in den von ihm gemeinsam mit Gerber herausgegebenen Jahrbüchern dem wissenschaftlichen Publikum übergab, war er sich der Neuigkeit, die er hierin mitzuteilen gedachte, war er sich der Neuheit der von ihm vorgestellten Lehre durchaus bewusst. Der Begriff „*culpa in contrahendo*“ kam im ganzen *Corpus Iuris Civilis* nicht vor. Erst Jhering prägte mit diesen drei Worten ein Haftungsinstitut, das in die Rechtsgeschichte eingegangen ist, ohne dass es deshalb auch bereits als Gegenstand wissenschaftlicher Betrachtung ausschließlich der Geschichte übergeben wäre. Im Gegenteil: Jhering hatte am Ende seiner Abhandlung der Hoffnung Ausdruck verliehen, dass ihm bei der „Sammlung“ der zu seiner Lehre gehörigen Fälle „noch manche entgangen sein mögen“. Heute gilt es als gesicherte Lehre, dass dem in der Tat so sei. Das Institut der *culpa in contrahendo* hat in den vergangenen 100 Jahren einen praktischen sowohl als auch literarischen Zuspruch erlangt,² von dem Jhering beim Ausdruck seiner Hoffnung kaum den Hauch einer Ahnung gehabt haben konnte. So war er schon nicht ganz frei von Skrupeln, ob er nicht bei der von ihm gebildeten, aus heutiger Sicht geradezu bescheiden anmutenden Kasuistik „hie und da zu weit gegangen“ war.³ Auch hat er für sich in Anspruch genommen, „alle denkbaren Fälle ... aufzuführen und zu entscheiden und lieber nach dieser Richtung hin zu viel, als zu

¹ Culpa in contrahendo, JhJb 4 (1861), 1/106.

² Nahezu unüberschaubar sind Monografien und Aufsätze, unzählig die Judikate zur *culpa in contrahendo*. Medicus hat von einer „übermäßig wuchernden“ (JuS 1965, 209/214) bzw. „stürmischen Entwicklung“ (Entdeckungsgeschichte, 1986, S. 169) gesprochen; Picker, p. F. und c.i.c., AcP 183 (1983), 369/419 von einem „epidemischen Vordringen“; Fleischer, Vertragliche Pflichten (2001), S. 243/251 nennt die c.i.c. „eine höchst praktische Rechtsfigur“.

³ Jhering, Culpa in contrahendo, JhJb 4 (1861), 1/52.

wenig zu thun“.⁴ Dass er gleichwohl nur den Keim für eine wichtige und richtige Entwicklung gelegt habe, gilt heute allgemein als gesicherte Erkenntnis.

Die Proliferation der Fälle, in denen die *culpa in contrahendo* im weiteren Verlauf der Rechtsentwicklung allein in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, zunächst des Reichsgerichts und dann vor allem aber des Bundesgerichtshofs, als Haftungsbegründung herangezogen worden ist, übersteigt nahezu das Maß verständiger Rationalisierung. Nimmt man die Fälle hinzu, bei denen eine Haftung der abstrakten Lehre nach in Betracht gekommen wäre, die *culpa in contrahendo* gleichwohl abgelehnt oder gar nicht explizit erwähnt wurde oder zuweilen und zunehmend auch andere, gelegentlich noch abstraktere Begriffe zur Beschreibung desselben oder umfassenderen Haftungsphänomens verwendet werden (etwa: Haftung auf das *negative Interesse*; Haftung aus *Verschulden bei Vertragschluss*, *vorvertraglichem Verschulden*, *vorvertraglicher Pflicht*-, insbesondere *Treu-*, *Schutzpflicht*-, *Aufklärungs*- oder *Informationspflichtverletzung*, *Erklärungs*-, *Vertrauens*-, *Auskunfts*- oder *Informationshaftung*, *Sonderverbindung*, *sozialem* oder geschäftsähnlichem *Kontakt* u. a. m.), dann erscheint das Fallmaterial gleichsam unbeherrschbar. Die Initialen *c. i. c.* stehen mittlerweile für einen eigenen modernen *c. corpus i. uris c. i. civilis*; eine eigene umfangreiche Sammlung an Kasuistik und theoretisierenden Fragmenten, die zu überblicken und systematisch zu durchdringen Wissenschaft und Praxis im Grunde seit langem aufgegeben haben.

Man hat versucht, der Mannigfaltigkeit der Haftungsmöglichkeiten und der damit verbundenen zunehmenden Ausdehnung des Haftungsinstituts mittels Fallgruppenbildung Herr zu werden. Die Expansion der Haftung erscheint beherrschbar, wenn sich der unmittelbare Anwendungsbereich – je nach Zuschnitt – in drei oder fünf Fallgruppen benennen lässt. Freilich hatte bereits *Jhering* vier Fallgruppen für seine *culpa in contrahendo* ausgemacht. Und so täuscht die Bildung von Fallgruppen leicht über das tatsächliche Ausmaß des aktuellen Haftungsspektrums hinweg: Gehaftet wird nämlich bei nicht wirksam zustande gekommenen Verträgen, aber auch bei wirksam zustande gekommenen Verträgen, und gehaftet wird schließlich auch dann, wenn gar kein Vertrag beabsichtigt war. Man mag sich mit diesen drei Fallgruppen begnügen oder weiter differenzieren, jedenfalls erstreckt sich die Haftung, auch wenn sie scheinbar eingegrenzt zuweilen als *vorvertragliche* bezeichnet wird, auf den gesamten bekannten Bereich des klassischen Vertrags- und Schuldrechts. Im Grunde kann man heute nahezu jeden Fall aus diesem Bereich mittels *culpa in contrahendo* in der einen oder anderen Richtung entscheiden: Gehaftet wird, weil ein erwünschter Vertrag nicht oder ein unerwünschter Vertrag zustande gekommen ist; gehaftet wird, weil etwas erklärt oder weil etwas nicht erklärt wurde. Mit dem Haftungsinstitut lässt sich mittlerweile jede beliebige Rechtsfolge konstruieren,

⁴ *Jhering*, *Culpa in contrahendo*, *JhJb* 4 (1861), 1/56.

ob es um die Beseitigung eines Vertrages, die Konstruktion von Vertragsfolgen, Schadensersatzansprüche bei benannten Rechtsgutsverletzungen oder bei reinen Vermögensschäden geht. Die Potenz und Flexibilität der *culpa in contrahendo*, neben oder an Stelle alter und bekannter Rechtsinstitute Pflichten und Ansprüche zu begründen, erscheint unerschöpflich.

Wenn es nicht nur eine ökonomische, sondern auch eine rechtstheoretische bzw. rechtspraktische Analyse des Privatrechts gäbe, so hätte die *culpa in contrahendo* sicher gute Chancen, das ‚Ranking‘ der wirkmächtigsten „juristischen Entdeckungen“ zu gewinnen. Es gibt derzeit vielleicht kein anderes Rechtsinstitut, das so viele Referenzen aufzuweisen hat wie die *culpa in contrahendo*. Der Anwendungsbereich dieses Haftungsinstituts ist schon lange aus dem Kernbereich des deutschen Vertrags- und Schuldrechts herausgetreten: Er lässt sich auf nahezu alle speziellen Materien des Zivilrechts ausdehnen (etwa: das Familien-⁵ und Erbrecht⁶, das Arbeits-,⁷ Gesellschafts-,⁸ Versicherungs-,⁹ Wettbewerbs-,¹⁰ Bau-¹¹ und Transportrecht¹² etc.), und die c. i. c. hat einen gesicherten Platz seit langem auch im öffentlichen Recht¹³. Insbesondere die ganze Materie des Verbraucherschutzrechts (mit den zentralen Instrumenten: Widerrufsrechte

⁵ *Grandpair*, Haftung für culpa in contrahendo auf dem Gebiete der vormundschaftlichen Vertretung (1950); *Ballerstedt*, Haftung des Ehegatten als Stellvertreter für culpa in contrahendo?, FamRZ 1955, 200 ff.; *Canaris*, Das Verlöbnis als „gesetzliches“ Rechtsverhältnis, AcP 165 (1965), 1 ff.

⁶ *Miserre*, Die „culpa in testando“. Möglichkeiten und Grenzen einer Vertrauenshaftung im Erbrecht (2002).

⁷ *Kaufmanns*, Die Haftung für culpa in contrahendo im Arbeitsrecht (1966); *Haiduk*, Die culpa in contrahendo im Arbeitsverhältnis (1971); *Kuenster*, Die culpa in contrahendo in vorvertraglichen Rechtsbeziehungen (1994).

⁸ *Hartig*, Allgemeine und gesellschaftsrechtliche Verhandlungshaftung (1935); *Mabillard*, Gesellschaftsrechtliche Aspekte der Vertragsverhandlungen (2004); *Elsing*, Post-M&A-Streitigkeiten und culpa in contrahendo (2015).

⁹ *Jaax*, Culpa in contrahendo im Versicherungsrecht (1935); *L. Schmidt*, Entwicklungstendenzen im Privatversicherungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der culpa in contrahendo (1951); *Sieg*, Zur Haftung des Versicherers aus culpa in contrahendo, BB 1987, 352; *Schlossareck*, Ansprüche des Versicherungsnehmers aus culpa in contrahendo (1995).

¹⁰ *Selke*, Erstattung von Rechtsanwaltskosten bei unberechtigter Abmahnung aus culpa in contrahendo, WRP 1999, 286.

¹¹ *Hahn*, Haftung aus „culpa in contrahendo“ bei der Vergabe im Baurecht, BauR 1978, 426; *Drittlér*, Schadensersatz aus culpa in contrahendo bei nachgewiesenem Verstoß gegen §§ 25 und 26 VOB A, BauR 1994, 451.

¹² *Konow*, Das Verhältnis der Haftung wegen culpa in contrahendo zur eisenbahnfrachtrechtlichen Haftung dargestellt auf der Grundlage des Privatrechts der Bundesrepublik Deutschland (1983); *Schmid/Kehl*, Die Haftung des CMR-Frachtführers nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo, TranspR 1996, 89.

¹³ *Battis*, Culpa in contrahendo im Beamtenrecht, ZBR 1971, 300; *Littbarski*, Die Haftung aus culpa in contrahendo im öffentlichen Recht, JuS 1979, 537; *Jäckle*, Die Haftung der öffentlichen Verwaltung aus culpa in contrahendo im Licht der oberinstanzlichen Rechtsprechung, NJW 1990, 2520; *Kellner*, Die so genannte culpa in contrahendo im Beamtenrecht, DVBl 2004, 207–213; *Adam*, Öffentliche Vertragsvergabe und culpa in contrahendo (2005).

des Verbrauchers und Informationspflichten des Unternehmers) ist im Grunde nichts anderes als eine mittlerweile weitgehend selbstständige Fußnote zur *culpa in contrahendo*. Alles, was in Sachen Verbraucherschutz an Sekundärrecht aus Brüssel verbindlich zur Umsetzung ansteht – sei es etwa der Schutz vor Überrumpelung, die Neustrukturierung der Versicherungsvermittlung, des Fernabsatzes oder der Kreditgewährung – alles betrifft den Bereich der Vertragsanbahnung und mithin Grundfragen, die mit dem Stichwort *culpa in contrahendo* in näherem Bezug stehen.¹⁴ Damit auf das engste verbunden ist mittlerweile die „Supranationalität“ der vorvertraglichen Haftungskonzeption. Die internationale Beachtung dieses Rechtsinstitutes sucht ihresgleichen,¹⁵ und überhaupt scheint es so, als würde insbesondere auf transnationaler Ebene der *vorvertragliche* Bereich als Gegenstand des Vertragsrechts gerade erst als ‚Forschungsgegenstand‘ entdeckt.¹⁶ „Die eigentlichen Rechtsprobleme des Vertragsrechts betreffen heute“, so heißt es, „nicht mehr so sehr den Vertragsschluß, sondern die Periode vor dem eigentlichen Vertragsschluß und die Implementierungsphase.“¹⁷

¹⁴ Vgl. bereits die Einbeziehung des Verbraucherrechts bei *Medicus*, Gutachten (1981), S. 522 ff.; im Übrigen nur MünchKomm/*Emmerich* (2007) § 311 Rn. 58.

¹⁵ Bereits *Dölle*, Juristische Entdeckungen (1958), S. 1/9 hat unter Hinweis auf *Nirk*, Rechtsvergleichendes zur c.i.c., RabelsZ 18 (1953), 310 ff. darauf hingewiesen, „daß rechtsvergleichende Untersuchungen den vielfachen Einfluß der *Iheringschen* Gedanken auf die Gestaltung des ausländischen Rechts nachgewiesen haben“. Dieser Einfluss ist seither nicht geringer geworden. Eine willkürliche und nur exemplarische Auswahl: *Kessler/Fine*, *Culpa in Contrahendo*, 77 Harv. L.Rev. 401 (1964); *Francesco Benatti*, La responsabilità precontrattuale (1963); *Karassis*, *Culpa in Contrahendo* im Griechischen Recht (1978); *Pilpel*, Das Wesen der culpa in contrahendo. Eine vergleichende Untersuchung zum Deutschen, Englischen und Israelischen Recht (1976); *Welser*, Die culpa in contrahendo im österreichischen Recht, LJZ 1984, 101; *Gonzenbach*, *Culpa in contrahendo* im schweizerischen Vertragsrecht (1987); *González*, La culpa in contrahendo (1989); *Chaussade-Klein*, Vorvertragliche „obligation de reseinements“ im französischen Recht (1992); *De Villepin*, Schadensersatzansprüche wegen gescheiterter Vertragsverhandlungen nach spanischem Recht (1999); *Ying Chi*, Verschulden bei Vertragsverhandlungen im chinesischen Recht (2005); *Wojtas*, Die Haftung für culpa in contrahendo in Polen und in Deutschland (2017); vgl. auch *Frick*, *Culpa in Contrahendo: Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie* (1992) und *Fleischer*, Informationsasymmetrie (2001), S. 416 ff. jeweils m. w. N.

¹⁶ Hierzu etwa nur: *Farnsworth*, Negotiation of contracts and precontractual liability (1990); die Beiträge in: *Hondius* (Hrsg.), Precontractual Liability, Reports to the XIIIth Congress, International Academy of Comparative Law (1991); *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht Bd. I (1996), S. 50 ff., 308 ff.; *Schütz*, UN-Kaufrecht und Culpa in contrahendo, 1995; *Hager*, Die culpa in contrahendo in den UNIDROIT-Prinzipien und den Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2000), S. 67 ff.; die Beiträge in: *Schulze/Ebers/Grigoleit* (Hrsg.), Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire (2003); *Giliker*, Precontractual liability in English and French law (2002); *dies.*: Regulating Contracting Behaviour, ERPL 5 (2005), 621; Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire (2003); *Erp*, The Pre-Contractual Stage (2004); *Wilhelmsson/Twigg-Flesner*, Pre-contractual information duties in the *acquis communautaire*, ERCL 2 (2006), 441; *Cartwright*, Precontractual liability in European Private Law (2008); *Torsello*, Precontractual liability and preliminary agreements (2014); *Schulze*, Europäisches Vertragsrecht (2015), insb. S. 147 ff. („Vorvertragliche Pflichten“).

¹⁷ *Kirchner*, Europäisches Vertragsrecht (1997), S. 103/122.

Kurz: Es herrscht die Ansicht, *Ihering* habe „mit der Prägung des Begriffs *culpa in contrahendo* der weiteren Rechtsentwicklung national und international den Weg gewiesen“.¹⁸

So groß nun aber die *praktische Bedeutung* der vorvertraglichen Haftung sich einerseits erweist, die *rechtstheoretische Begründung* derselben ist bis heute alles andere als geklärt. Es gehört freilich zu der üblichen Rhetorik am Beginn einer wissenschaftlichen Untersuchung, dem Gegenstand derselben eine große Dunkelheit zu bescheinigen, um jedenfalls den guten Vorsatz, endlich Licht ins Dunkle zu bringen, deutlich herauszustreichen. Für das hier vorliegende Thema ist es nun allerdings nicht notwendig, das Merkwürdige der Sache selbst vorzutragen. Es genügt ein Hinweis auf Äußerungen derer, die sich bereits zuvor dem Thema eingehend gewidmet haben, um anschließend zu konstatieren, dass es gleichwohl bis heute nicht wirklich heller um die Sache geworden ist. Die Quantität der rechtswissenschaftlichen Abhandlungen kann dabei mit der Quantität des Fallmaterials durchaus Schritt halten. Trotz einer „nicht mehr überschaubaren Zahl von Traktaten“ finde man ein „unerforschtes Terrain“ vor,¹⁹ das sich insbesondere durch seine „Undurchdachtheit“²⁰ auszeichne. Die *culpa in contrahendo* sei „ein geradezu unerschöpflicher Gegenstand rechtsdogmatischen Bemühens“²¹ und gleichwohl immer noch eine „inhaltsleere Hülse“,²² ein „Vehikel“²³ und „wandelnder Irrwisch“²⁴ für „hypertrophierendes lückenfüllendes Richterrecht“²⁵; ein „bequemes Allzweckinstrument“, das „in jedem Einzelfall ohne Bindung an die Wertungen des Gesetzes eine (beliebige) Billigkeitsentscheidung“ ermögliche.²⁶

Der Kontrast zwischen Praxis und Theorie der vorvertraglichen Haftung könnte nicht größer sein: Man ist von ihrer praktischen Unentbehrlichkeit überzeugt, bezüglich der Begründung herrscht jedoch bis heute eine „wahre babylonische Verwirrung“²⁷, die aufzulösen bereits früh mit dem Argument aufgegeben worden ist, die *culpa in contrahendo* sei doch eigentlich „gewöhn-

¹⁸ *Fleischer*, Vorvertragliche Pflichten (2001), S. 243/244; ebenso bereits *Dölle*, Juristische Entdeckungen (1958), 1/9: „Man sieht also: *Ihering* hat mit seiner Entdeckung der sog. culpa in contrahendo eine überaus weittragende Entwicklung eingeleitet und uns den Weg zu einer gerechten und vernünftigen Beurteilung zahlreicher sozialer Gegebenheiten gebahnt.“

¹⁹ *Picker*, p. F. und c.i.c., AcP 183 (1983), 369/386.

²⁰ *Evans-v. Krbek*, Überlegungen, AcP 179 (1979), 85/87.

²¹ *Köndgen*, Positivierung der culpa in contrahendo (2001).

²² *Bohrer*, Dispositionsgarant (1980), S. 197.

²³ *v. Bar*, Gutachten II (1981), S. 1716 f.

²⁴ *Lieb*, Grundfragen der Schuldrechtsreform, AcP 183 (1983), 327/333.

²⁵ *Köndgen*, Positivierung der culpa in contrahendo (2001), S. 234.

²⁶ *MünchKomm/Emmerich* (1979), vor § 275 Rn. 86; *ders.*, Recht der Leistungsstörungen (1978), § 2 IV., S. 13 und § 5 A III 2, S. 35; in diesem Sinne auch *Gottwald*, Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1982, 876.

²⁷ *Negendanck*, Zur Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluss (1928), S. 1.

heitsrechtlich legitimiert“.²⁸ So muss es denn auch nicht verwundern, wenn im Zuge der „Schuldrechtsmodernisierung“ und der Frage, ob und inwieweit die Haftungsvoraussetzungen der c.i.c. im BGB kodifiziert werden könnten, sogar der Sprachphilosoph *Ludwig Wittgenstein* als Zeuge bemüht wurde, um festzustellen, dass man bis heute über dieses Institut eigentlich auch gar nicht sinnvoll reden könne: und wovon man nicht reden könne, davon müsse man schweigen.²⁹ Diese rechtswissenschaftliche Sprachverweigerung ist vor allem deshalb sehr originell, weil sowohl die Literatur als vor allem auch die Rechtsprechung geradezu überströmen von Sprech- und Spruchakten zur vorvertraglichen Haftung und so gesehen offenbar von Dingen reden, die manchem die Sprache verschlägt. Und in der Tat, trotz einer schier unübersehbaren Literatur: der vorvertraglichen Haftung „fehlt der Tatbestand“.³⁰ Daran hat auch die Normierung eines komplexen „Merkzettels“ (vgl. §§ 280, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 3 BGB) nichts geändert: „Eine hübsche Spielerei – mit einer letztlich inhaltsleeren Generalklausel.“³¹

Die Auswirkungen mangelnder Theoriebildung zu vorvertraglichen Schutzpflichtverletzungen gehen über das deutsche Recht hinaus. Sie bereiten Kopferbrechen im Internationalen Privat- und Prozessrecht,³² pflanzen sich auf rechtsvergleichender und europäischer Ebene fort und lassen sich in dem jüngsten Versuch eines Kodifikations-Projekts, dem Entwurf eines „Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts“ (DCESL) sinnfällig betrachten: Der „Mangel an Tatbestand“ wird hier sichtbar in sprachlichen Unglücksfällen, Redundanzen und ungelösten Konkurrenzen. Bereits Art. 2 DCESL postuliert eine umfassende

²⁸ *Picker*, p. F. und c.i.c., AcP 183 (1983), 369/386; resignierend MünchKomm/Emmerich (2007), § 311 Rn. 64: „Der Versuch, die disparaten Fälle der c.i.c. auf einen einzigen rechtlichen Grundgedanken, dh. auf einen einheitlichen Haftungsgrund zurückzuführen, muss ... wohl aufgegeben werden.“

²⁹ *Huber*, Das geplante Recht der Leistungsstörung (2001), S. 31/37: „Man fragt sich, ob der Gesetzgeber sich in diesem Punkt nicht besser die Maxime des Philosophen zu eigen machen sollte: ‚Wovon man nicht sprechen kann, darüber muß man schweigen.‘“; in diesem Sinne hat auch *Köndgen*, Positivierung der culpa in contrahendo (2001), S. 231/233 die Ansicht vertreten, dass sich die theoretischen Bemühungen um die Fassung der c.i.c. „jeglichen Normierungsversuchen entziehen“.

³⁰ *Bohrer*, Dispositionsgarant (1980), Vorwort, S. XV.

³¹ *Rieble*, Die Kodifikation der culpa in contrahendo (2003), S. 137/138; ebenso *Keller*, Schuldverhältnis und Rechtskreisöffnung (2007): „Der Kodifikation der §§ 311 Abs. 2 und Abs. 3 BGB fehlt ... ein fassbarer Tatbestand.“

³² Zu diesem Dauerproblem etwa nur: *Bernstein*, RabelsZ 41 (1977), 281; *Degner*, RIW 1983, 825; *Busche*, DRiZ 1989, 370; *Küpper*, DRiZ 1990, 445; *G. Fischer*, JZ 1991, 168; *Nickl*, Die Qualifikation der culpa in contrahendo im internationalen Privatrecht (1992); *Schwartz*, IPR der Haftung für Vermögensschäden infolge fahrlässig falsch erteilter Auskünfte (1998); *Schmidt-Kessel*, Zur culpa in contrahendo im Gemeinschaftsprivatrecht, ZEuP 12 (2004), 1019 ff.; *Junker*, Culpa in contrahendo im internationalen Privat- und Prozessrecht (2013), S. 1043 ff.; *G. Fischer*, Culpa in contrahendo im europäischen Internationalen Privatrecht (2009), S. 689 ff.; *Benedict*, Die culpa in contrahendo im IPR und IZPR (2013); *Henk*, Die Haftung für culpa in contrahendo im IPR und IZVR (2017).

Haftung nach „Treu und Glauben“ und dem „redlichen Geschäftsverkehr“³³; daneben ist den vorvertraglichen Informationspflichten ein eigenes umfangreiches 2. Kapitel mit nicht weniger als 16 Artikeln gewidmet. Die Regelungen des historisch gewachsenen klassischen Vertragsrechts, insbesondere zu Vertragsschluss und Einigungsmängeln, stehen völlig unabgestimmt neben den ‚modernen‘ vorvertraglichen Haftungsinstrumenten (Widerrufsrechte und Informationshaftung). Haftungstatbestände für das, was wir gemeinhin als c.i.c. ausmachen könnten, finden sich in mindestens vier Haftungsnormen (Art. 2; 29³⁴; 55³⁵; 106, Abs. 1 lit. e³⁶), deren Konkurrenz zueinander offenbar weder gesehen wurde, noch dass sich endlich Hinweise auf einen seriösen Umgang mit diesem seit langem bekannten Problem finden ließen.³⁷

Die Standpunkte, Sprechakte und Theorie-Ansätze, die vertreten werden, um diesen Bereich dogmatisch zu erfassen, sind so vielfältig wie die Namen, die dieser Haftung immer wieder neu gegeben worden sind. Manche haben sich bereits vor der Erwähnung der *culpa in contrahendo* im BGB mit der Erkenntnis zufriedengegeben, dass es sich bei der Haftung um eine *vom Recht gewollte*³⁸ oder – auch ohne gesetzliche Erwähnung – um eine *gesetzliche* Haftung handele. Andere glauben die dogmatische Begründung in einer systematischen Neuord-

³³ Abs. 1 formuliert die Pflicht: „Jede Partei hat die Pflicht, im Einklang mit dem Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs zu handeln.“ Und Abs. 2 formuliert die Rechtsfolgen bei einem Verstoß: „Verletzt eine Partei diese Pflicht, so kann sie das von der Ausübung oder Geltendmachung von Rechten, Abhilfen oder Einwänden, die ihr sonst zugestanden hätten, ausschließen, oder es kann sie für jeden Verlust, der der anderen Partei dadurch entsteht, haftbar machen.“

³⁴ „Abhilfen bei Verletzung von Informationspflichten: Eine Partei, die eine sich aus diesem Kapitel ergebende Pflicht nicht erfüllt, haftet für jeden Verlust, der der anderen Partei durch diese Pflichtverletzung entsteht.“

³⁵ „Eine Partei, die nach diesem Kapitel das Recht hat, einen Vertrag anzufechten, (...) hat unabhängig davon, ob der Vertrag angefochten wird, gegenüber der anderen Partei einen Anspruch auf Schadensersatz für Verluste infolge Irrtums, arglistiger Täuschung, Drohung oder unfairer Ausnutzung, sofern die andere Partei die maßgebenden Umstände kannte oder kennen musste.“

³⁶ Schadensersatz bei Pflichtverletzung des Verkäufers.

³⁷ Deutlich kritisch *Eidenmüller / Faust / Grigoleit / Jansen / Wagner / Zimmermann*, Der Vorschlag, JZ 2012, 269/282: „Aber auch beim Schadensersatzanspruch nach Art. 29 (1) DCESL ist ganz unklar, wie dieser sich zu dem Anspruch aus culpa in contrahendo (Art. 2 (2) DCESL) und zum gewährleistungsrechtlichen Schadensersatz (Art. 106 (1) (e) DCESL) verhält. Denn während der gewährleistungsrechtliche Schadensersatz nach Art. 106 (4), 88 DCESL durch ein Verschuldenselement beschränkt ist (gleiches gilt wohl auch für den Anspruch nach Art. 2 (2) DCESL mit dem Erfordernis eines Verstoßes gegen good faith), fehlt eine solche Beschränkung in Art. 29. Das ist konzeptionell widersprüchlich, weil jeder Sachmangel einen Verstoß gegen die Informationspflicht über diesen Mangel (Art. 13 (1) (a) DCESL) bedeutet. Zudem müssten gewährleistungsrechtliche Ansprüche durch eine angemessene Verjährungsfrist begrenzt werden ..., die ebenso durch einen allgemeinen Schadensersatzanspruch wegen Informationspflichtverletzung ausgehebelt würde.“; vgl. auch *v. Bar*, Außervertragliche Haftung, Europ. Rev. Priv. L. 18 (2010), 205.

³⁸ *Windscheid*, Pandekten II, § 307, Fn. 5: „Das Recht ist es, welches will ...“.

nung des Schuldrechts, nämlich der Eröffnung einer „dritten Haftungsspur“ zwischen Vertrag und Delikt allein finden zu können, während wieder andere an eine Emanation des naturrechtlichen Grundsatzes *neminem laedere* oder eine „Selbstbindung ohne Vertrag“ glauben.

Insbesondere die ernsthaften Fragen nach dem tieferen Gehalt der Haftung jenseits dogmatischer oder systematischer Lozierung bringen ein faszinierendes Spektrum wundersam abstrakter Eigenschaften der *culpa in contrahendo* hervor, die jeder tiefere Blick leicht als Leerformeln und / oder Antagonismen erkennen kann. Demnach diene die vorvertragliche Haftung dem Schutz von Treu und Glauben, der Förderung des Gemeinnutzes, der Sicherung der Gleichheit oder der Bewahrung der Freiheit; es gehe um den Schutz der (wahren / echten / wirklichen) Selbstbestimmung, ein Korrelat der Privatautonomie, den Schutz des Vertrauens, die Realisierung der Redlichkeit, der Sicherheit und / oder Leichtigkeit im Geschäftsverkehr; die Haftung diene der Effizienz, der Senkung von Transaktionskosten oder einer gerechten Entscheidung im Einzelfall, der Flexibilität, der ökonomischen Wohlfahrt und manch anderem Guten mehr. Insbesondere aber gehe es vor allem um eine Haftung für *culpa*, d. h. das „*unleugbare Bedürfnis nach einem rechtlichen Schutz des fahrlässig irreführten Vertragspartners*“.³⁹ Die Haftungsbegründung hält sich also bei allen abweichenden und neueren Formulierungen noch immer in dem von *Jhering* vor über 150 Jahren gezogenen Rahmen: „*Der Schaden, der durch Verschulden bei geschäftlichen Verhandlungen entsteht, ist von dem Schuldigen zu tragen und nicht von dem Unschuldigen. Einzelheiten sind noch zweifelhaft und umstritten.*“⁴⁰ Diese suggestive und zugleich leere Aussage kennzeichnet im Grunde den wissenschaftlichen Kenntnisstand bis heute, auch wenn mittlerweile der Begriff der *Pflichtverletzung* den antiquierten Begriff der *culpa* verdrängt hat.

Damit ist der Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung beschrieben: Es geht darum, die Diskrepanz zwischen praktischer Bedeutung und rechtswissenschaftlicher Fundierung der *culpa in contrahendo* näher zu betrachten: *Wie kann es sein, dass trotz umfassender literarischer Bemühungen nur eine unzureichende rechtstheoretische Klärung der Haftungsvoraussetzungen erreicht wurde, während die praktische Bedeutung der Haftung offenbar bis heute permanent zugenommen hat?*

Diese Frage bringt es mit sich, dass die vorliegende Untersuchung sich nicht lediglich einzelnen Aspekten der Haftung zuwendet oder sich auch nur allein auf eine vermeintlich dogmatische Betrachtung der *culpa in contrahendo* beschränken kann. Die Dogmatik eines Rechtsinstituts steht in Abhängigkeit des jeweiligen Rechts- und Gerechtigkeitsverständnisses der Zeit, und die Klarheit

³⁹ *Fleischer*, Konkurrenzprobleme, AcP 200 (2000), 91/100; wortgleich *ders.*, Informationsasymmetrie (2001), S. 434.

⁴⁰ *Heck*, Grundriß des Schuldrechts (1929), § 41 (S. 124).

oder Verworrenheit einer juristischen Konstruktion hängt ab von der jeweiligen Klarheit oder Verworrenheit der jeweils herrschenden Methodologie der Rechtsgewinnung. Gerade der methodologisch orientierten Rechtstheorie gilt nun freilich die hier interessierende Haftungskonstruktion seit langem schon als „Juristische Entdeckung“⁴¹; manchen gar schon als eine Folge juristischer Entdeckungen.⁴² Die *culpa in contrahendo* ist so mittlerweile bereits mit einer dogmengeschichtlichen Aura fest umwoben, gegen die jede nüchterne Analyse nicht mehr leicht ankommt. Dabei gilt doch im Gegenteil gerade für die plausibelste aller Wissenschaftstheorien die Falsifikation, d. h. die Feststellung, dass eine gut bewährt erscheinende Theorie fehlerhaft ist, als „wichtige Entdeckung“.⁴³

Insoweit kann dem kritischen Blick des Rechtsdogmatikers schwerlich entgehen, dass es sich bei der *culpa in contrahendo* im Kern um eine zu spät gekommene Haftungskonstruktion handelt, die vor allem mit bereits vorhandenen Rechtsinstituten wetteifert und dieselben Sachprobleme auf andere Weise und/oder anderem Ergebnis zu lösen sucht. Aber gegen den Mythos rechtswissenschaftlicher „Entdeckungen“ kommt das Argument des dogmatischen Details nicht leicht an. Dogmatische und methodologische Betrachtungen müssen daher bei einer kritischen Analyse des Haftungsinstituts Hand in Hand gehen. Was nämlich letztlich genau und von wem ‚entdeckt‘ wurde, bleibt bei dem methodologischen Lobpreis auf die *culpa in contrahendo* regelmäßig genauso zweifelhaft und unbegründet wie die vermeintliche Lücke, die es aus *rechtsethischer* Notwendigkeit⁴⁴ zu schließen galt. Die erzählten Rezeptions-, Entdeckungs- oder Dogmengeschichten fördern hier ganz unterschiedliche Thesen zu Tage, und dass vielleicht mit einem überhöhten Glauben an eine bahnbrechende „Entdeckung“ auch wichtige Einsichten „verdeckt“ werden, ist bisher offenbar nicht einmal im Ansatz angedacht worden. Die doppelte Konnotation des Wortes „aufdecken“ begleitet das Wesen von Geschichtserzählungen im Allgemeinen und passt für die Deutung und Wertschätzung der *culpa in contrahendo* im Besonderen: Es wird nicht nur etwas aufgeheilt, sondern auch etwas aufgetragen (zuweilen etwas zu dick). Von einem unvoreingenommen neugierigen Standpunkt aus ist die

⁴¹ Prägend Dölle, *Juristische Entdeckungen* (1958).

⁴² Larenz/Canaris, *Methodenlehre* (1995), S. 243: „Auch die Verbindung des Gedankens einer Haftung für culpa in contrahendo mit dem Vertrauensschutzprinzip und mit der Lehre von den Schutzpflichten war eine ‚juristische Entdeckung‘, mit der weit über die im Gesetz enthaltenen Ansatzpunkte hinaus die Möglichkeit zu einer Fortbildung des Rechts gewonnen wurde. Die Rechtsprechung ist hierin der Lehre gefolgt, womit zugleich die hohe Bedeutung der Dogmatik ... für die Rechtsfortbildung deutlich wird.“

⁴³ Vgl. Popper, *Duldsamkeit und intellektuelle Verantwortlichkeit* (1983): das 4. der 12 Prinzipien einer „neuen Berufsethik“ für die Wissenschaft: „Auch in den am besten bewährten unter unseren Theorien können Fehler verborgen sein; und es ist die spezifische Aufgabe des Wissenschaftlers, nach solchen Fehlern zu suchen. Die Feststellung, daß eine gut bewährte Theorie oder ein viel verwendetes praktisches Verfahren fehlerhaft ist, kann eine wichtige Entdeckung sein.“

⁴⁴ Larenz, *Methodenlehre* (1991), S. 421 ff.: „Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf ein rechtsethisches Prinzip“; inhaltsgleich Larenz/Canaris, *Methodenlehre* (1995), S. 240 ff.

Vorstellung von einer „Entdeckung“ der *culpa in contrahendo* zunächst einmal nichts weniger als ein (bisher wenig plausibel begründeter) Glaubenssatz. Und es gilt die Vermutung, dass der Mangel an tieferer Begründung dieses Dogmas auch eine wenig begründete Dogmatik geradezu zwangsläufig nach sich zieht. Ohne Klärung der vermeintlich lückenfüllenden Prämissen kann dem Haftungsinstitut auch ein tatsächlich lückenfüllender Haftungstatbestand schwerlich vindiziert werden. Jeder näheren dogmatischen Bemühung muss daher zunächst eine Analyse des Haftungsdogmas, d. h. die tiefere Begründung für das vorausgesetzte Haftungsbedürfnis vorausgehen.

Der Rahmen der nachfolgenden Untersuchung wird mithin gebildet durch die Notwendigkeit, den Zusammenhang von Rechtsdogmatik und Rechtsmethodologie zu veranschaulichen. Der passende Weg hierzu ist die Dogmengeschichte, die damit zugleich auch eine Geschichte der Zivilrechtswissenschaft in ihrem Selbstverständnis und der von ihr verfolgten Aufgabe ist. Nur in dieser Form ist es möglich, den engen Zusammenhang von rechtstheoretischem Geist und rechtsdogmatischer Konstruktion genauer nachzuzeichnen. Die Methodologie nämlich kennzeichnet den wissenschaftlichen Charakter einer forschenden Tätigkeit, die Dogmatik hingegen ihr Ergebnis. Der Zusammenhang leuchtet im vorliegenden Kontext leicht ein, wenn man sich nur den Umgang mit der *culpa in contrahendo* im 19. Jahrhundert auf der einen Seite und im 20. Jahrhundert auf der anderen Seite vor Augen führt:

Am Ende des 19. Jahrhunderts findet sich im Anschluss an *Jherings* (angekündigte) „Revision“ eine Auflösung seines abstrakt konstruierten „civilistischen Homunculus“ in differenzierte und subsumtionsfähige Tatbestände im BGB.⁴⁵ Am Ende des 20. Jahrhunderts steht eine Einladung zu „tatbestandsfreiem Judizieren“.⁴⁶ Dort die Suche nach juristischer Präzision bei der Erfassung der Lebenssachverhalte, hier, mit der vollständigen Delegation der Rechtsfindung an die Rechtsprechung im Einzelfall, der „Abschied vom BGB“⁴⁷ und die „Selbstaufgabe der Wissenschaft“⁴⁸: Die *culpa in contrahendo* sei, so heißt es in Abschlussbericht und Regierungsbegründung zur Schuldrechtsmodernisierung, „in ihrer über Jahrzehnte fortentwickelten Ausgestaltung gekennzeichnet durch eine große Flexibilität, die es verhindert, daß das Institut als solches erkennbare und reformbedürftige Mängel hat (...)“.⁴⁹ Die Frage, wie die hier klar formulierte „Flucht in die Generalklausel“, wie die „Flexibilität“ der Tatbestandslosigkeit

⁴⁵ Hierzu ausf. §§ 1–4.

⁴⁶ Der Weg der weiteren Entwicklung wird nachvollzogen in den §§ 5–7.

⁴⁷ Von *Schlegelbergers* Vortrag vom 25. Januar 1937 über die unbeachtete Mahnung von *Ernst Wolf*: Kein Abschied vom BGB, ZRP 1982, 1 ff. bis zur überstürzten Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 verläuft eine gerade Linie zum Abschied von der Kodifikation BGB; hierzu § 8.

⁴⁸ *Picker*, p. F. und c. i. c., AcP 183 (1983), 369/386.

⁴⁹ *Schuldrechtskommission*, Abschlußbericht (1992), S. 143; *Abgeordnete des Deutschen Bundestages*, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT Drucks. 14/6040, S. 161.

gleichsam zu einem mangelfreien Ideal und geradezu erstrebenswerten Dogma zivilrechtswissenschaftlicher Tätigkeit und Wertschätzung werden konnte, motiviert eine Verwunderung, die die wissenschaftstheoretische Perspektive der vorliegenden Arbeit in durchaus kritischer Neugierde hartnäckig durchzieht.⁵⁰

Es geht in der folgenden Untersuchung um nichts Geringeres als eine grundlegende „Revision“ der Lehre von der *culpa in contrahendo*. Jhering hatte eine Revision für das gemeine Recht angekündigt, und das Ergebnis derselben findet sich am Ende des 19. Jahrhunderts in der originären Fassung des BGB. Man hätte wohl erwarten können, dass eine entsprechend gründliche Revision auch hinsichtlich der weiteren Entwicklungen im 20. Jahrhundert zuletzt wenigstens im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung erfolgt wäre. Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive überrascht es dann allerdings zu erfahren, dass sich die Zivilrechtslehre genötigt sah, „geradezu aus dem Stand heraus“ (sic!) eine Aussage zur Existenzberechtigung der c.i.c. zu treffen.⁵¹ Die letzten grundlegenden Untersuchungen zur *culpa in contrahendo* stammen in der Tat aus den 30er Jahren des vergangenen Jahrhunderts.⁵² In den 1920er und 1930er Jahren übertraf die literarische Produktion zu diesem Thema die Anzahl der einschlägigen Judikatur noch um ein Vielfaches. Wer allein die Quantität der publizierten Stellungnahmen kannte,⁵³ der mochte wohl leicht den gefundenen

⁵⁰ Nüchternes Fazit §§ 8–9.

⁵¹ So Picker in seiner Stellungnahme vor der Zivilrechtslehrrervereinigung: AcP 183 (1983), 369/371.

⁵² Insb. Steinberg, Die Haftung für Culpa in Contrahendo (1930): These vom Gewohnheitsrecht; Hildebrandt, Erklärungshaftung (1931): These von der Vertrauenshaftung; Heinrich Stoll, Abschied von der positiven Vertragsverletzung, AcP 136 (1932), 257: These von einem umfassenden Schutzpflichtverhältnis.

⁵³ Neben den zuvor Genannten ohne Anspruch auf Vollständigkeit allein von 1930–1945: Kober, Die Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen – culpa in contrahendo (1930); Quirll, Haftung für Verschulden während der Vertragsverhandlungen (1930); Scholz, Verschulden beim Vertragsschluss: culpa in contrahendo (1930); Lorberg, Die Haftung für culpa in contrahendo des Stellvertreters unter besonderer Berücksichtigung des englischen Rechts (1931); Drenhaus, Die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluss, insb. bei Nichtzustandekommen eines Grundstücksübergabungsvertrages (1932); Steffen, Culpa in contrahendo und Stellvertretung (1933); Titze, Bespr. von Steinberg, Die Haftung für culpa in contrahendo, JW 1931, 512f.; Niemann, Verschulden bei Vertragsschluss (1932); Bickenbach, Haftung für culpa in contrahendo des Vertreters nach BGB (1933); Cabjolsky, Entwicklung und heutiger Stand der Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluss (1933); Dömpke, Die Grundlagen und der Umfang der Haftung für Verhalten bei Vertragsverhandlungen (1933); Ehrlich, Die Entwicklung der Lehre von der Haftung bei Verschulden beim Vertragsschluss im spätgemeinen und im bürgerlichen Recht (1933); Mühlich, Begrenzung und Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen (1933); Heinrich Stoll, Besprechung v. Hildebrandts Erklärungshaftung, JW 1933, 34; Tammerna, Die Haftung aus nicht zum Abschluss gekommenen Vertragsverhandlungen (1933); Erman, Verhalten bei Vertragsverhandlungen, AcP 139 (1934), 273; Höxter, Rechtspflichten des bürgerlichen Rechts, die keine Schuldverhältnisse sind (1934); Berger, Die Grenzen der Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen (1935); Hartig, Allgemeine und gesellschaftsrechtliche Verhandlungshaftung (1935); Ottensmeyer, Die rechtsgeschäftliche Haftung für culpa in contrahendo (1935); Wagner, Wird die allgemeine Haftung für culpa in

Diskussionsstand dahin deuten, dass alle wesentlichen Fragen „einigermaßen ausdiskutiert“⁵⁴ seien. Als es dann aber um die Frage der Normierung dieses Haftungsinstituts ging, war man sich dieser Sache plötzlich keineswegs mehr so gewiss. Die Meinungen durchmaßen das gesamte Spektrum von Sein und Nicht-Sein, von Ablehnung, Befürwortung und Differenzierung. Selbst *Dieter Medicus*, der zweifellos renommierteste Dogmatiker des alten BGB, wandelte sich im Zuge der Diskussion von einem Gegner zu einem Befürworter einer subsumtionsfreien Generalklausel und markiert damit paradigmatisch nicht nur die Antinomien in der Haltung gegenüber richterlicher Flexibilität, sondern auch eine grundlegende Transformation des Wissenschaftsverständnisses in der Zivilrechtsdogmatik des vergangenen 20. Jahrhunderts: Noch 1981 warnte er vor „einer vagen Billigkeitsrechtsprechung“,⁵⁵ um 20 Jahre später eben hierin „eine Triebfeder der Rechtsentwicklung“⁵⁶ zu erblicken.

Mit der ‚weisen‘ Zurückhaltung des Gesetzgebers, ein so praktisches Haftungsinstitut gleichsam ohne abgeschlossene intellektuelle Konsolidierung kodifizieren zu wollen, sondern stattdessen bestenfalls einen Hinweis auf die „Ergebnisse der Rechtsprechung“⁵⁷ im Gesetz aufzunehmen, erhält die hier beabsichtigte grundlegende Revision ihre Bedeutung nicht nur für die weitere europäische Entwicklung der vorvertraglichen Haftung, sondern auch für die Revision und Weiterentwicklung des geltenden deutschen Rechts. Das Wesen der vorliegenden Arbeit würde missdeutet, wenn in ihr lediglich rechts- und wissenschaftstheoretisch ausgerichtete Dogmengeschichte ohne Bezug zum positiven Recht gesehen würde. Das Ziel aller theoretischen Bemühungen dieser Untersuchung ist auch und gerade der Nutzen derselben für die praktische Jurisprudenz. Es geht insoweit um eine Freilegung des praktischen und theoretischen Kerns der Haftung für *culpa in contrahendo*, wobei sich der Verfasser durchaus zu dem Bemühen bekennt, wieder etwas von dem abzutragen, was diesem Haftungsinstitut an Wertschätzung in Entdeckungs- und Begründungsmythen,

contrahendo durch die speziellen Vorschriften der §§ 463, 480 BGB ausgeschlossen? (1935); *Junge*, Die Erklärungshaftung (1936); *Kruse*, Das Problem der Culpa in contrahendo: Ein Schadensersatzanspruch wegen gesetzlicher Verhandlungspflichten (1936); *Kinze*, Verschulden bei den Vertragsverhandlungen und Positive Vertragsverletzung (1936); *Krauß*, Die Haftung für Culpa in Contrahendo (1937); *Hans-Detlev Fischer*, Gefälligkeitsfahrt und vorvertragliche Haftung (1938); *Geiß*, Die Grundlagen der Haftung für das Verschulden bei Vertragsschluß und die Haftung für fremdes Verschulden bei Vertragsschluß (1938); *Schultz*, Entwicklung der Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß (1939); *Nell*, Vertrag und vertragsähnliche Beziehung (1940); *Haupt*, Über faktische Vertragsverhältnisse (1941); *Dölle*, Außergesetzliche Schuldspflichten, ZgS 103 (1943), 67; *Wieacker*, Leistungsbeziehungen ohne Vereinbarung, ZAkDR 1943, 33 ff.

⁵⁴ *Larenz*, Bemerkungen zur Haftung für c. i. c. (1975), S. 398.

⁵⁵ *Medicus*, Gutachten (1981), S. 486.

⁵⁶ *Medicus*, Schlussbetrachtung, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsmodernisierung (2001), S. 609.

⁵⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 161.

aufgrund wissenschaftlichen Ehrgeizes und praktischer Billigkeitsjurisprudenz (zu viel) angetragen worden ist. Neben manchem Vergessenen mag so vielleicht auch Verdecktes zum Vorschein kommen, das der zukünftigen Entwicklung in Dogmatik und Theorie des Zivilrechts wieder fruchtbarere Impulse zu geben eher im Stande sein wird, als es die bisherigen Erklärungstheorien vermocht haben. Die provokative Antithese zur jüngsten Entwicklung im Schuldrecht und die Grundthese der in diesem Sinne zunächst kritischen Bestandsaufnahme ist dabei schon längst formuliert: Die Konstruktion einer allgemeinen (vorvertraglichen) Haftung kraft Sonderverbindung ist „*kein Ruhmesblatt der deutschen Zivilrechtsdogmatik*“.⁵⁸

Um ein möglichst umfassendes Bild der *culpa in contrahendo*, ihren eigentümlichen Kern und ihre eigentümliche (Un)Beschränktheit zeichnen zu können, werden in der vorliegenden Untersuchung drei Perspektiven notwendig miteinander verbunden, die einstmals verbunden waren, in der derzeitigen Rechtswissenschaft aber nicht nur Anspruch erheben, eigenständige Forschungsdisziplinen zu sein, sondern auch als solche angesehen werden: Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik. Da mancher, der eine dieser Spezialdisziplinen betreibt, leicht geneigt ist, hierin schon die ganze Wissenschaft zu erblicken, liegt in dieser Zusammenschau freilich eine Gefahr für die Rezeption der Arbeit, weil sie nach einem bekannten hermeneutischen Gesetz zunächst vom jeweiligen Horizont des Lesers interpretiert wird. Dem Dogmatiker wird es daher leicht erscheinen, er finde zu wenig Dogmatik, dem Historiker, er finde zu wenig Historie und dem Rechtsphilosophen, er finde zu wenig Philosophie. Dieser Gefahr muss eine Arbeit sich stellen, die mit dem Anspruch auftritt, die Defizite einer autopoietischen dogmatischen Rechtswissenschaft zu vermeiden. Die Arbeit ist dem Andenken *Rudolf v. Jherings* verpflichtet, sie sucht die Materie aus seiner Perspektive historisch nachzuzeichnen und kritisch zu interpretieren, und sie ist insoweit auch seinem Wissenschaftsverständnis, d. h. einer „*Vereinigung der historischen, praktisch-juristischen und rechtsphilosophischen Tätigkeit*“ in besonderem Maße verpflichtet.⁵⁹ Die Jurisprudenz kann demnach nur dann Wissenschaft sein, „*wenn sie das positiv geltende Recht von seinen historischen und philosophischen Voraussetzungen her erfasst und geistig belebt*“.⁶⁰ Jede einzelne Perspektive hat ihren eigenen Wert und kann bis zu einem gewissen Grade eigenständig verfolgt werden. In ihrer Übersteigerung und Vereinzelung aber führt jede die Gefahr einer Pathologie mit sich: isolierte Dogmatik den „Kultus des Logischen“; isolierte Historie den „Kultus der Quellen“ und isolierte Philosophie den „Kultus der Spekulation“.

⁵⁸ *Hans Stoll*, Haftungsverlagerung, AcP 176 (1976), 145/151, Fn. 21.

⁵⁹ *Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft (1868), S. 77.

⁶⁰ So zusammenfassend *Behrends*, in: *Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft (1868), S. 15; zu diesem, für die historische Rechtsschule prägenden wissenschaftlichen Ansatz bereits *Benedict*, Savigny ist tot!, JZ 2011, 1073 ff.

„Auch in der Wissenschaft gilt das Gesetz der Theilung der Arbeit. Nur dann, wenn der Theil sich als Ganzes geriren will, wenn der Arbeiter, der für eine gewisse Arbeit eingestellt ist, keinen anderen neben sich dulden will oder mit Geringschätzung auf den anderen herabblickt, gleich als hätte das allein Werth, was er betreibt, nur dann ist es Zeit den Gegensatz, den er selber in der Wissenschaft heraufbeschwört, gegen ihn zu kehren und ihn zu erinnern, dass seine Arbeit nur Stückwerk ist (...).“⁶¹

Bei allem Anspruch an eine möglichst umfassende Darstellung einer Ideen- und Dogmengeschichte der *culpa in contrahendo* bleibt es mit *Jhering* und dem Autor des Korinther-Briefes gleichwohl doch dabei, dass alles menschliche Unterfangen, und so auch dieses, immer nur ein Versuch bleiben wird. *Denn unser Wissen ist Stückwerk ...*⁶²

⁶¹ *Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft (1868), S. 78.

⁶² 1. Korinther 13, 9.

1. Kapitel

Rechtsgefühl und Dogmatik: *Auf der Suche nach Wissenschaft*

„Wer aus der Geschichte den Unfug kennt, den die Principien angerichtet haben und unter unseren Augen noch täglich anrichten, wird begreifen, daß eine Zeit, die ihrer entbehrte, und sich bloß auf die gesunde, d. i. lediglich den praktischen Zwecken sich zukehrenden Vernunft angewiesen sah, dasjenige, was ihr not that, besser zu beschaffen im stande war, als eine hochentwickelte es vermag, deren geistiges Auge durch Principien umflort ist.“

Rudolf v. Jhering, 1894¹

¹ *Jhering*, Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts (1894), S. 18f.

§ 1 Anno 1861: Jherings „culpa in contrahendo“

„Wer eine falsche Richtung bekämpfen will, soll sich denjenigen ausersehen, der sie zuerst aufgebracht, und an der Stelle, wo er es zuerst gethan hat.“

Rudolf v. Jhering, 1889¹

Es ist mittlerweile über 150 Jahre her, dass *Rudolf v. Jhering* sich mit einigen von ihm so benannten „Trostlosigkeiten“ des römischen Rechts beschäftigte und, um diesen abzuhelpfen, eine dogmatische Begründung entwarf, deren immense Folgewirkung bis heute andauert und die längst den Rahmen der rechtsdogmatischen Beherrschbarkeit verlassen hat. Um Lösungen vorzulegen, bedarf es einer Ursachenforschung, und diese kann sinnvoll nur dort ansetzen, wo die Probleme ihren Anfang genommen haben: bei *Rudolf v. Jhering* und der vermeintlichen „Entdeckung“ eines neuen Rechtsinstituts, genannt *culpa in contrahendo*.

I. Ausgangspunkt: Die Dogmatik des sog. „Willensdogmas“

„In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio in quo alio, emptio imperfecta est.“

Ulpian, D. 18, 1, 9²

„Die Art also, etwas außer mir als das Meine zu haben, ist die bloß rechtliche Verbindung des Willens des Subjects mit jenem Gegenstande.“

Immanuel Kant, 1797³

Der dogmatische Ausgangspunkt für die Geschichte der c.i.c. ist *prinzipiell* leicht ausgemacht: Er liegt in der Überhöhung eines rechtsethischen Prinzips zur Lösung eines rechtlichen Konflikts, konkret in der Abstraktion des Rechts von der sinnlich wahrnehmbaren Form und der Erhebung des Unsichtbaren zum rechtsverbindlichen Dogma, und zwar zum *Willensdogma*.

¹ Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode (1889), Vorrede XII.

² „Bei Verkauf und Kauf ist bekanntlich ein Konsens erforderlich: daraus folgt, dass, wenn die Parteien sich über den Kaufgegenstand, den Preis oder etwas anderes nicht einig sind, ein Kauf nicht zustande kommt.“

³ Die Metaphysik der Sitten I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (1797), § 7.

Der Dualismus von Inhalt und Form, der sich für die rechtsgeschäftliche Kommunikation im Allgemeinen und die „Lehre vom Rechtsgeschäft“ im Besonderen in dem *Dualismus* von *Wille* und *Erklärung* manifestiert, führt zu einem Konflikt immer dann, wenn beide Elemente divergieren. Einer solchen Divergenz gegenüber kann das Recht sich in zweifacher Weise prinzipiell und mithin extrem verhalten. Es kann entweder allein an die Form (die Erklärung) oder allein an den Inhalt (den Willen) Rechtsfolgen zu knüpfen trachten. Das historisch geltende Recht hat ebenso wie die Meinungen der Rechtsgelehrten auf diesem Gebiet beides versucht:

Die Affinität aller frühen Rechtskulturen für das sinnlich-förmliche Element teilte insbesondere auch das alte römische Recht. Es kannte daher zunächst nur Rechtsgeschäfte, die zu ihrer Geltung des rechten Vollzugs in Handlungen und Formeln bedurften: sog. *Formalgeschäfte*.⁴ Der nackte Wille allein vermochte sich Rechtsgeltung nicht zu verschaffen: „*Nuda pactio obligationem non parit*“.⁵ Eine Diskrepanz zwischen dem Gewollten und dem förmlich korrekt Erklärten konnte daher auch nicht eintreten; denn der Wille an sich war unbeachtlich und nur die Form rechtlich verbindlich. Die allmähliche Auflösung dieses für eine entwickelte Gesellschaft unhaltbaren strengen Formalismus und die Anerkennung des Konsensualvertrages für bestimmte wichtige Verkehrsgeschäfte bereits im klassischen römischen Recht⁶ gipfelte schließlich im „Willensdogma“ des gemeinen Rechts, wonach vom Grundsatz her „*der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht*“⁷ werden sollte. Damit war das Pendel im Bereich der denkbaren Möglichkeiten von dem einen Extrem (Verabsolutierung der Form: Erklärungshandlung) zum anderen Extrem (Verabsolutierung des Inhalts: Wille) ausgeschlagen. Freiheit (*libertas*) und Wille (*voluntas*) waren bereits charakteristische Prämissen des römischen Rechts,⁸ und die Freiheit des

⁴ Ausf. Jhering, Geist des römischen Rechts II/2 (1883), S. 504 ff./505: „Der Formalismus ... bezeichnet eine nothwendige Phase in der Entwicklungsgeschichte des menschlichen Geistes.“ Die Klagbarkeit konnte später auch dadurch begründet sein, dass das sinnliche Element in Gestalt einer Vermögenshingabe (*res*) hinzutrat (sog. Realgeschäft; z. B. Darlehen, Leihe, Verwahrung). Grund der Klage war auch hier jedoch noch nicht die Einigung, sondern die *res*, die Vermögensbereicherung ohne Grund; hierzu nur Kaser, Römisches Privatrecht I (1971), S. 525, 530 ff.; Jhering, aaO., S. 520 f.

⁵ Ulpian, D. 2, 14, 7, 4; „... aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.“ (Gai. III, 89); zu Satz und Entwicklung nur Zimmermann, Law of Obligations (1990), S. 508 ff.

⁶ Vgl. nur Kaser, Römisches Privatrecht I (1971), S. 227 ff., 234 ff.

⁷ Savigny, System III (1840), S. 258.

⁸ Die römische Rechtsgeschichte setzt dort, wo die klare Überlieferung beginnt, „sofort mit dem freien Privateigentum auch am Grund und Boden ein, um den Grundsatz der Freiheit des Eigentums zum Leitstern der ganzen römischen Privatrechtsentwicklung zu machen“, Sohm/Mitteis/Wenger, Institutionen (17. Aufl. 1931), § 10 (S. 42 f.). Bedeutung und Überhöhung des Willens für das römische Recht bei Jhering, Geist des römischen Rechts I, §§ 9 ff. („Das Princip

„Ich will“ stand dann vor allem im Zentrum der einflussreichen Moral- und Rechtsphilosophie *Immanuel Kants*.⁹ In der Synthese von römischem Recht und Kantischer Freiheitsethik entfaltete sich die Pandektistik, und diese prägte der Privatrechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts ihren eigenen Stempel auf.¹⁰ Die juristischen Folgen einer derart *prinzipiell* am individuellen Willen orientierten *Betrachtung* blieben nicht aus. Insbesondere in zwei praktisch besonders relevanten Situationen führte die Akzeptanz des Willensdogmas zu ernststen Unannehmlichkeiten: 1.) beim Widerruf einer Vertragsofferte vor ihrer Annahme und 2.) bei der Berufung auf einen Irrtum des Erklärenden.

1.) So war infolge der Abstraktion von jeder rechtsgeschäftlichen Form das Kontrahieren unter Abwesenden mit einer eigentümlichen Unsicherheit belas-

des subjectiven Willens der Urquell des römischen Rechts“), zusammenfassend § 20 (S. 332): „Das Recht ist nicht Ueberzeugung, Ansicht, Wissen u. s. w. kurz keine intellectuelle Potenz, sondern eine moralische, es ist Wille.“; vgl. etwa auch *Meder*, Rechtsgeschichte, 3. Aufl. (2008), S. 13: Freiheit war „seit der Vertreibung der Könige zu einem Zentralbegriff der Gemeinschaftsordnung geworden“; und schon S. 2: „Man muss ... wissen, dass Methode und Begriffstechnik einer bestimmten Verfassungsordnung entsprungen sind, deren Kern die Idee von Freiheit (*libertas*) bildet (...).“

⁹ *Rosenkranz*, Geschichte der Kant'schen Philosophie (1840), S. 164: „Ich will! Das ist das Zentrum der Kant'schen Schlachtordnung, was immer standhält, wenn auch die Flügel aufgegeben werden.“; vgl. insb. die Begründung des „subjektiven Rechts“ als „intelligiblen“ bzw. „rechtlichen Besitz“ in § 7 von *Kants* Rechtslehre: „Die Art also, etwas außer mir als das Meine zu haben, ist die bloß rechtliche Verbindung des Willens des Subjects mit jenem Gegenstande“; und zu den möglichen Gegenständen, auf die sich der Wille beziehen kann; § 4: „a) ... einen Gegenstand im Raume (eine körperliche Sache) ... b) ... die Leistung von etwas durch die Willkür des Anderen ... c) ... ein Weib, ein Kind, ein Gesinde und überhaupt eine andere Person ...“. Hiermit ist die Grundstruktur der möglichen Rechtsverhältnisse: Sachenrecht, Obligationenrecht und Familienrecht, ebenso gekennzeichnet, wie sie sich dann auch bei *Savigny* im „System des heutigen römischen Rechts“ und bis heute im BGB wiederfindet.

¹⁰ Zur Anlehnung an den Kantischen Gedanken vom „intelligiblen Besitz“ im „Besitzwillen“ (*animus domini*) vgl. bereits die Frühschrift von *Savigny*, Recht des Besitzes (1803), §§ 20 ff.; ansonsten die bekannten Stellen im System I (1840), §§ 52 ff.; III § 134. Auf das durchaus umstrittene Verhältnis und den Einfluss *Kants* insb. auf *Savigny* kann und muss hier nicht eingegangen werden; vgl. zum Meinungs- und Diskussionsstand einstweilen nur: *Tegethoff*, Kant und Savigny (1952); *Wieacker*, Friedrich Carl von Savigny, SZRom 72 (1955), 1 ff.; auch in: *ders.*, Gründer und Bewahrer (1959), S. 107 ff.; *Kiefner*, Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert (1969), S. 3 ff.; *Rückert*, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny (1984); *ders.*, Kant (2002), S. 89 ff.; *K. W. Nörr*, Eher Hegel als Kant (1991); *D. Nörr*, Savignys philosophische Lehrjahre (1994); *Benedict*, Savigny ist tot!, JZ 2011, 1073.

Wichtiger als die Frage nach dem generellen geistigen Einfluss der Philosophie auf Savigny oder andere wäre die Frage nach den Auswirkungen in der konkreten Rechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts. Jedenfalls für Savigny kann insoweit nicht allgemein behauptet werden, er sei in allen seinen dogmatischen Überlegungen von einem „Willensdogma“ geprägt worden. Er hat die Bedeutung der Erklärungsform für die Sicherheit des Verkehrs nie verkannt. Selbst seine „Irrtumslehre“ sucht eher einzuschränken und zu differenzieren (vgl. nur *Luig*, Von Savignys Irrtumslehre zu Jherings culpa in contrahendo, ZNR 1990, 68 ff.; ausf. hierzu noch unten § 4 II.1.).

tet, weil der Zeitpunkt der rechtlichen Perfektion des Vertrages ungewiss blieb. Für diese Fallkonstellation drehte sich die gemeinrechtliche Diskussion vor allem um die Frage, in welchem Moment genau ein *Konsens*, d.h. eine *Willens*-übereinstimmung, anzunehmen sei. Wenn man hier schlicht vom Willensdogma ausging, lag der frühestmögliche Zeitpunkt der Willenseinigung im Zeitpunkt der Manifestation des Annahmewillens. Dieser willentheoretische Standpunkt entsprach der später auch sog. „Äußerungstheorie“, die in der gemeinrechtlichen Rechtswissenschaft vor allem in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts stark vertreten wurde.¹¹ Die mit dieser Ansicht für den Antragenden verbundene Unsicherheit (ob und wann der Vertrag durch Annahme wirksam geworden ist) setzte sich fort in der Gefahr nun wiederum für den Erklärungsempfänger, dass die Offerte (das Erklärte), die er bereits in Händen hielt, gar nicht mehr dem Willen des Offerenten entsprach, weil dieser an seinem ursprünglich bekundeten Willen nicht festhielt (weil er inzwischen einen Widerruf abgesendet hatte) oder nicht mehr festhalten konnte, weil er mittlerweile gestorben war. In beiden Fällen war bei einer rein „intelligiblen“ Betrachtung ein Konsens und mithin ein klagbarer Vertrag nicht erzielt. Hatte der Erklärungsempfänger, der von einem „intelligiblen“ Vertragsschluss nichts wusste, in sicherer Meinung, einen Vertrag geschlossen zu haben, Vermögensdispositionen getätigt, so blieb er bei konsequenter Durchführung des Willensdogmas auf einem daraus sich ergebenden Schaden sitzen.

2.) In noch deutlicherer Form stellte sich das gleiche Problem für den Fall, dass sich eine der Parteien nachträglich auf einen Irrtum beim Vertragsschluss berief. Das Rechtsgeschäft war dann aus willentheoretischer Sicht – weil vom Willen

¹¹ Doch selbst hier kam man zu durchaus unterschiedlichen Ergebnissen, je nachdem ob der Wille des Annehmenden oder des Antragenden als für den Konsens maßgebend angesehen wurde; vgl. etwa *Wening-Ingenheim*, Über den Zeitpunkt der Gültigkeit eines unter Abwesenden geschlossenen Vertrages, AcP 2 (1819), 267/271: mit dem Zeitpunkt der Acceptation wird eine Revocation des Promittenten ausgeschlossen; dagegen: *Puchta*, Pandekten, § 251: eine „Acceptation nach erklärtem, wenn gleich ihm noch nicht bekanntem Widerruf ist ohne Bedeutung“. Die Einordnung von *Savigny* zur Äußerungstheorie ist hingegen zweifelhaft; manche Stellen im System scheinen eher dafür zu sprechen, dass Savigny der Vernehmungstheorie zuneigte; (etwa System I, S. 206: „Das Wesen der Verträge besteht in einem übereinstimmenden Wollen, dessen Uebereinstimmung gegenseitig zum Bewußtsein gekommen ist.“; ebenso System III, S. 308: „Sie müssen sich dieser Uebereinstimmung bewußt geworden sein, das heißt der Wille muß gegenseitig erklärt worden sein ...“; anders dann aber System VIII, S. 235f.: „Der Vertrag ist da geschlossen, wo der erste Brief empfangen und von dem Empfänger die zustimmende Antwort abgesendet wird (...).“ Ausf. zum gemeinrechtlichen Meinungsstreit: *Scheurl*, Vertragsschluss unter Abwesenden, JhJb 2 (1857), 259ff.; *Koeppen*, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, JhJb 11 (1872), 139ff.; *Benedict*, Zugangsproblematik (2000), S. 12ff. m. w. N.

nicht gedeckt – unwirksam,¹² und auch hier wurde der Disponierende ggf. Opfer seines guten Glaubens in einen bestehenden Vertrag. Die mit dieser Dogmatik verbundenen Konsequenzen kommentierte *Rudolf v. Jhering* im Jahre 1861¹³ in seinem dogmatisch und letztlich auch methodologisch wirkungsreichsten Aufsatz „*Culpa in contrahendo* oder *Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*“¹⁴ mit den berühmten Worten:

„Die Unbilligkeit und praktische Trostlosigkeit eines solchen Resultats liegt auf der Hand; der culpose Theil geht frei aus, der unschuldige wird das Opfer der fremden Culpa!“¹⁵

II. Rechtstheoretische Krise I: *Ratio scripta* oder Rechtsgefühl?

„Die imperativische Form der Gebote und Verbote, der Ausdruck ‚so oder so soll es sein‘ erregt fast nothwendig die Frage nach dem ‚warum‘ (...).“

Rudolf v. Jhering, 1852¹⁶

„Was ist Recht? Diese Frage möchte wohl den Rechtsgelehrten, wenn er nicht in Tautologien verfallen, oder statt einer allgemeinen Auflösung auf das, was in irgend einem Lande die Gesetze zu irgend einer Zeit wollen, verweisen will, eben so in Verlegenheit setzen, als die berufene Aufforderung: ‚Was ist Wahrheit?‘ den Logiker.“

Immanuel Kant, 1797¹⁷

¹² Die Lehre vom (insoweit) „wesentlichen Irrtum“ umfasste in jedem Fall die Diskrepanz zwischen Wille und Erklärung (heute: Inhalts- bzw. Erklärungsirrtum), sie wurde aber auch schon auf den „Irrtum im Beweggrund“ erstreckt; denn hier ist der Wille „allerdings nicht der eigentliche, der wahre Wille des Erklärenden, d.h. er würde ohne jenen Irrthum nicht gefaßt worden sein“ (*Windscheid*, Pandekten I, § 78), wobei dann allerdings zwischen „entschuldbarem“ und „unentschuldbarem“ Irrtum unterschieden wurde (*Windscheid*, aaO., § 79 a.). Ausf.: *Oebike*, Wille und Erklärung beim Irrtum in der Dogmengeschichte der beiden letzten Jahrhunderte (1935); *Schermaier*, Bestimmung des wesentlichen Irrtums (2000); HKK / *Schermaier* (2003), §§ 119–122; zum Problem auch unten § 4 II.

¹³ Jedenfalls der 4. Band der Jahrbücher ist, entsprechend seinem Aufdruck, dem Jahr 1861 zugeordnet. Das den hier interessierenden Aufsatz enthaltende Heft 1 ist – wie die mitgeheftete Umschlagseite nahelegt – möglicherweise bereits 1860 gedruckt, vielleicht auch schon publiziert worden (so jedenfalls vermuten *Schanze*, *Culpa in contrahendo* bei *Jhering*, 1978, S. 333 f. und *Medicus*, Entdeckungsgeschichte, 1986, S. 169). Es ist freilich auch nicht ausgeschlossen, dass beim Druck der Frontseite des ersten Heftes ein Druckfehler unterlaufen ist. Jedenfalls wäre die Herausgabe des ersten Heftes eines neuen Jahrganges noch im alten Jahr wohl eher ungewöhnlich. Und ohnehin lässt sich das Geburtsdatum einer Aussage oder Theorie niemals schlicht nach dem Publikationsdatum beziffern. Insoweit soll es jetzt und im Folgenden bei der Jahreszahl bleiben, die auf dem Einband des einschlägigen Jahrbuches steht: 1861.

¹⁴ *Culpa in contrahendo*, JhJb 4 (1861), 1.

¹⁵ *Culpa in contrahendo*, JhJb 4 (1861), 2.

¹⁶ Geist des römischen Rechts I (1878), S. 48.

¹⁷ Metaphysik der Sitten I: Rechtslehre (1797), § B.

1. Das Jahr 1861: Scherz und Ernst und Billigkeit

„... beinahe überall im Recht hat das Gefühl sich schon für eine Antwort entschieden, ehe noch die wissenschaftliche Untersuchung begonnen hat.“

Julius v. Kirchmann, 1848¹⁸

„Wer fühlt nicht, daß es hier einer Schadensersatzklage bedarf?“

Rudolf v. Jhering, 1861¹⁹

Jherings Aufsatz war in seinen Folgen deutlich mehr als „nur“ ein dogmatischer Aufsatz. Er legte den Grundstein für ein modernes Verständnis von Rechtsfindung überhaupt. Das Jahr 1861 kann man insoweit auch als das *Geburtsjahr der Gefühlsjurisprudenz* bezeichnen. Denn dass das Ergebnis die Begründungssuche leitet und ganz unverhüllt in Gestalt der Billigkeit an den Anfang einer juristischen Untersuchung gestellt und von ihm aus die Begründung konstruiert wurde, war ein zwar heute allgemein gefeiertes, aber deshalb nicht weniger bedenkliches Novum im Bereich ernsthafter juristischer Methodologie. Dieser Schritt setzt den Bruch mit externen Autoritäten voraus. Nicht der überkommene Rechtssatz, sondern eine innere Stimme sagt, was Recht sei: das *Rechtsgefühl*.

Der Weg über das Rechtsgefühl deutet sich bereits in dem Aufsatz über die „Gefahr beim Kaufcontract“ an, der dem Aufsatz über die culpa in contrahendo unmittelbar vorangeht.²⁰ Jhering spricht hier von jenem Problem, dass zuweilen das Verkennen des wahren Sinns eines Rechtssatzes zu „Resultaten führt, gegen die das natürliche Rechtsgefühl Protest erhebt“.²¹ Doch lässt er nach dieser Gefühlsprüfung eine differenzierte, an den Interessen der Parteien orientierte Begründung folgen, bei der er die maßgeblichen Punkte offenlegt, die sein Unwohlsein verursacht haben und führt damit eben das vor, was er später im „Zweck“ generell so beschreibt: „Das natürliche Gefühl gibt Jedem ... die Entscheidung an die Hand, es kommt aber darauf an, sie wissenschaftlich zu rechtfertigen.“²² Es wird zu zeigen sein, dass eben diese Rechtfertigung bei seiner c.i.c. nicht erfolgt, sondern er nur vom Ergebnis her eine (Schein)Begründung deduziert. Aber die Begründung allein nach dem Ergebnis hin zu konstruieren, das heiße ich mit Kantorowicz methodologischen „Finalismus“²³ oder eben, wenn das Gefühl das juristische Ergebnis präjudiziert: *Gefühlsjurisprudenz*.

¹⁸ Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (1848), S. 19.

¹⁹ Culpa in contrahendo, JhJb 4 (1861), 1/5.

²⁰ Jhering, Gefahr beim Kaufcontract I, JhJb 3 (1859), 449.

²¹ Jhering, Gefahr beim Kaufcontract I, JhJb 3 (1859), 449f.

²² Jhering, Zweck im Recht I (1877), S. 416f.

²³ Begriffsprägend Kantorowicz, Epochen der Rechtswissenschaft, Die Tat 6 (1914/15), 345/346; ausf. hierzu unten § 5 I.2.

a) Die Grenzen des rechtspositivistischen Denkens

„Aber die Zeiten von Ulpian und Paulus sind für immer vorüber und werden trotz aller Bemühungen nicht wiederkehren.“

Rudolf v. Jhering, 1852²⁴

Der Rekurs auf die Instanz des Rechtsgefühls hatte freilich Ursachen: Es galt, das zu eng gewordene Korsett des überkommenen römischen Rechts aufzubrechen. Doch wie war dies zu begründen? Die damit einhergehende Frage war evident und ist bis heute in ihrem Grundsatz aktuell: *Was kann als wahre Rechtsquelle gelten?* Die klassische juristische Methodenlehre setzt im Grunde einen gelten-den Rechtssatz voraus und lehrt die Deduktion aus der *lex scripta*:

„... eine Reproduction des Dogmas d.h. die Wiedergabe der Gesetze, Rechtssätze und Begriffe, welche die geschichtliche Tradition ihr überliefert hat. Ihr beständiger Refrain für das römische Recht ist Quellenstudium, und der kühnste Gedanke, dessen sie fähig ist, besteht in der Wiedererweckung der reinen römischen Theorie. Wäre es möglich, so würde sie wohl alles, was nicht direct im römischen Recht ausgesprochen ist, über Bord und schraubte unsere wissenschaftliche Bildung auf den Standpunkt von Ulpian und Paulus zurück (...).“²⁵

Aber wie lässt sich neues Recht kreieren und aus welchen Rechtsquellen ist es legitim zu schöpfen? Oder anders gefragt: Wie ist Rechtsfindung jenseits einer Quellenexegese denkbar? Wie nachhaltig der Wahlspruch der historischen Rechtsschule „Zurück zu den Quellen!“ vom größten Teil der Pandektistik des 19. Jahrhunderts als methodologisches Dogma behandelt wurde, lässt sich kaum noch ermes sen. Er war nicht nur der feste wissenschaftliche Boden, auf dem zu stehen notwendig war, wenn eine Ansicht Aussicht haben wollte, überhaupt ernst genommen zu werden. Er kennzeichnete seit der Auseinandersetzung mit der philosophischen Rechtsschule und spätestens seit v. Kirchmanns Frontalangriff auf die Jurisprudenz als Wissenschaft auch die herrschende Methodenlehre: den Rechtspositivismus der Zeit. Noch im Jahre 1880 vertrat etwa Bernhard Windscheid den Standpunkt, dass das „Bedürfnis des Verkehrs“ nun einmal „keine Rechtsquelle“ sei.²⁶

Was aber dann? Was, wenn die anerkannten Rechtsquellen aus einem längst vergangenen historischen Kontext stammten, wenn sie von gänzlich unpassenden Prämissen ausgingen oder überhaupt schwiegen? Sollten die Quellen des römischen Rechts etwa für immer unantastbar sein, wenn doch die Welt sich änderte? Auch das römische Recht war sich niemals gleich. Das hatte Jhering mit seinem „Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner

²⁴ Geist des römischen Rechts I (1852), S. 39.

²⁵ Jhering, Geist des römischen Rechts I (1852), S. 38.

²⁶ Wille und Willenserklärung AcP 63 (1880), 72/81; paradigmatisch für diese quellendogmatische Haltung etwa auch v. Dabelow, Handbuch des Pandecten-Rechts, Bd. 2 (1817), S. 342, zur Lehre *de servo corrupto* auf die *filios filiasve familias*: „Die Anwendung muß auch noch als passend betrachtet werden, da Justinian sie passend gefunden hat (...).“

Entwicklung“ in unvergleichlicher Anschaulichkeit deutlich gemacht. Wenn es eine „Quelle des römischen Rechts“ gab, dann war es der römische „Geist“, der den Institutionen des römischen Rechts sein Leben einhauchte. Und dieser „Geist“ war der praktisch-philosophische Geist der römischen Jurisprudenz, der sich in den Rechtsquellen des Corpus Iuris Civilis nur in einzelnen Bruchstücken findet und den es – nicht nur nach Jhering – aus diesen Bruchstücken erneut zu beleben galt.²⁷ Vom Buchstabenkultus bei der Exegese alter Quellen hatte sich Jhering also bereits frühzeitig losgesagt. Doch freilich, auch mit der Beschwörung des Geistes römischer Jurisprudenz blieb er mit dieser seiner „Aufgabe“ und dieser seiner „naturhistorischen Methode“ an die römischen Quellen als Autorität gebunden.²⁸ Aus ihnen war das Recht zu rekonstruieren, aus ihnen die ewig geltenden Prinzipien des Rechts zu schauen. Doch musste diese Methode schlechterdings versagen, soweit Rechtsfragen zur Lösung standen und Rechtsprinzipien gesucht wurden, die das römische Recht so vielleicht nicht kannte. Genau dies aber war in besonderem Maße der Fall für den Umgang mit dem zum allgemeinen Prinzip erhobenen formlosen Vertragschluss bzw. der formlosen abstrakten Willenserklärung, kurz: für den Umgang mit einem Willen, der „an sich als das einzig Wichtige und Wirksame“ gedacht werden sollte. Man glaubte das „Willensdogma“ aus den römischen Quellen herauszulesen, doch war es der Geist der Zeit, der in die Quellen hineingelesen wurde. Jhering selbst hat das Gegenteil in seinem zweiten Band zum „Geist des römischen Rechts“ auf das trefflichste analysiert und beschrieben: Das kennzeichnende Prinzip des römischen Rechtsgeschäfts war gerade nicht der Wille, sondern der *Formalismus*.²⁹ Wenn aber in diesem Sinne die *Form* als das „einzig Wichtige und Wirksame“ gedacht werden muss, dann bleibt nicht viel Platz für den darüber sich erhebenden unsichtbaren und wandelhaften Willen. Willensdogma und Formalismus sind juristische Antagonismen, weil hier die Form und dort der Wille zum maßgeblichen Geltungsgrund erhoben wird. Die römischen Quellen jedenfalls konnten die Entwicklungsgeschichte des Vertragsrechts nicht vollumfänglich vorwegnehmen.³⁰ In ihnen waren daher auch keine Antworten auf Probleme zu finden, die sich in dieser Art den römischen Juristen nicht gestellt, sondern erst unter der Kanonistik und dem Grundsatz der Formfreiheit entwickelt hatten. Erst mit diesem Paradigmenwechsel stellte

²⁷ Vgl. insb. die Thesen in dem Leitaufsatz zu den von ihm und Gerber herausgegebenen Jahrbüchern: *Unsere Aufgabe*, JhJb 1 (1857), 1 ff.

²⁸ Wie sehr dies bis zu seinem Spätwerk immer der Fall geblieben ist, vermittelt seine Spätschrift zum Besitzwillen (1889), in welcher die Quellenexegese wieder einen breiten Raum einnimmt und die er zugleich als „eine Kritik der herrschenden juristischen Methode“ verstanden wissen wollte.

²⁹ Hierzu eindringlich: Jhering, *Geist des Römischen Rechts* II/2 (1880/83), insb. S. 504 ff.

³⁰ Vgl. die Darstellungen bei Seuffert, *Zur Geschichte der Obligatorischen Verträge* (1881); und Zimmermann, *Law of Obligations* (1990).

sich in aller Schärfe die Frage, woran denn ein vollendeter Vertragsschluss, woran ein vollendeter (Rechtsbindungs-)Wille zu erkennen sei. Kurz: Die römischen Quellen konnten keinen Aufschluss geben über Probleme, die von ihnen nicht oder grundsätzlich anders behandelt wurden.

Es entbehrt insoweit nicht einer gewissen Ironie, wenn *Immanuel Kant* als zentrales Produkt seiner Rechtslehre nicht nur das Willensdogma der damaligen Rechtswissenschaft als Aufgabe überlassen, sondern den Rechtsgelehrten zugleich auch den Beruf, diese Aufgabe überhaupt lösen zu können, abgesprochen hat.³¹

Das Gedankengut der Aufklärung führte zum Vernunftrechtsdenken, das ganz in Anknüpfung an die Naturrechtslehren das Recht nicht einfach als tradierte Autorität ansehen wollte, sondern nach guten, vernünftigen Gründen für seine Geltung fragte. Dies ging aber für Romanisten und ihre Methode nicht leicht an. Die Autorität der Quellen war nicht zu bezweifeln und den Erfordernissen der „praktischen Vernunft“ oder des „praktischen Verkehrs“ konnte ‚das Recht‘ – wie zu Zeiten der XII Tafeln – allenfalls im Wege einer vorsichtigen *interpretatio* entgegenkommen. Das Römische Recht war eine feste Burg; vernünftig allein denjenigen, welche die *ratio scripta* der klassischen Philosophie in ihm verkörpert sahen und aus ihm zu lesen verstanden;³² unvernünftig hingegen dem Geist der „Aufklärung“, der, wenn er nicht ohnehin schlicht alles Tradierte bekämpfte, immerhin den für die Praxis schwer durchschaubaren Quellenkultus als „Subtilitätenkram“ in die Kritik nehmen musste.³³

³¹ Metaphysik der Sitten: Rechtslehre (1797), § B.

³² Dass für die römischen Juristen die Jurisprudenz das Streben nach Philosophie schlechthin gewesen sein soll („*veram nisi fallor philosophiam*“, *Ulpian*, D. 1, 1, 1.), ist in der späteren römischen Rechtswissenschaft eine bis heute bestrittene Vorstellung; vgl. insb. *Fritz Schulz*, Prinzipien (1934), S. 58: „Von irgendwelchem selbständigen ernsthaften Nachdenken über diese Dinge ist bei den Klassikern keine Rede.“; *ders*, Geschichte (1961), S. 159: „Die Römische Rechtswissenschaft ist eine Fachwissenschaft, die Grenzüberschreitungen vermeidet und die Philosophie den Philosophen überlässt.“ Auf diese Debatte muss hier nicht eingegangen werden. Maßgeblich ist vorliegend der Standpunkt *Jherings*, den er in seinem Leitaufsatz „Unsere Aufgabe“ ausspricht, *JhJb* 1 (1857), 1ff.: „... Eben weil unser philosophisches Bedürfnis in der Dogmatik des römischen Rechts ... eine so vollkommene Befriedigung findet, hat die Rechtsphilosophie einen so üblen Stand. Unter dem Eindruck dieses philosophischen Geistes ... bezeichnete das Mittelalter dasselbe als die *ratio scripta*, die geoffenbarte Vernunft in Dingen des Rechts.“ (S. 20); eingehend hierzu auch *Behrends*, *Jherings* Evolutionstheorie (1996), S. 140ff.

³³ Vgl. hierzu die bezeichnende Aussage von *Friedrich II.* zur Schaffung des ALR: „Wenn ich ... Meinen Endzweck ... erlange, so werden freylich viele Rechtsgelahrten bey der Simplifikation dieser Sache ihr geheimnißvolles Ansehen verlieren, um ihren ganzen Subtilitäten-Kram gebracht, und das ganze Corps der bisherigen Advokaten unnütz werden ...“ (Cabinetsordre von 1780 S. XII. XIII.; zitiert bei *Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit, 1814, S. 88, Fn. 1).

b) Savigny und Jhering: systematisierende Vernunft vs. pathetisches Gefühl

„Keiner hat bisher mit jener romanistischen Orthodoxie mehr gebrochen, als er.“

Rudolf v. Jhering, 1857³⁴

Während nun die Aufklärung sich politisch ihre Bahn brach, indem sie die „Subtilitäten“ der am römischen Recht orientierten Rechtsgelehrten mehr oder weniger ignorierte und die Summe des Naturrechts in Kodifikationen zog, zerbrach die Orthodoxie der römischen Rechtswissenschaft nicht allein an den Anfechtungen vernunftrechtlicher Ignoranz. Die methodologische Neuerung in der Rechtsfindung erfolgte von Seiten der kulturhistorischen Reaktion auf die Aufklärung selbst: Die Romantik – die Rettung und zugleich *Hypostasierung* des *Gefühls* vor der „alleszermalmenden“ Vernunft.

Es kommt sicher nicht von ungefähr, dass es gerade die beiden wirkmächtigsten Vertreter der deutschen Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert versuchten, Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie zur rechtsdogmatischen Synthese zu bringen. Der eine in souveränem, scheinbar selbstverständlichem Vollzug als Meister des Stoffs und Beherrscher der Form, der andere in permanenter Gärung, in stets pathetischer Überhöhung von Stoff und Form auf unsteter Suche und steter Wandlung. Jener: *Carl Friedrich v. Savigny*, der es selber für sich in Anspruch nahm, der „*Kant* der Rechtsgelehrsamkeit“ zu werden³⁵ und demgemäß in seinem „System“ das „a priori“ kantischer Metaphysik mit dem Stoff römischer Jurisprudenz zu verbinden verstand;³⁶ und dieser: *Rudolf v. Jhering*, der sich, inspiriert vom Geist römischer *ratio*, vom Meister dogmatischer Konstruktion geradezu zum Prototypen eines philosophierenden Rechtssoziologen entwickelte, für den die positivrechtlichen Quellen nur ein vergängliches Schattenbild des Rechts darstellen und die Suche nach der „wahren Quelle“ des Rechts zur Lebensaufgabe wird. Wenn beide auch die historische Schule verband, ihre Rechtsphilosophie entsprach dem Dualismus der Zeit. Für die Rechtswissenschaft war er in ihnen personifiziert: Unter dem gemeinsamen Dach der

³⁴ Unsere Aufgabe, JhJb 1 (1857), 1/39.

³⁵ Dieser Anspruch ist primär bezeugt in einem Briefwechsel seiner Studienfreunde: *Leonhardi* an *L. Creuzer* v. 19. März 1799: „*Sein Plan, ein Reformator der Jurisprudenz, ein Kant in der Rechtsgelehrsamkeit zu werden ist groß – ist des Schweißes der Edlen wert – erfordert aber nicht nur einige Jahre, sondern eine ganze Lebenszeit, – und diesem Plan will und soll er hauptsächlich leben!*“ (wiedergegeben bei *A. Stoll*, *Friedrich Karl v. Savigny*, Bd. 1, 1927, S. 54.); hierzu etwa: *Hattenhauer*, *Thibaut* und *Savigny* (1973), S. 23; *Rückert*, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny* (1984), S. 249; *D. Nörr*, *Savignys philosophische Lehrjahre* (1994), S. 296 f.: „*Kant der Rechtswissenschaft*“; *Hattenhauer*, *Europäische Rechtsgeschichte* (1999/2004), Rn. 1649/1723: „*Er wollte ein ‚Kant der Rechtswissenschaft‘ werden und ist es auch geworden.*“; zu alledem auch *Benedict*, *Savigny ist tot!* JZ 2011, 1073/1078 f.

³⁶ Anerkennend noch *Jhering*, *Unsere Aufgabe*, JhJb 1 (1857), 1/39: „*Keiner hat bisher mit jener romanistischen Orthodoxie mehr gebrochen, als er.*“; anders dann aber schon vier Jahre später in seinem ‚freundlichen‘ Nachruf auf *Savigny*, JhJb 5 (1861), S. 354 ff., der wie die ‚Lobrede‘ des *Antonius* auf den „ehrenwerten“ *Brutus* in *Shakespeares* „*Julius Cäsar*“ anmutet.

historischen Schule inthronisierte der eine die *systematisierende Vernunft*, der andere hingegen das *pathetische Rechtsgefühl*.³⁷

Welche Wandlungen *Jhering* auch immer durchgemacht haben mag – es ist schon eine geradezu symbolische Ironie, wenn ausgerechnet das Todesjahr von *Savigny* einhergeht mit der Geburtsstunde der *culpa in contrahendo* und der *Gefühljurisprudenz*.³⁸ Die Koinzidenz der Ereignisse ist umso interessanter, als auch in demselben Jahr die ersten beiden jener berüchtigten Briefe erschienen,³⁹ die später unter dem bezeichnenden Titel „*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*“ (1884) vom Verfasser selbst veröffentlicht wurden. Man muss diese zeitliche Übereinstimmung sicherlich nicht gleich als Menetekel für die spätere Entwicklung des Zivilrechts als Gefühls- und Einzelfalljurisprudenz zu deuten suchen. *Jhering* ist interpretationsfähig, und eine jede Zeit schafft sich die Geschichtsbilder, die zu ihr passen. Für die Beurteilung der hier interessierenden *culpa in contrahendo* ist der zeitliche Zusammenhang jedenfalls aufschlussreich:

c) *Damaskus-Erlebnisse: oder was wirklich geschah ...*

„Bekanntlich ist das juristische Lebenswerk *Jherings* durch eine tiefe Zäsur gekennzeichnet (...).“

Karl Larenz, 1991⁴⁰

Dem Jahr 1861 voraus ging das Jahr 1860, in welchem der Aufsatz zur c. i. c. vermutlich auch verfasst wurde. Und voraus ging dem Jahr 1860 das Jahr 1859, das eine erste Zäsur in *Jherings* wissenschaftlichem Denken markiert, weil hier das Vertrauen in die überlieferten Quellen als Autorität für die Rechtsfindung, vor allem aber der methodologische Umgang mit denselben (vorrangig sein eigener) grundlegend erschüttert wurde. Gleichwohl lag hierin kein eigentliches „Da-

³⁷ *Jhering*, Der Kampf ums Recht (1874), S. 12, nennt die historische Schule die „romantische“. Doch freilich nicht in dem hier in Bezug genommenen kulturhistorischen Gegensatz, sondern mit Blick auf die eigene Evolutionstheorie des Rechts. Für *Jhering*, der den „Kampf ums Recht“ lehrte, musste die Vorstellung von Recht, das sich wie die Sprache langsam und stet aus dem Volksgeist entwickle, eine unzureichend langweilige „romantische“ Rechtslehre sein. Das ist *Jhering'sche* Polemik. Gemessen an der juristischen Methodologie des Gefühls war der Romantiker nicht *Savigny*, sondern *Jhering*: „... die Kraft des Rechts ruht im Gefühl, ganz so wie die der Liebe; der Verstand kann das mangelnde Gefühl nicht ersetzen“ (aaO., S. 42). Diesen Gegensatz hat auch *Radbruch*, Über das Rechtsgefühl, Die Tat 6 (1914/15), 337 ff. deutlich herausgestellt: „Wie das Stammwort ‚Gefühl‘ – ein junges Wort, Losung und Feldgeschrei des Sturms und Drangs und der Romantik und dadurch der Sprache erst in seinem heutigen Sinne recht erschlossen –, so ist auch die Zusammensetzung ‚Rechtsgefühl‘ ein Programmwort; ein Wort geprägt von der Sehnsucht, nicht von der Erfahrung (...).“

³⁸ Man störe sich hier nicht an einem ‚philologischen‘ Jahr (zum Entstehungszeitpunkt bereits oben). Immerhin an den Jahrbüchern gemessen war es ein recht langes Jahr, das Jahr 1861: Band 4 mit dem Aufsatz zur c. i. c. und Band 5 mit dem Nachruf auf *Savigny* drängen sich in dieses Jahr.

³⁹ „Briefe eines Unbekannten“, Preußische Gerichtszeitung: Briefe 1 und 2 im Jahr 1861; Brief 3 im Jahr 1862; Briefe 4 und 5 im Jahr 1863; und der letzte 6. Brief schließlich 1866.

⁴⁰ Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1991), S. 24.

maskus-Erlebnis“⁴¹, das ihn vom Saulus formaler Quellenexegese und rein begrifflicher Konstruktion zum Paulus einer am „Leben“ orientierten praktischen Gerechtigkeit hätte werden lassen.⁴² Seine „Wandlung“ war vielleicht eine Abkehr vom Quellendogma einer Wissenschaft, die den „Cultus des Logischen“⁴³ zum Götzendienst erhebt. Doch eine Abkehr impliziert noch keinen Wandel. Die These von einem solchen hat Jhering noch selbst in der ihm eigenen Art übertrieben deutlich durch seine Selbstbeschreibung in „Scherz und Ernst“ für die staunende Nachwelt inszeniert, und Generationen haben sein Lied schlicht nachgesungen:

„Es gab eine Zeit, wo Puchta mir als Meister und Vorbild der richtigen Methode galt, wo ich so tief in derselben befangen war, daß ich das Vorbild hätte überbieten können. Ich habe noch eine Reihe von angefangenen, zum Theil weit ausgeführten Arbeiten, die im Geist dieser Methode entworfen waren (...). Daß bei der legislativen Gestaltung ... andere Gesichtspunkte in Betracht kamen, als das Interesse einer apriorischen logischen Konstruktion, davon hatte ich damals gar keine Ahnung, und ich erinnere mich noch, wie gering ich von befreundeten Praktikern dachte, welche die zwingende Kraft meiner Ideen und Deduktionen nicht zu begreifen vermochten. Kurz, es kann kaum jemand ein solcher Fanatiker der logischen Methode gewesen sein, als ich zu seiner Zeit (...). Aber dann kam bei mir der Umschwung.“⁴⁴

Bibliotheken an Sekundärliteratur sind diesem Bild in der Beschreibung des wunderbar in der Gestalt Jherings sich offenbarenden Fortschritts der Rechtswissenschaft mit Beifall gefolgt. Doch eine Abkehr macht weder eine Bekehrung noch einen Fortschritt. Der Abschied von der einen gibt noch keine

⁴¹ Auf Kantorowicz' „Jherings Bekehrung“ (DRiZ 1914, 84 ff.) folgte Wieackers „Damaskus“ (Privatrechtsgeschichte, 1967, S. 451: „Dieses Damaskus beherrscht alle späteren Werke.“), allerdings selbst wieder relativiert in ZSRom 86 (1969), 1/23 ff.

⁴² Prägend Larenz, Methodenlehre (1991), S. 44: „Jherings Wendung zu einer pragmatischen Jurisprudenz“; hierzu auch Fikentscher, Methoden des Rechts III (1976), S. 250 f., 273 ff. m. N.; Behrends, Rechtsgefühl (1986), S. 70 ff.; ders., Rudolf von Jhering (1987), S. 229 ff.; zusammenfassend ders., Vorwort, in: Jhering, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? (1868), S. 7: es handele sich um eine „in mehreren Veröffentlichungen bekundete Abkehr von der unkritischen Gläubigkeit eines Begriffsjuristen und dem Durchbruch zur vollen praktischen Verantwortung vor den jeweiligen Gerechtigkeitsszwecken der Rechtsbegriffe.“ Wieacker, Privatrechtsgeschichte (1967), S. 451 ist da eher nebulös: „... endgültige Verabschiedung der idealistischen Rechtsmetaphysik Kants ...“, „... die Wendung vom Traum zur Tat ...“, „... von der logischen Phantasie zur sozialen Wirklichkeit ...“ u. ä., schließlich wird Jhering zum Vorzeige-Naturalisten: „Juristischer Formalismus und Naturalismus sind notwendig aufeinanderfolgende Phasen einer Rechtsanschauung, die sich einer überpositiven Rechtsidee ent schlagen hat und nun an Surrogaten orientieren muß. Jherings wissenschaftlicher Weg ist das persönliche Symbol dieses Vorgangs.“ (S. 452 f.).

⁴³ Jhering, Geist des römischen Rechts III (1865), § 59, S. 302 f.: „Brechen wir den Bann, mit dem der Irrwahn uns gefangen hält. Jener ganze Cultus des Logischen, der die Jurisprudenz zu einer Mathematik des Rechts hinaufzuschrauben gedenkt, ist eine Verirrung und beruht auf der Verken nung des Wesens des Rechts. Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen (...).“

⁴⁴ Jhering, Scherz und Ernst (1884, 11. Auf. 1912), S. 338.

neue Form, in der nun die Rechtswissenschaft sich gestalten konnte. Es gab bei *Jhering* – im Gegensatz zum Paulus der Religionsgeschichte – gerade keine leuchtende Erscheinung einer neuen Wahrheit, hier also keine neue Methode der Rechtsfindung, zu der er sich hätte „bekehren“ können. Insbesondere war es nicht die immer wieder viel beschworene „Wendung“ von einer am Buchstaben hängenden „Begriffsjurisprudenz“ zu einer am „Leben“ orientierten pragmatischen Rechtswissenschaft, der sich *Jhering* nunmehr zugewandt hätte;⁴⁵ denn die Anschauungen des „Lebens“ und der Gedanke einer für die Praxis tauglichen Theorie spielten bei *Jhering* schon immer eine ganz zentrale Rolle. Seine rechtssoziologischen Ausführungen bereits in der ersten Auflage des 1. Bandes zum „Geist des römischen Rechts“ (1852) sprechen hier eine deutliche Sprache:⁴⁶ „Eine weitere Ausführung dieses Gedankens, daß jedes Recht nur vom Standpunkt des wirklichen Lebens aus begriffen werden kann, ist selbst für Laien unnötig ...“.⁴⁷ Kurz: Die These von einem plötzlichen Wandel bei *Jhering* ist eine hübsche pointierte Fiktion der rechtswissenschaftlichen Nachwelt, die den Kern seiner wirklichen methodologischen Krise gar nicht erfasst.

Die Orientierung am „Leben“ und die Notwendigkeit der realen Anschauung der konkreten Rechtsverhältnisse können als Grundlehren der historischen Rechtsschule⁴⁸ gelten, die bei *Jhering* von Anfang an präsent und deshalb auch gleichsam selbstverständlich gewesen sind.⁴⁹ *Jhering* und die seinen kritischen Selbstbeschreibungen folgenden späteren Deutungen vollziehen im Grunde mit großem Lärm eine Einsicht, die *Savigny* bereits 1814 ganz nüchtern und selbstverständlich formuliert hatte:

„Das Recht nämlich hat kein Daseyn für sich, sein Wesen vielmehr ist das Leben der Menschen selbst (...). Wenn sich nun die Wissenschaft des Rechts von diesem ihrem Objecte ablöst, so wird die wissenschaftliche Thätigkeit ihren einseitigen Weg fortgehen können, ohne von einer entsprechenden Anschauung der Rechtsverhältnisse selbst begleitet zu seyn; die Wissenschaft wird alsdann einen hohen Grad formeller Ausbildung erlangen können, und doch alle eigentliche Realität entbehren.“⁵⁰

Jhering hatte sich bei seinen dogmatischen Konstruktionen im „Cultus“ des Logischen, des Begrifflichen und Prinzipiellen verrannt. Es gab diese Einsicht,

⁴⁵ Vgl. nur *Erik Wolf*, Große Rechtsdenker (1963), S. 642 ff.; *Larenz*, Methodenlehre (1991), S. 45 f.

⁴⁶ *Jhering*, Geist des römischen Rechts I (1852), S. 41: „Die Function des Rechts im allgemeinen besteht nun darin, sich zu verwirklichen. Was sich nicht realisiert, ist kein Recht (...). Die Wirklichkeit beglaubigt erst den Text ... als wahrhaftes Recht. (...) Warum die Rechtssätze da sind, was sie sollen, wie sie durch das Leben in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigt oder unterstützt werden u. s. w. – auf alle diese Fragen ertheilt nur das Leben selbst eine Antwort.“

⁴⁷ *Jhering*, Geist des römischen Rechts I (1852), § 4, S. 41.

⁴⁸ Hierzu nur *Rückert*, Historische Rechtsschule, JZ 2011, 1 ff.

⁴⁹ Zum methodologischen Gegensatz von historischer Rechtsschule und moderner Rechtsdogmatik unten § 5 III.3.

⁵⁰ Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814), S. 30.

aber keine wirkliche Perspektive. Die einzige in der Methode *Savignys* verkörperte Alternative, im synthetischen Gebrauch der praktischen und theoretischen Vernunft die Anschauung der realen Rechtsverhältnisse mit dem empirischen Stoff des römischen Rechts (*Anschauung* und *Begriffe* als Grundelemente aller Erkenntnis) in schöpferischer Synthese diszipliniert in einem System zu vereinen,⁵¹ war ihm offenbar bereits aus einer persönlichen Antipathie suspekt. *Kants* Philosophie war ihm bis dato genauso unbekannt,⁵² wie seinem freien, sprunghaften Geist systematisches Denken unangenehm war.⁵³ Anders als die namhaften Kollegen seiner Zeit, die alle ihre Pandekten publizierten, hat *Jhering* nie ein eigenes für die praktische Rechtsanwendung konzipiertes System des Rechts vorgelegt. Seine dogmatischen Arbeiten blieben punktuell und im Prinzipiellen immer pointiert extrem. Vielleicht war es eben das, was er kritisch an sich selbst bemerkte: Prinzipien und Logik verführten ihn zu voreiligen Schlüssen und zweifelhaften Deduktionen. Die Logik lag ihm nicht. Nun, nach seiner ausgesprochenen Selbsterkenntnis und der Abkehr vom „Cultus des Logischen“ galt dies erst recht. Vor allem aber hat er wohl zeitlebens den systematischen Ansatz *Savignys* missverstanden und in Gestalt der Vorstellung von aus dem „Volksgeist“ langsam emporwachsenden Rechtsinstituten bis zuletzt auf das Entschiedenste bekämpft. Hier sah *Jhering* von nun an seinen eigentlichen methodologischen Gegner, für dessen Wahrheiten er bis zu seinem Spätwerk tatsächlich zum blinden *Saulus* wurde.⁵⁴

⁵¹ Ausf. zum umfassenden methodologischen Ansatz bei Savigny: *Benedict*, Savigny ist tot! (2011).

⁵² Vgl. die treffende Anmerkung von *Wieacker*: „In Jherings Bewußtsein wird man immer damit rechnen müssen, daß er einer der wenigen großen Begriffsjuristen des 19. Jhdts. ist, der kein redliches und genaues Kantstudium getrieben hat. Er hat nicht aus einem besseren methodischen Wissen in einer bestimmten methodischen Lage seiner Wissenschaft einen Hinweis gegeben, sondern umgekehrt, aus dem Zentrum der juristischen Not hat er mit diesen Mitteln versucht, diese empfundene Not in einer Methode auszudrücken, zu beschreiben. Das ist immer das Auffallende und Erschütternde bei Jhering.“ (Diskussionsbeitrag in: Blühdorn/Ritter (Hrsg.), Philosophie und Rechtswissenschaft, 1969, S. 180).

⁵³ Vorsichtig und gleichwohl punktgenau schon *Merkel*, Jhering, JhJb 32 (1893), 6/23: „Und davon abgesehen ergibt sich eine gewisse Inkongruenz zwischen manchen seiner Ausführungen aus der Lebhaftigkeit, mit der er die jeweils betrachtete Seite der Dinge ergreift (...) Ein affektloses Sinnen und Brüten über der gesamten Fülle der Arbeits- und Lebensergebnisse, woraus eine widerspruchslose, alles gleichmäßig umfassende Totalanschauung der Dinge hervorgehen mag, war nicht *Jherings* Stärke.“

⁵⁴ Vgl. nur die Vorrede zu seiner Spätschrift „Der Besitzwille“ (1889), bei der es ihm erklärtermaßen um eine „Kritik der herrschenden juristischen Methode“ ging. Jhering hat offenbar nie die Bezähmung seiner Sprunghaftigkeit durch die Disziplinierung einer systematischen Durchdringung des Rechtsstoffes erfahren. Entsprechend spät erst konstatiert er in einem Schreiben an *Windscheid*, der ja geradezu paradigmatisch für den systematisch getragenen Ansatz der Pandektistik steht: „Du weißt, daß wir auseinandergehen ... Aber es stünde schlimm um unsere Wissenschaft, wenn neben mir nicht ein Mann wie Du stünde (...).“ (Brief v. 18. März 1886).

Doch selbst die immer wieder so vehement vorgetragene Kritik an der „Volksgeist-Lehre“ bleibt hier theoretische Rhetorik, die er nicht durchhält: „... die Wahrnehmung des wahren

Was aber blieb als eine vermeintliche Gewissheit darüber, wie seiner Ansicht nach Rechtsfindung jedenfalls *nicht* aussehen konnte? Eine positive Definition fehlte, und so wurde *Jhering* zum Faust der Pandektistik: auf unsteter Suche nach dem, was das Recht zusammenhält, einer Suche nach der letzten „*wahren Rechtsquelle*“, d. h. einer neuen Methodenlehre der Rechtsfindung.

Doch bevor er sich von seinem noch primär rechtshistorischen Werk über den „Geist des römischen Rechts“⁵⁵ seinen sodann von der Ausschließlichkeit der *ratio scripta* des römischen Rechts gelösten rechtsphilosophischen Betrachtungen über den „Kampf ums“ und dem „Zweck im Recht“ zuwenden konnte, musste der Weg hin zur Anerkennung der praktischen Vernunft als Autorität für die Rechtsfindung erst zurückgelegt werden. Auch hier ist es sicherlich kein Zufall, dass der letzte Band zum „Geist“ in diese Zeit fällt und das historische Großprojekt damit unvollendet bleibt. Spätestens in seiner Wiener Antrittsvorlesung 1868, in der er die Notwendigkeit einer Harmonie von Geschichte und Philosophie für eine wissenschaftliche Rechtsdogmatik beschwor,⁵⁶ war der Schritt zu einer neuen rechtswissenschaftlichen Grundlage jedenfalls programmatisch vollzogen.

Sein mit der Kreation der c. i. c. dogmatisch folgenreichster Aufsatz fällt hingegen noch in das methodologische Tief seines grundsätzlichen Umbruchs. Die Ungenügsamkeit der Konsequenzen des Willensdogmas trug er „schon seit Jahren“ mit sich herum,⁵⁷ aber es fehlte das methodologische Handwerkszeug, bessere Ergebnisse auch juristisch deduzieren zu können. Da musste denn sein kurz zuvor als „Damaskus“ interpretiertes Schlüsselerlebnis wie ein Katalysator wirken: Das *Rechtsgefühl*, nicht die Quellenexegese zeigt den rechten Weg. Die Abkehr vom lang gehegten Glauben an die *ratio scripta* des römischen Rechts führte in dieser Phase zur öffentlichen Proklamation seiner Gefühlsjurisprudenz:

Sachverhältnisses war hier nicht Sache des juristischen Denkens, sondern der naiven Volksauffassung (...), und ich betrachte es als keinen kleinen Gewinn der von mir hier entwickelten Ansicht, daß ich damit ... eine *volkstümliche Basis* gewonnen habe.“ (Besitzwille, S. 103 f.).

⁵⁵ Man darf insoweit die Klarstellung in der 2. Auflage des 1. Teils: „Man würde den ganzen Zweck meines Werkes verkennen, wenn man es als ein wesentlich rechtshistorisches auffassen wollte“ für die hier von mir vorgenommene Differenzierung nicht überbewerten. Das so gefasste Vorwort stammt aus dem Jahr 1866, und da ging es *Jhering* zum einen darum, sein neues Programm (Rechtsfindung jenseits des römischen Rechts) zu unterstreichen, und zum anderen darum, sich von der Einordnung in die „historische Rechtsschule“ und einer Deutung des Begriffs „rechtshistorisch“ zu distanzieren, mit „dem unsere heutige Wissenschaft die Aufgabe der Rechtsgeschichte erfaßt und zu lösen sucht“ (Vorwort, aaO.); im Jahre 1884 hat *Jhering* die Sache auch klar zu Papier gebracht: „Es ist mir nicht leicht geworden, von einem Werk zu scheiden, in dem ich die Aufgabe meines Lebens erblickt hatte, und zu dessen Fortsetzung und Beendigung alle Vorarbeiten vor mir lagen, aber ... Das reale Interesse der Gegenwart steht mir höher als das der historischen Erforschung der Vergangenheit ...“ (Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: „Wieder auf Erden, wie soll es besser werden?“, S. 340).

⁵⁶ Hierzu der von *Behrends* 1998 erstmals aus dem Nachlass herausgegebene Vortrag vom 16. Oktober 1868 „Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?“.

⁵⁷ Vgl. die Mitteilungen zur Entstehungsgeschichte von *Jhering* selbst: *Culpa in contrahendo*, JHb 4 (1861), 1 f., 52.

„Leihen Sie der Stimme Ihres Rechtsgefühls Gehör. Dann erst lassen Sie die theoretische Begründung folgen (...). Führt diese zu einem abweichenden Ergebnis, so ist sie nichts wert.“⁵⁸

Hier wird sie erstmals offen ausgesprochen, die Lehre, die unter dem Einfluss der Freirechtsschule heute ein nur noch milde belächeltes offenes Geheimnis darstellt: Die dogmatische Begründung ist letztlich nur noch „das Ergebnis – ihres Ergebnisses“.⁵⁹ Und in eben diesem Geist gehen dogmatisches Handwerk und die vermeintlich gefühlten „Forderungen des Lebens“ beim vermeintlich ‚bekehrten‘ Jhering eine folgenreiche Symbiose bei der Konstruktion der *culpa in contrahendo* ein. Der aufgestaute Druck zum Wandel im Rechtsdenken fand in den praktischen Folgen des Willensdogmas einen geeigneten Stoff und in dem Ausruf „*Wer fühlt nicht, daß es hier einer Schadensersatzklage bedarf?*“⁶⁰ eine neue suggestive Methodenlehre: Erst wird das Ergebnis gefühlt, dann wird eine juristische Begründung konstruiert!

2. Rechtsgefühl und Prinzipienkultus

„... indem diejenigen, die nicht *denken* können ... sich durchs *Fühlen* auszu-
zuhelfen glauben (...).“

Immanuel Kant, 1785⁶¹

„Wir werden nicht Unrecht tun, wenn wir ungebildeten rohen Völkern zu-
rufen: Das Wenigste von der Rechtswelt, die Euch umgibt, habt Ihr begriffen,
das meiste entzieht sich Eurem Auge und lebt bloß in Eurem Gefühl (...).“

Rudolf v. Jhering, 1852⁶²

Für die Beurteilung der Jhering'schen Konstruktion, der späteren Wiederbelebung der c.i.c. und der heutigen uneingeschränkten Wertschätzung dieses Instituts ist hier zunächst eine kritische Analyse der neuen emotionalen ‚Methode‘ unausweichlich und daher an den Anfang der weiteren Betrachtung zu stellen. Das gilt nicht nur deshalb, weil der Appell an „Billigkeit“ und „Rechtsgefühl“ bis auf den heutigen Tag eng mit der *culpa in contrahendo* und dem Glauben an ihre Notwendigkeit verbunden ist, sondern auch und vor allem deshalb, weil der Rekurs auf das Rechtsgefühl zum einen zumindest denjenigen, die eine *rationale Argumentation* zur Begründung von Urteilen vorziehen, wenig plausibel erscheint,⁶³ und zum anderen neuerlich eine erstaunliche und zuweilen historisch

⁵⁸ So die Methodenlehre, die er in jener Zeit seinen Schülern verkündete (zitiert bei Erik Wolf, Große Rechtsdenker, 1963, S. 644, Fn. 66). Klar formuliert dann auch in seinem letzten Band zum Geist: „Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen (...).“ (1865, § 59, S. 302 f.).

⁵⁹ Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft (1952), S. 161; ausf. unten § 5 I.

⁶⁰ Jhering, *Culpa in contrahendo*, JhJb 4 (1861), 1/5.

⁶¹ Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1782), S. 442.

⁶² Geist des römischen Rechts I (1878), S. 30.

⁶³ Statt aller nur F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1991), S. 152;

wenig reflektierte Konjunktur erlebt.⁶⁴ Manche meinen gar, wir lebten in „post-faktischen“ Zeiten, in denen die Emotionalität über der rational begründeten Entscheidungsfindung steht. Für die Rechtswissenschaft ist das freilich keine neue Erkenntnis.⁶⁵ Es geht, so könnte man zugespitzt formulieren, um die Frage nach der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz ganz generell: Die methodologische Grundauffassung prägt die dogmatische Konstruktion. Welche Rolle spielt das *Gefühl* oder – um den moderneren Ausdruck zu gebrauchen – die (*juristische*) *Intuition* bei der Rechtsfindung? Diese Frage wird bis heute auch im philosophischen Diskurs kontrovers beantwortet. *Jhering* hat nun offenbar den philosophischen *Intuitionismus*, wonach allein das Gefühl in der Lage sei, Werte und Werturteile wahrzunehmen, zuerst für die juristische Methode fruchtbar zu machen gesucht.⁶⁶ Der Methodologie des Rechtsgefühls hing er seit seiner Abwendung vom „Cultus des Logischen“ zeitlebens wie kein anderer an:

Alexy, Theorie der juristischen Argumentation (7. Aufl. 2012) sogleich in seinem Vorwort mit Hinweis auf BVerfGE 34, 269/287: „... daß die Entscheidung des Richters ‚auf rationaler Argumentation beruhen‘ muß.“

⁶⁴ Hierzu nur etwa: *Audi*, The Good and the Right. A Theory of Intuition and Intrinsic Value (2004); *Gigerenzer*, Bauchentscheidungen. Die Intelligenz des Unbewussten und die Macht der Intuition (2007); *Hänni*, Vom Gefühl am Grund der Rechtsfindung. Rechtsmethodik, Objektivität und Emotionalität in der Rechtsanwendung (2011); *Nussbaum*, Political Emotions. Why Love Matters for Justice (2013); und die Beiträge in: *Jonas Bens/Olaf Zenker* (Hrsg.), Gerechtigkeitsgefühle. Zur affektiven und emotionalen Legitimität von Normen (2017).

⁶⁵ Ausf. zum Problem der modernen Gefühlsjurisprudenz unten § 5 I. (Rechtstheoretische Krise II).

⁶⁶ Die philosophische Grundlegung findet sich in der (insb. schottischen) Moralphilosophie, wonach das (angeborene) moralische Gefühl (moral sense; common sense) den Ausgangspunkt von Ethik und Recht bildet: *Shaftsbury*, Characteristics of men, manners, opinions, times (1711); *Hutcheson*, Essay on the nature of the passions and affections (1728); System of moral philosophy (1755); *Hume*, A Treatise of Human Nature (1739/40); Inquiry concerning human understanding (1748); Inquiry concerning the principles of morals (1751); *Adam Smith*, Theory of moral sentiments (1759). Dieser Ansatz des ethischen Sensualismus hat im 18. und 19. Jahrhundert weite intellektuelle Aufnahme in Frankreich (etwa: *Étienne Bonnot de Condillac*, Traité des sensations, 1754) und Deutschland gefunden. In Deutschland vom säkularisierten Pietismus über die Phase der „Empfindsamkeit“ (von Klopstock, Gellert bis zum jungen Goethe) zur Gefühlsphilosophie der Romantik und die Faszination für das „Ich“, den „Willen“, das „Bewusstsein“ und das „Gewissen“ im deutschen Idealismus, vermittelt vor allem durch *Friedrich Heinrich Jacobi* (1743–1819), der zuerst dem Gefühl objektiven Erkenntnischarakter zuspricht („Und so gestehen wir denn ohne Scheu, daß unsere Philosophie von dem Gefühl, dem objektiven nämlich und reinen, ausgeht; daß sie seine Autorität für eine allerhöchste erkennt, und sich als Lehre von dem Übersinnlichen auf diese Autorität allein gründet.“) und zuerst mit dem Begriff „Intuitionsphilosophie“ in Verbindung gebracht wurde (*Krug*, Allgemeines Handwörterbuch der philosophischen Wissenschaften, Bd. 5, 1829, S. 140).

Ein über die allgemeine Gefühlskultur der Zeit hinausgehender philosophisch reflektierter Bezug lässt sich für diese frühe Phase der Gefühlsjurisprudenz bei *Jhering* nicht leicht feststellen. Sicher ist, dass er jedenfalls *Adam Smith* gelesen hat. Eine tiefere Beschäftigung mit philosophischen Ansätzen beginnt spätestens mit der Arbeit zum „Zweck im Recht“. Unmittelbare Vorläufer für eine juristische Ausdeutung des Gefühls (als Rechtsgefühl) hat *Jhering* aber sicher in der romantischen Literatur bei *H. v. Kleist* (Michael Kohlhaas, 1810) und *Friedrich Schlegel* (Reise nach Frankreich, 1803) gefunden: „gefühlte Rechtlichkeit, die mehr ist als die Gerechtig-

„Die erste und ursprüngliche Quelle des Rechts liegt in jedes Menschen Brust (...).“⁶⁷

Woher diese Quelle aber kommt und wie es angeht, dass aus dieser Quelle Verbindlichkeit entspringt, d. h. ein für *jeden Menschen* (mit ganz eigenen Rechtsgefühlen) verbindliches Recht wird, das war *Jhering* zunächst noch unklar. Die Etappen seiner gedanklichen Entwicklung zum Thema „Rechtsgefühl“ sind dabei gewissermaßen in seinen drei Wiener Vorträgen (vom 16. Oktober 1868⁶⁸, 11. März 1872⁶⁹ und 12. März 1884⁷⁰)⁷¹ manifestiert.

Seine erste Intuition zum Thema Rechtsgefühl folgte dem Nächstliegenden: seiner eigenen Erfahrung beim Umgang mit vorschnellen theoretischen Abstraktionen und juristischen Schlussfolgerungen. Und hier war ihm das Rechtsgefühl zuallererst als ein *Korrektiv* zu einer im „Cultus des Logischen“ befangenen (eigenen) Jurisprudenz erschienen:

a) Theorie und Praxis: Das Rechtsgefühl als Korrektiv juristischer Konstruktion

„Es ist in der That ein anderes 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 aber ihn zur Anwendung zu bringen. Eine ungesunde Ansicht, wenn sonst nur das Subject selbst noch gesund ist, hält eine solche Probe nicht aus.“

Rudolf v. Jhering, 1859⁷²

Sicher war *Jhering* sich nach seinen dogmatischen Erfahrungen zunächst nur, dass offenbar allein das Rechtsgefühl die Instanz sein konnte, die vor „ungesunder“ Theorie und einer dem Leben abträglichen und insoweit unpassenden

keit des Gesetzes und der Ehre“, ein „hoffentlich nie ganz zu vertilgender Zug des deutschen Charakters“ und, wenn man nicht am Begrifflichen kleben mag, ggf. in der idealistischen Philosophie von einem unhintergehbaren Gewissen. Das Gefühl war in der kulturellen Entwicklung der Zeit jedenfalls die erste Alternative zu der von der Aufklärung hypostasierten „Vernunft“.

⁶⁷ *Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? (1868), S. 67; ebenso *Behrends* in seiner Anmerkung, S. 86, Fn. 106: „Das ‚Rechtsgefühl‘ ist das Leitthema Jherings nach seinem Umschwung.“

⁶⁸ *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*

⁶⁹ *Der Kampf ums Recht*.

⁷⁰ *Über die Entstehung des Rechtsgefühles*.

⁷¹ Der Einfachheit halber beginne ich die chronologische Zählung der Wiener Vorträge mit der erstmals 1998 von *Okko Behrends* herausgegebenen Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868 (*Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*) neu. Der *zweite Vortrag* ist in dieser Zählung mithin die Abschiedsvorlesung „Der Kampf ums Recht“ (1. u. 2. Aufl. 1872) und der *dritte* ist dann der bisher als „zweiter Vortrag“ (prägend *Wieacker*, *Jhering* und der „Darwinismus“, in: 1. FS Larenz, 1973, S. 63, 88) bezeichnete vom 12. März 1884 „Über die Entstehung des Rechtsgefühls“ (erste zusammenhängende Veröffentlichung in: *Rudolf von Jhering*, *Der Kampf ums Recht*. Ausgewählte Schriften mit einer Einleitung von *Gustav Radbruch*; herausgegeben von Christian Rusche, 1965; zuletzt mit Vorbemerkung und Interpretations- und Einordnungsversuch von *Behrends*, 1986).

⁷² Gefahr beim Kaufcontract I, JhJb 3 (1859), 449/450.

Rechtskonstruktion bewahren sollte. So wurden ihm der Praktiker und der praktische Fall zum Hort gesunder Prüfung kranker Theorie und das „Rechtsgefühl“ das methodologische Instrument der richtigen Diagnose:

„Der Richter soll nicht allein denken, er darf auch fühlen, d.h. er soll das Gesetz, bevor er es anwendet, der Kritik seines Rechtsgefühls unterwerfen, und wenn diese Kritik ungünstig ausfällt, darin die Veranlassung erblicken, das Gesetz einer erneuerten Prüfung zu unterwerfen, und diese Prüfung wird ihn nicht selten dieselbe Erfahrung machen lassen, deren ich vorher in meiner Person gedacht habe, nämlich dass die Unbilligkeit oder Anstößigkeit eines Rechtssatzes nicht in ihm selber, sondern in einer falschen Auffassung desselben seinen Grund hat.“⁷³

Hier wird also nicht einer subjektiven Gefühlsjurisprudenz das Wort geredet, bei der zuerst gefühlt und dann vom Ergebnis her konstruiert wird, sondern es wird das Rechtsgefühl einer von *Jhering* bekämpften Jurisprudenz entgegengestellt, die aus den Rechtsquellen abstrakte Rechtssätze herausliest, welche nicht den Quellen, sondern dem lediglich begrifflich operierenden Geist des Exegeten entspringen. Dieser Richtung hat er später mit dem prägenden Namen „Begriffsjurisprudenz“ einen bleibenden Stempel aufgedrückt. Nicht das Gesetz wird verworfen, sondern der interpretierende Geist, der pauschal abstrahierend unbrauchbare allgemeine Rechtssätze abstrahiert und aus diesen „Consequenzen“ zieht, die jeder Lebenswirklichkeit spotten.

Es ist nun nicht so, dass *Jhering* das Pathologische dieser Methode zuerst bei seinen Kollegen bemerkt und sodann kritisiert hätte. Objekt seiner methodologischen Beobachtung ist er selbst, und zwar in der Betrachtung seiner frühen dogmatischen Abhandlungen. Diesen hatte er eine gemeinsame „Tendenz“ konzediert: nämlich nicht, wie es der historische Anspruch seiner Zeit war, „die Theorie des römischen Rechts, soweit sie von den römischen Juristen selbst ausgebildet war, darzustellen und sich damit zu begnügen“, als vielmehr, „über dieselbe hinauszugehen und Consequenzen zu ziehen, die sie nicht gezogen“ haben.⁷⁴ In dieser rechtswissenschaftlichen Ambition handelt es sich also um die dogmatische Seite seines späterhin im „Geist“ berühmt formulierten Diktums „durch das römische Recht über das römische Recht hinaus“. In der Sache sind diese frühen „Abhandlungen“ dann allerdings schnell gefertigte Verallgemeinerungen von Aussprüchen juristischer Klassiker aus den Digesten, bei denen

⁷³ *Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? (1868), S. 88; so auch schon zuvor S. 86: „Der Richter wird oft nicht umhin können, einen Rechtssatz anzuwenden, ein Resultat herbeizuführen, das er beklagt und so in den Ausruf des römischen Juristen einzustimmen: *lex perquam dura, sed ita scripta est*. Aber wenn nicht jedes Gefühl in ihm ertötet ist, wird er in dem Widerspruch, den sein Rechtsgefühl gegen einen solchen Satz erhebt, nun den Anlaß zu erneuerter Prüfung des Rechtssatzes erblicken und gleich mir nicht selten die Erfahrung machen, dass dieser Nothstand, in den der Rechtssatz ihn versetzte, nur in einer schlechten, ungenauen, einseitigen Fassung desselben seinen Grund hat.“

⁷⁴ *Jhering*, Abhandlungen aus dem römischen Recht (1844), Vorwort S. VI.

Jhering selbst schon die Frage aufwirft, ob er da nicht zuweilen zu weit gegangen sei: „... eine Frage, deren Beantwortung er nicht ohne Besorgnis entgegen“⁷⁵ sah.

Kurz: Jhering verarbeitet in seinem Bekenntnis zum Rechtsgefühl als dogmatischem Korrektiv unter anderem und insbesondere die Lehre seiner Konstruktion vom „doppelten Kaufpreisanspruch“ als eigene Erfahrung. In Beantwortung der Frage: „Kann der Verkäufer, welcher Mehreren hinter einander abgesondert dieselbe Sache verkauft hat, im Fall ihres casuellen Untergangs von jedem der Käufer den Kaufpreis fordern?“ hatte Jhering kurzerhand die wunderliche These vertreten, dass dem sehr wohl so sei, und diese seine Antwort im Wesentlichen aus dem Begriff des „Kaufvertrages“ deduziert. In seiner dann 1859 erschienenen Revision hat er klargestellt, dass der Fehler nicht in den Quellen selbst, sondern in seiner leichthin *en passant* vorgenommenen abstrakt-begrifflichen „Consequenz“ gelegen und die zu einem praktisch ganz unververtretbaren Ergebnis geführt habe.⁷⁶ Mit dieser Revisionsschrift wird die bereits erwähnte emphatische Wendung Jherings zur praktisch orientierten Jurisprudenz datiert. Doch dass diese Revision, wie bereits dargelegt, keineswegs als ein plötzliches „Damaskus-Erlebnis“ zu deuten sein kann, wird gerade bei genauerem Blick auf den Ursprungstext noch einmal besonders deutlich. Das methodologische Problem seiner früheren Abhandlung hat Jhering nämlich bereits in derselben registriert und klargestellt, dass nämlich

„... das Bestreben, die Aeußerungen des Paulus in der l. 21. de her. vend. (18.4) zu rechtfertigen sowie den behandelten Stoff auf ein einfaches Princip zurückzuführen, mich verleitet hat, die Aeußerungen mancher anderer römischer Juristen in einem Sinne zu verstehen, wie ich es bei größerer Unbefangenheit vielleicht nicht gethan haben würde. Hätten alle römischen Juristen die rigorose Consequenz des Paulus getheilt, so würde ich den Vorwurf nicht fürchten, auf den ich jetzt allerdings gefasst bin: meinem Princip zu Liebe Consequenzen zugegeben zu haben, zu denen sich die römischen Juristen in ihrem Billigkeitsgefühl nicht verstanden haben würden.“⁷⁷

Hier findet sich ein ganz wesentlicher Punkt für Jherings eigene und alle sonstigen pathologischen Konstruktionen angesprochen: Der merkwürdige Ehrgeiz, die Lösung ganz vielfältiger Probleme auf *ein einfaches Prinzip* zurückführen zu wollen, ohne sich um die praktische Tragbarkeit der daraus folgenden *Consequenzen* viele Sorgen zu machen. Das „Billigkeitsgefühl“ galt Jhering also bereits 1844 als Korrektiv einer auf einfache Prinzipien reduzierenden und aus diesen deduzierenden Jurisprudenz.

⁷⁵ Jhering, Abhandlungen aus dem römischen Recht (1844), Vorwort S. VII.

⁷⁶ Jhering, Gefahr beim Kaufcontract I, JhJb 3 (1859), 449/453: „Indem ich mich jetzt der Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage zuwende, will ich zunächst einen Irrthum berichtigen, der, so lange er anhielt, den Weg zum Richtigen völlig versperrte. Ich habe nämlich früher angenommen ..., daß Paulus in der berühmten l. 21 de hered. vend. (18.4) unsere Frage, ob der Verkäufer von jedem der mehren Käufer den Kaufpreis fordern könne, *bejate*, während dies in der That keineswegs der Fall ist (...).“

⁷⁷ Jhering, Abhandlungen aus dem Römischen Recht (1844), S. 86.

Erst 24 Jahre später erhält dieses „Gefühl“ in seinem *ersten* Wiener Vortrag (1868) nun namentlich als „Rechtsgefühl“ einen methodologisch näher begründeten Rang, den wir auch als eine *Warnung vor leichtfertiger juristischer Konstruktion* bezeichnen können. Die praktischen „Consequenzen“ einer Rechtsanwendung sind demnach bei der Konstruktion des Rechtssatzes mit zu berücksichtigen, weil sie einen davor bewahren, allein aufgrund der Faszination für eine theoretische Konstruktion juristische „Consequenzen“ als Recht zu deduzieren, die der Sache bei genauerer Betrachtung nicht gerecht werden. Der Fehler liegt nicht in den (positiven) Rechtsquellen, sondern im Prozess der Rechtsfindung. Und diese Erfahrung wird als Warnung fortan zu einem zentralen Lehrsatz, und dieser Lehrsatz wird existenziell mit dem Begriff des Rechtsgefühls verquickt.

So stehen für *Jhering* die Begriffe „Theorie“, „Logik“ und „Princip“ für die rein *begrifflichen* – und die Begriffe „Praxis“, „Leben“ und „Rechtsgefühl“ hingegen für die *realen* „Consequenzen“ der Rechtsfindung. Ziel seines methodologischen Wandels ist es demnach primär, Theorie und Praxis stärker als bisher miteinander zu verbinden, weil nur die Praxis ein Korrektiv für ungesundes Theoretisieren sein könne. In seiner Revisionsschrift von 1859 stellt *Jhering* zusammenfassend klar:

„Hätte ich damals (...) die Frage, anstatt bloß theoretisch, praktisch an einem wirklichen Rechtsfall zu entscheiden gehabt, wie ich vor kurzem dazu genötigt war, vielleicht wäre damals schon die richtige Ansicht bei mir zum Durchbruch gekommen.“⁷⁸

Der *praktische Fall* und der sensible Blick für die *praktischen Konsequenzen* kennzeichnen demnach die Nagelprobe, an der sich ein theoretisch mit „Consequenz“ aufgestellter Rechtssatz bewähren muss.⁷⁹ Dass dann bei der Prüfung einer juristischen Entscheidung das Rechtsgefühl die erste Instanz der Wertung ist, wird man aus heutiger Sicht nicht unbedingt bestreiten wollen; und dass wir vor allem dann einem Rechtssatz kritisch gegenüberstehen, wenn er unserem „Rechtsgefühl“ (was immer das genau sein mag) widerstrebt, auch nicht. Ob es deswegen passend und sinnvoll ist, den *praktischen* Blick für die Rechtsanwendung mit dem Rechtsgefühl unauflöslich zu verbinden, mag hingegen bezweifelt werden, weil sicherlich auch kein Theoretiker leugnen würde, über so etwas wie eine juristische Intuition oder ein Rechtsgefühl zu verfügen. Dass die *„Stimme des Rechtsgefühls ... in jedem Menschen sich erhebt“*⁸⁰, ist schließlich auch für *Jhering* selbstverständlich. Im Kern geht es ihm, der immer gerne pointiert argumentierte, bei der Begriffswahl vor allem darum, der rechnenden Logik einen radikalen Antagonismus entgegenzustellen. Und der maßgebliche

⁷⁸ *Jhering*, Gefahr beim Kaufcontract I, JhJb 3 (1859), 449/450.

⁷⁹ *Jhering*, Gefahr beim Kaufcontract I, JhJb 3 (1859), 449: „... daß es sich mit der Erkenntniß der wahren Natur der Rechtssätze ähnlich verhält, wie mit der der Menschen, insofern es nämlich bei beiden oft einer ganz besondern Lage, einer ungewöhnlichen, sie auf die Probe stellenden Situation bedarf, um ihr wahres Wesen zum Vorschein zu bringen.“

⁸⁰ *Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? (1868), S. 88.

Gegenbegriff zum *Verstand* ist gemäß dem spätestens von der deutschen Romantik geprägten Sprachgebrauch der Zeit das *Gefühl*. Das Gefühl erscheint gegenüber der Rationalität als Instanz eigentümlicher Erkenntnis, die das Ganze eines Sachverhaltes intuitiv erfasst und insoweit Aspekte wahrnimmt, für die der Verstand blind zu sein scheint. Dass insbesondere Psychologie und Psychoanalyse von einer gegenteiligen Prämisse (also der Möglichkeit einer rationalen Analyse von Emotionen) leben, belegt freilich das Gegenteil: Auch Gefühlen kann und wird reflektiert (d. h. rational) auf den Grund gegangen. Gefühle sind nicht die letzte Quelle des Rechts, sondern die Erfahrungen, die als Ursache der Gefühle ausgemacht werden. Dass nun der reine, in abstrakten Kategorien denkende Theoretiker mit weniger Erfahrung aus der Praxis Rechtssätze deduziert, die der Praxis nicht unbedingt gerecht werden, liegt in der Natur der Sache. Das Problem des mit praktischen Fragen des Lebens nicht vertrauten, gleichwohl aber theoretisch selbstsicher urteilenden Juristen ist denn auch der Ausgangspunkt von Jherings in diesen Jahren erschienenen kritischen Briefe „über die heutige Jurisprudenz“ (1861–66).

Zuzustimmen ist Jhering in jedem Fall in der Einsicht, dass die Konstruktion von Rechtssätzen aus einer möglichst umfassenden Anschauung der insoweit betroffenen Lebensverhältnisse und nicht nur aus geistreicher und subtiler begrifflicher Synthese und Deduktion erfolgen darf. Doch liegt eben hierin, in dem ausgewogenen Verhältnis von Theorie und Praxis, eine Erkenntnis, die bereits Savigny in seiner Schrift über den „Beruf seiner Zeit“ und dann später auch im ersten Band seines Systems bereits präzise und klar formuliert hatte, ohne dass es deswegen eines Rekurses auf den Begriff des Rechtsgefühls bedurft hätte.⁸¹

Jhering hat also streng genommen mit seiner Wendung zu Rechtsgefühl und praktischer Jurisprudenz zunächst gar nichts weiter vollzogen als eine Besinnung auf die Grundlehre der historischen Rechtsschule: Dass nämlich das Recht nur eine abgesonderte besondere Facette realer menschlicher Verhältnisse ist und auch nur aus einer Gesamtanschauung der Verhältnisse („Rechtsverhältnisse“) gewonnen werden könne.⁸² Das Rechtsgefühl gilt Jhering demgegenüber als In-

⁸¹ Savigny, Vom Beruf unserer Zeit (1814), S. 30; ders., System I (1840), Vorrede, insb. S. XXff.: „Es beruht aber alles Heil darauf, daß in diesen gesonderten Thätigkeiten Jeder die ursprüngliche Einheit fest im Auge behalte, daß also in gewissem Grade jeder Theoretiker den praktischen, jeder Praktiker den theoretischen Sinn in sich erhalte und entwickle. Wo dieses nicht geschieht, wo die Trennung zwischen Theorie und Praxis eine absolute wird, da entsteht unvermeidlich die Gefahr, daß die Theorie zu einem leeren Spiel, die Praxis zu einem bloßen Handwerk herabsinke. (...)“. Zum Problem juristischer Konstruktion aus dem „Cultus des Logischen“ ohne Anschauung der Rechtsverhältnisse bei der „Wiederentdeckung“ der culpa in contrahendo ausf. noch unten § 5 III.3.

⁸² Vgl. nur Savigny, System I (1840), § 4 zur „Allgemeinen Natur der Rechtsquellen“: Das „Wesen der Sache“, die „tiefere Grundlage“ des Rechts „finden wir in dem Rechtsverhältnis, von welchem jedes einzelne Recht nur eine besondere, durch Abstraction ausgeschiedene Seite darstellt, so daß selbst das Urtheil über das einzelne Recht nur insofern wahr und überzeugend sein kann, als es von der Gesamtanschauung des Rechtsverhältnisses ausgeht“.

dikator für die Anschauung des realen Lebens und in Rücksicht auf dieses seien auch die Rechtssätze aus den Rechtsquellen zu bilden. In der Programmatik seiner Wiener Antrittsvorlesung (1868) war das Rechtsgefühl insoweit also *Korrektiv*, nicht aber, wie bei der Konstruktion der *culpa in contrahendo*, das *Motiv* logischer Konstruktion. Die Rechtsfortbildung über die Quellen hinaus sieht *Jhering* dort, woher auch „der Gesetzgeber“ seine „Entscheidung ... nehmen würde: *aus der Idee der Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit oder, wo ein Anhaltspunkt im vorhandenen Recht sich finden läßt, aus der Konsequenz*“.⁸³

b) Krieg und Frieden: Der Kampf ums Recht

„Und, wie nun? Sehen wir noch heutzutage, daß die Thatkraft das Recht gebiert, welche andere Mutter als sie sollte das Recht am Anfang der Geschichte gehabt haben? Werfen wir aber darum beide nicht zusammen, sagen wir nicht, daß statt des Rechts die Gewalt regiert habe (...).“

Rudolf v. *Jhering*, 1852⁸⁴

Während das Rechtsgefühl in der rechtswissenschaftlichen Programmatik seines *ersten* Wiener Vortrages also eine lediglich passive Rolle als Kontrollinstanz erhält und ansonsten allenfalls am Rande vorkommt,⁸⁵ nimmt es später in der rechtspolitischen Programmatik des *zweiten* Wiener Vortrages (1872) bereits den zentralen und überaus aktiven Platz ein. Das hier als „*psychologischer Urquell allen Rechts*“⁸⁶ angesprochene Rechtsgefühl wächst dabei in die zugespitzt idealisierte Kontur des von „Kohlhaasenbrück“ ausgehenden Streitens für das eigene Recht, bei dem „*jeder Berechtigte in seinem Rechte seine ethischen Lebensbedingungen vertheidigt*“.⁸⁷ Eine solche existenzielle Metaphysik des Rechtsgefühls hat freilich nicht viel mit Billigkeitsjurisprudenz gemein. Im Gegenteil: Der vom Rechtsgefühl angefachte „Kampf ums Recht“ muss jede Inflation und Banalisierung geradezu bekämpfen, will er nicht selber banal und inflationär werden. Mit

⁸³ *Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? (1868), S. 89.

⁸⁴ Geist des römischen Rechts I (1852), § 10 (S. 105).

⁸⁵ *Behrends* (Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?, 1998, S. 66, Fn. 71) meint in dem Bild von der aufgehenden Sonne die Einstrahlung des Rechtsgefühls zu erkennen. Ich sehe hierin aber eher einen Hinweis auf die ebenfalls von der Suche nach Wahrheit redenden Bilder vom Sonnen- und Höhlengleichnis in *Platos* Politeia und insb. das hieran anknüpfende Gleichnis vom Sonnenaufgang, das dann auch *Goethe* zu Beginn seines *Faust II* zelebriert.

⁸⁶ Kampf ums Recht, (4. Aufl. 1874), S. 11, 41. Der psychologische Ausgangspunkt entspricht weiterhin der bereits in seinem 68er Vortrag vorgetragenen These, dass also die „erste und ursprüngliche Quelle des Rechts ... in jedes Menschen Brust“ liege (S. 67).

⁸⁷ Kampf ums Recht, (4. Aufl. 1874), S. 31; *Jhering* greift hier Überlegungen aus seinem „Geist des römischen Rechts“ (1852, § 10, S. 105) auf, wonach das Recht im frühen rohen Zustand in Gestalt des „Rechtsgefühls“ präsent ist: „Was die Thatkraft geschaffen, was sie erworben und erkämpft, dem drückte das Rechtsgefühl seinen Stempel auf, machte es zu einem Theile der Person selbst (...).“ Doch war hier noch die „Thatkraft“ die Quelle allen Rechts: „Die Thatkraft, die Gewalt also ist die Mutter des Rechts, das ist das Resultat der bisherigen Ausführungen.“ (aaO., S. 112); jetzt (20 Jahre später) ist es das Rechtsgefühl.

dem so gefassten Rechtsgefühl wird dann ja auch keine wissenschaftliche oder rechtspraktische Rechtsfindungsmethode oder gar ein „Rechtsdarwinismus“,⁸⁸ sondern eine pointierte Aufgabe der Rechtswissenschaft beschrieben: Pflege und Wahrung eines volksnahen Rechtsbewusstseins.⁸⁹ Die Existenz und Evidenz dessen, was Recht sei und wofür es sich zu kämpfen und zu sterben lohnt, wird gleichsam vorausgesetzt.⁹⁰ Die gegenteilige Konsequenz, jeder Person die Keule zur Durchsetzung ihrer individuell *gefühlten* Rechtsposition in die Hand zu geben, entspräche einer Rechtsphilosophie, die deutlich hinter die Einsichten politischer Philosophie der Zeit (über *Hobbes*, *Rousseau*, *Locke* und *Kant*) zurück führt. So nimmt es denn auch nicht Wunder, dass der Begriff „*Rechtsgefühl*“ zuerst in *Kleists* „*Michael Kohlhaas*“ mit dem bezeichnenden Satz in das deutsche Sprachbewusstsein getreten ist: „*Das Rechtsgefühl aber machte ihn zum Räuber und Mörder.*“

Diese „Consequenz“ seiner Gefühls-Methodologie ist *Jhering* schwerlich entgangen, wenn er fünf Jahre nach jenem populären zweiten Wiener Vortrag, geläutert durch die späte Auseinandersetzung mit der Rechts- und Sozialphilosophie seiner Zeit,⁹¹ letztlich sein Bekenntnis zum Rechtspositivismus erneuerte („*daß der Staat die alleinige Quelle des Rechts ist*“)⁹² und diese Erkenntnis sogar kon-

⁸⁸ Hierzu *Helfer*, *Jherings Gesellschaftsanalyse* (1970), S. 79 ff.; *Wieacker*, *Jhering und der „Darwinismus“* (1973), S. 63 ff.; *Behrends*, *Jherings Evolutionstheorie* (1996), S. 93 ff.; *Jhering* selbst relativiert die Simplität dieses Darwinismus erst später in seinem dritten Vortrag „Über die Entstehung des Rechtsgefühls“ (S. 9): „Mein gegenwärtiger Vortrag bildet in gewissem Sinne ein (Gegen)stück zu dem ... über den Kampf ums Recht.“

⁸⁹ Vgl. nur die Vorrede zur 4. Aufl.: „Der Zweck, der mich bei Ausarbeitung und Veröffentlichung der Schrift leitete, war (...) weniger darauf gerichtet, die wissenschaftliche Erkenntnis des Rechts als diejenige Gesinnung zu fördern, aus der dasselbe seine letzte Kraft schöpfen muss: die der muthigen und standhaften Behauptung des Rechtsgefühls.“; ganz in diesem Sinne auch *Gustav Rümelin*, *Über das Rechtsgefühl* (1875), S. 83 ff.: „Wenn das Recht, wie kaum irgend etwas Anderes, Alle angeht und den Wollenden wie den Widerstrebenden berührt und erfaßt (...), so sollte man erwarten dürfen, daß die Wissenschaft und Verwaltung des Rechts sich in stetiger Fühlung mit dem Rechtsgefühl des Volkes hielte und wenigstens nicht bis zur Unverständlichkeit davon entfernte (...).“

⁹⁰ Deutliche Betonung in der Vorrede: Es ginge ihm eben nicht darum, „dem Zank und Streit, der Process- und Rauflost das Wort reden“ zu wollen, während er (*Jhering*) doch den Kampf „nur da verlange, *wo der Angriff auf das Recht zugleich eine Missachtung der Person*“ enthalte; das sind im Grunde die eindeutigen Verletzungstatbestände der klassischen *iniuria*, archetypische Verletzungen des „Mein und Dein“ (vgl. S. 22 f.); ebenso im „Geist des römischen Rechts I“ (1878), S. 122 f.: Das Unrecht ruft die „Reaction des Rechtsgefühls hervor“; „Im Rechtsgefühl liegt einmal der Trieb sich zu realisieren (...) Aber nur wo das Recht des Einen und das Unrecht des Andern sonnenklar war, konnte die Selbsthülfe jener moralischen und physischen Unterstützung gewiß sein ...“.

⁹¹ Vgl. die *confessiones*, die *Jhering* im Vorwort zum Ersten Band seines „Zweck im Recht“ (1877) zum Thema Philosophie abgelegt hat: „Die Aufgabe des ersten Theils hat mich auf ein Gebiet versetzt, auf dem ich Dilettant bin. Wenn ich es je bedauert habe, daß meine Entwicklungszeit in eine Periode gefallen ist, wo Philosophie in Misscredit gekommen war, so ist es bei dem gegenwärtigen Werk“ (S. VII ff.).

⁹² Der Zweck im Recht I (1. Aufl. 1877), S. 319.

sequent mit einer deutlichen Absage an richterliche Billigkeitserwägungen verband: „Wir ziehen im *Civilrecht* das ungerechte oder unbillige Gesetz der über das Gesetz sich erhebenden Billigkeit oder Gerechtigkeit vor.“⁹³ Dass er hiermit im Wesentlichen nur den historischen Ausgangspunkt seiner vorkritischen Zeit gegen einen vernunftrechtlichen eingetauscht hatte, mochte er wohl immerhin gefühlt haben; denn von allen seinen „immer stark gefühlsbetonten Begriffen“⁹⁴ war es vor allem der Begriff des „Rechtsgefühls“ selbst, von dem er gedanklich weiterhin nicht loskam. Die Besinnung auf die Bedeutung des staatlichen Gewaltmonopols bannte zwar die Gefahr eines von widerstreitenden Rechtsgefühlen drohenden Bürgerkriegs, nicht aber die Gefahr eines methodologischen Relativismus in der Rechtswissenschaft. Allein der Wandel von einer rückschauend begrifflichen in eine vorausschauend teleologische Konstruktion des Rechts war für die Rechtsfindung wenig hilfreich, solange unklar blieb, wie denn nun der *Telos* des Rechts zu erkennen und mithin Rechtsfortbildung möglich sei. Hier blieb *Jhering* dem Fingerzeig des Rechtsgefühls weiterhin verbunden. Doch nimmt er das Rechtsgefühl nicht länger als ein gleichsam jedem Menschen von Natur gegebenes Phänomen, sondern er erkennt die komplexe Wechselwirkung von sozialen und psychologischen Gegebenheiten.

c) Ursprung und Ziel: Der Zweck im Recht

„Nicht das Rechtsgefühl hat das Recht erzeugt, sondern das Recht das Rechtsgefühl, – das Recht kennt nur eine Quelle: den Zweck.“

Rudolf v. Jhering, 1877⁹⁵

Als *Jhering* 1877 den ersten Band seines „Zweck im Recht“ vorlegte, glaubte er sich am Ziel seiner Suche nach der Quelle des Rechts: Der „Zweck“ ist Ziel und Motiv alles menschlichen und gesellschaftlichen Handelns. In ihm liegt mithin auch die Quelle allen Rechts. Als er sich dann aber an die Ausführungen zum „dritten Hebel“ aller sozialen Bewegung, an die Ergründung des „Sittlichen“ macht, kann er sich allein beim Zweckgedanken letztlich doch nicht beruhigen; denn hier erkennt er, dass die „Teleologie des Sittlichen“ nicht auch und bereits

⁹³ Der Zweck im Recht I (1. Aufl. 1877), S. 425. Eine Aussage, die dann in der 2. Aufl. (1884) präzisiert wird: „In der Zivilrechtspflege verlangen wir die unverbrüchliche Anwendung des Gesetzes und nehmen die etwaigen Härten und Unbilligkeiten mit in den Kauf. Die Sicherheit der formalen Gerechtigkeit des Richters steht uns höher als die Vorteile einer unberechenbaren materiellen Gerechtigkeit, hinter der sich nur allzu leicht die Willkür verbergen kann.“ In dieser Sache ist *Jhering* also wieder bei seinem formalistischen Standpunkt (strenge gesetzliche Form als „Zwillingsschwester der Freiheit“) angelangt, den er im „Geist des römischen Rechts“ (II/2, S. 319) vertreten hat: „So wie der Baum nicht wieder zum Samenkorn werden kann, so vermag auch keine Macht der Erde ein einmal entwickeltes Recht auf die primitive Form des Rechtsgefühls zurückzuführen und es damit dem Laien zurückzugeben.“

⁹⁴ Erik Wolf, *Große Rechtsdenker* (1963), S. 661.

⁹⁵ Zweck im Recht I (1877), Vorrede XIII.

seine (des Sittlichen) alleinige „Quelle“ sein kann. *Jhering* stößt auf die alte aristotelisch-scholastische Differenzierung zwischen der *causa efficiens* (Wirkursache) und der *causa finalis* (Zweckursache). Bei den von ihm so bezeichneten „drei Kardinalfragen der Ethik“⁹⁶ unterscheidet er dementsprechend sehr bewusst zwischen dem „Ursprung“ und dem „Zweck“ der sittlichen Normen. Die zwei Fragen: „Was sittliche Normen sollen?“ (Zweck) und „Woher sie kommen?“ (Ursprung, Quelle) werden streng getrennt. Als *Jhering* dann im Jahre 1883 den zweiten Band seines „Zwecks“ der Öffentlichkeit übergibt, bleibt diese letzte Frage nach dem „Ursprung“ des Rechts, die Suche nach dem „Rechtsgefühl“, weiterhin offen und unbeantwortet:

„Als zweiter Abschnitt der Theorie des objektiv Sittlichen müßte eine Untersuchung über die Quelle des Sittlichen folgen. Ist das sittliche Gefühl eine Mitgift der Natur oder ein Werk der Geschichte, sind die sittlichen Grundsätze dem Menschen angeboren, oder bilden sie einen Niederschlag der geschichtlich-gesellschaftlichen Erfahrung? Ich verweise diese Frage jedoch an eine spätere Stelle des Werkes, wo sie in etwas anderer Gestalt, nämlich als Frage vom Ursprunge des Rechtsgefühls wiederum an uns herantreten wird.“⁹⁷

Das Rechtsgefühl ist offenbar nicht einfach angeboren und ein für alle Mal als eine feste seelische Entscheidungsinstanz angelegt.⁹⁸ Es ist nicht identisch mit der nach Zwecken fragenden Vernunft und offenbar auch keine objektive und unabänderliche Entität, sondern historisch und sozial variabel determiniert. *Jhering* konstatiert bereits in der Vorrede in der ihm eigenen offenen Art seine gedankliche Kehrtwendung in Sachen Rechtsgefühl: „Das Verhältnis der objektiven sittlichen Ordnung ... und des subjektiven sittlichen Gefühls drehte sich für mich gänzlich um, nicht letzteres erschien mir mehr die Quelle der ersteren, wie die herrschende Theorie lehrt, sondern erstere als die des letzteren ... *das subjektiv sittliche Gefühl ist nicht das historische Prius, sondern das Posterius der realen, durch den praktischen Zweck geschaffenen Welt (...).*“⁹⁹

Damit ist alle vermeintliche Selbstverständlichkeit, mit der *Jhering* bisher vom Rechtsgefühl als letzter Rechtsquelle ausgegangen war, dahin. Erst die Sozialisation in einer bestimmten Rechtskultur prägt das Rechtsgefühl. Wie soll es da angehen, dass letzteres zum Prüfungs-Maßstab für die Richtigkeit des Rechts

⁹⁶ Zweck im Recht II (1883), S. 98.

⁹⁷ Zweck im Recht II (1883), S. 107.

⁹⁸ So eine feste Vorstellung seiner Zeit, die *Jhering* als „herrschende Theorie“ und „nativistische“ bezeichnet (Zweck im Recht II, 1883, Vorrede III u. ausf. S. 108ff.), eine Ansicht, die bereits von *John Locke* in seinem Essay „Über den menschlichen Verstand“ (orig. „An essay concerning human understanding“) von 1690 grundlegend kritisiert worden war. *Jhering* übernimmt nunmehr für die Idee seines Rechtsgefühls Lockes Vorstellung von der „tabula rasa“ (blank slate) als einem leeren Blatt Papier, das zunächst vom Leben beschrieben werden muss. Die Kontroverse, was das menschliche Denken, Fühlen und Verhalten mehr determiniert, die menschliche Natur (nature) oder die Sozialisation (nurture), hält bis in die Gegenwart an: zusammenfassend zuletzt etwa *Pinker*, *The Blank Slate. The Modern Denial of Human Nature* (2002); *Goldhaber*, *The Nature-Nurture Debates. Bridging the Gap* (2012).

⁹⁹ Zweck im Recht II (1883), Vorrede III.

werden kann? Die Frage nach dem *Ursprung* des Rechts aus dem Rechtsgefühl ist komplex und ihre Antwort findet keinen Platz in einem Werk über das *Ziel*, den „Zweck im Recht“. So geht der Verweis auf eine „spätere Stelle“ in „diesem Werk“ ins Leere. Zum zweiten Mal wird eine groß angelegte Arbeit nicht vollendet. Und wieder ist es die Einsicht, die letzte Quelle des Rechts erst in einer weiter ausgreifenden Untersuchung näher fassen zu können.¹⁰⁰

Es gibt einen letzten Versuch hierzu: *Jherings* dritten und letzten Wiener Vortrag über die „Entstehung des Rechtsgefühls“. Die vorläufige Antwort auf die Frage, warum und inwieweit einem Rechtsgefühl mehr Autorität zukommt als einer Digestenstelle oder einem Orakelspruch, ist schließlich auch hier freilich wiederum mehr als eine Anleitung zur Rechtsfortbildung qua profaner Billigkeitsargumentation, wie sie uns bei der „Entdeckung“ der c. i. c. begegnet. Das, was *Jhering* endlich 23 Jahre später im März 1884 über die „Entstehung des Rechtsgefühls“ mitgeteilt hat, enthält primär eine bereits im *zweiten* Band des „Zweck“ für „Das Sittliche“ ausgearbeitete und nunmehr komprimiert auf das Recht übertragene, bisher aber kaum in ihrer Bedeutung wahrgenommene Kulturphilosophie; im Kern eine erste ausgearbeitete Rechtssoziologie.¹⁰¹ Spannend ist an dieser Stelle aber vor allem der zweite Aspekt des Vortrags: der Ertrag für die Methodologie praktischer Jurisprudenz:

d) Prinzipien und Gefühl: Die Abstraktion als Lehrmeisterin des Rechts

„In der Jurisprudenz ... werden die Sätze um so wertloser und unbrauchbarer, je abstrakter sie sind (...).“

Hermann Kantorowicz, 1906¹⁰²

Bereits in seinem Vorwort zum zweiten Band des „Zweck“ (1883) findet sich die insoweit relevante neue Erkenntnis, zu der *Jhering* in Bezug auf das Verhältnis von objektivem Recht und subjektivem Rechtsgefühl gekommen ist: Das Gefühl, so *Jhering*, nährt und bildet sich zunächst „auf Grund der unabhängig

¹⁰⁰ *Fikentscher* (Methoden III, 1976, S. 246 f.) markiert eben hier in *Jherings* Denken noch einen zweiten „Einschnitt“, der mit dem Rechtsgefühl als letzter „Quelle des Sittlichen“ zusammenhängt und zu einem dritten Band des „Zweck“ führen sollte. Letzteres hat *Jhering* explizit angedeutet. Doch nach dem oben Gesagten handelt es sich nicht um einen „zweiten Einschnitt“, sondern immer noch um eine Kontinuität nach der besagten methodologischen Krise: der Gesichtspunkt des Rechtsgefühls war ja bereits in seinem ersten Band zum „Geist“ angesprochen, unmittelbar mit seiner Abkehr vom „Cultus des Logischen“ präsent und beherrschte unterschwellig seine gesamte „nachkritische“ Phase.

¹⁰¹ Vgl. die Deutungsversuche bei *Wieacker*, *Jhering* und der Darwinismus (1973); *Fikentscher*, Methoden III (1976), S. 245 ff.; *Behrends*, Rechtsgefühl (1986), S. 57 ff.; aber auch schon *Helfer*, *Jherings* Gesellschaftsanalyse (1970), S. 86 ff.: „Gleichwohl ist dieser letzte Teil des unvollendeten Werks für Soziologen von bleibendem Interesse.“ In der Tat wurde *Jhering* hier vor allem von *Max Weber* und über diesen dann in der Rechtssoziologie rezipiert: *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1921/1972), S. 387 ff. und dann insb. von *Norbert Elias*, Über den Prozess der Zivilisation (1939), inhaltlich fortgedacht.

¹⁰² *Kantorowicz*, Kampf um die Rechtswissenschaft (1906/1962), S. 27.

von ihm entstandenen Welt“ und „wenn es zu Kräften gekommen ist, erhebt es seine Stimme, um dasjenige, was es in der Welt gelernt hat, an der Welt zu verwerten, den Maßstab, den es ihr auf dem Wege der unbewussten Abstraktion allgemeiner Grundsätze entlehnt hat, auf sie selber zur Anwendung zu bringen, d. h. die Anforderung zu stellen, daß sie die Prinzipien, welche sie bisher nur unvollkommen realisiert hat, vollkommen durchführe – es ist das Kind, das, wenn es herangewachsen, die Mutter nach ihren eignen Lehren meistert“.¹⁰³

In dem ein Jahr später in Wien gehaltenen Vortrag über die „Entstehung des Rechtsgefühls“ (1884) wird diese Erkenntnis etwas ausführlicher vorgestellt. Anders als noch in seinem „Kampf ums Recht“ ist Jhering jetzt tatsächlich explizit bei der Frage nach einer (sanften) Rechtsfortbildung mittels Rechtsgefühl angelangt. Das Rechtsgefühl wird zur maßgeblichen Rechtsquelle, sobald es auf der „Überholspur“ das geltende Recht hinter sich lässt. Dieser Prozess vollzieht sich in drei Schritten: „Vorsprung des Rechts vor dem Rechtsgefühl – Kongruenz beider – Vorsprung des Rechtsgefühls vor dem Recht.“¹⁰⁴ Es ist also zunächst die Bekanntschaft mit dem Recht, die zur Ausbildung eines Rechtsgefühls überhaupt erst führt; und es ist sodann die engste Vertrautheit mit diesem Recht, die für ein zutreffendes (emotionales) Judiz vorausgesetzt wird. Für die mit dem Vortrag aufgeworfene Frage nach der „Entstehung des Rechtsgefühls“ hat Jhering den endgültigen Wandel zu einer sozio-psychologischen Theorie der Rechtsschöpfung vollzogen. Die demgemäß sich aufdrängende und darüber hinaus weisende Frage stellt Jhering noch gleich selbst: „... wie es zugeht, daß unser Rechtsgefühl, wenn es seine Nahrung von aussen, von den Rechtssätzen und Einrichtungen, die aufgestellt sind, bezieht, schliesslich denselben überlegen wird.“¹⁰⁵ Woher kommt sie also, die rechtsfortbildende Kraft des Rechtsgefühls, die sich im Widerspruch mit der geltenden Rechtsordnung auf der Überholspur bemerkbar macht und Wandel fordert? Wie kann es sein, dass das Kind die Mutter, von der es seine Lehren empfangen hat, eines Besseren lehren kann?

„Und darauf antworte ich, das beruht auf jenem Abstraktionsvermögen des menschlichen Geistes, ... das bei jedem einzelnen Vorfall etwas abstrahirt.“¹⁰⁶

Diese Erkenntnis ist nun ausgesprochen wichtig! Jhering formuliert hier nämlich gar nichts anderes als die *induktive* oder empirische Methode menschlicher Erkenntnis schlechthin: Aus der Erfahrung des Konkreten wird vom einzelnen Erfahrungssatz abstrahiert und eine allgemeinere Regel induziert und von dieser allgemeineren Regel kann dann auch auf bisher unbekannte Fälle – nunmehr de-

¹⁰³ Zweck im Recht II (1883), Vorrede IX.

¹⁰⁴ So die Kurzfassung, die Jhering später in seiner unvollendet gebliebenen *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts* (aus dem Nachlass hrsg. v. Ehrenberg, 1894), S. 27 formuliert.

¹⁰⁵ Jhering, Über die Entstehung des Rechtsgefühls (1886), S. 44 f.

¹⁰⁶ Jhering, Über die Entstehung des Rechtsgefühls (1886), S. 45.

duktiv – geschlossen werden.¹⁰⁷ Die hier sich offenbarende Methodologie ist vor allem deshalb spannend, weil sie letztlich auf nichts anderes hinausläuft als auf jene ursprüngliche Konstruktionsmethode der Pandektistik, von der *Jhering* sich mit viel Polemik zu lösen hoffte und die bis heute als „Begriffsjurisprudenz“ verpönt ist. Nur deduziert er jetzt nicht mehr *formal rational* aus der Konzentration der *ratio scripta* eines *Corpus Iuris*, sondern *formal emotional* aus im Gefühl sich kundtuenden Prinzipien, jenen „obersten Grundsätzen und Wahrheiten“¹⁰⁸, die nicht mehr mittels rationaler Analyse, sondern durch kontinuierliche Inhalation des bestehenden Rechtsstoffs induziert, d.h. abstrahiert werden: gleichsam *vom Einzelfall zum Rechtsprinzip* und *vom Rechtsprinzip zum Rechtsgefühl*.

Bemerkenswert sind die Erkenntnisse dieses letzten Wiener Vortrags aber noch aus einem zweiten Grund. Denn formuliert wird auch der bedenkliche Inhalt einer fortschrittsgläubigen Evolutionstheorie: Dass nämlich wirklicher Fortschritt im Recht nur durch immer weiter *verallgemeinernde Konstruktion* aus induktiv gewonnenen Grundsätzen (Prinzipien) zu gewinnen sei.¹⁰⁹ Das Rechtsgefühl ist dabei der entscheidende Motor dieses Evolutionsprozesses, indem es immer gemahnt: „*Du ziehst nicht die Konsequenz deiner Grundsätze; du hast Grundsätze aufgestellt, aber in zu enger Fassung, die letzten Konsequenzen hast du nicht gezogen, die musst du ziehen.*“¹¹⁰

Dass so das „Rechtsgefühl“ gar nichts anderes ist als der völlig verinnerlichte (emotionale) „Cultus des Logischen“, ist bereits eine interessante Offenbarung¹¹¹; das zentrale Problem dieser Lehre ist aber der dabei proklamierte *Kultus der Verallgemeinerung*¹¹². Wie sinnig sich in seinem Vortrag über das Rechtsgefühl auch die Aspekte der heutigen Methodologie andeuten, der Glaube an den Fortschritt durch stetig verallgemeinernde Konstruktion führt in der Rechtswissenschaft notwendig zu einem Grad an Abstraktion der Rechtssätze, der diese für die Beurteilung des individuellen Falles letztlich unbrauchbar sein lässt und bei der sowohl die Rechtssicherheit als auch der wissenschaftliche Wert der schließlich als Norm gefassten Prinzipien notwendig gegen Null kon-

¹⁰⁷ Zum Induktivismus und seinen Problemen vgl. nur *Chalmers*, Wege der Wissenschaft (4. Aufl. 1999), S. 1 ff.

¹⁰⁸ *Jhering*, Über die Entstehung des Rechtsgefühles (1986), S. 10.

¹⁰⁹ So auch *Fikentscher*, Methoden III (1976), S. 249.

¹¹⁰ *Jhering*, Über die Entstehung des Rechtsgefühles (1986), S. 49.

¹¹¹ Zur Bedeutung von „Princip“ und „Konsequenz“ für die wissenschaftliche Methode des Juristenrechts im 19. Jh. (Begriffsjurisprudenz) vgl. nur *Haferkamp*, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“ (2004), S. 42 ff.

¹¹² Zutreffend bemerkt schon *Szásznyi-Schwarz*: „... die Regel entspringt nicht dem Gefühle, sondern umgekehrt, das Gefühl ist eine Abstraction der Regel.“ (Rudolph von Jhering und sein nächstes Buch (1884/1992, S. 54); und bereits *Schlossmann*, Der Vertrag (1876), S. 194 hat klargestellt, dass das Rechtsgefühl Ausdruck eines empfundenen Rechtsprinzips ist: „Wenn wir weiter unser Rechtsgefühl analysiren (...), dann finden wir, dass wir in unseren Urtheilen ... ganz bestimmte Prinzipien anwenden.“

vergieren.¹¹³ Kurz kann man die pathologische Seite dieser Methodologie auch als *Prinzipienkultus* oder *Generalklausulitis* bezeichnen. Das, was bescheiden und vorsichtig mit Analogiebildung von Fall zu Fall beginnt, mündet in der *Entdeckung allgemeiner Rechtsgrundsätze* und wird für die Rechtsfindung zu einer emotionalen *Prinzipienduktion*, d.i. die *Consequenz*, die zu ziehen das Rechtsgefühl immer mahnt („Du ziehst die Consequenzen nicht!“).

Sollte Jhering, für den einst die Form „die geschworene Feindin der Willkür“¹¹⁴ war und für den die Ohnmacht des Rechts dort beginnt, wo seine Form in einen „luftförmigen Zustand“ übergeht,¹¹⁵ sollte dieser Jhering diese seine „Consequenz“ der ewigen emotionalen Abstraktion tatsächlich leichthin übersehen haben? Schwerlich. Vielmehr liegt offenbar gerade hier der Schlüssel für die Antwort auf die Frage, warum weder die angekündigte Publikation dieses dritten Wiener Vortrags erfolgte noch der dritte Band des „Zweck“, der als Methodenlehre mit dem (aufklärerisch inspirierten) Titel „*Kritik des Rechtsgefühls*“¹¹⁶ angekündigt war, je geschrieben wurde. Die kulturphilosophischen Aussagen des Vortrages waren im Wesentlichen bereits im zweiten Band des „Zweck“ ausgeführt,¹¹⁷ und der kurze methodologische Exkurs war evident unausgereift. Vor allem aber hatte die Rechtsphilosophie seiner Zeit das Rechtsgefühl als Rechtsquelle längst verabschiedet,¹¹⁸ und das Induktionsproblem war spätestens seit

¹¹³ Der Wert gerade auch induktiv gewonnener Erkenntnissätze bemisst sich seit Popper (Logik der Forschung, 9. Aufl. 1989) nach dem *Grad der Falsifizierbarkeit*; je allgemeiner aber eine Aussage gefasst ist, desto geringer ist auch ihre Falsifizierbarkeit. Hierzu Chalmers, Wege der Wissenschaft (1999), S. 41 ff.; vgl. auch schon zutreffend Kantorowicz, Kampf um die Rechtswissenschaft (1906/1962), S. 27: „In der Jurisprudenz ... werden die Sätze um so wertloser und unbrauchbarer, je abstrakter sie sind ...“; ebenso Benedict, Zugangsproblematik (2000), S. 1 ff.

¹¹⁴ Geist des römischen Rechts II/2, § 45, S. 471.

¹¹⁵ Geist des römischen Rechts III, § 61, S. 354.

¹¹⁶ Der möglicherweise geplante ‚dritte Band‘ dürfte einerseits einer ‚Methodenlehre‘ gegolten haben, bei der es darum ging, „die Tragweite des Zweckgedankens ... in besonderer Anwendung auf die wissenschaftliche Behandlung des Rechts darzulegen“ (vgl. Jhering, Der Besitzwille, 1889, Vorrede X). Dass hierbei auch das Rechtsgefühl nicht zu kurz kommen sollte, verrät sicherlich nicht nur der angedeutete Titel (vgl. Behrends, Entstehung des Rechtsgefühls, 1986, S. 68, Fn. 13), sondern auch die Beständigkeit, mit der Jhering sich um dieses Thema mühte. Es wäre ausgesprochen denkwürdig, wenn der späte Jhering nach Lektüre der drei Kant’schen „Kritiken“ nun seinerseits der ‚Kant des Rechtsgefühls‘ werden wollte. Die Anklänge an die „Vernunft“ in seinen Spätschriften sind insoweit sicher nicht zufällig.

¹¹⁷ So auch Fikentscher, Methoden III (1976), S. 247: „Insgesamt geht der Vortrag inhaltlich über den Erkenntnisstand des ‚Zweck‘ kaum hinaus“. In der Vorrede zum zweiten Band des „Zweck“ (S. XI) findet sich denn auch nicht zufällig bereits das im Vortrag verwendete und von Behrends (Rechtsgefühl, 1986, S. 49, Fn. 24) gesuchte Zitat: „... es ist das Kind, das, wenn es herangewachsen, die Mutter nach ihren eigenen Lehren meistert.“

¹¹⁸ Vgl. neben der bereits von Kant zitierten Klarstellung (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1782, S. 442) nur Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), § 2: „Wenn aber jene Weise des Erkennens mit ihren Förmlichkeiten von Definitionen, Schließen, Beweisen u. dgl., einerseits mehr oder weniger verschwunden ist, so ist es dagegen ein schlimmer Ersatz, den sie durch eine Manier erhalten hat, nämlich die Ideen überhaupt, so auch die des Rechts und dessen weiterer Bestimmungen als *Tatsachen des Bewusstseins* unmittelbar aufzugreifen

David Hume allseits bekannt: Mittels Induktion lassen sich allenfalls mehr oder weniger gut begründete Vorurteile zu den Begebenheiten der Welt, nicht aber allgemeingültige Prinzipien gewinnen.¹¹⁹ Kant hatte mit seiner „Kritik der reinen Vernunft“ und der Vorstellung von „synthetischen Urteilen a priori“ das erkenntnistheoretische Problem einflussreich erneut vor Augen gestellt, und dann kommt Jhering und will das Grundproblem der Wissenschaftstheorie dadurch lösen, dass er Induktion und Deduktion ganz im Geiste der längst überlebten Romantik neuerlich dem Gefühl überlässt. Es ist kaum vorstellbar, dass ihn nicht alsbald der ein oder andere Gesprächspartner auf die Bedenklichkeiten seiner Methodologie aufmerksam gemacht haben sollte. Dass er sich selbst schließlich von ihr distanziert hat, scheint mir im Ergebnis außer Frage zu stehen.¹²⁰

3. Noch ein „Damaskus“: Abschied von Rechtsgefühl und Prinzipienkultus

„Wer in seiner Bildung sich nicht höher, als zu dunkeln Gefühlen über Wahrheit und Falschheit erhoben hat, dem mag das Gefühl eine solche Quelle seyn, für den wissenschaftlich Gebildeten kann das Gefühl in keiner Sache eine Erkenntnisquelle der Wahrheit seyn, sondern einzig und allein das klare Bewußtseyn, der aus Vernunftgründen hervorgehenden Notwendigkeit.“

Clemens-August v. Droste-Hülshoff, 1823¹²¹

Neben den vorgenannten inhaltlichen Bedenken musste es jedenfalls dem Rechtshistoriker Jhering merkwürdig aufstoßen, dass seine Konzeption von einem rechtsfortbildenden Rechtsgefühl doch immer schon Recht voraussetzte. Wie konnte dann aber jenes ursprüngliche Recht ohne „überholendes Rechtsgefühl“ entstehen?¹²² Es musste ein „Rechtsgefühl ohne Recht“ geben oder es mussten

und zu behaupten, und das natürliche oder ein gesteigertes Gefühl, die *eigene Brust* und die *Begeisterung* zur Quelle des Rechts zu machen.“; § 3: „Wenn dem positiven Rechte und den Gesetzen das Gefühl des Herzens, Neigung und Willkür entgegengesetzt wird, so kann es wenigstens nicht die Philosophie sein, welche solche Autoritäten anerkennt.“; v. Droste-Hülshoff, Lehrbuch des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie (1823), S. 21: „Daß endlich auch das natürliche Gefühl für Recht und Unrecht keine Erkenntnisquelle des Naturrechts seyn könne“.

¹¹⁹ David Hume, Treatise of Human Nature (1739–40).

¹²⁰ Verfasst hat Jhering schließlich noch seine methodologische Grundschrift, in der er den Subjektivismus in der Jurisprudenz zu bekämpfen dachte: „Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode“ (1889). Was er hier schreibt, verdeutlicht, dass er sich von seiner Gefühlsjurisprudenz doch deutlich distanziert hat; vgl. etwa S. 10: „Ich bin nicht mit dem Vorurteil an die Quellen herangetreten, das meiner Ansicht nach praktisch Richtige finden zu müssen, sondern erst, nachdem ich auf dem Wege einer gänzlich unbefangenen Lektüre der Quellen es gefunden, habe ich mich überzeugt, daß es das praktisch Richtige war.“ Das klingt schon wieder deutlich nach einem Glauben an die *ratio scripta*.

¹²¹ Lehrbuch des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie (1823), S. 21.

¹²² Die Zirkularität der Frage, was war zuerst, das sittliche Gefühl oder das Recht, wird zurecht als Problem erkannt schon bei Merkel, Jhering, JhJb 32 (1893), 6/34: „Nun kann aber die Welt des Rechts nicht gedacht werden ohne ethische Stützen ... Eine Gesetzherrschaft ist nicht denkbar ohne eine (im ethischen Sinne) bindende Kraft der Gesetze. Sie setzt also ethische Empfindungen und Anschauungen, ein Gefühl von einem Sein-sollenden voraus. Das

doch andere rechtsgestaltende Kräfte am Werk sein, die seine Theorie vom Fortschritt durch Rechtsgefühl nicht unerheblich ins Wanken brachten, wenn er nicht am Ende seines wissenschaftlichen Wirkens doch der von ihm mit seiner Gefühlsjurisprudenz bekämpften „romantischen Rechtsschule“ darin beipflichten wollte, dass die maßgeblichen Rechtsinstitute vielleicht immer schon als abstrakte Ideen (*a priori*) vorhanden sind und es die Aufgabe des juristischen (Volks-)Geistes sei, sie zur realen Anschauung und historischen Geltung zu bringen.¹²³ Oder anders formuliert, ginge es um eine Theorie, „welche die Entwicklung von Recht und Moral mit *Leibniz* als die ‚stufenweise Enthüllung und Abklärung dessen betrachtet, was von Anfang als ewiges Gesetz in den unbewußten Vorstellungen der menschlichen Einzelseelen geschlummert hat‘.“¹²⁴

Der Rechtshistoriker hatte hier bereits einen schärferen Blick bewiesen als der Rechtsphilosoph. Das Problem kannte *Jhering* bereits aus seinem „Geist des römischen Rechts“. Hier hatte er erstmals das Rechtsgefühl mit der Gewalttätigkeit, der „Thatkraft“,¹²⁵ zu verbinden gesucht: „*Was die Thatkraft geschaffen, was sie erworben und erkämpft, dem drückte das Rechtsgefühl seinen Stempel auf (...). Der erste Ansatz des Rechtsgefühls ist das Gefühl der eigenen Berechtigung ...*“. Die schaffende Thatkraft bleibt demnach der Ursprung; das Rechtsgefühl gibt dem durch Thatkraft Geschaffenen oder Eroberten lediglich das Siegel der Rechtlichkeit. Das Fazit bleibt bis in die letzten Auflagen unzweideutig: „Die Thatkraft, die Gewalt also ist die Mutter des Rechts.“¹²⁶

Die Frage nach dem Ursprung des Rechts war nun auf einmal neuerlich gestellt. Und so hat *Jhering* denn auch tatsächlich am Ende seiner Wissenschaft noch einmal dezidiert den Anfängen des Rechts nachgespürt.¹²⁷ Die Einsichten,

Recht kann also nicht die Hebamme des Sittlichen sein, als von welchem seine eigene Existenz abhängt.“

¹²³ Diese Grundtheorie der historischen Rechtsschule war bei *Jhering* immer präsent; vgl. nur seine Geschichtsphilosophie im ersten Band des „Geist des römischen Rechts“ (insb. S. 102 ff.: Der Fortschritt in der Geschichte ergebe sich dadurch, dass „die folgenreichsten Wahrheiten“, die in „Jahrtausenden unzugänglich und verborgen lagen“ freigelegt werden und so „Gemeingut der Gebildeten wie der Ungebildeten geworden sind“); in diesem Sinne deutliche Anklänge auch im „Schuldmoment“ (1867, S. 67): „Unser Gewinn ist zunächst die Überzeugung, von dem Walten höherer allgemeiner Gedankenmächte auf dem Gebiete des Rechts, die Anschauung der stillen, geräuschlosen Arbeit der Ideen, die unmerklich und vielleicht dem Werkzeug selber unbewusst, Atom zu Atom hinzufügend, sich über Jahrhunderte und Jahrtausende hinzieht, bis das Werk vollbracht ist und das Recht neu gestaltet und verjüngt dasteht.“ Schließlich auch in seinem Spätwerk „Der Besitzwille“ (1889), etwa S. 103: „... die Wahrnehmung des wahren Sachverhältnisses war hier nicht Sache des juristischen Denkens, sondern der naiven Volksauffassung ...“; ebd. S. 109: „Die römische Jurisprudenz hat sie mit auf den Weg bekommen, im alten Rom hat das juristische Denken nicht erst auf die Juristen gewartet, das Volk hatte ihnen bereits erheblich vorgearbeitet (...)“ und passim.

¹²⁴ *Merkel*, *Jhering*, JhJb 32 (1893), 6/36 f.

¹²⁵ Geist des römischen Rechts I (1852), S. 104, 105, 112.

¹²⁶ Geist des römischen Rechts I (1878), S. 114.

¹²⁷ Vgl. die posthum (1894) von *Viktor Ehrenberg* aus dem Nachlass herausgegebenen Schriften: „Vorgeschichte der Indoeuropäer“ und „Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts“.

die er von dort mitbrachte, sind – bei aller Vorsicht der Deutung unautorisierter Skizzen – nun freilich die deutliche Hervorhebung des menschlichen Denkens und der Vernunft gegenüber der Emotionalität des Rechtsgefühls¹²⁸:

„Das Recht ist kein Ausfluß des naiv im dunklen Drang schaffenden Rechtsgefühls, ... sondern es ist das Werk menschlicher Absicht und Berechnung, die auf jeder Stufe der gesellschaftlichen Entwicklung das Angemessene zu treffen bestrebt war. Die Geschichte des Rechts ist die Geschichte des menschlichen Denkens in Bezug auf die praktische Verwirklichung der Lebensbedingungen der menschlichen Gemeinschaft.“¹²⁹

Diese Einsicht ist bereits beachtlich. Vor allem aber erkennt und formuliert *Jhering* noch selbst die Bedenklichkeiten der „Consequenzen“ seiner Gefühls-Methodologie, bei der letztlich nur mit engagierter Emotionalität die letzten Konsequenzen letzter emotional abstrahierter Prinzipien gezogen werden:

„Wer aus der Geschichte den Unfug kennt, den die Principien angerichtet haben und unter unseren Augen noch täglich anrichten, wird begreifen, daß eine Zeit, die ihrer entbehrte, und sich bloß auf die gesunde, d. i. lediglich den praktischen Zwecken sich zukehrenden Vernunft angewiesen sah, dasjenige, was ihr not that, besser zu beschaffen im stande war, als eine hochentwickelte es vermag, deren geistiges Auge durch Principien umflort ist.“¹³⁰

Man möchte meinen, mit seinen letzten (Schrift-)Zügen hat der greise *Jhering* noch ein Gesicht zu Papier gebracht.¹³¹ Er besinnt sich nicht nur auf die „gesun-

¹²⁸ Es führte an dieser Stelle zu weit, die verbleibende Bedeutung des Rechtsgefühls beim späten *Jhering* analysieren zu wollen. *Jhering* ist hier alles andere als eindeutig. Die „Entwicklungsgeschichte“ enthält zwar einerseits die Aussagen und Bilder, die bereits in seinem Wiener Vortrag verwandt wurden: „Vorsprung des Rechts vor dem Rechtsgefühl – Kongruenz beider – Vorsprung des Rechtsgefühls vor dem Recht“ (aaO., S. 27). Die „rechtsschöpferische Kraft des Rechtsgefühls“ wird andererseits aber als „herrschende Lehre“ bekämpft (aaO., S. 28). *Jhering* ist bei seinen späten historischen Untersuchungen über die Ursprünge des Rechts offenbar die eigene Nähe zur seit seiner „Wende“ bekämpften „historischen Rechtsschule“ aufgegangen. Der Romantiker des Rechtsgefühls erkennt nun dieses Requisite als das romantische der von ihm ebenso bezeichneten Schule und müht sich, es von sich selber wieder abzustreifen. Er versucht dies in der Unterscheidung von passiver („Werden“) und aktiver („Machen“) Rechtsfortbildung. Das „Machen“ ist bei ihm nunmehr freilich mit den gefühlsarmen Begriffen „Denken“, „Vernunft“, „Verstand“, „Absicht“, „Berechnung“ und „Interesse“ belegt.

¹²⁹ *Jhering*, Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts (1894), S. 28; vgl. auch schon S. 18: „Die Vernunft hat eben, weil und insofern sie gesund ist, auf jeder Stufe der geschichtlichen Entwicklung das Richtige, d. i. das den Verhältnissen Angemessene getroffen.“

¹³⁰ *Jhering*, Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts (1894), S. 18f. Man sollte diese Aussage und die damit verbundene Besinnung auf die Vorzüge des altrömischen Rechts (dem bekanntlich die klare Form der Rechtsinstitute eignete) nicht als wirres ‚Greisengemurmel‘ abtun. Was *Jhering* hier als Einsicht formuliert, ist ein wichtiger Lehrsatz wissenschaftlicher Methodologie: vgl. etwa nur *Max Weber*, Die ‚Objektivität‘ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904/1988), S. 146/153: „Es ist einfach eine Naivität, wenn auch von Fachmännern gelegentlich immer noch geglaubt wird, es gehe für die praktische Sozialwissenschaft vor allem darum, ‚ein Prinzip‘ aufzustellen und wissenschaftlich als gültig zu erhärten, aus welchem alsdann die Normen für die Lösung der praktischen Einzelprobleme eindeutig deduzierbar seien.“; insbes dann auch S. 167 ff.; grundsätzlich hierzu: *Marquard*, Abschied vom Prinzipiellen (1981).

¹³¹ Dass diese Aussage ernst zu nehmen ist, verdeutlichen auch persönliche Zeugnisse; so

de“ praktische Vernunft, sondern er sieht und benennt auch die Gefährlichkeit einer im Prinzipienkultus mündenden unendlichen Abstraktion des Normativen. Nach der Abwendung vom „Quellenkultus“ war aber gerade dies das Kennzeichnende von Jherings suchender Gefühlsjurisprudenz: Die Suche nach einem letzten methodologischen Prinzip, einer letzten Rechtsquelle, die er im „Kampf“ oder im „Zweck“ jeweils prononciert und gleichwohl vorschnell verallgemeinernd dem mystischen „Volksgeist“ entgegengesetzt hatte.¹³²

Die Abwendung vom *Prinzipienkultus* hatte sich schon zuvor in einem Unbehagen und sogar einem „wahren Ekel“ bei der Neuauflage des ersten Bandes des „Zweck im Recht“ geäußert.¹³³ Von dem Prinzip der Nutzenmaximierung und des individuellen Egoismus die ganze Rechts- und Sittenwelt zu konstruieren, ist denn ja auch spätestens seit *Thomas Hobbes* und bis zur aktuellen Diskussion um den *homo oeconomicus* ein probater utilitaristischer Ansatz – aber bekanntlich doch nicht der einzige.¹³⁴

spricht Jhering etwa in seinem Dankesbrief an den Fürsten Bismarck (dieser hatte Jhering zu dessen 70. Geburtstag gratuliert) von einem „Umschwung in seiner ganzen Anschauungsweise“, die sich in der Abkehr von einer „öden Verherrlichung von Principien und toten Formeln“, sowie „dem Blendwerk logischer Konsequenz und abstrakter Prinzipien“ äußere. (Brief v. 15. September 1888, abgedruckt in: *H. Ehrenberg*, Jhering in Briefen, 1813, S. 441–444).

¹³² Vgl. die Analyse bei *Helfer*, Jherings Gesellschaftsanalyse (1970), S. 81 ff. insb. S. 86: „Jedenfalls ist er beim angestrebten Nachweis, daß der Zweck ‚die einzige Triebkraft, der alleinige allerzeugende Gedanke des ganzen Rechts‘ sei, über voreilig verallgemeinernde Schlüsse aus einem trotz seiner Mannigfaltigkeit doch recht begrenzten Material nicht hinausgekommen.“

¹³³ Brief an Ehrenberg v. 15.12.1883: „Der Grund meiner tiefen Mißstimmung liegt in der Beschaffung der zweiten Auflage von Band 1 des Zweckes, ... in der Erkenntnis, die sich mir dabei aufdrängt, daß der Wert des ersten Bandes ein ungleich geringerer ist, als ich bisher angenommen hatte ... Ich habe einen wahren Ekel gegen das Buch ...“ (Briefe der Göttinger Zeit, S. 41); zu Defiziten in Jherings erstem Band: *Helfer*, Jherings Gesellschaftsanalyse (1970), S. 84 ff.; *ders.*, Ein Nachtrag Jherings zum „Zweck im Recht“, JZ 1970, 12 f.

¹³⁴ Der erste Band des „Zweck“ hatte keine gute Aufnahme gefunden, weder im engeren Kreis der Freunde noch in der (Rechts)Philosophie. Die schärfste – und in Ton und Sache sicher überzogene – Kritik findet sich bei *Josef Kohler*, Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte (1915), S. 12: „Dagegen kann uns nicht erspart bleiben, auf ein Werk hinzuweisen, das mit einer gewaltigen Absicht auftritt, als wolle es zuerst eine brauchbare Rechtsphilosophie aufstellen, als habe Hegel eigentlich noch gar nichts erreicht, und das selbst geradezu nichts leistet und zu keinem einzigen haltbaren Ergebnis gelangt: Jherings ‚Zweck im Recht‘, Bd I und II. Dem Werk fehlt jede metaphysische Grundlage; es wird alles auf Sand gebaut: die Einzelwesen sind einmal da, die Gesellschaft ist einmal da – was sich weiter um ihre philosophische Grundlegung kümmern? Was über Raum und Zeit philosophieren? In der Tat steht Jherings Metaphysik ungefähr auf dem Stande der Metaphysik eines friesischen Landpastors (...).“ usw. *Kohler* offenbart hier insgesamt einen wenig sympathischen Charakterzug, hatte er doch noch zu Lebzeiten Jherings und als er noch in dessen Jahrbüchern publizierte, von diesem als „Meister“ und dessen „großartigem Werke über den Zweck im Recht“ gesprochen (vgl. *JhJb* 16 (1878), 325/326, 328). Etwas freundlicher formuliert *L. Mitteis*, Allgemeine Deutsche Biographie (1905), S. 658: „wo immer er philosophisch gearbeitet hat, ist er bei der Philosophie nur zu Gast gewesen“; *Hachenburg* (1860–1951) schreibt in seinen Lebenserinnerungen (1928): „Ich habe es Jhering nie vergeben, daß er seinen ‚Geist des römischen Rechts‘ unvollendet ließ, um den ‚Zweck im Recht‘ zu schreiben. Den Zweck dieses ‚Zweckes‘ habe ich nie eingesehen.“

Prinzipien sind eifersüchtig. Das gilt sowohl für prinzipielle Erklärungsmodelle, weil bei ihnen gerne Erscheinungen in das Prokrustesbett eines Prinzips gezwängt werden. Und das gilt gerade und erst recht für eine Rechtsfindung, die aus dem Rechtsgefühl schöpft, weil dabei die notwendige Differenzierung zwischen widerstreitenden Prinzipien und Parteiinteressen unterbleibt, weil mittels gefühlter Billigkeit nichts anderes erfolgt als die Deduktion aus lediglich einem (dem jeweils überwiegenden) ‚Gerechtigkeits‘-Prinzip, aus dem dann die Folgerungen mit engagierter „Consequenz“ gezogen werden (*fiat iustitia et perezat mundus*). Wer auch heute mit offenen Augen die juristischen und politischen Debatten verfolgt, wird leicht erkennen, wie sich die Grundstruktur der konkurrierenden Argumentationen regelmäßig auf *ein* normatives *Prinzip* reduzieren lässt.¹³⁵ Und mit dem hier offengelegten Zusammenhang von Rechtsprinzip und Rechtsgefühl wird auch klar, warum normative Dispute so schnell emotional werden. Gefühl differenziert nicht. Gefühl verabsolutiert. *Ab-Wägung*, das maßgebliche Symbol der *Iustitia*, ist eine Eigenschaft allein der nüchternen *ratio*, von Verstand und Vernunft.

Für die Rechtsdogmatik führt der Abschied von rational begründeter Rechtsform zu einem Kultus emotionaler Prinzipiendeduktion, und die Konstruktion einer Scheinform, wie sie die *culpa in contrahendo* bis heute darstellt, die nichts anderes ist als ein Pseudotatbestand, in den man nahezu jedes Prinzip hineinlesen kann, verschlimmert diesen Kultus noch dadurch, dass sie ihn verschleiert und nicht offenlegt. Die wissenschaftliche Grundlegung einer Methodenlehre des

Es mag ketzerisch klingen, ich gäbe aber dieses ganze Werk für einen einzigen weiteren Band des ‚Geistes‘;“; deutlich kritisch auch Wieacker, *Privatrechtsgeschichte* (1967), S. 451: „philosophisch dilettantischer Torso“. Zur Kritik und eigenen Distanzierung Jherings von diesem Werk auch: *Helfer*, Ein Nachtrag Jherings zum „Zweck im Recht“, JZ 1970, 12 f.; *Braun*, Eine briefliche Äußerung Jherings über sein Buch „Der Zweck im Recht“, JZ 2001, 342 f. m. w. N.

¹³⁵ Für die Debatte in der Sozialphilosophie seit *Rawls* formuliert etwa *Udo di Fabio* (*Die Kultur der Freiheit*, 2005, S. 111 f.): „Was eigentlich hat mehr Gewicht, was hat Vorrang in dieser Trinität der großen politischen und rechtlichen Leitwerte? Ist Freiheit wichtiger als Gleichheit oder umgekehrt? Steckt in der Brüderlichkeit alles Positive der Gemeinschaft, der auch die Freiheit und Gleichheit zu dienen haben? Wo in diesem Dreiklang fühlt sich die Gerechtigkeit eigentlich am besten aufgehoben? Stellt sich Gerechtigkeit dort ein, wo die Menschen frei gelassen werden oder dort, wo die Gemeinschaft für Gleichheit der Lebensbedingungen sorgt? Die heute in der Sozialphilosophie vorherrschende Antwort, sei es auf dem Campus von Harvard oder dem von Oxford, sei es in Frankfurt oder in Berlin, heißt ‚Gleichheit‘. Dies hat enorme Konsequenzen für das Umfeld, nicht nur für die Verfassungsauslegung, sondern für die gesellschaftliche und politische Leitvorstellung, was sozial gerecht, was Gerechtigkeit überhaupt sei.“ Im Privatrecht geht es dann um die Reichweite der Privatautonomie, um Vertragsparität, Antidiskriminierung, Verbraucher- und Vertrauensschutz. Regelmäßig steht hinter der Argumentation auf einer höheren Abstraktionsebene eines der genannten drei Prinzipien. Die Zahl der einschlägigen Prinzipien lässt sich beliebig erweitern. Aber welche es letztlich auch sein mögen: Das hier beschriebene methodologische Problem „consequenter“ *Prinzipiendeduktion* aus dem Rechtsgefühl jedenfalls ist ubiquitär. Zum Problem insgesamt schon *Benedict*, *Rechtskritik* (2009).

Rechtsgefühls konnte *Jhering* nicht liefern: Es gibt sie nicht.¹³⁶ Wer das Rechtsgefühl als rechtsetzende Instanz beschwört, der beschwört die Simplizität emotionaler Prinzipienduktion und weicht damit sachlichen Differenzierungen und mit Fakten begründeten Abwägungen aus. Mit *Friedrich Mommsen*, dem Urheber der Unmöglichkeitsdogmatik,¹³⁷ der mit seiner späten aber ausführlichen Kritik an *Jherings* „Entdeckung“ maßgeblichen Einfluss auch auf die diesbezüglich ausdifferenzierte Gestaltung des BGB genommen hat, lässt sich aus alledem nur die eine Quintessenz ziehen:

„Meiner Meinung nach ist es im höchsten Grade bedenklich, bei juristischen Untersuchungen in der Weise, wie *Jhering* dies thut, die Billigkeit zum Ausgangspunkte der Untersuchung zu machen. Ueberdies ist es mit der Billigkeit ein eigenes Ding. Was der Billigkeit entsprechend erscheint, wenn man die Sache von dem Standpunkt des einen Contrahenten aus ansieht, erscheint manchmal als unbillig, wenn man sich auf den Standpunkt des anderen Contrahenten stellt.“¹³⁸

III. Dogmatische Konstruktion

„... aber Niemand wird behaupten wollen, daß man einen bestimmten Gesichtspunkt bloß deshalb zu wählen berechtigt ist, weil sich dann besser generalisieren läßt.“

Friedrich Mommsen, 1879¹³⁹

1. Die „Entdeckung“ eines Rechtsprinzips?

„... daß jeder Theil dem anderen für den ihm durch seine culpa zugefügten Schaden aufkommen muß.“

Rudolf v. Jhering, 1861¹⁴⁰

Im Grunde ist mit der vorangestellten Analyse des Rechtsgefühls und seiner Enttarnung als Konsequenzen fordernder Prinzipienseismograph auch schon das ganze methodologische Geheimnis um die vermeintliche „Entdeckung“ der *culpa in contrahendo* offengelegt: Das Rechtsgefühl, auf das *Jhering* sich gleich zu Beginn seiner Abhandlung beruft, fordert von ihm gar nichts anderes als die „Consequenzen“ aus einem allgemeineren Rechtsprinzip auch für die als pathologisch vorgestellten Irrtumsfälle zu ziehen. Dass *Jhering* mit seinem späten Hinweis auf den „Unfug“, den die Prinzipien auch unter seinen Augen immer wieder angerichtet haben, nicht zuletzt auch seine eigenen vorschnellen

¹³⁶ Vgl. vor allem die Kritik bei *Riezler*, Das Rechtsgefühl (1946), mit umfangreichen Nachweisen zu vorhergehenden Versuchen. Sein Fazit, 54 Jahre nach *Jherings* Tod: „Der Raum für eine Gefühlsjurisprudenz muß immer enger werden, das ist eine der vornehmsten Aufgaben der Rechtswissenschaft.“

¹³⁷ *Friedrich Mommsen*, Die Unmöglichkeit der Leistung (1853).

¹³⁸ *Friedrich Mommsen*, Haftung bei Vertragsschluss (1879), S. 81 f.

¹³⁹ *F. Mommsen*, Haftung bei Vertragsschluss (1879), S. 15.

¹⁴⁰ *Jhering*, Culpa in contrahendo, JhJb 4 (1861), 1/40.

dogmatischen Konstruktionen einschließlich der *culpa in contrahendo* im Blick gehabt hat, ist durchaus naheliegend. Die *Verabsolutierung des Prinzips* und die *Überschätzung der Konsequenz* waren nicht nur vereinzelt das Problem Jhering'scher Konstruktion gewesen. Wie gesehen, hat Jhering schon als Privatdozent am Ende seiner ersten dogmatischen Abhandlung die Pathologie, der er selbst erlegen war, deutlich benannt: „*meinem Princip zu Liebe Konsequenzen zugegeben zu haben*“, zu denen er sich bei gründlicher Auseinandersetzung mit der praktischen Seite der Sache nicht verstanden haben würde.¹⁴¹ Selbstkritisch war er bei der Revision seiner vorschnellen These zur „Gefahr beim Kaufcontract“¹⁴², und schließlich ist auch und gerade sein späteres Eingeständnis, dass die c.i.c. als Haftungsinstitut von ihm voreilig konstruiert wurde, ausdrücklich von eben jener Einsicht in die suggestive „Macht“ eines Prinzips getragen, vor der selbst der Wissenschaftler nicht gefeit sei.¹⁴³

Einer Methodenlehre, die in der Entdeckung von Prinzipien die höchste Jurisprudenz erblickt, muss diese Einsicht freilich verborgen bleiben. Und so gehört es denn aus der nunmehr gefundenen Perspektive zu den nachhaltigsten Missverständnissen bei der Besprechung der „Entdeckungsgeschichte“ der *culpa in contrahendo*, dass mit dieser exemplarisch die Entdeckung sog. „rechtsethischer Prinzipien“ als Höhepunkt der Rechtsfortbildung gefeiert wird.¹⁴⁴ Jhering habe quasi aus dem Nichts ein verborgenes Rechtsprinzip entdeckt. So bekundet etwa Larenz in seinem Lehrbuch zur juristischen Methodenlehre:

„Am Anfang stand seine rechtsethische Wertung [ein moderner Ausdruck für Rechtsgefühl, JB], ihr folgte eine Analyse der Fälle, auf die sie sich bezog, und deren Vergleich mit anderen Fällen; darauf formulierte er das Prinzip.“¹⁴⁵

Es sollte allerdings stutzig machen, dass man das die c.i.c. tragende und rechtfertigende „Prinzip“ bis heute nicht hat unstreitig dingfest machen können.¹⁴⁶

¹⁴¹ Jhering, Abhandlungen aus dem römischen Recht (1844), S. 86 (oben II.2.a).

¹⁴² JhJb 3 (1859), 449 ff. Und die Bestätigung ist dann ja auch nicht ausgeblieben: Bereits 1853 hatte Friedrich Mommsen (Unmöglichkeit der Leistung, 1853, S. 297 f.) die Abhandlung als Zeugnis dafür gewertet, „wie viel Bestechendes die strenge Konsequenz hat, selbst wenn sie zu den unrichtigsten Resultaten führt“.

¹⁴³ Hierzu sogleich unten § 2 (Jherings Revocation); in diesem Sinne hat das methodologische Problem der Jhering'schen Konstruktion bereits treffend benannt: Brock, Das negative Vertragsinteresse (1902), S. 66: „Wir treffen hier wieder auf einen wissenschaftlichen Fehler sehr verbreiteter Natur. So berechtigt das Streben ist, die Mannigfaltigkeit der Erscheinungen aller Art auf Grundprinzipien zurückzuführen, so sehr dies gerade die vornehmste Aufgabe jeder Wissenschaft ist, so steht doch fest: innerhalb der technischen Jurisprudenz kann a priori kein Satz ausnahmslose Geltung beanspruchen.“

¹⁴⁴ Vgl. nur Larenz, Methodenlehre (6. Aufl. 1991), S. 422 ff., unverändert Larenz / Canaris, Methodenlehre (1995), S. 241 ff.; Esser, Grundsatz und Norm (4. Aufl. 1990) S. 162 ff.

¹⁴⁵ Methodenlehre, (6. Aufl. 1991), S. 422 f.; vgl. auch Esser, Grundsatz und Norm (4. Aufl. 1990), S. 164.

¹⁴⁶ Der Entdecker der „juristischen Entdeckungen“ (Dölle, 1958) etwa meint, „daß Jhering das normative Prinzip ‚entdeckt‘ habe, wonach bereits in der vorvertraglichen Phase ... die

Und auch *Larenz* bleibt die Benennung jenes „rechtsethischen Prinzips“, auf welchem *Jherings* Konstruktion beruhen soll, schuldig; denn die Verbindung der c.i.c. mit dem „Vertrauensprinzip“ und der „Lehre von den Schutzpflichten“ ist bei ihm bereits wieder eine neue „juristische Entdeckung“. Kurz: So oft und viel besungen das Lied von der „Entdeckung der *culpa in contrahendo*“ auch ist, vor dem eigentlichen Novum der hier zelebrierten Rechtsfindung besteht offenbar bis heute ein allgemein devot verklärtes Staunen. Ob hierbei die eigene Vorstellung vom Wesen der Rechtsfortbildung die Interpretation des zwischen „Scherz und Ernst“ geschriebenen Aufsatzes von 1861 oder umgekehrt die Interpretation das eigene Methodenverständnis geprägt hat, mag an dieser Stelle ebenso offen bleiben wie der damit zusammenhängende Streit um *Jherings* Ein-

verhandelnden Parteien in ein konkretes, Pflichten und Rechte erzeugendes Schuldverhältnis treten“ und sieht die „Entdeckung“ *Jherings* des Weiteren darin, „eine Partei auch dann nach den Grundsätzen des Vertragsrechts (und nicht nur nach denen des Deliktsrechts) haften zu lassen, wenn sie beim Vertragsschluß ... ein den Gegner schädigendes Verhalten in vorwerfbarer Weise beobachtet, gleichviel, ob ein Vertragsverhältnis zustande kommt oder nicht (...)“. Mit Gewissheit behauptet *Bohrer*, Dispositionsgarant (1980), S. 331: „Das leitende Prinzip *Iherings* culpa in contrahendo kam in der Entdeckung des sog. ‚negativen Vertragsinteresses‘ zum Ausdruck.“; ebenso *Giario*, *Culpa in contrahendo* (2000), S. 116: „Mit der *culpa in contrahendo* entdeckte also *Jhering* das negative Interesse“; und auch *Ackermann*, Der Schutz des negativen Interesses (2007), S. 31: „Seine eigentliche Leistung ist (...) dadurch zu charakterisieren, daß er durch die Einführung des negativen Interesses (...) einer Differenzierung der Sanktionen den Weg bereitete.“; *Kindereit*, Zivilrechtliche Entdecker (2001), S. 107/128, 131, wiederum glaubt an eine vorvertragliche „Garantie“: „Allein mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen gibt er [der Verhandlungspartner] die Versicherung ab, eine sorgfältige Prüfung vorgenommen zu haben, daß in seiner Person dem wirksamen Vertrag keine Hindernisse entgegenstehen. Damit hat *Jhering* sein allgemeines Prinzip gefunden.“ *HKK/Harke*, § 311 erkennt bei *Jhering* „nur ... die erste Formulierung des Prinzips einer quasivertraglichen Haftung im Vorfeld eines Vertragsschlusses“ (Rn. 2) bzw. meint ebenfalls, dass *Jhering* den „Rechtsgrund“ seiner c.i.c. „in einer Garantie gesehen“ habe (Rn. 30); deutlich *ders.*, Das neue Sachmängelrecht, AcP 205 (2005), 67/88: „Das einzig plausible, zugleich regelmäßig übersehene Erklärungsmodell für die Haftung wegen *culpa in contrahendo* ist das ihres Schöpfers, *Rudolph von Jhering*. Dieser erkannte den Rechtsgrund der Haftung für vorvertragliches Verschulden in einer Garantie (...)“.

Andere enthalten sich in dieser Frage, schauen nicht auf das Ergebnis, sondern auf den Prozess und beharren insoweit auf der klassischen „naturhistorischen Methode“, mit der die c.i.c. ‚gefunden‘ sei: *Choe*, *Culpa in contrahendo* bei *Rudolph von Jhering* (1988), betont einerseits die Kontinuität im methodischen Denken *Jherings* (S. 236) und stellt andererseits scharfsichtig klar, dass die c.i.c. im „Modellvorgriff konzipiert“ wurde, um sie in die „Quellen hinein- und wieder herauszulesen“ (S. 99). Interessant ist auch der zumindest im Grunde trefflich in Bezug genommene Dualismus von *sabinianischer* und *prokulianischer* Rechtsschule; hier die Betonung des institutionellen, formalen und dort des prinzipiellen, materialen Elements (S. 140). Akzeptiert man den Dualismus in dieser Lesart, so war die c.i.c. in der Tat eine überwiegend *sabinianische* Kreation. Der *prokulianische* Geist hielt *Jhering* allein noch von der Aufstellung einer großen Generalklausel zurück (vgl. *Luig*, Von Savignys Irrtumslehre zu *Jherings culpa in contrahendo*, ZNR 1990, 68/72; anders herum entscheiden würde wohl *Behrends*, Rechtsgefühl, 1986, S. 176 ff., für die in *Paulus* und *Ulpian* inkarnierte Schlussphase dieser Schulen). Für die Frage nach dem „entdeckten“ Prinzip sind diese Betrachtungen freilich nicht weiterführend.

fluss auf die Entwicklung der Freirechtsschule.¹⁴⁷ An dieser Stelle geht es nur darum, die Bedenklichkeit gefühlter Rechtsfortbildung für den konkreten Fall der c.i.c. nachzuweisen. Und hierfür ist zunächst eines definitiv klarzustellen: *Jhering* gewinnt seine c.i.c. nicht wirklich aus einer „sorgfältigen Analyse“ von Einzelfällen mittels *Induktion*, sondern im Gegenteil ganz im Sinne seiner an den Anfang gestellten Gefühlsmethodologie: vermittels schlichter *Deduktion* aus jenem gleich zu Beginn des Aufsatzes beschworenen emotionalen Prinzip (*Prinzipiendeduktion*).

Es kommt nicht von ungefähr, dass die langjährigen fruchtlosen Begründungsversuche endlich auf den allgemeinen Grundsatz des *neminem laedere* hinausgelaufen sind:¹⁴⁸ „... daß keiner den andern beschädigen, und der etwa zugefügte Schade gut gemacht werden solle.“¹⁴⁹ Ganz in der Nähe liegt nun in der Tat auch der von *Jhering* gefühlte Ausgangspunkt für die Kreation seiner c.i.c. Denn um nur eine kleine Nuance konkreter ist *Jhering* mit dem Satz von der „Billigkeit“ und von der „Trostlosigkeit“ eines diesem allgemeinen Grundsatz widerstrebenden Rechtszustandes: „... der culpose Theil geht frei aus, der unschuldige wird das Opfer der fremden Culpa!“¹⁵⁰ In dieser wie in jener Aussage liegt nichts anderes als der Verweis auf ein allen Rechtskulturen zu allen Zeiten zugrundeliegendes Rechtsprinzip: dem der *Vergeltung*.¹⁵¹ Das hier von *Jhering* emotional in Anspruch genommene Vergeltungsprinzip meint den archaischen Tun-Erdulden-Zusammenhang bzw. – in aristotelischer Tradition – die *iustitia commutativa*, den Gedanken der ausgleichenden Gerechtigkeit. Verknüpft mit dem Schuldmoment begegnet es bei *Jhering* in der qualifizierten Gestalt des Verschuldensprinzips: dem „allgemeinen Gesetz, ... daß jeder Theil dem anderen für den ihm durch seine culpa zugefügten Schaden aufkommen muß“.¹⁵²

Nun hatte sich freilich das gemeine Recht nicht darauf verstanden, eine allgemeine Verschuldenshaftung rechtlich anzuerkennen. Lediglich in der vertraglichen Haftung und für das Deliktsrecht war im relativ eng gezogenen Rahmen der *actio legis aquiliae* die *culpa* scheinbar zu einem allgemeinen Haftungsgrund gemacht. Die dogmatische Aufgabe bestand für *Jhering* daher darin, eine eingeschränkte und zugleich noch fassliche Form für das aus der deliktsrechtlichen

¹⁴⁷ Das Freirecht klopfte bereits an die Tür der juristischen Methodenlehre. Dass *Jhering* nicht zu seinen Vorkämpfern gehörte, konnte er nicht mehr mit der notwendigen Deutlichkeit klarstellen; dass er dieser Bewegung den Boden bereitet hat, indem er nur allzu plakativ das Rechtsgefühl über die juristische Form stellte, lässt sich aber auch nicht leugnen; vgl. hierzu *Behrends*, Rechtsgefühl (1986), S. 70 ff., 165 ff. Ausf. noch unten § 5 I.

¹⁴⁸ In diesem Sinne und im Ausgangspunkt zutreffend: *Picker*, p. F. und c.i.c., AcP 183 (1983), 369/460 ff.

¹⁴⁹ So die Formulierung im Naturrecht bei *Pufendorf*, zitiert bei *Picker*, p. F. und c.i.c., AcP 183 (1983), 369/462, Fn. 262; ausf. zum Prinzip des *neminem laedere*, unten § 3 II.

¹⁵⁰ *Jhering*, Culpa in contrahendo, JhJb 4 (1961), 1/2.

¹⁵¹ Hierzu nur *Kelsen*, Vergeltung und Kausalität (1941)

¹⁵² *Jhering*, Culpa in contrahendo, JhJb 4 (1961), 1/40.

Diskussion hinlänglich bekannte Verschuldensprinzip zu konstruieren.¹⁵³ Und das versuchte er entschieden dadurch, dass er die generelle Haftung für bloße *culpa* auf Fälle *in contrahendo* beschränkte – oder umgekehrt aus der strengeren Sicht des gemeinen Rechts gewendet: Die kontraktliche *culpa*-Haftung auf Fälle *in contrahendo* erweiterte. Ebenso wie später das BGB hatte nämlich auch das römische Recht *nicht* das „allgemeine Gesetz“ aufgestellt, „daß Jeder den durch seine Schuld, wohl aber den Satz, daß Jeder den durch seine Arglist entstandenen Schaden zu ersetzen verpflichtet sei“. ¹⁵⁴ D. h., es gab eine allgemeine *actio doli*, nicht aber eine allgemeine *actio culpa*: eine allgemeine Haftung für vorsätzliche / arglistige, nicht aber für nur fahrlässige Schädigung. Die lediglich für vertragliche Verhältnisse anerkannte umfassende Realisierung des Verschuldensprinzips war aus Jherings Perspektive also auf gescheiterte Vertragsschlüsse *zu erweitern*: Dies war die erste Verallgemeinerung, die als „Consequenz“ vom Jhering'schen Rechtsgefühl gefordert wurde.

Dieses in der Faszination für ein Prinzip liegende Ausdehnungs-Phänomen begleitet die ganze Geschichte der *culpa in contrahendo*; denn dieselbe „Consequenz“ wurde mit anderen Vorzeichen 60 Jahre später unter Geltung des BGB mit der „Wiederentdeckung“ der *culpa in contrahendo* (1911) erneut gezogen.¹⁵⁵ Die nächste Phase dieses Abstraktionsprozesses sollte dann weitere 80 Jahre in Anspruch und unter unseren Augen Gestalt annehmen: Die letzte „Consequenz“, die vom Rechtsgefühl insoweit gefordert wird, zielt folgerichtig auf eine umfassende haftungsrechtliche Generalklausel für sämtliche (culposen) Schädigungen. Ob man diese dann dogmatisch als Schutzpflichtverletzung, Vertrauensschutz, Selbstbindung ohne Vertrag, Redlichkeitserwartung oder anders deklariert oder mit dem „Elementarsatz“ *neminem laedere*, dem Hinweis auf „genuines Deliktsrecht“ oder die großen haftungsrechtlichen Generalklauseln anderer Rechtsordnungen rechtfertigen will, ändert an dem methodologischen Grundprinzip der Abstraktion letztlich nicht viel.¹⁵⁶ Das „verfeinerte Rechtsempfinden“, auf das in der Ausdehnungsgeschichte der c.i.c. immer wieder

¹⁵³ Das Verschuldensprinzip findet sich wohl zuerst von *Hugo Grotius* explizit ausgesprochen: Naturrechtlich hafte *nur*, wen eine Schuld treffe (*De Iure Belli ac Pacis*, 1642, lib. II, cap. XVII); daraus wurde nach verbreiteter Auffassung für das frühe gemeine Recht und im Zuge der Naturrechtskodifikationen der allgemeine haftungsrechtliche Satz: Jeder haftet für sein Verschulden; *Jansen*, *Struktur des Haftungsrechts* (2003), S. 304 will dementsprechend die „eigentliche historische Wurzel“ des Schuldgrundsatzes im *usus modernus* sehen. Ausf. hierzu unten § 3 (Die *culpa* als *causa obligationis*?).

¹⁵⁴ *Windscheid*, *Pandekten II* (1906), § 451. Das so verstandene Verschuldensprinzip hatte in der deliktischen Haftung eine zurückhaltende Ausformung erfahren: *actio doli* (generelle Haftung für arglistige Schädigungen, heute: § 826 BGB) und die *actio legis Aquiliae* (besonderer Rechtsgüterschutz, heute: § 823 I BGB); vgl. jeweils D. 4, 3 de dolo malo; C. 2, 20; I. 4, 3 de lege Aquilia; D. 9, 2 ad legem Aquiliam; C. 3. 35; *Windscheid*, *Pandekten II* (1906), § 455.

¹⁵⁵ Ausf. unten § 5 II.2.

¹⁵⁶ Ausf. hierzu unten § 7 II. (Der Kampf um die haftungsrechtliche Generalklausel).

Bezug genommen wird, ist nichts anderes als das allgemeine Haftungsprinzip, das „gemahnt: Du ziehst die letzten Konsequenzen nicht!“.

Streng genommen offenbart sich der evolutionsgeschichtliche Fortschritt der Zivilrechtswissenschaft so gesehen als eine Kunst, mit vielen Worten am Ende nicht viel *prinzipiell* Neues zu sagen, sondern bestehende differenzierte dogmatische Ausformungen unter Berufung auf ein „verfeinertes Rechtsempfinden“ als unbillige Beschränkungen eines allgemeineren letzten Prinzips und mithin als überlebt zu erkennen. Das letztgefühlte Prinzip wird zur allgemeinen Generalklausel, zur Norm ohne Form. Der mit Inbrunst geführte dogmatische Streit, ob man das Prinzip denn als deliktisches, vertragliches, quasideliktisches, quasivertragliches oder gar als ‚gesetzliches‘ einzuordnen habe, gewinnt von dieser prinzipiellen Ebene aus betrachtet den Charakter eines müßigen Glasperlenspiels.

Für *Jhering* jedenfalls war es sogar in seiner gefühlsmethodologischen Hochphase noch unvorstellbar, die deliktsrechtliche Generalklausel für dolose Schädigungen (*actio doli*) einfach einer allgemeinen Haftung auch nur für *culpa lata* zu öffnen, wie es seinerzeit bereits *Friedrich Mommsen* vorgeschlagen hatte:

„Wohin würde es führen, wenn Jemand in außercontractlichen Verhältnissen schlechthin, wie wegen dolus, auch wegen culpa lata in Anspruch genommen werden könnte! Eine unvorsichtige Äußerung, die Mittheilung eines Gerüchts, einer falschen Nachricht, ein schlechter Rath, ein unbesonnenes Urtheil, ... kurz, alles und jedes würde bei vorhandener culpa lata trotz aller bona fides zum Ersatz des dadurch veranlaßten Schadens verpflichten, und die act. de dolo würde in einer solchen Ausdehnung zu einer wahren Geißel des Umgangs und Verkehrs werden, alle Unbefangenheit der Conversation wäre dahin, das harmloseste Wort würde zum Strick.“¹⁵⁷

Auch wenn *Jhering* hier die *culpa lata* in der ihm eigenen rhetorischen Übertreibung zur *culpa levissima* werden lässt,¹⁵⁸ so erfährt die von ihm befürwortete vorvertragliche Verschuldenshaftung im Interesse der Verkehrssicherheit doch immerhin noch zwei definitive Einschränkungen:

Erstens sollte bloße *culpa* nur bei einem unklagbaren Scheinkontrakt zur Haftung verbinden; Anknüpfungspunkt blieb damit immer noch der objektive Tatbestand des *Vertragsschlusses*.¹⁵⁹ Und zweitens durfte nur den einen Teil ein

¹⁵⁷ *Jhering*, *Culpa in contrahendo*, JhJb 4 (1861), 12f.

¹⁵⁸ *F. Mommsen* verteidigt seine „Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus“ in einem Anhang seiner „Erörterungen“ (1879), S. 175 ff. In der ihm eigenen Gründlichkeit wird sehr schnell deutlich gemacht, dass die zitierte Passage bei *Jhering* von deutlicher Überzeichnung getragen wird. Ebenso *Brock*, *Das negative Vertragsinteresse* (1902), S. 32, Fn. 53: „Vor allem scheint auch uns *Jhering* a. a. O., p. 13 den Begriff der lata culpa viel zu harmlos zu fassen ...“; ausf. zum Problem unten § 2 II.3. (Objektivität des Rechts).

¹⁵⁹ Eingehend *Jhering*, *Culpa in contrahendo*, JhJb 4 (1861), 1/42 f. und erneut S. 88: „Wie in allen übrigen Anwendungsfällen setzt unsere Klage auch in diesem den äußerlich erfolgten Abschluß des Contracts, also Acceptation von Seiten des Oblaten voraus ...“ Daher auch die heute keineswegs mehr passende Begrifflichkeit „Verschulden bei Vertragsschließung“. Aus dem „Vertragsschluß“ wurde auf dem Weg zur haftungsrechtlichen Generalklausel zunächst

Vorwurf der *culpa* treffen; *culpa* oder fehlender guter Glaube beim anderen Teil schloss einen Anspruch kategorisch aus (Grundsatz der Culpacompensation).¹⁶⁰

Man ist bereits hier an die spätere Diskussion um die *culpa in contrahendo* erinnert, bei welcher der Gesichtspunkt der „Sonderverbindung“ als das maßgebliche *einschränkende* Kriterium gegen eine große deliktsrechtliche Generalklausel ins Feld geführt worden ist.¹⁶¹ Die Argumentation ist dabei völlig analog zur Auseinandersetzung zwischen *Jhering* und *Mommsen* verlaufen, nur haben die späteren Anhänger einer „dritten Haftungsspur“ von den Pflöcken, die *Jhering* noch einschränkend formuliert hatte, nicht mehr viel übriggelassen: Die Notwendigkeit eines „Vertragsschlusses“ wurde Stück für Stück zugunsten eines fassungslosen „Vertrauenskontinuums“ aufgegeben¹⁶² und der Gedanke der Culpacompensation¹⁶³ (vgl. noch §§ 122 Abs. 2, 179 Abs. 3, 307 Abs. 1, S. 2 a. F. BGB) ist gänzlich vergessen.¹⁶⁴

Aber selbst diese erste *Jhering*'sche ‚kleine‘ Generalklausel enthielt bereits bedenkliche und leider sehr nachhaltige Konstruktionsmängel. Der wichtigste offenbart sich schon aus der zugrundeliegenden Prinzipienduktion: Eine vorschnelle Verallgemeinerung, wo sorgfältiges Differenzieren am Platz gewesen wäre – auch hierin unterschieden sich *Jhering* und *Mommsen*. Wie *Jhering* psychologisch scharfsinnig in seinem „Kampf ums Recht“ bemerkt hatte, ist es immer die Vermutung des *absichtlich* (*d. h. dolos*) begangenen Unrechts, die den Geschädigten nach Vergeltung rufen lässt.¹⁶⁵ Das Vergeltungsprinzip wird bei Vorliegen eines Schadens immer nach einer Haftung und einem Verantwortlichen für diese Haftung suchen. Dem Recht aber obliegt es, die Vergeltungssucht zu kühlen und sicher zu bestimmen, was denn Unrecht und einer Vergeltung bedürftig ist. Bei vorsätzlichen Schädigungen wäre es in der Tat „trostlos“, wenn der *dolos* Handelnde frei ausginge und der *dolos* Geschädigte auf seinem Schaden sitzen bliebe. Insoweit trägt der *dolus* das Kainsmal des Unrechts sicher an der Stirn – die *culpa* hingegen nicht. Die Evidenz eines „Verschuldensprinzips“ mag im ersten Fall bestehen, im zweiten nicht. Das Ende der Eindeutigkeit ist nämlich schnell erreicht, je mehr man sich von einer *dolosen* Schädigung einer Haftung für bloßen „Causalnexus“ nähert; einem „Causalnexus“, zu dem dann auch

die „Vertragsverhandlung“, dann die „Vertragsanbahnung“ und schließlich der „ähnliche geschäftliche Kontakt“, kurz: *culpa in tangendo*.

¹⁶⁰ *Jhering*, *Culpa in contrahendo*, JhJb 4 (1861), 1/82: „... scheint es mir nöthig, hier das Erforderniß der *bona fides* des anderen Theils vorzugsweise in Erinnerung zu bringen“ und S. 105: „Dagegen schließt hier, wie in allen Fällen der *culpa in contrahendo*, die eigene *culpa* den Anspruch auf Schadensersatz aus.“ Dieser Gedanke (ausf. unten § 3 III.2.) ist, auch wenn er sich noch explizit in §§ 122 Abs. 2 und 179 Abs. 3 S. 1 BGB ausgedrückt findet, weitgehend in Vergessenheit geraten.

¹⁶¹ Ausf. unten § 7 II.

¹⁶² Ausf. zu dieser Entwicklung unten §§ 5, 6, 7 I.

¹⁶³ Hierzu insb. unten § 3 III.2.

¹⁶⁴ Hierzu noch unten § 3 III.2. (zu den Gründen), § 5 III. (zur weiteren Entwicklung).

¹⁶⁵ *Jhering*, *Kampf ums Recht* (1874), S. 22 f.

der Geschädigte seinen Beitrag immer mit beigesteuert hat. Das *Schuldmoment* muss als Kriterium für Unrecht und Vergeltung hier endlich an nur schwer zu definierende Grenzen stoßen. Das ist nicht nur eine Einsicht, die *Jhering* in seiner Revisionsschrift über das „Schuldmoment im römischen Recht“ deutlich bekannt und zur Revocation seiner *culpa in contrahendo* veranlasst hat, sondern kennzeichnet im Kern die moderne Entwicklung des Haftungsrechts: von der Gefährdungshaftung im Deliktsrecht bis zum Verzicht auf das Verschuldensprinzip im Familienrecht.

Der Umstand freilich, dass der „Entdecker“ höchstpersönlich an seiner *In-contrahendo*-Generalklausel nicht mehr festgehalten hat und diese aus guten Gründen ursprünglich auch nicht Gesetz geworden ist, aber gleichwohl bis heute der Mythos genährt wird, dass „... seine Thesen sich geradezu schlagartig und total durchsetzen konnten“¹⁶⁶ und sich dieses „Haftungsinstitut“ tatsächlich zur *actio culpa* mit Gesetzeskraft entwickelt hat, macht es erforderlich, sich nicht pauschal mit den methodologischen Bedenklichkeiten einer Prinzipiendeduktion und vorläufigen Bedenken gegen das vermeintliche Haftungsprinzip zu beruhigen, sondern auch und gerade die Details der dogmatischen Konstruktion und ihre Folgen genauer zu besehen.

2. Prokrustes: Die culpa auf dem Streckbett

„Die regelmäßige Voraussetzung der Verpflichtung zum Schadensersatz auf Seiten des Beklagten ist die *Verschuldung*. Gelingt es uns, bei unserer Klage letztere nachzuweisen, so ist damit die Frage nach dem *Grunde* unserer Klage gelöst.“

Rudolf v. Jhering, 1861¹⁶⁷

Jhering hatte konstruktiv zwei Probleme. Er musste erstens eine sachlich tragende Begründung für die „gefühlte“ Schadensersatzklage liefern und zweitens klären, in welche der vom römischen Recht überkommenen Klageformen die Konstruktion am besten passt. Auch wenn die zweite Frage aus heutiger Sicht eher formal und wenig aktuell erscheinen mag, in der Sache hat sich die damit verbundene Problematik, die an der grundlegenden „Dichotomie“ von Delikts- und Vertragsrecht anknüpft, bis in die Diskussion der Gegenwart unfruchtbar fortgepflanzt.¹⁶⁸ Für *Jhering* war mit der *Entscheidung gegen eine große schadensrechtliche Generalklausel*, wie sie noch im frühen gemeinen Recht nicht nur im Allgemeinen, sondern auch für die Lösung der hier im Konkreten benannten Probleme des Willensdogmas von anderen im Ansatz gefordert wur-

¹⁶⁶ So ohne jeden weiteren Anhaltspunkt (außer den der Faktizität): *Picker*, p. F. und c.i.c., AcP 183 (1983), 369/452.

¹⁶⁷ *Jhering*, *Culpa in contrahendo*, JhJb 4 (1861), 1/34.

¹⁶⁸ Vgl. nur die umfassende Kritik bei *Picker*, p. F. und c.i.c., AcP 183 (1983), 371 ff., insb. S. 385 ff. Zum dogmatischen Problem zuletzt: *Immenhauser*, *Das Dogma von Vertrag und Delikt* (2006). Wir werden im Laufe der Untersuchung noch häufiger auf diese Frage stoßen.

de,¹⁶⁹ notwendig auch die Entscheidung gegen eine deliktsrechtliche Lösung und für die „Kontraktsklage“ gefallen. Im Rahmen eines Vertragsverhältnisses war die umfassende Haftung für *culpa* anerkannt, die Verschuldenshaftung also vollständig durchgeführt, und sie hatte den Vorzug, an einen konkreten Tatbestand anknüpfen zu können: den Vertragsschluss. Die kontraktliche Haftung war nun aus Sicht Jherings lediglich auf *unwirksame* Verträge, d. h. auf *Scheinkontrakte* auszudehnen,¹⁷⁰ ohne deshalb sogleich einen Dammbruch bei der außervertraglichen Haftung mit herbeizuführen.

Inhaltlich interessant ist hier zunächst allein das erste, das rechtsdogmatische Problem der Haftung, nämlich ihre eigentliche Begründung. Das, was Jhering durch seine Anlehnung an die Vertragsklage und das Erfordernis eines *Scheinkontraktes* konstruktiv-rechtsfortbildend aus dem Verschuldensprinzip zu begründen suchte, war nichts anderes als das, was wir heute allgemeiner auch als Rechtsscheinhaftung bezeichnen würden; denn gehaftet wird für den zurechenbar gesetzten Schein eines wirksamen Vertrages. Der Haftungsgrund liegt bei Jhering freilich im *Verschuldens-* und nicht wie heute im *Vertrauensprinzip*. Für die Begründung der Haftung macht das durchaus einen signifikanten Unterschied: Das Verschuldensprinzip konzentriert auf die Zurechenbarkeit des gesetzten Rechtscheins, das Vertrauensprinzip deduziert eine Haftung allein aus den Folgen desselben; das Verschuldensprinzip schaut auf die innere Verfasstheit des Handelnden (den Grad der Sorglosigkeit), das Vertrauensprinzip auf die des Geschädigten (den Grad der Enttäuschung). Die Vorstellung aber, allein aus einem Vertrauensprinzip eine Haftung zu deduzieren, war dem 19. Jahrhundert noch völlig fremd. Mit der Tendenz zu einer Verallgemeinerung der Culpa sah es da schon anders aus:

¹⁶⁹ Vgl. für den vorliegenden romanistischen Kontext vorerst etwa: Drechsler, Über den Schadenersatz bei nichtigen Verträgen (1873) S. 16: „wenn eine Partei dola oder culpa jene Nichtigkeit veranlasst habe, der andere Theil aber an dieser Schuld keinen Antheil habe“; Thöl, Handelsrecht I (3. Aufl. 1854), S. 104f. (bei Falschübermittlung durch „Nuntius“ actio doli); und vor allem F. Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung (1853), S. 122f./109: „In der Person des Schuldners setzt die Entschädigungsklage voraus, dass derselbe sich bei Abschließung des Vertrages eines *dolus* oder einer *culpa lata* schuldig gemacht hat. In einem weiteren Umfange können wir die Klage nach den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts nicht zulassen, weil nur der *dolus*, dem die *culpa lata* gleich steht, allgemein als *causa obligationis* anerkannt ist.“; bekräftigt in: ders., Haftung bei Vertragsschluss (1879), S. 210ff.: *Lata culpa* als *causa obligationis*.

Zum generellen Problem der gemeinrechtlichen Entwicklung von der *actio legis aquilia* zu einer allgemeinen *actio culpa* ausf. unten § 3 (Die culpa als causa obligationis?).

¹⁷⁰ „Nicht bloß die bestehenden, sondern bereits die entstehenden Contractsverhältnisse müssen unter dem Schutz der Regeln über die culpa stehen (...)“ JhJb 4 (1861), 1/42.

a) Abstraktion: Die Konstruktion der Klage

„Ganz unrichtig nehmen Manche an, der irrende Verkäufer sey wegen Culpa verantwortlich.“

Friedrich Carl v. Savigny, 1840¹⁷¹

Jhering konzipiert seine c. i. c. nicht gleichsam aus dem Nichts. Der Bedeutungswandel vom altrömischen Formalismus hin zur Geltung des Willensdogmas der Aufklärungszeit hatte bereits andere auf die Idee gebracht, entgegen Savignys „es ist die culpa gar nicht allgemein eine causa obligationis“¹⁷² die Vertragsnichtigkeit bei mangelndem Konsens mit einem culposen Verhalten in Verbindung zu bringen. Gerade bei den beiden zentralen Problemfällen: dem des *wesentlichen Irrtums*¹⁷³ und dem des *Widerrufs einer Offerte*¹⁷⁴, hatten sich bereits früh Stimmen für einen Ersatzanspruch erhoben. Das Problem blieb freilich die Begründung. Wenn überhaupt, so wurde mit Vertragsfiktionen oder einer erweiterten deliktsrechtlichen Haftung nach „allgemeinen Grundsätzen“ argumentiert; eine Bezugnahme auf Quellenstellen war jedenfalls nicht möglich: Es gab keine.

Mit seiner Affinität für das Prinzipielle fiel dem Meister dogmatischer Konstruktion nun freilich eine Gemeinsamkeit jener zwei diskutierten Fallgruppen mit einer anderen Fallgruppe auf, die ebenfalls zur Diskussion stand¹⁷⁵ und für welche die Quellen offenbar in immerhin zwei Fällen eine Klage gewährten: die *objektive Unmöglichkeit der Leistung*¹⁷⁶. Obwohl auch diese Stellen für die dann folgende Jhering'sche Konstruktion alles andere als eindeutig waren

¹⁷¹ Savigny, System III (1840), S. 295 Note (d).

¹⁷² Savigny, System III (1840), S. 295 Note (d).

¹⁷³ Unklar Thibaut, System des Pandekten-Rechts (2. Aufl. 1805), § 147: Wenn der Acceptant im wesentlichen Irrthum sich befindet so ist der Vertrag ungültig „vorbehaltlich einer Entschädigung“; ausf. dann: Richelmann, Der Einfluss des Irrthums auf Verträge (1838), S. 132 ff.: „Nothwendige Voraussetzung ist die culpa des Beklagten, denn da der Vertrag von den Gesetzen für nichtig erklärt wird, so kann auch aus dem, die Hauptverpflichtung begründenden Versprechen, keine Klage zulässig sein, es muß also ein neues Fundament, und dieß ist die culpa, hinzukommen ...“; Schweppe, Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung (1831), § 418 wollte einen Entschädigungsanspruch nach *allgemeinen Grundsätzen* gewähren, d. h. entweder auf der Basis der allgemeinen Deliktsklagen: der *actio legis Aquiliae* oder, ebenso wie Thöl, Handelsrecht I (3. Aufl. 1854) § 25, S. 104 f. (für die Falschübermittlung), mit einer Ausdehnung der *actio doli* auch auf culpa helfen.

¹⁷⁴ Scheurl, Vertragsschluß unter Abwesenden, JhJb 2 (1857), 284 ff., der die Konstruktion eines Auftrages zu Hilfe nimmt: In der Offerte liege zugleich ein Auftrag und aus diesem Auftragsverhältnis könne eine Klage gegeben werden (*actio mandati contraria*); ähnlich Windscheid, bis zur 5. Aufl., Pandekten II § 307 Anm. 5: Annahme einer Garantie; Bekker, Verträge unter Abwesenden, Jahrbuch des gemeinen dt. Rechts, 2 (1858), 342/402: *actio doli*; Goldschmidt, ZHR 13 (1869), 332/335: Treu und Glauben.

¹⁷⁵ Zuerst wohl F. Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung (1853); Savigny, Obligationenrecht (1851/53), S. 381–385.

¹⁷⁶ 1. Verkauf einer *res extra commercium* (Modestin, D. 18, 1, 62, 1; Inst. 3.23,5; Ulpian, D. 11, 7, 8, 1) und 2. Verkauf einer nicht existierenden Erbschaft (Iavolen, D. 18, 4, 8 und Paulus fr. 9.).